

*Hans Joachim Hirsch, Piotr Hofmański,
Emil W. Pływaczewski, Claus Roxin (red.)*

**PRAWO KARNE I PROCES KARNY
WOBEĆ NOWYCH FORM I TECHNIK
PRZESTĘPCZOŚCI**

PRAWO KARNE I PROCES KARNY WOBEC NOWYCH FORM I TECHNIK PRZESTĘPCZOŚCI

NIEMIECKO-POLSKIE KOŁOKWIUM PRAWA KARNEGO
BIAŁYSTOK / RAJGRÓD 12-17 WRZEŚNIA 1995.

PRAWO KARNE I PROCES KARNY WOBEC NOWYCH FORM I TECHNIK PRZESTĘPCZOŚCI

NIEMIECKO-POLSKIE KOŁOKWIUM PRAWA KARNEGO
BIAŁYSTOK / RAJGRÓD 12-17 WRZEŚNIA 1995

Pod redakcją:
Hans Joachim Hirsch / Piotr Hofmański
Emil W. Pływaczewski / Claus Roxin



Temida 2

Białystok 1997

© Copyright by Temida 2
Białystok 1997

Żadna część tej pracy nie może być powielana i rozpowszechniana w jakiejkolwiek formie i w jakikolwiek sposób (elektryczny, mechaniczny), włącznie z fotokopiowaniem, bez pisemnej zgody wydawcy.

ISBN - 83-86137-43-6

Opracowanie graficzne okładki
Jerzy Banasiuk, Krzysztof Kruszewski

Opracowanie typograficzne
Krzysztof Kruszewski

Redaktor techniczny
Jerzy Banasiuk

Wydawca: **Temida 2**

Przy wsparciu finansowym Fundacji Współpracy Polsko-Niemieckiej

Druk: Orthdruk, Białystok

Wstęp

Od 12 do 17 września 1995 r. w Białymstoku i Rajgradzie odbyło się niemiecko-polskie kolokwium prawa karnego, zorganizowane przez Profesorów Hofmańskiego i Pływaczewskiego, wykładowców prawa karnego na Wydziale Prawa Uniwersytetu Warszawskiego w Białymstoku, we współpracy z Profesorem Hirschem (Wydziały Prawa w Kolonii i w Halle). Kolokwium otwarte zostało uroczystie w Auli Uniwersytetu w Białymstoku, zaś miejscem obrad był położony na północny wschód od Białegostoku Rajgród.

W kolokwium wzięło udział ponad 50 specjalistów z zakresu prawa karnego z Polski, 14 z Niemiec i jeden ze Szwajcarii. Wśród uczestników znaleźli się w większości profesorowie, którzy z reguły uczestniczą w kontaktach niemiecko-polskich, rozwijających się od końca lat 70-tych. Kolokwium było polskim rewanżem za polsko-niemieckie kolokwium prawa karnego, które odbyło się na wiosnę 1994 r. na Wydziale Prawa w Halle i po raz pierwszy zgromadziło większość spośród specjalistów z dziedziny prawa karnego, którzy uczestniczą w obustronnej wymianie poglądów.

Spotkanie w Białymstoku i Rajgradzie odbyło się pod ogólnym hasłem: Prawo i proces karny wobec nowych form i technik przestępczości. Objęło 13 tematów szczegółowych z zakresu obydwu dyscyplin prawa.

Niniejszy tom zawiera, poza mowami powitalnymi, polskie wersje referatów wygłoszonych podczas kolokwium oraz przygotowane w toku obrad i wygłoszone podczas kolokwium syntezы stanowiące próbę podsumowania dyskusji. Niemal każdy temat referowany był przez niemieckiego i polskiego uczestnika. Polscy referenci zadali sobie trud przedstawienia swoich wystąpień w języku niemieckim, który też był językiem prowadzonych dyskusji. Zbiór, który zawiera niemieckie wersje referatów opublikowany został w czerwcu 1996 roku nakładem Wydawnictwa Temida 2 w Białymstoku.

Redaktorzy wydania składają serdeczne podziękowania Fundacji Współpracy Polsko-Niemieckiej nie tylko za to, że umożliwiła zorganizowanie kolokwium, dzięki któremu doszło do niezwykle owocnej kolegalnej wymiany poglądów, ale także za to, że sfinansowała niniejszą publikację. Szczególne podziękowania składamy ponadto Prof. dr Hansowi Lilie, gospodarzowi poprzedniego kolokwium w Halle i jego współpracownikom za jego pomoc w przygotowaniu niniejszego tomu do druku

oraz Mgr Józefowi Sadowskiemu za jego wkład w przetłumaczenie referatów niemieckich na język polski.

Redaktorzy
Białystok, w październiku 1995

Spis treści

Powitanie	
<i>Andrzej Gajewski</i>	11
<i>Hans Joachim Hirsch</i>	13
 <i>Kazimierz Buchała, Kraków</i>	
Prawo karne a nowe formy i techniki przestępczości.....	15
 <i>Hans Joachim Hirsch, Köln-Halle</i>	
Prawo karne i proces karny wobec nowych form i technik przestępczości.....	37
 <i>Klaus Geppert, Berlin</i>	
Prawnokarne zwalczanie seryjnych czynów karalnych po rezygnacji z instytucji przestępstwa ciągłego.....	55
 <i>Andrzej Wąsek, Lublin</i>	
Problemy z przestępstwem ciągłym.....	73
 <i>Ernst-Joachim Lampe, Bielefeld</i>	
Aktualne problemy przestępczości gospodarczej w Niemczech.....	91
 <i>Oktawia Górniok, Katowice</i>	
Aktualne problemy przestępczości gospodarczej w Polsce.....	111
 <i>Gunther Arzt, Bern</i>	
Aktualny stan w zakresie zwalczania prania brudnych pieniędzy w Szwajcarii.....	127
 <i>Emil W. Pływaczewski, Białystok</i>	
Aktualny stan w zakresie zwalczania prania brudnych pieniędzy w Polsce.....	139
 <i>Friedrich-Christian Schroeder, Regensburg</i>	
Pranie brudnych pieniędzy jako czyn karalny przeciwko realizacji prawa karnego.....	155
 <i>Klaus Rogall, Berlin</i>	
Problemy prawa karnego ochrony środowiska w Niemczech.....	159

<i>Wojciech Radecki, Wrocław</i> Przestępstwa, wykroczenia i delikty administracyjne w polskim prawie ochrony środowiska	199
<i>Ingeborg Puppe, Bonn</i> Problemy związku przyczynowego i przypisania czynu, w szczególności w prawie karnym ochrony środowiska	215
<i>Ulrich Sieber, Würzburg</i> Przestępczość komputerowa i prawnokarna ochrona prawa do informacji w międzynarodowej społeczności informacji i ryzyka	223
<i>Hans Joachim Schneider, Münster</i> Przestępstwo z nienawisci - nowa kryminologiczna kategoria deliktów	249
<i>Brunon Hołyst, Łódź</i> Kryminologia wobec nowych zjawisk i współczesnych metod przestępczych	267
<i>Gerhard Dannecker, Bayreuth</i> Przestępczość związana z narkotykami i jej zwalczanie w Niemczech	285
<i>Marian Filar, Toruń</i> Przestępczość związana z narkotykami w Polsce	317
<i>Knut Amelung, Dresden</i> W sprawie odpowiedzialności narkomanów za samouszkodzenia powstałe przez zażywanie środków odurzających	345
<i>Karl Heinz Gössel, Nürnberg</i> Ochrona świadka i ofiary przestępstwa w niemieckim procesie karnym	361
<i>Piotr Hofmański, Białystok</i> Problemy ochrony świadka w polskim procesie karnym	391
<i>Walter Gropp, Leipzig</i> Świadek koronny w niemieckim prawie karnym materialnym i procesowym	405

<i>Stanisław Waltoś, Kraków</i>	
Spór o świadka koronnego w Polsce.....	427
<i>Hans Lilie, Halle</i>	
Tajni agenci i osoby zaufane w Niemczech	439
<i>Andrzej Bulsiewicz, Toruń</i>	
Problematyka osoby zaufanej na tle obowiązującego ustawodawstwa oraz projektowanych zmian w Polsce	457
<i>Dieter Meurer, Marburg</i>	
Karnoprosowa problematyka podsłuchu telefonicznego w Niemczech.....	469
<i>Kazimierz Marszał, Katowice</i>	
Problemy podsłuchu w polskim procesie karnym w Polsce.....	489
<i>Claus Roxin, München</i>	
Synteza z niemieckiego punktu widzenia.....	497
<i>Witold Kulesza, Łódź</i>	
Synteza z polskiego punktu widzenia (zagadnienia karnomaterialne).....	513
<i>Zbigniew Gostyński, Katowice</i>	
Synteza z polskiego punktu widzenia (zagadnienia karnoprosowe)	517
Lista uczestników konferencji	525

Powitanie dr. Andrzeja Gajewskiego

*Wielce Szanowny Panie Rektorze, Wielce Szanowni Goście,
Panie i Panowie*

Jako gospodarz województwa białostockiego pragnę serdecznie powitać na tej ziemi uczestników polsko-niemieckiego kolokwium prawa karnego. Cieszę się z tego, że kolokwium to jest okazją do spotkania najwybitniejszych prawników, specjalistów z dziedziny prawa karnego z Niemiec i z Polski, którzy zebrawszy się przy wspólnym stole wymienić będą myśli i poglądy. Szczególnie serdecznie witam naszych gości niemieckich, którzy nieczęsto odwiedzają wschodnie rubieże naszego kraju.

Jestem dumny z tego, że pierwsze tak znaczące spotkanie niemieckich i polskich ekspertów z dziedziny prawa karnego na ziemiach polskich dochodzi do skutku z inicjatywy Wydziału Prawa w Białymstoku. Wprawdzie Wydział ten stanowi część Uniwersytetu Warszawskiego, jestem jednak przekonany, że Uniwersytet Białostocki, między innymi dzięki takim spotkaniom jak to, niebawem już wybije się na niezależność. Wierzę też, że będzie gościł jeszcze wielu uczestników podobnych spotkań.

Zaproszenie do udziału w uroczystym otwarciu tego kolokwium przyjąłem z ogromną radością. Jestem bowiem świadom wagi problemów, które uczyniliście Państwo przedmiotem Waszych dyskusji. Jestem zdania, że wymiana poglądów przyczyni się do tego, że przestępczość zorganizowana będąca zmorą życia społecznego i gospodarczego po obydwu stronach Odry, będzie mogła być zwalczana bardziej efektywnie.

Wierzę także w to, że będziemy nie tylko dyskutować o strategii zapobiegania i zwalczania tej przestępczości, ale też będziemy w stanie wspólnie stawić jej czoła.

Mam nadzieję, że w przerwach pomiędzy pracowitymi posiedzeniami naukowymi znajdziecie Państwo czas na podziwianie naszego miasta i jego pięknej okolicy. Wiem, że po sesji otwarcia odwiedzicie Państwo Puszcę w Białowieży, a potem zaszyjecie się w lasach nieopodal Rajgrodu, by tam w spokoju wieść swoje dysputy. Pragnę Państwu życzyć niezapomnianych doznań mając nadzieję, że pobyt w województwie białostockim pozostanie w Państwa pamięci nie tylko dzięki wrażeniom naukowym, ale także dzięki pięknu naszego miasta i jego okolic. Życzę Państwu owocnych obrad i przyjemnego pobytu na naszej gościnnej białostocczyźnie.

Pozdrowienie
Prof. dr h.c. mult. Hansa Joachima Hirscha

*Jego Magnificencjo, Panie Dziekanie,
Szanowne Panie i Panowie.*

Jako współorganizator polsko-niemieckiego kolokwium prawa karnego, które odbyło się wiosną 1995 r. w Halle, chciałbym w imieniu strony niemieckiej wyrazić swą radość, że Wydział Prawa w Białymstoku zrewanżował się zaproszeniem nas do Polski. Szczególne podziękowanie należy się dwóm tutejszym profesorom, mianowicie prof. Hofmańskiemu i prof. Pływaczewskiemu za inicjatywę tego spotkania. Obok spotkania, które zorganizował Instytut Maxa-Plancka we Freiburgu wspólnie z Warszawską Akademią, jest to pierwsza większa polsko-niemiecka konferencja prawa karnego w Polsce.

Jeśli spojrzymy w przeszłość, to musimy sobie uświadomić, co ta konferencja, już chociażby z tego względu, że w ogóle ma miejsce, oznacza. Politycznie rzecz biorąc trzeba stwierdzić, że stosunki między Polską a Niemcami, ze względu na zdarzenia związane z drugą wojną światową, szczególnie ucierpiały i to na dziesiątki lat. Wielki wkład do stopniowo natężającego się procesu normalizacji wniosła nauka, ponieważ było jej łatwiej niż politykom nawiązać kontakty. Stwierdzenie to w jeszcze większym stopniu odnosi się właśnie do nauki prawa karnego. Procesowi temu sprzyjał fakt, że Polska nawet w czasach „Republiki Ludowej” zachowała otwartość na świat. Wielu z prekursorów polsko-niemieckich kontaktów w zakresie prawa karnego znajduje się na sali. Kto przypomina sobie jeszcze te podróże z Niemiec Zachodnich do Polski i odwrotnie, ten wspomina nie tylko trudności związane z tranzytem przez dawne NRD i inne nieprzyjemności, lecz także odczuwa satysfakcję ze względu na zdobycze naukowe, które wynosił z obustronnych, fachowych rozmów i z wdzięcznością wspomina również wielką gościnność polskich kolegów.

Polska nauka prawa karnego odgrywa w skali światowej znaczącą rolę. Do tej opinii przyczynili się tacy uczeni jak Makarewicz czy Wolter. Miałem możliwość poznać osobiście prof. Woltera w Krakowie, krótko przed jego śmiercią. Spotkania tego nigdy nie zapomnę. Dziś dysponuje Polska wielką ilością znanych w świecie naukowców z prawa karnego, wielu z nich, ku naszej radości, jest obecnych na sali. Dla nas, niemieckich karnistów, rozmowa z polskimi kolegami jest szczególnie owocna,

ponieważ specjalistyczna metodyka i terminologia są do siebie bardzo podobne, tak że od razu, bez wstępnych trudności, można prowadzić wymianę poglądów naukowych.

Dlatego towarzyszą programowi tej konferencji wielkie oczekiwania z naszej strony. Porusza bowiem pytania, które są aktualne dla obu porządków prawnych. Chodzi mianowicie o problemy, które ostatnio, ze względu na nowe formy przestępczości, bardzo interesują ustawodawcę prawa karnego. Od momentu politycznych zmian przypadających na koniec lat 80-tych jest także Polska, podobnie jak i państwa zachodnie, z nimi konfrontowana. Organizatorom udało się zaprosić na to kolokwium znanych ekspertów z odpowiednich zakresów tematycznych.

Tu obecnych starszych kolegów napełni na pewno satysfakcją fakt, że inicjatywę do tego polsko-niemieckiego spotkania w zakresie prawa karnego podjęli profesorowie Hofmański i Pływaczewski, dwaj karniści młodszej generacji. To dokumentuje fakt, że naukowa współpraca rozpoczęta przez nas starszych, poczynwszy od połowy lat 70-tych, spotkała się z zainteresowaniem młodszej generacji. Nasze wysiłki okazały się więc owocne, z tego też względu można w przyszłości oczekiwać dobrego rozwoju fachowych kontaktów pomiędzy polskimi i niemieckimi karnistami.

Większość niemieckich uczestników jest po raz pierwszy w Białymstoku. Jest to miasto, które zawsze miało ponadregionalny charakter. Tu spotykają się rzymsko-katolicki i grecko-ortodoksyjny świat, a dzisiejsze granice z Litwą i Białorusią są niedaleko. Należy także wspomnieć o żydowskich i niemieckich wpływach jakie istniały w tym mieście. Tę tradycyjnie już światową atmosferę podkreśla wyraźnie fakt, że Ludwik Zamenhof, twórca esperanta, pochodzi z tego miasta. Na pewno wybaczmy nam, jeżeli nie przeprowadzimy tej konferencji w języku esperanto. Chcemy jednak zapewnić naszych polskich gospodarzy, że ten nowy uniwersytet, interesujące miasto Białystok i te wspaniałe okolice potraktujemy z największą uwagą.

Życzę niniejszemu kolokwium dobrych obrad i w imieniu niemieckich uczestników jeszcze raz dziękuję za to, że możemy być gośćmi Państwa.

PRAWO KARNE A NOWE FORMY I TECHNIKI PRZESTĘPCZOŚCI

I. Prof. dr H.J. Hirsch stwierdza w swym referacie, że wbrew oczekiwaniom z lat 60, kiedy to po opracowaniu projektu k.k. sądzono, że dalszy rozwój prawa karnego w RFN pójdzie drogą redukcji wielu typów przestępstw lub też ograniczania zakresu ich stosowania, na korzyść innych dziedzin prawa, nastąpił w latach 70 rozwój kryminalizacji wielu zachowań lub też podnoszenia sankcji, m.in. przez kryminalizację niektórych wykroczeń¹. Podobne twierdzenia znajdujemy w pracy zbiorowej pt. „Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts”², w której prezentuje się ogólne tendencje kryminalizacji, poddając niektóre z nich ostrej krytyce. Twierdzi się też, że właśnie w latach 70 nastąpił rozwój kryminalizacji nowych zjawisk przestępczych³, które doprowadziły do ożywienia sporów na temat dobra prawnego, zasady ultima ratio, jej możliwego rozumienia, przedmiotu typizacji, tj. dobra prawnego indywidualnego czy zbiorowego (kolektywnego), funkcji kary, rozwiązań procesowych zmierzających do daleko idącego odformalizowania postępowania, jego przyspieszenia i uproszczenia i innych. poczynił w sferze procesu karnego, m.in. uprawnień policji. Jak słusznie twierdzi Prof. dr H.J. Hirsch, ten rozwój kryminalizacji nie jest tylko zjawiskiem niemieckim, lecz ogólnosięwiatowym, u którego podłoża znajduje się ewolucja ilościowa i jakościowa zjawiska przestępczości oraz próby opanowania go środkami prawnokarnymi, jak twierdzi jeden z autorów powołanej pracy - osiągnięcia tego, co dla innych dziedzin prawa było niemożliwe do osiągnięcia, miało być osiągalne tymi właśnie środkami⁴. Prześledzenie współczynników przestępczości w poszczególnych krajach świadczy o nieskuteczności, a przynajmniej nikłej skuteczności prawa karnego w zwalczaniu zjawisk przestępczości, zwłaszcza że rozwijają się nowe formy i techniki popełniania przestępstw.

II. Ewolucja polskiego prawa karnego z okresu po zakończeniu II wojny światowej i doświadczenia z zakresu ewolucji prawa karnego są trudno porównywalne z doświadczeniami RFN. Rzutuje to na aktualną

praktykę kryminalizacji zjawisk przestępczych oraz kierunki tej praktyki, niemniej znajdujemy też wiele podobnych tendencji.

Zanim wszedł w życie kodeks karny z 1969 r. wydano szereg ustaw szczególnych uzupełniających kodeks karny z 1932 r. (lub też administracyjnych) i innych z zawartymi w nich przepisami karnymi⁵. Uchyliła je ustawa wprowadzająca ten kodeks w życie, niemniej wiele wcześniejszych rozwiązań przejął kodeks karny z 1969 r., choć w niektórych wypadkach łagodził sankcje karne⁶. Ten kodeks, podobnie jak wcześniejsze ustawodawstwo z okresu lat 1945-1969 traktował prawo karne za *prima ratio* w dziedzinie kształtowania modelu państwa tzw. „realnego socjalizmu”, jego gospodarki centralnie sterowanej oraz totalitarnego systemu społeczno politycznego. Surowe sankcje karne, zwłaszcza w dziedzinie przestępstw przeciwko mieniu społecznemu, gospodarczym, o zabarwieniu politycznym, a państwu w szczególności spełniały w tym systemie istotną rolę, rzutując pośrednio na politykę karną w pozostałych dziedzinach przestępczości. Tę ocenę prawa karnego potwierdzają liczby populacji więziennej, jednej z najwyższych w Europie (brak danych b. ZSRR), które w niektórych okresach przekraczały 130 000 uwięzionych, zaś licząc na koniec grudnia wynosiły np. w 1974 r. 124.685, w 1985 r. 110.182 osób, najwyższy współczynnik uwięzionych na 100 000 mieszkańców wyniósł w 1973 - 327⁷. W latach 1970-1989 na 100 wyroków skazujących orzekano średnio rocznie: w 73 przypadkach karę pozbawienia wolności, w 15 przypadkach grzywnę samoistną, a w 12 przypadkach karę ograniczenia wolności⁸. Pod koniec lat 60-siątych średni wymiar kary pozbawienia wolności wynosił 12 miesięcy, a najwyższy, tj. 27,3 miesiąca zanotowano w 1985 r. Karę śmierci orzeczono średnio w latach 1970-1987 w 12 przypadkach, zaś karę 25 lat pozbawienia wolności orzeczono średnio w tym okresie w 58 przypadkach. Od 1988 r. nie wykonano żadnej kary śmierci mimo że moratorium na jej wykonywanie formalnie nie zostało wprowadzone. Tu już należy zaznaczyć, że począwszy od 1990 r. liczba popełnianych przestępstw systematycznie rośnie (o czym dalej), mimo tego polityka karna sądów nie wróciła na poprzednie tory, choć ulega powolnemu, systematycznemu obostrzeniu. Obrazują to dane dotyczące populacji uwięzionych od początków transformacji ustrojowej. W 1989 r. populacja ta wynosiła 49.321, w 1992 r. - 61.409, w 1993 r. - 61.562, a w 1994 r. - 62.131⁹. Zaznaczonego wzrostu liczby popełnianych przestępstw nie należy jednak wiązać z oczywistą liberalizacją polityki karnej sądów. Aby należycie ocenić tę politykę karną przed i po 1989 r. trzeba przytoczyć, choćby w największym skrócie, współczynniki popełnianych przestępstw na 100.000 mieszkańców. Wy-

nosiły one w Polsce w latach 1974-1980 poniżej 1.000 stwierdzonych przestępstw. W latach 1984-1985 wzrosły do około 1.500, by w latach 1990-1994 przybrać wartość ok. 2.300. Te współczynniki nie były zatem wysokie w porównaniu do niektórych krajów. W RFN ten współczynnik wyniósł w 1993 r. ponad 7.000, we Francji ponad 6.000, także i w USA ponad 6.000¹⁰. Jeżeli chodzi o najcięższe przestępstwa, to liczba zabójstw wyniósł, w Polsce w 1978 464 zabójstwa, zaś w 1993 r. wzrosła do 1.106, tj. ponad dwukrotnie. Natomiast współczynniki zabójstw wahały się od 1,3 w latach 1978, 1982 i 1986 r. do 2.0 w 1974 r. Od 1989 r. do 1993 r. nastąpił gwałtowny wzrost tego współczynnika - z 1,5 do 2,9, zaś średnie tempo wzrostu wynosiło 18%¹¹. Natomiast współczynnik odnośnie zabójstw wynosił w Danii 5,6, w Francji - 4,4, w Niemczech - 5,9. Natomiast liczba zgwałceń wzrosła w Polsce w latach od 1989 r. do 1993 r. z 1.660 do 1.976, tj. średnie tempo wzrostu wynosiło rocznie 4,4%¹². Natomiast średnia liczba rabunków, wymuszenia rozbójniczego i kradzieży rozbójniczej wynosiła w latach od 1990 r. do 1993 r. - 18.015, tj. o 224% więcej niż w latach 1970 do 1979 r.¹³.

Przedstawiona wyżej polityka karna była już w latach osiemdziesiątych przedmiotem krytyki z uwagi na jej surowość w relacji do współczynników przestępczości, udział bezwzględnej kary pozbawienia wolności w skazaniach na kary w ogóle, zwłaszcza zaś długotrwałej, stosowanie kary śmierci, przepełnienie więzień i in. Wyrazem tej krytyki były propozycje zawarte w opracowanych w latach 1980-1981 projektach dotyczące modelu kodeksów prawa karnego i procesowego oraz powołanie w jesieni 1987 r. Komisji ds. Reformy Prawa Karnego, której skład istotnie zmieniono w 1989 r. Od czasu tej zmiany oczekiwano od Komisji propozycji gruntownej zmiany obowiązującego ustawodawstwa karnego na miarę demokratycznego państwa prawa oraz standardów współczesnych kodeksów europejskich, m.in. takich przekształceń w systemie kar i środków karnych, które pozwoliłyby na prowadzenie racjonalnej polityki karnej, znacznego ograniczenia kary bezwzględnego pozbawienia wolności, zniesienia kary śmierci, rozbudowy wolnościowych środków polityki karnej i zmian w zasadach wymierzania kar zamykających drogę prewencji generalnej negatywnej, uwzględniania społecznego poczucia sprawiedliwości obok prewencji indywidualnej.

Od początku było rzeczą oczywistą, że gruntowna przebudowa prawa karnego, procesowego i wykonawczego wymaga czasu i refleksji wspartej społeczną dyskusją nad przygotowanymi zmianami. Oczekiwano więc, że najpilniejsze zmiany tego systemu winny być dokonane nowelami do tych trzech kodeksów, zastrzegając się równocześnie, że nie moż-

na zmienić tego prawa kolejnymi, nastawionymi na pilne zmiany nowelami, z natury rzeczy powodującymi niespójność poszczególnych kodeksów, innymi słowy dokonywania niezbędnych zmian na raty. Pierwsza z nowel z dnia 17 V 1989 r. była efektem porozumienia tzw. „Okrągłego stołu”, dokonywała ona „korekty” obowiązującego kodeksu w nader skromnym zakresie¹⁴. Istotne zmiany kodeksu karnego liberalizujące ten kodeks, jednak bez zasadniczej zmiany jego filozofii, przyniosła nowela z 23 II 1990 r. Dokonano w niej zniesienia nadużywanej dla celów politycznych kary dodatkowej w postaci konfiskaty mienia, skreślono przepisy mające szczególne znaczenie dla centralnie sterowanej gospodarki (art. 134, 135) oraz inne o wyraźnej funkcji politycznej (art. 282a, 287), złagodzone uprzywilejowaną pozycję mienia społecznego w zakresie kradzieży¹⁵ oraz skreślono powszechnie krytykowane środki karne związane z recydywą specjalną tj. „nadzór ochronny” oraz „ośrodek przystosowania społecznego” (art. 62-65 k.k.). Zliberalizowano także prawo karne skarbowe¹⁶ oraz prawo dewizowe, które zawierało typowe dla gospodarki centralnie sterowanej liczne ograniczenia w obrocie dewizowym¹⁷.

III. Podchodząc chronologicznie do zmian prawa karnego, pozostających w związku z nowymi formami popełnianych przestępstw trzeba wymienić na wstępie zmiany wiążące się z ustawą z 7 stycznia 1993 r. „O planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży”, która skreśliła art. 153 i 154 k.k., dotyczące wywołania przemocą poronienia u kobiety ciężarnej albo w inny sposób przerwania jej ciąży lub doprowadzenia jej do tego przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem (art. 153)¹⁸ oraz dotyczące przerwania ciąży za zgodą kobiety ciężarnej lecz wbrew przepisom ustawy (art. 154)¹⁹. Ustawa ta, która określała kiedy przerwanie ciąży jest zgodne z prawem była liberalna²⁰, stąd też liczba przeprowadzanych rocznie legalnych zabiegów przerwania ciąży była stosunkowo znaczna, niemniej według szacunkowych danych przeprowadzanych nielegalnie kilkakrotnie większa. Nowa ustawa jest wyrazem z gruntu odmiennej filozofii ochrony ludzkiego płodu od chwili jego poczęcia. Określa ona przesłanki i warunki legalnego przerwania ciąży przez lekarza w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej. Należą do nich kolizja między życiem płodu oraz życiem lub zdrowiem matki, ciężkie i nieodwracalne uszkodzenie płodu oraz pochodzenie ciąży w wyniku zgwałcenia. Zarówno owa kolizja, jak również ciężkie i nieodwracalne uszkodzenie płodu, muszą być potwierdzone orzeczeniem dwóch lekarzy, innych niż dokonujący zabiegu przerwania ciąży, zaś przestępne pochodzenie ciąży - zaświadczeniem prokuratora, stwierdzającym że podejrzenie pochodzenia ciąży jest uzasadnione. Usta-

wa przewiduje niepodleganie karze przez matkę, która płód swój spędza lub powoduje uszkodzenie jego ciała (art. 149a § 2 i 156a § 3), zaś osoba trzecia podlega karze do 2 lat pozbawienia wolności, jednak z możliwością odstąpienia od wymierzenia kary w „szczególnie uzasadnionych wypadkach” (art. 149a § 1 i 4). Sankcje przewidziane w razie spowodowania śmierci dziecka poczętego bez zgody kobiety ciężarnej, przemocą lub groźbą bezprawną albo podstępem doprowadzenia jej do tego, tudzież w razie gdy następstwem tego przerwania ciąży jest śmierć kobiety ciężarnej są analogiczne jak w art. 153 i 154 § 1. Ustawa ta nie jest zatem bardziej represyjna niż art. 153 i 154 k.k., a nawet liberalniejsza (biorąc pod uwagę możliwość odstąpienia od kary wg. art. 149a § 4 i „niepodleganie karze” przez kobietę ciężarną), niemniej radykalnie ogranicza możliwość legalnego przerywania ciąży. Na temat nielegalnego brak informacji w danych statystycznych. Panuje jednak powszechnie przekonanie, że kobiety dobrze sytuowane dokonują aborcji w krajach, w których jest ona dopuszczalna, a taki proceder został nazwany „turystyką aborcyjną”²¹. Faktem jest jednak, że liczba urodzeń dzieci istotnie zmalała w ostatnim roku. Prawo karne nie jest w stanie zapobiec tej domniemywanej tyrystyce, jego przepisy są bowiem omijane przez kobiety ciężarne (pomijając okoliczność, że kobiety ciężarne spędzające swój płód „nie podlegają karze”), natomiast cudzoziemcy wykonujący zabiegi przerwania ciąży w swym kraju nie podlegają karalności na podstawie polskiego prawa karnego, które wymaga, aby w miejscu popełnienia czynu przez obywatela obcego był on zabroniony (art. 114 § 1).

IV. Dokonana w 1989 r. transformacja ustrojowa zdezaktualizowała cały rozdział XXX k.k. obejmujący przestępstwa gospodarcze o podstawowym charakterze dla centralnie sterowanej gospodarki uspołecznionej. Z roku na rok stawiała się oczywistą konieczność ochrony interesów gospodarczych podmiotów funkcjonujących w tej dziedzinie, których liczba z roku na rok rosła, najszybciej w handlu i drobnym przetwórstwie. W ślad za tym wzrastała liczba instytucji finansowych, w tym dużych i małych banków, które starały się zabezpieczyć kredyty inwestorom²².

Niepodobna charakteryzować szczegółowo wszystkie nowe przepisy tej ustawy, zatem ograniczymy się do zobrazowania uwarunkowań przyjętych w tej noweli rozwiązań, wskazując podłoże niektórych z nich.

Przestępstwo z art. 1 ma charakter skutkowy. Jego poprzednik znajdował się w art. 217 k.k. i obejmował tylko niegospodarność w sferze gospodarki uspołecznionej. Był też w § 1 typem narażenia na abstrakcyjne niebezpieczeństwo, zaś w typach kwalifikowanych penalizował zachowanie motywowane chęcią osiągnięcia korzyści majątkowej (§ 3) oraz

spowodowanie poważnej szkody (§ 2). Jego sprawcą mógł być tylko „pełniący funkcję w jednostce gospodarki społecznej lub gospodarzący nią”, co implikuje powoływanie na tę funkcję przez organ zwierzchni dla danego podmiotu gospodarczego. Według noweli podmiotem tego przestępstwa może być każdy, zobowiązany do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą dowolnego podmiotu gospodarczego (Skarbu Państwa, innej osoby prawnej, jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej lub osoby fizycznej). W rezultacie wymienione zobowiązanie może wynikać z przepisu prawnego, decyzji właściwego organu lub umowy. W praktyce przepis ten znalazł zastosowanie w sprawach o doprowadzenie banków, zwłaszcza spółdzielczych, do upadłości lub niewypłacalności. Takich procesów toczy się współcześnie kilkaset (art. 217 miał przeciętnie zastosowanie w ok. 50 sprawach rocznie), coraz częściej też występuje zjawisko ogłaszania upadłości różnych podmiotów gospodarczych, które było jedną z przyczyn wprowadzenia tej noweli.

Z zjawiskiem niewypłacalności lub upadłości podmiotów gospodarczych pozostaje wyłudzenie kredytów itd. (art. 3). To przestępstwo ma charakter narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo daną instytucję kredytową lub inną. Dokonanie bowiem ma miejsce już w momencie złożenia wniosku o kredyt, gwarancję kredytową, dotację, subwencję i in. i przedłożenia fałszywych lub stwierdzających nieprawdę dokumentów albo nierzetelnego oświadczenia a nie z chwilą osiągnięcia kredytu, gwarancji kredytowej itd. Wskazuje na to także treść § 2 i 3. Mianowicie karze jak wg § 1 podlega ten kto wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi nie powiadomi właściwego organu lub instytucji o powstaniu okoliczności mogących mieć wpływ na wstrzymanie albo ograniczenie wysokości udzielonego kredytu itd. Stąd zrozumiały jest określony w § 3 czynny żal polegający na zapobieżeniu wykorzystania kredytu itd. Przepis art. 1 mógłby być usiłowaniem oszustwa, gdyby dało się udowodnić działanie „celem osiągnięcia korzyści majątkowej” i doprowadzenie ją w sposób opisany w art. 3 do „niekorzystnego rozporządzenia mieniem”. W razie gdy sprawca kierował się taką intencją i osiągnął znaczną korzyść majątkową, w grę wejdzie kwalifikacja czynu z art. 205 § 2¹, wprowadzonego tą nowelą (a także 204 § 3¹), które zastrzają odpowiedzialność za przywłaszczenie i oszustwo w stosunku do mienia znacznej wartości.

Wprowadzone art. 4 tej ustawy przestępstwo oszustwa asekuracyjnego faktycznie nie jest oszustwem, ani też jego usiłowaniem w rozumieniu art. 205 k.k. lecz przypomina czynność przygotowawczą do oszustwa asekuracyjnego, jest więc typem abstrakcyjnego narażenia na niebezpie-

czeństwo, formą przesunięcia karalności na przedpole oszustwa²³. W istocie skryminalizowano zachowanie, które stwarza podstawę do wystąpienia o wypłacenie odszkodowania. Ten typ stanowi odpowiedź na popełniane kilka lat temu liczne oszustwa, np. porzucenie samochodu lub jego sprzedaż w czasie pobytu za granicą (WNP) i zgłoszenie po powrocie jego rzekomej kradzieży. Z informacji prasowych wynika, że zorganizowanie grupy trudniące się kradzieżą i przemytem skradzionych samochodów (np. w BRD) i transportem na podstawie sfałszowanych dokumentów do WNP, czasem wchodziły w porozumienie z właścicielem wysoko ubezpieczonego samochodu, który akceptował sprzedaż samochodu za granicą, sam zaś zgłaszał jego kradzież na policji i występował do ubezpieczyciela o wypłacenie odszkodowania, za rzekomo skradziony samochód²⁴.

Potrzeby kryminalizacji zjawiska „prania pieniędzy” nie trzeba uzasadniać. W Polsce panuje przekonanie, że dokonuje się prania pieniędzy, głównie w bankach. Opublikowana w sierpniu informacja prasowa donosiła, że rocznie pierze się pieniądze o wartości od 2 do 3 miliardów dolarów USA. Jest to możliwe dlatego, że istnieje rozbudowany system bankowy, mający współpracę z bankami krajów zachodnich oraz system kantorów walut, że polska waluta została ustabilizowana, że szerokie są kontakty gospodarcze z innymi krajami, wreszcie że przepisy bankowe są dalekie od oczekiwań fachowców z Rady Ministrów Wspólnoty Europejskiej i ich zaleceń. Kształt tego typu czynu nie odpowiada odpowiedniemu typowi projektu k.k.²⁵, który uwzględnia zalecenia Rady Ministrów, zwłaszcza w zakresie niezbędnym dla wprowadzenia systemu, który by pozwolił na rozluźnienie tajemnicy bankowej w zakresie koniecznym dla zwalczania zjawiska prania pieniędzy, tym samym wszczynania postępowań karnych tam, gdzie istnieją uzasadnione zarzuty, że dokonano przestępstwa (usiłowano) prania pieniędzy.

Grupa przepisów dotyczących ochrony interesów wierzycieli obejmuje zjawiska dosyć szeroko rozpowszechnione, obejmowane wspólną nazwą „przestępstwa dotyczące ochrony interesów wierzycieli” (art. 6-9). Obejmują one praktyki tworzenia fikcyjnych spółek w celu ucieczki przed podatkami lub też konfiskatą mienia przestępnego pochodzenia (np. z zorganizowanej przestępczości), usuwania, ukrywania, zbywania fikcyjnego lub rzeczywistego obciążenia składników swego majątku (art. 6) lub wprost przenoszenia składników swego mienia na utworzoną jednostkę gospodarczą w celu udaremnienia lub utrudnienia zaspokojenia wierzycieli (art. 7), wreszcie prze umyślne lub lekkomyślne doprowadzenie do swej upadłości lub niewypłacalności (art. 7 § 2 i 3). Do nich należą

także typy, które stanowią nierówne traktowanie wierzycieli, ew. w związku z udzieloną lub obiecaną korzyścią majątkową dla niektórych z nich (art. 8). Tą grupę przepisów zamyka nierzetelne prowadzenie dokumentacji działalności gospodarczej lub nieprowadzenie jej mimo obowiązku jej prowadzenia. Przepis ten chroni także interesy fiskusa (art. 9).

Ustawa ta nie sięga więc w zasadzie do surowych kar (pomijając art. 1 § 2 i 3, 2, 5 § 2, 227 k.k. oraz art. 48¹, 80¹ i 81¹ uks)²⁶. Natomiast zgodnie z naturą przestępstw gospodarczych wprowadza do sankcji groźących za przestępstwa z art. 1 § 3, art. 3 § 1 i art. 5 możliwość orzeczenia grzywny obok kary pozbawienia wolności w wysokości do 50.000.000 zł. tj. w porównaniu do wysokości grzywny przewidzianej w kodeksie karnym - aż 25 krotnie wyższej. Dla zobrazowania kompletu środków karnych związanych z tymi przestępstwami gospodarczymi trzeba podnieść, że sąd, w razie gdy przestępstwo określone w tej ustawie wyrządziło szkodę w mieniu, może zasądzić z urzędu odpowiednie odszkodowanie (art. 12), tj. bez wytoczenia powództwa cywilnego. Dodać trzeba, że do czasu wejścia w życie tej ustawy zasądzenie odszkodowania bez wniesienia powództwa cywilnego było możliwe tylko w razie szkody wyrządzonej w mieniu społecznym (art. 363 k.p.k.).

Tendencja do zaostrzania sankcji karnych w stosunku do już obowiązujących w odpowiednich przepisach może stanowić pewne zaskoczenie, zwłaszcza gdy się weźmie pod uwagę tendencje obowiązującego prawa karnego do czasu transformacji ustrojowej. Oczekiwano bowiem generalnego łagodzenia sankcji, zwłaszcza z punktu widzenia nieskuteczności prewencji generalnej odstraszałającej. To łagodzenie zostało zresztą zainicjowane ustawą z lutego 1990 r.²⁷ Przeciwna tendencja, nazywana przez naukę niemiecką hasłem: „więcej prawa karnego” zamiast lub obok rozwiązań poprzez inne dziedziny prawa²⁸ doszła do głosu w zakresie znacznie szerszym w drugiej z powołanych nowel, tj. z 12 VII 1995 r. Zanim przedstawimy owe zaostrzenia odpowiedzi karnej w związku z pewnymi trendami znacznego wzrostu przestępczości stwierdzimy, że ta nowela, nawiązuje do projektu k.k. w wersji z 1995 r. złądziła niektóre przepisy obowiązującego kodeksu. Dotyczy to przede wszystkim wprowadzenia fakultatywnej w miejsce obligatoryjnie orzekanej grzywny za przestępstwa popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (art. 36 § 3), rozszerzenia zakresu orzekania kary ograniczenia wolności albo grzywny w miejsce przewidzianej w sankcji kary pozbawienia wolności do lat 5 (art. 54), skreślenie nadzwyczajnego obostrzenia kary w razie skazania z wybrak chuligańskich (art. 59) oraz zamiany obligatoryjnego orzekania nawiązki na fakultatywne (art. 59 § 3 i 59a), rozszerzenia za-

kresu stosowania warunkowego zawieszenia wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności, w miejsce nieściąganej grzywny (art. 8) oraz wprowadzenia możliwości zamiany orzeczonej a nieściąganej grzywny na pracę społecznie użyteczną, jednak tylko za zgodą skazanego (art. 85). Najistotniejsza zmiana na korzyść sprawców wiąże się z popełnieniem przestępstwa w recydywie zwykłej (art. 52) oraz specjalnej jednokrotnej i wielokrotnej (art. 60). Co do pierwszej ustawa rezygnuje z ograniczeń wymierzania kar wolnościowych w miejsce kary pozbawienia wolności. Odnośnie drugiej nowela skreśla system mechanicznego zaostrzania dolnej granicy kary, tj. dwukrotnego gdy chodzi o jednokrotną powrotność, zaś trzechkrotnego odnośnie multirecydywy. Pozostała tylko możliwość nadzwyczajnego obostrzenia kary do górnej granicy zagrożenia, zwiększonego o połowę. Skreślono także przepis zabraniający warunkowego zawieszenia wykonania kary wobec recydywistów oraz obligujący do wymierzenia kary pozbawienia wolności w miejsce przewidzianej w sankcji alternatywnie określonej kary grzywny albo ograniczenia wolności oraz pozbawienia wolności. Dodać też trzeba, że odmiennie określono przesłanki recydywy wielokrotnej, tj. przyjmując popełnienie w recydywie przestępstwa związanego z agresywnym zachowaniem²⁹. Na końcu trzeba dodać, że ta ustawa wprowadziła do systemu sankcji moratorium na wykonywanie kary śmierci na okres lat 5, równocześnie wprowadzając karę dożywotniego pozbawienia wolności w przepisach, w których była przewidziana kara śmierci, z możliwością warunkowego zwolnienia po odbyciu 25 lat kary. Wynika stąd, że ta kara śmierci może być orzekana, ale nie może być wykonywana, co nie oznacza ryzyka, że po 5 latach może być wykonywana. Projekt kodeksu karnego nie przewiduje kary śmierci w systemie sankcji, zaś uchwalenie nowego kodeksu jest realne wobec skierowania projektu do Sejmu. Z tego punktu widzenia kara dożywotniego pozbawienia wolności może oznaczać nawet zaostrzenie sankcji za najcięższe przestępstwa, w tym także przeciwko państwu³⁰.

Wydaje się, że w współczesnych warunkach polskich coraz większego znaczenia nabierają formy zorganizowanej przestępczości, która wprawdzie nie ma jeszcze kształtu mafii, ale się do niego zbliża³¹. Zorganizowane grupy przestępcze są sprawcami większości rabunków i wymuszeń rozbójniczych, zajmują się rewindykacją długów i innych należności stosując przemoc, podejmują się zwalczania konkurencyjnych firm, oraz wymuszania haraczy od właścicieli sklepów lub restauracji za „opiekę przed innymi bandami” lub sam fakt pozostawienia właściciela „w spokoju”. Posługują się coraz częściej bronią palną oraz materiałami wybuchowymi, np. już w bieżącym roku zdetonowano w Warszawie i jej

okolicach ponad 24 ładunki wybuchowe własnej produkcji, co pociągnęło za sobą śmierć 4 osób, zniszczenie wielu sklepów, restauracji, samochodów. Zaznaczyć przy tym należy, że rabunki i wymuszenia rozbójnicze raczej nie są dokonywane na banki lecz kantory wymiany waluty, lub transporty gotówki z banku do zakładu pracy. Szerokie rozmiary przybrały kradzieże samochodów w kraju i za granicą, które są następnie transportowane do WNP, Ukrainy, Białorusi. W tym procederze uczestniczą także obywatele innych państw³². Aby ten proceder mógł się odbywać, grupa przestępcza musi mieć w swym składzie lub na usługach tych, co specjalizują się w kradzieży samochodów, czasem na „zamówienie” określające markę pojazdu i model, także tych, co zmieniają identyfikatory pojazdu, przygotowują nowe jego dokumenty, wreszcie tych co specjalizują się w przemyśle samochodów z zagranicy lub za granicę. Rocznie kradnie się kilka tysięcy samochodów, głównie w dużych aglomeracjach miejskich³³, niektóre kradzieże są popełniane w porozumieniu z właścicielami pojazdów, którzy w ten sposób uzyskują wyłudzone odszkodowanie z zakładów ubezpieczeń³⁴. Jest też rzeczą powszechnie znaną, że produkcja i obrót narkotykami może się odbywać tylko przy wykorzystaniu zorganizowanych grup przestępczych.

Projekt k.k., a w ślad za nim omawiana nowela, poświęca wiele uwagi przestępczości grup przestępczych i związanych z nią czynom, do dostarczenia prawno-karnych środków zdolnych do powstrzymywania rozwoju zakresu tej formy przestępczości, a następnie uzyskania panowania nad nią.

Nowela, idąc za propozycjami projektu k.k., wprowadziła typ przestępstwa, którego istota sprowadza się do kryminalizacji przynależności do zorganizowanej grupy przestępczej (lub związku przestępczego), z kwalifikowanymi typami zakładania takiej grupy lub kierowania nią. Jest to niewątpliwie formuła przestępstwa dającego się zaliczyć do przestępstw sprowadzenia niebezpieczeństwa konkretnego (art. 276). Niezależnie od tego, popełnienie jakiegokolwiek przestępstwa w zorganizowanej grupie stanowi podstawę nadzwyczajnego obostrzenia kary za konkretnie popełnione przestępstwo do górnych granic sankcji, zwiększonych o połowę (art. 58a ustawy)³⁵. Niezależnie od tego projekt wychodzi naprzeciw popełnianiu przestępstw w zorganizowanej grupie (współsprawstwie) gwarantując złagodzenie kary temu uczestnikowi przestępstwa, który ujawni wobec organu powołanego do ścigania przestępstw informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz istotne okoliczności jego popełnienia, zaś może odstąpić od wymierzenia kary, jeżeli przekazane informacje przyczyniły się do zapobieżenia popeł-

nienia innego przestępstwa³⁶. Dąży w ten sposób do rozbicia solidarności przestępczej członków zorganizowanej grupy przestępczej. Dodać trzeba, że dalej idzie nowela do ustawy o Policji, znajdująca się na ścieżce legislacyjnej przewidując instytucję kontrolnego zakupu (środków odurzających), kontrolowanego wręczenia łapówki oraz prowokację z zapewnieniem kontroli Prokuratury nad tymi wyjątkowymi środkami³⁷. Istotna jest także instytucja „świadka incognito” wprowadzona nowelą do k.p.k. z dnia 6 lipca 1995 r., która zapewni pozyskiwanie zeznań od pokrzywdzonych działalnością przestępczą zorganizowanych grup przestępczych, obawiających się zemsty grupy przestępczej³⁸. Wreszcie należy stwierdzić, że projekt kodeksu karnego wprowadził możliwość orzekania konfiskaty mienia w całości lub w części w odniesieniu do niektórych przestępstw popełnionych w zorganizowanej grupie.

Nowela, wychodząc naprzeciw zjawisku gwałtownego wzrostu przestępstw, rozboju i wymuszenia rozbójniczego dokonała zaostrzenia sankcji przewidzianej w art. 211, wprowadzając w miejsce kary pozbawienia wolności od 1 roku do lat 10, karę od roku do 15 lat pozbawienia wolności zbliżając ją do kary grożącej za rabunek określony (w typie podstawowym) od lat 3 do 15 lat pozbawienia wolności⁴⁰. Wprowadziła jednak do przestępstw rabunku „wypadek mniejszej wagi” zagrożony karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5. Ta zmiana odzwierciedla fakt stosunkowo licznych rabunków dokonywanych przez nieletnich (także w odniesieniu do nieletnich) ze stosunkowo niskimi szkodami. Drugie przestępstwo charakteryzujące działalność zorganizowanych grup to kradzież samochodów. Przepis określający typ kradzieży nie wymagał zmian, nawet uwzględniając, że chodzi o przedmiot znacznej wartości. W takim bowiem wypadku zachodzi typ kwalifikowany z art. 203 § 2¹ z sankcją do 10 lat pozbawienia wolności. Zmiany natomiast wymagał typ przestępstwa, określony w art. 214 k.k. kryminalizujący zabór pojazdu w celu krótkotrwałego użycia, zagrożony w typie podstawowym karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 3, a w typie kwalifikowanym⁴¹ - karze pozbawienia wolności do lat 5. Stwierdzenie w czasie prowadzonej kontroli samochodów, że sprawca prowadzi cudzy pojazd mechaniczny było zawsze tłumaczone, że chodzi tylko o krótkotrwałe użycie (fortum usus), co spotykało się z dużymi trudnościami dowodowymi zmierzającymi do udokumentowania usiłowanej kradzieży samochodu. Za to przestępstwo określone w § 1 zapadały też stosunkowo łagodne kary pozbawienia wolności, które w 1993 r. w 77% nie przekraczały 1 roku pozbawienia wolności, prawie 60% tych kar orzekano z warunkowym zawieszeniem wykonania kary⁴². Zmiany tego przepisu, a nawet skreślenia

go domagała się policja, twierdząc, że w obecnym jego brzmieniu i związanej z nim polityki karnej nie można przeciwstawić się skutecznie nagminnym kradzieżom samochodów. Argumenty te uznał ustawodawca za słuszne i zareagował podniesieniem sankcji w § 1 do lat 5 pozbawienia wolności, wprowadzając dwa typy kwalifikowane, pierwszy zbliżony do kradzieży z włamaniem („pokonując zabezpieczenie pojazdu przed jego użyciem przez osobę nieupoważnioną”) zagrożony karą do 8 lat pozbawienia wolności⁴³. Drugi typ kwalifikowany został ukształtowany na wzór przestępstwa rabunku z art. 210 k.k.⁴⁴, zagrożony karą pozbawienia wolności do lat 10. Identycznie bowiem określono w nim czynność sprawczą („używając przemocy lub grożąc natychmiastowym jej użyciem, albo doprowadzając człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności”). Od rabunku różni ten typ tylko zamiar, tj. zabieranie „w celu krótkotrwałego użycia pojazdu, a nie w celu przywłaszczenia”⁴⁵.

Kolejna zmiana wiąże się ze wzrostem liczby zabójstw, rabunków i rabunkowych wymuszeń z użyciem broni palnej lub materiałów wybuchowych. Zmiana nie była konieczna w odniesieniu do zbrodni rabunku, gdyż kodeks przewiduje kwalifikowany typ rabunku z uwagi na posługiwanie się przez sprawcę bronią palną (art. 210 § 2). Kodeks przewiduje natomiast karalność nielegalnego posiadania broni palnej lub amunicji, oraz wyrabiania tych przedmiotów (art. 286), a także wyrabiania bez zezwolenia, gromadzenia lub przechowywania materiałów lub przyrządów wybuchowych (art. 143). Mimo, że są to typy obejmujące także wytwarzanie owych przedmiotów, ich natura jako typów abstrakcyjnego zagrożenia nie ulega zmianie⁴⁶. Dobrem prawnym chronionym tymi przepisami jest bezpieczeństwo publiczne, a więc kolektywne dobro prawne. To bezpieczeństwo publiczne nabrało szczególnej wymowy negatywnej, skoro ustawodawca zdecydował się na podniesienie sankcji grożącej za wymienione typy o 100%, tj. w miejsce kary przewidzianej w tych typach od 6 miesięcy do lat 5 pozbawienia wolności - sankcje od roku do lat dziesięciu⁴⁷. Nie sądzę, by nowe sankcje były bez wpływu na politykę karną, co nie znaczy, że istotnie wpłyną na zmniejszenie liczby popełnianych rocznie przestępstw związanych z użyciem broni lub materiałów wybuchowych, bowiem głównym czynnikiem prewencyjnym jest nieuchronność ukarania za dane przestępstwo, a nie zaostrenie sankcji⁴⁸.

Aby wyczerpać zmiany dokonane w obowiązującym kodeksie, związane z rozwojem form przestępczości trzeba przedstawić odpowiedź prawa karnego na zwiększone zagrożenia funkcjonariuszy publicznych w związku z zwalczaniem przestępczości, zwłaszcza zorganizowanej. Wystąpiły bowiem zjawiska czynnych napaści na funkcjonariuszy policji wy-

pełniających swe obowiązki, jak również nie spotykane wcześniej groźby kierowane do prokuratorów i sędziów i innych funkcjonariuszy organów kontroli w związku z prowadzeniem spraw związanych z zorganizowaną przestępczością, ze wzrostową tendencją⁴⁹. Nowela do k.k. z 12 VII 1995 r. zaostriżyła odpowiedzialność za czynną napaść na funkcjonariusza publicznego albo osobę mu przybraną (art. 233 § 1) w związku z pełnieniem przez nich obowiązków służbowych, wprowadzając w miejsce kary pozbawienia wolności do lat 3, karę do 8 lat pozbawienia wolności, zaś w razie gdy napaść polegała na ciężkim uszkodzeniu ciała lub ciężkim rozstroju zdrowia - karę pozbawienia wolności nie niżej lat 3 do 15 lat pozbawienia wolności (art. 233 § 2)⁵⁰. Zaznaczyć trzeba, że nie zmieniono sankcji karnej za zmuszanie przemocą lub groźbą bezprawną funkcjonariusza publicznego do zaniechania czynności służbowej (do 3 lat pozbawienia wolności), w czym można dostrzec pewną niekonsekwencję. Natomiast projekt k.k. wprowadza nadto szczególne przepisy wprowadzające karalność utrudniania lub udaremniania funkcjonariuszowi lub osobie przybranej mu do pomocy wykonanie czynności kontrolnych w zakresie ochrony środowiska albo przestrzegania przepisów prawa pracy⁵¹. Można więc stwierdzić spójność rozwiązań ustawowych w zakresie intensywniejszego zwalczania nowych form przestępczości przez zaostriżanie sankcji z intensywniejszą ochroną funkcjonariuszy, do których to zwalczanie należy. Jest to odpowiedź prawa karnego na nowe formy przestępczości. Jej skuteczność zależy jednak nie tylko od nasycenia prawem karnym odpowiednich dziedzin życia społecznego, a prawa w szczególności. Sądę jednak, że nie można się tutaj dopatrywać prostego przełożenia surowości prawa karnego z okresu PRL z przepisami dokonującymi omawianego nasycenia prawem karnym odpowiednich dziedzin życia społecznego, gospodarczego i innych.

V. Szczególne problemy dla prawa karnego wiążą się z powszechnie uznawaną koniecznością ochrony środowiska naturalnego. Już kwestia określenia przedmiotu ochrony skryminalizowanych zachowań budzi spory⁵², także zakres tej kryminalizacji, bowiem w grę wchodzi możliwość posługiwania się prawem wykroczeń. Nie budzi natomiast wątpliwości to, że podstawową rolę w ochronie środowiska odgrywają przepisy prawa administracyjnego, prawu karnemu przysługuje zatem rola subsydiarna, tutaj jednak można się spierać o zakres kryminalizacji wyznaczający znaczenie owej subsydiarnej roli prawa karnego. W polskim systemie prawa potrzeba wydania specjalnej ustawy, chroniącej dobro, jakim jest środowisko przyrodnicze człowieka, przed agresją ze strony samego człowieka była oczywista już w latach osiemdziesiątych. W 1980 r. Sejm uchwalił

ustawę „O ochronie i kształtowaniu środowiska naturalnego”⁵³, która zawierała 3 typy przestępstw odwołujące się do naruszenia obowiązujących przepisów dotyczących różnych dziedzin działalności człowieka. Miały więc klasyczny charakter typów abstrakcyjnego narażenia chronionych wartości (w tym także życia lub zdrowia ludzkiego (art. 107). Ustawa ta została zastąpiona nową ustawą z 16 X 1991 r. „O ochronie przyrody” z 4 typami przestępstw o charakterze abstrakcyjnego zagrożenia i 1 wyroczaniem, jednak ze skutkami w postaci niszczenia roślin, zabijania zwierząt, wyrządzania innej poważnej szkody dla ochrony środowiska. Nowością było wprowadzenie w niej obligatoryjnej wysokiej nawiązki na cele związane z ochroną środowiska⁵⁴. Odmienne podszedł do zagadnienia projekt k.k., wprowadzając odrębny rozdział (XX), z typami przestępstw związanymi niejako z „normalną” działalnością gospodarczą, której ubocznym efektem jest powstawanie szkodliwych dla środowiska odpadów, płynów, gazu lub substancji promieniotwórczych albo promieniowania jonizującego. W sumie ten rozdział zawiera 8 rozbudowanych typów przestępstw (6 z nich zawiera odmiany nieumyślnego spowodowania określonych skutków lub zagrożenia nimi). Typy te mają w istocie charakter spowodowania abstrakcyjnego niebezpieczeństwa⁵⁵ dla życia lub zdrowia ludzkiego z skutkiem kwalifikującym w postaci zniszczeń w świecie roślinnym lub zwierzęcym w znacznych rozmiarach (art. 169 § 1) albo spowodowania śmierci człowieka lub ciężkiego rozstroju zdrowia wielu osób (art. 169 § 2 z sankcją od 2 do 12 lat pozbawienia wolności). Przewiduje też obligatoryjne orzekanie nawiązki na cele ochrony środowiska naturalnego.

VI. Nieco uwag chcemy poświęcić zjawisku szerzącej się narkomanii, niestety także w środowisku nieletnich, ba nawet uczniów szkół podstawowych. Polska jest krajem, który służy handlarzom narkotyków jako dogodny kraj przerzutowy do wprowadzania na rynki krajów europejskich narkotyków z krajów Wschodu oraz Ameryki Pł. W Polsce rozwinęła się też produkcja wysokiej jakości amfetaminy. Specjalnością polskiego rynku narkotycznego jest też rozwinięta produkcja narkotyków opiatowych, tzw. produkcja i zażywanie „kompotów”. Według opinii fachowców od zwalczania narkomanii nagły wzrost narkomanii opiatowej nastąpił od jesieni 1992 r., zaś od wiosny 1993 r. przybrał charakter lawinowy. W całym 1992 r. zlikwidowano w Krakowie 5 wytwórni „kompotu”, zaś w drugiej połowie 1993 r. zlikwidowano już 11 takich wytwórni, wśród których były 3 zorganizowane w sposób profesjonalny. Charakterystyczne jest, że w styczniu 1993 r. pojawiło się na rynku znanych Policji 4 dealerów, a w sierpniu było ich aż 32⁵⁶. Nie trzeba do-

dawać, że obrót narkotykami wymaga zorganizowanych grup przestępczych, jest też czynnikiem generującym inne dziedziny przestępczości.

W Polsce zagadnienia zwalczania narkomanii reguluje ustawa z 31 I 1985 r. z późniejszymi zmianami, odróżniająca środki odurzające i psychotropowe, określająca między innymi dozwoloną uprawę maku i konopi na cele przemysłu farmaceutycznego i postępowania ze słomą makową, zbiór mleczka makowego oraz przywóz z zagranicy środków odurzających i psychotropowych, postępowanie w stosunku do osób zagrożonych uzależnieniem oraz uzależnionych. Zawiera także 9 przepisów związanych z kryminalizacją uprawy maku i konopi, produkcją i obrotem surowców i gotowych produktów odurzających i psychotropowych, udzielaniem bez uprawnienia innej osobie środka odurzającego lub psychotropowego. Nie skryminalizowano natomiast posiadania środków odurzających w ilościach wskazujących na użytek własny. Ustawa ta ma szereg usterek i nie odpowiada aktualnym potrzebom zwalczania narkomanii. Przygotowano już 3 projekty nowej ustawy, jeden z nich (w redakcji Ministerstwa Zdrowia i Opieki Społecznej) przewiduje karalność posiadania środków odurzających, także w ilości wskazującej na własny użytek. Ta kwestia jest najbardziej sporna. Policja twierdzi, że tylko skryminalizowanie samego faktu posiadania środków odurzających w ilościach wskazujących na własny użytek może wpłynąć istotnie na zwalczanie narkomanii. Jest bowiem trudno udowodnić odstępowanie środka odurzającego innej osobie, gdy obrót tymi środkami jest precyzyjnie zorganizowany. Policja jest też zdania, że przepisy procesowe, wykluczające wejście do lokalu mieszkalnego w porze nocnej bez zgody prokuratora znacznie utrudniają ujęcie sprawców produkujących środki odurzające, tym bardziej wyważenia drzwi wejściowych, zwykle dobrze zabezpieczonych przed włamaniem⁵⁷.

VII. Jest rzeczą charakterystyczną, że pominąwszy obrót narkotykami, nie stwierdza się nowych technik popełniania przestępstw, włamania do samochodów są dokonywane starymi metodami, podobnie jak usunięcie specjalnego urządzenia utrudniającego uruchomienie pojazdu (usunięcie rygla lub klamry dokonywane nożycami lub piłą). Także i włamania do mieszkań są w zasadzie dokonywane w sposób prymitywny, nie różniący się od tego, co czyniono dziesiątki lat wcześniej⁵⁸. Być może, że wiąże się to z brakiem włamań do sejfów bankowych, zwykle dobrze zabezpieczonych. Wydawało by się, że fałszowanie pieniędzy wymaga wyspecjalizowanych technik, tak jednak nie jest, gdyż nowoczesny kserograf pełni tę rolę w rękach nowicjusza, pod warunkiem, że ma on do dyspozycji odpowiedni papier. Także i techniki przemycania towarów

bez uiszczenia cła oraz wywóz dewiz odbywa się bez stosowania nowoczesnych technik. Nowe techniki pojawiają się dopiero w związku z funkcjonowaniem międzynarodowych gangów.

VIII. Czas na ogólniejszą refleksję związaną z przedstawianą kryminalizacją zjawisk niepożądanych lub też zaostrzeniem penalizacji, dokonywanych we wspomnianych dwóch nowelach do kodeksu karnego. Ma ona zasadniczy związek z typami przestępstw o konstrukcji narażenia na abstrakcyjne niebezpieczeństwo oraz z zjawiskami, których ochrona może być zapewniona przez inne dziedziny prawa (cywilne, bankowe, administracyjne, prawo o wykroczeniach). Przedstawione typy przestępstw dotyczących ochrony wierzycieli, ba nawet pranie pieniędzy mogą być sankcjonowane przez prawo cywilne, zaś cała dziedzina ochrony środowiska naturalnego przez prawo cywilne i administracyjne, z ewentualnym wsparciem przez odpowiednie wykroczenie. Nie chodzi tu jednak o przesunięcie ochrony pewnych wartości na przedpole czynu zabronionego ale wyrażnie o wsparcie ochrony, której udzielają te inne niż prawo karne dziedziny prawa. W tym zakresie zatem prawo karne zyskuje wyrażnie subsydiarny charakter. Potrzeba takiego wsparcia zależy zapewne nie tylko od charakteru chronionych wartości lecz także od stopnia nieskuteczności regulacji nie prawnokarnych, rzeczywistych lub domniemywanych szkód w chronionych interesach obywateli, społecznej istotności danych interesów i in. Rzecz tylko w tym, czy takie wsparcie ze strony prawa karnego jest niezbędne w systemie sankcji mających dane interesy chronić.

Druga grupa przestępstw o konstrukcji narażenia na abstrakcyjne niebezpieczeństwo wiąże się wyrażnie z przesunięciem ochrony uznanych wartości na przedpole czynu stypizowanego w prawie karnym, np. posiadanie urządzeń służących produkcji środków odurzających, spirytusu, fałszowanie pieniędzy i papierów wartościowych. Przykłady możnaby mnożyć, to co je łączy to pośrednie czerpanie ujemności z typów podstawowych, są one zatem niejako w drugiej kolejności subsydiarnymi wobec typów kryminalizujących określone skutki dla chronionych dóbr. Z natury rzeczy grożące za nie sankcje nie są wysokie. Te przestępstwa mogłyby się znaleźć wśród wykroczeń, po obniżeniu grożących sankcji albo ich zamianie na środki wolnościowe. Zależy to jednak od stopnia społecznej szkodliwości wartości w typach podstawowych oraz częstotliwość takich naruszeń.

Trzecia wreszcie grupa przestępstw abstrakcyjnego zagrożenia dotyczy kryminalizacji posiadania broni, materiałów wybuchowych, środków odurzających lub psychotropowych i karalność tych przestępstw nie ma

charakteru pierwotnego, skoro zezwolenie na ich posiadanie wyłącza przestępczość czynu ale wiąże się nie tylko z prawem administracyjnym w szerokim znaczeniu lecz także z funkcją tych przepisów w związku ze stypizowanymi czynami dotyczącymi rozbojów, wymuszeń, terroryzmu i innych, jak obrót narkotykami. Stanowią one dalekie przesunięcie kryminalizacji na przedpole szeregu czynów (za wyjątkiem narkotyków), w odniesieniu do różnych typów czynu, np. posiadanie broni lub materiałów wybuchowych. Ustawodawca nie może spenalizować posiadania jakiegokolwiek przedmiotu, który może być narzędziem przestępstwa, np. nóż, siekiera, benzyna, z uwagi na jego użyteczność w codziennym życiu.

Warto wspomnieć, że w okresie II wojny światowej Polacy nie mogli posiadać radia odbiorczego, gdyż za to można się było dostać do Oświęcimia, a tuż po zakończeniu wojny nie można było, pod groźbą kary pozbawienia, posiadać radiowego aparatu nadawczego. Okazuje się, że butle wypełnione gazem mogą służyć jako materiał wybuchowy, nie gorszy niż dynamit, na razie posiadanie takiej butli z gazem nie jest skryminalizowane. Kryminalizacja posiadania przedmiotów, które mogą służyć za narzędzie przestępstwa, to złożona kwestia. Nie można bowiem zakazać posiadania jakiegokolwiek takiego przedmiotu oraz zezwalać na drodze administracyjnej na jego posiadanie, np. noży kuchennych, benzyny, gazu itd. Niektóre są bowiem z natury swej niebezpieczne, inne dopiero wówczas, gdy czyni się z ich określony użytek, wreszcie istotna jest kwestia kto jest tym posiadaczem, lub do czego mogą służyć. Stwierdziłszy wyżej, że podniesienia zagrożenia karą o 100% wyższą za posiadanie bez zezwolenia broni palnej lub materiałów wybuchowych i amunicji przez ustawę z 12 lipca br. wydaje się decyzją, która pośrednio potwierdza tezy szkoły frankfurckiej, już bowiem sankcja dotychczasowa mogła z powodzeniem pełnić funkcje prewencyjne, nawet w sytuacji znacznego wzrostu przestępstw z użyciem broni lub materiałów wybuchowych. Samo zagrożenie nie pełni bowiem skutecznej funkcji prewencyjnej, choćby to było zagrożenie karą najsurowszą.

IX. Współcześnie coraz większą rolę spełniają w życiu gospodarczym i innych dziedzinach podmioty kolektywne, do których zaliczamy osoby prawne i jednostki organizacyjne nie mające osobowości prawnej (zrzeszenia, stowarzyszenia i in.). Spotykamy się też coraz częściej z przestępczością tych podmiotów, która staje się przedmiotem żywej dyskusji. Niektóre państwa uporały się z odpowiedzialnością kolektywnych podmiotów, odrzucając niesłuszne zarzuty kierunku zachowawczego. Uczyniła to Francja w k.k. z 1992 r. (art. 121-122), Holandia, której kodeks karny (art. 51) stanowi, że czyn karalny może popełnić osoba fizyczna lub praw-

na, Niemcy (§§ 30 i 130 OWiG), Dania w wielu ustawach szczególnych oraz od lat Anglia. Kierunek radykalny uporał się z przesłankami tej odpowiedzialności. Problem więc polega dzisiaj nie na tym czy odpowiedzialność kolektywnych podmiotów jest możliwa, ale czy jest ona niezbędna oraz jak prawidłowo ująć jej podstawy i naukowo je uzasadnić⁵⁹. Taką odpowiedzialność akcentuje m.in. pan prof. H.J. Hirsch⁶⁰ formułując równocześnie jej przesłanki, Schünemann, Tiedemann i inni autorzy niemieccy⁶¹. Odpowiedzialność osób prawnych i innych kolektywnych podmiotów nie może być podstawą uchylenia się od ponoszenia odpowiedzialności przez osoby kierujące danym podmiotem, to nie ma być zastępcza odpowiedzialność, lecz niezależna od odpowiedzialności osób fizycznych z kręgu osób upoważnionych do zastępowania osoby prawnej, w tym sensie, że występuje równocześnie lub obok odpowiedzialności osób upoważnionych do działania w imieniu danej osoby prawnej.

Niemniej osoba prawna (inny podmiot kolektywny) może ponosić odpowiedzialność karną tylko wtedy, gdy jej organy upoważnione do działania w jej imieniu i na jej rachunek ponoszą odpowiedzialność karną za naruszenie norm sankcjonowanych.

Problemy, które długi czas stanowiły przeszkodę do uznawania odpowiedzialności karnej osób prawnych, to zdatność do ponoszenia winy oraz do ponoszenia kary. Drugi był znacznie łatwiejszy do rozwiązania. Osoba prawna nie może wprawdzie być ukarana karą pozbawienia wolności, jak osoba fizyczna, niemniej do dyspozycji stoją kary grzywny oraz inne środki karne, jak konfiskata korzyści uzyskanych z przestępstwa, przepadek narzędzi oraz środki zabezpieczające o szerokiej gamie, w tym także zakaz prowadzenia określonej działalności na określony okres lub definitywnie. Przewidziane w niektórych systemach grzywny wymierzone osobie prawnej są kilkadziesiąt razy surowsze niż orzekane osobom fizycznym. Ich funkcje dadzą się odpowiednio traktować jak kar orzekanych osobom fizycznym.

Problem subiektywnego przypisania przestępnego zachowania osobie prawnej, nazywanego potocznie winą wiąże się z naruszeniem obowiązujących w danej dziedzinie reguł etycznych. Jak słusznie twierdzi prof. Hirsch, etyczne miary postępowania mogą być także odnoszone do osób prawnych i innych podmiotów kolektywnych, co implikuje zdolność do ponoszenia kar⁶².

W polskim systemie brak odpowiedzialności karnej osób prawnych, próba jej wprowadzenia do kodeksu wykroczeń na wzór §§ 30 i 130 OWiG nie została zaakceptowana przez Zespół Komisji ds. Wykroczeń. W tym systemie spotykamy tylko pewne namiastki odpowiedzialności, tj.

posiłkową odpowiedzialność osoby prawnej, innego podmiotu kolektywnego za grzywnę wymierzoną sprawcy, jeżeli ta osoba prawna lub inny podmiot odniosła lub mogła odnieść korzyść majątkową z czynu osoby kierującej danym podmiotem. Dotyczy to jednak tylko przestępstw skarbowych (art. 32 uks). W projekcie k.k. znajduje się natomiast przepis (art. 52), według którego sąd może nakazać podmiotowi, który uzyskał korzyść majątkową z przestępstwa osoby działającej w imieniu lub w interesie tego podmiotu jej zwrot na rzecz Skarbu Państwa. Planuje się jednak kwestie te rozstrzygać w odrębnej ustawie o odpowiedzialności osób prawnych.

Przypisy:

1. *H.J. Hirsch*: Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen?, referat nie publikowany, s. 1.
2. Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, 50, Vorwort, s. 5-6.
3. *Hubert Beste/Michael Voss*: Verformungen des Strafrechts durch private Sicherheitsdienste: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, s. 318 i cyt. tam literatura.
4. Jak w p. 3 orac: *C. Pritzwirt*: Subsidär, fragmentarisch, ultima ratio? Gedanken zur Grenzen von Strafrechtsbeschränkungspostulate w: Vom unmöglichen, op. cit., s. 405 i n., *Peter Albrecht*: Das Strafrecht im Zugriff populistischer Populistik, w: Vom unmöglichen, op. cit., s. 429 i n.
5. Równocześnie ta ustawa uchyliła wszystkie przepisy dotyczące przedmiotów w tym kodeksie unormowanych, oraz, obok kodeksu z 1932 r., przepisy wymienione w art. IV, V i VI tej ustawy.
6. Zwłaszcza w związku ze zniesieniem trybu doraźnego, który przewidywał możliwość orzeczenia kary śmierci za czyny określone w kilkudziesięciu przepisach.
7. Powołano wg: „Atlas przestępczości w Polsce” pod redakcją naukową *A. Siemaszki*, Warszawa 1994, s. 78-79.
8. Zob. Atlas, op. cit., s. 49.
9. Rocznik Statystyczny 1995 r. W sierpniu 1995 r. wyniosła 66 000.
10. Cyt. za pracę: *T. Hanausek/K. Stawik*: Wprowadzenie do kryminalistyki i kryminologii, 1995, s. 54 i n.
11. Zob. Atlas, op. cit., s. 26.
12. Najwyższa liczba zgwałceń wystąpiła w latach 1970-1973 (średnio rocznie 2,236) oraz w latach 1983-85 (średnio rocznie 2,054) cyt. za: Atlas, op. cit., s. 27.13. Zob. Atlas, op. cit., s. 28.
14. Uchylając przepisy art. 194 i 195 k.k.
15. W szczególności podnosząc sankcję karną za kradzież mienia prywatnego do lat 10 (art. 203 § 21).
16. Ustawą z dnia 10 X 1991 (Dz.U. Nr 107, p. 458).

17. Ustawą z dnia 15 II 1989 r., zmiana Dz.U. 1991 Nr 60, p. 253.
18. Z sankcją od 6 miesięcy do lat 8.
19. Z sankcją do 3 lat pozbawienia wolności.
20. W szczególności wprowadziła nieprzebiegłość przerwania własnej ciąży przez kobiety ciężarną.
21. Która była nawet jawnie lub w zakamuflowany sposób reklamowana przez przedsiębiorstwa turystyczne.
22. Szybko wzrastała też liczba inwestorów, którzy wymagali obsługi kredytowej.
23. Zatem wprowadzenie identycznej sankcji jak za kradzież dokonaną nie wydaje się być rozwiązaniem racjonalnym.
24. Tego rodzaju oszustwa stwierdzono w grupie złodziei samochodowych funkcjonującej w Szczecinie w 1995 r. (informacja dziennika radiowego z sierpnia br.).
25. Art. 5 ustawy oraz 294 proj. k.k. Obszernie w kwestii międzynarodowych zaleceń dotyczących zwalczania zjawiska prania pieniędzy. E. Pływaczewski: Pranie brudnych pieniędzy, Toruń 1993. Zob. także K. Laskowska: Pranie brudnych pieniędzy, w: Z problematyki prawa karnego, s. 103 i n.
26. Omawiana ustawa nowelizuje także niektóre przepisy ustawy karnej skarbowej dodając do art. 48 art. 48¹ dotyczący wywozu dewiz wielkiej wartości, do art. 80 art. 80¹, zaś do art. 81 art. 81¹ obejmując nimi uszczuplenie cła wielkiej wartości lub przemytu towaru wielkiej wartości, zastrzegając kary pozbawienia wolności i grzywny.
27. Przyznać trzeba, że w praktyce sądowej tendencja liberalizacji kar zaznaczyła się już w 1989 r., tj. roku rozpoczętej transformacji ustrojowej.
28. D. Rzepka: Mehr Strafrecht als Antwort auf rechtsextermistische/fremdenfeindliche Gewalt, w: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, op. cit., s. 245 i n., por. także E. Graul: Vom Zustand der Zeit im Umgang mit Gesetzen, dargestellt am Beispiel der §§ 239, 230b STGB, w: Vom unmöglichen, op. cit., s. 345 i n., por. też P. A. Albrecht: Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik, w: Vom unmöglichen, op. cit., s. 429 i n.
29. W miejsce przestępstwa z chęci osiągnięcia korzyści majątkowej oraz o chuligańskim charakterze.
30. Chodzi o przestępstwa zagrożone karą śmierci z rozdziału XIX, określone w art. 122, 123, 126, 127.
31. Informacja Min. Spraw Wewnętrznych podana w dzienniku telewizyjnym w sierpniu br.
32. Panuje przekonanie, że w tym procederze uczestniczą zorganizowane grupy przestępcze z b. ZSRR, których rezydenci funkcjonują na terenie Polski, wówczas jednak nie popełniają u nas przestępstw.
33. Wg T. Hanausek/K. Stawik: Wprowadzenie do kryminalistyki i kryminologii, s. 61. Wg podanej w tej pracy informacji w Warszawie ginie dziennie przeciętnie 40 pojazdów.

34. Informacja szczecińskiej Policji po zlikwidowaniu w sierpniu br. gangu trudniącego się kradzieżami samochodów (dziennik telewizyjny).

35. Wg projektu k.k. kwestię tę reguluje odrębny przepis łącznie z zawodowym popełnianiem przestępstw w rozdziale VII „Powrót do przestępstwa”.

36. Art. 61 § 3 i 62 § 1 proj.

37. Uchwalona przez Sejm 21.VII.1995 r., przekazana do Senatu RP.

38. Uchwalona przez Sejm (nie podpisana jeszcze w sierpniu przez Prezydenta RP).

39. Jak np. obrót środkami odurzającymi, handel bronią i amunicją, fałszowanie pieniędzy lub papierów wartościowych, wymuszania okupu.

40. Za kwalifikowany rabunek z uwagi na posługiwanie się bronią palną lub innym, podobnie niebezpiecznym narzędziem grozi kara nie krótsza od lat 5, dożywotniego pozbawienia wolności albo kara śmierci.

41. Z uwagi na porzucenie pojazdu w stanie uszkodzonym lub w okolicznościach grożących jego utratą lub uszkodzeniem pojazdu lub jego części lub zawartości.

42. Statystyka sądowa 1993 r., s. 157.

43. Ten typ kwalifikowany obejmuje też porzucenie w stanie jak przytoczono w przypisie 41.

44. Jednak z sankcją łagodniejszą, tj. do 10 lat pozbawienia wolności (za rabunek grozi kara pozbawienia wolności do lat 15).

45. Ten typ kwalifikowany przysporzy sądom wiele trudności z wykazaniem zamiaru krótkotrwałego użycia pojazdu. Sama koncepcja dotyczy takich sytuacji, kiedy przestępcy wymusili opanowanie pojazdu aby go użyć w celu ucieczki z miejsca popełnienia przestępstwa, a więc sytuacje prowadzące do realnego zbiegu przestępstw zaboru wymuszonego z rabunkiem, co mogło być karalne wg art. 210 § 1, z sankcją, która bez tego zbiegu przestępstw może spełnić adekwatnej w takiej sytuacji kary, a łącznie z wymuszeniem pojazdu i tak nie może przekroczyć 15 lat pozbawienia wolności.

46. Typy abstrakcyjnego zagrożenia są przedmiotem krytyki nauki niemieckiej, vide cytowane prace w: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechtes, zwłaszcza w przedmiocie zastępowania przestępstw skutkowych przestępstwami abstrakcyjnego zagrożenia, co oznacza przesunięcie ochrony na przedpole przestępstwa skutkowego, bez zachowania wymogu należytej określoności czynu (np. typy dotyczące „posiadania” określonych przedmiotów lub narzędzi).

47. Na skutek zaostżenia sankcji o 100% powstała nieśpójność z sankcją przewidzianą za użycie broni lub niebezpiecznego narzędzia, zagrożonego „tylko” do 5 lat pozbawienia wolności (art. 159). O podobnej nieśpójności między §§ 239a i 239b z treścią §§ 177, 178, 240 po nowelizacji StGB z 1989 r. pisze *E. Graul*, op. cit.

48. Niemniej projekt k.k. przejął z kodeksu wykroczeń typ penalizujący prowadzenie pojazdu mechanicznego (lub innego na drodze publicznej) w stanie nietrzeźwości, podnosząc równocześnie próg zawartości alkoholu we krwi z 0,5 % do 0,8 %. Wziął bowiem pod uwagę szerzące się nagminnie zjawisko prowadzenia w tym stanie pojazdów i wzrastającą z roku na rok liczbę wypadków drogowych

(T. Hanausek, K. Sławik, Wprowadzenie, op. cit., s. 58-59, wg których specyfiką wypadków w Polsce jest ich duża „ofiarochłonność”, około 13 zabitych na 100 wypadków, w Europie ok. 3). Projekt sięgnął także po obligatoryjne orzekanie o zakazie prowadzenia pojazdów, mogącym trwać do 10 lat.

49. Por. T. Hanausek, K. Sławik, op. cit., s. 62.

50. Warto w związku z tym zauważyć, że zniesiono uprzywilejowaną ochronę funkcjonariuszy Policji, co miało miejsce wg art. 234 § 1 w wersji pierwotnej.

51. Art. 236 proj. z sankcją do lat 3 pozbawienia wolności.

52. Dobrem chronionym przez przepisy dotyczące ochrony środowiska jest w gruncie rzeczy nie samo środowisko naturalne ale w jego funkcjach dla człowieka w teraźniejszości i w przyszłości. W kwestii sporów o ten przedmiot ochrony zob. J. Chr. Müller-Tuckfeld w: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, op. cit., s. 461 i n.

53. Z 31 I 1980 r. (Dz.U. Nr 3, poz. 6).

54. W wysokości od 2.500000 do 50.000 000 zł.

55. Tenże skutek kwalifikujący dotyczy w istocie trzech typów abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, pozostałe nie mają charakteru skutkowego.

56. W. Kapko: Współczesne aspekty zorganizowanej przestępczości narkotycznej na przykładzie krakowskich doświadczeń, nie publikowane, s. 5, 11 i n.

57. Tamże, s. 9 i n.

58. T. Hanausek: Współczesne formy techniki przestępczej a odpowiedzialność karna, nie publ., s. 2 i n.

59. O. Górniok: Przestępczość gospodarcza i jej zwalczanie, PAW 1994, s. 156.

60. H.J. Hirsch: Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, 1993, s. 21 ff.

61. H.J. Hirsch: Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen, prypis nr 67.

62. H.J. Hirsch: tamże, s. 18.

PRAWO KARNE I PROCES KARNY WOBEK NOWYCH FORM I TECHNIK PRZESTĘPCZOŚCI

I. 1. Nowe formy i techniki przestępczości ostatnich lat doprowadziły do wzmożonej aktywności ustawodawczej. W Niemczech przeżywamy od lat 70-tych, wbrew dekryminalizacyjnej tendencji ówczesnych reform prawa karnego, nieustanny przyrost przepisów prawa karnego. Mamy przy tym do czynienia z trzema częściowo pokrywającymi się zjawiskami. Pierwszą grupę stanowią przypadki z dziedzin, które dzięki technicznemu i naukowemu postępowi pojawiły się jako nowe zjawiska, jak np. techniki komputerowe, technika atomowa i genetyka. Druga grupa obejmuje zachowania, które częściowo były już wcześniej zagrożone sankcjami karnymi przez prawo o wykroczeniach lub przepisy karne dodatkowe, ale dzięki zmianie w systemie ocen społecznych znalazły bardziej wyeksponowane miejsce w obszarze zainteresowania społecznego, a przez umieszczenie ich wśród przepisów kodeksu karnego doznały dowartościowania i zaostrzenia oraz poszerzenia ich zakresu oddziaływania, i to już na przedpolu. Do tej grupy należy przede wszystkim prawo karne gospodarcze i ochrony środowiska. W przypadku trzeciej grupy chodzi o zakresy, w których zachowania już dotąd zagrożone karą, znacznie wzrosły i ten faktyczny przyrost przestępczości i jej form zjawiskowych był przyczyną przesunięcia niektórych zjawisk na przedpole i zarazem zaostrzenia ich karalności. Wymienić należy tu przede wszystkim przestępczość związaną z narkotykami i ogólnie przestępczość zorganizowaną.

Poważny wzrost przestępczości, także w zakresie klasycznego prawa karnego, w szczególności odnośnie przestępczości przeciwko własności, mieniu i przy zastosowaniu przemocy, jak również wzrastająca profesjonalizacja i międzynarodowe powiązania całych obszarów przestępczego działania doprowadziły ponadto do zmian w systemie konsekwencji prawnych i prawa procesowego. Dlatego należy w Niemczech imiennie wyszczególnić: ponowne wprowadzenie kary konfiskaty mienia, a w procesie obowiązującą obecnie regulację o świadku koronnym i tajnych agentach¹. Z drugiej strony powódź przestępstw doprowadziła do stanu, w którym szuka się rozwiązań w postawach oportunistycznych i w uz-

godnieniach procesowych oraz w propozycjach dotyczących uproszczeń procesowych.

2. Cały ten proces wywołał w Niemczech zasadniczą dyskusję na temat kwestii, czy prawo karne, majątkowe i procesowe znajduje się jeszcze na właściwej drodze. Zgodnie z poglądem kierunku frankfurckiego, któremu przewodniczył **Hassemer**² i który znalazł swoje odbicie w wynikach konferencji obrońców karnych w 1988 r.³, wymienione powyżej poszerzenie katalogu przepisów karnych przeczy zadaniom prawa karnego. Odnosnie dzisiejszej sytuacji mowa jest o niedopuszczalnym stanie prawa karnego. **Hassemer** pisze⁴, iż pora najwyższa, aby te nowe tendencje znowu dopasować do prawnokarnych tradycji. Dlatego konieczne jest zredukowanie obecnego prawa karnego do „fundamentalnego prawa karnego”. Ten żądający redukcji kierunek zarzuca nowym tendencjom szczególnie rozmywanie pojęcie dobra prawnego i to, że przynoszą z sobą poszerzenie stosowania w prawie karnym konstrukcji deliktów abstrakcyjnego zagrożenia i nie respektują zasady subsydiarności. Stawia się również pod znakiem zapytania problem praktycznej przydatności tych tendencji z punktu widzenia prawa karnego ochrony środowiska ze względu na bariery wynikające z zależności administracyjnej i rolę, jaką w tym wszystkim odgrywają osoby prawne.

Jeśli chodzi o problemy prawa karnego procesowego, to są one tylko odzwierciedleniem tego, iż prawo karne rozciąga się na obszary, które nie należą do jego zakresu i powodują inflacyjny rozwój karalności.

Podczas gdy grupy robocze konferencji obrońców karnych uważały, że nowo włączone do prawa karnego zakresy można dostatecznie opłacać przy pomocy prawa o wykroczeniach, prawa administracyjnego i cywilnego⁵, proponuje **Hassemer** i inni frankfurccy teoretycy celem rozwiązania tych problemów, dodatkowo utworzenie państwowego „prawa interwencyjnego”, które byłoby umiejscowione pomiędzy prawem karnym a prawem o wykroczeniach⁶.

II. 1. a) Przypatrzmy się poszczególnym krytykowanym punktom. Z teoretycznego punktu widzenia na początku trzeba umiejscowić problematykę dobra prawnego. Dyskutuje się ją zwłaszcza w związku z prawem ochrony środowiska, ale jest również aktualna odnośnie przepisów karnych dotyczących używania narkotyków, gospodarki i ochrony zwierząt.

Jeśli skierujemy wzrok na prawo karne ochrony środowiska, to w kryminalno-politycznej i prawnokarnej dyskusji jest mowa o tym, że „środowisko” czy w każdym bądź razie - jak mówi większość⁷ - „woda, powietrze i ziemia” są tymi chronionymi dobrami. Tak więc pojęcie do-

bra prawnego uległo poszerzeniu ze względu na szerokie zakresy interesów. Podczas gdy przeważająca opinia⁸ wychodzi z założenia, że chodzi przy tym o związek z problemem zachowania podstaw życia ludzkiego i dlatego mówi się tu o „spojrzeniu ekologiczno-antropologicznym”; niektórzy autorzy reprezentują nawet czysto ekologiczny, czyli ekocentryczny punkt widzenia. Zgodnie z tym poglądem środowisko naturalne ma być chronione dla samej swej istoty przez prawo karne⁹.

Także w prawie karnym przeciwko środkom odurzającym wskazuje się na inne dobro prawne: zdrowie narodu jako ogólnospołeczne dobro prawne¹⁰. Odnośnie prawa karnego gospodarczego przeważa opinia, że w stosunku do niektórych nowszych przepisów, które są umieszczone w rozdziale o deliktach majątkowych, jak np. oszustwo i niełojalność, chodzi także o dobra prawne ogółu obok ochrony mienia. Dlatego też mówi się w stosunku do tzw. oszustwa subwencyjnego o państwowej swobodzie planowania i dyspozycji lub o instytucji subwencji samej w sobie, jako instrumencie państwowego sterowania gospodarczego i o tych przez nią namierzonych celach ekonomiczno-politycznych¹¹. W dalszej kolejności można wskazać na pranie pieniędzy, przy którym odnośnie większości form popełnienia wskazuje się po prostu na wewnętrzne bezpieczeństwo jako dobro prawne¹². W końcu odnośnie ochrony zwierząt wymienia się jako dobro prawne ludzkie wartości uczuciowe, lub ekocentrycznie rzecz biorąc, samo zwierzę jako element kreacji boskiej¹³.

To co możemy w tych wszystkich zakresach zauważyć, to odstępianie od typowego rozumienia pojęcia dobra prawnego. Ono orientuje się według wyraźnie zarysowanych dóbr chronionych jak życie, nienaruszalność cielesna, własność itp.; wspólne jest także antropocentryczne nastawienie.

Dlatego ten redukcyjny kierunek żąda ponownego usunięcia z zakresu prawa karnego tych nowo sformułowanych dziedzin, ponieważ nie dają się one pogodzić z pojęciem dobra prawnego.

Wspierając koncepcję redukcjonistyczną **Hassemer** przytacza jako argument teoretyczno-prawny, teorię umowy społecznej i wywodzi, że tylko naruszenie wolności zabezpieczonych w umowie społecznej wchodzi w grę jako czyn karalny¹⁴. Taka pierwotna wersja umowy społecznej może być wprawdzie zrozumiała w stosunku do teoretycznego początku społeczeństwa, jednak nie można jej przenosić w tej uproszczonej formie na cywilizacyjnie i kulturowo bardziej rozwinięte społeczności. W teorii tej ważną rolę odgrywają bardziej wartości i interesy ponadindywidualne dotyczącej wszystkich członków społeczeństwa. Potwierdza to ponadto sama nauka o dobrach prawnych. W połowie ubiegłego stulecia zastąpiła

ona przekonanie, które uznawało ochronę dóbr subiektywnych jako przedmiot prawa karnego.

Dla teorii dobra prawnego było od początku jasne, że istnieją nie tylko indywidualne dobra prawne. Nienaruszalność granic państwa jako dobro prawne zdrady stanu i zdrady kraju lub pokój publiczny jako przedmiot deliktów przeciwko religii są wymieniane jako przykłady. Nie należy przy tym zapominać, iż pojęcie dobra prawnego nie jest wyłącznie pojęciem prawnokarnym i oczywiście umowa społeczna nie ogranicza się tylko do ochrony prawnokarnej, dlatego też powołanie się na nią doprowadziłoby w ogóle do rezygnacji z ochrony prawnej odnośnie tych wątpliwych zakresów.

Jest rzeczą interesującą, że ten redukcyjny kierunek nie zachowuje konsekwentnie swojego punktu wyjścia. Jego główny przedstawiciel **Hassemer** sam później przyznaje, że trzeba również uznać w prawie karnym dobra prawne ogółu, np. odnośnie podpalenia i deliktów przeciwko wymiarowi sprawiedliwości¹⁵. Przy redukcji prawa karnego do „fundamentalnego prawa karnego”, przy dokładniejszym spojrzeniu, chodziło mu tylko o to, ażeby prawo karne zachowało podstawowy rys przez ochronę indywidualnych dóbr prawnych i zasadniczo nie przekroczyło klasycznie ujętego zakresu dóbr prawnych ogółu. Należy jednak zauważyć, że jeśli prawnokarna ochrona dóbr prawnych ogółu jest możliwa, jak to już od dawna twierdzi nauka o dobrach prawnych, to trzeba stwierdzić, iż katalog takich dóbr jest tak samo otwarty jak i tych indywidualnych. Rozwój ocen i przedmiotów oceny jest w społeczeństwie w ciągłym ruchu i w zależności od sytuacji część prawnych dóbr indywidualnych oraz prawnych dóbr ogółu może ulec przesunięciu w zakresie ochrony prawnej.

Właściwy problem, z którym mamy do czynienia, to problem precyzności. Chodzi o pytanie, jakie kryteria należy przyjąć, ażeby dostatecznie wykonturowane dobro określić mianem dobra prawnego.

W swoim podstawowym referacie wygłoszonym na Bazylejskiej Konferencji nauczycieli prawa karnego **Stratenwerth** reprezentował pogląd, że takich kryteriów, w każdym bądź razie w odniesieniu do zabezpieczenia przyszłości, w ogóle nie ma. Powołując się na wywody socjologa **Ulricha Becka** odnośnie społeczeństwa ryzyka¹⁶ uważa on, że środowisko i związane z nim wielkie ryzyka nabrały takiego wymiaru, że pojęcie dobra prawnego nie może tu już dużo pomóc¹⁷. W przeciwieństwie jednak do teorii redukcyjnej, nie chce on z tego wywodzić, że prawo karne ma się z tego zakresu wycofać. **Stratenwerth**¹⁸ wyciąga raczej z tego wniosek, że prawo karne może przynajmniej w tych zakresach,

które mają cokolwiek do czynienia z zabezpieczeniem przyszłości, zrezygnować z powiązania z dobrem prawnym. Należałoby poddać rewizji tradycyjne instrumentarium prawnokarne, aby móc pokonać aktualne trudności. Problemy bowiem XXI wieku nie dadzą się rozwiązać przy pomocy intelektualnego arsenału z XVIII wieku.

Jeśli nawet przyznamy, iż woda, ziemia i powietrze i to nawet wtedy, kiedy widzimy je w związku z porządkiem prawnym ekologicznie, antropocentrycznie, jako podstawa do życia i że pod względem nauki o dobrach prawnych są bardzo nieostre, to musimy jednak stwierdzić, że dalsze wypracowanie konturów nie jest niemożliwe. Chodzi przy tym dosłownie o to, aby przy okazji określania dobra prawnego, tak samo jak w przypadku indywidualnych dóbr prawnych, jak np. nietykalność cielesna bądź własność, mieć wzgląd na to poszczególne konkretne dobro, konkretny interes ochronny: przykładowo na określony akwen wodny w jego odpowiednim ekologicznym stanie. Kryterium szkodliwości społecznej jest przy tym pomocne do negatywnego rozgraniczenia: dobro prawne jest tylko wtedy naruszone, kiedy nastąpiła wymierna szkoda.

Nie może być też mowy o tym, że pojęcie dobra prawnego w zakresie zabezpieczenia przyszłości w obliczu istniejących wielkich zagrożeń jest zbędne. Tym bardziej jest ono potrzebne z powodu rozległości i niejasności tego zakresu i w końcu z powodu jego emocjonalizacji i upolitycznienia. Funkcja racjonalizacyjna i ograniczająca pojęcie dobra prawnego jest potrzebna zresztą nie tylko z powodu koncepcji państwa prawnego, lecz także dlatego, ażeby móc odpowiednio ocenić dystans dzielący od naruszenia dobra prawnego przy ocenie rozmiarów bezprawia czynów, co ma znaczenie, przykładowo mówiąc, nawet w przypadku ocen grubości warstwy ozonu.

To proponowane przez **Stratenwertha**, jako alternatywa, ukierunkowanie na rozmiar bezprawia czynu¹⁹, przypomina w swojej konstrukcji przekonanie panujące w Niemczech w latach 30-tych o celach przeciwnych koncepcji państwa prawnego, według którego w prawie karnym nie chodzi o ochronę dóbr prawnych, lecz właśnie o zapobieganie niewypełnieniu obowiązków²⁰.

Osobiście uważam żądanie rezygnacji z pytania o dobro prawne w zakresie zabezpieczenia przyszłości, także z punktu widzenia całego prawa karnego, za niezwykle niebezpieczne. To, co dziś jest chwalone w zakresie prawa karnego ochrony środowiska jako rzekomy postęp, da się powiedzieć jutro w odniesieniu do innych dziedzin. Pojęcie dobra prawnego jest mimo całej nieostrości, którą wykazuje, barierą przeciwko nieracjonalności i niejasności w prawie karnym i tym samym stanowi zdo-

bycz nie do odrzucenia. Postawienie go pod znakiem zapytania tam, gdzie przysparza trudności i tylko z tego powodu stawianie szczególnych wymagań, nie oznacza postępu prawa karnego, lecz cofnięcie się do sposobu myślenia sprzed okresu koncepcji państwa prawnego.

W rezultacie można więc stwierdzić, że nie da się potwierdzić wniosków wyciąganych w zakresie problematyki dobra prawnego odnośnie deliktów ochrony środowiska, ani tych z redukcyjnego kierunku, ani tych Stratenwerth'a. Wyzwanie jest przede wszystkim skierowane do nauki, ażeby zintensyfikowała swoje wysiłki w kierunku nadania konturów odpowiednim dobrom prawnym.

Podobnie wygląda sprawa problematyki dóbr prawnych w przepisach prawa karnego odnośnie środków odurzających i prawa karnego gospodarczego²¹.

2. Drugi zakres problemowy tworzą występujące w nowych przepisach karnych w zwiększonym stopniu abstrakcyjne delikty zagrożenia. Prawo karne dotyczące ochrony środowiska naturalnego i zwalczania narkotyków, a także częściowo prawo karne gospodarcze, stanowią aktualne tego przykłady.

Zwolennicy koncepcji redukcyjnej twierdzą, iż te delikty nie należą do prawa karnego²². Jeśli przeczytamy dokładniej, to staje się jasne, że występują one bardziej przeciwko nasilonemu rozpowszechnianiu abstrakcyjnych deliktów zagrożenia, niż przeciwko ich karalności. U **Hassemera** brzmi to mniej więcej tak: włączenie ich do prawa karnego i to wprawdzie do klasycznego zakresu, imiennie do deliktów spowodowania pożaru, jest prawnokarnie dopuszczalne²³. Niedopuszczalne jest natomiast umieszczanie ich w tych nowych zakresach. Autorowi chodzi więc bardziej o uniemożliwienie przesunięcia akcentów w prawie karnym na działania na przedpolu, niż o twierdzenie niezgodności w ogóle - a więc nie o aspekt jakościowy, lecz raczej o ilościowy.

Problem tzw. abstrakcyjnych deliktów zagrożenia jest wprawdzie do dziś tym obciążony, że mówiąc o konkretnych i abstrakcyjnych deliktach zagrożenia operujemy alternatywą. Jeśli jednak przypatrzymy się temu problemowi dokładniej, to musimy rozróżniać z jednej strony pomiędzy deliktami zagrożenia, w przypadku których zawsze chodzi o spowodowanie konkretnego zagrożenia, np. konkretny człowiek został wprowadzony w niebezpieczną sytuację, a z drugiej strony deliktami niebezpieczeństwa bądź ryzyka²⁴. Odnośnie ostatnich nie chodzi o spowodowanie jakiegoś skutku, ale o określone niebezpieczeństwo z punktu widzenia działającego, a więc o element ryzyka, jaki tkwi w określonym działaniu, np. ścinanie zakrętów, mimo że kierowca nie jest pewny, czy po prze-

ciwnej stronie nie znajduje się przypadkiem naprzeciwko jadący inny pojazd. Podczas gdy w przypadku deliktów zagrożenia, tak samo jak i w przypadku deliktów naruszenia, nie można rozróżniać pomiędzy konkretnymi i abstrakcyjnymi deliktami, ponieważ chodzi tu o zrealizowanie niebezpiecznej sytuacji dla jakiegoś obiektu, natomiast w przypadku deliktów ryzyka można jednak rozróżniać pomiędzy konkretnymi i abstrakcyjnymi w zależności od tego, czy będzie wymagane pewne wywołujące z określonego działania konkretne ryzyko, czy też ma wystarczać tylko abstrakcyjna zdolność, nadawanie się do wywołania ryzyka.

Jeśli się ma przed oczyma tę rzeczową różnicę, to nie trudno nie zauważyć, że za tą określoną mianem abstrakcyjnych deliktów zagrożenia kategorią ukryte są w rzeczywistości także całkiem konkretne ryzykowne działania. I tak też jest najczęściej, ponieważ z punktu widzenia działającego *ex ante* należy z reguły tę konkretną właściwość nadawania się do wyrządzania szkody potwierdzić. W ten sposób jednak ujawnia się jasno materialna treść bezprawności. Jedyne w przypadkach, w których działanie nie wykazuje żadnego konkretnego ryzyka, mamy do czynienia z zakresem, odnośnie którego samo nieprzestrzeganie nakazu normy prawnej jest tematem do dyskusji.

W obliczu materialnej zawartości bezprawia nie istnieje w każdym bądź razie żadne absolutne zastrzeżenie przeciwko konkretnym deliktom ryzyka w prawie karnym. Znaczenie tu może jednak mieć fakt istnienia prawa o wykroczeniach lub - jak w innych systemach prawnych - kategorii wykroczeń. One tworzą domenę deliktów ryzyka - wystarczy tylko pomyśleć o przepisach ruchu drogowego - one nadały tym przepisom swoje piętno. Po tym jak początkowo błędnie uważano, że podział w prawie karnym na prawo karne kryminalne i prawo o wykroczeniach wynika z jakościowej różnicy bezprawia, zwycięstwo odniosło przekonanie, że chodzi tu o różnice ilościowe co do zawartości bezprawia²⁵. W przypadku pytania, czy konkretny delikt ryzyka ma być umieszczony wśród norm prawa karnego, chodzi o momenty wartościujące, przy pomocy których można uzasadnić, iż wchodzące w grę działanie według wagi swojego bezprawia wznosi się wyjątkowo ponad poziom tego zasadniczo odpowiedniego dla wykroczeń poziomu. Same tylko ułatwienia dowodowe nie wystarczają do uzasadnienia. Wymaga się też ciągle zharmonizowania z pozostałymi przepisami prawnokarnymi kryminalnymi, które chronią to odpowiednie dobro prawne. Jeśli przykładowo majątek był dotąd zasadniczo chroniony w kodeksie karnym tylko przeciwko naruszeniom i to umyślnym, to można mówić o naruszeniu równowagi, jeśli tylko bez dającej się rozpoznać koncepcji ogólnej włączy się jednostkowo delikt ry-

zyka. Przykładem na to może być przepis o tzw. oszustwie subwencyjnym (§ 264 StGB). To wszystko trzeba mieć na uwadze przy tworzeniu, na zasadzie wyjątku, konkretnych przepisów o ryzykownych działaniach wśród norm prawa karnego wyłączonych z prawa o wykroczeniach.

Zasadniczo też mam zastrzeżenia odnoszące się do kwestii, czy normy prawne regulujące istotnie abstrakcyjne działania ryzykowne, mianowicie czyny nie zawierające w sobie żadnego konkretnego elementu ryzyka, należą do prawa karnego, ponieważ w tym przypadku chodzi, jak już powiedzieliśmy, tylko o mankament naruszenia posłuszeństwa. Ta problematyka ujawniła się szczególnie w przypadku deliktów podpalenia w prawie karnym ochrony środowiska. Dlatego też jeden z dość szeroko rozpowszechnionych poglądów w nauce prawa karnego chce przyjąć w przypadkach podpalenia, tam gdzie jakiegokolwiek konkretne ryzyko jest niemożliwe, wykluczenie karalności²⁶. Natomiast w prawie karnym ochrony środowiska w § 326 ust. 6 k.k. (StGB) zadziałał w tym kierunku sam ustawodawca, mimo że w sposób niedostateczny. Uwzględniając to wszystko trzeba stwierdzić, że w tym przypadku chodzi w rzeczywistości o pytanie dotyczące ustawowych znamion przestępstwa odnośnie rozróżnienia pomiędzy konkretnymi i abstrakcyjnymi deliktami ryzyka i ustawowego odgraniczenia tych ostatnich.

Tak więc również delikty ryzyka nie stanowią żadnego zasadniczego problemu jeśli tylko przestrzega się wyżej wymienione punkty widzenia.

3. Odnośnie braku kompetencji prawa karnego przytacza się jako argument akcesoryjność administracyjną, jaka jest wielokrotnie przewidywana w prawie karnym ochrony środowiska²⁷. Pokazuje ona, że jest to właściwie materia z zakresu kompetencji prawno-administracyjnych. Zasadnicza wiążąca moc prawna zezwoleń administracyjnych oznacza, iż w przypadku karania za naruszenia środowiska nie chodzi o sprawiedliwość, lecz tylko o formalną niezgodność z decyzjami prawno-administracyjnymi.

Problemu tego nie można rozwiązać poprzez kwestionowanie akcesoryjności administracyjnej. Nie mamy w końcu w Niemczech, tak samo jak i w wielu innych państwach, do czynienia z przedprzemysłowym środowiskiem, lecz już od dłuższego czasu z wysoko uprzemysłowaną społecznością. Dlatego jest to zupełnie niemożliwe zachować całkiem zdrowe środowisko; może chodzić tylko o to, ażeby stopniowo zmniejszać szkody. Regulujące zadanie, polegające na określeniu każdorazowych limitów, można rozwiązać tylko w drodze zezwoleń i zarządzeń administracyjnych.

Także ta pojawiająca się w dyskusji myśl, ażeby umożliwić sądom karnym kontrolę postępowania organów administracyjnych²⁸, jest sprzeczna z istotą przedmiotu, abstrahując od wyraźnie wymienionych w § 330d nr 5 StGB przypadków udzielenia bezprawnego zezwolenia; jest także odrzucana przez większość doktryny prawniczej²⁹. W przypadku administracji i powołanych do jej kontroli sądów administracyjnych nie chodzi o podporządkowanie prawa administracyjnego prawu karnemu, administracja bowiem i wymiar sprawiedliwości to dwa odrębne, różniące się od siebie zakresy zadań państwowych. Wymiar sprawiedliwości nie jest instancją zwierzchnią fachowej kontroli działalności państwa, chociażby z tego powodu, że brak mu fachowej wiedzy i w związku z tym nie może odpowiadać za fachowość egzekutywy.

Jeżeli przyjrzymy się tradycyjnemu prawu karnemu dokładniej, to trzeba stwierdzić, że wpływ urzędowych zezwoleń na problem karalności nie jest wcale nowym zjawiskiem. Przeciwnie, takie akcesoryjne uregulowania można znaleźć już wśród norm prawnych regulujących gry hazardowe i łapownictwo urzędników³⁰. Nie można także nie dostrzegać, że nie od dzisiaj mamy do czynienia z normami o ochronie środowiska. Tego rodzaju przepisy prawne występowały już, choć w mniejszej ilości, w przypisach dodatkowych prawa karnego; w tym zakresie jednak nie były zauważane przez naukę.

Akcesoryjność administracyjna nie oznacza także, że formalne aspekty wstępują w miejsce sprawiedliwości. Powodujący na wielką skalę zanieczyszczenie środowiska, np. duży zakład chemiczny, może nie podlegać karze, ponieważ jest kryty uzyskanym zezwoleniem³¹. Natomiast podmioty zanieczyszczające na małą skalę mogą podlegać karze z powodu braku zezwolenia. To zjawisko jest wynikiem wspomnianego już stanu, iż będące rezultatem industrializacji zanieczyszczenie może być tylko stopniowo minimalizowane. Dlatego jest traktowane, jako nie do uniknięcia w zakresie otrzymanego zezwolenia. Natomiast ten działający bez zezwolenia drobny podmiot zanieczyszczający powoduje możliwe do uniknięcia pogorszenie stanu środowiska.

To, że wypaczenie karalności może wynikać z faktu, że przedsiębiorstwa zapewniają miejsca pracy i przychody podatkowe i tym samym powodują przychylną im politykę przyznawania zezwoleń, jest także problemem kolizji interesów, którego rozwiązanie nie jest właściwie pierwotnym zadaniem prawa karnego, lecz prawa administracyjnego i odnosi się do kręgu podmiotów uprawnionych do złożenia skargi, na który karalność czynów przestępnych skierowanych przeciwko środowisku naturalnemu nie ma wpływu.

Oдноśnie problemu konkretności, który wiąże się z zagadnieniem akcesoryjności administracyjnej, należy przypomnieć, że prawo karne od dawna stosuje przepisy blankietowe, które zgodnie z poglądem Związkowego Trybunału Konstytucyjnego wcale nie są zabronione³². To konieczne ograniczenie prawa karnego ochrony środowiska przez akcesoryjność administracyjną nie stanowi jednak argumentu przemawiającego za zlikwidowaniem przepisów karnych chroniących środowisko.

4. Ograniczenie zdolności karania do osób fizycznych w prawie karnym jest dalszym punktem, który одноśnie aktualnej problematyki przydatności prawa karnego odgrywa pewną rolę. Zwracano już na to uwagę, iż w nowych zakresach przestępczego działania często centralną rolę odgrywają osoby prawne. Wystarczy tylko wspomnieć o zanieczyszczeniu środowiska i o przestępstwach gospodarczych dokonanych przez przedsiębiorstwo, którego właścicielem jest spółka akcyjna lub z ograniczoną odpowiedzialnością. Zgodnie z redukcyjnym poglądem stanowi to dowód ogólnej niekompetencji prawa karnego w tych zakresach, ponieważ korporacja jako ten właściwy sprawca nie może być ukarana³³.

Oдноśnie tej problematyki wypowiadałem się już konkretnie w dyskusji prawniczej³⁴, tak że tu mogę, w streszczeniu tylko, tyle powiedzieć. Moim zdaniem nie istnieje jakaś zasadnicza przeszkoda, ażeby uznać zdolność karania osób prawnych³⁵. Te najbardziej znane zarzuty przemawiające przeciwko tej zdolności można obalić i to zarówno одноśnie zdolności do działania, jak również odpowiedzialności i zgodności z pojęciem kary. Pogląd zaakcentowany przez kierunek frankfurcki, że prawo karne w swej istocie nakierowane jest na jednostkę, głoszone - podejmując ponownie pogląd prawa rzymskiego *societas delinquere non potest* - dopiero pod wpływem filozofii Kanta z początkiem XIX w. Także w prawie karnym anglosaskim to ograniczenie odgrywało pewną rolę, lecz tylko na krótki okres czasu³⁶. Natomiast dzisiaj potwierdzenie zdolności karnej osób prawnych znajduje się w ofensywie, jak na to wskazuje rozwój ustawodawstwa w wielu krajach, wśród nich znajduje się Holandia, a ostatnio także i Francja. Ponadto zbyt łatwo zapomina się o tym, że odpowiedzialność karną osób prawnych można spotkać już w niemieckim prawie o wykroczeniach³⁷ i w prawie karnym administracyjnym wielu państw. W poglądzie, który obserwujemy одноśnie istoty prawa karnego, kierunku redukcyjnego, wielką rolę odgrywa widocznie etyka ukierunkowana wyłącznie na osoby fizyczne.

Istotnym pytaniem dzisiaj moim zdaniem nie jest już to, czy zdolność do odpowiedzialności karnej jest w ogóle możliwa. Brzmi ono raczej: jak

mają wyglądać warunki tej karalności i jak ma się kształtować, obok kary pieniężnej, wchodzący w grę katalog sankcji^{38?}

5. Zastrzeżenia redukcjonistów dotyczą tendencji rozwojowych w zakresie skutków prawnych i procesu karnego³⁹. Przy dokładniejszym spojrzeniu okazuje się jednak, że stanowią one w mniejszym stopniu konsekwencje nowo określonych zakresów karalności, a więc poszerzenia materialnego prawa karnego, skutki faktycznego rozwoju wewnątrz tych zakresów, których przynależność do prawa karnego nie stanowi nic nowego. Tak więc dokonane już w 1975 r. ustawowe poszerzenie podejścia oportunistycznego⁴⁰ zmierzało do odciążenia sądownictwa w dolnym zakresie przestępczości, mianowicie w zakresie deliktów przeciwko własności i majątkowi. Współczesna regulacja o świadku koronnym jest zaś związana z przestępstwami terrorystycznymi⁴¹, tak że tu przeważały rozmiar i kontynuacja zaliczanej do rdzenia prawa karnego przestępczości. Regulacja prawna dotycząca tajnych agentów⁴² spowodowana jest z jednej strony przez terrorizm, a z drugiej, przez istniejące od początku tego stulecia w prawie wszystkich porządkach prawnych przepisy karne o środkach odurzających. Co się w końcu tyczy prawno-procesowej praktyki odnośnie układów procesowych⁴³, to jest ona efektem strategii odciążenia sądownictwa karnego, którego przyczyny należy szukać w pierwszej kolejności we wzroście deliktów przeciwko własności, mieniu i dokonanych przy użyciu przemocy oraz narkotyków, w ciągu ostatnich dwóch i pół dziesiątków lat. Dzięki temu rozwojowi ekonomia procesowa stała się jedną z głównych zasad niemieckiego wymiaru sprawiedliwości i nawet w otoczeniu ustawodawcy mogło się rozpowszechnić myślenie technokratyczne. Jest to obecnie ponownie szczególnie widoczne odnośnie niektórych punktów projektu do 2-giej ustawy o odciążeniu wymiaru sprawiedliwości⁴⁴. Ale także w systemie następstw prawnych można stwierdzić przeniknięcie czysto technokratycznego myślenia, a mianowicie w stosunku do ponownego wprowadzenia kary konfiskaty, której powrót stanowi bezprzykładne rozczarowanie. Wszystko to stanowi wprawdzie budzący niepokój rozwój, który nie ma jednak nic wspólnego z przeciwstawianiem dzisiejszego stanu przepisów prawnych stanowi klasycznemu, lecz znajduje swoje wyjaśnienie w problemach praktyki związanej ze ściganiem faktycznych, współczesnych form zjawiskowych czynów o jednoznacznym charakterze kryminalnym.

6. Jeśli się chce, tak jak to proponuje reprezentowany przez **Hassemęra** kierunek redukcyjny, wyrzucić z zakresu prawa karnego te nowe dziedziny, to pojawia się i to nie jako ostateczne, pytanie odnośnie kształtu proponowanych alternatyw.

Także ten redukcyjny pogląd nie wychodzi z założenia, że wszystkie przypadki mają pozostać bez sankcji, lecz odsyła do prawa o wykroczeniach, do prawa administracyjnego i cywilnego, a autorzy frankfurccy żądają wprowadzenia „prawa interwencyjnego”⁴⁵, usytuowanego między prawem karnym a prawem o wykroczeniach. Odnosnie prawa o wykroczeniach, zwróciłem już uwagę, iż przyporządkowanie określa się tylko kwantytatywnie według wysokości dokonanego przez ustawodawcę oszacowania bezprawia i w dodatku odesłanie do prawa o wykroczeniach może okazać się prostym szachrajstwem etykietowym. Także prawo administracyjne nie jest w stanie zaspokoić potrzeby odnośnie sankcji, chyba że pod przykryciem prawa o wykroczeniach zarządzi się sankcje o charakterze prawnokarnym. Odnosnie prawa cywilnego można by wprowadzić pomyśleć o anglo-amerykańskiej figurze prawnej „punitive damages”. Abstrahując od tego, że w zakresie omawianej problematyki mamy do czynienia z dobrami prawnymi ogółu i już z tego powodu wynikają limity dla prawa odszkodowawczego. Ponadto ta figura prawna jest naszymu prawu obca i taką powinna pozostać nadal, ponieważ obchodzi ona gwarancje prawnokarne i karnoprosesowe.

Odnosnie zaszerzegowania państwowego „prawa interwencyjnego” pomiędzy prawo karne i prawo o wykroczeniach, zwolennicy tego poglądu wyobrażają sobie, że to prawo może dysponować mniej wymagającymi gwarancjami i regulacjami procesowymi niż prawo karne, ale za to też ma być wyposażone w mniej intensywne sankcje⁴⁶.

W opozycji do tego poglądu pojawia się pytanie, jak państwowe „prawo interwencyjne” ma właściwie grać samodzielną rolę pomiędzy prawem karnym a prawem o wykroczeniach w przypadku stojącej tutaj na pierwszym planie ochronie dóbr prawnych ogółu. Jeśli przypadki te nie pasują rzekomo do prawa karnego, to odpowiednią karną alternatywą było by tu prawo o wykroczeniach. Ponadto należy zadać pytanie, dlaczego właściwie w przypadku „prawa interwencyjnego” powinno chodzić o skromniejsze gwarancje. W żadnym wypadku nie może prawo sankcyjne, usadowione pomiędzy prawem karnym a prawem o wykroczeniach, pozostać z tyłu za gwarancjami istniejącymi w prawie o wykroczeniach; do nich mianowicie należy zaś, tak samo jak w prawie karnym, dowód co do występowania wszystkich znamion czynu.

Wywody redukjonistów dlatego okazują się w końcu tylko twierdzeniami, że te nowe formy deliktowe z punktu widzenia ilościowej wartości bezprawia nie wystarczają do kryminalno-prawnokarnej reakcji - mamy więc do czynienia problemem wartościowania. Praktycznie oznacza to: odesłanie całego zakresu do prawa o wykroczeniach. To, że tego

rodzaju wartościowanie cechujące się powierzchownością nie znajdzie obecnie poparcia większości, nie trzeba za bardzo uzasadniać. Pogląd redukcyjny stawiając swoje tezy nie ocenia należyście, iż prawa karnego nie można redukować do jego klasycznej postaci, podobnie nie dostrzega problemu zmiany ocen, który uzewnętrznia się najwyraźniej odnośnie deliktów gospodarczych i z zakresu ochrony środowiska naturalnego oraz problemu sposobu stwierdzenia tego procesu zmiany wartościowania w społeczeństwie. Obraz prawa karnego przedstawiany przez redukcjonistów ma romantyczne rysy.

Stratenwerth w swoim ekspansjonistycznym ujęciu widzi ten problem w całkowicie kontrastowym świetle⁴⁷. Jego zdaniem, gdy chodzi o zwalczanie form przestępczości, jeśli dotyczą one niszczenia podstaw biologicznych życia przyszłych pokoleń na tej ziemi, to chodzi o zadania, dla których rozwiązania prawo karne jest szczególnie predestynowane. W przeciwnym wypadku mamy do czynienia ze „skandaliczną dysproporcją” odnośnie wielkości zagrożenia. To stwierdzenie wzmacnia jego żądanie w kierunku zasadniczej rewizji prawnokarnych środków oddziaływania⁴⁸.

Jednak, jak już powyżej pokazano przy okazji omawiania szeregu problemów dotyczących nowych dziedzin, można postawione tam problemy całkowicie rozwiązać przy pomocy tradycyjnych środków. Ponadto unaocznia się ważna rola, jaką odgrywają właśnie w tych zakresach pojęcia prawne, zróżnicowanie pomiędzy naruszeniem, zagrożeniem, ryzykiem działania i jego uwzględnianiem, jak również wymóg zawinienia przy ograniczeniu i rozgraniczeniu prawa karnego. Gdy zrezygnujemy z tego, to trudno mówić o prawie karnym państwa prawnego, gdzie jednostka jest chroniona przed nieuzasadnionymi represjami ze strony państwa. Jeśli się mówi, że samo tylko naruszenie ogólnych norm postępowania, także z zakresu działalności kulturowej, powinno wystarczyć jako punkt zaczepienia do odpowiedzialności prawnokarnej, to pojawia się pytanie, jak dalece ma to być wystarczającą podstawą dla karania. Penalizacja tego rodzaju naruszeń norm była już przedmiotem podstawowej krytyki odnośnie projektu kodeksu karnego z 1962 r. Dlatego jednak dziś ma obowiązywać coś innego, trudno sobie wyobrazić.

Dlatego nie można mówić w ten sposób, iż nasze współczesne środki prawnokarne stanowią relikwii XVIII w., lecz przeciwnie są wynikiem dwóchsetletniego stopniowego rozwoju. W stosunku do nich nie mamy prawnokarnej alternatywy.

Odpowiednio do tego można stwierdzić, że w płaszczyźnie stosowania prawa karnego do zwalczania nowych form przestępczości nie obo-

wiązuje nic innego, jak odnośnie zwalczania tradycyjnej przestępczości⁵⁰. To, że jej zwalczanie jest niezadowolające zgodnie z opinią większości społeczeństwa, stanowi już inny problem. W tym przypadku chodzi nie o istotne nadawanie się, lecz o aktualne deficyty, odnośnie systemu skutków prawnych, intensywności ścigania, zapobiegania przestępczości międzynarodowej i w końcu także odnośnie systemu wychowawczego.

III. Rezultat, że ani kierunek redukcyjny, ani ekspansywny nie przekonują, nie uwalnia od końcowego pytania, czy za tymi poglądami być może nie stoją zasługujące na uwagę troski, z których wyprowadzane jedynie są za daleko idące żądania.

Fakt, że prawo karne ulega rozmyciu, jeżeli tylko ze względu na skuteczność ciągle powiększa się zakres deliktów ryzyka, już stwierdziliśmy. W obliczu dużej ilości nowych przepisów karnych należy oprócz tego postawić ogólne pytanie, czy każdy nowy przepis naprawdę jest konieczny. Dlatego odnośnie tej sprawy narzuca się myśl o subsydiarności prawa karnego, nawet bowiem sami zwolennicy kierunku redukcyjnego ją przytaczają. W związku z tym często można spotkać pogląd, że współcześnie tworzy się normy prawne, które mają tylko symboliczny charakter, a w praktyce nie odgrywają żadnej roli⁵¹.

Istotnie, można u nas ostatnio nierzadko spotkać u polityków i u karistów pogląd, że istniejące, albo tylko możliwe, negatywne zjawiska życia społecznego należy przede wszystkim rozwiązywać przy pomocy środków prawnokarnych. Szczególnie widocznie ujawnia się to przecenianie zadań prawa karnego odnośnie szerokiego katalogu przepisów karnych w zakresie technologii genetycznej⁵². Tu od razu pojawia się pytanie, jak dalece prawo karne powołane jest, bądź nadaje się do tego, ażeby wyznaczać granice badań naukowych i je bezpośrednio kontrolować. W prawniczej dyskusji wskazywano już słusznie na to, że taki zakres jak badania naukowe, o ile nie pojawią się poważne wymagające ukarania nadużycia, mogą być pozostawione zinstytucjonalizowanej samokontroli⁵³. Możliwości społecznego i pozaprawnokarnego systemu są za mało uwzględniane jako pierwszoplanowe.

Jednostronne spojrzenie na prawo karne oddziałuje zresztą częściej w ten sposób, że wprowadzanie tworzenie norm prawa karnego może się wydawać pożądane i dlatego trudno tu mówić o naruszeniu zasady ultima ratio, ale te przepisy karne nie są jednak efektywne, ponieważ zakres pierwszoplanowy jest zaniedbywany i dlatego w pewnym stopniu wisi w powietrzu. Prawo karne może odgrywać tylko uzupełniającą i wzmacniającą rolę. Punkt ciężkości problemów, które państwo ma neutralizować, znajduje się na przedpolu prawa karnego. Wybitnym przykła-

dem takiego podejścia, gdzie zamiast tego w pierwszej kolejności stawia się na prawo karne, stanowi dziś przestępczość związana z narkotykami. Tutaj ustawodawca i organy ścigania są niezwykle aktywne. To jednak nie hamuje w sposób decydujący nadużywania narkotyków, ponieważ społeczno-polityczne przyczyny, które powodują konsumpcję narkotyków, nie są zwalczane z odpowiednią intensywnością.

Odnosnie tylko symbolicznego ustawodawstwa karnego wystarczy wskazać na aktualny przykład: podwyższenie ram wymiaru kary § 223a StGB przez ustawę o zwalczaniu przestępczości z 1994 r. Jest ono tylko symboliczne, ponieważ ten przepis ze względu na sądowo-ekonomiczne powody nie mógł być wyjęty z katalogu deliktów ściganych z oskarżenia prywatnego⁵⁴, mimo że w tym leży powód jego znikomej efektywności.

Jak mogliśmy zauważyć, także ten krytykowany przeze mnie ekspansywny pogląd **Stratenwertha** zakłada prymat prawa karnego, w każdym bądź razie w zakresie zabezpieczenia przyszłości⁵⁵. **Stratenwerth** reprezentuje zapewne pogląd, że właściwy tutaj system pierwszoplanowy jest nieefektywny i dlatego ratunek może przyjść tylko ze strony prawa karnego. Nie zauważa on przy tym jednak, że właśnie w Niemczech wytworzył się w międzyczasie rozbudowany system ochrony środowiska i że granice, na które natrafia ustawodawca tak samo ograniczają możliwości ustawodawstwa prawnokarnego. Wysunięte przez niego żądanie zrewidowania środków prawa karnego pokazuje raczej, gdzie dziś znajduje się prawdziwe niebezpieczeństwo dla prawa karnego i tym samym jednocześnie dla podporządkowanego tym prawnokarnym normom społeczeństwa: mianowicie w tym nadmiernym żądaniu jednostronnego przydzielania zadań i dlatego błędnie podnoszonemu problemowi nieprzydatności dotychczasowych wymogów prawa karnego oraz w tym wywodzonym z tej sytuacji postulacie, ażeby ponownie stawiać pod znakiem zapytania ukształtowane w prawie karnym przez szereg generacji warunki i gwarancje.

Przypisy:

1. Na temat kary na majątku zob. § 43a k.k. (StGB), wprowadzony ustawą o zwalczaniu nielegalnego handlu narkotykami i innych form przestępczości zorganizowanej (OrgKG) z 15.07.1992 r. (BGBl I S. 1302). Odnosnie wprowadzenia regulacji o świadku koronnym zob. art. 4 i 5 ustawy z 9.06.1989 r. (BGBl I S. 1059) ze zmianami dokonanymi ustawą z 28. 10. 1994 (BGBl I S. 3186).

2. *Hassemer*, ZRP 1992, s. 378 i nast.; *tenże* JuS 1987, s. 257 i nast.; *tenże* Neue Kriminalpolitik, 1989, s. 47 i nast.; *tenże* NStZ 1989, s. 553 i nast.; *tenże* Produ-

ktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, s. 1 i nast.; jak również jego uczeń *Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991; *tenże* ZStW 105 (1993), s. 727 i nast., und *P.-A. Albrecht*, KritVJ 1993, s. 163 i nast. zob. także *Naucke*, Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985, s. 38 i nast., jak również *Dencker*, StV 1988, s. 262 i nast.; *Krauß*, StV 1989, s. 315 i nast.; *Seelmann*, NJW 1990, s. 1257. Poza tym rezultaty 12 konferencji obrońców karnych z 1988, StV 1988, s. 275 i nast.

3. Zob. Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (red.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, i zawarte tam opracowania.

4. *Hassemer*, ZRP 1992, s. 378, 379, 383; *tenże*, Produktverantwortung (przyp. 2), s. 2.

5. Strafverteidigertag 1988, StV 1988, s. 275; także *Lüderssen*, Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs, 1989, s. 37 i nast.

6. *Hassemer*, ZRP 1992, s. 378, 383; m.in. bezpośrednio po także frankfurckim teoretyku prawa karnego *Naucke* (przyp. 2), s. 38 i nast.

7. Por. *Cramer*, w: Schönke/Schröder, StGB, 24. Aufl. 1991, Vor § 324 Rnr. 8; *Steindorf*, w: Leipziger Kommentar (LK), 10. Aufl. 1988, przed § 324 Rnr. 15 i nast.; każdorazowo z dalszymi argumentami.

8. Por. *Cramer* (przyp. 7) z dalszą argumentacją zgodną z urzędowym uzasadnieniem ustawy BT-Drucks. 8/2382, s. 9 i nast.

9. *Arzt*, Kriminalistik 1981, s. 117, 120; *Krey*, BT I, 9. Aufl. 1994 Rnr. 813.

10. *Körner*, Betäubungsmittelgesetz, 3. Aufl. 1990, § 29 Rnr. 72; krytycznie do tego *H.-J. Albrecht*, BewHi 1993, 5,7, z dalszą argumentacją.

11. *Lenckner*, w: Schönke/Schröder, § 264 Rnr. 4; *Tiedemann*, w: LK, § 264 Rnr. 8 z dalszą argumentacją.

12. Tak *Barton*, StV 1993, s. 90; *Körner/Dach*, Geldwäsche, 1994, s. 13, według nich zawarty w przepisie § 261 ust. 1 k.k. (StGB) stan faktyczny udaremnienia wiąże się z ochroną wymiaru sprawiedliwości, poza tym jednak chronione jest tu uniwersalne dobro prawne w postaci bezpieczeństwa wewnętrznego.

13. Zob. *Erbs/Kohlhaas*, Strafr. Nebengesetze, Bd. III, 5. Aufl. 1994, Tierschutzgesetz, Vorbem. Rnr. 1.

14. *Hassemer*, ZRP 1992, s. 378, 379.

15. *Hassemer*, ZRP 1992, 3s. 78, 383, zaś bliżej *tenże*, w: Alternativkommentar (AK), 1990, przed § 1 Rnr. 274 i nast.

16. *Ulrich Beck*, Risikogesellschaft, 1986, s. 35 f.; *tenże*, Politik in der Risikogesellschaft, 1991, s. 23 i nast.

17. *Stratenwerth*, ZStW 105 (1993), s. 679, 681 i nast.

18. *Stratenwerth*, ZStW 105 (1993), s. 679, 682 i nast., 689, 692 i nast.

19. *Stratenwerth*, ZStW 105 (1993), s. 679, 693 i nast.

20. Por. do tego ujęcia: *Dahm*, ZStW 57 (1938), s. 225, 233; *Schaffstein*, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, 1935.

21. O tym, *Hirsch*, Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen?, w: *Kühne/Miyazawa*, Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich, 1995, S. 11, 17 i nast.

22. *Hassemer*, ZRP 1992, s. 373, 383, a w szczególności *Herzog* (Fußn. 2), s. 71 i nast.

23. *Hassemer*, ZRP 1992, s. 378, 383.

24. Bliżej na ten temat *Hirsch*, w: Arthur Kaufmann-Festschr., 1993, s. 545 i nast.; *tenże*, w: K. Buchala-Festschr., 1994, s. 223 i nast.

25. *Jescheck*, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1988, § 7 V 3 b; *Göhler*, OWiG, 10. Aufl. 1992, przed § 1 Rnr. 4 i nast. z dalszą argumentacją.

26. *Schröder*, ZStW 81 (1969), 7, 16; *Schmidhäuser*, Studienbuch Allg. Teil., 2. Aufl. 1984, 5/86; *Cramer*, w: Schönke/Schröder, przed § 306 Rnr. 3a i nast. z dalszą argumentacją.

27. Por. rezultaty 12 Konferencji obrońców Karnych, StV 1988, s. 275, 276; *Vierhaus*, ZRP 1992, 161; aprobującą także *Meinberg/Link*, Umweltstrafrecht in der Praxis, 1988, s. 6 i nast.; *Heine/Meinberg*, Gutachten zum 57. Deutschen Juristentag, 1988, D 72 i nast.

28. *Geulen*, ZRP 1988, 323, 325; *Schall*, NJW 1990, 1263, 1267 i nast.; *Schmitz*, Verwaltungshandeln und Strafrecht, 1992, s. 33; wyraźnie pozostawione nierozstrzygniętym w BGHSt. 39, 381 i nast.

29. *Rengier*, ZStW 101 (1989), 874, 892; *Cramer*, in: Schönke/Schröder, Vor § 324 Rnr. 16c; *Hirsch*, in: LK, 11. Aufl. 1994, Vor § 32 Rnr. 163; *Meurer*, NJW 1988, 2065, 2069 i nast.; *Horn*, NJW 1988, 2335, 2338; *Rogall*, NSTZ 1992, 561, 565 f.; por. także BVerwGE 55, 118, 120 i nast.

30. Zob. § 284 Abs. 1 i § 331 Abs. 3 dt. StGB.

31. Tak 12 Konferencja obrońców Karnych i autorzy powołani wyżej w przyp. 27.

32. BVerfGE 75, s. 329, gdzie jednakże zostało zasygnalizowane, że tutaj w odniesieniu do techniki przepisów blankietowych została osiągnięta granica dopuszczalności. W związku z tym szczególną uwagę należałoby poświęcić wymogom związanym z subiektywną stroną czynu.

33. Tak 12 Konferencja obrońców Karnych, StV 1988, s. 275, 276; *Vierhaus*, ZRP 1992, s. 161.

34. *Hirsch*, Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, 1993, s. 21, 27; *tenże*, ZStW 107 (1995), 285 i nast., 288 i nast., 298. Ponadto w 1993 r. wygłosiłem na ten temat wykład dla polskiej sekcji AIDP w Warszawie.

35. W tym kierunku *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht I, 1976, s. 204 i nast.; *tenże*, w: Stree/Wessels-Festschr., 1993, s. 527, 531 i nast.; *Baumann/Weber*, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1985, s. 196; *Jakobs*, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 6/44 i nast.; *Lampe*, ZStW 106 (1994), s. 683, 734; A. *Ehrhardt*, Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe, 1994, s. 175 i nast.; H.J. *Schroth*, Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte, 1993, s. 25, 221 i nast. Zob. także na temat określonych wypadków *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, s. 249 i

nast. Na temat sankcji karnych jako środków przeciwko przedsiębiorstwom *Stratenwerth*, *R. Schmitt-Festschr.*, 1992, s. 295, 304.

36. Bliżej na temat *Hirsch*, *Strafffähigkeit von Personenverbänden*, (przyp. 34), s. 6 i nast.

37. § 30 OWiG.

38. Bliżej na temat *Hirsch*, *Strafffähigkeit von Personenverbänden* (przyp. 34), s. 23 i nast.: *tenże.*, *ZStW* 107 (1995), 285, 308 i nast., 323.

39. Zob. np. *Hassemer*, *JuS* 1989, 890 i nast.; *tenże.*, *ZRP* 1992, 378, 380, 382 i nast.

40. Zob. § 153 Abs. 1 Satz 2 dt. StPO i § 153a dt. StPO.

41. Tak wyraźnie przyp. 1 cyt. ustawy z 9. 6. 1989.

42. Zob. §§ 110a ff. dt. StPO, wprowadzone ustawą o zwalczaniu nielegalnego handlu narkotykami i innych form przestępczości zorganizowanej (OrgKG) z 15.07.1992 r.

43. Bliżej na ten temat *Roxin*, *Strafverfahrensrecht*, 24. Aufl. 1995, s. 88 i nast., 135 i nast. z argumentacją.

44. Bliżej o tym projekcie ustawy *Herzog*, *StV* 1995, 372, 373 ff.

45. Zob. wyżej przypis 6.

46. *Hassemer*, *ZRP* 1992, 378, 383; *tenże.*, *Produktverantwortung* (przyp. 2), s. 22 i nast., im Anschluß an *Naucke* (przyp. 2), s. 38 i nast.

47. *Stratenwerth*, *ZStW* 105 (1993), s. 679, 687 i nast.

48. *Stratenwerth*, *ZStW* 105 (1993), s. 679, 691 i nast.

49. *Stratenwerth*, *ZStW* 105 (1993), s. 679, 693 i nast.

50. Bliżej odnośnie tego problemu *Hirsch* (przyp. 21), s. 14 i nast., 31 i nast.

51. Reprezentatywnie *Hassemer*, *NStZ* 1989, s. 553, 556.

52. Zob. *Embryonenschutzgesetz vom 13. 12. 1990* (BGBl I, 2746), w szczególności §§ 6 i 7.

53. So schon *Herzog*, *ZStW* 105 (1993), 727, 748 i nast.; *Calliess*, bei *Vitt*, *ZStW* 105 (1993), s. 803, 804.

54. Siehe § 374 Abs. 1 Nr. 4 dt. StPO.

55. *Stratenwerth*, *ZStW* 105 (1993), 679, 682 i nast., 688 i nast. wprowadzone ustawą o zwalczaniu nielegalnego handlu narkotykami i innych form przestępczości zorganizowanej (OrgKG) z 15.07.1992: *Callies*, *Köhler*, *Frisch*, *Hassemer*, *Lüderssen*; vgl. *Vitt*, *ZStW* 105 (1993), 803, 804 ff.

PRAWNOKARNE ZWALCZANIE SERYJNYCH CZYNÓW KARNYCH PO REZYGNACJI Z INSTYTUCJI PRZESTĘPSTWA CIĄGŁEGO¹

Jak już powszechnie wiadomo Wielki Senat Karny niemieckiego Związkowego Sądu Najwyższego² (a dwa lata wcześniej już Szwajcarski Sąd Najwyższy³) zrezygnował w sposób najdalej idący z konstrukcji „przestępstwa ciągłego”. Ażeby móc w pełni zrozumieć znaczenie tego (tych dwóch) rozstrzygnięć w ich pełnym znaczeniu, byłoby nie tylko wskazane, lecz wręcz nieodzowne, spojrzeć w pierwszej kolejności na powody, które skłoniły Wielki Senat Karny do takiej decyzji. Dopiero kiedy stanie się jasne, dlaczego konstrukcja przestępstwa ciągłego popadła u sądów rewizyjnych w niełaskę, można ocenić, czy Wielki Senat tym swoim podstawowym rozstrzygnięciem z 3 maja 1994 r. nie tylko że zmienił kurs orzecznictwa na nowe, lecz zarazem na „lepsz”.

I. Powody dla których konstrukcja przestępstwa ciągłego stopniowo straciła zaufanie i w końcu nawet została prawie całkowicie odrzucona przez senaty karne Najwyższego Sądu Związkowego, są różnej natury. Z szerokiego arsenału zarzutów, które Wielki Senat wymienił w swoim obszernym rozstrzygnięciu, chciałbym podkreślić tylko cztery główne powody, które prawdopodobnie skłoniły Wielki Senat Karny do podjęcia tej (widocznie przyjętej z wielką uwagą w sąsiednich państwach) spektakularnej decyzji. W największym skrócie można tyle o tym powiedzieć.

(1) Ciągłe tkwiącym w oku sądów rewizyjnych cierniem były te **negatywne konsekwencje**, do których konstrukcja przestępstwa ciągłego prowadziła **w zakresie przedawnienia**. Z tego względu, że kontynuowane akty częściowe są ujmowane w jeden czyn w sensie prawnym, bieg przedawnienia rozpoczyna się zgodnie z § 78a k.k. (StGB) dopiero z zakończeniem ostatniego aktu częściowego, co w przypadku całego szeregu czynów trwających dłuższy okres czasu - szczególnie w zakresie deliktów podatkowych lub seksualnych - powodowało nadzwyczajne przesunięcie punktu rozpoczęcie biegu przedawnienia⁴. Skutek tego był taki, że sądy karne często miały do czynienia z podlegającymi przedawnieniu „archo-

logicznymi czynami”⁵ - w ekstremalnym przypadku, np. z przestępstwem podatkowym⁶ sprzed 27-miu lat.

(2) Drugi punkt ciężkości przestępstwa ciągłego to **niedostateczne i za ogólnikowe ustalenia stanu faktycznego**. Sądowe ustalenia faktyczne były bowiem często bezbarwne i stereotypowe. Często były one summaryczne i zarazem bardzo ogólnikowe; zamiast konkretnego stanu faktycznego ustalano w pierwszej kolejności częstotliwość popełnienia czynu. Szczególnie w ramach delikatnych stosunków wewnątrzrodzinnych ustalenia powtórnego czy wielokrotnego wykorzystania seksualnego nie wykraczały poza sformułowania tekstu ustawy⁷. To brzmiało mniej więcej tak:

„Oskarżony odbywał ze swoją córką stosunki seksualne, poczynwszy od wiosny 1985 r. aż do jesieni 1993 r., na podstawie jednolitej decyzji woli, od samego początku nakierowanej na powtarzające się popełnienie i jednakowy ich rodzaj, w co najmniej 250 przypadkach.”

Konkretne szczegóły odnośnie osądanego przebiegu zdarzenia - jak np. kiedy dokładnie i w jakich okolicznościach dochodziło każdorazowo do stosunku seksualnego, nie były wcale lub prawie wcale podawane; z całokształtu uzasadnienia wyroku można było bardziej wyczuwać, aniżeli dokładnie się dowiedzieć, co właściwie się zdarzyło. Ze zrozumiałych względów musiało to na dłuższy okres czasu wywołać niezadowolenie sądów rewizyjnych, którym z powodu na zamglone ustalenia stanu faktycznego przez sąd pierwszej instancji coraz częściej nie było możliwe stworzyć sobie dostatecznie jasny obraz odnośnie konkretnie dokonanego bezprawia i indywidualnej winy sprawcy. Na podstawie takich niedokładnych ustaleń faktycznych, które naturalnie w znacznym stopniu utrudniały pozycję dowodową oskarżonego, mógł czyn ciągły, jeśli chodziło o rozciągnięte na lata lub dziesiątki lat serie czynów, bardzo łatwo zdegenerować do swojego rodzaju „czynu sposobu bycia lub życia”, przeciwko czemu oskarżony z ledwością mógł się bronić - jeśli nie chciał przyznać się do winy.

(3) Trzeci istotny powód, który właściwie doprowadził do porzucenia tej koncepcji przestępstwa ciągłego, polegał na **niejednolitości orzecznictwa**. Jak już w innym miejscu dokładnie przedstawiłem i w tym miejscu nie muszę powtarzać⁸, nie upłynął w ostatnich latach ani jeden miesiąc, w którym nie można było się dowiedzieć z właściwych, fachowych, czasopism o rozstrzygnięciach odnośnie przestępstwa ciągłego. W ten sposób rozwinęła się, nawet wśród senatów karnych Najwyższego Sądu Związkowego, swoista „nawzajem sobie przecząca kazuistyka” i to do tego stopnia, że było możliwe „prawie dla każdego przypadku podać

przykłady orzecznictwa z różniącymi się między sobą uzasadnieniami i wynikami”⁹. Jednym z powodów takiego stanu rzeczy może być fascynacja myślenia kazusowego, ponieważ figura prawna przestępstwa ciągłego odznacza się dużą elastycznością i dlatego z tego właśnie powodu była w wielu przypadkach wytrychem do tzw. ”sprawiedliwych” rozstrzygnięć konkretnych przypadków; to trzeba było oczywiście okupić utratą pewności prawnej. W tym stanie rzeczy odzwierciedlała się niejednorodność orzecznictwa i rozbieżności pięciu senatów Najwyższego Sądu Związkowego.

Najbardziej widoczne były sprzeczności pomiędzy 3-cim Senatem Karnym, który chciał w sposób zdecydowany ograniczyć zakres stosowania „przestępstwa ciągłego” i 5-tym (berlińskim), który mimo trudności związanych z tą konstrukcją, chciał ją utrzymać. Z punktu widzenia jednak sądów pierwszej instancji stosowanie figury przestępstwa ciągłego nabierało coraz bardziej charakteru gry hazardowej i tym samym było powodem wzrastających trudności. Nawet doświadczeni sędziowie nie byli w stanie oszacować, i to z dużym stopniem pewności, czy stwierdzenie przestępstwa ciągłego w danym wypadku znajdzie akceptację Najwyższego Sądu Związkowego, czy też nie.

(4) Z tego też względu ten jednocześnie zaklinany **efekt ekonomiczno-procesowy** przestępstwa ciągłego często był powodem efektu przeciwnego, zwłaszcza że w przypadku błędnie przyjętego przestępstwa ciągłego z reguły trzeba było uchylić cały wyrok¹⁰. Oprócz tego w praktyce niższych instancji rozpowszechnił się pogląd, iż wcale to nie odpowiada rzeczywistości, że stwierdzenie przestępstwa ciągłego pociąga za sobą automatycznie (rzekomo) ułatwienia procesowe i dowodowe; ponieważ wymagania, które (w każdym bądź razie) Najwyższy Sąd Związkowy stawia w stosunku do aktu oskarżenia bądź w stosunku do troski o sądowe wyjaśnienie sprawy czy wyjaśnienie stanu faktycznego, jak również na koniec co do wyczerpującego uzasadnienia wyroku, nie zależały w istocie od tego, czy sąd wychodził z założenia, że mamy do czynienia z przestępstwem ciągłym, czy z wieloma czynami.

II. Sygnalizowane różnice pomiędzy poszczególnymi senatami na początku lat 90-tych stały się tak duże, że rozstrzygnięcie Wielkiego Senatu Karnego stało się nieodzowne. Tu jednak zwycięstwo odniosły siły, które traktowały w sumie przestępstwo ciągłe sceptycznie i dlatego starały się usilnie pozbyć tych duchów, które kiedyś wspólnie z konstrukcją przestępstwa ciągłego wywołały. Wprawdzie Wielki Senat w swojej decyzji rozstrzygnął wiążąco stosowanie przepisów tylko odnośnie §§ 173, 174, 176 (kazirodztwo, czyn nierządny z osobą zależną i nieletnią), jak

i § 263 StGB (oszustwo), iż przestępstwo ciągle nie będzie brane pod uwagę z powodów prawnych, jednak znaczenie tego rozstrzygnięcia sięga znacznie dalej poza właśnie wymienione przepisy, ponieważ w dalszej części wywodów mowa jest o tym, że uznanie za przestępstwo ciągle jest w przyszłości tylko wtedy dopuszczalne, kiedy jest ono nieodzownie konieczne „dla rzeczowej oceny całokształtu bezprawia wielu czynów, nie dających się połączyć w ramach konstrukcji naturalnej jedności czynu”¹¹. W pozostałej części opowiada się Wielki Senat dobitnie za **oceną „odpowiadającą popełnionemu czynowi”**: miarodajny jest „specjalny charakter deliktowy” naruszonej normy; i tylko wtedy, kiedy **„odpowiadające typowi przestępstwa powody o szczególnej wadze”** koniecznie skłaniają do przyjęcia konstrukcji przestępstwa ciągłego, ponieważ pewną ilość dokonanych przestępstw nie można powiązać w naturalną jedność czynu. Stosownie do tych surowych kryteriów można powiedzieć, iż stwierdzenie dokonania przestępstwa ciągłego będzie należało w przyszłości do rzadkich wyjątków¹².

1. Aktualnie toczy się spór, czy Wielki Senat Karny chciał całkowicie zlikwidować figurę prawną przestępstwa ciągłego, czy też zamierzał ją dla bezpieczeństwa, przynajmniej w stosunku do wyjątkowych (z pewnością bardzo nielicznych przypadków) zachować¹³. W tym miejscu nie mogę jednak zgłębić się w ten spór, który i tak bardziej interesuje dogmatyków prawa karnego niż praktykę, ale w innym miejscu przedstawię bliżej na podstawie jakich ogólnych przemyśleń odnośnie zbiegu przestępstw, jestem osobiście w zupełności tego zdania, iż Wielki Senat - naturalnie wbrew swoim oświadczeniom - rezygnuje w istocie rzeczy całkowicie z konstrukcji przestępstwa ciągłego, w każdym bądź razie w tym sensie, jak ono dotąd było rozumiane przez dogmatykę prawa karnego i Związkowy Sąd Najwyższy. Pozostajemy więc przy tym stwierdzeniu, że: konstrukcja prawną przestępstwa ciągłego jest nie tylko „wprawdzie nie całkowicie, ale jednak prawie że całkowicie zlikwidowana”¹⁴; ona jest zlikwidowana¹⁵.

2. Wielki Senat mówił o (podobno w dalszym ciągu możliwym) **przestępstwie ciągłym z „powodów odnoszących się do znamion przestępstwa”** ma prawdopodobnie na myśli te konstelacje zdarzenia, które jako przypadek zastosowania **oceny prawnej jedności** podpadają pod rubrykę jedności działania odnośnie znamion ustawowych.

a) Było więc rzeczą zupełnie konsekwentną, że 2-gi Senat Karny - wystarczy wymienić niektóre nieliczne **przykłady** takiej **typologicznej jedności działania w sensie prawnej jedności oceny** - uchwałą z 18.1.1995 kwalifikował kilka naruszeń obowiązku prowadzenia ksiąg w

przeciągu określonego czasu jako jednolity czyn według § 283 ust. 1 nr 5 StGB (**oszukańcze bankructwo**)¹⁶. Natomiast według 4-tego Senatu Karnego „dręczenie” z § 223 b ust. 1 StGB (**znęcanie się nad osobami powierzonymi opiece**) w formie wywołania powtarzających się znacznych bólów czy cierpień, które mogą być dokonane w sposób typowy dla danego przepisu tylko przez popełnienie wielu czynów, należy rozumieć jako *jeden* czyn w sensie prawnym, i dla którego niepotrzebne jest posługiwanie się figurą prawną przestępstwa ciągłego¹⁷.

Na tym tle wiele senatów Najwyższego Sądu Związkowego stwierdziło zgodnie, że przyjęcie konstrukcji przestępstwa ciągłego również przy wielu naruszeniach ustawy o środkach odurzających (§§ 29 ust. 1 nr 1, 29 a ust. 1 nr 2, 30 ust. 1 BtmG) z reguły *nie* wchodzi więcej w rachubę; także tutaj można było te właściwe karalne sposoby postępowania (tzn. nielegalny „handel”, jak również niedozwolone „wvóz i wywóz” środków odurzających) bez przeszkód uznać jako samodzielne czyny karalne i ocenić odpowiednio do ich indywidualnego bezprawia¹⁸. Co innego tyczy się przypadku, kiedy handel lub wvóz czy wywóz za każdym razem skierowane są na uzyskanie *tego samego obrotu*; w tym i tylko w tym wypadku należy wszystkie dokonane przez sprawcę czynności (od zawarcia umowy kupna, poprzez nabycie, aż do sprzedaży) odnośnie tej samej ilości narkotyków w dalszym ciągu traktować jako *jednolity* czyn¹⁹.

b) Poza tymi powyżej wymienionymi zakresami jest niedopuszczalne zaakceptowanie konstrukcji przestępstwa ciągłego na podstawie uchwały Wielkiego Senatu. Różne senaty karne Najwyższego Sądu Związkowego i pojedyncze wyższe sądy krajowe w ostatnich miesiącach obok tych *expressis verbis* wymienionych w uchwale przepisów §§ 173, 174, i 176 jak i 263 StGB (przypominamy: kazirodztwo, czyn nierządny z osobą zależną oraz czyn nierządny z osobą nieletnią) wymieniły jeszcze dużą ilość dalszych przepisów karnych wykluczających przyjęcie figury przestępstwa ciągłego. Wśród nich można wymienić, jednak bez aspiracji do pełnego wyliczenia: **kradzież**²⁰, **nadużycie zaufania**²¹, **wymuszenie rozbójnicze**²², **przekupstwo urzędnika**²³, **przekupstwo pracownika umysłowego** (12 UWG = ustawa o nieuczciwej konkurencji)²⁴, **zgwałcenie** (§ 177 StGB)²⁵, **wymuszenie seksualne** (§ 178 StGB)²⁶, **oszustwo podatkowe** (§ 370 AO = ustawy podatkowej)²⁷, **przemyt w celach zarobkowych i bandycki** (§ 373 AO = ustawy podatkowej)²⁸, **prowadzenie pojazdu mechanicznego bez zezwolenia**²⁹, **leczenie pacjentów bez zezwolenia** (§§ 1 i 5 Heilpraktikergesetz = ustawy o wykonywaniu praktyk leczniczych)³⁰, jak również udzielanie porad prawnych bez

zezwoienia (§§ 8 i 10 Rechtsberatungsgesetz = ustawy o poradnictwie prawnym)³¹. Należy się spodziewać, że lista tych wyłączeń znacznie się wydłuży w następnych miesiącach.

3. Dotąd nie wyjaśniono do końca pytania, jak należy w przyszłości rozstrzygać klasyczne konstelacje (dawnego) przestępstwa ciągłego.

Tu mamy na myśli w międzyczasie przyprószony już czasem, ale wdzięczny, **szkolny, przykład złodzieja węgla**, który od początku zamierzał ukraść całą pryzmę węgla i dokonał tego zabierając codzienne przez dłuższy okres czasu małą jego ilość. Podobnie wygląda sprawa mniej anachronicznego **przypadku urzędnika bankowego**, który zamierzał przywłaszczyć sobie większą sumę pieniędzy i żeby zbyt szybko nie wykryto jego postępowania, postanowił dziennie przekazywać na swoje konto tylko małe kwoty.

Jeśli zastosujemy na te prawie "klasyczne" już **przypadki rozciągniętych w czasie czynów umyślnych** postanowienia zawarte w uchwale Wielkiego Senatu Karnego, to należało by zanegować połączenie tych powtarzających się naruszeń przepisów karnych w jeden czyn „ciągły”³²; ponieważ powody dotyczące *ustawowych znamion*, które zezwalałyby uznać za konieczne połączenie pojedynczych aktów w prawną jedność oceny, wcale nie są widoczne.

Inne pytanie, czy w tym przypadku nie dało by się zastosować innej konstrukcji prawnej **tzw. naturalnej jedności czynu**. Należy postawić takie pytanie już choćby z tego względu, że poszczególne akty działania pod względem czasowym leżą dość daleko od siebie, w każdym bądź razie dalej niż w pozostałych przypadkach naturalnej jedności czynu (np. spoliczkowanie kogoś przez kilka uderzeń, itp.). Aczkolwiek, do czego się przyznaję nie całkiem bez bólów głowy, rozwiązałbym te przypadki (które w praktyce prawie już nie wystąpią i odnośnie których rozwiązania nie będą mierzone ważkością zasad rozwiniętych przez Wielki Senat) jednak mimo wszystko przy zastosowaniu zasad naturalnej jedności czynu, zaś deficyt bliższego związku czasowego wyrównać surowszymi wymogami odnośnie woli podjęcia takiej decyzji. W pozostałej części byłbym tego samego zdania co *Richard Honig*, który różnicę pomiędzy naturalną jednością czynu a przestępstwem ciągłym opisał przy pomocy następującego obrazu³³: *"to zupełnie inna sprawa pisać ciąg dalszy jednej książki, albo ciągle nowe książki."* Z tego punktu widzenia istotnie wiele rzeczy przemawia za tym, że powtarzające się naruszenia przepisów prawnych w tych wymienionych przykładach należy bardziej postrzegać jako naturalną jedność czynu; w przenośnym sensie można powiedzieć, że zarówno złodziej węgla, jak i buchalter nie chcą *pisać ciągle nowych książ-*

żek, lecz raczej *dokończyć tę jedną rozpoczętą już* - choć nie ukrywamy dość grubą - *książkę*.

Ażeby nie być źle zrozumianym: o ile chodzi o przypadki nieszczególne, byłoby to sprzeczne z duchem rozstrzygnięcia Wielkiego Senatu, jeśli praktyka wypełniałaby tę powstałą przez odrzucenie konstrukcji przestępstwa ciągłego próżnię poprzez rozszerzenie zastosowania **zasad naturalnej jedności czynu**. Mimo że pokusa jest raczej duża, ażeby powołując się na „naturalne pojmowanie życia” wypełnić obecnie zakresy, które przedtem zajmowane były przez „przestępstwo ciągłe”. Nie wolno więc rozwijać konstrukcji „naturalnej jedności czynu” do obranej w nowe szaty postaci „przestępstwa ciągłego” w dawnym sensie; ta i tak problematyczna figura prawna naturalnej jedności czynu straciłaby zupełnie przez to dalsze poszerzenie jej zakresu swoje i tak słabo zarysowane kontury³⁴. Dlatego też można powiedzieć, że chce się zło zwalczać złem, jeśli praktyka chce stopniowo zastąpić ówczesną konstrukcję „przestępstwa ciągłego” w istotnych jej zakresach konstrukcją naturalnej jedności czynu. Jak dotąd tego rodzaju tendencja rozwojowa w życiu praktycznym nie daje się jednakże, ku mojemu zadowoleniu, stwierdzić³⁵.

III. W tym stanie rzeczy narzuca się oczywiście pytanie, czy i w jakim stopniu ta zmiana kursu przyczyniła się do rozwiązania starych problemów. Jak już na wstępie zaznaczono, podstawowe przyczyny odstąpienia od koncepcji przestępstwa ciągłego leżały w spóźnionym, bo przesuniętym czasowo, początku biegu przedawnienia oraz w niedokładnych ustaleniach faktycznych, jak również w tej związanej z deficytami w zakresie ekonomii procesu, niejednorodności orzecznictwa.

1. Rozpoczynając od ostatniego punktu: **zmiana trwającego prawie 100 lat orzecznictwa** przebiegała i przebiega oczywiście nie całkiem bez trudności przystosowawczych i przejściowych; w końcu nie chodzi wyłącznie o to, by jedną lampę tylko po to zgasić, ażeby drugą zapalić. Stąd jest rzeczą całkiem normalną, że w najwcześniejszej fazie nowej orientacji można było odczuć wśród sądów pierwszej instancji pewien „niepokój”. Jeśli dobrze oceniam sytuację, to muszę stwierdzić, że w międzyczasie te fale niepokoju już się w dużym stopniu uspokoiły. Różnice zdań i niepewność utrzymują się jak dotąd w granicach i są mniejsze obecnie, niż w tej prawie chaotycznej „fazie końcowej” orzecznictwa odnośnie starej konstrukcji przestępstwa ciągłego.

2. Całkiem innym (i znacznie ważniejszym) jest pytanie, czy zadanie jakie stawiała sobie konstrukcja prawna przestępstwa ciągłego, mianowicie **problem (za) niedokładnych ustaleń stanu faktycznego** przy prawnym rozstrzygnięciu serii czynów czy czynów seryjnych, udało się jej bądź

uda na dłuższą metę rozwiązać. Jeśli przyzna się drażliwemu zakresowi regulacji prawnokarnej deliktów o podłożu seksualnym sejsmograficzne znaczenie dla sądów rewizyjnych odnośnie wymogów dotyczących określoności ustaleń faktycznych sądów niższych instancji, można z łatwością rozpoznać, że *po* rozstrzygnięciu Wielkiego Senatu wiele się zmieniło. Symptomatyczne jest tutaj w pierwszym rzędzie stwierdzenie 3-go Senatu³⁶:

„Zasadniczo można powiedzieć odnośnie odpowiadającego państwowoprawnym wymogom stawianym osądzeniu skazanego nie przyznającego się do winy, iż trzeba, jak dalece to tylko możliwe, je indywidualizować oraz ustalić - jak i w przypadku innych przepisów - pojedynczo po kolei, tak jak konkretnie przebiegały. ...Na początku ustaleń stanu faktycznego nie powinny stać stwierdzenia frekwencji dokonanego czynu (”co najmniej raz w miesiącu”), lecz konkretne zdarzenia...Nie chodzi głównie o szacowaną, a następnie zokrąglaną w dół liczbę czynów, lecz o to wszystko, co jest oświadczone z wymaganą dla uzasadnienia wyroku konieczną siłą przekonania dla każdego pojedynczego czynu.”

O ile 3-ci Senat stosownie do tego nakłada nader surowe wymagania odnośnie konkretności ustaleń faktycznych³⁷, to 1-szy i 5-ty, przeciwnie, reprezentują raczej „wspaniałomyślne” stanowisko. Także odnośnie sprawy z zakresu deliktów seksualnych wypowiedział się 1-szy Senat Karny w następujący sposób³⁸:

„Stwierdzenie poszczególnych czynów może w zasadzie nastąpić w ten sposób, że sąd krajowy *przy możliwej konkretyzacji* poszczególnych przebiegów działania, dojdzie do przekonania, że w określonych odcinkach czasu doszło do pewnej minimalnej ilości takich działań. Senat ... nie podziela wątpliwości 3-go Senatu Karnego (NStZ 1994 r. 393) i Zschokelt'a (NStZ 1994 r. 363), że w takich warunkach sędziowskie tworzenie opinii jest niemożliwe.”

Jeśli dobrze interpretuję te wywody, to są one efektem dążenia do sformułowania stanowiska, które leży poniekąd pomiędzy wcześniej faktycznie praktykowanym (raczej niedbałym) orzecznictwem odnośnie przestępstwa ciągłego i nowym (raczej surowym) 3-go Senatu Karnego. Która z tych pozycji zwycięży na dłuższą metę, na razie nie można jeszcze tego powiedzieć. Już dziś można jednak z całą pewnością stwierdzić, że wyrok nawet w przypadku przestępstw seryjnych, u których zakres winy jest pewny, powinien podawać dokładne dane odnośnie czasu czynu lub zakresu czasowego działania, jak również odnośnie ofiary czynu i podstawowych rysów jego dokonania (np. sposobu popełnienia czynu, możliwych uczestników, rodzaju ukradzionych rzeczy itd.) i w po-

zostałej części musi zawierać tak dokładne dane, że poszczególne czyny można indywidualizować³⁹.

W tym sporze dotyczącym poziomu konkretności sędziowskich ustaleń faktycznych w sprawach wykroczeń seksualnych nie chodzi ponadto jedynie o ekonomiczno-procesowe rozważania i na pewno także nie w pierwszej kolejności o troskę odnośnie problemu, że (za) wysokie wymagania nałożone na sędziów pierwszej instancji mogą doprowadzić do poważnych luk w ściganiu karnym. Zasadnicza jednak przyczyna tego, dlaczego dokładność ustaleń faktycznych właśnie odnośnie deliktów seksualnych jest przedmiotem tak mocnych kontrowersji, leży raczej w ochronie ofiary; ponieważ im wyższe są wymagania co do dokładności ustaleń faktycznych, tym intensywniejsze - co się rozumie samo przez się - muszą być przesłuchania poszkodowanej ofiary⁴⁰. Bardzo często dochodzą sędziowie przesłuchujący seksualnie poszkodowane ofiary do tego momentu, w którym muszą sobie powiedzieć „wystarczy; dalsze pytania są nie do zniesienia!” Łączy się z tym również postulat, ażeby w interesie ofiary możliwie zrezygnować z dalszych przesłuchań⁴¹, co może oczywiście w znacznym stopniu osłabić pozycję obronne oskarżonego. Należy tylko mieć nadzieję, że w tym delikatnym trójkątnym układzie wzajemnych stosunków „oskarżony - sąd - ofiara” dojdzie do rozwiązań kompromisowych, które będą dostatecznie respektować uprawnione interesy broniącego się oskarżonego i tę również rozumiałą potrzebę ochrony ofiary.

3. Pozostaje jeszcze na koniec pytanie, jakie oddziaływanie ma rezygnacja z figury przestępstwa ciągłego na problem przedawnienia. Odpowiedź na to pytanie jest w zasadzie łatwa: ponieważ obecnie każdy pojedynczy akt należy oceniać jako samodzielny czyn, przedawnienie rozpoczyna się zgodnie z § 78 a StGB już z zakończeniem każdego pojedynczego aktu, a nie dopiero z zakończeniem całej serii czynów. W tym sensie prowadzi nowe orzecznictwo rzeczywiście do istotnego **złagodzenia problematyki przedawnienia**.

(1) Wyjątek stanowi jednakże ponownie **prawo karne w zakresie deliktów seksualnych**; ponieważ według nowego § 78 b ust. 1 nr 1 StGB (obowiązującego z dniem nabrania mocy od 30.7.1994 r.) przedawnienie spoczywa odnośnie czynów z §§ 176 do 179 StGB do ukończenia przez ofiarę 18-go roku życia. Za tą regulacją stoi przeświadczenie, że nieletnia ofiara czynów seksualnych w obrębie rodziny nie ma odwagi wkroczyć na drogę prawną, zanim nie opuści domu rodzinnego. Obecnie nie tutaj miejsce na bliższe potraktowanie tego z pewnością dobrze zrozumianego, jednak przy bliższej analizie, z punktu widzenia kryminalno i prawnopolitycznego, wszystko inne, ale nie bezproblemowego rozwią-

zania⁴². Jedno jest jednak pewne, że ustawodawca w bardzo istotnej części przywrócił ponownie tę sytuację prawną, którą Wielki Senat Karny chciał właśnie na zawsze zlikwidować odrzucając konstrukcję przestępstwa ciągłego.

(2) Ale również poza zakresem specjalnym deliktów seksualnych, problem przedawnienia, także po rezygnacji z figury „przestępstwa ciągłego”, nie jest jeszcze do końca rozwiązany. Zgodnie ze stałym orzecnictwem także przedawnione czyny mogą być uwzględnione przy wymiarze kary na niekorzyść sprawcy i to nawet wtedy, kiedy wchodzące w grę czyny w ogóle nie były przedmiotem aktu oskarżenia⁴³. Z tego jednak względu, że później odkryte serie czynów (np. przy oszustwie podatkowym czy dokonanym przez lekarzy na niekorzyść kasy chorych) obecnie w większości oceniane jako samodzielne czyny przestępne będą już przedawnione, pojawia się pokusa, żeby te przedawnione pojedyncze czyny uwzględniać „pośrednio” przy wymiarze kary⁴⁴. Dlatego należy stwierdzić jednoznacznie i wyraźnie: przedawnione czyny uprzednie mogą być tylko wtedy w sposób oczywisty uwzględniane jako powodujące zaostrenie kary, jeśli można je wystarczająco konkretnie stwierdzić, co właśnie w przypadku leżących daleko w przeszłości stanowi wielką trudność. Niedopuszczalne jest także i w tym miejscu jedynie ogólnikowe powołanie się na popełnione w przeszłości czyny⁴⁵. Odpowiednie orzecznictwo należy więc krytycznie obserwować w najbliższych miesiącach.

IV. Mimo stwierdzenia, że rezygnacja z figury prawnej przestępstwa ciągłego umożliwia lepsze rozwiązanie poprzednich centralnych problemów, nie wolno niedostrzegać, że zmiana kursu Najwyższego Sądu Związkowego wywołuje nowe pytania i częściowo stwarza nowe problemy. Wyczerpująca analiza wszystkich związanych z tym problemem aspektów jest ze względu na czas oczywiście niemożliwa. Bez pretensji do wyczerpującego przedstawienia problemu można jedynie tylko tyle stwierdzić:

1. Według licznych rozstrzygnięć (sądów wyższych landowych) z najnowszego okresu czasu praktyka wykazuje, że aktualnie, po odrzuceniu konstrukcji przestępstwa ciągłego, najbardziej intryguje pytanie, jakie **wymagania** należy postawić **odnośnie konkretności aktu oskarżenia**. Odpowiedź na to pytanie powinna wynikać z funkcji aktu oskarżenia, która, jak wszystkim wiadomo, polega na tym, żeby oskarżonemu możliwie dokładnie podać jaki czyn, także czas i miejsce jego popełnienia, mu się zarzuca; oskarżony musi mieć możliwość rozpoznania, jaki czyn, spośród wielu podobnych, wchodzi w rachubę. Ponadto konkretność aktu oskarżenia ma się orientować przynajmniej co do podstawy według opisu

czynu w uzasadnieniu wyroku. Jeśli jednak *skazanie* może nastąpić tylko na podstawie sędziowskiego przekonania i tym samym wymaga wyższego stopnia pewności jak oskarżenie, dla którego, jak wiadomo, wystarcza tylko „dostateczne” podejrzenie, to wymagany stopień konkretności *aktu oskarżenia* może być nieco niższy.

Najwyższy Sąd Związkowy i wyższe sądy landowe po uchwale Wielkiego Senatu Karnego reprezentowały odnośnie tej sprawy zadziwiająco surowy punkt widzenia. Słusznie uznano, i to pod każdym względem za niedopuszczalne, stosowanie pewnego rodzaju „szeroko zakrojonego aktu oskarżenia”, którego bliższe zróżnicowanie i skonkretyzowanie pozostawia się do wyjaśnienia w czasie rozprawy głównej⁴⁶; każdy pojedynczy zaskarżony czyn musi być w sposób dostatecznie pewny do zindywidualizowania przez możliwie dokładne dane odnośnie czasu (początku i końca), najmniejszej i największej liczby włączonych aktów częściowych, liczby ofiar czynu i przez przedstawienie istotnych podstawowych rysów dokonanego czynu (modalności czynu) włączając w to obejmujący cały szereg działań zamiar.

2. Sceptycy wkrótce po uchwale Wielkiego Senatu wyrazili obawy, że ostatnio podwyższone wymagania odnośnie konkretności ustaleń faktycznych w akcie oskarżenia i wyroku będą szybko udaremnione przez **wzmoczone zastosowanie §§ 154 i 154 a StPO**⁴⁷. Według tych przepisów wolno w niemieckim prawie procesowym, w przypadku większej, ba wielkiej liczby czynów ograniczyć postępowanie do szczególnie ważnych (w uzupełnieniu: jednak pewnych do stwierdzenia) pojedynczych czynów (na marginesie: rozwiązanie, które sam Wielki Senat sugerował⁴⁸). Odnośnie tego zaleca się ostrożność i to w podwójnym znaczeniu:

(1) Powszechnie wiadomo, że Najwyższy Sąd Związkowy uważa za słuszne, aby przy wymiarze kary na niekorzyść oskarżonego uwzględniać jednak także czyny, które według §§ 154 i 154 a StPO w ogóle nie są zaskarżone lub w każdym bądź razie później zostały wyłączone, o ile sąd zwrócił oskarżonemu uwagę na tę możliwość⁴⁹. To, że taka praktyka - szczególnie z punktu widzenia zasady domniemania niewinności oskarżonego (art. 6 ust. 2 MRK = Konwencji praw człowieka) - jest bardzo problematyczna, jest oczywiste, ale w ten sposób wyłączony materiał procesowy może być przecież poniekąd ponownie wprowadzony na niekorzyść oskarżonego przez „tylne drzwi” wymiaru kary nie będąc przedmiotem zasądzenia⁵⁰. Jednak nawet jeśli ktoś, zgodnie z poglądem Najwyższego Sądu Związkowego, jest zdania, że zasadniczo nie należy uwzględniać jako obciążające czyny nie zaskarżone lub wyłączone, to nie ominie faktu, że §§ 154 i 154 a StPO nie udzielają blankietowych upo-

ważnień, lecz są determinowane ustawowymi wymogami. Dlatego należy tylko pochwalić surowość, z jaką ostatnio 1-szy Senat Karny wyjaśnił, że i te czyny muszą być konkretnie stwierdzone⁵¹; w żadnym jednak wypadku nie można z serii czynów stwierdzić konkretnie tylko dwa lub trzy, a tę obejmującą wiele pojedynczych czynów resztę tylko uwzględnić przy wymiarze kary. Pozostaje mieć nadzieję, że Najwyższy Sąd Związkowy zachowa ten kurs i przeszkodzi w zadowoleniu się ustaleniom stanu faktycznego poniekąd „drugiego stopnia”.

(2) Rozwiązanie przez §§ 154 i 154 a StPO nie będzie często i z drugiego powodu wchodzić w grę, ponieważ brak jest rzeczowych warunków tymczasowego zawieszenia. Gdyby mianowicie pojedyncze akty serii czynów nie mogły być wystarczająco dokładnie ustalone, to brak jest już dostatecznego podejrzenia dokonania czynu. W tym przypadku nie można szukać rozwiązania przez §§ 154/154 a StPO; koniecznie nakazane jest zawieszenie według § 170 ust. 2 StPO lub częściowy wyrok uniewinniający.

3. Raczej wątpliwe było najpierw pytanie, **jakie oddziaływanie na ogólny poziom kar** pociąga za sobą rezygnacja z przestępstwa ciągłego. Wprawdzie Wielki Senat wyraźnie wskazywał na to, że likwidacja tej figury i związane z tym przejście do stosowania §§ 53 i 54 StGB *niekoniecznie* musi prowadzić do podwyższenia dotychczasowego poziomu kar⁵²; jednak wydaje się być sprawą otwartą, czy tę linię da się utrzymać. Bądź co bądź przyjęcie realnego zbiegu przestępstw (zgodnie z § 54 ust. 2 StGB) prowadzi już z samej konstrukcji do poszerzenia zakresu wymiaru kary⁵³ i dotychczas należało to do nielicznych naprawdę pewnych poglądów nauki o wymiarze kary, że konkretna wysokość kary zależy bezpośrednio zależności od ram wymiaru kary⁵⁴. Ponadto prowadziło w przeszłości przyjęcie figury przestępstwa ciągłego faktycznie do pewnego rodzaju rabatu ilościowego, pomimo tego, że Najwyższy Sąd Związkowy ciągle się starał wyjaśnić sądom pierwszej instancji, że przestępstwo ciągłe w ogóle nie należy koniecznie łagodniej karać niż odpowiednią ilość pojedynczych czynów⁵⁵.

Tutaj pozostają do dyspozycji zasadniczo dwie możliwości, spośród których sędziowie będą musieli wybrać: albo pojmuje się czyny seryjnego sprawcy bez wyjątku jako szczególny wyraz zwiększonej energii kryminalnej i dochodzi się w sposób zamierzony do surowszej kary... lub ocenia się wielokrotnie dokonane czyny (w szczególności delikty seksualne i to w stosunku do tej samej ofiary) w sumie jako oznakę niższego progu zahamowań psychicznych i dojdzie się przy tym rozwiązaniu do łagodniejszego ukarania. Według uchwał 4-go i 3-go Senatu Karnego

Najwyższy Sąd Związkowy skłania się w tym zakresie jak dotąd wyraźnie w kierunku drugiej opcji⁵⁶. Jeśli ten trend zwycięży także u sędziów pierwszej instancji, to w końcu przez odrzucenie konstrukcji przestępstwa ciągłego w stosunku do wymiaru kary nic się nie zmieniło. Ażeby nie być źle zrozumianym: naturalnie może (nie tylko w zakresie zorganizowanej przestępczości, tzn. z okazji przestępstw gospodarczych, narkomanii i przestępstw przeciwko ochronie środowiska naturalnego) - w pojedynczym przypadku być także pożądaną, temu celowo „seryjnie” postępującemu przestępcy zarzucić większą energię kryminalną i zgodnie z tym surowiej ukarać; możliwości jakie daje kara łączna są w tym kierunku dostatecznie wystarczające (por. § 54 ust. 2 StGB).

4. Raczej łatwo jest udzielić odpowiedzi na pytanie, jakie oddziaływanie pociąga za sobą odrzucenie przestępstwa ciągłego tam, gdzie zgodnie z przepisami **dane ilościowe** mają właśnie znaczenie. W tym kontekście należy wziąć pod uwagę § 248 a StGB (kradzież i przywłaszczenie małowartościowych rzeczy) lub §§ 28 a ust. 1 nr 2 i 30 ust. 1 nr 4 BtmG (= ustawa o środkach odurzających)(wwód środków odurzających w nieznacznych ilościach). Tutaj obowiązuje traktowanie pojedyncze a nie łączne; ogólny wynik serii czynów nie odgrywa tutaj większej roli.

5. Drażliwe są właściwie tylko **konsekwencje**, do których prowadzi rezygnacja z figury przestępstwa ciągłego w **zakresie prawa o wykroczeniach**⁵⁷. Możliwe, że Wielki Senat nie wziął pod uwagę, że zrezygnowanie z figury „przestępstwa ciągłego” w każdym bądź razie w zakresie wykroczeń będzie prowadziło do znacznych trudności. Tworzenie „grzywny łącznej” jest mianowicie, prawnie rzecz biorąc, niemożliwe; ponieważ zgodnie z § 20 OWiG (ustawa o przekroczeniach porządkowym)⁵⁸ w przypadku wielości czynów nie wchodzi w grę zasada asperacji, lecz zasada kumulacji kary w najczystszej postaci. Jak długo ustawodawca nie zrezygnuje z tego rozwiązania (co można mu polecić⁵⁹) pozostają tylko trzy możliwości: albo częściowe dalsze obowiązywanie figury przestępstwa ciągłego, w każdym bądź razie, w zakresie prawa o wykroczeniach (mimo wszystko Wielki Senat wypowiedział się tylko odnośnie przestępstw, a nie wykroczeń); lub celem uniknięcia ewentualnej surowości sensowne zastosowanie zasady oportunistu (§ 47 OWiG)⁶⁰; albo na koniec jednak (jeśli nawet tylko contra legem) praktykowanie zasady asperacji, a nie kumulacji⁶¹. Za tym trzecim rozwiązaniem chciał się w każdym bądź razie wypowiedzieć BayObLG (Bawarski Wyższy Sąd Krajowy). Ten sąd ostatnio przyznał, że to schematyczne sumowanie grzywien nie tylko po odrzuceniu przestępstwa ciągłego może prowadzić do wątpliwej surowości, a w pojedynczym przypadku nawet do narusze-

nia „konstytucyjnej zasady karania stosownie do zawinienia”. Zgodnie z powyższym należy mieć nadzieję, że także Najwyższy Sąd Związkowy możliwie szybko wyjaśni, jak ma wyglądać dalsze praktyczne zastosowanie § 20 OWiG bez instytucji przestępstwa ciągłego.

V. Powoli docieram do końca moich wywodów, odnośnie których jednak nie jest (jeszcze) możliwe wypowiedzenie ostatniego słowa na ten temat; orzecznictwo znajduje się jeszcze za bardzo w fazie przełomu po tej spektakularnej zmianie kursu. Na koniec można jednak jeszcze tyle powiedzieć:

Głos Wielkiego Senatu Karnego wypowiadający się za pojedynczym traktowaniem czynów seryjnych był w pierwszej kolejności głosem przeciwko ówczesnemu orzecznictwu i problemom z nim związanych, jeśli Państwo chcecie można to tak sformułować: według motta „lepszy jest koniec strachu, niż strach bez końca!”. Mimo pojedynczych (raczej niewielkich) nowych trudności jest godne w dalszym ciągu pochwalić, że Wielki Senat Najwyższego Sądu Związkowego poniekąd dokonał „ucieczki do przodu” i rozstał się z figurą przestępstwa ciągłego⁶². Po tym wszystkim, co można usłyszeć z ust praktyki, sędziowie pierwszej instancji dają sobie wyjątkowo dobrze radę z nowymi rozwiązaniami. Długotrwały sukces zmiany kursu będzie od tego zależał, jak konsekwentnie postępować będzie praktyka, szczególnie w stosunku do wymogów stawianych ustaleniom faktycznym. Na tym polu rozstrzygnie się, czy uchwała Wielkiego Senatu faktycznie stanowi początek nowej, lepszej ery. Jeśli Najwyższy Sąd Związkowy nie utrzyma swojego kursu i powróci do starej praktyki (za) bardzo ryczałtowego ustalania stanu faktycznego, odważam się prorokować, że przeszłość go dopędzi i będzie stał przed ruiną swojego poprzedniego orzecznictwa, Na razie istnieją podstawy do wyraźnego optymizmu.

Przypisy:

1. Tekst zawiera poszerzony w treści i uzupełniony przypisami referat, wygłoszony przez autora 14.9.1995 r. na niemiecko-polskim kolokwium prawa karnego w Białymstoku-Rajgrodzie (12 - 17 wrzesień 1995 r.). Za wartościowe prace przygotowawcze dziękuję bardzo serdecznie mojemu asystentowi, aplikantowi sądowemu panu *Claudiusowi Geislerowi*.

2. Uchwała z 3 maja 1994 r. - GSSt 2 i 3/93 = BGHSt. 40 138 n. = NSTz 1994 r. 383 (uwagi *Zschockelt* tamże s. 361) = NJW 1994 r. s. 1663 i n. (uwagi *Hamm* tamże s.1636) = StV 1994 r. 306 = MDR 1994 r. 700 = wistra 1994 r. s. 185 i n. Więcej na ten temat także *Geisler JURA* 1995 r. s. 74 i n.

3. Wyrok Sądu Najwyższego z 8 marca 1991 r. = NStZ 1993 r. 331.

4. Także „linia cięcia” § 78 ust. 3 zd. 2 StGB, węgiel której ściganie ulega przedawnieniu po upływie podwójnego ustawowego terminu przedawnienia, nie mogło tu pomóc, ponieważ w momencie zakończenia ostatniego aktu częściowego przedawnienia jeszcze w ogóle nie zaczęło biec. BGH wistra 1988 s. 193 rozważał jednakże analogiczne zastosowanie tego przepisu.

5. *Zschokelt* NStZ 1994 r. 361.

6. BGHR, uwaga przed § 1 fH zamiar ogólny 10.

7. Tak wyraźnie BGHR StPO § 267 ust. 1 zd. 1, ustalenia minimalne 3, nieokreślone zarzuty odnośnie popełnienia czynu.

8. Por. *Geppert*, Die „fortgesetzte Tat” im Spiegel jüngerer Rechtsprechung und neuerer Literatur, w: JURA 1993 r. s. 649 i n.

9. Tak właśnie 3-ci Senat Karny we wniosku przedkładającym do rozstrzygnięcia Wielkiemu Senatowi Karnemu: StV 1993 r. s. 585 (590).

10. *Jähne*, GA 1989 r. s. 377.

11. BGHSt. 40 138 (166). Por. także BGHSt. 40 138 (164): „niezbędne do rzeczowej oceny dokonanego bezprawia i winy”

12. BGHSt. 40 138 (165).

13. W tym ostatnim sensie np. *Bittman/Dreier* NStZ 1995 r. 105, *Ruppert* MDR 1994 r. 973 i w ten sposób także *Zschokelt* NStZ 1994 r. 361.

14. Tak dosłownie *Zschokelt* (członek Wielkiego Senatu) w NStZ 1994 r. 361. Raczej bardziej wątpliwe *Ellen Schlüchter* (SK/STPO nr 21 do § 264), która wypowiada się za kontynuacją tzw. „ciągłej jedności czynu” (?).

15. Podobnie jak tu także *Lackner*, StGB (21 wyd.), nr 16 i SK/StGB *Günther* nr 64 n.: w obu przypadkach przed § 52

16. 2 StR 693/94: NStZ 1995 r., s. 347.

17. Wyrok z 30.3.1995 r.- 4StR 768/94: NJW 1995 r. 2045. Myląca jest więc uwaga, że połączenie pewnej ilości pojedynczych aktów nie wymaga także figury prawnej „jedność oceny” (tamże s. 2046. W przeciwieństwie do tego: dręczenie w sensie spowodowania powtarzających się znacznych bólów jest przypadkiem prawnej jedności oceny!

18. Tak 1-szy Senat Karny (13.12.94 r.- 1 StR 720/94; NStZ 1995 r., s. 193 = MDR 1995 r. 402), tak też 3-ci Senat Karny (8.6.94 r.- 3 Str 570/93: NStZ 1994 r., s. 494; 21.9.94 r.- 3 StR 390/94; NStZ 1995 r., s. 141; 28.9.1994 r.- 3 StR 261/94: NStZ 1995 r. 37), również 4-ty Senat Karny (28.4.94 r.- 4 StR 196/94: StV 1994 r., s. 658; 13.12.94 r.- 4 StR 700/94: StV 1995 r., s. 287; 23.3.95 r.- 4 StR 746/94: MDR 1995 r. 836 = StV 1995 r., s. 417 = NJW 1995 r. 2300) jak w końcu również 5-ty Senat Karny (20.6.94 r. - 5 StR 304/94: StV 1994 r., s. 479; 12.7.94 r. - 5 StR 374/94: NStZ 1994 r., s. 547; 13.7.94 r. - 5 StR 358/94: jeszcze nie opublikowany.

19. Tak obecnie także 1-szy Senat Karny (NStZ 1995 r. 193 = MDR 1995 r. 402), 3-ci Senat Karny (NStZ 1995 r. 37), 4-ty Senat Karny (StV 1994 r., s. 658), jak również 5-ty Senat Karny (NStZ 1994 r. 547).

20. BGH (wyrok z 15.5.1994 r. - 5 StR 227/94).
21. BGH (1 StR 593/94) StV 1995 r., s. 298.
22. BGH (wyrok z 10.5.1994 r. - 5 StR 194/94).
23. BGH (wyrok z 28.4.1994 r. - 1 StR 173/94).
24. BGH NStZ 1995 r. 92 = StV 1995 r., s. 84.
25. BGH (wyrok 20.9.1994 r. - 1 StR 466/94).
26. BGH StGB przed § 1 przestępstwa seryjne, znęcanie się nad nieletnimi, oskarżenie.
27. BGHSt. 40 195 (5 StR 595/93) = NJW 1994 r. 2368 = NStZ 1994 r., s. 493 = StV 1994 r. 478.
28. BGH (wyrok z 6.6.1994 r. - § StR 229/94).
29. OLG Zweibrücken VRS 88 (1995 r.) 205 = StV 1995 r., s. 124.
30. BayObIG MDR 1995 r. 190.
31. BayObIG NJW 1994 r. 2303 = MDR 1995 r. 87.
32. W przeciwieństwie do tego Tröndle (w: Dreher/Tröndle, StGB, 47 wyd. 1995 r., nr 25 e przed § 52) uważa, że zastosowanie figury przestępstwa ciągłego jest w tym przypadku „konieczne”. Schlüchter chce rozwiązać te przypadki przy pomocy nazwanej przez nią figury prawnej „ciągłej jedności działania” (SK/StPO, nr 21 do § 264).
33. Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit (1925), s. 141.
34. Tak samo Heintschel-Heinegg JA 1994 r., s. 590; tak jak tu w sumie także SK/StPO-Schlüchter (nr 21 do § 264), to jasne stanowisko uległo jednak rozwodnieniu przez wygłoszoną przez nią później mowę obrończą za utrzymaniem konstrukcji „ciągłej jedności działania”. Odnośnie naturalnej jedności działania, por. ostatnio przede wszystkim Sowada JURA 1995 r., s. 245 n.
35. Tę linię (mianowicie: *żaden* trend w kierunku ucieczki do naturalnej jedności czynu) reprezentują dwa rozstrzygnięcia BayObIG (NJW 1994 r. 2303 i MDR 1995 r. 190): w dwóch postępowaniach w sprawach o wykroczenia (z czego jedna dotyczyła kilkakrotnego udzielenia porad prawnych bez zezwolenia, ta inna także nielegalnej działalności leczniczej) wypowiedział się BayObIG dobitnie przeciwko zastręczeniu przyjmowaniu figury prawnej naturalnej jedności czynu. Ostatnio 4-ty Senat Karny nawet zaostriżył wymogi stawiane w stosunku do konstrukcji „naturalnej jedności czynu” (12.1.1995 r. - 4 StR 742/94); NJW 1995 r. 1766 = NZV 1995 r. 196 (na ten temat niebawem Sowada w innych pracach).
36. Uchwała z 25.3.1994 r.- 3 StR 18/94; NStZ 1994, s. 352.
37. Por. także decyzję 3-go Senatu Karnego (16.5.1994 r.- 3 StR 118/94) w NStZ 1994 r. 393. W tym samym (surowym) kierunku idą literackie wywody Zschokell’a (sędzieja 3-go Senatu Karnego i - jak powiadają - sędzieja sprawozdawca w Wielkim Senacie Karnym w czasie podjęcia tej uchwały o odrzuceniu konstrukcji przestępstwa ciągłego) w NStZ 1994 r., s. 362 i n NStZ 1995 r., s. 109 i n.
38. NStZ 1995 r. 78 ze wskazaniem na uchwały 5-go Senatu Karnego z 10.5.1994 r. - 5 StR 239/94 - i z 5.7.1994 r. - 5 StR 342/94.

39. W ten sposób także 1-szy Senat Karny (21.2.1995 r. - 1 StR 787/94) StV 1995 r. 342: z dalszymi dowodami.

40. Na ten temat i odnośnie następującego *Geisler* JURA 1995 r. 74 (81 n.).

41. Tę linię reprezentuje również 2-gi Senat Karny (uchwała z 5.10.1994 r.- 2 StR 411/94) w NStZ 1995 r. 204. Jest jednak wątpliwe, czy Senat nie przesadza tutaj z tą ochroną ofiary: zasada ochrony ofiary dopuszcza ograniczenia tenoru wyroku i „nie zezwala na powtórzenie zeznań świadków obciążających córkę oskarżonego”.

42. Odnośnie podobnych tendencji w Szwajcarii p. *Arzt* JZ 1994 r., s. 1000

43. Por. tylko BGH StGB § 46 ust. 2: przeszłość 11, 19, 20. Dla uwzględnienia przedawnionych czynów przy wymiarze kary por. *Jähnke*, *Salger-Festschrift* (1994 r.), s. 47 i n.

44. ...na co wyraźnie wskazuje 2-gi Senat Karny (29.6.1994 r.- 2 StR 650/93) w NJW 1994 r. 2967.

45. Por. na ten temat *Ruppert* MDR 1994 r., s. 974 i *Arzt* JZ 1994 r., s. 1001.

46. OLG Bamberg NJW 1995 r. 1167 n. Tak też w pozostałej części już przed uchwałą Wielkiego Senatu - BGHSt s. 40 oraz 44 n.(11.1.1994 r. - 5 StR 682/94); według tej surowej linii następnie także 4-ty Senat Karny Najwyższego Sądu Związkowego (29.9.94 r.- 4 StR 494/94 - StV 1995 r. 113; 29.11.1994 r. - 4 StR 648/94 = StV 1995 r. 113 = NStZ 1995 r. 245; 8.12.1994 r. - 4 StR 536/94 = NStZ 1995 r. 244 = StV 1995 r. 173) jak również OLG Zweibrücken StV 1995 r. 124, OLG Koblenz StV 1995 r. 119 i LG Koblenz StV 1995 r. 127.

47. W tym kierunku przede wszystkim *Arzt* JZ 1994 r., s. 1000 i n.

48. BGHSt. 40 138 (159 i n.).

49. Por. BGHSt. 30 147 (148).

50. Odnośnie tego i innych zarzutów por. *Geppert* JURA 1992 r., s. 601.

51. Uchwała z 10.11.1994 r. - 1 StR 631/94: StV 1995 r., s. 132.

52. BGHSt. 40 138 (162).

53. Por. *Geisler* JURA 1995 r., s. 82.

54. Tak słusznie również *Arzt* JZ 1994 r., s. 1001.

55. Por. ostatnio BGH StV 1992 r., s. 512 (513).

56. Tak BGH (8.12.1994 r.- 4 StR 536/94) StV 1995 r. 173 = NStZ 1995 r. 244 jak również BGH (22.3.1995 r. - 3 StR 625/94) MDR 1995 r. 825. Por. odnośnie tego ostatnio także BGH (22.3.1995 r. - 3 StR 625/94) NJW 1995 r. 2234 jak i BGH (2.3.1995 r. - 4 StR 71/95) u *Holtz'a* MDR 1995 r. 879.

57. Na ten temat i w dalszej kolejności *Geisler* JURA 1995 r., s. 83 i n.

58. Przepis ten brzmi: „Jeśli orzeczono wiele grzywien, to należy ustalić każdą z osobna.”

59. ...zwłaszcza, że ta regulacja także i z innego punktu widzenia jest problematyczna, jak np. odnośnie zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych (§ 25 StVG): bliżej na ten temat KK/OWiG-*Bohnert*, nr 7 do § 20. Co do zmiany § 20 OWiG de lege ferenda oprócz tego także SK/StGB-*Samson/Günther*, nr 77 przed § 52.

60. W ten sposób *Göhler*, OWiG (11 wyd. 1995 r.), nr 2 do § 20 i SK/StGB-Samson/Günther nr 77 przed § 52. Ale i ta droga jest problematyczna, to na pewno nie jest rozstrzygnięcie w myśl zasady oportunizmu, jeżeli po prostu nie stosuje się obowiązującego prawa ze względu na niesłuszne konsekwencje.

61. Wydaje się, że tego także *Göhler* (op.cit.) nie chce wykluczyć: „dopasowane zarządzenie wielokrotnych skutków prawnych”; w tym kierunku z pewnością także *Samson/Günther* (op. cit.): „odpowiednie” uwzględnienie przy wymiarze pojedynczych grzywien.

62. Tak również *Lackner* nr 14 i SK/StGB-Samson/Günther nr 66: w obu przypadkach przed § 52.

PROBLEMY Z PRZESTĘPSTWEM CIĄGŁYM

I. UWAGI WSTĘPNE

Poważne trudności jakie nasza doktryna i orzecznictwo prawa karnego mają ze stosowaniem instytucji przestępstwa ciągłego uzasadnia sformułowanie tytułu referatu. Sporne jest tu bowiem wszystko lub prawie wszystko.

Może się jednak ktoś zapytać, jaki jest związek tego referatu z tematyką naszego niemiecko-polskiego kolokwium prawa karnego poświęconego zorganizowanej przestępczości.

W odpowiedzi odwołam się do praktyki naszego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych. W ostatnich latach gwałtownie wzrosła w Polsce ilość przestępstw kradzieży z włamaniem i kradzieży samochodów. Często przestępstwa te popełniane są w ramach zorganizowanych grup przestępczych. Sprawcy seryjnych kradzieży z włamaniem lub kradzieży samochodów oskarżani są i skazywani na podstawie odnośnych przepisów k.k. z zastosowaniem instytucji przestępstwa ciągłego, o której stanowi art. 58 k.k. Na przykład Sąd Wojewódzki w Lublinie rozstrzygać ma wkrótce w sprawie kilku oskarżonych, którzy działając w zorganizowanej grupie przestępczej dopuścili się na terenie Polski i za granicą kilkunastu kradzieży z włamaniem bardzo drogich samochodów. Ich czyny zostały zakwalifikowane w akcie oskarżenia jako przestępstwa z art. 208 k.k. w zb. z art. 276 § 1 k.k. i w zw. z art. 58 k.k.¹

Jest jeszcze jeden ważny powód do tego, aby zajmować się w ramach tego kolokwium problematyką przestępstwa ciągłego. Otóż, jak była już o tym mowa w referacie Prof. K. Gepperta, niemiecki Sąd Najwyższy w uchwale wielkiego senatu karnego z dn. 3 V 1994 r. wypowiedział się przeciwko instytucji przestępstwa ciągłego² (wcześniej uczynił to szwajcarski SN)³. Orzeczenie to zaliczane w Niemczech do jednego z najważniejszych w ostatnich 100 latach, otwiera dla nas w Polsce interesującą perspektywę prawnoporównawczą. Od zachodu sąsiadujemy bowiem z wielkim krajem z wysoko rozwiniętym prawem karnym, doktryną i orzecznictwem, krajem którego wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych funkcjonuje bez instytucji przestępstwa ciągłego. W Polsce sytuacja ta jest zasadniczo inna. Nie tylko, że obowiązujący k.k. zna (w przeciwień-

stwie do niemieckiego k.k., jak też k.k. wielu innych krajów) instytucję przestępstwa ciągłego i jest ona często stosowana w orzecznictwie sądowym ale też projekt k.k. z 1995 r. (podobnie jak poprzednie wersje tego projektu) zamierza ją utrzymać wprowadzając przy tym istotne jej modyfikacje. Byłoby dla nas interesujące i pożyteczne dowiedzieć się od niemieckich kolegów, nie tylko jak oceniają oni po półtora roku wspomniane postanowienie Wielkiego Senatu Karnego Sądu Najwyższego, ale też jak zapatrują się na odnośne unormowania naszego projektu k.k.

Nie trzeba w tym gronie uzasadniać tezy, że niemieckie i polskie prawo karne są tak sobie bliskie, że przeprowadzenie tutaj odpowiednich porównań jest sensowne i pożyteczne dla rozwoju nauki i praktyki prawa karnego w obu krajach. Dlatego też doświadczenia jakie poczynili Niemcy (i Szwajcarzy) z odrzuceniem stosowania w praktyce wymiaru sprawiedliwości instytucji przestępstwa ciągłego mogą być oceniane w Polsce (i w innych krajach) jako wielki i interesujący eksperyment w dziedzinie prawa karnego. Rzecz w tym abyśmy wszyscy mogli wyciągnąć właściwe wnioski z tego eksperymentu.

Problematyka przestępstwa ciągłego, zarówno karnomaterialna, jak i karnoprocesowa, jest bardzo bogata i dość skomplikowana, stąd też w tym referacie będę zmuszony ograniczyć się do przedstawienia tylko niektórych, m.zd. najważniejszych kwestii i będę musiał to uczynić raczej skrótowo. Mam jednak nadzieję, że w trakcie dyskusji niektóre te kwestie będziemy mogli omówić bardziej szczegółowo, np. unormowanie problematyki przestępstwa ciągłego w projekcie k.k.

Co do struktury mego referatu. Zacznę od przedstawienia aktualnego stanowiska polskiej doktryny i orzecznictwa wobec instytucji przestępstwa ciągłego, następnie omówię odpowiednie unormowania projektu k.k. i dotychczasowe jego oceny w naszej literaturze. Na ten temat wyrażę też swój własny pogląd.

II. PRZESTĘPSTWO CIĄGŁE DE LEGE LATA

1. Kwestie karnomaterialne

Chociaż k.k. z 1932 r. milczał na temat przestępstwa ciągłego, doktryna i orzecznictwo znały tę instytucję i czyniły z niej szeroki użytek. Pod koniec obowiązywania tego kodeksu utrwalił się pogląd, że w razie spełnienia określonych przesłanek (te zawsze były i są w najwyższym stopniu sporne) instytucja przestępstwa ciągłego powinna być przyjęta przez organ procesowy niezależnie od tego czy będzie to w danym przypadku dla oskarżonego korzystne (np. kwestia prawomocności materialnej) czy

też niekorzystna (np. kwestia przedawnienia). Instytucja ta w każdym razie nie może być traktowana jako remedium na trudności dowodowe (por. wyrok SN z 21 II 1972 r. - OSN nr 7-8, poz. 122).

Ratio legis instytucji przestępstwa ciągłego jest głównie natury karnomaterialnej. Pozwala ona bowiem w określonych warunkach na pełną i prawidłową ocenę całej społecznie niebezpiecznej, przestępnej działalności sprawcy⁴. W razie nieprzyjęcia instytucji przestępstwa ciągłego, każdy fragment zachowania sprawcy podlega odrębnej ocenie, co prowadzić może np. do przyjęcia realnego zbiegu przestępstw (art. 66 k.k.) i wymierzenia kary łącznej (art. 67 § 1 k.k.).

Doktryna przyjmowała dawniej pogląd, że przestępstwo ciągłe składa się z jednego czynu - bądź to jednego czynu w znaczeniu prawnym (S. Sliwiński) bądź to w rzeczywistości jednego czynu (H. Rajzman). Obecnie panuje zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie pogląd, że przestępstwo ciągłe składa się z wielu czynów⁵.

Ta względna jednolitość ujęcia istoty przestępstwa ciągłego wcale nie oznacza, że tak samo lub podobnie ujmowane są przesłanki przyjęcia przestępstwa ciągłego i konsekwencje jego przyjęcia na terenie prawa karnego. Przeciwnie większość kwestii tak jak była, tak i jest sporna.

Zazwyczaj formułowane są następujące przesłanki przestępstwa ciągłego: 1) jednorodność czynów, 2) zwartość czasowa, 3) tożsamość osoby pokrzywdzonej przy zamachach na dobro natury ściśle osobistej, 4) jednolity zamiar sprawcy lub wykorzystanie tej samej dogodnej sposobności sytuacyjnej⁶.

Ad. 1. Tak jak do każdej z tych przesłanek także i do tej wypowiedziane są w doktrynie i orzecznictwie różne opinie, nieraz krańcowo różne opinie. Stosunkowo najmniej kwestionowany jest wymóg by wszystkie czyny składające się na przestępstwo ciągłe skierowane były przeciwko temu samemu dobru prawnemu, np. przeciwko mieniu. Ale już inne kwestie są wysoce sporne. Dotyczy to np. możliwości wprowadzenia wykroczenia (lub wykroczeń) w skład przestępstwa ciągłego albo utworzenia z dwu lub więcej wykroczeń przeciwko mieniu - jednego przestępstwa (ewentualnie ciągłego) w przypadku gdy łączna wartość ukradzionego lub przywłaszczonego mienia przekracza 250 nowych złotych⁷ (art. 203 § 1, art. 204 § 1 k.k.). SN i większość przedstawicieli doktryny wypowiada się za takim rozwiązaniem. Nie brak jednak w literaturze głosów przeciwnych jako, że k.w. milczy na temat możliwości przekształcenia ciągu wykroczeń w przestępstwo.

Jeżeli wymaga się by każdy z czynów wchodzących w skład przestępstwa ciągłego stanowił przestępstwo, to tym samym wymaga się by

każdy z tych czynów był łącznie niebezpieczny w stopniu większym niż znikomy (art. 26 § 1 k.k.). Są jednak zwolennicy wieloczynowej koncepcji przestępstwa ciągłego, który przyjmując możliwość sumarycznego potraktowania całości zachowania się sprawcy, nie stawiają przeszkód dla przyjęcia przestępstwa ciągłego gdy poszczególne czyny są społecznie niebezpieczne w stopniu znikomym. To samo dotyczy odpowiednio przypadku gdy poszczególne czyny są tylko przypadkami mniejszej wagi (np. art. 203 § 2 k.k.) lub wypełniają li tylko znamiona typu podstawowego przestępstwa przeciwko mieniu, a nie typu kwalifikowanego ze względu na wartość zaatakowanego mienia (np. art. 202 § 2 k.k.). Nie ma jednak co do tego wątpliwości w doktrynie i w orzecznictwie, że niedopuszczalne jest dwukrotne zaliczenie tej samej okoliczności w ramach jednego przestępstwa na niekorzyść sprawcy, np. sumowania wartości mienia (szkody) i kwalifikowanie przestępstwa ciągłego z surowszego przepisu (np. art. 203 § 2 k.k.) oraz nadzwyczajne obostrzenie kary na podstawie art. 58 k.k.⁸. Wykluczone jest też stosowanie instytucji przestępstwa ciągłego przy tzw. przestępstwie zbiorowym (np. art. 184 § 1 k.k.)⁹.

Dla niektórych autorów wymóg jednorodności czynów jest spełniony tylko wtedy, gdy czyny wchodzące w skład przestępstwa ciągłego naruszają ten sam przepis ustawy karnej SN (por. też wyrok z dn. 8 X 1977 r., OSN nr 10-11, 1977, poz. 122). Inni autorzy dopuszczają natomiast byt przestępstwa ciągłego też wtedy, gdy poszczególne czyny realizują znamiona typu podstawowego, kwalifikowanego lub uprzywilejowanego. Dodatkowe trudności i rozbieżne oceny stwarza przypadek, gdy tylko do jednego z czynów znajduje zastosowanie konstrukcja kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy (art. 10 § 2 k.k.), np. przy popełnieniu jednego z kilku oszustw sprawca posłużył się sfałszowanym dokumentem (art. 205 § 1, art. 265 § 1 k.k.).

W doktrynie i orzecznictwie wypowiedany jest też pogląd, że jednorodność czynów wymaga poza tym też identyczności lub zbliżoności sposobu popełnienia czynów mających pozostawać w ciągłości. Na przykładzie oceny działalności osób dopuszczających się licznych włamań widoczne jest, że pojęcie to jest szeroko rozumiane, co nie sprzyja oczywiście uściśleniu kryteriów przyjmowania przestępstwa ciągłego.

Nie stoi na przeszkodzie przyjęciu przestępstwa ciągłego okoliczność, że poszczególne czyny popełnione zostały w różnych postaciach stadialnych (usiłowanie, dokonanie) lub zjawiskowych (jednosprawstwo, współsprawstwo, podżeganie, pomocnictwo). Por. wyrok SN z dn. 9 VII 1991 r., Biuletyn Inf. SN nr 3, 1971, poz. 1.

Ad. 2. Wprawdzie panujący pogląd przyjmuje, że odstępy pomiędzy poszczególnymi czynami w ramach przestępstwa ciągłego nie powinny być duże albo zbyt duże ale istnieje pełna dowolność przy ustalaniu co to dokładnie ma znaczyć. Co prawda powołana wyżej uchwała łączonych izb karnej i wojskowej z 1966 r. mówi tutaj o stosunkowo krótkich odstępach czasu ale w orzecznictwie SN można spotkać wypowiedzi, że nawet trzy przerwy w działalności sprawcy po półtora roku, nie rozrywają więzi czasowej łączącej czyn ciągły, skoro kontynuacja zamiaru przestępnego wynikała z jego każdorazowej bezspornej gotowości do włączenia się w przestępny proceder, a okresy przerwy podyktowane zostały jedynie brakiem nadarzającej się okazji (wyrok SN z dn. 12 IV 1975 r., OSN Prok. Gen. nr 10, 1975, poz. 96). Zdecydowanie krótsze terminy określa literatura - 3 względnie 6 miesięcy. Przeważnie nie stawia się wymogu aby czyny popełnione w ramach przestępstwa ciągłego pozostawały w ścisłym związku miejscowym.

Ad. 3. Zarówno doktryna, jak i orzecznictwo (por. np. wyrok SN z 20 IX 1977 r., OSN nr 1, 1978, poz. 8) przyjmują zazwyczaj, że przesłanką przestępstwa ciągłego w sprawach, w których poszczególne czyny skierowane są przeciwko dobrom ściśle osobistym, np. życie, zdrowie, cześć, nietykalność osobista, jest tożsamość osoby pokrzywdzonej.

Ad. 4. Przyjmuje się, że sprawca powinien mieć z góry powzięty zamiar popełnienia niejako na raty przestępstwa ciągłego (teoria subiektywna) albo przy popełnieniu tego przestępstwa powinien wykorzystywać tę samą trwałą sytuację (teoria obiektywna). Rzadko udaje się ustalić istnienie u sprawcy tego rodzaju ogólnego (względnie odtwarzanego) zamiaru popełnienia przestępstwa ciągłego. Co się zaś tyczy drugiego alternatywnie określanego warunku, to łatwo sobie wyobrazić jak różnie i szeroko jest on interpretowany. Przykładem tu może być wyrok SN z 8 XII 1977 r. (OSN Prok. Gen. nr 4, 1978, poz. 46), w którym 20 kradzieży z włamaniem do sklepów wiejskich zostało potraktowanych jako przestępstwo ciągłe ponieważ sprawca działał przy wykorzystaniu tej samej trwałej sposobności, jaką był brak należytej ochrony i zabezpieczenia wiejskich obiektów handlowych.

Także czyny nieumyślne mogą wchodzić w skład przestępstwa ciągłego.

Specyficzne trudności powstają przy ocenie przypadku, gdy część czynów popełniona została w stanie niepoczytalności, a pozostała część w stanie poczytalności. Podobne trudności dotyczą przypadku, gdy część czynów popełnił sprawca przed ukończeniem 17 roku życia, a pozostałą

część później, tzn. wtedy gdy zgodnie z art. 9 § 1 k.k. osiągnął wiek pełnej odpowiedzialności karnej. W piśmiennictwie niektórzy autorzy wypowiadają się z określonymi zastrzeżeniami za przyjęciem w obu wypadkach odpowiednio zmodyfikowanej konstrukcji przestępstwa ciągłego, inni zaś stanowczo przeciwko temu oponują. Wahania w tych sprawach wykazuje też orzecznictwo SN (por. np. wyrok z dn. 3 IX 1979 r., nie publ. i wyrok z dn. 30 X 1980 r., OSPiKA nr 6, poz. 124).

Najczęściej przyjmuje się, że ciągłość przestępstwa przerywa wyrok skazujący. Według innego poglądu decydować tu powinna decyzja organu procesowego o wszczęciu postępowania przygotowawczego in personam (art. 269 § 1 k.p.k.).

Bardziej natomiast można mówić o jednolitości poglądów w kwestii stosowania instytucji przedawnienia i amnestii. Bieg terminu przedawnienia karalności przestępstwa ciągłego rozpoczyna się od daty zakończenia ostatniego przestępnego zachowania się sprawcy (por. wyrok SN z 29 I 1992 r., OSN nr 5-6, 1992, poz. 39). Ustawa amnestyjna może znajdować się zastosowanie tylko w stosunku do ciągłego przestępstwa ciągłego popełnionego przed określoną w tej ustawie datą (por. wyrok SN z 25 VII 1979 r., OSN nr 3, 1990, poz. 26). Jeżeli w okresie popełnienia przestępstwa ciągłego nastąpi zmiana ustawy miarodajny jest stan prawny obowiązujący w końcowym etapie tego przestępstwa (por. wyrok SN z 7 V 1976 r., OSN Prok. Gen. z. 11-12, 1976, poz. 95).¹⁰

W Wolter zaprezentował w literaturze oryginalne podejście do instytucji przestępstwa ciągłego ujmując je jako ciąg przestępstw¹¹. Koncepcja ta została rozwinięta przez A. Zolla¹² i przyjął ją projekt k.k. O tym rozwiązaniu będzie mowa w pkt. IV tego referatu.

2. Kwestie karnoprosesowe

Instytucja przestępstwa ciągłego ma też poważne znaczenie dla prawa karnego procesowego. Dawno już jednak minęły czasy, gdy sądy stosowały ją głównie dlatego, że pozwalała uniknąć trudności dowodowych. Dla nowszego orzecznictwa reprezentatywny jest pogląd wyrażony w wyroku SN z dn. 21 IV 1975 r., że przyjęcie konstrukcji przestępstwa ciągłego nie zwalnia sądu od obowiązku ustalenia poszczególnych czynów przestępnych wchodzących w skład tego przestępstwa. Z tego względu za niezbyt szczęśliwą, bo dającą podstawy do stosowania wykładni a contrario, należy uznać wypowiedź SN w wyrokach z dn. 11 III 1988 r. (OSPiKA 1988, nr 10, poz. 234 i z dn. 29 I 1992 r. (OSN nr 5-6, 1992, poz. 39) o konieczności „precyzyjnego określenia czasowego pierwszego

i ostatniego działania (podkr. A.W.), składającego się na przestępstwo ciągłe”.

Wśród licznych kwestii karnoprocesowych, które wiążą się ze stosowaniem instytucji przestępstwa ciągłego niewątpliwie największe znaczenie ma kwestia prawomocności materialnej wyroku skazującego lub uniewinniającego za przestępstwo ciągłe. W uchwale połączonych Izb Karnej i Wojskowej z 8 IV 1966 r. SN odstąpił od przyjmowanego uprzednio przez panującą doktrynę i orzecznictwo poglądu, że prawomocność materialna dotyczy też tych czynów, które wprawdzie wchodziły w skład przestępstwa ciągłego ale nie były przedmiotem rozstrzygnięcia. Odpowiedni fragment tej uchwały SN brzmi: „Materialna prawomocność osądu czynów ujętych jako przestępstwo ciągłe nie obejmuje nowo ujawnionych czynów, które w razie ich wcześniejszego ujawnienia weszłyby w skład osądzanego przestępstwa ciągłego. Jednakże wszczęcie odrębnego postępowania o te nowo ujawnione czyny byłoby sprzeczne z celem procesu karnego, gdyby stosunek stopnia społecznego niebezpieczeństwa tych czynów do stopnia społecznego niebezpieczeństwa osądzanego przestępstwa ciągłego był taki, że nawet włączenie tych czynów do składu przestępstwa ciągłego nie zmieniałoby w sposób istotny stopnia jego społecznego niebezpieczeństwa, a w następstwie nie doprowadziłoby do wymierzenia w ewentualnym wyroku łącznym kary wyższej od kary orzeczonej za prawomocnie osądzane przestępstwo ciągłe”. Zdaniem SN taki wniosek w kwestii materialnej prawomocności należy wyciągnąć z faktu uznania, że przestępstwo ciągłe nie jest jednym czynem ale składa się z wielu czynów. Również względy słuszności przemawiają przeciwko uznaniu, że w razie skazania tylko za fragment (nawet najmniej ważny) przestępstwa ciągłego, prawomocność materialna odnosić się ma do całego przestępstwa ciągłego. Stanowisko to reprezentuje SN też w szeregu orzeczeniach wydanych na gruncie k.k. z 1969 r. (por. np. wyrok z 10 IV 1974 r., OSN nr 7-8, 1974, poz. 135). Większość przedstawicieli doktryny ocenia je jednak krytycznie zarzucając SN złamanie jednej z naczelnych reguł praworządnego procesu karnego - reguły *ne bis in idem*. Nie powinno mieć przy tym istotnego znaczenia to czy się przestępstwo ciągłe ujmuje się jako przestępstwo jednoczynowe czy też wieloczynowe¹³.

Należy jeszcze zwrócić uwagę na pewną niekonsekwencję przedstawionego wyżej stanowiska SN. Otóż SN z jednej strony dopuszcza ściąganie i skazanie sprawcy za nowoujawnione czyny wchodzące w skład przestępstwa ciągłego, a z drugiej strony, ze względów niewątpliwie pragmatycznych, wskazuje, że powinno to dotyczyć jedynie czynów po-

ważniejszych o określonym stopniu społecznego niebezpieczeństwa. SN powołał się tutaj na cel procesu karnego bliżej go jednak nie określając. Zauważyć jednak należy, że nasz k.p.k. (art. 5 § 1) nie opiera się na zasadzie oportunistu, lecz na zasadzie legalizmu.

III. PROJEKT K.K.

Jedną z nowości jakie przynosi projekt k.k. jest unormowanie problematyki przestępstwa ciągłego. Projekt przyjmuje bowiem oryginalne rozwiązanie polegające na rozbiciu dzisiejszej instytucji przestępstwa ciągłego na dwie instytucje: 1) czynu ciągłego (art. 12) i 2) ciągu przestępstw (art. 90).

Art. 12 projektu k.k. stanowi: Dwa lub więcej zachowań podjętych w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru uważa się za jeden czyn zabroniony; jeżeli przedmiotem zamachu jest dobro ściśle osobiste, warunkiem uznania wielości zachowań za jeden czyn zabroniony jest tożsamość pokrzywdzonego”. Uzasadnienie projektu k.k. (s. 9) określa tę instytucję mianem czynu ciągłego odróżniając ją wyraźnie od instytucji ciągu przestępstw. Stanowi o niej art. 90 § 1 projektu k.k.: „Jeżeli sprawca popełnia w podobny sposób, w krótkich odstępach czasu dwa lub więcej przestępstw zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z tych przestępstw, sąd orzeka jedną karę na podstawie przepisu, którego znamiona każdego z tych przestępstw wyczerpuje, w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę”.

Zdaniem uzasadnienia projektu (s. 9-10) różnica między czynem ciągłym a ciągiem przestępstw jest zasadnicza. Czyn ciągły obejmować ma te przypadki dotychczasowego przestępstwa ciągłego, które stanowią przestępstwo popełnione na raty. Tutaj mamy mieć do czynienia z jednym czynem zabronionym i jednym przestępstwem. Czas popełnienia takiego czynu, z wszystkimi tego konsekwencjami w sferze odpowiedzialności karnej, należy ustalić na czas dokonania ostatniego aktu działania sprawcy składającego się na „czyn ciągły”. Poszczególne działania sprawcy nie muszą także wyczerpywać w ogóle znamion czynu zabronionego (dopiero suma tych działań wyczerpuje znamiona), bądź mogą wyczerpywać znamiona typu podstawowego, podczas gdy ich suma wyczerpie znamiona typu kwalifikowanego. Natomiast w przypadku „ciągu przestępstw” (art. 90) każde działanie musi wyczerpywać znamiona czynu zabronionego i stanowić odrębne przestępstwo, i jako takie jest oceniane np. w zakresie czasu popełnienia i związanych z tym konsekwencjami.

Omawiając szczegółowo te rozwiązania A. Zoll¹⁴ zwraca uwagę, że art. 12 projektu k.k. operuje pojęciem jeden czyn zabroniony. Na ten czyn składają się czyny w znaczeniu naturalnym. Dla odróżnienia czynu ciągłego (art. 12 projektu k.k.) od ciągu przestępstw (art. 90 projektu k.k.) A. Zoll proponuje (za K. Schmollerem) posłużenie się testem usiłowania: czyn ciągły, a nie wielość czynów zabronionych, zachodzi wtedy, gdy po popełnieniu pierwszego czynu w znaczeniu naturalnym można by było przyjąć usiłowanie popełnienia całego czynu zabronionego. Inne są też konsekwencje procesowe, gdy chodzi o prawomocność materialną orzeczenia dotyczącego czynu ciągłego i orzeczenia dotyczącego ciągu przestępstw. W pierwszym przypadku reguła *ne bis in idem* stoi na przeszkodzie ściganiu i skazaniu nowowykrytych czynów, w drugim przypadku - nie stoi temu na przeszkodzie. W przypadku skazania za ciąg przestępstw każde przestępstwo musi być odrębnie przypisane oskarżonemu.

Ciąg przestępstw (art. 90 projektu k.k.) stanowić ma odmianę realnego zbiegu przestępstw (art. 84 projektu k.k.). Odnosne przepisy umieszczone są w rozdz. IX projektu k.k. zatytułowanym „Zbieg przestępstw oraz łączenie kar i środków karnych”. Różnica w zakresie wymierzania kar i innych środków karnych jest taka, że o ile przy „właściwym” zbiegu realnym (art. 84 projektu k.k.) sąd wymierzać ma kary za poszczególne przestępstwa, a potem wymierzać ma karę łączną, to przy ciągu przestępstw orzekać ma jedną karę z możliwością jej nadzwyczajnego obustrzenia (art. 90 § 1 projektu k.k.).

Projekt normuje też szczegółowo przypadki, gdy ciąg przestępstw pozostaje w zbiegu realnym z innym ciągiem przestępstw albo innym przestępstwem (art. 90 § 2) jak też szczególne kwestie związane z wydaniem wyroku łącznego gdy sprawca został uprzednio skazany za ciąg przestępstw (art. 90 § 3 i 91).

IV. OCENA ROZWIĄZAŃ PROJEKTU K.K.

Propozycje projektu k.k. dotyczące omawianej tutaj problematyki spotkały się jak dotąd przeważnie z krytycznym stanowiskiem doktryny.

W całości akceptuje je K. Buchała¹⁵, częściowo zaś M. Cieślak. M. Cieślak jak się zdaje aprobuje unormowanie problematyki przestępstwa popełnionego na raty w art. 12 projektu k.k., krytykuje zaś ujęcie ciągu przestępstw w art. 90 projektu k.k. ponieważ jest mało precyzyjne (... w podobny sposób, w krótkich odstępach czasu...) i niesłusznie pozostawia swymi ramami wykroczenia i niezawinione czyny zabronione¹⁶.

Szereg krytycznych uwag formułuje J. Waszczyński. Zdaniem jego użyte w art. 11 projektu k.k. kryteria dotyczące zamiaru sprawcy i krót-

kich odstępów czasu dadzą się różnie interpretować i nie będą w praktyce stawać na przeszkodzie w traktowaniu jako jednego czynu działań o całkowicie odmiennym charakterze godzących w różne przedmioty ochrony. Czy zachodzi tożsamość zamiaru - pyta J. Waszczyński - w działaniach handlarzy narkotykami, którzy kradną, fałszują dokumenty, przekupują - wszystko dla doprowadzenia do realizacji zamiaru końcowego, jakim jest sprzedanie narkotyków? Czy takie działania stanowią będą jeden czyn ciągły jeśli dokonane zostaną w krótkich odstępach czasu? Poza tym J. Waszczyński uważa, że warunkiem przyjęcia czynu ciągłego powinno być wykorzystanie tej samej utrzymującej się sytuacji, a do sprawcy takiego przestępstwa powinna znaleźć zastosowanie instytucja fakultatywnego nadzwyczajnego obostrzenia kary. Wadą zaś konstrukcji ciągu przestępstw (art. 90 projektu k.k.) jest to, że nie uwzględnia faktu, że zbiór czynów przestępnych połączonych w całość może stanowić nową jakość, co uzasadniać może stosowanie nowej, odrębnej kwalifikacji prawnej. Projekt formułuje też za mało przesłanek pozwalających odróżnić ciąg przestępstw od właściwego realnego zbiegu przestępstw, z jednej strony oraz ciąg przestępstw od czynu ciągłego, z drugiej strony¹⁷.

Również T. Dukiet - Nagórska widzi poważne trudności ze stosowaniem projektowanych przepisów dotyczących czynu ciągłego i ciągu przestępstw. Zwraca też uwagę, że konstrukcja ciągu przestępstw nie pozwala właściwie ocenić społecznego niebezpieczeństwa zarówno poszczególnych czynów jak i całej działalności sprawcy. Nakazuje też oceniać poszczególne czyny jako wykroczenie lub przypadki mniejszej wagi mimo, że te czyny stanowią tylko fragment większej całości. Podobnego typu trudności występują ze stosowaniem kwalifikowanych poprzez użycie kwantytatywnych znamion - typów przestępstw¹⁸.

Wątpliwości czy wejście w życie omawianych tu propozycji projektu k.k. przyczyniłoby się do usunięcia obecnych rozbieżności w praktyce sądowej i doktrynie, podnoszą też A. Marek, T. Bojarski i L. Gardocki¹⁹.

Sądę, że przytoczone wyżej krytyczne uwagi pod adresem unormowania problematyki przestępstwa ciągłego w projekcie k.k. są tego kalibru, że nie można nad nimi przejść do porządku dziennego²⁰. Listę tych zarzutów można zresztą jeszcze zwiększyć.

Mam wątpliwości czy możliwe i celowe jest precyzyjne określenie w części ogólnej k.k. warunków kiedy zachodzi jeden czyn zabroniony. Takie określenie z miejsca naraża się na zarzut, że jest albo za szerokie albo za wąskie ponieważ nie może ono należycie uwzględniać zarówno ontologicznych jak i normatywnych elementów czynu zabronionego. W

grę przy tym wchodzi cała mozaika sytuacji faktycznych i typów przestępstw w części szczególnej k.k. i w ustawach karnych szczególnych.

Odnosnie unormowania czynu ciągłego w art. 12 projektu k.k. należy jeszcze zauważyć, że przyjęty tam wymóg wykonania z góry powziętego zamiaru wyklucza możliwość nieumyślnego popełnienia czynu ciągłego. Nie widać powodów natury dogmatycznej i kryminalnopolitycznej, które miałyby ograniczać zastosowanie instytucji czynu ciągłego czy też przestępstwa ciągłego tylko do terenu przestępstw umyślnych. Na gruncie art. 58 k.k. panująca doktryna słusznie przyjmuje, że instytucja przestępstwa ciągłego odnosić się może zarówno do przestępstw umyślnych jak i nieumyślnych²¹.

Krytycznie zapatruje się też na wymóg zawarty w art. 12 zd. 2 projektu k.k.: jeżeli przedmiotem zamachu jest dobro ściśle osobiste warunkiem uznania wielości zachowań za jeden czyn zabroniony, jest tożsamość pokrzywdzonego²². Tutaj rzeczywiście projekt k.k. przyjmuje pogląd szeroko przyjmowany w literaturze i orzecznictwie²³. Mam jednak wątpliwości czy ten tak ogólnie i bez żadnych zastrzeżeń sformułowany wymóg jest trafny.

Dobra ściśle osobiste są bowiem różne i ich ranga prawna, rzecz prosta, nie jest taka sama. Wchodzą tu bowiem w grę obok życia, zdrowia, (tutaj możliwe są różne stopnie uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia), różnorakie sfery wolności człowieka, jego cześć, godność. Zarówno prawo karne materialne (kwestia rodzaju i wysokości sankcji karnych grożących za popełnienie określonego czynu zabronionego, kwestia karalności narażenia dobra na niebezpieczeństwo), jak i prawo karne procesowe (kwestia ścigania z urzędu, na wniosek lub z oskarżenia prywatnego) w bardzo zróżnicowany sposób podchodzą do ochrony dóbr osobistych i doprawdy trudno zrozumieć dlaczego w przypadku przestępstwa czy też zabronionego czynu ciągłego miałoby być inaczej²⁴. Przecież zupełnie inaczej trzeba będzie ocenić przypadek, gdy sprawca w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru zabija dwie lub więcej osób, a inaczej gdy przy spełnieniu tych warunków narusza tajemnicę korespondencji wielu osób. Jeżeli np. jakiś urzędnik pocztowy, do którego obowiązku należy sortowanie listów, otworzy i przeczyta w ciągu jednego dnia lub kilku dni łącznie 50 listów, to chyba nikomu nie przyjdzie do głowy oskarżenie go i skazanie za 50 pozostających w zbiegu realnym przestępstw naruszenia tajemnicy korespondencji prywatnej (art. 172 § 1 k.k.²⁵).

Można mieć wątpliwości, czy właściwy jest proponowany przez A. Zolla (za K. Schmollerem) test pozwalający na odróżnienie przypadków

czynu ciągłego od ciągu przestępstw: Czyn ciągły, a nie wielość czynów zabronionych zachodzi wtedy, gdy po popełnieniu pierwszego z czynów w znaczeniu naturalnym można było już przyjąć usiłowanie popełnienia całego czynu zabronionego²⁶. Nieporzydatność tego testu widoczna jest w klasycznym przykładzie popełnienia przestępstwa (czynu) ciągłego: urzędnik co jakiś czas przyjmuje łapówki. Czy jednorazowe przyjęcie łapówki (lub próba jej przyjęcia) stanowi już usiłowanie przyjęcia wszystkich późniejszych łapówek, które on faktycznie przyjął ?

W zakresie wymiaru kary sytuacja osoby skazanej za ciąg przestępstw (możliwość stosowania nadzwyczajnego obostrzenia kary - art. 90 projektu k.k.) jest wyraźnie korzystniejsza od sytuacji osoby skazanej za realny zbieg przestępstw (możliwość orzeczenia kary łącznej stanowiącej sumę kar jednostkowych - art. 85 projektu k.k.). Nasuwa się pytanie czy popełnienie identycznych przestępstw (np. kradzieży z włamaniem), w krótkich odstępach czasu, w podobny sposób - jest dostateczną racją wskazanego wyżej uprzywilejowania sprawcy serii przestępstw?.

Tak jak delikatna, złożona i usiana w liczne pułapki jest problematyka naturalnej jedności czynu, takie są też cechy problematyki czynu ciągłego. Granica pomiędzy odnośnymi instytucjami nie zawsze da się ustalić dostatecznie precyzyjnie. Trudno oczekiwać od ustawodawcy aby w obecnym stanie dyskusji w nauce mógł tak unormować instytucję przestępstwa ciągłego (w postaci czynu ciągłego lub ciągu przestępstw), że mogłoby to znaleźć szeroką akceptację w doktrynie i orzecznictwie.

W dyskusji na temat projektu k.k. słusznie m.in. wskazano, że podaje on za mało kryteriów różniących czyn ciągły od ciągu przestępstw i że kryteria te są przy tym mało precyzyjne. Zarzut to poważny, ponieważ konsekwencje przyjęcia czynu ciągłego lub ciągu przestępstw mają być zasadniczo odmienne zarówno na terenie prawa karnego materialnego, jak i prawa karnego procesowego.

Po latach zmagania z instytucją przestępstwa ciągłego szwajcarskie i niemieckie orzecznictwo wzięło rozwód z tą instytucją. Należy jeszcze poczekać czy w ich ślady pójdzie panująca w tych krajach nauka prawa karnego. Nie da się też wykluczyć, że tamtejsze orzecznictwo wypracuje jakiegoś typu *modus vivendi*, które pod nowym lub nawet starym szyldem pozwoli potraktować jako jedno przestępstwo przynajmniej w części to, co było dawniej objęte instytucją przestępstwa ciągłego. Z uwagą śledzić będziemy w Polsce dalsze wypowiedzi szwajcarskiej i niemieckiej doktryny i orzecznictwa na omawiany tutaj temat.

W Polsce, jak w starym niedobrym małżeństwie, doktryna i orzecznictwo, dalej męczą się z instytucją przestępstwa ciągłego. O rozwodzie

jednak nikt nie mówi, a nawet nie myśli. Życie bez przestępstwa ciągłego byłoby jeszcze bardziej kłopotliwe. Od wielu lat zgłaszane są natomiast w piśmiennictwie różne, mniej lub bardziej oryginalne propozycje unormowania problematyki przestępstwa ciągłego w przyszłym k.k. Odpowiednie propozycje znalazły się w tzw. urzędowym i społecznym projekcie k.k. z 1991 r.²⁷. Wszystkie dotychczasowe tego typu wnioski de lege ferenda nie oparły się jednak ognioi krytyki. W tym stanie rzeczy przyjęta przez projekt k.k. propozycja A. Zolla jest jak gdyby ucieczką do przodu z dotychczasowych problemów jakie ma z przestępstwem ciągłym nasza doktryna i orzecznictwo. Propozycja ta nie została jednak dotychczas wszechstronnie przedyskutowana w naszej doktrynie i w świetle powyższych uwag krytycznych nie może, jak się zdaje, liczyć na jej szerokie poparcie. Myślę, że to samo da się powiedzieć o praktyce wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych.

Wiemy jednak z historii nauki (historia nauki prawa karnego być może nie potwierdza tej reguły), że los pionierskich koncepcji i teorii często nie bywa łatwy. Nie ma proroków we własnym kraju ?? Dzisiejsze kolokwium niemiecko-polskie prawa karnego daje dobrą okazję aby prorocy zostali wysłuchani w sąsiednim kraju.

Przypisy:

1. Jeżeli czyn sprawcy zostałby popełniony po wejściu w życie art. 58a k.k. (por. art. 1 pkt 6 ustawy z 12 VII 1995 r. o zmianie kodeksu karnego, Dz.U. Nr 95, 1995, poz. 475) wówczas także ten przepis należałoby powołać w kumulatywnej kwalifikacji obok art. 58 k.k. Nie każde bowiem popełnienie przestępstwa w ciągłości łączy się z popełnieniem tego przestępstwa w zorganizowanej grupie lub w związku mającym na celu przestępstwo. I vice versa. Rzecz prosta fakultatywne nadzwyczajne obostrzenie kary przewidziane w art. 58 k.k. i art. 58a k.k. może nastąpić tylko jeden raz, na podstawie jednego z tych przepisów.

2. W piśmiennictwie uchwała ta spotkała się w przeważającej mierze z pozytywnym przyjęciem. Por. *E. Ruppert*: Der Tag danach: Praktische Auswirkungen des Beschlusses zur fortgesetzten Handlung. MDR nr 10, 1994, s. 973 i n.; *B.v. Heintschel - Heinegg*: Die Entbehrlichkeit des Fortsetzungszusammenhangs. J.A. nr 12, 1994, s. 586 i n.; *A. Zschochelt*: Die praktische Handhabung nach dem Beschluss des Grossen Senats für Strafsachen zur fortgesetzten Handlung; *F. Bittmann, D. Dreier*: Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität nach dem Ende der fortgesetzten Handlung. NStZ nr 3, 1995, s. 105 i n.; *G. Geisler*: Der Beschluss des Grossen Strafsenats zum Fortsetzungszusammenhang. Jura nr 2, 1995, s. 74 i n.; *E. Dreher, H. Tröndle*: Strafgesetzbuch München 1995, s. 333 i n. Wątpliwości zgłasza *G. Arzt*: Die fortgesetzte Handlung geht - die Probleme bleiben. J.Z., 1994, s. 1000 i n. Za poważnym ogra-

niczeniem stosowania instytucji przestępstwa ciągłego lub nawet zrezygnowaniem z niej wypowiedzieli się wcześniej w literaturze niemieckiej m.in. *G. Stratenwerth*: Strafrecht., Allgemeiner Teil. Koln 1971, s. 319; *E. Schmidhäuser*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Tübingen 1984, s. 444; *R. Schmitt*: Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht. ZStW, nr 1, 1963, s. 61; *E. Wahle*: Die sogenannte Handlungseinheit durch Klammerwirkung. GA 1968, s. 109; *H.H. Jescheck*: Lehrbuch des Strafrechts Berlin 1988, s. 648; *G. Jacobs*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Berlin 1983, s. 746 i n.; *E. Samson*, (w:) Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Neuwied 1987, uw. 33 i n. przed § 52; *H. Jung*: Zur Nachahmung empfohlen. Aufgabe der Rechtsfigur der fortgesetzten Handlung durch des Schweizer Bundesgericht. NJW nr 14, 1994, s. 916. Podobnie w literaturze szwajcarskiej *H. Schulz*: Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts. Erster Band Bern 1977, s. 120-121; *P. Noll*, *S. Trechsel*: Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Zürich 1990, s. 233; *G. Stratenwerth*: Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Straftat. Bern 1982, s. 431 i n. Również w literaturze austriackiej (*Kadecka*, *Wegscheider*, *Pallin*) podnoszone są głosy za rezygnacją z konstrukcji przestępstwa ciągłego. Por. *K. Schmoller*: Zur aktuellen Diskussion um das fortgesetzte Delikt. Österreichische Richterzeitung nr 10, 1989, s. 207. Zdaniem *K. Schmollera* (s. 208-209) w wypowiedziach tych chodzi w gruncie rzeczy nie o zniesienie instytucji przestępstwa ciągłego lecz o bardzo restryktywne jej ujmowanie pod innym szyldem, mianowicie jako „natürliche oder tatbestandliche Handlungseinheit”.

3. Por. np. wyroki z dn. 27.4.1990 i z dn. 8.3.1991. NSZ nr 7, 1993, s. 331. Orzeczenie to aprobuje *N. Schmid*: Das fortgesetzte Delikt am Ende? Recht nr 4, 1991, s. 134 i n.; *G. Ney*: Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung des Kassationshofes des Bundesgerichts. ZStR nr 2, 1994, s. 186 i n. *Ph. Graven*: L'infraction pénale punissable. Bern 1993, s. 330 i n.

4. Por. np. *K. Buchała*: Prawo karne materialne. Warszawa 1989, s. 428.

5. Por. np. *W. Świda*: Prawo karne. Warszawa 1978, s. 208; *K. Mioduski*, (w:) *J. Bafia*, *K. Mioduski*, *M. Siewierski*: Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1987, s. 228 i n.; *I. Andrejew*: Polskie prawo karne w zarysie. Warszawa 1989, s. 248; *K. Buchała*: op.cit., s. 428; *M. Cieślak*: Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia. Warszawa 1994, s. 400; *L. Gardocki*: Prawo karne. Warszawa 1994, s. 137. Za koncepcją jednoczynową przestępstwa ciągłego wypowiedzieli się jednak *A. Spotoński* (Przestępstwo ciągłe czy ciąg przestępstw?, PiP nr 10, 1980, s. 74-76) i *A. Wąsek* (Czyn ciągły a przestępstwo ciągłe, Palestra nr 10-12, 1981, s. 49 i n.). Zapewne nie ma idealnych rozwiązań w zakresie problematyki przestępstwa ciągłego. Inaczej nie byłoby ona tak sporna. Nie są jednak zasadne niektóre zarzuty (brak tu miejsca na analizowanie ich wszystkich) jakie pod adresem jednoczynowej koncepcji przestępstwa ciągłego podniosła *T. Dukiet-Nagórska* (Wieloczynowe przestępstwo ciągłe. Ciąg przestępstw czy czyn ciągły? NP nr 1, 1989, s. 102 i n.), a ostatnio powtórzył *A. Zoll* (Problemy tzw. przestępstwa ciągłego w propozycjach projektu kodeksu karnego. Przegląd Sądowy nr 3, 1994, s. 54). Zdaniem *T. Dukiet - Nagórskiej* konsekwentne stosowanie reguły zawartej w art. 4 § 1 k.k. dotyczącej określenia czasu popełnienia przestępstwa do jednoczynowej koncepcji przestępstwa ciągłego, pro-

wadzi do rozwiązań absurdalnych, sprzecznych z zasadą nullum crimen sine lege. Autorka ta pisze: Przykładem tego rodzaju sytuacji jest wypadek, gdy sprawca wielokrotnie popełnił pewien czyn, który został zakazany w chwili zaawansowania jego działania, lecz mimo to nadal działalność kontynuował. Wówczas przyjąć musimy, że przestępstwo ciągle zostało popełnione z chwilą ostatniego działania, a więc wówczas, gdy istniał zakaz danego rodzaju zachowania. Pwoduje to, że sprawca pociągnięty zostanie do odpowiedzialności za całokształt swego postępowania, w tym także za działania podjęte w okresie, gdy nie były one zakazane (*op. cit.*, s. 102-103). Rzecz prosta takiego wniosku nikt nie może wyciągnąć, kto pamięta o wynikającym z art. 2 § 1 k.k. (obecnie też z art. 1 Konstytucji) zakazie retraktywnego działania na niekorzyść sprawy ustawy karnej (kryminalizacja retroaktywna). Por. też *L. Gardocki*: W sprawie definicji przestępstwa ciągłego i kwestii czasu jego popełnienia. PiP nr 11, 1989, s. 126; *A. Wąsek*: recenzja książki T. Dukiet - Nagórskie: Tak zwane przestępstwo zbiorowe w polskim prawie karnym. RPEiS nr 1, 1989, s. 328. Według Autorki konsekwencją przyjęcia jednoczynowej koncepcji przestępstwa ciągłego miałyby być też to, że sprawca, który w okresie próby rozpoczął popełnianie przestępstwa ciągłego, następnie kontynuował je po zakończeniu okresu próby, nie popełnił przestępstwa w okresie probacji. Oznacza to, że nie mogą powstać skutki prawne, jakie ustawa wiąże z popełnieniem przestępstwa w okresie próby (s. 103). Wniosek taki wcale nie jest taki oczywisty, jeśli nie traci się z oczu rozróżnienia pojęć: dokonanie (dokonywanie), zakończenie i popełnienie przestępstwa ciągłego. To ostatnie jest pojęciem najszerszym. Jeżeli sprawca w okresie próby dokona (lub usiłuje dokonać) określony czyn przestępny, to niezależnie od tego, czy czyn ten stanowi (lub nie stanowi) część większej całości (przestępstwa ciągłego, trwałego, o zbiorowo oznaczonym czynie) należy przyjąć, że w tym okresie popełnił to przestępstwo. Por. też postanowienie SN z 16 V 1979 r. z głosem *A. Tobisa* - NP nr 5, 1980, s. 157 i n.; *L. Gardocki*: W sprawie..., s. 127. Mankamenty jednoczynowej koncepcji przestępstwa ciągłego na terenie współdziałania przestępnego (kwestia np. współsprawstwa sukcesywnego przy przestępstwie z art. 201 k.k.), polegać zaś mają zdaniem Autorki (s. 103-104) na tym, że współdziałający miałby odpowiadać za całość przestępstwa ciągłego mimo, że jego współdziałanie ograniczyło się do jego nawet małego fragmentu. Obawy te nie są jednak uzasadnione jeśli uwzględnisz obowiązywanie zasady indywidualizacji odpowiedzialności karnej (art. 19 § 1 k.k., lepiej ujętej w art. 20 projektu k.k.), jak też stale pamięta się o potrzebie rozsądnej interpretacji przepisów ustawy karnej (wykładnia teleologiczna).

6. Oprócz literatury powołanej w przypisie 5 por. też np. *A. Zębik*: Czyn a przestępstwo ciągłe, Łódź 1971, s. 62 i n.; *A. Kaftal*: Przestępstwo ciągłe w polskim prawie karnym. Warszawa 1985, s. 77 i n.; *H. Rajzman*: Przestępstwo ciągłe w bieżącym orzecznictwie Sądu Najwyższego, PiP nr 2, 1960, s. 296 i n.; *J. Dankowski, Z. Kubec*: Przestępstwo ciągłe. Wstępna próba rozwiązania tożsamości czynu. PiP nr 1, 1966, s. 67 i n.; *M. Kurban-Galijew*: Przestępstwo ciągłe. Problemy Praworządności nr 7-8, 1978, s. 25 i n.; *Wł. Komorniczak*: Kontrowersje wokół przestępstwa ciągłego. Gazeta Prawnicza nr 11, 1980, s. 3; *W. Sieracki*: Przyczynek do problematyki przestępstwa ciągłego. WPP nr 2, 1981, s. 179 i n.; *M. Kurban-Galijew*: W sprawie zakresu in-

stytucji przestępstwa ciągłego. Problemy Praworządności nr 4, 1981, s. 28 i n.; S. Baniak: W sprawie kontrowersji wokół przestępstwa ciągłego. Problemy Praworządności nr 10, 1981, s. 19 i n.; tenże: Ciąg wykroczeń a przestępstwo ciągłe, Problemy Praworządności nr 10, 1983, s. 10 i n.; tenże: Wieloczynowe przestępstwo ciągłe de lege lata i de lege ferenda. NP nr 11-12, 1983, s. 97 i n.; A. Marek: Prawo karne. Część ogólna. Warszawa 1992, s. 214-215; T. Bojarski: Przestępstwo ciągłe. PiP nr 3, 1985, s. 29 i n.; K. Buchała, A. Zoll: Polskie prawo karne. Warszawa 1995, s. 341-344.

7. Dziesięciokrotnie więcej po wejściu w życie art. 3 ust. 2 ustawy z 12 VII 1995 r. (Dz.U. Nr 95, 1995, poz. 475).

8. Por. I. Andrejew: op.cit., s. 251; K. Buchała: Prawo karne, s. 430; por. też wyrok SN z dn. 8 VII 1977 r., OSN Prok.Gen. nr 11, 1977, poz. 100.

9. Por. T. Dukiet-Nagórska: Tak zwane przestępstwo zbiorowe w polskim prawie karnym. Katowice 1987, s. 111.

10. Krytycznie rozważa te kwestie L. Gardocki: W sprawie..., s. 126-127.

11. Por. W. Wolter: Głos w dyskusji w sprawie przestępstwa ciągłego. PiP nr 2, 1979, s. 111-112; tenże: Problem struktury tzw. przestępstwa ciągłego. PiP nr 1-2, 1982, s. 21 i n.; tenże: Ponownie o tzw. przestępstwie ciągłym. PiP nr 4, 1984, s. 92 i n. Zob. też F. Nowakowski: Fortgesetztes Verbrechen und gleichartige Verbrechensmenge. Bonn 1950, s. 51 i n. Krytycznie wobec powyższej koncepcji W. Woltera ustosunkowali się A. Spotowski (W sprawie konstrukcji przestępstwa ciągłego. PiP nr 1, 1979, s. 116 i n.; Przestępstwo ciągłe czy ciąg przestępstw. PiP nr 10, 1980, s. 69 i n.), T. Dukiet - Nagórska (Wieloczynowe ..., s. 97 i n.) i A. Kaftal: op. cit., s. 61.

12. Por. A. Zoll: Propozycje regulacji odpowiedzialności karnej w przypadku tzw. przestępstwa ciągłego. PiP nr 6, 1989, s. 97 i n.; tenże: Problemy ..., s. 49 i n.

13. Por. A. Kaftal: op.cit., s. 172 i n.; M. Cieślak, Z. Doda: Przegląd orzecznictwa SN. Biblioteka Palestry 1975, s. 6-7; M. Tarnawski, A. Wierciński: glosa do wyroku SN z 10 IV 1974 r., OSPiKA nr 7-8, 1975, s. 367 i n.; A. Murzynowski: glosa do uchwały składu 7 sędziów SN z dn. 26 IX 1979 r., NP nr 7-8, 1990, s. 259 i n.; M. Cieślak, Z. Doda: Kierunki orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego (lata 1984 - 1985). Warszawa 1987, s. 22 i n.

14. Por. A. Zoll: Problemy ..., s. 49 i n.

15. Por. K. Buchała, (w:) K. Buchała i inni, Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 1994, s. 342.

16. Por. M. Cieślak, Polskie prawo karne..., s. 397, 407.

17. Por. J. Waszczyński: W sprawie ciągłości przestępstw w Projekcie kodeksu karnego, PiP nr 9, 1991, s. 74-77.

18. Por. T. Dukiet-Nagórska: Koncepcja ciągu przestępstw na gruncie obowiązującego stanu prawnego i projektu kodeksu karnego, (w:) Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora K. Buchały, Kraków 1994, s. 35 i n.

19. Por. A. Marek: op. cit., s. 216-217; T. Bojarski: op. cit., s. 29 i n.; L. Gardocki : W sprawie..., s. 125, tenże: Łamigłówki ustawodawcze. Palestra nr 5-6, 1993, s.

44-46; Konsultujący projekt k.k. sędziowie i prokuratorzy uznali unormowanie czynu ciągłego w art. 12 jako niefortunne, mogące rodzić trudności w praktycznym jego stosowaniu. Krytycznie też ocenili jako nieprecyzyjną konstrukcję ciągu przestępstw w art. 90 § 1 projektu k.k. Z ocenami tymi polemizują *P. Kurdas* i *M. Rodzyńkiewicz*: Projekt kodeksu karnego w świetle opinii sądów i prokuratur, WPP nr 2, 1995, s. 50-51.

20. *A. Zoll* (Problemy..., s. 59-60) odrzuca krytykę *J. Waszczyńskiego* uważając, jak się zdaje, że polega ona głównie na nieporozumieniu.

21. Por. *H. Rajzman*: op. cit., s. 302-309; *M. Kurban-Galijew*: op. cit., s. 25 i n.; *S. Baniak*: Wieloczynowe..., s. 101; *K. Mioduski*: op. cit., s. 230; *K. Buchała*: Komentarz..., s. 344.

22. *M. Cieślak* (op. cit., s. 407) zwraca uwagę, że brak takiego wymogu przy określeniu ciągu przestępstw w art. 90 projektu k.k.

23. *I. Andrejew*: op. cit., s. 250; *K. Buchała*: Komentarz, s. 346; *L. Gardocki*: Prawo karne..., s. 137-138; *W. Sieracki*: op. cit., s. 186; *T. Bojarski*: op. cit., s. 43. Por. też wyrok SN z dn. 20 IX 1977, OSN nr 1, 1979, poz. 9. Odmienne jednak *A. Kaftal*: op. cit., s. 133 i n. Również panująca nauka i orzecznictwo w Niemczech przyjmowały w okresie gdy w pełni funkcjonowała tam instytucja przestępstwa ciągłego, że warunkiem jej przyjęcia jest identyczność pokrzywdzonego, gdy poszczególne czyny skierowane były przeciwko dobrom ściśle osobistym. Por. np. *H.H. Jescheck*: op. cit., s. 648; *H. Jung*: Die fortgesetzte Handlung. JuS nr 4, 1989, s. 290-291; *W. Stree*, (w:) *A. Schönke, H. Schröder i in.*: Strafgesetzbuch Kommentar. München 1991, s. 683-684; *K. Geppert*: Die fortgesetzte Tat im Spiegel jungerer Rechtsprechung und neuerer Literatur. Jura nr 12, 1993, s. 651-652. Przeciwny pogląd reprezentowali natomiast *G. Stratenwerth*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat. Köln 1971, s. 316; *E. Samson*: op. cit., uw. 36 przed § 52 i *G. Jacobs*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Berlin 1983, s. 747.

24. Trudno zatem zgodzić się z *I. Andrejewem* (op. cit., s. 250), że przesłanka tożsamości pokrzywdzonego przy zamachach na dobro ściśle osobiste wnosi pewien akcent humanistyczny do zagadnienia ciągłości, ponadto jest użyteczna z punktu widzenia procesowego.

25. Trafna jest w tym względzie dyrektywa *A. Spotowskiego* (Przestępstwo ciągłe..., s. 76): im większej wartości jest naruszone dobro prawne, tym mniejsza jest możliwość łącznego ujmowania jego wielokrotnego naruszania.

26. *A. Zoll*: Problemy..., s. 58.

27. Por. *A. Kaftal*: op. cit., s. 222.

AKTUALNE PROBLEMY PRZESTĘPCZOŚCI GOSPODARCZEJ W NIEMCZECH

1. Pojęcie przestępstwa gospodarczego

Przestępczość zorganizowana i jej zwalczanie, jak już wszyscy wiemy, jest z jednym z bardziej drażliwych tematów współczesności¹. Mocne pragnienie sukcesu ekonomicznego i stopniowe odstępowanie od etyczno-społecznych zasad doprowadziły w Niemczech (ale nie tylko tutaj) do większej gotowości popełniania przestępstw. Sprawcy rekrutują się z reguły ze średnich i wyższych warstw społecznych. Posiadają dobre wykształcenie i pracują najczęściej w zawodach kupieckich. Dlatego są w stanie popełniać przestępstwa z fantazją i chytrą oraz je następnie zaołować. W konsekwencji zarówno zapobieganie jak i wyjaśnianie przestępstw gospodarczych należy do najtrudniejszych zadań praktyki prawa karnego.

Do tych najtrudniejszych zadań teorii prawa karnego należy także dokładne określenie tego, czym jest prawo karne gospodarcze. Dotychczasowe próby określenia tego przedmiotu doprowadziły li tylko do długotrwałych i bezowocnych dyskusji. Naprzeciwko siebie stoją zwolennicy definicji systemowej i definicji szkodliwości, tzn. definicji odpowiadającej rozmiarowi wyrządzonej szkody. Zwolennicy *definicji systemowej* charakteryzują zachowanie szkodliwe gospodarczo, jako naruszenie lub zagrożenie „gospodarki społecznej w ogóle lub jej pojedynczych konstytutywnych zasad czy elementów”².

Zwolennicy *definicji szkodliwości* stawiają alternatywnie na „naruszenie ponadindywidualnych (społecznych), prawnych dóbr życia gospodarczego”³ lub na związek z przedsiębiorstwem⁴, albo też na „gospodarczo szkodliwe zachowanie”⁵

Osobiście mogę zająć tylko krótkie stanowisko co do różnych przedstawionych tu poglądów.

Przeciwko *systemowej definicji* przemawia to, że „konstytutywne zasady lub elementy” gospodarki nie są naruszone lub tylko zagrożone przez jeden czyn; ich naruszenie lub zagrożenie wynika z masowości tych czynów. Zagrożenie wynikające z masowego popełnienia tego deliktu nie jest jednak ani koniecznym ani wystarczającym warunkiem prawnokarnej

ochrony gospodarczej (np. z jednej strony fałszowanie pieniędzy, a z drugiej rujnująca obniżka cen).

W stosunku do *definicji nawiązującej do szkody* należy różnicować:

- ponadindywidualne dobro prawne z zakresu gospodarczego życia mogą być zagrożone przez indywidualne czyny karalne lub mogą podlegać abstrakcyjnemu zagrożeniu: konkretnym celem ataku czynu bezprawnego w ramach ekonomii pozostaje zawsze indywidualne dobro prawne. Kiedy naruszenie lub zagrożenie prowadzi dodatkowo do zagrożenia dla jakiegoś ponadindywidualnego dobra można tylko niedokładnie określić i jest w szczególności nie tylko zależne od tego pojedynczego czynu, którego charakter jako deliktu gospodarczego stoi pod znakiem zapytania. (Przykłady: ponadindywidualne dobro prawne zabezpieczenia kredytu nie jest już zagrożone przez jeden wyłudzony kredyt; dzieje się tak dopiero wtedy kiedy liczba takich kredytów wzrasta i dochodzi do załamania w funkcjonowaniu systemu kredytowego z takim skutkiem, że istotne faktory udzielania kredytów muszą być zmienione).

- niedokładny jest również pogląd, który wymaga dla deliktów gospodarczych związku z przedsiębiorstwem. Tego rodzaju związek można znaleźć z jednej strony, także przy fałszowaniu dokumentów lub zranieniu ciała pracowników zakładu, jednak bez nadania im charakteru przestępstw gospodarczych; z drugiej strony, związek o takim charakterze nie występuje przy fałszowaniu pieniędzy lub oszustwie podatkowym, mimo że oba te delikty, i to bezsprzecznie, zaliczane są do przestępstw gospodarczych.

- Zatem pozostaje tylko jako najpewniejsza definicja, aczkolwiek łątwo wprowadzająca w błąd ta, która odwołuje się do *gospodarczej szkody*. Jest ona wszakże zbyt mało klarowna, ponieważ nie definiuje sedna pojęcia gospodarki⁶; łątwo prowadzi też do nieporozumień, ponieważ główny kierunek ochrony prawa karnego gospodarczego nakierowuje jednostronnie na ochronę funkcjonowania gospodarki, w rzeczywistości jednak ma na myśli szkody, które wynikają z prowadzenia działalności gospodarczej, jak np. delikty ochrony środowiska i nadużycia w zakresie ochrony użytkowników. Jednak można być jej zwolennikiem, ponieważ zdrowa ekonomia może się tylko rozwijać, jeśli nie niszczy własnych podstaw - a te występują tylko w przypadku nieuszkodzonego środowiska i nienaruszonego zaufania użytkowników. Jej niepraktycznie za szeroki zakres musi odebrać tej definicji, z jednej strony - materialno-prawne, a z drugiej - dodatkowe warunki procesowe⁷.

Spór o znaczenia pojęciowe prawa karnego gospodarczego jest nie tylko natury teoretycznej. Jest on także determinowany *różnymi konce-*

pcjami kryminalno-politycznymi. Zgodnie wychodzą one z założenia, że w prawie karnym w ogóle ochrona dóbr prawnych i inicjatywa ofiary w przestępczości idą normalnie w parze, lecz nie dotyczy to przestępstw gospodarczych⁸. W prawie karnym gospodarczym mamy do czynienia z deficytem kontroli. Ten deficyt kontroli przedstawiciele definicji systemowej chcą pokonać przez „upaństwowienie” wszystkich szkód: ponieważ zgodnie z ich poglądem przestępstwa gospodarcze naruszają struktury państwowego porządku gospodarczego, państwo powinno obserwować naruszenia, odkrywać je i zwalczać. Ta koncepcja rozbija się jednak o wolnościową koncepcję niemieckiego ustroju gospodarczego, która ogranicza rolę państwa do urzędu kontrolnego: państwo ma czuwać, ażeby dzięki wolności działalności gospodarczej nie dochodziło do spowodowania szkody innym (a nie państwu)⁹. Ponadto koncepcja ta nie prowadzi jednak do spodziewanych efektów w zakresie intensywności ścigania. Włączenie państwa do prawa karnego gospodarczego jako poszkodowanego prowadzi raczej do niejasno formułowanych przepisów karnych i do zbyt wielkiego zakresu swobodnej oceny organów ścigania. Te z kolei nie muszą teraz bronić bardziej swoich decyzji szczególnie w stosunku do indywidualnie poszkodowanych, lecz tylko wobec swoich przełożonych - a od tych wolno im, w obliczu trudności odnośnie udowodnienia karalnego zachowania, oczekiwać wszelkiej wyrozumiałości.

2. Nowe tendencje rozwojowe prawa karnego gospodarczego w RFN

Przepisy prawa karnego gospodarczego znajdujemy w Niemczech przede wszystkim w ustawach dodatkowych¹⁰. Ażeby zapobiec wrażeniu drugorzędności, niemiecki ustawodawca powiększył ostatnio znacznie ilość przepisów w kodeksie karnym. Wymienić należy przede wszystkim obie ustawy o zwalczaniu przestępczości gospodarczej (1./2. WiKG) z 1.9.1976 r. i z 15.5.1986 r., następnie ustawę do zwalczania nielegalnego handlu środkami odurzającymi i innych form zorganizowanej przestępczości (OrgKG) z 15.7.1992 r.

Aktywność ustawodawcy pozwala przypuszczać, że dojdzie również do aktywniejszego ścigania i osądzania sprawców przestępstw gospodarczych. Tymczasem tylko w części można potwierdzić to przypuszczenie.

Z przestępstw pierwszej ustawy o zwalczaniu przestępczości gospodarczej (1. WiKG) na znaczeniu zyskały przede wszystkim *delikty upadłościowe*. Dziś wychodzi się z założenia, że około 80 % wszystkich niepłatności ma podłoże kryminalne¹¹ i dlatego uważa się, że z liczbą niewypłacalności rośnie równolegle liczba deliktów upadłościowych. Mimo to

z 17.482 wniosków upadłościowych w 1993 r. tylko 579 stało się przedmiotem rozpraw sądowych a 390 zakończono wyrokami. Procent skazań nie wyniósł nawet 3 %. Jeśli się ponadto uwzględni fakt, że zaledwie w 45 przypadkach orzeczono karę pozbawienia wolności, której wykonanie tylko w 7 przypadkach nie zostało warunkowo zawieszone, to trudno tu mówić o prawdziwym ściganiu karnym¹².

Jednakże znaczenie deliktów upadłościowych jest ciągle większe niż *oszustwa subwencyjnego czy kredytowego* (§§ 264, 265b StGB). Zgodnie ze statystyką kryminalną w r. 1992 miało miejsce 289 skazań z powodu oszustwa subwencyjnego, ale tylko w 20 przypadkach orzeczono karę pozbawienia wolności, z czego w 17 przypadkach zawieszono jej wykonanie; zaledwie tylko w jednym przypadku skazany musiał odsiedzieć karę więzienia dłuższą niż dwa lata. Ponadto daje się zauważyć dużą liczbę niskich grzywn, które zasadniczo nie są notowane w rejestrze dobrego sprawowania (por. § 32 II nr 5 BZRG - ustawa o prowadzeniu centralnego i wychowawczego rejestru): tylko w 25 przypadkach orzeczono więcej niż 90 stawek dziennych w ramach tej kary¹³.

Liczba skazań za oszustwa kredytowe jest jeszcze mniejsza: wynosi 11 skazań na rok; tylko w jednym przypadku orzeczono karę pozbawienia wolności, której wykonanie jednak warunkowo zawieszono. Powodem tego zdaje się być trudne zastosowanie § 265b, na co ja już zwracałem uwagę tuż po wprowadzeniu tego przepisu¹⁴. Także ten przekształcony przez pierwszą ustawę o zwalczaniu przestępczości gospodarczej (1. WiKG) *przepis o lichwie* doprowadził tylko do skromnej liczby skazań i wobec tego nie wypełnił położonych w nim nadziei¹⁵.

Dru ga ustawa o zwalczaniu przestępczości gospodarczej (2. WiKG) - oprócz deliktów komputerowych, które z wielkim trudem dają się zaliczyć do przestępstw gospodarczych - dołączyła do kodeksu karnego oszustwo związane z lokatą kapitału, nadużycie karty czekowej i kredytowej oraz niewypłacenie i sprzeniewierzenie wynagrodzenia za pracę. Z tych wszystkich przepisów właśnie *oszustwo związane z lokatą kapitału* (§ 264a StGB) okazało się, ze względu na trudności w operowaniu tym przepisem, prawdziwym ustawodawczym niewypałem: jeśli nie można oszustowi lokaty kapitału udowodnić popełnienia zwyczajnego oszustwa (§ 263 StGB), nie musi się on również obawiać ścigania według § 264a. W 1993 osądzono tylko 4 osoby, a 3 z nich obłożono karami pieniężnymi w wysokości ponad 30 stawek dziennych¹⁶. W tym samym okresie czasu częściej, bo 246 skazań, skazywano za *nadużycie kart czekowych i kredytowych* (§ 266b StGB), z tego w 79 wypadkach sprawców skazano na kary więzienia, z czego w 4 ich wymiar wyniósł ponad rok. Ten typ prze-

stępstwa znajduje się raczej na marginesie prawa karnego gospodarczego; w większości obejmuje on oszustwa związane z obrotem płatniczym mniej zamożnych sprawców. Większe praktyczne znaczenie w 1993 r. zdobyły również przestępstwa *niewypłacenia i sprzeniewierzenia wynagrodzenia za pracę* (§266a StGB)¹⁷: orzeczono 2.289 kar, w 25 z 333 przypadkach skazań nie orzeczono odroczenia wykonania kary¹⁸.

Dalszy punkt ciężkości w drugiej ustawie o zwalczaniu przestępczości gospodarczej (2. WiKG) stanowiła nowelizacja *ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (UWG): dołączono nowy § 6c, który zagroził karą progresywne pozyskiwanie klienteli (tzw. system lawinowy)¹⁹: zmieniono w szczególności przepis o zdradzie tajemnicy (§ 17). Pomimo tego prawnokarne znaczenie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pozostało znikome. Zaledwie 83 kary orzeczono na jej podstawie w 1993 r., z tego 10 kar pozbawienia wolności, a tylko w przypadku jednej nie zawieszono jej wykonania²⁰.

Również na znikomą efektywność cierpią dwie, traktowane z wielką uwagą, nowelizacje przepisów z niedalekiej przeszłości, a mianowicie: wprowadzony do kodeksu karnego i w międzyczasie trzykrotnie zmieniany przez ustawę o zwalczaniu przestępczości zorganizowanej (OrgKG) przepis o praniu pieniędzy oraz wprowadzony do ustawy o handlu papierami wartościowymi zakaz operacji handlowych dla insiderów.

Pranie pieniędzy (§ 261 StGB) dotychczas bardziej interesowało naukę niż sądy²¹. Kardynalnym problemem tej normy jest udowodnienie, czy „nabyty” przedmiot majątkowy „pochodzi” z jednego z wymienionych w ustawie czynów kryminalnych. Mimo że końcowe podsumowanie byłoby nie na miejscu²², należy się obawiać, że ten problem, mimo wielokrotnej zmiany ustawy, pozostanie nie rozwiązany. Także prawnokarnemu zakazowi *operacji handlowych insiderów* (§§14, 38 WpHG - ustawa o handlu papierami wartościowymi) w obecnym ujęciu nie wróży się wielkiego praktycznego znaczenia. W tym przypadku trudność polega na udowodnieniu, czy sprawca wiedział, że chodzi o fakty dotyczące sfery działania insidera. Jeśli nie zachowa się niezręcznie, trudno będzie mu udowodnić odpowiednią świadomość i jej wykorzystanie. Możliwe, że ustawodawca również i w tej sprawie - jak już w przypadku prania pieniędzy - będzie próbował rozwiązać problemy dowodowe przez inkryminowanie zachowań o znamionach lekkomyślności²³.

Wymienienie prania pieniędzy pokazuje, że do przestępczości gospodarczej należy także ta sfera „szarej gospodarki”, która w ostatnich czasach coraz bardziej się upowszechniła: działalność gospodarcza *przestępczości zorganizowanej*. Ten rodzaj działalności gospodarczej rozwija się

również w postaci oszustwa związanego z lokatą kapitału bądź subwencyjnego, ponadto także nielegalnych gier hazardowych, wyłudzenia pieniędzy za rzecką ochroną, handlu środkami odurzającymi, bronią, materiałami nuklearnymi, kradzionymi dziełami sztuki, chronionymi zwierzętami lub ludzkimi organami. Zwalczanie „normalnej” przestępczości gospodarczej jest już dostatecznie trudne, ale największy stopień trudności osiąga ta walka dopiero w zakresie zwalczania przestępczości zorganizowanej. Celem tej przestępczości jest systematyczne dezorganizowanie legalnej gospodarki: korumpuje ona więc jej funkcjonowanie; dostarcza zakazane towary, nielegalnie zdobytą broń; dlatego osiąga zyski, o których uczciwy kupiec może tylko marzyć. Dlatego Europejski Parlament potępił ją słusznie jako zagrożenie demokracji i jej podstaw²⁴.

Jak duży jest obrót kryminalnie zorganizowanej szarej strefy, nikt nie jest w stanie nawet w przybliżeniu solidnie wycenić. Z pewnością w samych tylko Niemczech idzie w miliardy²⁵.

Nielegalność tych obrotów zmusza ich uczestników do surowego milczenia²⁶. Członkowie różnych organizacji kontrolują się nawzajem; jeśli ktoś usiłuje wyłamać się z organizacji, albo jako zdrajca naraża egzystencję organizacji lub wolność jej członków, to nie tylko naraża własne życie, lecz także życie członków swojej rodziny. Niemiecki ustawodawca docenił powagę sytuacji. W 1992 ustawą o zwalczaniu zorganizowanej przestępczości (OrgKG) usiłował wyposażać organy ścigania karnego w konieczne materialno-prawne i procesowe środki i metody, ażeby zapobiec podobnemu rozwojowi jak we Włoszech, Japonii, Rosji i USA. Jednak już dwa lata później musiał on uchwalić nową ustawę o zwalczaniu przestępczości²⁷, ażeby jeszcze bardziej wzmocnić ochronę karną. Sam ten fakt wskazuje na ogromne trudności tego ustawodawczego przedsięwzięcia. Czy te nowe środki i metody zdadzą egzamin w praktyce i czy będą one odpowiadały wymogom konstytucyjnej kontroli, nie da się już teraz powiedzieć. Zastrzeżenia, co do ich efektywności, zgłosiła już policja, a co do zgodności z konstytucją, nauka²⁸. U sądownictwa można rozpoznać oznaki restrykcyjnej interpretacji zgodności przepisów z konstytucją²⁹. Istnieje niebezpieczeństwo, że przestępczość zorganizowaną nie da się skutecznie zwalczać przy pomocy legalnych środków i metod państwowej kontroli. Pomimo to nie powinno to zagrożenie skłaniać do zbyt pochopnego odstępowania od praworządnych osiągnięć bowiem „ten kto walczy z potworami, powinien dbać o to, by samemu nie stać się przy tej okazji potworem”³⁰.

3. Przestępczość przedsiębiorstw

Przestępczość zorganizowana jest formą przestępczości przedsiębiorstw. To samo można powiedzieć o jednej piątej wszystkich deliktów gospodarczych³¹ - popełniane są one pod płaszczykiem pojedynczej firmy lub towarzystwa prawa handlowego, głównie w postaci spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółek jawnych oraz komandytowych. Zagrożone są przede wszystkim banki i instytucje kredytowe, budownictwo i działalność maklerska, jak również transport i turystyka. Dlatego też zwalczanie przestępczości gospodarczej jest zarazem problemem walki z przestępczością przedsiębiorstw.

To, że niemieckie prawo karne - inaczej niż anglosaskie, skandynawskie i ostatnio francuskie³² - nie przewiduje *odpowiedzialności organizacji*, oznacza, że może kierować sankcje tylko przeciwko organom, przedstawicielom i pełnomocnikom przedsiębiorstw (§ 14 StGB). W konsekwencji sędzia jest zmuszony wymierzać wysokość kary pieniężnej stosownie do stosunków majątkowych tych osób, a nie według sytuacji majątkowej przedsiębiorstwa. Z tego jednak względu, że przedsiębiorstwo i tak z reguły wszystkie kary pieniężne za te osoby płaci³³, nie ma miejsca na charakterystyczną dla prawa karnego dolegliwość.

Nie zmienia tego również fakt, że obok tego istnieje możliwość nałożenia dodatkowych kar pieniężnych na osoby prawne i inne podmioty prawa handlowego (§ 30 OWiG - prawa o wykroczeniach)³⁴. To powoduje tylko, że przedsiębiorstwo odpowiada za cudzą winę według przepisów administracyjno-porządkowych, a nie zamiast tego prawnokarnie za własne działanie. A ponieważ te dwie formy - administracyjno-prawna odpowiedzialność za cudzą winę i prawnokarna wina bez własnej odpowiedzialności nie dają się pogodzić z prawnokarną sprawiedliwością, tak więc wprowadzenie kary przeciwko samemu przedsiębiorstwu pozostaje w niemieckim prawie tylko w sferze dezyderatów³⁵.

Przeciwko wprowadzeniu karalności przedsiębiorstw przytaczane są w Niemczech dwa argumenty. Pierwszy argument brzmi: każda kara wymaga w pierwszej kolejności popełnienia czynu karalnego; osoby prawne i związki osób nie mają zdolności do działania. Ten argument zawiera tzw. *petitio principii*: zdolność do działania zakłada tylko taka kara, która chce potępić *błędne zachowanie*. Ale czy kara nie chce ugodzić w niewłaściwe postępowanie? Z reguły tak. Jednak z założeń ogólnej dogmatyki wynika, że karze się również za bezprawny skutek: przestępstwo dokonane jest surowiej karane niż usiłowane i że w następstwie nieumyślnego działania wymierza się karę tylko wtedy, jeśli prowadzi ono do jakiegoś skutku będącego efektem naruszenia lub narażenia. Oprócz tego

nie ma żadnych przeszkód, ażeby karać także zaniechania i to nawet takie, u których jest ciężko odkryć sedno działania. Odpowiedzialność karłą w tych przypadkach uzasadnia się tym, że sprawca zaniechania nie podjął działania, które mógł był podjąć; w każdym zaniechaniu tkwi potencjalne działanie. Jednak zmniejsza się wymagania w stosunku do udowodnienia tego potencjalnego działania. W praktyce sądowej prawie nigdy nie przeprowadza się z należytą powagą tego dowodu - a jak inaczej to zrobić? Zamiast tego punkt ciężkości przesuwają się do sędziowskiego uznania. A ono koncentruje się najpierw i przede wszystkim na sytuacji społecznej, z powodu której spotyka sprawcę prawnokarna odpowiedzialność, a mianowicie nawiązuje do pozycji gwaranta.

Do stosunku gwaranta może odwołać się także teoria przypisania czynu osobom prawnym i związkom osób i to w podwójnym znaczeniu: osoby prawne i związki osób muszą odpowiadać z jednej strony za ich zgodny z prawem stan, tzn. odpowiadają za to, że ze względu na filozofię ich przedsiębiorstwa i ich organizację są gotowe i zdolne do wypełnienia wszystkich spoczywających na nich obowiązków prawnych. Jeśli w tym zakresie występują braki, to ich system jest błędny - jest „systemem bezprawnym” i w przypadku działań kryminalnych (np. produkcji broni) jego założyciele i członkowie odpowiadają osobiście (§ 129 StGB). Z drugiej strony, osoby prawne i związki osób odpowiadają za naruszenia prawa, które są rezultatem bezprawnego stanu rzeczy: te przypisuje się im, jak już wielokrotnie przyjmowano, nie z tego względu, że są czynami, lecz efektem stanu w jakim się znajdują. Jeśli spojrzymy teraz w drugą stronę, na osoby fizyczne, to ponownie odkryjemy wiele paralel: również i one odpowiadają zasadniczo za swoją gotowość i zdolności organizacyjne odnośnie wypełniania obowiązków prawnych; odpowiadają one również prawnokarnie, jeśli ze względu na ich braki charakterologiczne inni ponoszą szkody. Na pewno obok tego istnieją między nimi różnice: dla osób fizycznych braki charakteru oznaczają winę, a dla organizacji społecznych oznaczają bezprawność ich systemu. Pomijając tę różnicę, kara okazuje się być odpowiednim środkiem, ażeby braki charakteru czy też systemu naprawić, kara może wpłynąć zarówno na indywidualnego człowieka jak i na społeczny związek, zmuszając do realizowania tylko legalnych celów i organizowania się pod tym kątem widzenia. To, że ze względu na ułomności charakteru bądź systemu karze przybywa dodatkowa, prawnie uzasadniona, socjalizująca funkcja, któż chciałby to zanegować?

Taką samą funkcję ma także kara pieniężna. Dlatego pojawia się pytanie, czy to ma być faktycznie tylko kara lub czy wolno jej tylko taką

być, żeby spowodować resocjalizację związku. Pozostaliśmy więc najpierw przy koncepcji dotyczącej właściwości, czy jej „taką wolno być” i tym samym przy *drugim argumencie* przeciwko karaniu przedsiębiorstwa. Zarzuca się jej, że utworzone przez człowieka związki nie są tworem etycznym, tak jak stworzony przez Boga człowiek; one są fikcyjnymi tworami, i dlatego są niedostępne dla społeczno-etycznych ocen wyrażonych w postaci kary kryminalnej³⁶. Jednakże to zastrzeżenie nie jest przekonywujące. Przedsiębiorstwa gospodarcze są wszystkim innym tylko nie fikcją. Są społeczną rzeczywistością („realne związki osobowe”), współkształtują bowiem nasze życie i z jednej strony troszczą się o nasz materialny dobrobyt, a z drugiej zarazem jemu zagrażają. Ponadto mają etyczny charakter - jak nam to ciągle uzmysławia nasza partia zielonych. Są również w stanie, same od siebie, rozwinąć etykę gospodarczą; są w stanie zastosować tą etykę jako dyrektywę swojej filozofii i organizacji; w konsekwencji ponoszą społeczno-etyczną odpowiedzialność, jeśli od tej wytycznej odstępują. Ostatnio w sprawie grożącego zatopienia platformy wiertniczej ropy naftowej „Brent Spar” obarczono, dla przykładu, odpowiedzialnością i to na całym świecie samo przedsiębiorstwo SHELL - a nie tylko jego zarząd.

Społeczno-etyczna odpowiedzialność przedsiębiorstwa nie powinna stanowić tylko przyczyny kary kryminalnej, lecz powinna ponadto być powodem ukarania, jeśli błędna filozofia i braki organizacyjne doprowadziły do popełnienia zagrożonych karą czynów. Odnośnie szczegółów na temat charakteru tego *bezprawnego skutku* toczy się aktualnie spór o międzynarodowym zasięgu. Według prawa amerykańskiego można - zgodnie z doktryną *respodeat superior* - ukarać przedsiębiorstwo, jeśli ktoś z jego pracowników popełnił czyn karalny, a przedsiębiorstwo uzyskało z tego korzyść³⁷. Podobnie praktyka nakładania kar pieniężnych według prawa UE wymaga działania na korzyść przedsiębiorstwa - choćby nawet członka niższej rangi³⁸. We Francji, przeciwnie, art. 121-2 Code penal (obowiązujący od 1.3.1994) nawiązuje do karalnego działania organu lub przedstawiciela działającego na korzyść przedsiębiorstwa³⁹. Podstawy tych dwóch modeli wydają mi się nieprzekonywujące. Z jednej strony sięgają one za daleko: sam tylko fakt, że sprawca jest członkiem przedsiębiorstwa - niezależnie od pozycji, jaką w nim zajmuje, nie może uzasadniać jego karnej odpowiedzialności⁴⁰, a że czyn służył interesom przedsiębiorstwa, upoważnia organy ścigania tylko do odebrania przedsiębiorstwu nieuzasadnionych korzyści - zgodnie z niemieckim prawem, do ogłoszenia jego upadłości⁴¹. Z drugiej strony podstawa ta jest za wąska: mianowicie już czyn bezprawny, a nie dopiero zawiniony, który bazuje

na niewłaściwej filozofii i organizacji przedsiębiorstwa, czyni przedsiębiorstwo karnie odpowiedzialnym; jak i w pozostałej części prawa karnego, istnieje między czynem, a jego spowodowaniem lub popieraniem tylko tzw. „limitowana akcesoryjność” (por § 29 StGB)⁴².

Rodzaj odpowiedzialności karnej nie był jak dotąd w Niemczech dyskutowany. Moim zdaniem ma się ona orientować według znanych rodzajów kar, jednak należy uwzględnić specyfikę karania przedsiębiorstwa. Aby rozpocząć w kolejności: w wypadkach ekstremalnych, mianowicie kiedy cel przedsiębiorstwa został już w przestępczej działalności wyczerpany, należy zastosować w stosunku do niego „karę śmierci”, czyli jego całkowitą likwidację. Zastrzeżenia w związku z zasadami praworządności w tym wypadku nie istnieją; także zagraniczne systemy prawne, jak również niemieckie prawo zarządzania gospodarczego, przewidują sądowe rozwiązanie przedsiębiorstwa w razie jego sprzecznych z prawem działań⁴³. Odnośnie kary pozbawienia wolności można wymienić, jako odpowiednik - wypróbowaną już w anglo-amerykańskim prawie - sekwestrację⁴⁴ lub kuratelę nad przedsiębiorstwem⁴⁵. Wedługtej konstytucji odbiera się dotychczasowemu kierownictwu wolność działania i zastępuje je powiernikiem, który na pewien ściśle oznaczony czas kieruje przedsiębiorstwem, a szczególnie ma za zadanie zresocjalizować charakter tego przedsiębiorstwa. Oprócz tego należało by rozważyć czy takiemu przedsiębiorstwu nie odmawiać przyznania na jakiś czas publicznych zleceń czy też nie wykluczyć z pewnych transakcji lub obszarów działalności gospodarczej⁴⁶ oraz czy nie odebrać mu pewnych jego części⁴⁷. Najpopularniejszą jednak sankcją będzie z pewnością kara grzywny. W USA, które mają największe doświadczenie w nakładaniu sankcji na przedsiębiorstwa, wymierza się ją w ponad 80 % przypadków i w międzyczasie stała się dostatecznie wysoka, aby móc oddziaływać jak prawdziwa kara⁴⁸. Warunkowe zawieszenie kary grzywny jest prawu niemieckiemu nie znane; odnośnie przedsiębiorstw trzeba by - nawiązując do amerykańskiego *corporate probation*⁴⁹ - je rozważyć. Jeśli przedsiębiorstwo nie wypełni nałożonych na niego obowiązków, powinno się - obok lub w miejsce egzekucji pieniężnej - rozważyć możliwość powołania powiernika (sekwestora, kuratora).

Oprócz wyjaśnienia podstawowych pytań odnośnie bezpośredniej kryminalizacji przedsiębiorstw gospodarczych trzeba w dalszym ciągu zająć się problemem, jak poprawić gwarantowaną przez § 14 StGB i §§ 9, 30, 130 OWiG ochronę bezpośrednią. W tym zakresie ujawniły się w przeszłości braki, które tylko częściowo wynikały z zasadniczej koncepcji.

Sedno problemu *odpowiedzialności przedstawiciela* polega na tym, że dziś prawie wszystkie wielkie przedsiębiorstwa gospodarcze są podzielone na wiele poziomów kierowniczych i decydenckich. Jeżeli zadania są oddelegowane do niższych poziomów kierowniczych, to organ delegujący może być tylko wtedy w ogóle pociągnięty do odpowiedzialności za niewykonanie tych zgodnych z prawem zadań (§ 14 II StGB, § 9 II OWiG), jeśli sam działał bądź zarządził dokonanie czynu zabronionego lub o tym wiedział czy też mógł wiedzieć⁵⁰. Usytuowani na dole struktury przedsiębiorstwa z kolei odpowiadają prawnokarnie, jeśli „wyraźnie” im zlecono realizację tego zadania na własną odpowiedzialność. Cecha „wyraźnego” zlecenia okazała się trudną do udowodnienia i hamującą dochodzenie. Podczas obrad ustawodawczych często i moim zdaniem słusznie żądano zrezygnowania z tego określenia⁵¹.

Jeszcze wężiej ujęta jest *odpowiedzialność pieniężna przedsiębiorstwa* (§ 30 OWiG). Do niedawna, bo jeszcze przed kilkanaście laty, można było karę pieniężną wymierzyć przedsiębiorstwu w ogóle tylko jako karę dodatkową i to w związku z czynem upoważnionego do przedstawicielstwa organu lub współnika⁵². W drugiej ustawie o zwalczaniu przestępstw przeciwko ochronie środowiska naturalnego z 27.6 1994 r. ustawodawca poszerzył ten punkt zaczepienia: przedsiębiorstwo odpowiada również za czyny generalnego przedstawiciela i pełniącego kierownicze funkcje prokurenta oraz pełnomocnika handlowego (§ 30 I nr 4 OWiG). Ponadto można wymierzyć, od uchwalenia 2-giej ustawy o przestępstwach gospodarczych (2. WiKG), karę pieniężną przeciwko przedsiębiorstwu, między innymi także jako główną konsekwencję samodzielnego postępowania procesowego (§ 30 IV OWiG; patrz również § 444 StPO). To ostatnie rozszerzenie nie jest jednak do końca przemyślane; ponieważ ukaranie przedsiębiorstwa karą pieniężną jest w dalszym ciągu niemożliwe, jeśli doszło już do prawomocnego ukarania organu. Nie znajduje to uzasadnienia zarówno w płaszczyźnie ekonomii procesu jak również na gruncie konstytucyjnej zasady *ne bis in idem* (art. 103 III GG - Konstytucji Niemieckiej)⁵³. Trzeba stwierdzić, że de lege ferenda współzależność procesów przeciwko organom - z jednej strony i przedsiębiorstwu - z drugiej, nie powinna być węższa niż jak w postępowaniu przeciwko współoskarżonym i trzeba mieć zaufanie do tego, że organy ścigania już ze względu na własne interesy kierują się zasadą ekonomii procesowej, tzn. tylko z ważnych powodów prowadzą oddzielne postępowania.

Ściganie *naruszeń obowiązków kontroli* (§ 130 OWiG) było długi czas zależne od faktu, że naruszenie, którego „przy należytej kontroli można było uniknąć, nastąpiło. Jest oczywiste, że taki dowód zapobie-

żenia nie da się łatwo przeprowadzić. Z 2-gą ustawą o ochronie środowiska (2. UKG) ustawodawca rozluźnił rygory związku przyczynowego pomiędzy naruszeniem obowiązku kontroli a naruszeniem prawa. Obecnie wystarczy stwierdzenie, że naruszenie prawa „przy należytej kontroli byłoby znacznie utrudnione”⁵⁴.

Na koniec warto o tym wspomnieć, że współdziałanie dziś obowiązujących §§ 9, 30, 130 OWiG doprowadziło *praktycznie* do odpowiedzialności przedsiębiorstwa za systematyczne niedociągnięcia; jeśli działa jedna z kierujących przedsiębiorstwem osób w sposób naruszający przepisy prawa karnego lub przepisy o wykroczeniach, to odpowiedzialność ponosi przedsiębiorstwo z § 30 OWiG. Jeśli natomiast czyn karalny lub wykroczenie osoby nie piastującej kierowniczego stanowiska było ze względu na niedostateczną organizację przedsiębiorstwa tylko ułatwione, to odpowiada za to w pierwszej kolejności właściciel przedsiębiorstwa, ponieważ braki organizacyjne są regularnie efektem naruszenia obowiązku kontroli i dlatego typologicznie są objęte § 130 OWiG⁵⁵. Z tego względu, że obowiązek kontroli organizacji przedsiębiorstwa spoczywa nie tylko na właścicielu lecz i na innych, zgodnie z § 9 OWiG zrównanych z nim, osobach, odpowiedzialność za braki organizacyjne w przedsiębiorstwie ponosi ostatecznie całe kierownictwo. Za błędy kierownictwa odpowiada z kolei - według § 30 OWiG samo przedsiębiorstwo - przy czym zgodnie z nowym orzecnictwem nie ma wymogu ustalenia nawet tej konkretnie zobowiązanej do kontroli osoby, jeśli tylko jest pewne, że osoba ta należy do kręgu osób wymienionych w § 30 OWiG⁵⁶, toteż *quod erat demonstrandum*, przedsiębiorstwo samo odpowiada za swoje systematyczne niedociągnięcia.

4. Zakończenie

Przestępczość gospodarcza należy do najpoważniejszych patologicznych fenomenów współczesnego niemieckiego społeczeństwa. Jej osobliwość w odniesieniu do pozostałej przestępczości są kompleksowo ujęte typy przestępstw, odpowiadająca temu trudność i czas dochodzenia, stosunkowo mały krąg inteligentnych, dobrze wyposażonych i zorganizowanych sprawców jak również udział organizacji. Widoczną cechą jest jej międzynarodowość. Granice państwowe nie stanowią dla nich przeszkód w popełnianiu przestępstw, a raczej ochronę przed ściganiem⁵⁷.

Zorganizowana przestępczość działa w szczególności ponad granicami państwowymi. Wykorzystuje każdą próżnię władzy, ażeby życie społeczne przeniknąć przestępczymi strukturami; politycznie i militarnie niestabilne, kryzysowe obszary są szczególnie pożywną glebą dla ich roz-

woju. Ponadto korumpuje ona legalne struktury władzy, ażeby uczynić je pożytecznymi dla własnych celów. Przenika do legalnego obiegu gospodarczego, dzięki łapownictwu i szantażowi zdobywa dostęp do organów administracji nadzorczej i policji a następnie zagarnia zyski takich wielkości, które są nieosiągalne dla legalnie działających przedsiębiorstw.

W ostatnich jednak latach zwalczanie przestępczości gospodarczej osiągnęło *postęp*. Prawie powszechnie udało się uwrażliwić świadomość publiczną na fakt, że działalności nakierowanej na gospodarczą i zyskową maksymalizację postawione są społeczno-etyczne granice. Wprawdzie zarówno w narodowym jak i w międzynarodowym zakresie strach przed społeczną izolacją z powodu niemoralnego postępowania w dużym stopniu zaniknął; jednak wzrosła świadomość, że cały obszar gospodarki przeniknięty jest normami prawnymi, które częściowo boleśnie sankcjonują nieprzestrzeganie społecznych, fundamentalnych zasad. Postęp w zwalczaniu przestępczości gospodarczej doprowadził w szczególności do utworzenia specjalnych działów prokuratury i specjalnie wyszkolonych wydziałów sądowych, a także do zwiększonej wymiany doświadczeń i informacji pomiędzy organami ścigania.

Jednocześnie wyspecjalizowane ściganie przestępstw gospodarczych sprzyjało powstaniu swoistych postępowań i wzorców rozstrzygania, takich jak *plea-bargaining*, już na przedpolu postępowania głównego, jak i na gruncie samego postępowania głównego. Ponad 80 % wszystkich spraw karnych gospodarczych rozstrzyga się dziś w ten nieformalny sposób⁵⁸. Korzyści dla uczestników procesu są oczywiste: sąd i prokuratura mogą w ten sposób już w procesie efektywniej „załatwiać” trudne do udowodnienia przestępstwa gospodarcze, a sprawca, mimo że czyn popełnił, otrzymuje w nagrodę „rabat”. A ponieważ przeciwko tak „wy-handlowanemu” wyrokowi nie są przewidziane środki odwoławcze, „strony umowy” nie muszą więc obawiać się, że wyrok, ze względu na uchybienia procesowe, ulegnie uchyleniu przez sąd rewizyjny, zaś biorące udział w „dealu” strony sprawę tę będą musiały ponownie rozpatrywać, a nie wynegocjonować.

Ustawodawstwo cechują dotąd *niepowodzenia* w zakresie materialnego prawa karnego gospodarczego, zwłaszcza odnośnie jego zasadniczych obszarów. W dalszym ciągu istnieją poważne luki w karalności. Przykładem tutaj może być budownictwo: już od dawna wiadomo, że państwo przez niedopuszczalne machinacje przetargowe ponosi wielkie szkody, że liczne zezwolenia budowlane i zlecenia publiczne są zdobywane drogą korupcji i że sektor publiczny staje się otwartym dla każdego, kto chce się tylko wzbogacić kosztem społeczeństwa⁵⁹; mimo to ustawo-

dawca nie mógł się dotąd zdecydować na uchwalenie przepisu typizującego oszustwo w przetargu publicznym⁶⁰. Z drugiej strony nie udało się ustawodawcy sformułować jasno, dające się łatwo zastosować i ponadto konstytucyjnie niepodważalne typy nowych przestępstw. Może musi go do tego skłonić najpierw reforma przepisów dowodowych. Pomimo tego, że dziś nikt nie chce powrotu prawa karnego poszlakowego z poprzedniego okresu, nie może nie powieść się realizacja prawa karnego tylko ze względu na bariery, które mu klan przestępczy rzuca pod nogi. Dlatego moim zdaniem nie musi więcej stanowić tabu odwrócenie ciężaru dowodu, nie powinno stanowić tabu w odniesieniu do sytuacji, w których przestępcy świadomie i w sposób zorganizowany sami pracowali nad udaremnieniem przeprowadzenia dowodu.

Przypisy:

1. G. Kaiser, *Kriminologie*, 9 wyd. 1993 r., s. 481.
2. Tak *Bottke*, a) *Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland - Lösungen und Defizite*, w: *wistra* 1991 r., s. 1 (4); b) *Zur Legitimität des Wirtschaftsstrafrechts*, w: *Schünemann/Suarez Gonzales* (red.), *Bausteine eines europäischen Wirtschaftsstrafrechts* (Symposium w Madrycie), 1995 r., s. 109 (113 n.). Podobnie *U. Weber*, w: *Arzt/Weber*, *Strafrecht - Besonderer Teil*, LH 4, 2 wyd. 1989 r., nr 5: obiektem ochrony prawa karnego gospodarczego „w wąskim tego słowa znaczeniu” jest „cała gospodarka lub funkcjonalnie ważnych gałęzi gospodarki”.
3. *K. Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, t. I, 1976 r., s. 50 i n. Podobnie *H. Otto*, *Strafrechtsdogmatische Aspekte der Wirtschaftskriminalität*, w: *Eser/Kaiser* (red.), 5-te niemiecko-sowieckie kolokwium na temat prawa karnego i kryminologii, 1992 r., s. 183 (186).
4. Por. *K. Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht - Einführung und Übersicht* (Prawo karne gospodarcze - wprowadzenie i przegląd), w: *JuS* 1989 r., s. 689 (693).
5. Tak *E.-J. Lampe*, *Wirtschaftsstrafrecht* (Prawo karne gospodarcze), w: *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, t. 9, 1982 r., s. 310.
6. Mimo wszystko wydaje się jasne, że definicja ta używa nakierowanego na gospodarkę rynkową pojęcia i ma na myśli działania rynkowe w ramach gospodarki finansowej, gospodarki narodowej i ekonomii przedsiębiorstwa. Za uwzględniającym tę strukturę podziałem przestępstw gospodarczych na 1) delikty przeciw gospodarce finansowej, 2) delikty przeciw gospodarce narodowej i 3) delikty przeciw gospodarce przedsiębiorstwa, podobnie do mojej propozycji (przyp. 5, s. 311), wypowiedzieli się *W. Heinz*, a) *Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts* (Koncepcja i zasady prawa karnego gospodarczego), w: *ZStW* 96 (1984 r.), s. 417 (422); b) *System und Gliederung der Wirtschaftsstraftaten im deutschen Recht* (System i podział przestępstw gospodarczych w niemieckim prawie karnym), w: *Eser/Kaiser* (red.), 2-gie niemiecko-węgierskie kolokwium prawa karnego i kryminologii, 1955 r., s. 155 (170

n.); *G. Kaiser*, (przyp. 1), s. 486; *H. Otto* (przyp.3), s. 189 n.; *E. Schlüchter*, Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (Druga ustawa o zwalczaniu przestępczości gospodarczej), 1987 r., s. 6 n.

7. Usiłowania w tym kierunku to § 74c I nr 6 GVG (ustawa o ustroju sądownictwa) („jeśli do oceny zdarzenia wymagane są szczególne wiadomości o działalności gospodarczej”), jak również w policyjnych statystykach kryminalnych (klucz sumaryczny 8930: „delikty, które są popełniane w ramach faktycznej lub pozorowanej działalności gospodarczej i obok szkód wyrządzonych pojedynczym osobom odgrywają negatywny wpływ na życie gospodarcze w ogóle bądź mogą wyrządzić szkodę ogółowi i/lub ich wyjaśnienie wymaga szczególnej handlowej wiedzy”).

8. *G. Kaiser* (przyp. 1), s. 485.

9. Granicy pomiędzy korzystaniem z gospodarczej wolności, a jej nadużywaniem nie da się dokładnie przeprowadzić, ponadto jest ona ciągle przesuwana przez konkurujące, międzynarodowe przedsiębiorstwa gospodarcze. Jako przykład można tu wymienić przekupywanie urzędników, którzy z jednej strony są za granicą wykorzystywani jako instrument zdobywania zleceń, celem utrzymania się na rynku, a z drugiej strony trzeba stwierdzić, że stoi to w sprzeczności do wewnętrznych wyobrażeń na temat właściwego postępowania, tak że kryminalizacja takich działań jest bez wątpienia uzasadniona (por. § 12 UWG - ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

10. Ich liczba jest szacowana przez ekspertów na ponad 200, por. *F.W. Berckhauer*, Bundesgesetze zur Bekämpfung der Wirtschaftsdeliquenz, w: *Der Kriminalist* 1976 r., s. 122 n., 170 n. *K. Tiedemann* (Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, w: Kühne/Miyazawa (wyd.), Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich 1995 r., s. 67) mówi nawet o prawie 1.000 odpowiednich ustaw w przepisach dodatkowych prawa karnego. Doskonały przegląd najważniejszych norm prawa karnego gospodarczego daje *W. Heinz* (przyp. 6b), s. 167-206.

11. *R. Müller/H.-B. Wabnitz*, Wirtschaftskriminalität, 3 wyd. 1993 r., s. 123. Sądy upadłościowe są zatem zobowiązane podać prokuraturze do wiadomości każdy przypadek bankructwa.

12. Są to dane uzyskane na telefoniczne zapytanie od Związkowego Urzędu Statystycznego (Landy Bundesrepublik bez Dolnej Saksonii). W 1994 r. zanotowano rekord niewypłacalności: 25.000 przypadków. Szkada ekonomiczna jest niesłychanie duża: na jeden przypadek niewypłacalności przypadało 1,5 mln. DM. W 2.000 wypadków wszczęto policyjne postępowanie dochodzeniowe (według telefonicznej informacji BKA (Bundeskriminalamt= Związkowy Urząd Kryminalny), z tego 1.363 z powodu bankructwa (§ 283 StGB).

13. Dane według StVSt 1992 r., s. 24 n., 72 n., 120 n., 154 n. W r. 1993 odpowiednie liczby były wyższe. Wynosiły one (według telefonicznej informacji Związkowego Urzędu Statystycznego) w landach Bundesrepublik bez Dolnej Saksonii: 325 skazań, z tego 32 to kary pozbawienia wolności, których wykonanie zawieszono.

14. *E.J. Lampe*, Der Kreditbetrug (oszustwo kredytowe) (§§ 263, 265b StGB), 1980 r., szczeg. s. 54 n.; dalej *F. Kießner*, Kreditbetrug - § 265b. Badanie odnośnie

wprowadzenia i zastosowania przepisu szczególnego o zwalczaniu oszukańczego wyłudzenia kredytów, 1985 r.

15. Na ten temat *M. Sickenberger*, *Wucher als Wirtschaftsstraftat: eine dogmatisch-empirische Untersuchung*, 1985 r. Znaczenie ma tylko lichwa mieszkaniowa: jej dotyczyło w r. 1992 (StVSta s. 50 i n.) 44 z 50 (1993 r.: 26 z 41) wszczętych postępowań; z 18 (1993 r.: 23) skazań przypało tylko jedno (1993 r.: 2) nie na tę alternatywę.

16. Należy zwrócić uwagę na fakt, że druga ustawa o zwalczaniu przestępczości gospodarczej (2. WiKG) daje sędziemu, w przypadku nakłaniania niedoświadczonych do spekulacji giełdowych, dodatkowy przepis karny do dyspozycji, § 89 ustawy o giełdach (BrsG), który prawdopodobnie zda egzamin. Przepis ten mówi wyjątkowo klarownie o niepoważnych operacjach bankowych odnośnie terminowych opcji towarowych, do zawierania których nakłaniano niemieckich inwestorów przede wszystkim w 70-tych i 80-tych latach. Niestety brak do dziś odpowiednich badań empirycznych.

17. Por. *B. Tag*, *Das Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen zur Social- und Arbeitslosenversicherung*, 1994 r. Niewypłacenie wynagrodzenia za pracę było już wcześniej karane, jednak typy ustawowe tych przestępstw były rozproszone w różnych ustawach (§§ 529, 1428 RVO (ustawa Rzeszy o ubezpieczeniach), 225 AFG (ustawa o ochronie pracy), 150 AVG (ustawa o ubezpieczeniach urzędników), 234 RKnappschaftsG (ustawa Rzeszy o rentach górniczych)). Nowy jest natomiast przepis o karalności za sprzeniewierzenie wynagrodzenia za pracę (§ 266a II), którego nie obejmował ogólny przepis o nielojalności (§ 266 StGB).

18. Dane uzyskane również telefonicznie od Związkowego Urzędu Statystycznego.

19. Por. *E.-J. Lampe*, „Strafrechtliche Probleme der progressiven Kundewerbung”, w: *GA (Goldammer's Archiv für Strafrecht)* 1977 r., s. 33 (42 i n.)

20. To znikome prawnokarne znaczenie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (UWG) polega nie tylko na niedostatecznym sformułowaniu „centralnej normy”, § 4, od strony prawnokarnej materialnej, lecz także - i to przede wszystkim - na możliwościach procesowych ze względu na odesłanie poszkodowanego do dochodzenia swoich praw w drodze naszpikowanej pułapkami skargi prywatnej (§ 374 I nr 4 StPO). Z reguły poszkodowany nie wybierze tej drogi, ponieważ prawo cywilne daje mu do dyspozycji w postaci zarządzenia tymczasowego (§§ 935 n. ZPO - kpK, § 25 UWG - ust. o zwalcz. nieucz. konk.) szybko działający i przez to w zupełności skuteczny instrument, aby zapobiegać nielegalnej konkurencji; w związku z tym nie jest zainteresowany wykraczającemu poza te ramy ściganiem prawnokarnym. Ustawodawca rozpoznał wprawdzie konieczność od dawna sygnalizowanej reformy § 4 (por. *H. Fuhrmann*, w: *Erbs/Kohlhaas*, *Strafrechtliche Nebengesetze*, przed § 1 UWG uwaga 2 z dalszymi dowodami), jednak ze względu na opór kręgów gospodarczych dotąd nie zrealizował. Stało się niedobrze, ponieważ nowelizacja § 4, która mogłaby odgraniczyć wyraźnie wprowadzającą w błąd reklamę, jako delikt przeciwko wolności dyspozycji klienta, od oszustwa jako przestępstwa przeciwko majątkowi i przez to zapobiec wątpliwemu poszerzeniu § 263 StGB (*E.J. Lampe*, *Strafrechtlicher Schutz gegen irreführende Werbung*, w: *FS Lange* (Księga pamiątkowa ku czci *Lange*), 1976 r., s. 455).

21. W 1993 r. zgodnie z informacją Związkowego Urzędu Statystycznego oskarżono 4 osoby z powodu prania pieniędzy, 3 z nich skazano na karę pieniężną (2: 5-15 stawek dziennych; 1: na 90 stawek dziennych). odpowiednich danych odnośnie lat 1994 i 1995 jeszcze nie udostępniono.

22. tak również *H. Guggenbühl*, *Geldwäsche*, w: *Kriminalistik* 1995, s. 217 (221) do art. 305^{bis}, ^{ter}schweiz StGB.

23. Por. *A. Ransiek*, *Zur prozessualen Durchsetzung des Insiderstrafrechts*, w: *DZWir* 1995 r., s. 53 (58).

24. Rezolucja odnośnie przestępczości w Europie z 11.2.1994 r., ABL.(Dz.U.) EG nr C 61/235; patrz także BT Drs.(druki) 12/6784, s. 1, 8. Jest rzeczą przygnębiającą, że zorganizowana przestępczość nie tylko w tzw. „bananowych republikach” dotarła do najwyższych kręgów rządowych - jak np. w Nikaragui -, lecz także w takich państwach przemysłowych jak Włochy i Japonia (p. tylko *K. Miyazawa*, *Das organisierte Verbrechen in Japan*, w: *FS Schüler-Springorum*, 1993 r., s. 149 i n.).

25. Według informacji czołowego śledczego w sprawach finansowych obrót tylko w handlu narkotykami w Niemczech wynosi około 45 mln.DM ("Die Woche" 42/1994, s.11). Federalny Urząd Kryminalny szacuje obroty zorganizowanej przestępczości w Niemczech na ok. 170 mld. DM rocznie - co wynosi 6 % produktu narodowego brutto; inne dane szacunkowe mówią nawet o 10 % (BR-Drs. 100/89). Według informacji włoskich służb tajnych -Sismi- jedna trzecia wszystkich inwestycji na terenie byłego NRD pochodzi z pieniędzy mafijnych ("Wirtschaftswoche" 15/1993 r., s. 72). W ojczyźnie Cosy Nostry, we Włoszech, zorganizowana przestępczość ustaliła w r. 1993 kwotę 109 mld. DM rekord obrotu - koncern państwowy FIAT uzyskał zaledwie połowę tej sumy (*Kriminalistik* 1994 r., s. 533). Opis sytuacji znajduje się u *E. Werthebach/B. Droste-Lehnen*, *Organisierte Kriminalität*, w: *ZRP* 1994 r., s. 57 i n.; por. następnie *H.-J. Schneider*, *Neuere Kriminologische Forschungen zum organisierten Verbrechen*, w: *FS Stree/Wessels*, 1994 r., s. 813 i n.; *U. Sieber*, *Logistik der Organisierten Kriminalität in der Bundesrepublik Deutschland*, w: *JZ* 1995 r., s. 758 i n.

26. W ostatnim czasie odnosi się wrażenie, że mur milczenia („omerta”) wśród włoskiej mafii zaczyna kruszeć; w przeciwieństwie do tego pozostaje jednak nadal nienaruszony u operującej w skali światowej japońskiej yakuzy i u chińskich triad.

27. Ustawa o zmianie kodeksu karnego, kodeksu postępowania karnego i innych ustaw (ustawa o zwalczaniu przestępczości) z 28.10.1994 r., BGBl. (Dz.U.), I, s: 3186. Partia SPD wniosła już 4.2.1994 r. projekt drugiej ustawy (2. OrgKG) (BT-Drs. 12/6784), który nie został jednak uchwalony jako ustawa. Bawaria przedłożyła 25.5.1994 r., wykraczający swoim zasięgiem poza ustawę o zwalczaniu przestępczości zorganizowanej, projekt nowej ustawy uzupełniającej powyższą ustawę (OrgKG) (BR-Drs. 494/94), który nie był już rozpatrywany ze względu na kończącą się kadencję parlamentu.

28. Por. zamiast innych *H. Tröndle*, w: *Dreher/Tröndle*, StGB, 47 wyd. 1995 r., § 43a nr. 3, § 73d nr. 4 i n.

29. Tak w BGH NJW 1995, s. 470; także BGH NJW 1995 r., s. 1367 (wyrok ten przedłożono Trybunałowi Konstytucyjnemu do kontroli).

30. F. Nietzsche, *Jenseits von Gut und Böse*, 1886 r., nr 146.

31. Por. *K. Liebl*, Bundesweite Erfassung von Wirtschaftsstraftaten, 1984 r., s. 135 i n.

32. Por. Przegląd u *B. Schünemann*, LK-StGB, 11 wyd.1993 r., § 14 nr 76 i n.

33. Zapłacenie cudzych kar pieniężnych, według nowego orzecznictwa, nie stanowi więcej uniemożliwienie wykonania kary (BGHSt 37, s. 226; p. także *H. Tröndle* (przyp. 28), § 258 nr. 9 i n. pro und contra)

34. Zastosowanie tej możliwości zostało poszerzone przez 2. WiKG; m.in. podwyższono dziesięciokrotnie zagrożenie karą pieniężną za umyślne działanie na 1 mln. DM.

35. Literatura na ten temat: *R. Schmitt*, Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände, 1958 r.; *B. Schünemann*, a) Unternehmenskriminalität und Straftat, 1979 r.; b) Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht, w: *Schünemann/Suarez Gonzalez* (przyp. 2), s. 265 n.; *B. Ackermann*, Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen, 1984 r.; *G. Stratenwerth*, Strafrechtliche Unternehmenshaftung?, w: *FS R. Schmitt*, 1992 r., s. 295 n.; *H.J. Hirsch*, Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, 1993 r.; *H. Otto*, Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, 1993 r.; *H.-J. Schroth*, Unternehmen als Adressaten und Sanktionsobjekte, 1993 r.; *K. Volk*, Zur Bestrafung von Unternehmen, w: *JZ* 1993 r., s. 429 n.; *A. Ehrhardt*, Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe, 1994 r.; *E.-J. Lampe*, Systemunrecht und Unrechtssysteme, w: *ZStW* 106 (1994 r.), s. 683 (697, 707, 728).

36. W ten sposób urzędowe uzasadnienie do § 19 EOWiG w BT-Drs.V/1269, s. 58.

37. Na ten temat dokładniej *A. Ehrhardt* (przyp. 35), s. 102 i n.

38. Por. np. art. 15 VO nr 17. Obszerniej *G. Dannecker*, Sanktionen und Grundsätze des Allgemeinen Teils im Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaft, w: *Schünemann/Suarez/Gonzalez* (przyp. 2), s. 331 i n.

39. Por. *M. Delmas-Marty*, Die Strafbarkeit juristischer Personen nach dem neuen französischen Code Penal, w: *Schünemann/Suarez Gonzalez* (przyp. 2), s. 305 i n.

40. Gdyby odpowiedzialność wynikała tylko z formalnej pozycji w zakładzie osoby bezprawnie działającej, to przedsiębiorstwo musiałoby odpowiadać i za ekscesy - co z kolei wymagałoby totalnej kontroli (i naturalnie odpowiednich przepisów o kontroli).

41. Por. odnośnie upadłości §§ 73 i n. StGB i § 29a OWiG.

42. Obowiązujące prawo w USA wykazuje zbliżenia do odpowiednio skonstruowanej odpowiedzialności karnej: uznano, że dla odpowiedzialności przedsiębiorstwa ma wielkie znaczenie, czy zła organizacja umożliwia lub wspomaga naruszenie norm, lub czy mają miejsce usiłowania zapobieganiu temu dzięki sensownej organizacji. Dlatego regulują sentencing guide lines z 1991 r. w szczegółach, jak należy złagodzić karę, jeśli przedsiębiorstwo dzięki corporate compliance codes jest tak zorganizowane, że naruszenia norm są co najmniej utrudnione.

43. Por. także art. 265, 347 span StGB (hiszp. k.k.) i §§ 262, 396 d AktG (niem. ust. o akcjach), 60-62 dGmbHG (niem. ust. o spółkach z o.o.). W niemieckim prawie,

ze względu na społeczno-polityczne implikacje (bezrobocie), z możliwości zamknięcia zakładu korzysta się rzadko. Ta sama wstrzemięźliwość będzie również zalecana, jeśli wprowadzi się karanie przedsiębiorstw.

44. *R. Schmitt* (przyp. 35), s. 170 i n.; *W. Seiler*, *Strafrechtliche Maßnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände*, 1967 r., s. 156 i n.

45. Tak *B. Schünemann* (przyp. 32), s. 14 nr 78.

46. To zakrawa na kontynuację zasady talionu, szczególnie jako środek poprawczy wtedy, kiedy interes publiczny ponosi szkodę ze względu na uprzednie uzgodnienia przetargowe lub przez korupcję.

47. Por. *A. Ehrhardt* (przyp. 35), s. 131, 138.

48. Por. dowody u *A. Ehrhardt* (przyp. 35), s. 123. Jednakże istnieje niebezpieczeństwo, że kara pieniężna działa paraliżująco. Właśnie przedsiębiorstwa o małych dochodach, ale w pozostałej części zdrowe, mogą w rezultacie tej sankcji pieniężnej popaść w upadłość, jako nadmiernie zadłużone.

49. Na ten temat wyczerpująco *A. Ehrhardt* (przyp. 35), s. 126 i n.

50. Por. bliżej na ten temat *Schünemann* (przyp. 32), § 14 nr 65 i n.; *E. Göhler*, *OWiG*, 11 wyd. 1995 r., § 9 nr 37 i n.

51. Por. *E. Göhler* (przyp. 50), § 9 nr 27 i n. Już projekt 2-giej ustawy o zwalczaniu przest. gospod. (2.WiKG) przewidywał skreślenie (BT-Drs. 10/318, s. 15); w procesie ustawodawczym do 2. UKG, żądano tego ponownie (BT-Drs. 12/192, s. 37, 42 n. ; 12/376, s. 13 i n.).

52. Dodatkowo poszerzono krąg osób ze względu na kary dodatkowe o dyrektorów instytucji kredytowych (§ 59 KWG, § 39 HypBG, § 40 SchBG).

53. W ten sposób jednak urzędowe uzasadnienie BT-Drs. V/1269, s. 61; patrz także *W. Roth/H.-J. Fröster*, w: *Rehmann/Roth/Hermann*, *OWiG*, 2 wyd., § 30 nr 38 n. Przeciwno temu *R. Schmitt*, *Wie weit reicht § 30 des Ordnungswidrigkeitsgesetzes?*, w: *FS Lange*, 1976 r., s. 877 (882 i n.).

54. Natomiast ustawodawca zrezygnował na razie z utworzenia osobnego przepisu odnośnie naruszenia obowiązków kontroli (to jednak przewidywała propozycja Rady Związkowej; por. BT-Drs. 12/192, s. 38n., 43).

55. Por. *E. Göhler*, (przyp. 51), § 130 nr 14 i n.

56. BGH NStZ 1994 r., s. 346.

57. Por. *P. Bernasconi*, *Wirtschaftskriminalität - internationale Verflechtungen. Kasuistik, Rechtshilfe und präventive Bekämpfung*, w: *Wirtschaftskriminalität. Wissenschaftliche Beiträge zum 50-jährigen Bestehen der Neutra-Treuhand AG*, 1982 r., s. 67 (97).

58. *B. Schünemann*, *Die informellen Absprachen als Überlebenskrise des deutschen Strafverfahrens*, w: *FS Baumann*, 1992 r., s. 361 (368).

59. Według danych *W. Steinke*, *Wirtschaftskriminalität* 1992 r., w: NStZ 1994 r., s. 168, (171), frankfurcka prokuratura państwowa opracowuje postępowania przeciwko 1.300 osobom; nielegalne świadczenia na rzecz urzędników w zależności od wielkości zlecenia wynoszą ok. 1-5 % kosztów budowy.

60. Taki przepis był już przewidywany przez 2. WiKG. Związkowy Sąd Najwyższy usiłuje tą lukę karną zamknąć (według danych szacunkowych ok 30-70 % całej produkcji w budownictwie jest wyłączona z normalnej konkurencji przez nielegalne umowy) dzięki wspiałościomysłnej a przez to i łatwej do podważenia interpretacji normy o ogólnym oszustwie (BGHSt 37, s. 186; do tego *H. Tröndle*, (przyp. 28), § 2263 nr 32b i n.

AKTUALNE PROBLEMY PRZESTĘPCZOŚCI GOSPODARCZEJ W POLSCE

Propozycja opracowania tak szeroko ujętego tematu nastęrczała rozlicznych pokus. Ramy referatu wymagały wszakże dokonania wyboru tylko niewielkiej części z bogatej problematyki przestępczości gospodarczej. Wybór ich podporządkowałam zadaniom postawionym referatowi. A zadaniami tymi są - doprowadzenie do jak najszerzej wymiany poglądów i doświadczeń tak reprezentatywnego grona przedstawicieli niemieckiej i polskiej nauki prawa karnego w zakresie palących problemów tej przestępczości, w nadziei iż przyczyni się to do skuteczniejszego przeciwdziałania temu groźnemu zjawisku w specyficznych, trudnych warunkach przechodzenia do rynkowego systemu gospodarowania.

Odpowiednio do takich zadań i wyselekcjonowanych problemów referat składa się z dwóch podstawowych części.

Pierwsza usytuowana jest w warstwie jurydycznej tematu i sięga do prawa karnego gospodarczego oraz szeroko rozumianej polityki prawa, stosowanej wobec przejawów patologii sfery gospodarowania. Poruszane w niej są tylko ogólne problemy stanowienia prawa karnego gospodarczego. Zrezygnowałam natomiast ze szczegółowej analizy dogmatycznej stosowania nowych i dawnych przepisów dotyczących przestępstw gospodarczych. Uznałam bowiem, że wymiana doświadczeń w tym zakresie, przy różnych pod wielu względami systemach prawa karnego nie będzie tak owocna, jak dotyczących ogólnych problemów stanowienia prawa karnego gospodarczego.

Część druga zawiera próbę oceny dotychczasowych osiągnięć i braków przeciwdziałania przestępczości gospodarczej w Polsce, w okresie przechodzenia do gospodarki rynkowej. Opiera się na podstawowych informacjach o tendencjach współcześnie obserwowanych w tej przestępczości i prognozowaniu jej kształtów w najbliższej przyszłości.

1. Niektóre problemy warstwy jurydycznej przestępczości gospodarczej w Polsce, w okresie przechodzenia do gospodarki rynkowej

Większość zapowiadanych na wstępie ogólnych problemów tej warstwy w Polsce i prawdopodobnie w innych krajach, zmieniających swój

system gospodarczy nie różni się w swej istocie od tych, jakie mają ustawodawstwa i praktyk w krajach o już ustabilizowanej gospodarce rynkowej. Istotne różnice tkwią natomiast w uwarunkowaniach ekonomiczno-społecznych, w jakich problemy te muszą być rozwiązywane. Rzutuje to na przyjmowanie niekiedy odmiennej hierarchii ich wagi a także na stopień pilności i trudności w ich rozwiązywaniu. Różnic tych uwarunkowań nie można także pomijać przy korzystaniu z doświadczeń krajów przeciwdziałających przestępczości gospodarczej w ustabilizowanej gospodarce rynkowej. Te właśnie różnice zadecydowały, że spośród różnych problemów warstwy jurystycznej przestępczości gospodarczej takich jak np. problem kodyfikacji przepisów prawa karnego gospodarczego, ich budowy (normy odsyłające), karalności tzw. obchodzenia prawa i inne, wybrałam problem granic penalizacji w sferze działalności gospodarczej. Podyktował mi go przede wszystkim fakt, iż wprowadzie również kluczowy w krajach ustabilizowanej gospodarki rynkowej, o wiele częściej wyłania się w bieżącej działalności legislacyjnej krajów dopiero wdrażających ten system ekonomiczny. Częściej bowiem przedmiotem legislacji są tu nowe instytucje i reguły wprowadzanego systemu i w związku z tym częściej powraca pytanie - czy, w jakim zakresie i jakiego rodzaju (karno-administracyjnej czy karno-sądowej) ochrony należy im udzielać? Na wybór tego problemu wpływa ponadto obawa o szanse racjonalnych rozstrzygnięć w tej mierze, ze względu na specyficzne warunki, w jakich działalność legislacyjna na tym odcinku funkcjonuje w krajach zmieniających swój system gospodarczy. Na pojawiające się tu niebezpieczeństwa pragnę zwrócić szczególną uwagę.

Niektóre z tych niebezpieczeństw wyrastają z polityczno-społecznej otoczki problematyki przestępczości gospodarczej, która podobnie jak w krajach o ustabilizowanej gospodarce rynkowej sprawia, iż na ustawodawcę kierowane są różnego stopnia naciski z zewnątrz. O takich niebezpieczeństwach M. Schubarth pisał: „Od czasu, gdy hasło walki z przestępczością gospodarczą stało się popularne, pojawia się niebezpieczeństwo, iż ustawodawca, ulegając wpływom psychologicznym i politycznym, czuje się zobowiązany tworzyć nowe przepisy karne, nie troszcząc się przy tym o ich podstawy teoretyczne i praktyczne efekty. W ten sposób, głosząc modne hasło walki z przestępczością gospodarczą, tworzy się tylko pozory jej zwalczania”¹. Niebezpieczeństwo takie rośnie i staje się realniejsze w krajach zmieniających swój system gospodarczy. Mają one bowiem z racji takich przemian mniej stabilne oblicze polityczne. Daje to o sobie znać w częstszych wyborach władz na różnych szczeblach organizacji państwowej i samorządowej i związanych z nimi usiłowaniu

wzbogacania programowych haseł. Do nich to już tradycyjnie należy walka z przestępczością gospodarczą i korupcją, co nie zawsze przeszkadza politykom przelicytowującym się w postulatach radykalizowania walki z taką przestępczością, kurczowo chronić immunitety swoich członków.

Podobnie jak w dojrzałych systemach rynkowych usiłują i u nas oddziaływać na ustawodawcę w przeciwnym kierunku grupy nacisku, wywodzące się ze sfery działalności gospodarczej. Można by w tym upatrywać wsparcia dla racjonalnej postawy ustawodawcy, usiłującego odpychać naciski na efektywną lecz nieefektywną a niekiedy wręcz szkodliwą kryminalizację w tej sferze. Niestety niektóre cechy tej zbiorowości uniemożliwiają im odegranie takiej roli i rzutują nawet na jej niekiedy nieracjonalne z punktu widzenia uczestników obrotu gospodarczego postawy. Przyczyny tego zdają się tkwić w środowiskach, z jakich na początku drogi ku nowemu systemowi wywodziła się większość podmiotów gospodarujących. Przeważały wśród nich jednostki rekrutujące się z wyższej i średniej kadry przedsiębiorstw państwowych oraz na wpół legalnej działalności gospodarczej, niezorientowane w zagrożeniu, jakie dla uczciwych uczestników obrotu gospodarczego mogą stanowić patologiczne zachowania gospodarcze innych podmiotów. Tym, a także innymi warunkami, w jakich podejmowali swą samodzielną działalność gospodarczą, można tłumaczyć ich początkowe opory wobec kryminalizacji działań na szkodę wierzycieli. Większość ich bowiem, zaciągając poważne kredyty na prowadzenie działalności gospodarczej, identyfikowała się przede wszystkim z dłużnikami a nie wierzycielami. Dopiero rozwinięcie działalności własnej i pierwsze dotkliwe straty, spowodowane przez ich dłużników, obudziły obawę o kapitały, jakimi już obracali i ogólny aplauz a nawet naleganie ze strony tej grupy na karanie nieuczciwych dłużników. Dotychczas trwały z tej strony pewne opory wobec utrzymywania odpowiedzialności karnej i za nierzetelne prowadzenie cudzych spraw majątkowych i działalności gospodarczej. Wynikają one prawdopodobnie z tego, iż znakomita większość jednostek w tej grupie nacisku prowadzi cudzą, w tym publiczną działalność gospodarczą. Natomiast w mniejszości pozostają nadal ci, którzy swoje sprawy majątkowe powierzają innym do prowadzenia i chcieliby własne interesy zabezpieczać także represją karłą. Wydaje się, że nie bez znaczenia w tym względzie jest także ogólny brak wiary w skuteczność tej ochrony, oparty na dobrym w tej grupie rozeznaniu w funkcjonowaniu represji karnej w zakresie działalności gospodarczej.

Charakter owych specyficznych dla okresu przechodzenia do innego systemu gospodarczego warunków może rzutować niekorzystnie nawet na decyzje penalizacyjne, respektujące podstawowe zasady stanowienia prawa karnego w ogóle a prawa karnego gospodarczego w szczególności tj. subsydiarności i proporcjonalności.

Zasadę subsydiarności sformułowano w zaleceniach Rady Europy dotyczących przestępstw gospodarczych jak następuje: „Pożądane jest, aby patologicznym zachowaniem gospodarczym zapobiegać wszystkimi środkami prawnymi przewidzianymi w prawie cywilnym, handlowym, administracyjnym. Istnieje jednakże potrzeba wzmacniania ich lub uzupełniania prawem karnym². Na Kongresie AIDP w 1984 r. w Kairze ujęto ją w zaleceniu, które brzmiało: „Z karania należy zrezygnować wszędzie tam, gdzie te same efekty mogą być osiągnęte drogą samoregulacji gospodarczej lub specjalnymi przedsięwzięciami gospodarczymi albo administracyjnymi”³.

Z powyższego wynika, że podjęcie racjonalnej decyzji penalizacyjnej bywa uzależnione od arsenału innych środków, jakimi w danych warunkach dysponujemy, tych samoregulujących i tych specjalnych przedsięwzięć gospodarczych i administracyjnych.

Wydaje się, że nowotworzone, niedostatecznie okrzeple elementy systemu rynkowego w Polsce nie są jeszcze zdolne do pożądanej samoregulacji. Jednocześnie narastająca wewnętrzna i międzynarodowa organizacja przestępczości gospodarczej jest w stanie niwelować szanse jej rozwinięcia w przyszłości. Ciągłe ograniczone wydają się także możliwości antykryminogennego oddziaływania dotychczasowych przedsięwzięć gospodarczych czy środków administracyjno-prawnych. Przeciwnie, odnosi się wrażenie, że niektóre z nich stwarzają znakomitą pożywkę dla oszustw i nadużyć⁴, jak chociażby postępujące różnicowanie ocennych podstaw ulg podatkowych i innych przywilejów gospodarczych. Towarzyszy temu tylko bardzo słabo pulsujący ruch konsumencki, który chroniąc interesy konsumentów mógłby rozwijać znaczącą antykryminogenną działalność. Nikła wydaje się być również działalność organizacji zrzeszających podmioty gospodarujące w zakresie wykształcania i przestrzegania etyki gospodarowania a także niejasne reguły etyki i honoru osób, pełniących eksponowane stanowiska o kompetencjach znaczących w sferze gospodarowania, skoro publicznie stwierdza się, że do opuszczania takich stanowisk zmusić może tylko wyrok skazujący, bowiem na ich działalność rozciąga się obowiązująca w procesie karnym zasada domniemania niewinności.

W takich warunkach ustawodawca, nawet pozostając w zgodzie z zasadą subsydiarności i nie oczekując znaczących efektów skłonny bywa sięgać głównie do represji karnej jako środka przeciwdziałania patologicznym zachowaniom w sferze gospodarczej.

Może go od tego jednak powstrzymać respektowanie kolejnej zasady stanowienia prawa karnego-zasady proporcjonalności. Ta może być rozumiana, jak wiadomo, jako kalkulacja zysków i strat proponowanej penalizacji⁵ albo także jako nakaz zachowywania stosownej proporcji między zagrożeniem, jakie stanowi dla chronionego dobra dane patologiczne zachowania a proponowaną prawnokarną reakcją na nie.

Rozważając po stronie zysków możliwy stopień zrealizowania celu penalizacji, którym, ogólnie biorąc, bywa zabezpieczenie funkcjonowania systemu ekonomicznego w całości lub jego podstawowych instytucji, wyrażających ponadindywidualne interesy gospodarcze wypadnie w kalkulacji wstępnej przewidywać, że w najlepszym razie będzie on minimalny, skoro, jak to wynika z dotychczasowej relacji, nie będą mu towarzyszyły odpowiednie środki ekonomiczno-prawne na ten sam cel skierowane. Przy takiej prognozie już respektowanie zasady proporcjonalności mogłoby wpływać na racjonalizowanie podejmowanych decyzji penalizacyjnych.

Jako koszty, czy wręcz straty powodowane przedsięwzięciami penalizacyjnymi w sferze gospodarowania najczęściej eksponuje się ograniczenie swobody działań gospodarczych i naruszanie wolności konkurencji, grożące usztywnieniem form gospodarowania i pozbawieniem go niezbędnego dynamizmu. W badaniach G. Kellensa nad postawą świata interesów do polityki kryminalnej w Belgii⁶, wśród respondentów reprezentujących ten świat dominował pogląd, że ingerencja prawa karnego w działalność gospodarczą ma antygospodarczy charakter, że mnogość przepisów karnych, kumulujących się na tym obszarze, prowadzi przedsiębiorstwa do upadku, że prawo karne zabija w tej sferze ducha przedsiębiorczości i jest hamulcem aktywności gospodarczej. Podobne poglądy głoszą przedstawiciele tych środowisk u nas. Podbudowują je ponadto przykładami z minionego okresu gospodarki nakazowo-rozdzielczej, kiedy to przepisy karne jako instrumenty polityki ekonomicznej doprowadzały do obumierania całych gałęzi gospodarki (przemysł ludowy, hodowla owiec)⁷. Bywa też, że opatrują propozycje penalizacji w tej sferze etykietą tzw. ciagot, czy nawyków gospodarki socjalistycznej.

Próbując odpiierać takie zarzuty i jednocześnie korygować pozycje strat w kalkulacji przepisów prawa karnego gospodarczego, przytaczać można wypowiedź K. Tiedemanna, że prawo karne „ze swoim abstrak-

kcyjnym zagrożeniem karą w ustawie” godzi w mniejszym stopniu w wolność gospodarowania, aniżeli inne, stosowane wobec biorących udział w działalności gospodarczej, środki przymusu państwowego⁸. Podobną wymowę może mieć przestroga przed realnym w naszych warunkach następstwem niewyhamowywania przestępczości gospodarczej. Jest nim o wiele większe zagrożenie dla swobody gospodarowania ze strony zorganizowanej przestępczości w postaci mafijnych monopolii.

Z zasady proporcjonalności, rozumianej jako stosowna relacja między szkodliwością czynu a reakcją wobec jego sprawcy wyprowadzane jest, między innymi, szczegółowe zalecenie kryminalizowania tylko takich zachowań, jakie stanowią poważne zagrożenie dla chronionych dóbr, z dopuszczeniem możliwości penalizowania niektórych pozostałych jako wykroczeń.

W dyskusjach nad projektowanymi przepisami stosunkowo często opowiadano się za penalizacją tylko tych najgroźniejszych czynów i wyłączeniem z jej zasięgu innych mniej niebezpiecznych naruszeń reguł gospodarowania. Respektując w pełni polityczno-prawne racje takiego poglądu, nie można jednak w poszukiwaniu efektywnych środków przeciwdziałania przestępczości gospodarczej zapominać o potwierdzonym latami doświadczeń fakcie, iż szanse na ujawnianie i doprowadzanie do ukarania są odwrotnie proporcjonalne do wagi czynów, składających się na tą przestępczość. Efekty takie w odniesieniu do tych najpoważniejszych, o zorganizowanych mechanizmach gospodarczych są nikłe (np. korupcja gospodarcza, podstępne przysparzanie sobie nienależnych korzyści majątkowych w obrocie papierami wartościowymi przez insiderów). Ograniczanie do nich represji karnej równałoby się złożeniu broni. Nie powinno się zatem rezygnować z operowania represją karną na tzw. przedpolu, czy obrzeżach wielkiej przestępczości gospodarczej i zabezpieczać nią dodatkowo przestrzeganie zakazów i nakazów prewencyjnych w pozakarnych regulacjach prawnych, chociaż naruszanie ich samo w sobie nie jest wysoce społecznie szkodliwe. Nie oznacza to osłabienia represji wobec sprawców najpoważniejszych przestępstw gospodarczych poprzez kierowanie uwagi organów ścigających na tzw. drobną przestępczość. Przeciwnie-wspomagają, umożliwiając przy wszczynaniu postępowań o czyny drobniejsze ujawnianie i gromadzenie dowodów popełniania przestępstw poważniejszych.

Znane są liczne względy, jakie przemawiają za sytuowaniem karalności patologicznych zachowań gospodarczych głównie w ramach odpowiedzialności karno-administracyjnej. Również w naszym ustawodawstwie większość karalnych zachowań gospodarczych, to wykroczenia.

Przesuwając tego rodzaju zachowania w zasięg odpowiedzialności karno-administracyjnej, trzeba mieć na uwadze zarówno granice sankcji wyznaczane zasadami ogólnymi w kodeksie wykroczeń jak i przygotowanie profesjonalne oraz stopień niezawisłości organów orzekających w takich sprawach. O ile podstawowe granice sankcji mogą być w przepisach szczególnych korygowane, to przygotowanie profesjonalne podstawowych organów orzekających obecnie w tych sprawach (kolegia d/s wykroczeń) przemawia raczej za wyłączeniem z ich kompetencji skomplikowanych, wymagających orientacji w regulacji prawnej danej dziedziny gospodarczej a na dodatek zagrożonych stosunkowo ostrymi sankcjami, wykroczeń. Natomiast, biorąc pod uwagę orzecznictwo lepiej profesjonalnie przygotowanych organów administracyjnych lub samorządowych, można mieć wątpliwości, co do ich bezstronności, jeśli owe wykroczenia popełniane są w ramach działalności ciągle dominujących liczebnie przedsiębiorstw państwowych.

Trudno przy okazji rozważania tego dylematu nie napomknąć bodaj o szerszym problemie sankcji w przepisach karno-gospodarczych. Abstrahując od sporów o rolę kary pozbawienia wolności, którą według założeń Rady Europy „należy w stosownych wypadkach przewidywać dla sprawców poważniejszych przestępstw gospodarczych”⁹ i podzielając przekonanie o ubóstwie kar i środków karnych dla sprawców przestępstw i wykroczeń gospodarczych, uważam za szczególnie istotne w naszych warunkach aby w takich katalogach znajdowały się środki służące bezpośrednio lub pośrednio eliminacji okresowej czy stałej z różnych form działalności gospodarczej a przede wszystkim ze stanowisk i funkcji o znaczących w tej działalności kompetencjach. Rozwiązania takie mogłyby przyczynić się do hamowania także najgroźniejszej, zorganizowanej przestępczości gospodarczej.

Kończąc przedstawianie w zasadzie jednego ale kluczowego problemu warstwy jurydycznej przestępczości gospodarczej, na tle specyficznych warunków Kraju, zmieniającego swój system gospodarczy, warunków niesprzyjających racjonalnym, decyzjom penalizacji sfery gospodarczej, wypadnie zastanowić się nad rolą, jaką w racjonalizowaniu tej penalizacji mogą spełniać przedstawiciele nauki prawa karnego. Wydaje się, że może to polegać, niezależnie od stopnia udziału w procesach legislacyjnych, na upowszechnianiu i rzetelnym argumentowaniu własnych ocen projektowanych przepisów karno-gospodarczych, zarówno z punktu widzenia dogmatycznego, jak i dorobku nauki polityki prawa, przy uwzględnianiu współczesnej specyfiki materii gospodarczej, w jaką przepisy te ingerują. To ostatnie wymaga współdziałania a w każdym razie son-

dowania opinii kompetentnych i reprezentujących także wewnętrznie zróżnicowane interesy środowisk gospodarczych. Na tych, którzy biorą bezpośredni udział w procesach legislacyjnych ciąży chyba ponadto obowiązek upartego i cierpliwego dowodzenia swych racji i jeszcze chyba trudniejszy do spełnienia obowiązek przewyciężenia chęci służenia, czy tylko podobania się środowiskom, gremiom reprezentującym tylko własne partykularne interesy.

2. Dotychczasowe osiągnięcia i niedostatki przeciwdziałania przestępczości gospodarczej w Polsce, w okresie przechodzenia do gospodarki rynkowej

Abstrahując od „ciemnej” i „złotej” liczby tej przestępczości, a opierając się tylko na ilości tzw. przestępstw stwierdzonych, których wymowa zresztą może być różnie interpretowana oraz fragmentarycznym sondażu lokalnych środowisk prokuratorskich i sędziowskich o przestępczości minionego roku 1994 można powiedzieć, że w porównaniu z r. 1993 iż wzrost jej dynamiki wyniósł 107,4%. Zaznaczył się głównie w takich rodzajach przestępstw, jak godzące we własność intelektualną (260%) oraz inne dobra gospodarcze, chronione przepisami pozakodeksowymi (180,2%), co należy przypisać wchodzeniu dopiero w życie przepisów penalizujących zachowania, jakie dotychczas nie stanowiły czynów karalnych. Wzrosły także, acz w mniejszym stopniu, przestępstwa celne - 106,2% i dewizowe - 103,8%. O rozmiarach zagrożenia przestępczością gospodarczą świadczy fakt, że powodowane nią straty są w r. 1994 wyższe o 33%, aniżeli w 1993. Łącznie szacowano je na 4.185 bln. starych złotych. Warte uwagi jest, że przy tym ogólnym wzroście przestępczości gospodarczej stwierdzono o 23% mniej przestępstw sprzedajności gospodarczej i o 34% przekupstwa gospodarczego, co może oznaczać postępy w organizowaniu zjawiska przestępczości gospodarczej.

Przed nieco bliższym przyjrzeniem się przestępczości gospodarczej minionego roku zobowiązana jestem wyjaśnić, iż w statystycznie wyodrębnionej grupie przestępstw gospodarczych znajdują się wszystkie odmiany zagarnięć mienia społecznego. Pozostawiając na uboczu ciągle trwający spór o samo pojęcie przestępstw gospodarczych a także różne ujmowanie ich definicji w nauce prawa karnego i kryminologii w krajach socjalistycznych, godne uwagi jest, że ciągle na pierwszym miejscu wśród przestępstw gospodarczych utrzymują się przestępstwa na szkodę mienia społecznego, acz w porównaniu z r. 1993 ilość ich spadła o 17%. Spadek ten nie musi oznaczać zmniejszenia się liczby tego rodzaju zachowań a tylko zmianę jurydycznej fasady chronionego dobra, jego cechy prawnej

jako własności społecznej. Zachowania natomiast pozostają w swej istocie te same i kierują się na faktycznie takie same przedmioty, które wszakże przestały być mieniem społecznym (np. mienie sprywatyzowanej państwowej osoby prawnej, które nadal staje się łupem przestępczym zatrudnionych w niej sprawców).

Kolejna pod względem ilości grupa to fałszerstwa związane z działalnością gospodarczą. Wysuwanie się jej na czoło tłumaczy chyba fakt, iż takie typy przestępstw jak z art. 265 czy 267 kk obejmują stosunkowo łatwe do ujawnienia i udowodnienia fragmenty innych i to z reguły najniebezpieczniejszych oszustw gospodarczych. Zaskakuje natomiast stosunkowo niewielka liczba przestępstw podatkowych z uks a szczególnie ich spadek w porównaniu z r. 1993 o ponad 50%.

Pocieszająco brzmiąły informacje uzyskane podczas sondażu w Prokuraturze Apelacyjnej w Katowicach, iż prawdopodobnie zahamowane zostało lekkomyślne udzielanie przez banki wysokich kredytów. Toczące się bowiem obecnie sprawy karne dotyczą kredytów udzielanych we wcześniejszych okresach.

Te ogólne informacje oraz znane zależności między przejawami przestępczości gospodarczej a ich istniejącymi lub spodziewanymi społeczno-gospodarczymi uwarunkowaniami pozwalają na równie ogólnikowe prognozowanie, utrzymywania się, rozwijania lub pojawiania w najbliższym czasie w przestępczości gospodarczej w Polsce następujących tendencji:

Po pierwsze - jeżeli proces prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych będzie się przedłużał a także gdy zostanie zahamowany, nadal będzie się utrzymywała znaczna liczba przestępstw godzących w mienie w całości lub w części publiczne (spółki z udziałem Skarbu Państwa), acz ze względu na przyjmowane formy prawne nie będzie się to wyrażało w ich kwalifikacji jako zagarnięć i innych przestępstw na szkodę mienia społecznego. Istota jednak takich czynów i warunki, w jakich będzie dochodziło do ich popełniania nie ulegną zmianie. Prawdopodobnie ze względu na trudności w udowadnianiu oszustw czy przywłaszczeń znaczna ilość tego rodzaju zachowań będzie kwalifikowana jako nadużycie zaufania z art. 1 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, z art. 206 kk czy z odpowiednich przepisów kodeksu handlowego tj. art. 300 lub 482.

Taką prognozę uprawdopodobnia: a) przedłużanie się procesów prywatyzacyjnych, stanowiących znakomitą pożywkę dla nielegalnego czerpania korzyści majątkowych kosztem majątku publicznego, b) zapowiadana tzw. komercjalizacja przedsiębiorstw państwowych, z czym łączy się dalsze utrzymywanie a nawet wzrost liczebny aparatu rozporządzającego, decydującego lub mającego wpływ na decydowanie o majątku

publicznym. Wraz ze wzrostem stanowisk i funkcji powierniczych rośnie, jak twierdzi G. Kaiser, liczba potencjalnych sprawców przestępstw gospodarczych¹⁰.

Po drugie - Te same czynniki plus niedostatecznie jasno precyzowane podstawy decyzji urzędniczych dotyczących działalności gospodarczej rzutować będą na co najmniej utrzymywanie się, jeśli nie narastanie rzeczywistych rozmiarów korupcji gospodarczych. Oby temu wzrostowi nie towarzyszył dalszy spadek stwierdzonej ilości takich przestępstw.

Po trzecie - Wydaje się, że w miarę posuwania się po drodze ku gospodarce rynkowej rosnąć będzie w zyskowej przestępczości gospodarczej dominacja różnych odmian oszustw. Będą one oczywiście zmieniały swe mechanizmy wykonawcze, przystosowując je do zmieniających się kształtów i reguł a także koniunkturalnych warunków gospodarowania.

Takie przewidywania uzasadnia fakt, że: a) większość instytucji nowoczesnej gospodarki rynkowej musi opierać się na stosunkowo znacznej dozie zaufania, b) dynamika i związany z nią pośpiech jako warunki efektywności współczesnej gospodarki ograniczają, nawet przy korzystaniu z pomocy, jaką oferuje postęp techniczny, możliwości kontroli, c) wspomniane już uprzednio niedostatki regulacji prawnej sfery gospodarowania, szczególnie te, które dotyczą granic legalności postępowania sprzyjają oszukańczym manipulacjom.

Po czwarte - Również wraz z postępem na drodze ku pełnej gospodarce rynkowej z jej konkurencyjnym jądrem oraz zwiększaniem się ilości dóbr i usług w obrocie gospodarczym będzie prawdopodobnie rosła liczba karalnych naruszeń reguł uczciwej konkurencji i własności intelektualnej, głównie w postaci różnego typu naśladownictw. Będzie narastało chyba także najpoważniejsze zagrożenie takiej gospodarki tj. praktyki monopolistyczne, acz nie znajdzie to odbicia w liczbach rejestrowanych przestępstw gospodarczych.

Prognozę takich tendencji można opierać na niezbyt skutecznych próbach Urzędu Antymonopolowego przeciwstawiania się takim praktykom oraz na utrzymywaniu się znacznej ilości skomercjalizowanych przedsiębiorstw. Z wypowiedzi tzw. podmiotów gospodarujących wynika także, że od dłuższego już czasu narastają zachowania określone mianem zmyw, czy oszustw przetargowych,

Po piąte - W miarę wzrostu zasobów pieniężnych, bez względu na zasięg społeczny tego zjawiska, będzie rosło zainteresowanie lokatą kapitału, w tym w papierach wartościowych, co stwarza szerokie pole dla przestępczości tzw. insiderów. Mam wszakże wątpliwości czy znajdzie to bodaj ograniczone odbicie w liczbie przestępstw stwierdzonych.

Po szóste - Pewna doza opłaconych stratami doświadczeń pozwala przypuszczać, że nie będzie w każdym razie gwałtownie rosła przestępczość przedsiębiorstw w postaci działalności tzw. oszukańczych firm. Należy natomiast obawiać się, że przy utrzymującej się dużej ilości przedsiębiorstw państwowych ich komercjalizacja może przyczynić się do wzrostu przestępczości przedsiębiorstw, polegającej na naruszaniu reguł obowiązujących w działalności przedsiębiorstw. Doświadczenia z okresu gospodarki nakazoworozdzielczej budzą także obawy o funkcjonowanie swoistego immunitetu, uniemożliwiającego ingerowanie represją karną w przestępczą działalność takich przedsiębiorstw, tym bardziej, że w naszym systemie prawnym brak jest ogólnych podstaw dla karania ich jako osób prawnych.

Ta ogólna prognoza nie jest pomyślna. Jednakże najbardziej pesymistyczna, którą stanowczo odrzucam brzmiaby: w Najbliższym okresie wyraźnie spadnie liczba stwierdzonych przestępstw gospodarczych albo, zachowując swój rozmiar wydatnie ograniczy się ilość poważnych przestępstw gospodarczych przy wzroście drobnych. Taka prognoza oznaczałaby utratę wiary w wolę lub możliwości oficjalnych organów i społeczeństwa przeciwstawiania się groźnemu zjawisku przestępczości gospodarczej, ukrytemu w ciemnej liczbie przestępstw gospodarczych lub złotej znanej tylko w kręgu tolerujących ją a nawet ubezpieczających osób.

Na podstawie powyższych informacji i przewidywań podejmuję próbę oceny dotychczasowych osiągnięć i braków w przeciwdziałaniu przestępczości gospodarczej w Polsce w okresie przechodzenia do gospodarki rynkowej.

Do tych pierwszych zaliczam:

a) Te ustawy i przepisy karne, które dostarczyły podstaw do karania za patologiczne zachowania gospodarcze w sferze działalności gospodarczej, jakie znajdowały się dotychczas poza zasięgiem penalizacji lub których karanie na podstawie istniejących przepisów karnych było wysoce utrudnione.

Za takie, mimo licznych zastrzeżeń, uznaję ustawę o ochronie obrotu gospodarczego. Jej szczegółowej analizie ze względów przedstawionych na wstępie nie zamieszczam w referacie. Ogólnie ją oceniając, do najbardziej udanych i zaspokajających najpilniejsze potrzeby ochrony indywidualnych i ponadindywidualnych interesów w społeczeństwie pozwałam sobie zaliczać przepisy art. 6-10 (z zastrzeżeniem co do ratio legis i innych szczegółów § 2 art. 6), art. 3 a także art. 1.

Istotnym osiągnięciem, acz również niewolnym od zastrzeżeń co do zasięgu i szczegółów konstrukcji prawno-karnych, jest, moim zdaniem,

udzielenie ochrony prawno-karnej uczciwej konkurencji, własności intelektualnej, obrotowi papierami wartościowymi, regułom działalności banków i prowadzenia rachunkowości i innym istotnym dla funkcjonowania gospodarki rynkowej jej elementom.

b) Za kolejne osiągnięcie w przeciwdziałaniu przestępczości gospodarczej uważam podjęcie pewnych kroków w kierunku specjalizowania organów ścigających przestępstwa gospodarcze. Mam przy tym na myśli ponowne wyodrębnienie w Policji na szczeblu lokalnym zespołów prowadzących sprawy o przestępstwa gospodarcze oraz utworzenie Biura d/s Przestępczości Gospodarczej w Komendzie Głównej Policji a także poczynania w pionie Prokuratury, polegające w szczególności na obejmowaniu specjalnym nadzorem lub przejmowaniu do prowadzenia na wyższych szczeblach skomplikowanych, poważnych spraw gospodarczych. Walorem tych przedsięwzięć, oby zapoczątkowujących kolejne, zmierzające do wyspecjalizowania organów ścigania i dania im przez to szansy w wyścigach z pomysłowością sprawców przestępstw gospodarczych, jest, iż koncentrując informacje o stosowanych mechanizmach przestępczych pomagają w gromadzeniu dowodów i ujawnianiu powiązań między pozornie odrębnymi przejawami tej przestępczości.

Jak to zwykle bywa w ocenach rezultatów pewnej działalności po stronie niespełnionych postulatów i wyłaniających się potrzeb zapisuje się o wiele więcej punktów.

Są one tak liczne, że ograniczam się tylko do takich, które, moim zdaniem, mają węzłowe znaczenie dla wyhamowywania przestępczości gospodarczej a ich realizacja w naszych uwarunkowaniach jest szczególnie pilna a zarazem trudna. Już uprzednio zwracałem uwagę na niedostatek personalnych środków w arsenale profilaktyki wobec przestępczości gospodarczej. Obecnie, nawiązując do aktualnej dominacji i przewidywanego wzrostu w przestępczości gospodarczej różnych odmian oszustw, pozwolę sobie przytoczyć fragmenty doświadczeń walki z przestępczością gospodarczą w Zjednoczonym Królestwie, jakimi z uczestnikami konferencji w Popowie w 1991 r. podzielił się M. Levi. Oto niektóre z nich: „a) nie dopuszczać do działalności gospodarczej osób, wykazujących skłonności do oszukańczych manipulacji, b) nie dopuszczać do niej takich osób, które ze względu na brak profesjonalnego przygotowania mogą narażać na straty interesy innych podmiotów, c) przy pomocy różnych środków, w tym także karnych, eliminować z działalności gospodarczej osoby naruszające obowiązujące w tej działalności reguły”. M. Levi informował także o obowiązujących w tym zakresie w Zjednoczonym Królestwie przepisach. Stawiają one wysokie wymagania uczciwości i profesjonal-

ności osób zatrudnianych w służbach finansowych, pełniących funkcje prezesów, dyrektorów banków, członków zarządu spółek akcyjnych. Zamykają one jednocześnie dostęp do odpowiedzialnych stanowisk w obrocie gospodarczym osobom, które np. wchodziły w skład zarządu spółek w okresie, gdy doszło do ich upadłości albo gdy w związku z tworzeniem, likwidowaniem lub przejmowaniem własności przedsiębiorstw dopuściły się przestępstw. Sądowa wykładnia w ocenie owej osobistej rzetelności wychodzi nawet poza ramy działalności gospodarczej, dopatrując się niespełniania takich wymogów u osoby, która lekkomyślnie spowodowała wypadek samochodowy. Wyprowadza bowiem z tego wniosek, że równie lekkomyślnie może ona odnosić się do powierzanych jej interesów majątkowych innych osób.

Powszechnie znane, nagłościane w środkach masowego przekazu fakty dowodzą trudności, jakie piętrzyłyby się u nas w realizacji takich zdawałoby się prostych, zdroworozsądkowych zaleceń.

Równie węzłowy charakter dla całości przeciwdziałania przestępczości gospodarczej mają dwa inne postulaty. Wspólne im jest domaganie się eliminowania lub chociaż ograniczania pokus i okazji do popełniania przestępstw gospodarczych.

Pierwszy z nich adresowany jest bezpośrednio do podmiotów tworzących czy tylko wpływających na kształt regulacji prawnej sfery działalności gospodarczej, wobec której już podnopszono w referacie pewne zarzuty. Zarzuty takie przełożone na język niezrealizowanych dotychczas postulatów brzmiałyby: „Tworząc regulację prawną sfery działalności gospodarczej powinno się brać pod uwagę ewentualność jej następstw ubocznych, inaczej kosztów, w postaci patologicznych zachowań gospodarczych, obniżających lub niwelujących szanse realizacji celu danej regulacji”¹¹. Koszty takie rosną najczęściej, gdy wytycza się w regulacji prawnej nader płynną granicę między legalnymi a nielegalnymi poczynaniami, wprowadza w niej skomplikowaną, niejasno określoną, utrudniającą kontrolę podstawę dla decyzji urzędników, związanych z działalnością gospodarczą, gdy uzależnia się w niej uprawnienia lub przywileje gospodarcze od okoliczności, których sprawdzanie wymagałoby dużo czasu, nakładu sił i środków finansowych.

Drugi postulat, także pośrednio adresowany do podmiotów tworzących regulacje prawne, domaga się eliminowania sytuacji faktycznych, w jakich pojawia się pokusa albo trudno jest unikać naruszania reguł i obowiązków należących do kompetencji danej osoby. Pokusy takie i sytuacje trudne pojawiają się z reguły przy tzw. łączeniu stanowisk państwowo-administracyjnych z gospodarczymi, przyczyniając się w szczególności do

rozszerzania tzw. szarej strefy korupcji. Szanse realizacji postulatu eliminowania takich sytuacji na tle ostrych sprzeciwów wobec projektowanej noweli do ustawy antykorupcyjnej nie są, jak narazie, duże.

Z tym ostatnim postulatem łączy się kolejny odnoszący się także do pozakarnych środków przeciwdziałania przestępczości gospodarczej, tym razem z dziedziny etyki. Sprowadza się on do podnoszonej już w referacie potrzeby wypracowania lub tylko wyjaśniania, skoro takie istnieją, reguł etyki obowiązującej ludzi na odpowiedzialnych stanowiskach, mających bezpośredni lub pośredni wpływ na działalność gospodarczą oraz reguł etycznych dla działalności poszczególnych branż gospodarczych. Do wypracowania tych ostatnich i czuwania nad ich przestrzeganiem należałoby zachęcać organizacje zrzeszające podmioty gospodarcze.

W obecnych warunkach do najistotniejszych i dotychczas niezrealizowanych postulatów przeciwdziałania przestępczości gospodarczej prawem karnym należą, moim zdaniem,:

a) wzbogacenie katalogu środków karnych stosowanych wobec sprawców przestępstw i wykroczeń gospodarczych przez np. środki karne eliminujące czasowo lub stale sprawców z określonych stanowisk, funkcji lub uprawiania działalności gospodarczej danego rodzaju lub w danej branży, środki ograniczające zyski czerpane z uprawianej działalności gospodarczej jak chociażby wykluczenie od udziału w przetargach publicznych, korzystania z subwencji i kredytów preferencyjnych, zakaz reklamowania i inne.

b) opracowanie podstaw prawnych dla bezpośredniego karania przedsiębiorstw za czyny popełniane przy wykonywaniu jego działalności i na jego korzyść,

c) kontynuowanie specjalizacji organów ścigania i orzekających przez odpowiednie doszkalanie ich w zakresie specjalistycznej wiedzy gospodarczej (księgowość, rachunkowość, bankowość, giełda itp.) oraz uzupełnianie w organach ścigania wyodrębnionych zespołów pracownikami o odpowiednim pełnym, specjalistycznym wykształceniu gospodarczym.

Kończąc, jeszcze raz podkreślam, iż zdaję sobie sprawę jak niewielki fragment bogatej problematyki przestępczości gospodarczej został w referacie poruszony. Spełni on wszakże swoje zadanie, jeśli uda mu się sprowokować uzupełnienie licznych jego luk w dyskusji, sprzeciwy wobec przedstawianych w nim ocen i możliwie szeroką wymianę poglądów, co oby przyniosło owoce w postaci trafnych rozwiązań najbardziej palących problemów przeciwdziałania przestępczości gospodarczej.

Przypisy:

1. Die Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung im Wirtschaftsrecht, Zeitschr. f.d.ges. Strafrechtsw, 1980. B. 92, H. 1.
2. Council of Europe, Strasbourg 1982, s. 27.
3. Entschliessungen des XII Internationalen Strafrechtskongresses in Kairo 1984, Zeitschr.f.d.ges. Strafrechtsw. 1985, B. 97, H. 3.
4. J. Brol, M. Safjan: Prawo wobec zjawisk patologicznych w gospodarce, PUG 1992, nr 7-8, s. 175 i n.
5. L. Gardocki: Zagadnienia teorii kryminalizacji, Warszawa 1990, s. 109 i n.
6. Strafjustiz und Geschäftsleute. Krieg zweier Welten? w: Internationale Forschungsergebnisse auf dem Gebiet der Wirtschaftskriminalität, Hrg. Karlhans Liebl. B. 1 1987, s. 264 i n.
7. E. Szwedek: Przepis karny instrumentem polityki gospodarczej, NP 1958, nr 2, s. 15.
8. Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität und Möglichkeiten ihrer strafrechtlichen Bekämpfung, Zeitschr.f.d.ges. Strafrechtsw. 1985, B. 97, z. 3.
9. Op. cit.
10. Kriminologie, Heidelberg 1983, s. 434 i n.
11. A. Podgórecki: Socjologia Prawa, Warszawa 1962, s. 161 i n.

AKTUALNY STAN W ZAKRESIE ZWALCZANIA PRANIA BRUDNYCH PIENIĘDZY W SZWAJCARII

I. PRZEGLĄD SYTUACJI DO 1990 R.

1. Pranie brudnych pieniędzy jako przestępstwo

Szwajcaria - jako jeden z pierwszych krajów europejskich - wypracowała specjalny typ przestępstwa opisującego znamiona prania brudnych pieniędzy (art. 305^{bis} k.k.), z mocą obowiązującą od 1 sierpnia 1990 r.¹ Zapewne i z tego powodu mówi się (w Szwajcarii) o „przypadku modelowym Szwajcarii”, chociaż ze świadczącym o zachowaniu skromności znakiem zapytania².

W związku ze wspomnianą nowelizacją istotnego znaczenia nabiera kwestia nieumyślnego prania brudnych pieniędzy. Równocześnie z przepisem określającym właściwe przestępstwo prania brudnych pieniędzy wszedł bowiem w życie przepis zawierający konstrukcję umyślnego przestępstwa „braku staranności przy interesach pieniężnych” (art. 305^{bis} k.k.). Ten typ przestępstwa jest oryginalny z dwójakiego względu: (1) Z jednej strony ustawodawca chciał wprowadzić uniknąć kryminalizacji nieumyślnego prania brudnych pieniędzy, jednakże w ramach postaci przestępstwa umyślnego dokonał kryminalizacji tego rodzaju interesów finansowych, przy których finansista nie ustalił w odniesieniu do swego partnera w interesach tożsamości osoby uprawnionej gospodarczo (ekonomicznie) stosownie do określonego towarzyszącymi okolicznościami wymogu staranności. (2) Rozwiązanie to jest również oryginalne z innego powodu. Otóż z jednej strony zawiera ono kryterium staranności dla odciążenia finansisty (ponieważ pomimo zaistniałych wątpliwości co do osoby gospodarczo (ekonomicznie) uprawnionego interesy mogą być realizowane, jeśli zachował on wymaganą staranność przy ustalaniu tożsamości). Z drugiej zaś strony niezachowanie owej staranności staje się wiodącą poszlaką dla przyjęcia, iż zachodzi zamiar prowadzenia interesów z pominięciem prawidłowego ustalenia gospodarczej tożsamości partnera.³

2. Wytyczne dla banków mające na celu zapobieganie praniu brudnych pieniędzy

Art. 305^{ter} k.k. wymaga wprowadzie tylko staranności w odniesieniu do stwierdzenia tożsamości, tym niemniej już z istnienia zakazu umyślnego prania brudnych pieniędzy (art. 305^{bis} k.k.) wynika, że zlekceważenie elementarnych, przeciwdziałających praniu brudnych pieniędzy, środków ostrożności powoduje w konsekwencji postawienie urzędnikowi bankowemu zarzutu obojętności. To z kolei „przesuwa” sprawcę, który wypełnił obiektywne znamiona przestępstwa - zgodnie z cieszącą się uznaniem prawnokarną teorią zamiaru - co najmniej na obrzeża zarzutu wyczerpania subiektywnych jego znamion, a więc dokonania prania brudnych pieniędzy z zamiarem ewentualnym. Konstrukcja ta jest bowiem „bramą wpadkową” dla ukierunkowanych na zapobieganie praniu brudnych pieniędzy przepisów bankowych dotyczących nadzoru. Obligują one bowiem banki do ich wdrożenia na obszarze wewnątrzbankowym (w sensie przepisów dla personelu bankowego oraz odpowiedniego szkolenia pracowników bankowych). Nie ulega wątpliwości, że w praktyce tego rodzaju prewencyjne przepisy są o wiele bardziej znaczące niż nieliczne wypadki, w których mamy do czynienia z umyślnym praniem brudnych pieniędzy. Jednocześnie można zakładać, że tego rodzaju środki prewencyjne mogą być ciągle kształtowane w sposób optymalny. Brzmi to wprowadzie pozytywnie, lecz w istocie ocena taka byłaby nieuprawniona, ponieważ od dawna już jest wiadomo, że abstrakcyjne przepisy dotyczące wymogu staranności - nawet w zakresie ochrony życia i zdrowia - szybko zaczynają funkcjonować w ramach własnego biurokratycznego wymiaru. Wyraża się to w tym, że dokonuje się mechanicznej ich wykładni, bezmyślnie się je stosuje, co jest często konsekwencją niedorzecznego, i to bez wyrzutów sumienia, ich ignorowania. Także realizowanie tych przepisów odbywa się raczej dla ich samych a nie ze względu na chronione przez nie dobro prawne. Urząd, który wydaje tego rodzaju przepisy, np. przepisy dotyczące ochrony przeciwpożarowej, ma przede wszystkim na celu - najczęściej nie będąc tego świadomy - zapobieżenie zaistnienia pożaru ze skutkiem śmiertelnym, przy którym zostałyby naruszone przepisy przeciwpożarowe. W ten sposób urząd sprawujący nadzór zabezpiecza się przed ewentualnością stawiania ciężkich zarzutów przez media. Przykre jest jednak to, że w konsekwencji znika z pola widzenia cel tego rodzaju regulacji, którym - w tym wypadku - ochrona obywateli przed pożarem. Sama zaś regulacja staje się środkiem przysparzania pracy dla biurokracji a jednocześnie mechanizmem, który zrzuca z biurokracji ds. nadzoru winę za zaistniałe incydenty.

Jeśli chodzi o pranie brudnych pieniędzy, Konfederacyjna Komisja Bankowa w pierwszym rządzie zniósła tzw. formularz B, co nastąpiło na mocy specjalnego okólnika z mocą obowiązującą od 1 lipca 1991 r. Oznacza to, że w Szwajcarii nie ma już tzw. supertajemnicy bankowej, która wyrażała się w tym, że osoby zobowiązane do zachowania tajemnicy zawodowej - w szczególności adwokaci i notariusze - mogli występować wobec banków jako partnerzy w interesach zachowując przed bankiem w tajemnicy tożsamość swoich klientów.⁴ Kolejnym krokiem ze strony Konfederacyjnej Komisji Bankowej było wydanie wytycznych dotyczących przeciwdziałania i zwalczania prania brudnych pieniędzy z dnia 18 grudnia 1991 r., które weszły w życie z dniem 1 maja 1992 r.⁵ Centralnym i zwrotnym punktem w tych wytycznych było i pozostaje nadal złożenie przez bank zawiadomienia (meldunku) o podejrzanych klientach oraz ignorowanie przez bank zleceń takich klientów (wewnętrzna blokada), por. w tej kwestii pkt. 23-28 wytycznych. Ten zwrotny punkt spowodował uaktywnienie działań ustawodawcy, które dopiero w części zostały zakończone (na temat prawa do złożenia zawiadomienia według art. 305^{ter} ust. 2 k.k. niżej w pkt. III; tam również o obowiązku złożenia zawiadomienia i jego rozszerzeniu na parabanki).

II. UŁATWIONY PRZEPADEK I UŁATWIONE ZWALCZANIE PRZESTĘPCZOŚCI ZORGANIZOWANEJ

Po przedstawionym wyżej wprowadzeniu przejdźmy do prezentacji aktualnego stanu w zakresie zwalczania prania brudnych pieniędzy. Do niedawna Szwajcaria należała jeszcze do kręgu państw, których kodeksy nie zawierają ustawowych znamion udziału w organizacji przestępczej we właściwym tego słowa znaczeniu. Wprawdzie na przedpolu od dawna podlegało karze usiłowane podżeganie do zbrodni (art. 24 II k.k.); bezkarne pozostawało natomiast nawet porozumienie do dokonania zbrodni w ramach konstrukcji współsprawstwa (i tak jest nadal, chyba że podjęte zostaną szczególne organizacyjne czynności przygotowawcze, art. 260^{bis} k.k. - obowiązujący od 1.10.1982 r.). Owa wstrzemięźliwość w odniesieniu do czynów przestępczych na tzw. przedpolu nie została w zasadzie określona w Szwajcarii do początku lat 90-tych jako niezadowalająca, z jednym wszakże (oczywiście ważnym!) wyjątkiem. Otóż brak przestępstwa udziału w organizacji kryminalnej stanowił ewidentną lukę na obszarze udzielenia pomocy prawnej w związku z zasadą wzajemnej karalności.

Nowelizacja kodeksu karnego poprzez tzw. pakiet środków zwalczania przestępczości zorganizowanej⁶, który wszedł w życie 1 sierpnia 1994

r., przyniosła trzy nowe rozwiązania: (1) prawo banków do złożenia stosownego zawiadomienia (meldunku) w związku z podejrzeniem procederu prania brudnych pieniędzy (na ten temat dalsze uwagi w pkt. III). (2) wprowadzenie karalności udziału w organizacji przestępczej, art. 260^{ter}. W tym zakresie należy nadmienić, iż Rada Federalna (Bundesrat) argumentowała to nie tylko względami pomocy prawnej, lecz również wzrastającym zagrożeniem Szwajcarii ze strony przestępczości zorganizowanej.

„Wiele oznak wskazuje na to, że przestępczość zorganizowana w znacznym stopniu wykorzystuje szwajcarskie przedsiębiorstwa usługowe jako bazę logistyczną do dokonywania międzynarodowych operacji, co dotyczy w szczególności zarządu finansami oraz transakcji prania brudnych pieniędzy”.⁷

Jeśli chodzi o pranie brudnych pieniędzy, to nie nadaje się ono wprawdzie do tego - jako że nie jest zbrodnią - aby mogło być celem organizacji przestępczej. Jeżeli jednak taka organizacja zajmuje się np. handlem środkami odurzającymi, wówczas proceder prania pieniędzy będzie wspieraniem organizacji w jej przestępczej (w kategoriach zbrodni) działalności, zgodnie z ujęciem nowego art. 260^{bis} k.k. Nie jest oczywiście jasne, co za pomocą tej „podwójnej śladowości” zostało właściwie osiągnięte.

(3) Trzecim elementem tzw. pakietu środków zwalczania przestępczości zorganizowanej, na który należałoby zwrócić uwagę, jest nowe ujęcie przepadku. Częściowo tylko ono wyjaśnia to, co już dotąd było obowiązującym prawem; częściowo zaciemnia obowiązujące dotąd zasady; częściowo niesie ze sobą ułatwienia przepadku.⁸

W odniesieniu do ostatniego stwierdzenia ulega przypadkowi to, co pozostaje w mocy dyspozycyjnej organizacji oraz wszystkie wartości majątkowe uczestników organizacji bądź osób ją wspierających, jeżeli zachodzi domniemanie, że podlegają one jej władzy dyspozycyjnej. Tego rodzaju wartości majątkowe mogą i muszą ulec przypadkowi. Z podnoszonych wcześniej przeze mnie krytycznych uwag⁹ chciałbym powtórzyć w tym miejscu dwa punkty:

(1) domniemanie wychodzi - w szczególności w stosunku do sympatyków organizacji bądź osób wspierających ją jednorazowo - poza ramy kryminalno-politycznej potrzeby. (2) Ten nowy przepadek nie jest zsynchronizowany z przypadkiem, którego udaremnienie lub zagrożenie jest karalne jako pranie brudnych pieniędzy (ponieważ brakuje tutaj pochodzących z konkretnych przestępstw źródełowych (mających charakter zbrodni) wartości majątkowych). Nowy przepadek dezawuuje ponadto całą ideę, która kryje się za procederem prania brudnych pieniędzy, mia-

nowicie transfer do pozornie czystego środowiska. Jeśli bowiem wartości majątkowe pozostaną w atmosferze organizacji, pozostając tym samym podatnymi do objęcia ich przypadkiem, nie są one wówczas oczyszczone.

W odniesieniu do normalnego (zwykłego) przypadku nowe ujęcie wyjaśnia, że miejsce nie istniejących już wartości zajmuje roszczenie zastępcze (art. 59, nr 2 k.k.). Raczej ujemnie oddziałuje to na pranie brudnych pieniędzy, gdyż nie jest klarowne, czy zamiast przypadku przedmiotem roszczenia zastępczego może być także surogat. Jeśli się temu zaprzeczy, wówczas poprzez oczyszczenie majątek sprawcy przestępstwa źródłowego stanie się rzeczywiście czysty, ponieważ roszczenie zastępcze jest pomyślane jako obciążenie - czystych - wartości majątkowych sprawcy przestępstwa źródłowego.¹⁰

Praktyczne konsekwencje tej nowej regulacji nie są mi jednak - przynajmniej w odniesieniu do spraw krajowych - znane; na temat pomocy prawnej niżej w pkt. IV.

III. PRAWO I OBOWIĄZEK BANKÓW (ORAZ INNYCH KRĘGÓW ZAWODOWYCH) DO ZŁOŻENIA ZAWIADOMIENIA (MELDUNKU)

Bardziej okazyjnie niż z powodu ścisłego wewnętrznego związku wykorzystał ustawodawca omawiany wyżej tzw. pakiet środków zwalczania przestępczości zorganizowanej do tego, aby do art. 305^{ter} k.k. dołączyć prawo do złożenia zawiadomienia (meldunku) przez finansistę. Dyskusja na temat, czy lepsze w tym względzie byłoby prawo czy też obowiązek, przebiegała też w sposób kontrowersyjny w kręgach bankowych. Ustawodawca zdecydował tylko na prawo do złożenia zawiadomienia, jeśli „dokonane spostrzeżenia wskazują na to, że wartości majątkowe pochodzą z przestępstwa”. Skoro ta regulacja została wprowadzona w związku z pakietem środków zwalczania przestępczości zorganizowanej, budzić może zdziwienie, dlaczego nie istnieje prawo do złożenia stosownego zawiadomienia, gdy z dokonanych spostrzeżeń wynika, że wartości majątkowe podlegają dyspozycji organizacji przestępczej.

Nowe unormowanie jest istotne przede wszystkim dlatego, iż stwarza ono solidną podstawę prawną dla wytycznych Konfederacyjnej Komisji Bankowej dotyczących przeciwdziałania i zwalczania prania brudnych pieniędzy. Niezależnie od tego konflikt w kwestii - prawo czy obowiązek do złożenia zawiadomienia, nabrzmiewa dalej. Wydział ds. Finansów pracuje obecnie nad ustawą o zwalczaniu prania brudnych pieniędzy w sektorze finansowym (GwG). Najnowszy projekt tej ustawy z 6 lipca 1995 r. pozostaje w wewnętrznym obiegu administracyjnym. Wiadomo jednak, iż chodzi o to, aby prawo do składania zawiadomień przekształcić w obo-

wiązek, zaś kategorie objętych nim finansistów zdefiniować szerzej w porównaniu z kręgiem adresatów wskazywanych wyżej wytycznych Konfederacyjnej Komisji Bankowej (chodzi w szczególności o parabanki; szczególnie problem kasyn gry pozostawiam poza zakresem tego opracowania).

Teoretyczna dyskusja o prawo czy obowiązek do złożenia zawiadomienia znacznie odbiega od płaszczyzny pierwszych praktycznych doświadczeń banków w odniesieniu do podejrzanych wypadków. Ku zaskoczeniu okazało się bowiem, że w praktyce uzasadniające podejrzenie spostrzeżenia banku, których konsekwencją powinno być prawo lub obowiązek do złożenia zawiadomienia, nie są wynikiem kontaktu z klientem, lecz zgłaszane są bankowi przez osobę trzecią. Osobą trzecią mogą być urzędy zagraniczne. Jako przykład może tu służyć odpowiedni niemiecki urząd ds. likwidacji majątku byłej NRD, który za pomocą stosownych ogłoszeń podjął poszukiwania wartości majątkowych, za pomocą przestępczych metod zdeponowanych w Szwajcarii.¹¹ W charakterze tego rodzaju osób trzecich mogą również wystąpić krajowe organy ścigania karnego, które (opierając się na mniej lub bardziej nieformalnych wnioskach zagranicznych organów o udzielenie pomocy prawnej) przekazują dalej bankom listy podejrzanych osób: por. w odniesieniu do tego rodzaju akcji poszukiwawczej Federalnej Prokuratury (z listą poszukiwawczą osób pochodzenia włoskiego) rozstrzygnięcie Szwajcarskiego Sądu Federalnego (BGE) 120 IV 260 (V. 26.9.19940). Próba reasumacji powyższych treści skłania do postawienia następujących pytań: czy krajowe lub zagraniczne ogłoszenia prasowe na temat X lub Y jako podejrzanego o przynależność do mafii bądź o handel środkami odurzającymi należy traktować jako spostrzeżenia, które mogą czy muszą skłaniać bankowca do sprawdzenia w swoim komputerze, czy osoba ta jest klientem banku? Czy istnieje prawo lub obowiązek do złożenia stosownego zawiadomienia wówczas, gdy doniesienie prasowe okaże się wiarygodne? Czy nie wymaga to przynajmniej przeanalizowania dotychczasowego stosunku z klientem i złożenia zawiadomienia tylko wtedy, jeśli w świetle owego doniesienia prasowego wydaje się on od tej chwili być podejrzanym?

Nie trzeba dużej fantazji, aby wyobrazić sobie radykalne odformalizowanie wszystkich reguł związanych z udzieleniem pomocy prawnej, do czego zmierzają postawione wyżej pytania.

IV. PRANIE BRUDNYCH PIENIĘDZY A MIĘDZYNARODOWAPOMOC PRAWNA

Uwagi zawarte na końcu pkt. III dotyczą już kwestii pomocy prawnej. W tym zakresie istnieje od niedawna projekt Rady Federalnej do-

tyczący nowelizacji jednostronnego ustawodawstwa.¹² Bez zmiany obowiązującego prawa o pomocy prawnej odpadły, gdzieś od połowy 1994 r., komplikacje, które występowały wówczas, gdy pomoc prawna obejmowała kilka kantonów. Pomoc prawna na obszarze Szwajcarii została bowiem w znacznym stopniu uproszczona przez tzw. Konkordat Kantonów o Pomocy Prawnej i Międzykantonowej Współpracy w Sprawach Karnych, który wszedł w życie z dniem 2.11.1993 r.¹³ Oddziałuje to o tyle na międzynarodową pomoc prawną, gdy jako właściwy może zostać powołany kanton prowadzący, który następnie przeprowadza ze swej strony dochodzenie w dalszych kantonach zgodnie z zasadami, które obowiązują przy stosowaniu instytucji pomocy prawnej w rejonie Szwajcarii; art. 80 Konfederacyjnej Ustawy Federalnej o Międzynarodowej Pomocy Prawnej w Sprawach Karnych (IRSG).¹⁴ Dlatego każde ułatwienie pomocy prawnej realizowanej w rejonie Szwajcarii oddziałuje na międzynarodową pomoc prawną.

Uproszczenie międzynarodowej pomocy prawnej, które było wprowadzie praktyczne, lecz mało praworządne, zostało osiągnięte - dzięki stanowi faktycznemu przestępstwa prania brudnych pieniędzy - w następujący sposób. Zagraniczny wniosek o udzielenie pomocy prawnej, którego podstawą jest np. przestępstwo związane z narkotykami, dawał krajowemu sędziemu możliwość wszczęcia postępowania o pranie brudnych pieniędzy. Wyeksponowane w tym postępowaniu dowody pokrywały się przypadkowo z tymi, których poszukiwał zagraniczny sędzia. Szwajcarski urząd zwracał się następnie do zagranicznego sędziego z prośbą o udzielenie pomocy prawnej, zaś dla zorientowania, jaki jest stan postępowania w Szwajcarii, załączał właśnie te dokumenty, które uzyskał w swoim postępowaniu zagraniczny sędzia. W kilkunastu rozstrzygnięciach od początku 1995 r. szwajcarskie sądy zablokowały tę - oczywiście prawie rutynowo stosowaną - określoną drogę dla skrócenia postępowania o udzielenie pomocy prawnej ze względu na nadużycie prawa.¹⁵

V. PRANIE BRUDNYCH PIENIĘDZY - CO ZOSTAŁO PRAKTYCZNIE OSIĄGNIĘTE

1. Pranie brudnych pieniędzy, charakterystyczne z powiązaniem zagranicznymi

Można powiedzieć, że w Szwajcarii w zasadzie nie występuje zjawisko prania brudnych pieniędzy bez związków z zagranicą.¹⁶ Jeśli zaś takie sytuacje mają nawet miejsce, to w mniejszym lub większym stopniu mieszczą się one w kategorii raczej zabawnych wypadków o charakterze szczególnym.

2. Niewłaściwe i właściwe pranie brudnych pieniędzy.

W odniesieniu do prania brudnych pieniędzy z powiązaniem z zagranicą należy dokonać rozróżnienia. Otóż występują w tym zakresie stany faktyczne, których zakwalifikowanie na podstawie przepisu art. 305^{bis} k.k. wydaje się - z mniej lub bardziej łatwych do przewidzenia powodów - korzystne, lecz w stosunku do których nie zachodziłaby właściwie potrzeba konstruowania przepisu kryminalizującego pranie brudnych pieniędzy. Tego rodzaju niewłaściwe pranie brudnych pieniędzy można byłoby, jak sądzę, wyeksponować na pierwszym planie, przede wszystkim w oparciu o zasób wiedzy zgromadzony na podstawie codziennych doniesień prasowych. Nie jest to nic nowego, jako że już w sprawie braci Magharin Szwajcarski Sąd Federalny (BGE 115 IV 256¹⁷) jeszcze rozszerzył owo niewłaściwe pranie brudnych pieniędzy dokonując odpowiedniej wykładni znamion przepisu art. 305^{bis} k.k. (BGE 120 IV 323 (21.9.1994)). Tak więc piorącymi brudne pieniądze mogą być także sprawcy poprzedzających ten proceder przestępstw źródłowych. Taki pogląd zupełnie niepotrzebnie izoluje szwajcarską koncepcję prania brudnych pieniędzy od rozwiązań przyjętych w państwach sąsiednich. Pranie brudnych pieniędzy jest z natury rzeczy przestępstwem wykazującym związek z innym czynem zabronionym, podobnie jak poplecznictwo czy paserstwo. Specyficzne problemy, charakterystyczne dla tej właśnie kategorii przestępstw (jako hasło sygnalizują jedynie poplecznictwo osobowe), pozostaną nierozwiązane, jeżeli się postuluje, że przestępnego prania brudnych pieniędzy może dopuścić się także sprawca przestępstwa źródłowego.

Mówiąc o właściwym praniu brudnych pieniędzy mam na myśli te stany faktyczne, które pozostawałyby bezkarne, gdyby nie było przepisu art. 305^{bis} k.k. Tego rodzaju stany faktyczne oczywiście występują, lecz bardzo rzadko można mówić o ich spektakularnym charakterze. Chodzi tu o wypadki, w których nastąpiło zakończenie zachowań w ramach przestępstw źródłowych, a jednocześnie uzyskane dochody nie są wykorzystywane na finansowanie nowych działań przestępnych (bądź są wykorzystywane, lecz nie jest to możliwe do udowodnienia).

W tym miejscu chciałbym jedynie wskazać na szczególną kwestię w ramach narosłych uprzednio problemów, tj. lokowanie brudnych pieniędzy w Szwajcarii przed wejściem w życie ustawodawstwa kryminalizującego proceder prania pieniędzy.

Sporadyczność skazań za proceder prania brudnych pieniędzy oraz znikoma wartość skonfiskowanych kwot w relacji do szacowanych dochodów z przestępczości zorganizowanej są być może rezultatem tego, że przeważająca część środków uzyskanych z działalności przestępczej po

prostu Szwajcarię omija. Może jest i tak, że uzyskiwane przez organizację przestępczą dochody i przeznaczone do oczyszczenia są w znacznym stopniu zawyżane.¹⁹ Można również zakładać, że prace dostosowali swoje metody do regulacji przeciwdziałających omawianemu procederowi. Nigdy nie wierzyłem w to, że za pomocą przepisu kryminalizującego pranie brudnych pieniędzy można ugodzić w przysłowiową piętę Achillesową przestępczości zorganizowanej. Zwalczanie prania brudnych pieniędzy jest tylko jednym z wielu środków, który możemy wykorzystać przeciwko przestępczości, żeby nas nie mogła zdominować. Z przestępczością jest podobnie jak z chwastem na polach. Celem jest nie wytrzebieenie, lecz chodzi o zachowanie znośnego stanu równowagi między wydatkami na zwalczanie a utratą korzyści. Cudowny środek nie istnieje - nie jest nim więc również kryminalizacja prania brudnych pieniędzy.

Przypisy:

1. Bliżej *E. Pływaczewski*, *Pranie brudnych pieniędzy*, Toruń 1993, s. 53 i nast., 82 i nast.
2. *M. Pieth* (red.), *Bekämpfung der Geldwäscherei - Modellfall Schweiz*, Basel etc. 1992.
3. *G. Arzt*, *Schweizerische Juristen-Zeitung* 86(1990), s. 190 i n.
4. *E. Pływaczewski* (jak w przypisie 1), s. 91 i nast.; *G. Friedli*, w: *M. Pieth* (jak w przypisie 2), s. 124 i nast., 143 i nast.
5. Już omawiane przez *E. Pływaczewskiego* (jak w przypisie 1), s. 99 i nast.
6. *Botschaft des Bundesrates z 30.6.1993*, *Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft* 1993 III, s. 277 i nast.; Bliżej *G. Arzt*, *AJP* 1993, s. 1187-1195; *P. Müller* (wicedyrektor Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości), *AJP* 1993, s. 1180-1186; *Vest*, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 112 (1994), s. 121 i nast.
7. *P. Müller* (jak poprzednio), s. 1182.
8. Bliżej na temat różnych modeli ułatwionego przypadku - zob. *G. Arzt*, w: *E. Pływaczewski* (red), *Proceder prania brudnych pieniędzy*, Toruń 1993, s. 163 i nast., 179 i nast., to samo w: *Recht* 1993, sw. 77 i nast.
9. *G. Arzt*, *AJP* 1993, s. 1187 i nast., 1191 i nast.
10. Z genezy tego ustawodawstwa wynika, że zasadniczo surogat był traktowany - odmiennie od zdecydowanie dominującego poglądu doktryny na gruncie poprzednio obowiązującego prawa - jako nie nadający się do przypadku. Jednakże w tym względzie powinno się dopuścić wyjątek (dogmatycznie nie uzasadniony i samowolny) dla pieniędzy bankowych i zrównanych z nimi roszczeń pieniężnych. Wykazuje to *G. Arzt* (jak w przypisie 9), s. 1191.
11. Na temat akcji poszukiwawczej zagranicznego (konkretnie niemieckich) urzędów (konkretnie chodzi o *Unabhängige Kommission Parteivermögen*) poprzez ogłasza-

nie odpowiednich komunikatów oraz zabezpieczenie pomocy ze strony Prokuratury Okręgowej w Zurychu - por. reasumpcję Neue Züricher Zeitung z 9.6.1994 oraz opublikowany w tymże czasopiśmie z dnia 7.6.1994 r. krytyczny artykuł pióra Lionela Frei (Verletzung der Rechtshilferegeln; Information des Auslandes strafbar als wirtschaftlicher Nachrichtendienst nach Art. 273 StGB!).

12. Botschaft z dnia 29.3.1995, Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1995 III, s. 1 i nast.

13. O efektywnym funkcjonowaniu Konkordatu można mówić dopiero z momentem przystąpienia większości kantonów w ciągu 1994 roku. Kanton Bern uczynił to przykładowo 6.9.1994 r. z mocą obowiązującą od 4.4.1995 r.

14. Na temat uprawnienia do złożenia skargi por. określone do publikacji rozstrzygnięcia Sadu Federealnego z lipca 1995.

15. Na temat odnośnego rozstrzygnięcia nr 17 Anklagekammer w Genewie z dnia 24.1.1995 r., pisałem w: recht 1995, s. 131.

16. Skazania na podstawie przepisu art. 305^{bis} (z tego w nawiasach obywatele Szwajcarii) przedstawiają się w poszczególnych latach następująco: 1991 -2(1), 1992 - 11(3), 1993 - 19(5), 1994 - 34(15). Nie odnotowano natomiast żadnych skazań z przepisu art. 305^{ter}. Źródło: Bundesamt für Statistik, a la carteinfo (stan 25.8.1995).

17. Die Praxis des Bundesgerichts 79 (1990), Nr 39.

18. W tym zakresie nie ma danych statystycznych na szczeblu Federacji. Przykłady konkretnych spraw podają *Pieth i Freiburghaus*, Die Bedeutung des organisierten Verbrechens in der Schweiz (Bericht im Auftrag des EJPD), Oktober 1993, s. 34 (co do możliwości wykorzystania Szwajcarii do lokowania środków pochodzących z przestępstwa istnieje ... według zebranych informacji tylko nieznaczny wymiar) i na str. 66 (co do skutecznego procederu prania brudnych pieniędzy istnieje bardzo mało materiału opartego na faktach). W ramach Medienseminars der Schweizerischen Bankvereinerung w maju 1995 r. podana została kwota od 2.100 do 2.500 miliardów franków (co należy traktować jako czystą spekulację) w odniesieniu do zarządzanych w Szwajcarii depozytów klientów i lokat powierniczych. Dokładne liczby dla kantonu Zurych są następujące: zakończone postępowania przez policję w 1992 r. - zaledwie 100; 1993+1994 r. - po dobre 20. Zagraniczne wnioski o udzielenie pomocy prawnej (również kanton Zurych) w 1992 r. - około 70; 1993+1994 r. - po dobrych 120. Zawiadomienia oparte na prawie do złożenia meldunku według art. 305^{ter} k.k. realizowane przez banki (od 1.8.1994 do maja 1995): 12-15; w Szwajcarii łącznie wynosiło to blisko podwójnie (dane według Prokuratury Okręgowej Cosandey).- Źródło: Bund z 31.5.1995, s. 2 (tytuł: Bekämpfung nur Image, Action, Bluff?).

Jak skuteczne jest niemieckie ustawodawstwo dotyczące prania brudnych pieniędzy, trudno byłoby teraz ocenić (przekracza to zresztą ramy mojego tematu). Ministerstwo Spraw Wewnętrznych landu Badenia-Wirtembergia w informacji prasowej pod tytułem „Ustawa o praniu brudnych pieniędzy dotychczas prawie bez efektów” podało następujące dane za rok 1994: 387 zawiadomień o podejrzanych transakcjach od banków i innych podmiotów, całkowita kwota tych transakcji 234 miliony DM. Skonfiskowano natomiast 10 milionów DM, jednakże z tej kwoty już teraz zwrócono - na podstawie rozstrzygnięć sądowych 8 milionów DM.

19. *Petrus C. van Duyne*, w: *E. Pływaczewski* (red), (jak w przypisie 8), s. 109 i nast. Specjalista w zakresie problematyki przestępczości gospodarczej z *St. Galler Christof Müller* określa pranie brudnych pieniędzy jako zagrożenie legalnej gospodarki. Jego zdaniem, kwota uzyskiwana tylko z handlu narkotykami, którą poddaje się następnie procesowi oczyszczania przekracza 500 miliardów dolarów rocznie. Niezależnie od tego widzi on nowe zagrożenia dzięki otwarciu granic w Europie Wschodniej, Bund z 15.3.1995. Trzeźwo myślący *Schwander-Auckenthaler*, *Missbrauch von Bankgeschäften zu Zwecken der Geldwäscherei*, Bern 1995. Roczne sprawozdanie Financial Action Task Force (FATF) zawiera również przypuszczenia co do zakresu prania brudnych pieniędzy (Zif. 68) oraz co do prania wschodnioeuropejskich i rosyjskich pieniędzy na Zachodzie i odwrotnie (Zif. 73).

AKTUALNY STAN W ZAKRESIE ZWALCZANIA PRANIA BRUDNYCH PIENIĘDZY W POLSCE

I. WPROWADZENIE

Przestępczość zorganizowana, która łączy się ze stałym napływem ogromnych środków finansowych, stwarza problem ich zabezpieczenia i wprowadzenia do legalnego obrotu pieniężnego przy zachowaniu szczególnych środków ostrożności. Członkowie zorganizowanych struktur przestępczych są więc zmuszeni do wykorzystania wszelkich możliwości, aby osiągnąć ostateczną legitymizację (ang. integration) dochodów pochodzących z nielegalnych źródeł. Proceder ten określany mianem prania brudnych pieniędzy (niem. Geldwäsche, Geldwäscherei, ang. Money Laundering) - stanowi korzenie zorganizowanego przestępstwa; innymi słowy jest zasadniczą podstawą jego egzystencji.¹

W Polsce - w związku z transformacją ustrojową i gwałtownymi zmianami sprzyjającymi rozwojowi gospodarki rynkowej - w szybkim tempie dostosowywano regulacje prawne dotyczące działalności gospodarczej do zmieniających się warunków społeczno-ekonomicznych. Nie towarzyszył temu jednak proces wprowadzenia do ustawodawstwa karnego odpowiednich typów przestępstw, które mogłyby stanowić podstawę ścigania sprawców nowych rodzajów i form przestępczości. Z tego też względu Polska stała się swego rodzaju rajem podatkowym czy też bezpieczną przystanią (haven country) dla przestępczości zorganizowanej i jej brudnych pieniędzy.

Przesłanki zaliczenia Polski do grona 48 innych, tak charakteryzowanych, państw były w szczególności:

- liberalne prawo o rejestracji działalności firm, w tym zagranicznych,
- brak opodatkowania lub niskie podatki od firm zagranicznych,
- obowiązująca tajemnica handlowa i bankowa o podatniku i jego obrotach kapitałowych,
- brak karania lub minimalne kary za obrót walutami,
- łatwy transport i komunikacja,
- korzystna lokalizacja kraju na tzw. szlakach narkotykowych,
- względnie stabilny klimat polityczny, oraz

- łatwa dostępność doradztwa zawodowego i finansowego, jak również powszechność pozabankowego obrotu gotówką i transferu dewiz.²

Mechanizmy rządzące praniem brudnych pieniędzy są - jak wynika z opisów sposobu funkcjonowania tego proceduru w skali prawnoporównawczej³ - w różnych krajach zbliżone, a wiele ich cech ma charakter typowy i z pewnością już występuje bądź wkrótce wystąpi w naszym kraju. Zdaniem zachodnich ekspertów międzynarodowe kartele przestępcze wybierają do lokowania i inwestowania brudnych pieniędzy takie kraje, w których systemy prawne wykazują duże luki, zaś kontrola jest słaba. Dotyczy to w szczególności Polski oraz innych krajów byłego bloku wschodniego. Ekspertiści ci reprezentują także pogląd, że organizacje narkotykowe - zwłaszcza z Turcji, Kolumbii i Nigerii - coraz częściej wykorzystują ten region Europy do bezpośrednich kontaktów z rynkiem niemieckim. Organizacje te zakładają w krajach tranzytowych, jak Polska, Węgry, Czechy i Słowacja, różnego rodzaju przedsiębiorstwa (firmy), co pozwala im ukryć prawdziwe źródło dochodów.⁴

Brak dewiz oraz jednocześnie wysokie nadwyżki pieniądza gotówkowego, w stosunku do których tradycyjne możliwości inwestowania są zbyt wąskie bądź niebezpieczne, mogą stanowić w Polsce oraz innych krajach Europy Środkowej i Wschodniej swoistą symbiozę w sferze gospodarczej. W szczególności chodzi o zakup przedsiębiorstw przemysłowych bezpośrednio za gotówkę. Dzięki tym środkom mogą być kupowane najnowsze zachodnie urządzenia produkcyjne, a konkurencyjne towary - sprzedawane na rynku zachodnim. Dłuższy proces inwestycyjny przynosi niewątpliwie - dzięki prawu własności przedsiębiorstwa, wypłacaniu dywidend, itp. - wielokrotnione zyski. Osiągnięte w ten sposób wysokie udziały rynkowe rujną legalnych konkurentów, którzy muszą się liczyć z oprocentowaniem własnego lub obcego kapitału.⁵

Jednocześnie w Polsce mamy też do czynienia z tzw. wschodnim biznesem, który często reprezentuje interesy świata przestępczego. Umieszczenie tego biznesu wskazuje, że w naszej sferze gospodarczej funkcjonują już zorganizowane struktury przestępcze, w których biorą udział zarówno polscy, jak i rosyjskojęzyczni przedsiębiorcy. Profesjonalizm kryminalny nie jest już nowopowstającym zjawiskiem. Polsko-rosyjski świat przestępczy osiągnął bowiem pierwszy stopień zorganizowanej przestępczości już przed dwoma lub trzema latami, kiedy to nasi eksperci prognozowali, że jego ewolucja ku najwyższemu szczeblom zorganizowanej przestępczości, tj. strukturom o charakterze mafijnym, jest nieunikniona.

W związku z tym nie powinien stanowić specjalnego zaskoczenia fakt, że w marcu 1995 r. nasz minister spraw wewnętrznych złożył oficjalne oświadczenie, iż w Polsce mamy do czynienia z początkiem struktur o charakterze mafijnym, które podejmują próby przeniknięcia do wszystkich szczebli władzy państwowej. Zgodnie z raportem Ministerstwa Spraw Wewnętrznych w Polsce działają 293 zorganizowane grupy przestępcze, liczące około 4000 członków. W tej liczbie mieści się ponad 100 cudzoziemców, przeważnie sprawców rosyjskojęzycznych. Istotnego znaczenia nabiera więc pytanie o możliwości zwalczania prania brudnych pieniędzy w naszym kraju. Dodajmy, że określenie wielkości poddawanych oczyszczaniu środków finansowych jest - w związku z brakiem wiarygodnych danych - nadzwyczaj trudne. Toteż w Polsce, podobnie jak i w innych krajach, wszelkie dane w tym zakresie powinny być traktowane z dużą dozą ostrożności.⁶ Według niektórych szacunków od 1990 r. „przeprano” na polskim rynku około 2 miliardów dolarów. Nadzór Bankowy NBP przypuszcza zaś, że w Polsce pierze się od 2 do 3 miliardów dolarów rocznie.⁷

II. ŚRODKI PRZECIWDZIAŁANIA PRANIU BRUDNYCH PIENIĘDZY W SYSTEMIE BANKOWYM I W SEKTORZE FINANSOWYM

Jak ogólnie wiadomo, włączenie systemu bankowego i sektora finansowego do procesu prania brudnych pieniędzy musi stanowić aksjomat tego proceduru. Należy w związku z tym przypomnieć, że Polska - ubiegając się o przyjęcie do Wspólnot Europejskich i podpisując Układ Europejski o stowarzyszeniu ze Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi - zobowiązała się do harmonizacji swego porządku prawnego z prawem europejskim. Dotyczy to także obszaru prawa bankowego oraz sektora świadczącego usługi finansowe. Nawiązuje do tego w szczególności art. 85 układu o stowarzyszeniu w następującym brzmieniu: „Strony uzgadniają potrzebę podjęcia wszelkich wysiłków i współpracy w celu zapobiegania wykorzystaniu ich do legalizacji dochodów pochodzących z działalności przestępczej w ogóle, a z przestępstw związanych z narkotykami w szczególności. Współpraca w tej dziedzinie będzie obejmować pomoc techniczną i administracyjną w celu stworzenia odpowiednich norm przeciwko praktykom prania pieniędzy, równoważnych do tych, jakie zostały przyjęte w tej dziedzinie przez Wspólnotę i inne gremia międzynarodowe, w szczególności przez FATF⁹ (Grupa Zastaniowa ds. Przeciwdziałania Praniu Pieniędzy).”¹⁰

Pierwszym widocznym przejawem woli państwa w zakresie przeciwdziałania praniu brudnych pieniędzy było przywrócenie represyjnego opodatkowania dochodów z nie ujawnionych źródeł przychodów.¹¹ Ratio legis tej regulacji zawiera się w ochronie naszego systemu finansowego przed nielegalnymi pieniędzmi oraz ich legalizacją poprzez wykorzystanie obrotu gospodarczego, a zwłaszcza ukrywaniem tych pieniędzy przed opodatkowaniem.

Wspomniana wyżej ustawa przewiduje obowiązek zapłacenia podatku, w wymiarze 75%, w stosunku do osób ponoszących znaczne wydatki, jeśli nie są w stanie udowodnić w sposób niewątpliwy, że wydatkowane pieniądze (np. na zakup nieruchomości czy drogich samochodów) pochodzą z legalnych przychodów. Zastosowanie owych restrykcji uzależnione jest wszakże od wykrycia przez urząd skarbowy tego rodzaju dochodów i wykazanie nadmiernych, tj. nie odzwierciedlonych w ujawnionych dochodach wydatków.

Kolejna inicjatywa mająca na celu przeciwdziałanie procederowi prania brudnych pieniędzy łączy się z wejściem w życie ustawy z dnia 14 lutego 1992 r. o zmianie ustawy Prawo bankowe i niektórych innych ustaw.¹² Ten akt prawny wprowadził do prawa bankowego następujący przepis:

Mając na względzie cele nadzoru (...) Prezes Narodowego Banku Polskiego ustala wiążące banki:

1. (...)

2. Zasady postępowania przy zawieraniu umów rachunku bankowego, przyjmowania depozytów oraz wykonywania innych usług, jak również dotyczące zawiadamiania właściwych organów państwowych w razie ujawnienia okoliczności wskazujących, że lokowane w banku środki pieniężne lub inne wartości majątkowe pochodzą z przestępstwa lub uczestnictwa w jego popełnieniu, albo że ich pochodzenie, stan lub przeznaczenie mają zostać ukryte z przyczyn mających związek z przestępstwem.

3. Zasady postępowania przy dokonywaniu wpłat gotówkowych przekraczających określone kwotę rejestrowania tych wpłat i przechowywania sporządzonych w związku z tym dokumentów.¹³

Przedstawiona regulacja idzie w kierunku istniejących już bądź wprowadzanych w życie rozwiązań prawnych w sektorze bankowym państw Europy Zachodniej, mających na względzie przeciwdziałanie zjawisku prania brudnych pieniędzy. W związku z tym Prezes NBP wydał w dniu 1 października 1992 r. zarządzenie nr 15/92 w sprawie zasad postępowania banków w razie ujawnienia okoliczności wskazujących na lokowanie w banku środków pieniężnych lub innych wartości majątkowych

pochodzących lub mających związek z przestępstwem oraz przy dokonywaniu wpłat gotówkowych przekraczających określoną kwotę.¹⁴

Zgodnie z zarządzeniem przez „pranie pieniędzy” należy rozumieć sytuację, w której ujawnione okoliczności wskazują, że lokowane w banku środki pieniężne lub inne wartości majątkowe pochodzą z przestępstwa lub uczestnictwa w jego popełnieniu, albo że ich pochodzenie, stan lub przeznaczenie mają zostać ukryte z przyczyn mających związek z przestępstwem.

Zarządzenie nr 16/92 zobowiązuje banki - przy dokonywaniu operacji bankowych ze szczególnym uwzględnieniem transakcji gotówkowych - do identyfikacji tożsamości klienta oraz przechowywaniu zebranych informacji wraz z odnośnymi dowodami księgowymi przez okres 5 lat. Obowiązek ten dotyczy jednak tylko tych operacji bankowych, które służą realizacji czynności prawnych obejmujących rozporządzenie prawem, które wartość przekracza 200 mln (starych) zł lub równowartość tej sumy w walutach (w 1992 r. około 14200 dolarów amerykańskich).

W celu realizacji obowiązku identyfikacji tożsamości klientów, banki prowadzą rejestry operacji bankowych, w których odnotowują:

- tożsamość i adres osoby, która fizycznie dokonuje wpłaty;
- tożsamość i adres osoby, w imieniu której dokonywana jest transakcja;
- tożsamość i adres beneficjenta;
- numer rachunków bankowych związanych z transakcją, o ile istnieją;
- rodzaj transakcji;
- oznaczenie banków uczestniczących w transakcji;
- datę dokonania transakcji;
- kwotę transakcji, jak również dane osoby (imię, nazwisko, stanowisko, podpis), która zarejestrowała powyższe informacje.

Szczególnie ważny jest § 5 omawianego zarządzenia. Stanowi on bowiem, że jeżeli w związku z realizacją operacji bankowej - bez względu na wysokość dokonywanej transakcji - powzięte zostanie uzasadnione podejrzenie wskazujące, iż dokonuje się operacji prania pieniędzy, a czyn wypełnienia ustawowe znamiona przestępstwa, bank zobowiązany jest zawiadomić o tym fakcie właściwe miejscowo organy prokuratury Rzeczypospolitej Polskiej. Należy jednak zauważyć, że postanowienie to w zestawieniu z ustawowymi wymogami tajemnicy bankowej niejako paraliżuje naszych bankowców przed meldowaniem organom ścigania o podejrzanym transakcjach. Gdyby bowiem podejrzenie prania pieniędzy nie

zostało potwierdzone, dobre imię banku może być narażone na szwank, urzędnik bankowy zaś zostaje przed perspektywą odpowiedzialności cywilnej bądź nawet karnej z powodu naruszenia tajemnicy bankowej.¹⁵ Narzuca to oczywistą potrzebę rozluźnienia rygorów tajemnicy bankowej w obowiązujących przepisach prawa bankowego.¹⁶

Zarządzenie nr 16/92 nakłada też na banki obowiązek stworzenia realizacji wewnątrzbankowych programów przeciwdziałania procederowi prania brudnych pieniędzy. Instytucje te są również zobligowane - zgodnie z art. 102 ust. 2 ustawy Prawo bankowe - udostępniać upoważnionym pracownikom Narodowego Banku Polskiego - dane gromadzone na zasadach określonych w zarządzeniu nr 16/92 oraz wszelkie informacje związane z funkcjonowaniem wewnątrzbankowych programów przeciwdziałania temu zjawisku.

Zawarte w prezentownym zarządzeniu zasady postępowania nie mogą być wszakże zawieszone w próżni, jako że problem prania brudnych pieniędzy pozostaje także w kręgu zainteresowania innych organów. Narzuca to potrzebę wypracowania szerszej strategii zwalczania prania brudnych pieniędzy w formie uzgodnień pomiędzy prezesem Narodowego Banku Polskiego, ministrem finansów, ministrem sprawiedliwości, ministrem spraw wewnętrznych, komendantem głównym Policji i prezesem Głównego Urzędu Ceł. Niezależnie od tego powinna zostać nawiązana stała współpraca NBP i innych banków z partnerami zagranicznymi. Jak bowiem wynika z doświadczeń innych państw byłego obozu socjalistycznego, swoistym filtrem uniemożliwiającym pranie brudnych pieniędzy może być korzystanie ze źródeł informacji na temat klientów bankowych, gromadzonych dzięki współpracy z setkami obcych banków. Dzięki temu można skutecznie zapobiec realizowaniu niepożądanych transakcji finansowych. Charakterystycznym tego przykładem są Węgry.

Wszystko to jednak wymaga systematycznego organizowania i prowadzenia odpowiednio przygotowanych szkoleń personelu bankowego. Należałoby również dokonać oceny zjawiska prania brudnych pieniędzy w Polsce oraz podjąć niezbędne środki w celu doprowadzenia do pełnej realizacji zaleceń FATF, zwłaszcza wprowadzenia w życie zalecenia stanowiącego o utworzeniu wspólnego zespołu lub organu do gromadzenia, wymiany i wykorzystania informacji nadsyłanych z banków oraz do decydowania o przekazywaniu ich do organów prokuratorskich. Za koniecznością tego rodzaju przedsięwzięcia optowali jednoznacznie uczestnicy międzynarodowej konferencji nt. Zjawisko prania brudnych pieniędzy - możliwości przeciwdziałania, obradującej w dniach od 21 do 23 kwietnia

1993 r. w Mikołajkach, co znalazło swój wyraz w wypracowanych wnioskach końcowych.¹⁷

Zrealizowanie wskazanych wyżej postulatów nabiera w naszych warunkach szczególnego znaczenia. Z procesem prywatyzacji w Polsce wiąże się przebudowa struktur państwowych i gospodarczych. Ubocznym zjawiskiem tego procesu o charakterze patologicznym stało się pranie brudnych pieniędzy, co jest bezpośrednią konsekwencją nielegalnych struktur i funduszy w ramach funkcjonowania prywatnych przedsiębiorstw. Ewentualną identyfikację tego rodzaju zjawisk patologicznych utrudnia zaś stały wzrost sektora finansowego i jego usług w połączeniu z małym doświadczeniem organów ścigania i urzędników bankowych.

Tak więc banki i inne placówki usługowe sektora finansowego mogą - nawet o tym nie wiedząc - być wykorzystywane do przekazywania i przechowywania pieniędzy pochodzących z nielegalnej działalności. Pranie brudnych pieniędzy ułatwia także dominujący w Polsce cash business. W tym zakresie dokonano jednak istotnej zmiany. Od kwietnia 1993 r. wszystkie podmioty gospodarcze prowadzące księgi rachunkowe oraz spółki cywilne osób fizycznych są zobowiązane do prowadzenia rachunków bankowych oraz dokonywania rozliczeń wszystkich transakcji o wartości powyżej 3000 ECU za pośrednictwem banków.¹⁸ Od początku 1994 r. wymóg ten został rozszerzony na sytuacje, w których wartość jednostkowej transakcji przekracza 100 ECU, zaś wartość należności i zobowiązań powstałych w miesiącu poprzednim - 10000 ECU. Za niewykonanie wprowadzonych nowymi regulacjami obowiązków przewidziane zostały surowe sankcje majątkowe, które dotyczą osób odpowiedzialnych (członków zarządu osoby prawnej, właścicieli lub współników spółki cywilnej, oraz uprawnionych do działania w imieniu właściciela lub współników).¹⁹

III. PRANIE BRUDNYCH PIENIĘDZY A PRZEPISY OBOWIĄZUJĄCEGO KODEKSU KARNEGO

W kodeksie karnym z 1969 r. ze zrozumiałych względów nie zawarto przepisu, który kryminalizowałby zachowania określone jako pranie brudnych pieniędzy. Nie oznacza to jednak, że niektóre z tych zachowań nie mogą być kwalifikowane na podstawie innych przepisów tego kodeksu.

Jednym z tych przepisów jest art. 215 k.k. opisujący znamiona paserstwa (§ 1. Kto rzecz uzyskaną za pomocą czynu zabronionego nabywa lub pomaga do jej zbycia albo w celu osiągnięcia korzyści majątkowej

tę rzecz przyjmuje lub pomaga do jej ukrycia, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat.)

Jak z tego wynika, ustawowe znamiona paserstwa obejmują m.in. wymianę lub przekazywanie mienia w celu jego ukrycia lub zamaskowania nielegalnego źródła pochodzenia (ze świadomością, że jest ono zyskiem z przestępstwa) oraz nabycie, posiadanie lub użytkowanie mienia - także ze świadomością, że jest ono zyskiem z przestępstwa. Ów zysk może przybrać postać rzeczy uzyskanej za pomocą czynu zabronionego. Jednakże należy mieć na uwadze okoliczność, iż zgodnie z dominującym poglądem doktryny i orzecznictwa Sądu Najwyższego przedmiotem - określonego przepisami art. 215 i 216 k.k. - paserstwa może być tylko rzecz uzyskana b e z p o ś r e d n i o za pomocą czynu zabronionego.²⁰ Jak z tego wynika, skomplikowany charakter procesu „oczyszczania” brudnych pieniędzy oraz wielość jego faz sprawia, że zakwestionowane wartości majątkowe będą na ogół klasyfikowane w kategorii niekaralnego paserstwa pośredniego.

Przepisem, który potencjalnie może być zastosowany wobec osób „piorących” brudne pieniądze, jest także art. 252 k.k., określający przestępstwo poplecznictwa. Karze za to przestępstwo, w wymiarze do 5 lat pozbawienia wolności, podlega ten, „Kto utrudnia lub udaremnia postępowanie karne, pomagając sprawcy przestępstwa uniknąć odpowiedzialności karnej, w szczególności kto sprawcę ukrywa, zacierając ślady przestępstwa albo odbywa za skazanego karę”. Skoro ustawodawca nie określił w tym przepisie katalogu przestępstw sprawcy dążącego do uniknięcia odpowiedzialności karnej, udzielenie mu pomocy będzie zawsze - niezależnie od rodzaju popełnionego przez tego sprawcę przestępstwa - podlegało karze. Tylko sprawca jednej z form poplecznictwa: ukrywania - chociaż popełnia przestępstwo - nie podlega jednak karze, jeżeli ukrywającym jest osoba najbliższa poplecznika.²¹

Z opisu poplecznictwa wynika zatem, iż jego zakres mógłby obejmować te elementy procedury prania brudnych pieniędzy, które polegają na udzieleniu pomocy osobie uczestniczącej w popełnieniu przestępstwa, z którego pochodził zysk, podjęte w celu uniknięcia przez nią skutków prawnych tego uczestnictwa. Podobnie należałoby potraktować oczyszczanie pieniędzy za pomocą np. ukrywania albo zatajania rzeczywistego charakteru czy pochodzenia mienia, z wiedzą że stanowi ono zysk z przestępstwa.

Zgodzić się wszakże trzeba z poglądem reprezentowanym przez prof. O. Górniok, że wymienione wyżej zachowania mogłyby zostać zakwalifikowane jako poplecznictwo jedynie wówczas, gdy „skutkiem

prawnym”, do którego uniknięcia jest udzielana pomoc, będzie odpowiedzialność karna, tj. uznanie za winnego popełnienia przestępstwa, wraz z wynikającymi stąd karnoprawnymi następstwami.²² Do następstw tych można zaliczyć także zasądzenie odszkodowania z urzędu w procesie karnym na podstawie przepisu art. 363 k.p.k.²³ Toteż przy założeniu, że udzielenie pomocy do ukrycia mienia podlegającego takiemu orzeczeniu lub zabezpieczeniu w procesie karnym (art. 248 k.p.k.) jest „utrudnianiem postępowania karnego” i stanowi pomoc do „uniknięcia” szeroko rozumianej „odpowiedzialności karnej”, rozszerza się możliwość stosowania przepisu art. 252 k.k. do interesujących nas zachowań.

Wreszcie w odniesieniu do udziału w związku lub organizacji mających na celu popełnianie, współdziałanie, udzielanie pomocy lub podżeganie, do któregośkolwiek z czynów pozostających w zakresie szeroko rozumianego prania brudnych pieniędzy, znaleźć zastosowanie przepis art. 276 k.k. Określone w nim przestępstwo polega na braniu udziału w związku lub w zorganizowanej grupie mających na celu przestępstwo zagrożone karą roku pozbawienia wolności lub surowszą. Związek przestępczy, w rozumieniu art. 276 k.k. oznacza porozumienie grupy osób, mających wspólny cel dokonania jednego lub więcej przestępstw, których charakter może być bliżej nie określony. Wystarczy, że wchodzi w grę zbrodnie lub występki. Dokonywanie przestępstw nie musi być wyłącznym celem takiego związku. Jeżeli związek lub zorganizowana grupa ma charakter zbrojny, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do 8 lat (art. 276 § 2 k.k.). Wyższe zagrożenie karne, tj. 2 do 10 lat kary pozbawienia wolności, obejmuje sprawców, którzy związek przestępczy lub zorganizowaną grupę zakładają albo nimi kierują (art. 276 § 3 k.k.).

Niezbędnym warunkiem przyjęcia kwalifikacji prawnej na podstawie przepisu art. 276 k.k. w stosunku do wspomnianych wyżej przejawów prania brudnych pieniędzy będzie, rzecz jasna, pozostawienie konkretnego zachowania, do którego udzielono szeroko rozumianej pomocy, w zasięgu karalności paserstwa (art. 215 k.k.) lub poplecznictwa (art. 252 k.k.).

IV. PRANIE BRUDNYCH PIENIĘDZY JAKO PRZESTĘPSTWO

Celem zwiększenia efektywności zwalczania przestępczości gospodarczej uchwalona została - po kilkuletnich pracach legislacyjnych - ustawa z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego²⁵, która weszła w życie z dniem 31 grudnia 1994 r. Ustawa ta przewiduje między innymi surowe

kary za różne formy przestępczości gospodarczej, w tym w szczególności za: nadużycie zaufania, udaremnienie lub utrudnianie przetargu publicznego, oszustwa kredytowe, dotacyjne, subwencyjne i związane z zamówieniami publicznymi, oszustwa ubezpieczeniowe, fałszowanie, nierzetelne prowadzenie i zaniechanie prowadzenia dokumentacji działalności gospodarczej, jak również za pranie brudnych pieniędzy oraz przestępstwa na szkodę wierzycieli (udaremnianie lub uszczuplanie zaspokojenia wierzycieli, doprowadzenie do swej upadłości lub niewypłacalności i inne).

Ustawa z dnia 12 października 1994 r. przesądziła zatem ostatecznie o kryminalizacji procedury prania brudnych pieniędzy. Dodajmy, że mogło to nastąpić jeszcze wcześniej, jako że tego rodzaju przestępstwo było także ujęte w ustawie z dnia 3 kwietnia 1993 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego. W momencie rozwiązania Sejmu ustawa ta była jednak w trakcie procesu legislacyjnego, toteż nie stała się obowiązującym aktem prawnym.²⁶

Zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 12 października 1994 r. odpowiedzialności karnej za pranie brudnych pieniędzy podlega ten, kto w celu wprowadzenia do legalnego obrotu środków płatniczych lub wartości dewizowych pochodzących ze zorganizowanej przestępczości, powiązanej z obrotem środkami odurzającymi lub psychotropowymi, fałszowaniem pieniędzy lub papierów wartościowych, wymuszaniem okupu lub handlem bronią, przyjmuje je, przenosi własność lub posiadanie, przekazuje lub wywozi za granicę albo podejmuje inne działanie, które może udaremnąć stwierdzenie ich przestępnego pochodzenia, wykrycie albo orzeczenie przepadku (§ 1). Takie zachowania są zagrożone karą pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do 5 lat.

Łagodniejszej karze, tj. do 3 lat pozbawienia wolności, podlega natomiast ten, kto wbrew przepisom przyjmuje w gotówce wielkie ilości pieniędzy lub wartości dewizowych albo pieniądze lub wartości dewizowe przyjmuje w okolicznościach wzbudzających uzasadnione podejrzenie ich pochodzenia ze zorganizowanej przestępczości albo świadczy usługi w zatajeniu ich przestępnego pochodzenia lub zabezpieczeniu przed zajęciem (§ 2).

Art. 5 § 3 wspomnianej ustawy określa typ kwalifikowany w stosunku do przestępstw opisanych w poprzednich paragrafach, wyrażający się w tym, że sprawca działa w porozumieniu z innymi osobami lub osiąga znaczną korzyść majątkową. Grozi za to kara pozbawienia wolności od roku do lat 10.

Za wymienione wyżej czyny, tj. określone w § 1-3 art. 5, nie podlega karze sprawca, który dobrowolnie ujawnił wobec organu powołanego do

ścigania przestępstw informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa, jeżeli zapobiegło to popełnieniu innego przestępstwa; jeżeli zaś sprawca czynił starania zmierzające do ujawnienia tych informacji i okoliczności, sąd stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary (§ 4). Wreszcie zgodnie z § 5 omawianego artykułu, sąd - w razie skazanie za przestępstwo określone w § 1-3 - orzeka przepadek przedmiotów pochodzących bezpośrednio lub pośrednio z przestępstwa, w tym środków płatniczych, papierów wartościowych i wartości dewizowych. Gdy wspomniane przedmioty nie stanowią własności sprawcy, przepadek ma charakter fakultatywny.²⁷

Przedstawione wyżej ujęcie kryminalizacji prania brudnych pieniędzy nie będzie łatwe do zastosowania w praktyce. Przesądza o tym zwłaszcza zakwalifikowanie tego procederu - według formuły art. 5 § 1 - do kategorii tzw. przestępstw kierunkowych, przy których forma winy polega na zamierze bezpośrednim o szczególnym zabarwieniu (*dolus coloratus*). W praktyce łączy się to z trudną do pokonania barierą trudności dowodowych. W odniesieniu natomiast do form zachowania sprawczego opisanych w § 2 art. 5 może znaleźć zastosowanie także zamiar ewentualny (*dolus eventualis*).²⁸ Przede wszystkim uzasadnione wątpliwości budzi jednak ograniczenie w § 1 art. 5 obszaru przestępczości zorganizowanej do niektórych tylko jej form, pomimo że ustawodawca słusznie wyszedł poza ramy formuły zawartej w Konwencji ONZ przeciwko Niedozwolonemu Handlowi Narkotykami i Substancjami Psychotropowymi z 1988 r. Należy również zauważyć, że w przepisie § 2 art. 5 § 2 ustawodawca operuje już ogólnym określeniem przestępczość zorganizowana, rezygnując ze wskazania na jej kategorie.²⁹

Jak przedstawia się dotychczasowa praktyka na obszarze zapobiegania i zwalczania prania brudnych pieniędzy? Z informacji statystycznych wynika, że polskie banki 32 razy skierowały do właściwych miejscowo prokuratur zawiadomienia o podejrzeniu o pranie brudnych pieniędzy w odniesieniu do konkretnych operacji bankowych. Liczba ta obejmuje zawiadomienia przekazane do kwietnia 1995 r. łącznie z pięcioma zawiadomieniami przekazanymi prokuraturze od 1 stycznia 1995 r., a więc bezpośrednio po wejściu w życie ustawy z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego. Żadna sprawa jeszcze nie została zakończona w postępowaniu sądowym. Oficjalnie wiadomo tylko o dwóch prowadzonych śledztwach, z których jedno toczy się w Warszawie, drugie zaś w Krakowie.³⁰

V. PERSPEKTYWY

Problem prania brudnych pieniędzy jest w Polsce bardzo aktualny, zaś skala tego procederu będzie w najbliższej przyszłości narastać. Przedstawione wyżej wywody skłaniają do wniosku, że Polska znakomicie nadaje się do zamiany tzw. brudnych pieniędzy na legalne środki finansowe. Przesądzą o tym zwłaszcza dotychczasowe regulacje w sektorach bankowym i finansowym, które można określić jako bezskuteczne.³¹

W obliczu tej sytuacji niezbędne są zmiany w polskim systemie bankowym i finansowym. W szczególności powinny one uwzględniać zasady i reguły ujęte w takich dokumentach międzynarodowych, jak: Zalecenia tzw. Grupy Specjalnej do spraw przeciwdziałania praniu brudnych pieniędzy (FATF), Konwencja Rady Europy nr 141 dotycząca prania brudnych pieniędzy, ścigania, zajęcia i konfiskaty wartości majątkowych pochodzenia przestępnego z 8 listopada 1990 r. oraz Wytyczne Rady Europy dotyczące zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do celów prania brudnych pieniędzy z 10 czerwca 1991 r.

„Uszczelnienie” kanału bankowego przed napływem „brudnych pieniędzy” łączy się wszakże z ewentualnością skanalizowania proceduru oczyszczania tych środków w innych branżach sektora gospodarczego. Stwarzałoby to więc potrzebę wypracowania - na wzór wytycznych bankowych - odpowiednich zaleceń w ramach poszczególnych działów życia gospodarczego. W Europie Zachodniej praktykowane jest to między innymi w Szwajcarii oraz w Anglii w formie stosownych porozumień różnych instytucji (przedsiębiorstw, stowarzyszeń, spółek) funkcjonujących w ramach sektora pozabankowego. Wiodące organizacje gospodarcze współpracują zaś ze sobą w ramach związków, aby wypracować jednolite kryteria przeciwdziałania praniu brudnych pieniędzy. Także wspomniane wyżej wytyczne Rady Europy z 10 czerwca 1991 r. zobowiązują państwa członkowskie do ewentualnego rozszerzenia ich postanowień również na tego rodzaju zawody oraz kategorie przedsiębiorstw, które są szczególnie podatne na wykorzystanie do celów prania brudnych pieniędzy.

Nasze rozwiązania prawnokarne dotyczące procederu prania brudnych pieniędzy powinny być również dostosowane do wypracowanych w skali międzynarodowej środków zwalczania przestępczości zorganizowanej i pozbawiania sprawców uzyskiwanych tą drogą nielegalnych korzyści. Postulat ten odnieść trzeba zarówno do przepisów prawa karnego materialnego, jak i nieefektywnych dotychczas rozwiązań procesowych, które przesądzą o miernych efektach działań organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Wszystko to pozostaje w bezpośrednim związku z koniecznością przyśpieszenia międzynarodowej pomocy prawnej, poprawy

współpracy organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości różnych krajów oraz wzmocnienia pozycji Interpolu. Realizacja tych postulatów pozostaje w bezpośrednim związku z dążeniem społeczności międzynarodowej do „oczyszczenia” kanałów bankowo-finansowych.

Przypisy:

1. Zob. w szczególności *G. Artz*, Das schweizerische Geldwäschereiverbot im Lichte amerikanischer Erfahrungen, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1989, Heft 2; *P. Bernasconi*, Finanzunterwelt, Orell Füssli Verlag, Zürich - Wiesbaden 1988; *J.-B. Ackerman*, Geldwäscherei - Money Laundering, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1992; *M. Pieth* (Hrsg.), Bekämpfung der Geldwäscherei. Modellfall Schweiz?, Schäffer - Poeschel Verlag, Stuttgart 1992. *U. Sieber*, *M. Bögel*, Logistik der Organisierten Kriminalität, BKA - Forschungsreihe, Band 28, Wiesbaden 1993.
2. Zob. *M. Ochocki*, Organisierte Kriminalität im Lichte polnischer Erfahrungen w: Dokumentation zu der Tagung der Europäischen Rechtsakademie Trier und der Vereinigung für Europäisches Strafrecht in Trier am 1. und 2. Dezember 1994 (zusammengestellt von U. Sieber), s. 6-7.
3. Zob. np. *R. Bosworth-Davies*, *G. Saltmarsh*, Money Laundering. A practical guide to the new legislation, Chapman and Hall, London 1994, s. 25 i nast.; *O. Górniok*, Przestępczość gospodarcza, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, s. 91 i nast.; *A. Siemaszko* (red.), Przestępczość gospodarcza. Doświadczenie europejskie i amerykańskie, Oficyna Naukowa, Warszawa 1995, s. 20 i nast.
4. *E. Pływaczewski*, Pranie brudnych pieniędzy. Możliwości przeciwdziałania z uwzględnieniem roli systemu bankowego, TNOiK - Dom Organizatora, Toruń 1993, s. 147 i nast.
5. Wskazuje na to *M. Müller*, Geldwäscherei: Motive-Formen-Abwehr. Eine betriebswirtschaftliche Analyse, Treuhand-Kammer, Zürich 1992, s. 127-128.
6. Por. *P.C. van Duyne*, Geldwäscherei-Umfangschätzung in Nebelschaden w: *E. Pływaczewski* (red.), Proceder prania brudnych pieniędzy. Studia i materiały, TNOiK - Dom Organizatora, Toruń 1993, s. 109 i nast.
7. Zob. np. *P. Orlik*, Pranie doskonałe, Gazeta Wyborcza vom 7 sierpnia 1995, nr 182; *A. Marszałek*, Polska pralnią pieniędzy, Rzeczpospolita z 16 sierpnia 1995, nr 188.
8. Zob. m.in. *Ch.K. Graber*, Geldwäscherei. Ein Kommentar zu Art. 305^{bis} und 305^{ter} StGB, Stampfli and Cie AG, Bern 1990, s. 36 i nast. und 55 i nast.; *P. Bernasconi*, *Ch. Müller*, Revision und Wirtschaftskriminalität. Untersuchungen anhand von Gerichtsurteilen mit Wirtschaftsfällen, Treuhand - Kammer, Zürich 1990, s. 16 i nast.; *Ch. Müller* (jak w przypisie 5), s. 98 i nast. oraz 113 i nast.
9. Financial Action Task Force on Money Laundering, Paris, February 7th 1990.
10. Dziennik Ustaw 1992, Nr 60, poz. 320.

11. Zob. ustawa z 26 VII 1991 r. o podatku dochodowym dla osób fizycznych, Dziennik Ustaw 1993, Nr 90, poz. 416.
12. Dziennik Ustaw 1992, Nr 20, poz. 78.
13. Art. 100 ust. 5 pkt 2 i 3 ustawy z 31 I 1989 - prawo bankowe, tekst jednolity: Dziennik Ustaw 1992, Nr 72, poz. 359.
14. Dziennik Urzędowy Narodowego Banku Polskiego 1992, Nr 9, poz. 20.
15. Por. *D. Lipka-Chudzik, D. Daniluk*, Banki a problem prania brudnych pieniędzy, Mediabank S.A., Warszawa 1993, s. 78; *E. Śleszyńska-Harewicz* w: *E. Pływaczewski* (jak w przypisie 6), s. 420-421. Por. także *G. Arzt*, Zur Beweisbeschaffungspflicht der Bank im Strafverfahren in *R.V. Graffenried* (red.). Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Verlag Stämpfli und Cie AG, Bern 1987.
16. Zob. *E. Pływaczewski* (jak w przypisie 6), Pranie brudnych pieniędzy nowym wyzwaniem dla systemu ekonomiczno-finansowego w Polsce, s. 23; 1992 regional PHARE. Programme on Drugs. Pilot project on legal assistance in the field of money laundering. Technical Report - Poland, Discussion Draft, May 1995, Deloitte and Touche Europe Services.
17. Zob. *E. Pływaczewski* (jak w przypisie 6), s. 475 i 477.
18. Zob. ustawa z 6 III 1993 r. o zmianie niektórych ustaw regulujących zasady opodatkowania oraz niektórych innych ustaw, Dziennik Ustaw 1993, Nr 28, poz. 127.
19. Zob. art. 5 ustawy z 16 XIII 1993 r. o zmianie niektórych ustaw regulujących zasady opodatkowania i niektórych innych ustaw, Dziennik Ustaw 1993, Nr 134, poz. 646.
20. W tej kwestii m.in. *E. Pływaczewski*, Przestępstwo paserstwa w ustawodawstwie polskim, Wydawnictwo UMK, Toruń 1986, s. 167 i nast.; *O. Górniok*, Podstawy karania procederu prania brudnych pieniędzy w obowiązujących i projektowanych przepisach polskiego prawa karnego, w: Pranie pieniędzy, Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego, Biuletyn nr 3, Warszawa 1993, s. 18. Por. także *G. Arzt*, Geldwäscherei - Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung, NSTz 1990, Heft 1.
21. Udzielenie osobie najbliższej pomocy w innej formie stwarza tylko możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia.
22. *O. Górniok* (jak w przypisie 3), s. 183.
23. Zob. na temat - *P. Hofmański, E. Pływaczewski*, Zasądzenie odszkodowania od podlegacza, pomocnika i pasera w trybie art. 363 § 3 k.p.k., Studia Prawnicze 1982, Nr 3-4.
24. *O. Górniok* (jak w przypisie 20), s. 18-19.
25. Dziennik Ustaw 1994, Nr 126, poz. 615.
26. Por. *O. Górniok* (jak w przypisie 3), s. 168 i 184 i anst.
27. Bliżej: *O. Górniok*, Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego z komentarzem, Wydawnictwo AWA, Warszawa 1995, s. 22 i nast.; *A. Ratajczak*, Ochrona obrotu gospodarczego. Praktyczny komentarz, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 1994, s. 46 i nast.; *J. Wojciechowski*, Ustawa o ochronie obrotu

gospodarczego z komentarzem, Wydawnictwo Librata, Warszawa 1994, s. 32 i nast; *H. Pracki*, Nowe rodzaje przestępstw gospodarczych (część druga), Prokuratura i Prawo 1995, Nr 2 § 34 i nast.

28. Tak *A. Ratajczak* (jak w przypisie 27). Stwierdzenie to jest jednak sporne w odniesieniu do drugiej formy zachowania sprawczego z art. 5 § 2. Można bowiem założyć, że mamy tu do czynienia z pewnym stanem pośrednim pomiędzy przestępstwem umyślnym a nieumyślnym. Zob. w tej kwestii: *F-Ch. Schroeder*, Einführung zum Gesetz über den Schutz des Wirtschaftsverkehrs und die Änderung einiger Vorschriften des Strafrechts vom 12. Oktober 1994 (niepublikowany, s. 4, Por. także *G. Arzt*, Grob fahrlässige Geldwäscherei - ein bankrechtliches Kuckucksei im Nest des Strafrechts, Neue Züricher Zeitung vom 29/30 April 1989, Nr 99.

29. W najnowszym projekcie polskiego kodeksu karnego projektodawcy przyjęli jednak nieco inne ujęcie przestępstwa prania brudnych pieniędzy. Otóż w art. 299 projektu przede wszystkim zrezygnowano z pojęcia „przestępczość zorganizowana”, zastępując je terminem „przestępstwo w zorganizowanej grupie”, jak również z wymogu dolus coloratus w odniesieniu do strony podmiotowej tego czynu. Do katalogu tzw. przestępstw źródłowych prania brudnych pieniędzy wprowadzono ponadto rozbiór (Projekt kodeksu karnego, Warszawa, sierpień 1995).

30. Zob. Nieporozumienia z praniem brudnych pieniędzy - rozmowa z *Józefem Piechotą* - zastępcą Prokuratora Generalnego, Rzeczypospolita z 16 lipca 1995, Nr 188, Por. także *W. Bottke*, Teologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche (Teil 2), wistra 1995, Nr 4, s. 121 i nast.

31. Por. Raport o praniu brudnych pieniędzy, Prawo i Życie z 29.07.1995, Nr 30.

PRANIE BRUDNYCH PIENIĘDZY JAKO CZYN KARALNY PRZECIWKO REALIZACJI PRAWA KARNEGO

I. Przepisom prawa karnego wprowadzonym celem zwalczania nowych form i technik przestępczości zarzuca się rozmiękczenie, ba nawet likwidację pojęcia dobra prawnego. Powszechnie żądany przez konwencję Narodów Zjednoczonych z 1988 r. o nielegalnym obrocie środkami odurzającymi i psychotropowymi przepis prawny dotyczący prania pieniędzy, który wprowadzono także w RFN ustawą o zwalczaniu nielegalnego handlu środkami odurzającymi oraz innych form przestępczości zorganizowanej (OrgKG) z 15.07.1992 r. jedynie potwierdza tę tezę. Jako chronione dobro prawne w § 261 ust. 1 niemieckiego k.k. (StGB) (ukrywanie przedmiotów pochodzących z przestępstwa) wymienia się ochronę wymiaru sprawiedliwości, zaś w ust. 2 (nabywanie odpowiednich przedmiotów) co najmniej także wymiar sprawiedliwości¹. Oprócz tego jako przedmiot ochrony wskazuje się także „legalność obiegu ekonomicznego i finansowego”², w końcu nawet całkiem ogólnie wewnętrzne bezpieczeństwo³.

II. Osobiście jednak zwracałem już od pewnego czasu uwagę na to, że występuje cały szereg przepisów prawa karnego, w których określenie chronionego dobra prawnego, jako „porządek publiczny”, „wymiar sprawiedliwości” itp. napotyka na duże trudności. Te przepisy służą w rzeczywistości zabezpieczeniu i wzmocnieniu działania pozostałych norm prawa karnego. Nazwałem te normy, jako normy określające „przestępstwa przeciwko prawu karnemu”⁴, później jednak „przestępstwami przeciwko realizacji prawa karnego”⁵. Te normy prawa karnego można podzielić na cztery grupy:

1. Popełnienie przestępstw - zachowanie kryminogenne (publiczne nawoływanie do popełnienia czynu przestępnego, nagradzanie i pochwała czynów przestępnych, tworzenie związków przestępczych ugrupowań, odurzenie alkoholowe),

2. Czyny karalne wymierzone przeciwko obowiązkowi zapobiegania działaniom przestępnym (niepoinformowanie o planowanych przestępstwach, symulowanie popełnienia czynów przestępnych oraz fałszywe podejrzenie),

3. Czyny karalne przeciwko ściganiu przestępstw oraz pozbawienie korzyści uzyskanych z przestępstwa (udaremnienie ścigania i poplecznictwo),

4. Czyny przestępne przeciwko wykonaniu kary i środków probacyjnych (udaremnienie wykonania kary, nieprzestrzeganie zakazu wykonywania zawodu i zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych, itp.).

Należy przy tym wspomnieć, że przepisy prawne wymienione w p. 3-cim i 4-tym służą wzmocnieniu ochrony prawnej, ponieważ powodem ścigania przestępstw i egzekucji kar jest zapobieganie (prewencja) czynom przestępnym.

To, że zadaniem tych przepisów jest wzmocnienie i ochrona innych norm, wynika z faktu, że powołują się one regularnie na inne przepisy prawa karnego. Z tego względu nazywano je wcześniej „przestępstwami z norm powołania”.

Dlatego można też stwierdzić, że czyny te nie posiadają własnego dobra prawnego. Ich dobrem prawnym są te dobra, które są już chronione przez pozostałe normy prawa karnego. To przekonanie było już wcześniej powszechnie akceptowane w stosunku do niektórych konkretnych wyżej wymienionych przepisów⁶.

Innymi czynami karalnymi przeciwko realizacji prawa karnego są także paserstwo (§ 259-260a niem. k.k. (StGB) oraz wprowadzony przez 27 StGG z 23.07.1993 r. przepis o rozpowszechnianiu i posiadaniu pornografii dziecięcej (§ 184 ust. 4, 5 StGB). Różnica w stosunku do wyżej wymienionych przepisów polega na tym, że tamte wzmacniają tylko wszystkie inne normy lub, w każdym bądź razie, większe grupy przepisów karnych (np. § 138 StGB), natomiast te tutaj wymienione, przeciwnie, wzmacniają zaledwie pojedyncze normy lub normy chroniące to samo dobro prawne (własność i delikty majątkowe w przypadku paserstwa).

III. Pranie pieniędzy (§ 261 StGB) jest potwierdzeniem tej koncepcji. Przepis ten nawiązuje do innych przepisów, mianowicie do wszystkich przestępstw i wykroczeń. Przez zagrożenie karą takich działań jak: schowanie, ukrywanie itd. (§ 261 ust. 1 StGB) bądź nabycie lub przechowanie oraz używanie (§ 261 ust. 2 StGB), ustawodawca chciał utrudnić sprawcom tych czynów czerpanie korzyści z tych tą drogą zdobytych przedmiotów i tym samym odebrać im motywację do popełniania tego rodzaju czynów.

Według uzasadnienia niemieckiej ustawy dobrem prawnym § 261 ust. 2, podobnie jak poplecznictwa (§ 257 StGB) jest - zarówno ochrona wymiaru sprawiedliwości, jak i już naruszone dobro przez czyn uprzedni⁷.

Niewłaściwe jest więc porównanie do § 257 StGB, ponieważ przepis ten zakłada najpierw „udzielenie pomocy” i jest dzięki temu przede wszystkim deliktem altruistycznym.

§ 261 ust. 2 StGB obejmuje również egoistyczne czyny i raczej równy jest paserstwu. Paserstwo, w przeciwieństwie do prania pieniędzy, zakłada wystąpienie znamienia „rzeczy”, i dlatego zbliża się w swojej istocie do czynów przestępnych przeciwko własności⁸. Celem i sensem tego przepisu jest zwalczanie lub hamowanie powstawania motywacji do popełniania deliktów wymierzonych przeciwko własności i innym prawom do rzeczy.

Przekonanie, że dobro prawne poplecznictwa jest zarazem dobrem prawnym czynu uprzedniego, pochodzi od *Belinga*⁹, i zbliża się znacznie do naszego przekonania. *Miehe*¹⁰ przedstawiał argument przeciwny, a mianowicie, że prowadzi to do ograniczenia ochrony majątkowej i w tym przypadku zawężenie do karalnych czynów uprzednich jest nieuzasadnione. Zarzut ten wydaje się być nieco sztucznie skonstruowany. Decydującym aspektem jest to, że według tego poglądu działanie ochronne przepisu prawnego występuje dopiero w momencie naruszenia dobra czynu uprzedniego, a § 257 StGB powinien tylko zapobiegać dalszemu naruszeniu już pogwałconego dobra prawnego. Dobra prawne § 257 StGB są dobrami prawnymi innych przepisów prawa karnego. To samo można powiedzieć - z pewnymi ograniczeniami czynów uprzednich - o § 261 StGB.

IV. *Arzt* argumentował przeciw tej koncepcji, że jeśli „pomoc po dokonaniu czynu” usamodzielnia się do rangi własnego dobra prawnego, to od tego stwierdzenia nie ma już powrotu. Jako uzasadnienie przytacza on, że sprawca prania pieniędzy nie musi wiedzieć, z jakiego czynu przestępnego „przedmiot” pochodzi. U podstaw tej argumentacji leży błędne pomieszanie pytania o dobro prawne z problemem uczestnictwa w czynie. Z pewnością nie istnieje tu ten charakterystyczny dla uczestnictwa udział w konkretnym czynie bądź odpowiedni zamiar odnośnie prania pieniędzy i odnośnie tych pozostałych „czynów karalnych przeciwko realizacji prawa”. Nie znaczy to jednak, że należy tym deliktom przyznać własne dobro prawne. Dobra prawne to raczej wszystkie te, które są już zawarte w poszczególnych przepisach karnych.

Słuszne jest stwierdzenie, że według koncepcji „czynów przestępnych przeciw realizacji prawa” sprawca nie musi znać dobra prawnego, które narusza. Nie stanowi to jednak naruszenia zasady winy. Pojęcie dobra prawnego jest naukową abstrakcją, która nie jest znamieniem ustawowym czynu przestępnego i którą sprawca może, mimo wszystko, pojmować tylko jako element paralelnej oceny w sferze laika. Wydaje się

być czczym formalizmem, aby w celu pokrycia się dwóch elementów, mianowicie: dobra prawnego i zamiaru, pierwszy element w formie „porządku prawnego” ujmować szeroko po to, by w każdym przypadku udokumentować istnienie zamiaru.

Przypisy:

1. Niemiecki Parlament, Druki 12/989, s. 27. Stwierdzenie, że ustawodawca sam określa chronione dobro prawne planowanych przez niego przepisów jest mylne, ponieważ ustalenie dobra prawnego jest wynikiem naukowej analizy istniejących już przepisów.

2. *Lampe*, Der neue Tatbestand der Geldwäsche, JZ 1994, 123 i n., 125.

3. *Barton*, Sozial Übliche Geschäftstätigkeit der Geldwäsche (§ 261 StGB), StV 93, 156 i n., 160; *Körner/Dach*, Geldwäsche, 1994, s. 13.

4. *Schroeder*, Die Straftaten gegen das Strafrecht, 1985 r.

5. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht-Besonderer Teil, t. 2, 7. wyd. 1991 r. §§ 92 i n.

6. Wykaz dowodów u *Schroedera* (uwaga 4), s. 11 i n.

7. Uwaga 1-sza, s. 27; *Hetzer* NJW 1993, 3298 n., 3299.

8. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht-Besonderer Teil, t. 1, 8. wyd. 1995 r., § 39 nr. 4.

9. Die Schutzfunktion der Strafdrohungen gegen Begünstigung und Hehlerei, Festschrift für *Richard M. Honig*, 1970 r., s. 97 i nast., 97 inast, 103.

10. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 7, 1907 r., s. 61 i 205; również *Frank*, StGB, wyd. 18, 1931 r., § 257 uwaga I; Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1962 r., Begründung, s. 400 i 455.

PROBLEMY PRAWA KARNEGO OCHRONY ŚRODOWISKA W NIEMCZECH

I. Wprowadzenie

Prawo karne ochrony środowiska naturalnego należy do tych tematów, którymi zajmowanie się wywołuje z reguły zarówno wielkie uznanie, jak i sprzeczne uczucia. Pod tym względem dzieje się to tak samo z częścią prawnokarną ochrony środowiska, jak i z innymi przedmiotami publicznej dyskusji na temat ochrony środowiska i prawnych ram tej ochrony. Tematy ochrony środowiska interesują opinię publiczną w tej samej mierze, jak i opublikowana opinia. Dzielią one również nierzadko uczestników na „dobrych” i „złych”, na „chroniących” i na „zanieczyszczających” środowisko naturalne. Dla zilustrowania tego wystarczy tylko wskazać na centralne tematy dotyczące środowiska z końca ostatniego lata i których efektywność i powaga są mocno powątpiewane: niedopuszczenie do zatopienia platformy wiertniczej BRENT SPAR w Atlantyku, dokonane przez zwykłych ludzi pod opiniodawczym przywództwem i miarodajnym współdziałaniu GREENPEACE'U; światowe protesty przeciwko ponownemu podjęciu prób atomowych przez Francję na ATOLU MURUROA 05.09.1995 r.¹; jak również zwalczanie letniego smogu drogą zakazów i ograniczenia używania pojazdów samochodowych.

Nikt nie może pomijać pozytywnych i nieuniknionych aspektów, które są immanentne tej publicznej dyskusji. Ochrona środowiska naturalnego należy, obok zachowania pokoju, bez wątpienia, do najważniejszych problemów współczesności², jest to właściwie zasadnicze pytanie nie tylko współczesnej generacji, lecz także przyszłych pokoleń i tym samym problem przetrwania gatunku ludzkiego w ogóle.

Jednak ten zasadniczo bezsporny stan faktyczny zawiera momenty znacznego zagrożenia, które związane są z obszernością przedmiotu dyskusji i sposobem potraktowania go. Problem ochrony środowiska jest problemem nadzwyczaj kompleksowym i w swoim zakresie nawet nie do objęcia w całości przez ekspertów. Przykładowo pytanie: jakie szkody środowiskowe wywołałoby rzeczywiście zatopienie platformy wiertniczej BRENT SPAR, jest różnie oceniane nawet przez fachowców³. Tym bar-

dziej ocena tego problemu przekracza horyzont pojmowania przeciętnego obywatela. To samo można powiedzieć odnośnie rozmiaru zagrożenia francuskich i chińskich prób jądrowych, na temat których mogą występować podzielone zdania. Jeśli chodzi o problem zwiększonej koncentracji zawartości OZONU, to należy zwrócić uwagę na fakt, iż dawniej słynne niemieckie państwowe uzdrowiska werbowwały gości wskazując na szczególnie dużą zawartość OZONU w powietrzu na ich terenie. Jeśli ktoś, nawet w obliczu oczywistych problemów ochrony środowiska, nie ma tendencji do bagatelizowania, musi przyznać, iż publiczna dyskusja nierzadko bazuje na uproszczeniach, a w najgorszym wypadku na prostych przypuszczeniach, które często - i tego wrażenia nie da się zatrzeć w obliczu później podanych do wiadomości błędnych ocen GREENPEACU odnośnie afery BRENT SPAR'U⁴ - podawane są jako pewne fakty w celu ukształtowania opinii publicznej w określonym kierunku.

Niklas Luhmann⁵ zwrócił ostatnio - z powodu afery BRENT SPAR'U, odwołując się do pojęć kognitywnej psychologii i do badań pamięci - uwagę na to, że tzw. opinia publiczna, od której rzekomo „uczą” się duże przedsiębiorstwa, jest niczym innym jak tylko siatką schematów, które z czasem przyjmują postać zwyczajnych stereotypów. Te schematy są do tego używane, ażeby „organizować kognitywnie nieprzejrzyste stany faktyczne”⁶. Obejmują one „związki przyczynowe z nieokreślonymi skutkami i konstruuja je tak, jakby były one związkami przyczynowymi ingerującymi z dobrymi i złymi skutkami”⁷. Jednostka nie musi więc znać ani świata, ani prawdy, lecz tylko taki właśnie swój „stereotyp”. Jeśli jednak organizacje, które nie dysponują żadną polityczną lub demokratyczną legitymacją, układają schematy i stereotypy, według których ma przebiegać społeczne postępowanie i przy pomocy których mają być wymuszone państwowe i społeczne decyzje, to uwidaczniają się - wykraczające poza problemy środowiska - niebezpieczeństwa, z którymi w przyszłości trzeba będzie się liczyć w nie mniejszym stopniu jak dziś. W każdym bądź razie uwidacznia się, że ochrona środowiska należy do przedmiotów, na przykładzie których można odczytać i analizować problemy sterowania nowoczesnym społeczeństwem, ale i boleśnie je odczuć.

Właśnie dlatego, że stwierdzenie, iż nie można wierzyć polityce i przedsiębiorstwom, należy do będących w powszechnym użyciu stereotypów, nie wywołuje zdziwienia fakt, że także samo prawo ochrony środowiska, jako instrument sterowania, stoi pod znakiem zapytania. Powyższe stwierdzenie tym bardziej odnosi się do prawa karnego ochrony środowiska, któremu zarzuca się, że zawiodło i które jest zwalczane pod różnymi hasłami, niemalże emocjonalnie. Również i to jest wyrazem pew-

nego schematyzmu, ponieważ, jak słusznie znowu zauważa *Niklas Luhman*⁸, pozostają do dyspozycji „posiłki emocjonalne”, już choćby z tego względu, iż każdy schemat zasłania „nieprzejrzystość rzeczywistości”.

Moje poniższe wywody mają za cel, z jednej strony, odsłonięcie „schematyzmów prawa karnego ochrony środowiska”, a z drugiej, przeniknięcie do rzeczowej analizy i do polityczno-prawnej oceny prawa karnego ochrony środowiska. Przy czym wychodzę z założenia, że aktualna postać prawa karnego ochrony środowiska w zasadzie odpowiada polityczno-kryminalnym wymogom i że należy unikać substancjonalnego poszerzenia zakresu jego zastosowania - przy całkowitym uznaniu potrzeby kontynuacji i dalszego rozwoju⁹.

Pod kątem widzenia tej linii przewodniej zajmę się krótkim zarysem historii rozwoju niemieckiego prawa karnego ochrony środowiska (II) i współczesną postacią tego prawa (III). Właściwy punkt ciężkości moich wywodów łączy się z opisem pojedynczych wybranych zakresów problemowych prawa karnego ochrony środowiska i obejmuje również problem dalszych koniecznych reform (IV). Przedkładam także podsumowanie moich wyników w formie tezy.

II. ROZWÓJ PRAWA KARNEGO OCHRONY ŚRODOWISKA NATURALNEGO W NIEMCZECH

1. Punkt wyjściowy i powstanie 1. ustawy o zwalczania przestępczości w zakresie ochrony środowiska naturalnego w 1980 r.

Prawo karne Republiki Federalnej Niemiec nie znało początkowo odrębnego prawa karnego ochrony środowiska, które odróżniałoby się wyraźnie, jako wydzielona część kodeksu karnego, od innych kompleksów przepisów prawnych. Tylko w oddzielnych ustawach szczególnych prawa o środowisku naturalnym, jak np. ustawie o gospodarce wodnej (WHG) i o energii atomowej (AtG), przewidywano przepisy karne, które sankcjonowały naruszenia obowiązków. W szerokim zakresie brakowało federacji w tamtym okresie czasu kompetencji ustawodawczej w dziedzinie prawa ochrony środowiska. Twórcom ustawy zasadniczej brakowało tak dalece - co jest w pełni zrozumiałe - odpowiedniej wyobraźni¹⁰, że konieczna była zmiana konstytucji.

Także i społeczeństwo nie posiadało w ogóle, albo tylko w minimalnym stopniu, tego co dzisiaj nazywamy „świadomością środowiskową”, mimo że dla każdego było oczywiste, jakie szkody w środowisku naturalnym zaczynały powstawać. Kiedy późniejszy kanclerz związkowy *Willy Brandt* podczas kampanii wyborczej w r. 1961 mówił o „błękitnym

niebie ponad Zagłębiem Ruhry” reagowano na to jeszcze z pobłażliwym uśmiechem¹¹. Publiczna nieświadomość zmieniła się oczywiście w następnych latach. Przyczyniły się do tego w znacznej mierze publikacje, jak np. książka *Rachel'i Carsons* pod tytułem „The Silent Spring” (1962)¹². Po przejściu władzy *Willy Brandt* w swoim oświadczeniu rządowym z 28.10.1969 powiedział, że ochrona środowiska będzie jednym z punktów ciężkości socjalno-liberalnej polityki reform¹³. Temu odpowiadał wspomniany już powyżej¹⁴ program ochrony środowiska rządu związkowego z 1971 r., który opowiadał się za umieszczeniem przepisów o ochronie środowiska w kodeksie karnym (StGB)¹⁵. W USA na początku 1970 r. prezydent *Richard M. Nixon* przedstawił program ochrony środowiska, który wzmógł inicjatywy niemieckie¹⁶. Po zawarciu podstawy kompetencyjnej w ustawie zasadniczej nastąpiło zintensyfikowanie ustawodawstwa, które odnosiło się szczególnie do takich materii jak prawo wodne, odpady, ochrona przed imisjami oraz prawo ochrony środowiska i krajobrazu¹⁷. Pojedyncze ustawy zawierały przepisy karne, które jednak - zgodnie z tradycją powszechnie niebezpiecznych deliktów - były zasadniczo ukształtowane jako konkretne przestępstwa z zagrożenia i tym samym musiały wywołać problemy dowodowe¹⁸. Paralelnie do tego rozpoczęły się w Federalnym Ministerstwie Sprawiedliwości wstępne prace nad ustawą reformującą, która miała przenieść do kodeksu karnego wszystkie ważniejsze przepisy dotyczące ochrony środowiska naturalnego. To tzw. „zasadniczo prawnokarne rozwiązanie”, które wewnątrz Wydziału Prawa Karnego Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości wcale nie było nie-sporne¹⁹, było jednak popierane przez szeroką opinię fachową²⁰. Popierała je Rada Federalna²¹, opowiedział się za nim również ówczesny Federalny Minister Sprawiedliwości *Gerhard Jahn*²². W ramach prac wstępnych musiano toczyć potyczki z przedstawionym już w r. 1971 Alternatywnym-projektem kodeksu prawa karnego (AE)²³ i z zawartymi w nim propozycjami odnośnie prawa karnego ochrony środowiska oraz z wytycznymi grupy roboczej socjaldemokratycznych prawników (ASJ) odnośnie kryminalizacji niszczenia środowiska naturalnego²⁴. Spory zakończyły się przedłożeniem projektu, przy odrzuceniu tzw. koncepcji punktu kontrolnego AE²⁵, szóstej ustawy o reformie prawa karnego - ustawa o poprawie prawnokarnej ochrony środowiska naturalnego²⁶.

Po wyborze nowego parlamentu (Bundestagu) w 1976 r. prace powyższe przebiegały sprawniej i pod wpływem rosnącej niecierpliwości polityków²⁷ były kontynuowane aż do przedłożenia projektu w r. 1978²⁸. Prace parlamentarne nad projektem doprowadziły w końcu w przeciągu półtora roku do uchwalenia (1.) ustawy o zwalczaniu przestępczości

przeciwko środowisku naturalnemu, która weszła w życie 1. lipca 1980 r. i która mogła polegać na poparciu szerokiego konsensusu wszystkich frakcji niemieckiego parlamentu²⁹. W przeciwieństwie do tego, co można dzisiaj przeczytać³⁰, wejście w życie tej ustawy oceniono wprawdzie pozytywnie, ale nie towarzyszyły temu pełne euforii opinie³¹. Z pełną sceptycyzmu postawą konfrontowano pomniejszenie deficytu realizacji w zakresie ochrony środowiska³². Przypominam sobie, że będąc wówczas referentem w Federalnym Ministerstwie Sprawiedliwości nie odebrałem tej noweli w sposób spektakularny: chodziło mianowicie o pojedyncze korektury stosunkowo skromnych rozmiarów przy jednoczesnym przeniesieniu przepisów prawnych z ustaw dodatkowych do samego kodeksu karnego. W tym nie było nic szczególnego. Jednakże jednej rzeczy nie można było nie zauważyć. Umieszczenie tych przepisów w kodeksie miało wzmocnić świadomość w stosunku do norm prawnych i zmuszać do wierności prawu³³. Jeśli prawo karne w ogóle ma, lub ma mieć coś do czynienia z siłą działania normy prawnej, to można to szczególnie dobrze obserwować na przykładzie prawnokarnej ochrony środowiska naturalnego³⁴. Ustawodawca w pierwszej ustawie o zwalczaniu przestępczości w zakresie ochrony środowiska postawił w każdym bądź razie w sposób widoczny na „kartę generalno-prewencyjną”³⁵.

2. Dalszy rozwój i reforma prawa karnego ochrony środowiska w drugiej ustawie o zwalczaniu przestępczości w zakresie ochrony środowiska naturalnego z 1994 r.

Dalszy rozwój prawa karnego ochrony środowiska w czasie po 1980 r. nacechowany jest fazą publicznej ewolucji, która nosi cechy wspomnianej na wstępie już „sztuki koncepcyjnej” połączonej z tworzeniem „stereotypów”. Celem nowo sformułowanego prawa karnego ochrony środowiska było, „przez wyczerpujące możliwości zastosowania sankcji, skuteczniej jak dotąd zwalczać ciężkie naruszenia i zagrożenia środowiska i przy tym silniej uzmysławiać ogółowi szkodliwy społecznie charakter takich czynów”³⁶; cel ten był przy tym oczywiście błędnie interpretowany, jako gwarancja dla wyparcia legalnych obciążeń środowiska i dla wymierzania sztywnych prawnokarnych sankcji w przypadku katastrof środowiskowych, krótko mówiąc jako gwarancja dla czystego środowiska. To, że tutaj szczególnie znalazło wyraz zupełnie niewłaściwe zrozumienie efektywności prawa karnego w ogólności oraz strategicznych celów reformy ustawowej, było albo ukryte, albo celowo ukrywane³⁷. W szczególności badania empiryczne próbowały przekonać, że prawo karne ochrony środowiska nie zdało egzaminu i nacechowane jest istotnymi błę-

dami w funkcjonowaniu³⁸. Problemy niektórych ocen i brakujące uzasadnienia całego szeregu wniosków wynikających z materiałów statystycznych długo nie rozpoznano³⁹. Administracyjnej akcesoryjności prawa karnego ochrony środowiska zarzucono w końcu główną odpowiedzialność za niezdanie egzaminu przez ochronę prawną⁴⁰. Nierozpoznanie ram prawnych ochrony środowiska naturalnego szło nawet tak daleko, że prawo karne ochrony środowiska zostało napiętnowane na 12. Konferencji obrońców karnych w 1988 r. jako zaaranżowane przez ustawodawcę spotkanie mające charakter alibi, natomiast skreślenie przepisów dotyczących prawa karnego ochrony środowiska przedstawiono jako rozwiązanie godne rozważy i konsekwentne⁴¹. Po tym, jak oświadczenia tego rodzaju dotarły do szerokiej opinii publicznej⁴², „kryzys prawa karnego ochrony środowiska”⁴³ był nie do ukrycia; mimo to był to kryzys raczej teoretyczny i w głównej mierze o charakterze wewnętrznym.

Do zaostrzenia tego scenariusza przyczyniły się także katastrofy środowiska naturalnego takie jak: WIELKA KATASTROFA ATOMOWA w CZERNOBYLU⁴⁴ i WYPADEK CHEMICZNY firmy SANDOZ⁴⁵ na Renie. Jak bardzo takie wydarzenia wzbudzają opinię publiczną i politykę, można pokazać na przykładzie spowodowanego tymi wypadkami - utworzenia Federalnego Ministerstwa Ochrony Środowiska (BMU) drogą dekretu organizacyjnego kanclerza federalnego w r. 1986. Szybko po tym następujące zlecenie dla Międzyministerialnej Grupy Roboczej celem zbadania, czy dalsza poprawa prawnokarnej ochrony środowiska jest wskazana⁴⁶, byłaby bez tych wydarzeń niezrozumiałe. Zapewne byłoby to merytorycznie i tak uzasadnione, ponieważ nigdy nie zanegowano poglądu, że prawo karne ochrony środowiska, jako prawo relatywnie nowe i w pewnym sensie „eksperymentalne” prawo, wymaga doskonalenia i dalszego rozwoju, w szczególności z punktu widzenia wyważenia ochrony poszczególnych środków.

Zajęcie się tym problemem przez Sekcję Prawa Karnego 57. Niemieckiej Konferencji Prawników w Moguncji w 1988 r. ukazuje się więc dodatkowo jako sensowna reakcja na sytuację w sferze polityczno-prawnej napiętą. Ekspertyzy *Heine i Meinberg*⁴⁷ i referat *Hamm*⁴⁸ mieściły się raczej w konwencji tych, którzy z punktu widzenia ograniczonych celów prawa karnego ochrony środowiska ulegli perspektywistycznemu złudzeniu; w przeciwieństwie do tego referaty *Keller*⁴⁹ i *Ossenbhl*⁵⁰ były raczej wyważone. Jeśli dorzucimy do tego, krytyczne referaty związane z Konferencją Niemieckich Prawników⁵¹, to można się dziwić, jak konstruktywne i zasadniczo przekonywające były uchwały Konferencji Prawników, które prawu karnemu w dalszym ciągu wyznaczały ważne zadanie

w ramach ochrony środowiska naturalnego i zasadniczo akceptowały administracyjną akcesoryjność prawa karnego ochrony środowiska⁵². W ten sposób była przygotowana droga do reformy prawa karnego ochrony środowiska w postaci 2. ustawy o zwalczaniu przestępczości w zakresie ochrony środowiska. Dokonano jej na podstawie - wartego jeszcze dzisiaj przeczytania⁵³ - raportu Międzyministerialnej Grupy Roboczej, w którym uwzględniono wyniki Konferencji Prawników Niemieckich⁵⁴. Pierwsze projekty rządu federalnego i opozycji z 11. kadencji parlamentarnej⁵⁵ nie mogły być zrealizowane ze względu na upływ kadencji. Wniesiono je ponownie na początku 12 kadencji⁵⁶. Po długotrwałych naradach parlamentarnych i przeprowadzeniu wysłuchania upoważnionych osób w Komisji Prawnej Niemieckiego Parlamentu⁵⁷ przełamano ostatnie opory: 2. ustawa o zwalczaniu przestępstw w zakresie ochrony środowiska (2.UKG) została ogłoszona 27.06.1994 r. i weszła w życie 01.11.1994 r.⁵⁸.

III. O AKTUALNEJ SYTUACJI W PRAWIE KARNYM OCHRONY ŚRODOWISKA NATURALNEGO

Krytyczna analiza aktualnego prawa karnego ochrony środowiska musi się rozpoczynać od aktualnie ważnych informacji prawnych i empirycznych. Konieczne wydaje się najpierw przedstawienie krótkiego przeglądu przedmiotu regulacji aktualnego prawa karnego ochrony środowiska. Brak miejsca i czasu pozwala na omówienie tylko najistotniejszych problemów.

1. Przegląd obowiązującego prawa

a) Dyrektywy polityczno-kryminalne

2. Ustawą o zwalczaniu przestępczości w zakresie ochrony środowiska naturalnego (2. UKG) ustawodawca udokumentował, że przestrzega tradycji obowiązującej w zakresie środowiska naturalnego. Zgodnie z ustaleniami międzynarodowymi⁵⁹ wychodzi on z założenia, że nie można zrezygnować z prawa karnego, ażeby przeforsować obowiązujące standardy w zakresie ochrony środowiska naturalnego⁶⁰. Prawu karnemu przypada - jak zwykle - funkcja *ultima ratio*.

Ustawodawca zdecydował się w ówczesnej sytuacji na ostrożną kontynuację rozwoju obowiązującego prawa, która nie wykluczała, ba nawet traktowała jako logiczne, uchwalanie dalszych środków celem zwalczania przestępczości w zakresie ochrony środowiska naturalnego.⁶¹ Trudno nie zauważyć, że 2. UKG podobnie jak i jej poprzedniczka nie może być traktowana jako ukończone dzieło na następne stulecie⁶². W szczególności

należy mieć na względzie, że problemy prawa karnego ochrony środowiska pod wieloma względami są problemami prawa karnego w ogóle, przede wszystkim także stanowią prawo karne przedsiębiorstw i dlatego muszą podlegać szerszej regulacji⁶³.

Ustawodawca nie poszedł drogą nakreśloną przez tendencje abolicjonistyczne i przez wyobrażenia tzw. Szkoły Frankfurckiej⁶⁴, które zmierzają w kierunku rezygnacji bądź ograniczenia instrumentu abstrakcyjnych przestępstw z zagrożenia⁶⁵. Tym bardziej podkreśla się wyraźnie, że w obliczu znacznych zagrożeń środowiskowych jest całkowicie uzasadnione, ażeby „prawnokarnymi środkami zwalczać już nawet beztrojskie obchodzenie się z niebezpiecznymi substancjami, dobrami i obiektami i możliwe naruszenia ważnych, służących unikaniu zagrożeń stanowiska interesów kontrolnych”⁶⁶. Do tego Polityczno-kryminalnego pozycji, która opiera się na zawartym w art. 20a Ustawy Zasadniczej określeniu dyrektywy celowościowej państwa odnośnie ochrony środowiska naturalnego, jak również na zobowiązaniu ochrony życia i zdrowia (art. 2 II zd. 1 U.Z.)⁶⁷, nie pozostaje - po wypowiedziach *Stratenwerth'a*⁶⁸, *Schünemann'a*⁶⁹ i *Kuhlen'a*⁷⁰ - nic do dodania.

Ustawodawca widział problemy opłakiwanego ze wszystkich stron deficytu realizacyjnego w prawie ochrony środowiska^{71 72}. Nie odczuwał jednak potrzeby podjęcia środków ustawodawczych. W szczególności odrzucił, jako na razie nie wskazane, wprowadzenie ustawowego obowiązku denuncjacji czynów bezprawnych w zakresie ochrony środowiska⁷³. Nie doszło również do ogólnego podwyższenia wymiaru kar⁷⁴.

Tym samym ponownie stało się jasne, że nowe prawo należy rozumieć jako kontynuację i aktualizację dotąd obowiązującego prawa i w głównych zarysach realizuje ono cel polegający na usunięciu istniejących „braków programowych”⁷⁵. Pojedyncze środki zmierzające do oczyszczenia noszą jednak rysy kompromisu, który jest uzasadniany koniecznością nie narażania „państwa niemieckiego, jako miejsca lokalizacji przemysłu”⁷⁶.

b) Część ogólna

W ramach ogólnych przepisów prawa karnego ochrony środowiska naturalnego wyróżniające się znaczenie posiada regulacja akcesoryjności administracyjnej. Pod tym względem nigdy nie było problematyczne, że w zakresie prawa karnego odnośnie środowiska naturalnego obowiązuje zasada akcesoryjności administracyjnej. Niejasne było tylko, jak należy ją rozumieć i w jakich granicach ona obowiązuje⁷⁷. Istniejące niepewności i ta częściowo polemiczna debata nie zadziwiały, ponieważ stare prawo

nie zawierało żadnej podstawowej normy na temat akcesoryjności administracyjnej. Sytuacja ta zmieniła się gruntownie z uchwaleniem 2. UKG. Obecnie w raczej niewidocznym przepisie § 330d nr 5 StGB mówi się, że „działanie bez zezwolenia, ustalenia planowego, jak i innej formy dopuszczenia ... to także działanie, które doszło do skutku na podstawie groźby, łapownictwa lub zмовy, albo, wyłudzone przez podanie nieprawdziwych lub niewyczerpujących danych zezwolenie, ustalenie planu i inne dopuszczenia”. Za tą pomyślaną przez ustawodawcę jako „wyjaśniającą” i „wyczerpującą” regulacją⁷⁸ podążyło nowe prawo, przyjmując preprezentowaną przez literaturę tzw. teorii nadużycia prawa⁷⁹. Jest więc pewne, że w zakresie prawa karnego ochrony środowiska naturalnego zasadniczo obowiązuje surowa akcesoryjność administracyjna, która może być przełamana tylko w przypadkach wyraźnie określonych w § 330d nr 5 StGB. Należy jednak wrócić do szczegółów tej całkiem problematycznej regulacji⁸⁰.

Ustawa 2. UKG także rozszerzyła przepisy o karze pieniężnej od osób prawnych (§ 30 ustawy o wykroczeniach=OWiG) i o naruszeniu przepisów nadzoru i kontroli w przedsiębiorstwach (§ 130 OWiG)⁸¹. Nałożenie kary pieniężnej na osobę prawną jest więc możliwe już wtedy, kiedy pełnomocnik ogólny lub prokurent znajdujący się na kierowniczym stanowisku, bądź pełnomocnik handlowy popełnił wykroczenie „zakładowe” (§ 30 I nr 4 OWiG). Odnośnie naruszenia przepisów nadzoru i kontroli ustawodawca odszedł od surowych wymogów przyczynowości. Obecnie do potwierdzenia związku przyczynowego pomiędzy zaniechanym środkiem kontroli i zakładowym wykroczeniem wystarcza, że przy należytej kontroli ono „nie nastąpiłoby bądź byłoby znacznie utrudnione”. W tym leży - przynajmniej w tej części - uznanie tzw. teorii o powiększeniu ryzyka⁸².

Ustawodawca nie zrealizował wcześniej już podnoszonego żądania⁸³ wprowadzenia przepisu o naruszeniu obowiązku nadzoru i kontroli ustawodawcą⁸⁴, jak również postulatu utworzenia przepisu o prawnokarnej odpowiedzialności urzędów w obrębie ochrony środowiska⁸⁵. Pod tym względem pozostano więc przy stanie prawnym z 1980 r. Właśnie pytanie o tzw. odpowiedzialność urzędu wywołuje trudne problemy, do których należy jeszcze wrócić⁸⁶.

c) Część szczególna

W 2. UKG ustawodawca chciał uregulować, w sposób bardziej niż dotąd wyważony, prawnokarną ochronę takich elementów jak woda, powietrze i ziemia⁸⁷. To mu się przynajmniej o tyle udało, że obecnie ziemia

po raz pierwszy jest jednolicie⁸⁸ i bezpośrednio⁸⁹ chroniona przed zanieczyszczeniami w całym państwie (§ 324 a StGB)⁹⁰. Przez to uzyskano stan, w którym wszystkie podstawowe elementy środowiska są przedmiotem specyficznych przepisów prawa karnego. Konstrukcja tych przepisów karnych jest jednak - z powodu ram prawn-administracyjnych w najwyższym stopniu zróżnicowana. Podczas gdy zanieczyszczenie wody § 324 StGB w dalszym ciągu przedstawia się jako klasyczny delikt z naruszenia/skutku i normatywnie ujęty jest bardzo szeroko⁹¹, natomiast zagrażające środowisku pozbywanie się odpadów z § 326 StGB zawiera ograniczenia dokonane przez ustawowy opis przedmiotu czynu, które dołączają abstrakcyjną normę prawną zagrożenia w postaci komponentu nadawania się⁹². Także klauzula minima § 326 VI StGB, której odpowiedniość jest zresztą sporna⁹³, uwidacznia wyraźnie usiłowanie ustawodawcy w kierunku nieustalania zbyt niskiej granicy karalności.

Przepis o zanieczyszczeniu ziemi (§ 324 a StGB) naśladuje, jeśli chodzi o opis czynu, § 324 StGB. Jest on jednak inaczej zbudowany, mianowicie jako przestępstwo skutkowe z potencjalnym komponentem zagrożenia⁹⁴. To dotyczy nie tylko § 324 a I nr 1 StGB, lecz także nr 2, który stamtąd bierze swój sens⁹⁵. Prawnokarna ochrona ziemi jest na skutek akcesoryjności administracyjnej ("przy naruszeniu prawnoadministracyjnych obowiązków") uzależniona głównie od prawa administracyjnego dotyczącego ziemi, które jeszcze nie jest uregulowane całościowo. Jednakże jest przesadą, piętnować prawnokarną ochronę ziemi jako „prawniczy tors” i kwalifikować ją jedynie jako „zmianę na prawnoadministracyjną przyszłość”⁹⁶. Bowiem pojedyncze działania prawne chroniące ziemię są, jeśli nawet na podstawie innych przepisów prawnych, już możliwe teraz i zabezpieczone przez sankcje karne §§ 324a, 330d nr 4 StGB.

Na szczególne uznanie zasługuje wysiłek ustawodawcy zmierzający do poprawienia prawa karnego w zakresie ochrony przed imisjami. We wcześniejszym prawie § 325 StGB stanowił centralny przepis prawny chroniący przed imisjami, który pod każdym względem pojmowany był jako „uderzenie w próżnię”⁹⁷. Przepis ten jest obecnie podzielony na dwa oddzielne przepisy, z których jeden obejmuje jako „zanieczyszczenie powietrza” (§ 325 StGB), a drugi tworzy nową normę § 325a StGB o „spowodowaniu hałasu, wywołaniu wstrząsów i niejonizujących promieni”. Ważne jest przy tym, że przepis o zanieczyszczeniu powietrza (§ 325 StGB) jest poszerzony o prawno-emisyjny komponent (§ 325 II StGB). Ten przepis stanowi abstrakcyjny delikt z zagrożenia, który nawiązuje do ciężkich naruszeń obowiązków przy emisji szkodliwych materiałów⁹⁸. Podlega karze, kto z powodu uruchomienia urządzenia lub zakładu wy-

puszcza do atmosfery w dużym zakresie szkodliwe materiały (§ 325 IV StGB) poza obszar zakładu i przy tym narusza w znacznym stopniu obowiązki prawnoadministracyjne. Mimo znamion zawężających karalność nie wolno nie dostrzegać, że nowy § 325 II StGB przynosi znaczne ułatwienia dowodowe. Obecnie chodzi już tylko o to, żeby udokumentować nadawanie się do wyrządzenia szkody, co naturalnie powinno być prostsze, niż prowadzenie prawno-imisyjnego dowodu odnośnie uszczerbku⁹⁹. W każdym bądź razie § 325 II StGB stanowi ważny punkt ciężkości regulacji nowego prawa karnego o ochronie środowiska naturalnego.

Inny nowy punkt ciężkości ustawodawczej intencji regulacyjnej leży przy nowo sformułowanym przepisie o niebezpiecznych materiałach § 328 StGB. Podczas gdy ochrona przed nielegalnym obrotem paliwem jądrowym i innymi radioaktywnymi materiałami, która jest szczególnie aktualna na tle przemytu atomowego, a którego należy się obawiać w niedalekiej przyszłości, jest poszerzona w § 328 I, II StGB¹⁰⁰, to ustawodawca dorzucił całkiem nową regulację o obrocie niebezpiecznymi materiałami lub dobrami w § 328 III StGB¹⁰¹. Jednakże wbrew intencjom projektu rządowego i odpowiednio do życzeń związków gospodarczych czyn ten jest ukształtowany jako konkretny przestępstwo z zagrożenia¹⁰². To w sumie przeczy polityczno-kryminalnym dyrektywom prawnokarnej ochrony środowiska naturalnego, która nawiązuje raczej do formuły abstrakcyjnych lub abstrakcyjno-konkretnych przestępstw z zagrożenia. Zachowując uczciwość trzeba jednak także tutaj powiedzieć, że zmiana charakteru deliktowego przynosi z sobą problemy ograniczenia zakresu karalności¹⁰³. W strukturze § 328 III StGB odpowiada w każdym bądź razie nowo sformułowanemu przepisowi ciężkiego zagrożenia przez wypuszczenie trucizn (§ 330a StGB), który teraz stanowi specyficzną kombinację umyślno-nieumyślną.

Wreszcie ustawodawca usunął monstrualny przepis ciężkiego zagrożenia środowiska (§ 330 StGB) i zastąpił go przez szczególnie ciężkie przypadki czynu bezprawnego przeciwko środowisku naturalnemu według §§ 324-329 StGB. Jest to decyzja, która niezależnie od szczegółów zyska na szerokie uznanie.

2. Dane i fakty odnośnie przestępczości w zakresie ochrony środowiska naturalnego

Prawo karne ochrony środowiska naturalnego, w przeciwieństwie do innych części prawa karnego, było w znikomym stopniu przedmiotem badań faktyczno-prawnych¹⁰⁴. Aczkolwiek istniejące dane nawet w szczegółach zaledwie różnią się od siebie, to mimo to trzeba jednak stwierdzić,

iż mamy dziś dość dobry wgląd w sytuację „na miejscu”. Jednakże jeszcze nie wszystkie parametry są - na ile było to możliwe do zbadania - ocenione, które by mogły mieć znaczenie, jak np. „generalno-prewentywny wpływ” prawa karnego na procesy podejmowania decyzji w przedsiębiorstwach. W tym miejscu należy poczynić kilka uwag¹⁰⁵. Odnośnie oceny faktyczno-prawnego materiału i będących do wyciągnięcia konsekwencji nie we wszystkich punktach występuje zgodność¹⁰⁶.

Rozwój przestępczości w zakresie ochrony środowiska¹⁰⁷ odznacza się jak wiadomo przez *postępujący* wzrost¹⁰⁸.

Dziś jednak istnieje daleko idąca zgodność poglądów, iż ten wzrost nie jest jednoznaczny z faktycznym wzrostem przestępczości w zakresie środowiska naturalnego¹⁰⁹. Raczej odnosi się wrażenie, że ten stały wzrost zarejestrowanych deliktów z tego obszaru w istocie należy zawdzięczać wzmoczonej i lepszej pracy policji i zwiększonej gotowości społeczeństwa do denuncjacji. Można to ocenić jako dowód rosnącej świadomości społeczeństwa i wyczulenia na sprawy ochrony środowiska, co odpowiada założeniom ustawowym. Wielka ilość objętych *policijną statystyką kryminalną* przypadków wynika także z niekompetentnych informacji i zachowań związanych z denuncjacją¹¹⁰. W każdym bądź razie wiele wskazuje na to, że duża ilość zarejestrowanych przypadków wynika z prawnokarnie nieistotnych zdarzeń¹¹¹.

Wzrastająca ilość zarejestrowanych policyjnie przestępstw przeciwko środowisku naturalnemu nie znajduje odpowiednika w osądzeniach. Z powodu umorzenia postępowania na etapie prokuratorskim powstaje „efekt nożyc” pomiędzy zarejestrowanymi a osądzonymi przypadkami¹¹².

Faktu, że ta forma załatwiania spraw, które być może są prawnokarnie istotne, jest niezadowolająca, nie da się w międzyczasie ustalić. Trzeba będzie raczej powiedzieć, że umorzenie postępowania według § 170 II StPO¹¹³ i według §§153, 153a StPO stanowi właściwą formę załatwienia sprawy, pod warunkiem, że analizowany stan faktyczny nie jest karalny lub stanowi drobne przestępstwo.

W płaszczyźnie sądowej kontynuowany jest trend w kierunku „sądowej dekryminalizacji” i to z tym skutkiem, iż liczba wyroków uniewinniających i sądowe umorzenia plasują znacznie powyżej przeciętnej liczby ogólnych procesów karnych¹¹⁴.

Przy wymierzonych karach dominuje jednoznacznie kara pieniężna; jest ona karą zwykłą, przy czym w ostatnim czasie można skonstatować lekkie przesunięcie na korzyść kary pozbawienia wolności¹¹⁵. Wyegzekwowane kary są w każdym bądź razie absolutnym wyjątkiem¹¹⁶. Te ska-

zania odpowiadają jednak europejskiemu trendowi, nie stanowią więc żadnej niemieckiej specjalności¹¹⁷.

Poziom sankcji jest zarówno w zakresie kar pozbawienia wolności jak i u kar pieniężnych stosunkowo niski, co jest szczególnie widoczne przy karach pozbawienia wolności¹¹⁸. Odnośnie kar pieniężnych sprawa wygląda podobnie¹¹⁹.

3. Ocena i polityczno-kryminalne wnioski końcowe

Wszystkie te dane były wykorzystywane w przeszłości (częściowo także jeszcze i dziś)¹²⁰ do wykazywania nieefektywności prawa karnego ochrony środowiska. Te dążenia są wyrazem wymienionej już na wstępie schematyzacji („sztuka koncepcji”)¹²¹. Przy tym wydaje się dziwne, iż sensowność normy karnej próbuje się uzasadniać danymi co do częstotliwości jej zastosowania i surowości orzeczonych sankcji. W każdym bądź razie nie są znane przypadki, żeby to samo czyniono w przypadku np. przepisu o kradzieży.

Tego rodzaju wnioski są przedwczesne i naukowo nieuczciwe, przy najmniej tak długo, jak długo istnieją ewentualnie niejasne wyobrażenia o celowym programie prawnokarnym w zakresie ochrony środowiska oraz poważne różnice na temat dokładnej przyczyny przyrostu danych i ich oceny.

Jeśli przyjrzymy się dokładnie wymienionym przyczynom stosunków faktyczno-prawnych, to musimy stwierdzić, że następujące aspekty należy wysunąć na pierwszy plan¹²²:

- trudności w ustaleniu skutków („płynność elementów środowiska”)
- trudności dowodowe (płaszczyzna faktyczna)
- problemy związku przyczynowego (problem wstępny nauk przyrodniczych; efekty kumulatywne, sumatywne, synergetyczne)
- akcesoryjność administracyjna i problemy przypisywalności w systemach kompleksowych („kontekst przemysłowy”)
- kryminalizowanie czynów drobnych
- niekompetentne zachowania denuncjatorskie.

Jeśli zaakceptuje się te powody - za czym istotnie wiele przemawia - to jednak nie można z istniejącego materiału liczbowego od razu wyciągać wnioski odnośnie nie sprawdzenia się prawa karnego materialnego ochrony środowiska. W szczególności należy uwzględnić co następuje.

Umorzenie według § 170 II StPO przedstawiają prawnie nakazaną reakcję na obalenie bądź niepotwierdzenie podejrzenia. W tym zakresie prokuratura wykonuje jedynie swoje obowiązki. Fakt, że w zakresie

ochrony środowiska mamy do czynienia z niekompetentnym zachowaniem denuncjatorskim, jest już inną stroną medalu.

Umorzenia według §§ 153, 153 a StPO wskazują na dziś powszechnie znany problem bagatelności w zakresie ochrony środowiska. W tym przypadku mamy prawdopodobnie do czynienia z materialno-prawnym deficytem, który musi być rozwiązany przez dekryminalizację w formie ograniczenia znamion ustawowych przestępstw¹²³. Faktu tego nie można również używać jako argumentu przemawiającego za zlikwidowaniem prawa karnego ochrony środowiska, czy też odwrotnie, za sztywną kryminalizacją.

Umorzenia są zapewne także wyrazem trudności przy rozpracowaniu stanu faktycznego. Trudności dowodowe i podstawowe problemy z zakresu nauk przyrodniczych są jednak tylko do pewnego stopnia problemami struktury przepisu karnego. Podjęte w 2. UKG wzmocnienie abstrakcyjnych i potencjalnych przestępstw z zagrożenia prowokuje możliwości części szczególnej. Ogólne pytania prawnokarnej przypisywalności czynu (przyczynowość i obiektywne przypisanie czynu) występują nie tylko w prawie karnym ochrony środowiska. Pod tym względem trzeba rozważyć daleko idące możliwości rozwiązań¹²⁴.

Administracyjna akcesoryjność prawa karnego ochrony środowiska jest wielokrotnie ośmieszana i wywołuje agresję¹²⁵. Jest ona jed nak - co jeszcze trzeba będzie wykazać¹²⁶ - nieodzowna i stanowi wyrazem funkcji ultima-ratio prawa karnego w zakresie ochrony środowiska. Problem ustalenia sprawcy w zakresie przedsiębiorstwa dotyczy nie tylko prawa karnego ochrony środowiska; w pewnym zakresie będzie go można rozładować de lege ferenda. Do tego tematu trzeba będzie jeszcze wrócić¹²⁷.

W przypadku faktyczno-prawnej egzegezy prawa karnego ochrony środowiska naturalnego często nie dostrzega się, że efektywność przepisów karnych może być odczytana nie tylko z wyniku postępowania procesowego. Ten kto jest zatrudniony przy realizacji prawa karnego ochrony środowiska, wie, że samo wdrożenie postępowania dochodzeniowego wywołuje już skutki i że dla przedsiębiorstwa nie ma nic bardziej szkodliwego niż deficytowa postawa w stosunku do norm prawa o środowisku naturalnym¹²⁸. Dlaczego miałyby, w przeciwnym wypadku, spółka akcyjna SHELL po aferze BRENT SPAR oświadczyć, że „nauczyła” się od opinii publicznej i że się „zmieni”?

Temu kontekstowi odpowiada - w prawie karnym dotąd zupełnie nie dostrzegany stan rzeczy¹²⁹, że praktyka zakładowa już od dawna zajmuje się strategiami unikania ryzyk środowiskowych¹³⁰. Jako hasła można tu wymienić tylko takie pojęcia jak „Total Quality Management” (TQM)

lub „Kaizen” (unikający błędów i mający na celu ciągłą poprawę managementu zakładowego)¹³¹. Można stwierdzić bez przesady, że przedsiębiorstwa pojmują dziś ochronę środowiska coraz bardziej jako własne zadanie. Obowiązujące od 01.04.1995 r. zarządzenie Europejskiej Wspólnoty (öko-Audit-Verordnung)¹³², którego wewnątrzpaństwowa adaptacja ma wkrótce nastąpić¹³³, ma na celu wzmocnienie ochrony środowiska przez przedsiębiorstwa w drodze umożliwienia dobrowolnego uczestnictwa w systemie zarządzania środowiskiem naturalnym i kontroli zakładowej w stosunku do środowiska¹³⁴. W planie są dalsze akty prawne¹³⁵. Jak słusznie stwierdza Köck¹³⁶, proces normowania managementu środowiskowego i zakładowych systemów kontrolnych przebiega aktualnie na wysokich obrotach. Przemysłowa i zakładowa praktyka rozpoznała, że także prawo karne, obowiązujące w zakresie produkcji i ochrony środowiska, stawia wymagania, które przedsiębiorstwo musi uwzględnić przy organizacji i przebiegach produkcyjnych¹³⁷. Jeśli tak się mają sprawy, to nie można właściwie prawu karnemu odmówić uznania, że przynajmniej częściowo przyczyniło się do wzmocnienia standardów w zakresie prawa ochrony środowiska.

IV. ZAKRESY PROBLEMOWE PRAWA KARNEGO OCHRONY ŚRODOWISKA NATURALNEGO: NORMALNOŚĆ CZY KRYZYS?

Mimo wszystko pozostajemy przy stwierdzeniu, że prawo karne ochrony środowiska wykazuje strukturalne zakresy problemowe, które są powszechnie znane i w dyskusji ciągle na nowo eksponowane w tym czy innym kierunku. Do najczęściej dyskutowanych problemów prawnych prawa karnego ochrony środowiska należą przede wszystkim problemy związku przyczynowego, akcesoryjności administracyjnej i odpowiedzialności urzędu, jak również problemy prawnokarnej przypisywalności działania w przedsiębiorstwie. Także tutaj natrafiamy ponownie na schematy i tworzenie legend.

1. Problemy przyczynowości

To, że w zakresie prawa karnego ochrony środowiska występują problemy przyczynowości, jest już od dawna znane¹³⁸. Są one interesujące już na płaszczyźnie ogólnej, „ponieważ”, jak Wassner¹³⁹ ostatnio sformułował, „prawnicy chętnie przesadzają i szukają schronienia w dziedzinach pokrewnych, takich jak filozofia, dział logiki i teorii poznania.” Problemy te są również interesujące ze względu na prawne i wymagające wyjaśnienia aspekty ochrony środowiska, ponieważ środowisko naturalne w

swojej kompleksyjności wydaje się być przykładem zastosowania teorii chaosu, według której poruszenie skrzydłem motyla nocnego w Sydney w może rezultacie spowodować tornado w morzu Karaibskim¹⁴⁰. Skoro oddziaływanie na środowisko jest często udziałem przedsiębiorstwa, a więc wychodzi z kompletnych systemów, powstają dalsze problemy, które mają związek systemowy z przyczynowością zachowania decydentów¹⁴¹. Wszystkie te problemy uświadomiliśmy sobie ostatnio w związku z odpowiedzialnością za produkty¹⁴². W prawie karnym ochrony środowiska wystąpiły one natomiast już od samego początku.

Już ze względu na koreferat Pani *Puppe* i ograniczony czas muszę zrezygnować z głębszej dyskusji na temat prawnokarnych problemów przyczynowości w zakresie ochrony środowiska. Ograniczę się więc li tylko do niektórych wskazówek i uwag.

Pogląd, że w przewidywalnym czasie można by całkowicie poznać trudne związki z dziedziny nauk przyrodniczych w zakresie ochrony środowiska, jest iluzoryczny. Kompleksowości nie można dowolnie redukować. Świat nie pozwala się, jak już zilustrowały podane na wstępie przykłady, dowolnie odczarować. Po drugiej stronie stoi prawo karne, które zajmuje się nagannym związkiem przyczynowym, mierzy indywidualną winę i wymierza nieodpowiedzialne kary. To prawo karne nie jest koniecznie dane przez naturę, ale jednak jest wyrazem naszej kultury prawnej i konstytucyjnej. Kto nie może zmienić świata, musi zmienić prawo, względnie tylko prawo karne. Pojawia się więc pytanie za jaką cenę można tego dokonać.

Najradykałniejsze rozwiązanie polegałoby na tym, żeby zrezygnować się z wymogu tzw. generalnej przyczynowości¹⁴³ i w jej miejsce wprowadzić statystyczne prawdopodobieństwo¹⁴⁴. Zgodnie z tym należałoby przyjąć odpowiedzialność m. in. tylko wtedy, jeśli sprawca naraził ochraniające dobro na statystyczne ryzyko. To rozwiązanie zgadzałoby się w dużym stopniu z już wcześniej przeprowadzonym rozumowaniem przypisania czynu bez względu na przyczynowość tylko ze względu na samo zwiększenie niebezpieczeństwa¹⁴⁵. Inne rozwiązanie, które jest również dyskutowane w prawie karnym gospodarczym, może polegać na tym, że wprowadzi się domniemanie przyczynowości z odwróceniem ciężaru dowodu¹⁴⁶.

Oba rozwiązania idą za daleko i nie mogą utrzymać się pod hasłem państwa prawa. To obowiązuje co najmniej, jak długo będzie się obstawiać przy prawie karnym opartym na indywidualnej winie. Jest to konieczne, w co nie należy moim zdaniem wątpić. Za odrzuceniem obydwu ekstremalnych rozwiązań przemawia także subsydiarność prawa karnego.

Domniemanie przyczynowości należy do prawa cywilnego lub do prawa publicznego, gdzie jest jego prawowite miejsce. Ustawa o odpowiedzialności za środowisko naturalne dostarcza na ten temat trafnego przykładu¹⁴⁷. Odnośnie statystycznych procesów dowodowych zasadniczo nie obowiązuje nic nowego, jeśli się pominie zakres tzw. deliktów kwalifikowanych¹⁴⁸. Prawo karne powinno być brane w każdym bądź razie pod uwagę, jeśli są wypełnione tradycyjne wymogi przypisywalności.

Mimo tego negatywnego stwierdzenia istnieją na płaszczyźnie prawa karnego ochrony środowiska możliwości co najmniej osłabienia rygorów przyczynowości. Istnieją one w pierwszej kolejności w formułowaniu dalszych abstrakcyjnych przestępstw z zagrożenia, jak również w zestawie przepisów, które nawiązują do naruszeń określonych wartości emisyjnych lub emisji określonych szkodliwych substancji¹⁴⁹. Także ze względu na opis skutków czynów bezprawnych w zakresie ochrony środowiska nowelizacja ustawy powinna być brana pod uwagę.

Konsekwencją tych wskazówek jest to, że problem przyczynowości w prawie karnym ochrony środowiska nie powinien być odbierany jako problem, lecz powinien być, i to mówiąc bez żalu, rozumiany jako to, czym jest: mianowicie jako wyraz wstrzemięźliwości wynikającej z subsydiarności prawa karnego.

2. Administracyjna akcesoryjność prawa karnego ochrony środowiska naturalnego

Akcesoryjność administracyjna prawa karnego ochrony środowiska jest dalszym tematem, który budzi emocje wśród uczestników naukowej dysputy. Właśnie akcesoryjność administracyjna była tą, którą potraktowano krytycznie i którą w jednej ze swoich form zjawiskowych czyniono głównie odpowiedzialną za rzekomy zawód, jaki sprawiło prawo karne ochrony środowiska naturalnego¹⁵⁰. Również ten spór można omówić z punktu widzenia „sztuki koncepcyjnej”.

Pojęciem administracyjnej akcesoryjności prawa karnego ochrony środowiska określamy kompleks form, dla którego charakterystyczne jest wyraźne i konkludentne odesłanie prawa karnego do prawa administracyjnego i zależność prawa karnego od prawa administracyjnego¹⁵¹. Aby lepiej pojąć pojedyncze formy zjawiskowe akcesoryjności administracyjnej, wydaje się sensowne rozróżniać z jednej strony pomiędzy akcesoryjnością formalną i materialną, a z drugiej pomiędzy akcesoryjnością prawnoprocesową¹⁵².

Formalna akcesoryjność występuje w przypadku, kiedy jakaś ustawa dotycząca środowiska naturalnego już w samym przepisie odsyła do pra-

wa administracyjnego. Przy tej formie akcesoryjności funkcjonuje prawo karne lub jakaś jego część jedynie jako prosty „odsyłacz” do norm lub części norm prawa administracyjnego. Ta forma występuje szczególnie wtedy, kiedy prawo karne przejmie do swoich znamion ustawowych pojęcia prawnoadministracyjne. Materialny problem pierwszeństwa czy ustępstwa na rzecz prawa administracyjnego nie występuje w przypadku akcesoryjności formalnej.

Akcesoryjność materialna występuje tam, gdzie prawo karne związane jest wcześniejszymi treściowymi rozstrzygnięciami prawnoadministracyjnymi w zakresie środowiska naturalnego. Ta forma akcesoryjności powoduje pierwszeństwo prawa administracyjnego¹⁵³. Obejmuje ona zarówno tzw. akcesoryjność prawa administracyjnego jak i akcesoryjność aktu administracyjnego. W tym sensie chodzi o obowiązywanie treściowe, a więc o akty poprzednie wiążące.

Akcesoryjność prawnoprocesowa dotyczy z jednej strony problemu obowiązywania w prawie karnym rozstrzygnięć oraz poglądów urzędów i sądów administracyjnych. Natomiast z drugiej strony, obejmuje także problem zależności decyzji prawnokarnych od każdorazowego stadium procesowego w zakresie postępowania administracyjnego. Akcesoryjność prawnoprocesową należy odróżniać od innych form akcesoryjności, ponieważ nie dotyczy ona ani formy, ani pytania, jakiej materii prawnej przypada treściowe (materialne) pierwszeństwo¹⁵⁴. Raczej chodzi głównie o procesowe przebiegi i wyniki (outputs) w zakresie prawa administracyjnego i ich respektowanie w prawie karnym.

Główna kontrowersja w przypadku akcesoryjności administracyjnej dotyczyła pytania, czy istniejąca zgodnie z prawem administracyjnym ważność (nawet) (bezprawnych) aktów administracyjnych¹⁵⁵ także musi być przestrzegana w prawie karnym (akcesoryjność aktu administracyjnego). Problematyczne jest dlatego pytanie, czy sprawca działa „bez zezwolenia”, jeśli akt administracyjny jest skuteczny i nadający się do egzekucji, ale bezprawny według materialnego prawa administracyjnego.

Pytanie to, które należało rozstrzygnąć w sensie bliskiego związku prawa karnego z administracyjnym¹⁵⁶, jest obecnie przez ustawodawcę dołączone do rozwiązania 2. UKG. Według § 330 d nr 5 StGB działaniem jest „działanie bez zezwolenia, ustalenie planu lub pozostałe dopuszczenie, także działania spowodowane na podstawie groźby, łapownictwa lub zmywy, albo wyłudzone przez nieprawdziwe lub niepełne dane zezwolenie, ustalenie planu lub inne dopuszczenie.”

Nowelizację ustawy, której praktyczne uzasadnienie nie zostało jeszcze dotychczas uwidocznione¹⁵⁷, należy ocenić jako ustępstwo ustawo-

dawcy w odpowiedzi na silny nacisk literatury. Niezależnie od tego, że pod wieloma względami okazuje się ona problematyczna¹⁵⁸, to zawiera jednak implicite ustawowo jasną wypowiedź, że interpretacja prawa karnego ochrony środowiska w duchu czystej akcesoryjności aktu administracyjnego zostanie przyjęta jako podstawa na przyszłość. Dla wykluczenia więc ustawowego bezprawia wystarcza obecnie jednoznacznie ważność aktu administracyjnego odpowiadająca przepisom administracyjnego postępowania procesowego. Tylko w przypadkach § 330d nr 5 StGB zezwolenie nie powoduje dopuszczenia w sensie prawa karnego. Tym samym pozbawiono podstaw przeciwników ściśle akcesoryjnego modelu, którzy chcieli z prawa karnego zrobić prekursora w zakresie ochrony środowiska naturalnego.

Oddziaływania nowego prawa na administracyjne prawo procesowe nie można jeszcze do końca przewidzieć. W rezultacie trzeba będzie mimo to przyjąć, że ważność według administracyjnego prawa procesowego pozostaje nienaruszona przez prawnokarną „nieważność”¹⁵⁹. Tak więc w przyszłości może dojść do współistnienia prawnoadministracyjnej ważności obok prawnokarnej nieważności. Takie rozwiązanie nie jest dobre i jednocześnie udaremnia realizację zasady pierwszeństwa decyzji urzędów administracyjnych¹⁶⁰.

Jak wynika ze sformułowania ustawy zezwolenie musi być uzyskane kauzalne i przypisywalnie *przez* groźbę, łapownictwo, znowę lub przez nieprawdziwe itp. dane. Zgodnie ze znaczeniem słów („spowodowane”, „wyłudzone”) można tego dokonać tylko umyślnie. W dalszej kolejności sprawca musi być odpowiedzialny za wydanie aktu administracyjnego; za działania osób trzecich jest tylko odpowiedzialny, gdy zgodnie z prawem karnym może być brany pod uwagę jako współsprawca, sprawca pośredni (§ 5 StGB), współuczestnik (§§ 26, 27 StGB)¹⁶¹ lub jako gwarant zobowiązany do przeszkodzenia skutkowi (§ 13 StGB)¹⁶². Tekst przepisu mógłby być może dopuścić także odmowę powołania się na akt administracyjny następcy prawnemu: jego dobra wiara chroniłaby go jednak przed karą. Tzw. tolerowanie¹⁶³ nie stanowi zresztą zezwolenia czy ustalenia planu, czy wreszcie równoznaczność „innego dopuszczenia”; nie jest ono wymienione również w § 330d nr 5 StGB jako „wiedza” bezprawności środowiskowej. Nie ma więc w tym przypadku możliwości ograniczenia środkami prawa karnego ważności aktu administracyjnego. Zezwolenie jest w pozostałej części tylko wtedy prawnokarnie bez znaczenia, jeśli napiętnowany sposób zachowania wywołał niezdolny do zaakceptowania stan¹⁶⁴. Jeśli zezwolenie jest zdolne do zaakceptowania, musimy pozostać przy karalności według §§ 240, 331, 333 StGB. Nie to

nieuczciwe uzyskanie, lecz tylko materialne bezprawie odnośnie środowiska naturalnego stanowi ratio legis § 330d nr 5 StGB.

3. Odpowiedzialność urzędu

Z akcesoryjnością administracyjną ściśle związany jest inny punkt ciężkości ogólnego prawa karnego ochrony środowiska naturalnego, a mianowicie tzw. odpowiedzialność urzędu¹⁶⁵. Odpowiedzialność urzędu jest w istocie nie mniej sporna niż akcesoryjność administracyjna¹⁶⁶. W odróżnieniu od niej ustawodawca w 2. UKG nie mógł się zdecydować na ustawową regulację odpowiedzialności urzędu¹⁶⁷. Zaprzeczył również potrzebie praktycznej uchwalania odpowiedniego przepisu i wyraził pogląd, że „szczególny przepis wzbudziłby z pewnością fałszywe oczekiwania i w związku z tym doprowadziłby do niepewności w administracji związanej ze środowiskiem naturalnym”¹⁶⁸. W przeciwieństwie do tego frakcja parlamentarna SPD popierała swoją sprawę stworzenia specjalnego przepisu dla urzędów aż do plenum Parlamentu Niemieckiego (Bundestagu)¹⁶⁹, ale tam jej plan spalił na panewce. Na temat odpowiedzialności urzędu można tylko w dalszym ciągu rozstrzygać na podstawie ogólnych przepisów i reguł prawa karnego.

Postawa ustawodawcy jest z punktu widzenia kryminalno-politycznego z pewnością uzasadniona, chociaż niekonieczna¹⁷⁰. Nie cementuje ona nawet luki w karalności, ponieważ orzecznictwo¹⁷¹ znacznie podniosło próg karalnego zachowania w ramach odpowiedzialności urzędu. To odnosi się zarówno do tzw. przypadków urzędzeń zakładowych, jak również w razie wydania błędnych aktów administracyjnych i zaniechania interwencji odnośnie czynów obywateli. To orzecznictwo wymaga bliższego krytycznego omówienia.

W związku z przypadkami prowadzenia przez urzędy działalności związanej z ruchem czy funkcjonowaniem urządzeń bądź zakładów, orzecznictwo¹⁷² zajmowało się problemem, jak określić odpowiedzialność naczelników urzędów gminnych w razie niewłaściwego funkcjonowania obiektu, jak np. awarii w pracy oczyszczalni ścieków, która w konsekwencji doprowadziła do zanieczyszczenia wody. W szczególności pojawiło się pytanie, czy głównego urzędnika gminy należy potraktować jako sprawcę z działania czy zaniechania. Orzecznictwo przy akceptacji literatury¹⁷³ uznało, że w rezultacie trzeba stwierdzić, iż w tym wypadku ten wątpliwy zakres sprawców nie działał sam i dlatego było zdania, że może tu wchodzić w rachubę tylko sprzeczne z pozycją gwaranta zaniechanie. Ta forma zaszeregowania czynu napotkała jednak ostatnio na krytykę. Ponieważ gmina prowadzi ten obiekt i przy neutralnym spojrzeniu to pro-

wadzenie przedstawia się jako jej działanie, toteż ten główny urzędnik gminy z organizacyjnego punktu widzenia musiałby być zakwalifikowany jako sprawca z działania¹⁷⁴. Ten punkt widzenia, który ma obowiązywać w nawiązaniu do wyroku Najwyższego Sądu Federalnego (BGH)¹⁷⁵ odnośnie aerozolu do skóry, przenosi „zachowanie” organizacji bezpośrednio na kompetentne osoby w ramach tej organizacji¹⁷⁶. Jest to jednak tak długo problematyczne, jak długo prawnokarna odpowiedzialność organizacji nie jest przewidziana przez prawo. Z drugiej strony samo przejęcie stanowiska nie może prowadzić do tego, że funkcjonujący zakład będzie przypisany temu, kto przejął stanowisko od swojego poprzednika¹⁷⁷.

W rzeczywistości samo objęcie urzędu nie może uzasadnić sprawstwa przez działanie. Sprawstwo zakłada panowanie nad czynem. Jest to albo władztwo nad etapem podejmowania decyzji, albo władztwo nad ukształtowaniem czynu lub nad jego przebiegiem¹⁷⁸. Dlatego wchodzi w grę sprawstwo w formie działania, jeśli główny urzędnik gminy faktycznie przejął odpowiednie władcze stanowisko. Zakłada to jednak znajomość istniejącej sytuacji i jej akceptację. Odpowiedzialność naczelnego urzędnika za delikty w formie działania może bazować tylko na działaniach, które zostały podjęte po objęciu przez niego urzędu. W przypadku BGHSt 38, 325 przyjął Najwyższy Sąd Federalny właśnie słusznie zaniechanie, ponieważ nie był to przypadek z zakresu funkcjonowania zakładu czy urządzeń zakładowych, lecz przypadek nieingerencji w stosunku do bezprawnego zachowania osób trzecich¹⁷⁹.

Natomiast pytanie, czy i w jakiej formie właściwy urzędnik może być odpowiedzialny za wydanie błędnego zezwolenia, zależy jest od wielu różnych warunków, które znajdują swoje uzasadnienie w akcesoryjności sprawstwa i uczestnictwa oraz w strukturach nauki o czynie. W grę może wchodzić odpowiedzialność prawnokarna w formie sprawstwa pośredniego. Ta odpowiedzialność jest jednak problematyczna, jeśli zezwolenie z punktu widzenia prawa karnego jest skuteczne (§ 330d nr 5 StGB) i prowadzący tę działalność nie podlega karze. To obowiązuje nawet wtedy, kiedy jest on przekonany o materialnej bezprawności zezwolenia, chociaż nie można mu nawet zarzucić nielegalnego uzyskania zezwolenia¹⁸⁰. W tych przypadkach jest bardzo sporne, czy są spełnione warunki sprawstwa pośredniego urzędnika.

Przeważający pogląd w nauce potwierdza - w nawiązaniu do poglądu *Horna*¹⁸¹ - sprawstwo pośrednie urzędnika¹⁸². *Horn* uważa¹⁸³, że właściwy urząd przez udzielenie zezwolenia daje obywatelowi „zielone światło” dla jego godzącej w środowisko działalności. Jeśli dróżnik kolejowy pod-

niesie za wcześniej szlaban, powodując przez to spowoduje zderzenie się kierowcy samochodu z pociągiem i pasażer samochodu zginie, to jest on - nawet jeśli kierowca ruszył z zamiarem ewentualnym - nie tylko „uczestnikiem” tego wypadku, lecz „panem tego czynu”, a więc jest karalny z powodu zabójstwa. Odpowiednio powinno to odnosić się także do usunięcia „barier prawnych”.

Ideę usunięcia barier prawnych zaatakował *Rudolphi*¹⁸⁴ i zwrócił na to uwagę, że urzędnik przez udzielenie obywatelowi zezwolenia zwalnia go z prawnokarnych konsekwencji swojego działania. To urzędnik jest tym, który mocą swoich prawnych kompetencji podjął miarodajną decyzję co do realizacji czynu. Stąd też „z normatywnego punktu widzenia jemu, jako bezpośrednio działającemu, należy przypisać naruszenie przepisu prawnego, jako jego własne dzieło”¹⁸⁵.

W ramach przeważającej opinii częściowo mówi się o tym, że przyjęcie sprawstwa pośredniego odnośnie urzędnika rozsadza ramy tej figury prawnej¹⁸⁶. *Schünemann*¹⁸⁷ chce więc ograniczyć odpowiedzialność urzędnika do przypadku, w którym dysponuje on w porównaniu z adresatem zezwolenia większą wiedzą, a więc nawet wtedy, kiedy urzędnik sam rozpoznał niewłaściwość przedsięwzięcia dla uzyskania zezwolenia i mimo to zezwolenie udzielił.

Pogląd przeciwny¹⁸⁸ wywodzi¹⁸⁹, że urzędnik ani nie jest w stanie skierować działania obywatela na naruszenie całkiem specjalnych dóbr, ani nie posiada mocy wydawania rozkazów, które by zainicjowały takie działanie. Jednak faktyczne sterowanie działaniem obywatela nie zostało chociażby z tego względu spowodowane, ponieważ nie odebrano obywatelowi decyzji odnośnie wykorzystania zezwolenia bądź zaniechania szkodzącego środowisku działania. Zezwolenie więc - w odróżnieniu od działania dróżnika kolejowego - nie jest koniecznym warunkiem do działania; tylko jego bezprawność zależy od egzystencji zezwolenia. Panem czynu, urzędowo dopuszczonego naruszenia środowiska naturalnego, jest więc faktycznie nie urzędnik, lecz obywatel jako prywatny inicjator i aktor. Sama tylko możliwość oddziaływania na karalność pewnego działania w sensie prawnego panowania nie wystarcza. Tego też nie można postawić na równi z faktycznym panowaniem według teorii o władztwie nad czym. Tej argumentacji odpowiada twierdzenie, że urzędnik może tylko prawnie kwalifikować czyn obywatela, ale nie panować nad nim w sensie „trzymania w garści”¹⁹⁰.

W międzyczasie Najwyższy Sąd Federalny przyłączył się do przeważającej opinii w literaturze¹⁹¹. Traktuje bowiem kwestię sprawstwa pośredniego za „otwarty problem oceny, przy którym przejścia są płyn-

ne”¹⁹². Odnosnie wartościującej oceny nie widać przekonywających powodów, żeby w przypadkach umyślnego udzielenia błędnego zezwolenia przez urzędnika nie przyjmować sprawstwa pośredniego. Urzędnik jest wprawdzie niekoniecznie siłą sprawczą, ale na skutek swojego faktycznego i prawnego przeglądu sytuacji jest jego postacią centralną¹⁹³. Jest on sprawcą pośrednim w każdym razie wtedy, kiedy jego udział w działaniu w ramach całego zdarzenia był tak ważny, że - przy wyizolowanym potraktowaniu - posiada rangę sprawczego działania¹⁹⁴.

Pogląd Najwyższego Sądu Federalnego (BGH) odpowiada w dużej mierze argumentacji przeważającej opinii. Charakteryzowanie pytania prawnego, jako problemu oceny, jest wprawdzie merytorycznie trafne, ale jednak nie nadaje się do dostarczenia materialnego uzasadnienia dla przyjętego rozwiązania. *Horn*, który broni rozstrzygnięcia *BGH*¹⁹⁵, wskazuje w dużym stopniu trafnie na istniejące deficyty w uzasadnieniu przeważającej opinii. *Rudolphi*¹⁹⁶ usiłuje dostarczyć takie uzasadnienie, podczas gdy widzi decydujący powód dla potwierdzenia sprawstwa pośredniego w okoliczności, kiedy urzędnik uwalnia adresata zezwolenia z obowiązywania prawnokarnego przepisu i tym samym wywołuje jego bezkarność. To, że taki punkt widzenia, który w rezultacie nie prowadzi dalej, niż to co już na ten temat zostało powiedziane i rozsadza tradycyjne ramy sprawstwa pośredniego, dostrzega także *Rudolphi*¹⁹⁷, ale uspokaja się sam spostrzeżeniem, że taka konstelacja zdarzenia posiada mimo wszystko „pewne podobieństwo” (!) do klasycznych przypadków sprawstwa pośredniego.

Tutaj mamy więc do czynienia z otwartą aprobatą wyraźnego rozszerzenia figury prawnej sprawstwa pośredniego przez przeważający pogląd w literaturze. Takie rozszerzenie, jak to w międzyczasie potwierdziła jedna z Izb Federalnego Sądu Konstytucyjnego¹⁹⁸ może być konstytucyjno-prawnie do utrzymania¹⁹⁹, nie ono jest jednak dotąd mimo wszystkich wysiłków w sposób przekonywający uzasadnione oraz materialnie solidnie ugruntowane. Jak dotąd nie ma nawet wizji rozważań, które mogłyby by to zadanie wkrótce zrealizować. Z wartościującego punktu widzenia wydaje się być konieczne, że przypadek udzielenia zezwolenia można postawić na równi z innymi przypadkami sprawstwa pośredniego tylko wtedy, jeśli urzędnik w stosunku do adresata zezwolenia posiada przeważającą nad nim wiedzę i ponadto sam jest w sprawie zainteresowany²⁰⁰. I tylko wtedy jego udział jest w działaniu w ramach całego zdarzenia tak istotny, że urasta do rangi sprawstwa.

Urzędnik może podlegać karze, jeśli nie wycofa zezwolenia, które od początku było bezprawne, albo później - z powodu zmienionych wa-

runków - stało się bezprawne²⁰¹. Warunkiem tego jest, że urzędnik, jako gwarant (§ 13 StGB) jest zobowiązany zapobiec skutkowi.

Odnosnie uzasadnienia pozycji gwaranta, koniecznej do stwierdzenia odpowiedzialności, istnieją jednak różne poglądy²⁰². Częściowo wywodzi się ją z idei ingerencji²⁰³. Urzędnik, który początkowo w dobrej wierze, ale bezprawnie udzielił zezwolenia, ma obowiązek wystąpić przeciwko tego rodzaju niebezpieczeństwom w momencie, kiedy tylko właściwie rozpozna sytuację. Ażeby jednak zadowalająco określić te przypadki, w których zezwolenie dopiero później stało się bezprawne, albo zostało wydane przez niewłaściwego urzędnika, tam gdzie zastosowanie idei ingerencji wydaje się przysparzać trudności²⁰⁴, przeważnie przyjmuje się obowiązek opieki urzędnika nad dobrami z zakresu środowiska naturalnego²⁰⁵.

Najwyższy Sąd Federalny rozstrzygnął w BGHSt 39, 322, że urzędnik, który wydał bezprawne zezwolenie, „w ramach prawnie możliwego, jest zobowiązany do usunięcia go, jak tylko rozpozna jego bezprawność”; jeśli nie robi nic, może odpowiadać za zaniechanie²⁰⁶.

W rezultacie istnieje więc - mimo różnic w uzasadnieniu - zgodność poglądów co do tego, że w omawianej grupie przypadków wchodzi w grę karalność urzędnika jako sprawcy z zaniechania.

W przypadkach nieingerencji urzędnika zatrudnionego w administracji ochrony środowiska naturalnego przeciwko przestępstwom godzącym w środowiskowa osób trzecich pojawia się pytanie, czy urzędnik ten podlega obowiązkowi interwencji i czy wtedy, kiedy taki obowiązek istnieje, niewkroczenie urzędnika należy uznać za sprawstwo czy uczestnictwo.

Według przeważającego poglądu urzędnik posiada pozycję gwaranta-opiekuna w stosunku do dóbr środowiska naturalnego w zakresie swojej właściwości²⁰⁷. Obowiązek ten jest wyprowadzany ze stanowiska urzędnika, które jest ukierunkowane na to, ażeby popierać ustawowy cel jak najszerzej ochrony środowiska. Pogląd przeciwny²⁰⁸ odrzuca pozycję gwaranta przy pomocy argumentu, że brakuje tu koniecznego dla tego typu gwaranta stosunku faktycznej opieki i troski dla ekologicznych dóbr. Zadanie urzędników nie polega bowiem na zagwarantowaniu opieki nad tymi dobrami, lecz tylko na odpowiednim podziale tych zasobów i ich zagospodarowaniu.

Pogląd przeciwny, jak to szczególnie przekonywająco *Sangenstedt*²⁰⁹ udowodnił, nie jest w stanie odeprzeć stawianych mu zarzutów. O ile pogląd przeciwny uważa, że nie istnieje władztwo urzędnika nad ekologicznymi dobrami, które mogłoby uzasadnić jego stanowisko jako gwaranta, to bazuje to prawdopodobnie na stwierdzeniu, że równa pozycja co do popełnienia czynu może być skonstruowana tylko poprzez quasi-rzeczową (zgodną z prawem rzeczowym) pozycję dyspozycyjną, podobną do pozycji właściciela. Ten pogląd jest jednak za wąski, ponieważ neguje możliwość przydzielenia funkcji ochronnych specjal-

nym państwowym organom²¹⁰. Nie odpowiada to państwowym zadaniom w skomplikowanym i bazującym na podziale pracy świecie.

Najwyższy Sąd Federalny w BGHSt 38, 325 zajmował się problemem dotyczącym posiadania pozycji gwaranta przez pewnego miejscowego burmistrza, który sprzecznie ze swoimi obowiązkami nie wystąpił przeciwko zbudowanej bez zezwolenia kanalizacji ściekowej przez mieszkańców przyległych parceli²¹¹. Najwyższy Sąd Federalny nie wypowiedział się, w tym - także i z innych powodów problematycznym - rozstrzygnięciu²¹², na temat stanowiska gwaranta-obroncy czy opiekuna, lecz przeciwnie przyjął, że burmistrz odpowiednio do sytuacji był zobowiązany opanować powstałe przez odprowadzanie ścieków źródło niebezpieczeństwa i to w taki sposób, ażeby zagwarantować jak najdalej idącą ochronę przed zanieczyszczaniem wody²¹³. Z tego wynika, że BGH wychodził z założenia, że istniał obowiązek nadzoru nad źródłem niebezpieczeństwa i tym samym potwierdził pozycję gwaranta-opiekuna²¹⁴.

W rezultacie można stwierdzić, że orzecznictwo uznaje szeroką prawnokarną odpowiedzialność urzędników w zakresie środowiska naturalnego. Prawnokarna odpowiedzialność nie jest więc za wąska, jak często się to twierdzi, lecz w wielu krytycznych punktach nawet celowo za obszerna.

4. Problemy przypisywalności deliktowych zachowań w zakresie ochrony środowiska w kompleksowych systemach gospodarczych

Prawnokarna odpowiedzialność za naruszenia, które są popełniane w zakresie prowadzących działalność gospodarczą przedsiębiorstw, wywołuje dodatkowe problemy, które wprawdzie nie są wyłącznie natury prawno-ekologicznej, lecz są od dawna znane w zakresie prawa karnego gospodarczego²¹⁵. Efektywność prawnokarnych środków wydaje się tutaj nierzadko zawodzić na tle zaciemniających odpowiedzialność struktur przedsiębiorstwa. Odnosnie pytania, która osoba w hierarchii przedsiębiorstwa ponosi jako pierwsza odpowiedzialność za delikt mający związek z przedsiębiorstwem, prawnokarna dogmatyka konfrontowana jest z fenomenem organizacji przedsiębiorstwa, w której to wielka liczba osób fizycznych wpłata jest w zawiły, odpowiednio do stylu zarządzania i kultury przedsiębiorstwa zmieniający się system pionowego podziału zadań. Popularne powiedzonko o „zorganizowanej odpowiedzialności w gospodarce opartej na podziale zadań „(D. Wright Mills)²¹⁶ zastępuje liczne krytyczne opinie.

Także w tym trudnym obszarze można od dłuższego czasu rozpoznać tendencje do zamykania luk karalności i do poszerzania zakresu kryminalizowanych zachowań. Dlatego też osobiście uważam, że to biadolenie z powodu nieefektywności prawa karnego jest w dużej mierze przesadzo-

ne. W obliczu tego fenomenu nie można bagatelizować obawy o to, że próg sankcji odnośnie przyszłości jest raczej ustawiony za nisko.

Tendencje poszerzające karalność dają się wyraźnie rozpoznać zarówno w nauce, jak i w orzecznictwie. W ustalaniu osoby prawnokarnie odpowiedzialnej w ramach hierarchii przedsiębiorstwa mają być ostatnio pomocne przejęte z ekonomii modele „top down- i bottom up- rozważanie”²¹⁷.

Metoda „bottom up” rozpoczyna ustalanie odpowiedzialności sprawy już od współpracownika, który mimo że stoi na najniższym stopniu hierarchii, jest merytorycznie najbliższym źródła zakłócenia w przedsiębiorstwie²¹⁸. Metoda „top down” wychodzi z założenia, że w pierwszym rzędzie odpowiedzialne oraz ogólnie właściwe jest kierownictwo zakładu i ustala prawnokarną odpowiedzialność według delegacji zadań w przedsiębiorstwie z góry do dołu²¹⁹.

Te metody powinny w pierwszej linii dać odpowiedź na sytuację, w których przedsiębiorstwo zaniechało koniecznych strategii unikania, a więc środków nadzoru, bezpieczeństwa lub pozostałych środków kontroli i dzięki temu stworzyło zagrożenie dla prawnokarnie chronionych dóbr prawnych. Jest to więc zakres odpowiedzialności za zaniechanie naruszające obowiązki zapobiegania. Dzięki tym powyżej wymienionym metodom może się udać, spośród licznych osób fizycznych danego przedsiębiorstwa odszukać te, które naruszyły swój obowiązek unikania ryzyka. Oba te modele nie przedstawiają jednak żadnych nowych rozwiązań w zakresie prawnokarnej odpowiedzialności za zawinione, szczególnie umyślne działanie. Tutaj samo naruszenie przepisu przez określony podmiot determinuje osobę głównego sprawcy. Współsprawstwo innych członków przedsiębiorstwa określa się według ogólnej nauki o sprawstwie i uczestnictwie. Jeśli członek zakładu niższego szczebla - podporządkowany - naruszył jakiś przepis w sposób zawiniony, to zgodnie z powyższym, inni członkowie przedsiębiorstwa, szczególnie ci wyższej rangi, mogą z reguły podlegać karze, ale tylko jako współsprawcy bądź uczestnicy²²⁰.

Najwyższy Sąd Federalny chciałby w przeciwieństwie do tego zastosować inne zasady. W swoim ostatnim rozstrzygnięciu odnośnie sprawstwa pośredniego²²¹ zaprezentował pogląd, że zasady odnoszące się do władztwa organizacyjnego znajdują zastosowanie także w stosunku do związków gospodarczych. Zgodnie z tym należałoby kierownicze siły w przedsiębiorstwie zawsze uważać za sprawców (bądź sprawców pośrednich). Ten pogląd nie dostrzega jednak różnic, jakie istnieją pomiędzy systemem gospodarczym, a zorganizowanymi aparatami władzy, które ze-

szły z drogi prawa²²². Odnosnie sprawstwa pośredniego należy więc porzucić przy uznanych formach zjawiskowych władztwa drogą wymuszenia i błędu.

W *plaszczyźnie ustawodawczej* działania w kierunku zaostreżenia odpowiedzialności prawnokarnej w przedsiębiorstwie wypadły dotąd dość umiarkowanie. Tak więc ustawodawca nie uległ pokusie wprowadzenia przepisu karnego na temat naruszenia obowiązku nadzoru w zakładach i przedsiębiorstwach²²³. Zamiast tego wprowadzając przepis o karze pieniężnej z § 130 ustawy o wykroczeniach (OWiG) odnośnie naruszeń obowiązków nadzoru w zakładach i w przedsiębiorstwach, ustawodawca ukształtował tę normę efektywniej, przez wprowadzenie teorii o powiększeniu ryzyka²²⁴. W ten sposób zrealizował on wcześniejsze żądanie jednej z reform²²⁵. W przypadku *działania na rzecz innej osoby* nie doszło do żadnej istotnej zmiany²²⁶.

W istocie istnieją zastrzeżenia w stosunku do przepisu prawnego odnośnie naruszeń obowiązku nadzoru, które tutaj nie mogą być w szczególności omówione²²⁷. Z punktu widzenia polityczno-kryminalnego zasługujące na pierwszeństwo rozwiązanie polega na tym, żeby unormować obowiązki nadzoru, kierownicze, organizacyjne i ochronne w pojedynczych ustawach specjalnych, a ich naruszenia zagrozić karami pieniężnymi²²⁸. Dalej należałoby pomyśleć o poszerzeniu lub uogólnieniu obowiązków informacji odnośnie organizacji zakładu, jak to już obecnie nastąpiło w §§ 52 a ustawy związkowej o ochronie przed imisjami, BImSchG i 53 ustawy o odpadach, KrW-/AbfG²²⁹.

De lege ferenda należy stwierdzić, że bez wątpienia dojdzie do regulacji prawnokarnej odpowiedzialności przedsiębiorstw, a więc do prawnokarnej odpowiedzialności osoby prawnej. Ten kierunek rozwoju jest już nie do uniknięcia ze względu na europejskie standardy²³⁰. To rozwiązanie znajduje w literaturze coraz więcej zwolenników²³¹. Dogmatycznie nie powinno to stanowić problemu nie do przezwyciężenia, jeśli się uzna, że system prawnokarnej przypisywalności czynu jest problemem podwójnym, który łączy w sobie zarówno odpowiedzialność indywidualną, jak i kolektywną. Poglądy ogólnej teorii systemowej pokazały wyraźnie, że nie można konstruować różnicy pomiędzy deliktowym zachowaniem osoby fizycznej i osoby prawnej²³². W obu przypadkach chodzi o zachowania planowe, które jest nie tylko dostępne prawnokarnej ocenie, ale i konieczne. Prawnokarne odpowiedzialność osób prawnych byłaby w tym sensie punktem końcowym ubezpieczonego na wszystkie kierunki prawa karnego przedsiębiorstw, którego konkretny zakres jednakże należałoby dokładnie zbadać.

V. UWAGI KOŃCOWE

Przestępczość przeciwko środowisku naturalnemu i przestępczość gospodarcza reprezentują pola, które stanowią dobrą glebę dla generowania przestępczości. To powinno przypominać o ostrożności. W szczególności prawo karne ochrony środowiska naturalnego było przedmiotem tworzenia bogatych legend i jest tym częściowo do dzisiaj. Wyraźne uzmysłowienie sobie tego problemu było centralnym zadaniem mojego referatu. Jeśli ktoś nie zgadza się we wszystkich punktach z moją analizą, będzie przypuszczalnie sobie tego problemu było centralnym zadaniem mojego referatu. Jeśli ktoś nie zgadza się we wszystkich punktach z moją analizą, będzie przypuszczalnie sobie tego problemu było centralnym zadaniem mojego referatu. Jeśli ktoś nie zgadza się we wszystkich punktach z moją analizą, będzie przypuszczalnie sobie tego problemu było centralnym zadaniem mojego referatu.

Przypisy:

1. To że Chińska Republika Ludowa 17.08.1995 r. w LOP NOR przeprowadziła pierwszą podziemną próbę jądrową z głowicą o sile do 80 kiloton zostało wprowadzone do opinii publicznej, ale towarzyszyły temu znacznie mniejsze protesty.

2. W tym już sensie program rządu federalnego z 29.09.1971 r. Druki Parlamentarne VI/2710.

3. Por. Thiel, Vorsorge für die Tiefsee. Die Brent Spar und die unbeantworteten Fragen der Meeresforschung, Frankfurter Allgemeine Zeitung nr 183 z dn. 09.08.1995 r. s. n 2.

4. GREENPEACE w międzyczasie wycofał swego czasu podniesiony zarzut, że na pokładzie BRENT SPAR'U rzekomo znajdowało się jeszcze do 5.500 ton starego oleju i przeprosił za to koncern SHELL'A; por. „Ein kleiner Irrtum”, Greenpeace korigiert sich, Frankfurter Allgemeine Zeitung nr 207 z dn. 06.09.1995 r. s. 33 z tekstem oświadczenia Greenpeace'u.

5. Konzeptkunst. Brent Spar oder knnen Unternehmen von der fffentlichkeit lernen? Frankfurter Allgemeine Zeitung nr 165 z dn. 19.07.1995, s. 27.

6. Luhmann op. cit.

7. Luhmann op. cit.

8. Luhmann op. cit.

9. Odnośnie problemu „reforma reformy” i jej granic odsyłam do napisanej pod moim kierownictwem pracy doktorskiej *Schwertfeger'a*, Die Reform des Umweltstrafrechts durch das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität (2. UKG), insbesondere unter kriminalpolitischen Gesichtspunkten (im Verfahren).

10. „Szczególny ciężar problemów ochrony środowiska dla naszych czasów był dla twórców ustawy zasadniczej niezupełnie świadomy, i uwzględniwszy ówczesny okres czasu, nie mógł być nawet znany. Dopiero ten gwałtowny rozwój naukowy, techniczny i gospodarczy w okresie powojennym uzmysłowił nam właściwie te prob-

lemy...” tak wypowiadał się ówczesny Minister Spraw Wewnętrznych *Hans-Dietrich Genscher*, cyt. wg. *Zundel* ZRP 1970, 187.

11. Por. *Zundel* ZRP 1970, 187.

12. Por. ważny wkład *Rehbindera*, Grundfragen des Umweltrechts, ZRP 1970, 250 i n.

13. Por. *Wehling*, Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität, JA 1980, I.

14. Por. wyżej przyp. 2.

15. Op. cit., s. 10; Kontynuacja z dn. 14.07.1976 r., Druki -Parlamentu (BT-Drs.) 7/5684, s. 23.

16. Por. *Rehbinder* ZRP 1970, 250 i n. Odnośnie aktywności Wspólnoty Europejskiej por. informację Komisji z 02.08.1971 na temat polityki wspólnoty w zakresie ochrony środowiska, BT-Drs. VI/2537.

17. Rozwój prawa ochrony środowiska jest zarysowane powtórnie u *Kloepfera*, Zur Geschichte des deutschen Umweltrechts, 1994; por. także *Heine*, Ökologie und Recht: Zur historischen Entwicklung normativen Umweltschutzes, GA 1989, 116 i n.

18. Por. *Rogall*, Grundprobleme des Abfallstrafrechts, NStZ 1992, 360 i n.

19. Por. np. *Nadler*, Zur Informationskrise auf dem Gebiet des Rechts, JZ 1977, 296 in.; *Lenzen*, Zuständigkeit für das Strafrecht kraft Sachzusammenhangs, JR 1980, 133 i n.

20. Dowody u *Laufhütte/Möhrenschlager*, Umweltstrafrecht in neuer Gestalt, ZStW 92 (1980), 912 przyp. 3.

21. Uchwała z 21.06.1974, Druki Rady Federalnej (BR-Drs.) 723/73.

22. *Bulletin der Bundesregierung* z 15.02.1974, s. 194 i n.

23. AE-BT, czyny bezprawne przeciwko osobie, 2. półtom, 1971.

24. Udokumentowano w ZRP 1972, 76 i n.

25. Por. *Horn*, Erlaubtes Risiko und Risikoerlaubnis, Festschrift fr Welzel (1974), s. 719 i n.

26. Por. *Backers*, Fehlstart im Umweltstrafrecht, ZRP 1975, 229 in.

27. Trafnie raport SPIEGEL'A „Auf der grünen Welle”, Der Spiegel nr 34/1978, s. 30 i n. łącznie z przypisywanym kanclerzowi federalnemu *Helmutowi Schmidtowi* cytatem: „Te (scil. dotyczące środowiska naturalnego i prawa karnego ochrony środowiska) przedsięwzięcia powinny być przedstawione jeszcze przed wyborami do parlamentów ziemskich w jesieni, ażeby udokumentować wyważenie politycznych środków rządu federalnego odnośnie ochrony środowiska i wolę dalszego stałego rozwoju prawa ochrony środowiska przy skrupulatnym wyważeniu wszystkich ważnych dla społeczeństwa dóbr”.

28. Por. odnośnie tego problemu bliżej *Möhrenschlager*, Konzentration des Umweltstrafrechts, ZRP 1978, 97 in.

29. Bardziej wyczerpująco na ten temat *Rogall*, Das Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität, JZ-GD 1980, 101 i n.

30. I tak *Heine* (Umweltstrafrecht im Rechtsstaat, ZUR 1995, 63) twierdzi błędnie, że od reformy oczekiwano „sensacyjnych efektów”. Prawdziwą była opinia przeciwna, por. tylko *Vogel*, Protokół plenarny 8/201, 16041.

31. *Rogall* JZ-GD 1980, 102.

32. *Rogall* JZ-GD 1980, 102 przyp. 11.

33. Por. projekt rządowy, BT-Drs. 8/2382, uzas. s. 9 i n.

34. Empirycznie nie można tego łatwo udowodnić; por. już na ten temat *Laufhütte/Möhrenschlager* ZStW 92 (1980), 914 z dalszymi dowodami. Na temat realizacji legalności prawa karnego ochrony środowiska naturalnego por. poniżej s. 10 i n.

35. Dowody na ten temat u *Laufhütte/Möhrenschlager* ZStW 92 (1980), 914.

36. Por. BT-Drs. 8/2382, s. 1 (przedstrona).

37. W przeciwieństwie do tego, dobrze sformułowany i trafny, odpowiadający celom prawa karnego ochrony środowiska punkt widzenia *Kuhlensa*, Umweltstrafrecht - auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105 (1993), 697 (709, 720, 726): „Prawu karnemu ochrony środowiska nie chodzi o rozwiązywanie problemów ochrony środowiska, lecz o problem porządku społecznego, mianowicie o pytanie, jak to jest możliwe, dobra publiczne, konkretniej, funkcjonujące naturalne podstawy życia postawić do dyspozycji lub zachować (op. cit. s. 720).

38. Por. przykładowo *Hümbs-Kruschel/Krusche*, Die strafrechtliche Erfassung von Umweltbelastungen als ultima ratio der Umweltpolitik?, 1983; *Krusche*, Umweltpolitik im Spannungsfeld industrieller Interessen und gesetzgeberischer Notwendigkeiten, ZRP 1985, 303 i n.; *Kubel/Seitz*, Zur „Rentabilität“ von Umweltdelikten lub: Viel passiert, wenig geschieht?, DRiZ 1987, 41 i n.; *R ther*, Ursachen für den Anstieg polizeilich festgestellter Umweltschutzdelikte, 1986; *ten sam*, Zu behrdlicher Praxis bei Entdeckung und Definition von Umweltstrafsachen, 1991; *Meinberg*, Empirische Erkenntnisse zum Vollzug des Umweltstrafrechts, ZStW 100 (1988), 112 in.; *Schall*, Umweltschutz durch Strafrecht, NJW 1990, 1263 i n.; *Greive* (wyd.) Was taugt das Strafrecht heute? Die Zukunft des Strafrechts am Beispiel von Umwelt- und Drogenkriminalität, Loccumer Protokolle 8/1992, 85 i n.; dalsze empiryczne materiały danych u *Kühne/Grgen*, Die polizeiliche Bearbeitung von Umweltdelikten, 1991; *Leffler*, Zur polizeilichen Praxis der Entdeckung und Definition von Umweltstrafsachen, 1993; *Hoch*, Die Rechtswirklichkeit des Umweltstrafrechts aus der Sicht von Umweltverwaltung und Strafverfolgung, 1994. Przy tym wszystkim nie należy wątpić, że poniższe empiryczne badania dostarczyły ważnych faktyczno-prawnych wyników. Pytanie raczej brzmi, jakie wnioski należy wyciągnąć w sposób rzetelny z dostarczonych danych

39. Zbawiennie ostrożna i wyważona odpowiedź rządu federalnego na duże za pytanie frakcji SPD odnośnie przestępczości przeciwko ochronie środowiska naturalnego w 11-tej kadencji parlamentu, por. BT-Drs. 11/1555; na temat oceny faktyczno-prawnego materiału już *Rogall*, Gegenwartsprobleme des Umweltstrafrechts, Festschrift 600-Jahr Feier der Universität zu Köln (1988), s. 505, 508 i n.; por. także *H per*, Spannungsverhältnis Umweltstrafrecht-Umweltverwaltungsrecht?, Festschrift für die Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein (1992), s. 371 i n.

40. Blżej na ten temat *Rogall*, Die Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts - Alte Streitfragen, neues Recht-, GA 1995, 299 i n. W dalszym ciągu poprzestający przy fałszywej diagnozie *Schünemann*, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, GA 1995, 201 (209 i n.).

41. *R ther*, Was schützt und wem nützt Umweltstrafrecht?, 12. Strafverteidigertag (1988), s. 128 i n.; i *Backes*, Strafgesetze gegen die Umwelt, op. cit. s. 153 i n.

42. Por. w tym związku *Hamm*, Im Zweifel für die Natur... und gegen das Strafrecht, DIE ZEIT nr. 44 z 27.10.1989 r., s. 64.

43. *Rogall*, Festschrift für die Universität Köln (pow. przyp. 39), s. 506.

44. Por. na ten temat raport rządu federalnego w BT-Drs. 10/6442.

45. Zob. odnośnie tego raport rządu federalnego o Renie, BMU-list o ochronie przyrody nr 34 (1987), s. 19 i n. 91 i n.; por. także *Heine* ZUR 1995, 67.

46. Por. raport Międzyministerialnej Grupy Roboczej "Umwelthaftung- und Umweltstrafrecht" (1988), s. 3 i n.

47. Czy zaleca się zmiany w prawnokarnej ochronie środowiska, szczególnie w połączeniu z prawem administracyjnym?, Verh. des 57. DJT, t. I (1988), s. D 1 i n.

48. Verh. des 57. DJT, t. II (1988), s. L 61 i n.

49. Verh. des 57. DJT, t. II (1988), s. L 7 i n.

50. Verh. des 57. DJT, t. II (1988), s. L 36 i n.

51. Z licznych krytycznych pozycji warto wymienić tylko *Geulena*, Grundlegende Neuregelung des Umweltstrafrechts, ZRP 1988, 323 i n.

52. Verh. des 57. DJT, t. II (1988), S. L 279 i n.; odnośnie wyników narad *Odersky/Brodersen* ZRP 1988, 475 i n.; *Brodersen* JZ 1989, 33 i n.

53. Ażebu zapobiec nieporozumieniom: także jako dawny członek Grupy Roboczej nie miałem uczucia, występować „pro domo”.

54. Raport Międzyministerialnej Grupy Roboczej „Umwelthaftung- und Umweltstrafrecht” op. cit.

55. Dowody co do tego u *Dreher/Tründle*, StGB, 47 wyd. (1995), przed § 324 nr 10.

56. RegE (projekt rządowy), BT-Drs. 12/192; SPD-E, BT-Drs. 12/376.

57. Por. na ten temat protokół 51. narady Komisji Prawnej z 07.10.1992. Odnośnie przebiegu procesu por. Raport Komisji, BT-Drs. 12/7300, s. 19.

58. BGBl. I s.1440; por. art.13 ustawy. Na temat ustawy i przebiegu obrad blżej *Schmidt/Schne*, Das neue Umweltstrafrecht, NJW 1994, 2514 i n.

59. Por. tylko zalecenie nr 3 XII. Kongresu Prawa Karnego AIDP jak również Rezolucję „The Role of Criminal Law in the Protection of Nature and Environment” 8. Kongresu ONZ na temat zapobiegania przestępczości i traktowania podatnych na przestępstwa, 1990; por. dalej dane u *Schmidt'a/Schne* NJW 1994, 2517 z przyp. 86.

60. Por. RegE, BT-Drs. 12/192, s.10 i n.; zob. odnośnie tego u *Schmidt/Schne* NJW 1994, 2516 i n.; Möhrensclager, Revision des Umweltstrafrechts, NSfZ 1994, 513 i n.

61. Por. *Möhrenschlager* NStZ 1944, 513 i n.
62. Kryt. szczególnie *Breuer*, Verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Umweltschutz - od pierwszej do drugiej ustawy odnośnie przestępczości w zakresie ochrony środowiska naturalnego, JZ 1994, 1077. Por. także *Möhrenschlager* NStZ 1994, 514: „nowe regulacje ustawowe nie są rewolucyjne; poruszają się w ramach, które określa obowiązujące prawo. Oddziaływać będzie ta ustawa, mimo że nie wypełnia wysokich oczekiwań”.
63. *Möhrenschlager*, NStZ 1994, 514; *Heine* ZUR 1994, 69 i n.
64. Odnośnie prawnokarnego środowiskowego abolicjonizmu szczególnie tzw. „Szkoly Frankfurckiej” por. zamiast wszystkich *Hassemer*, w: *Scholler/Philipps* (wyd.), *Jenseits des Funktionalismus* (1989), s. 90 i n., 93 i n.; *Herzog*, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge* (1990), s. 109 i n., 141 i n.; *Prittwitz*, *Strafrecht und Risiko* (1993), s. 247, 384 i n.
65. Więcej na ten temat *Möhrenschlager* NStZ 1994, 514.
66. *RegE*, BT-Drs. 12/192, s.10.
67. *Schmidt/Schöne* NJW 2516 i n.
68. Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, ZStW 105 (1993), 679 (688): „To że mamy akurat tam zrezygnować z kary jako najcięższej i najbardziej jednoznacznej sankcji, jaką nasze prawo zna, gdzie egzystencjalne interesy nie tylko jednostki, lecz całej ludzkości wchodzą w grę, uważam, przy całym zrozumieniu dla dogmatycznych i państwowo-prawnych zastrzeżeń, za nie do przyjęcia.”
69. GA 1995, 206 i n.
70. ZStW 105 (1993), 697 i n.
71. Por. dowody w przyp. 38.
72. *RegE*, BT-Drs. 12/192, s. 10, 12.
73. *RegE* op. cit., s. 13.
74. Por. bliżej *Möhrenschlager* NStZ 1994, 515.
75. *Heine* ZUR 1994, 63.
76. *Schmidt/Schöne* NJW 1994, 2514, 2519. Hony soit qui mal y pense!
77. Zasadniczo na ten temat *Frisch*, Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht, 1993; *Hundt*, Die Wirkungsweise der öffentlich-rechtlichen Genehmigung, 1994.
78. Raport Komisji Prawnej, BT-Drs. 12/7300, s. 25; *Schmidt/Schöne* NJW 1994, 2514; *Möhrenschlager* NStZ 1994, 515.
79. Odnośnie „nauki o nadużyciu prawa” por. dowody u *Hundt* op. cit., s. 24 i n. 29 i n.
80. Por. poniżej s. 17 i n.
81. Bliżej na ten temat *Schmidt/Schöne* NJW 1994, 2519.
82. *Knopp*, Neues Umweltstrafrecht und betriebliche Praxis, BB 1994, 2219 (2223); odnośnie nauki o powiększeniu ryzyka por. zamiast wszystkich *Roxin*, *StrafR AT I*, 2. wyd. (1994), § 11 nr 72 i n.

83. Dowody u *Möhrenschlagera* NStZ 1994, 515 i n. Frakcja parlamentarna SPD śledziła tę sprawę jeszcze aż do plenum, por. BT-Drs. 12/7331.
84. Raport Komisji Prawnej, BT-Drs. 12/7300, s. 27.
85. Raport op. cit., s. 21, 27.
86. Por. poniżej s. 18 i n.
87. *RegE*, BT-Drs. 12/192, s. 10.
88. Por. jednak najpierw § 191 a StGB-DDR w wersji Umowy Zjednoczeniowej.
89. Por. *Schmidt/Schöne* NJW 1994, 2517.
90. Bliżej o tym *Bartholme*, *Der Schutz des Bodens im Umweltstrafrecht*, 1995.
91. *Kuhlen*, *Umweltstrafrecht in Deutschland und sterreich* (1994), s. 21 i n.
92. Por. § 326 I nr 1, 4 StGB
93. Por. na ten temat *Franzheim*, *Umweltstrafrecht* (1991), s. 70.
94. *Rogall*, stenogr. protok. 12/51 51-go posiedzenia Komisji Prawnej Niemieckiego Parlamentu, s. 73.
95. *Rogall* op. cit., s. 73.
96. Tak jednak *Breuer* JZ 1994, 1088.
97. Kryt. szczególnie *Triffterer*, *Umweltstrafrecht* (1980), s. 133 i n. 196 i n. 256 i n.; *Tiedemann*, *Die Neuordnung des Umweltstrafrechts* (1980), s. 21 i n., 34 i n.
98. *Möhrenschlager* NStZ 1994, 517 i n.
99. *Rogall*, stenog. protok. 12/51, s. 74
100. Dla uzasadnienia por. *raport* Komisji Prawnej, BT-Drs. 12/7300, s. 23.
101. Por. *raport* Komisji Prawnej, BT-Drs. 12/7300, s. 24.
102. Bliżej *Möhrenschlager* NStZ 1994, 567; *Schmidt/Schne* NJW 1994, 2518.
103. *Rogall* sten. prot. 12/51, s. 71 i n.
104. Por. dowody w przyp. 38.
105. Bliżej na ten temat poniżej s. 23 i n.
106. Co do różnych „obozów” wewnątrz prawnokarnych nauk o ochronie środowiska naturalnego *Heine* ZUR 1994, 63 i n.
107. Źródło: policyjna statystyka kryminalna 1994 (*Bulletin der Bundesregierung* nr 56, s. 517 i n.).
108. Wartości za r. 1993 i 1994 dotyczą całych Niemiec.
109. Por. tylko *Heine* ZUR 1994, 63; *Breuer* JZ 1994, 1080; *Leffler*, *Entdeckung und Definition von Umweltstrafsachen*, s. 20; dalsze dowody u *Schwertfegera*, *Die Reform des Umweltstrafrechts*, Manuskript, s. 19 i n.
110. *Schwertfeger* op. cit., s. 43 i n.
111. *Schwertfeger* op. cit., s. 44 i n.
112. *Schwertfeger* op. cit., s. 21 i n.
113. Odnośnie ich dominacji *Meinberg* ZStW 100 (1988), 112 i n. (139).
114. *Schwertfeger* op. cit., s. 28.

115. *Schwertfeger* op. cit., s. 38

116. *Schwertfeger* op. cit., s. 34 i n.: najcięższa berlińska sankcja: dwa lata i trzy miesiące przeciwko handlarzowi złomem z powodu niebezpiecznego dla środowiska naturalnego usunięcia odpadów i usiłowanego zanieczyszczenia wody.

117. *Heine*, *Erkennung und Verfolgung von Umweltstraftaten im europäischen Rechtsraum*, UPR 1987, 281 i n.

118. Źródło: statystyka ścigania karnego 1992.

119. *Schwertfeger* op. cit., s. 36 i n.

120. Por. np. *Kindhäuser*, *Rechtstheoretische Grundfragen des Umweltstrafrechts*, *Festschrift für Helmrich* (1994), s. 967 i n. (1984).

121. Por. wyżej przyp. 5.

122. Podsumowując *Schwertfeger* op. cit., s. 39 i n. z dalszymi dowodami. *Heine* ZUR 1995, 65 i n., 67 i n. mówi trafnie o triadzie „kompleksowość-nie-pewność-aspekt czasowy”, które utrudniają efektywną realizację prawa karnego ochrony środowiska.

123. Tak też *Leffler*, *Polizeiliche Praxis*, s. 306 z dalszymi dowodami; *Kegler/Legge* *Umweltschutz durch Strafrecht?* (1989), s. 218; *Schwertfeger* op. cit., s. 48.

124. Bliżej na ten temat poniżej s. 15 i n.

125. Por. *Rogall* GA 1995, 299 i n.

126. Zob. odnośnie tego poniżej s. 17 i n.

127. Zob. poniżej s. 23 i n.

128. Odnośnie zagrożeń wynikających z tzw. „negativ-publicity” *Knopp* BB 1994, 2220.

129. Por. jednak *Knopp* BB 1994, 2220

130. Por. zamiast wszystkich *Ebenroth/Wilburger*, *Die strafrechtliche Verantwortung des Vorstandes für Umweltstraftaten und gesellschaftsrechtliche Vermeidungsstrategien*, BB 1991, 1941 i n.; *Kassebohm/Malorny*, *Die strafrechtliche Verantwortung des Managements*, BB 1994, 1361 i n. *Weimer*, *Umweltrechtliche Verantwortung des GmbH-Geschäftsführers*, GmbHR 1994, 82 i n. *Adams/Eidam*, *Die Organisation des betrieblichen Umweltschutzes*, 1991.

131. Bliżej *Kassebohm/Malorny* BB 1994, 1361 i n.

132. Zarządzenie Rady (EWG) nr1836/93 z 29.06.1993, ABL.EG nr L 168/1 z 10.07.1993.

133. Por. projekt ustawy o dopuszczeniu rzeczoznawców w zakresie środowiska naturalnego i rejestracji lokalizacji (UZSG), BR-Drs. 210/95; zob. na ten temat raport w ZRP 1995, 274 i n.

134. *Köck*, *Umweltschutzsichernde Betriebsorganisation als Gegenstand des Umweltrechts: Die EG-„ko-Audit“-Verordnung*, JZ 1995, 643 i n.; odnośnie Audits-ochrony środowiska następnie *Förschle/Hermann/Mandler*, *Umwelt-Audits, Der Betrieb* 1994, 1093 i n.; *Lauff*, *Das Umwelt-Audit in der betrieblichen Praxis*, 1993; *Halay/Pfriem*, *ko-Controlling*, 1992; *Wicke/Haasis/Schafhausen*, *Betriebliche Umwel-*

tkonomie, 1992 jak i przyczynki w *Steger* (red.), *Handbuch des Umweltmanagements*, 1991.

135. Tak np. planowana (EG-) „dyrektywa odnośnie zintegrowanego unikania i zmniejszania zanieczyszczenia środowiska naturalnego” (IVU-RiL); por. do tego *Selner/Schnutenhaus*, *Die geplante EG-Richtlinie zu „Integrated Pollution Prevention and Control (IPC), NVwZ 1993, 828 i n.*

136. JZ 1995, 650.

137. Por. *Weimar GmbH* 1994, 82: „pomijając cywilnoprawną odpowiedzialność za szkody środowiskowe rośnie... powszechnie troska kierownictw zakładów branż potencjalnie zagrażających przyrodzie, silniej niż dotąd być narażonym na środki prawno-administracyjne odnośnie ochrony przyrody i tym samym na możliwość zakazów w stosunku do osób i urządzeń zakładowych. Także konsekwencje wypływające z wyroku Najwyższego Sądu Federalnego (*BGHSt 37,106*) odnośnie aerozolu do skóry wzmocniły obawy u kierownictwa przedsiębiorstwa, że teraz „na całej linii” także (w zakresie ochrony przyrody) prawnokarnie mogą być pociągnięci do odpowiedzialności.”

138. Por. tylko *Kleine/Cosack*, *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*, 1988; *Mhenschlager*, *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht des Strafgesetzbuches*. WiVerw. 1984, 47 i n. *Samson*, *Kausalitäts-und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht*, ZStW 99 (1987), 617 i n.

139. *Holzschutzmittel und Juristen*. Dominosteine, Kausalitäten und die Exaktheit der Naturwissenschaft, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* nr 182 z 08.08.1995, s. 8.

140. *Wassner* op. cit.

141. Por. na ten temat tylko *Hilgendorf*, *Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils*, NSTZ 1994, 561 i n.

142. Zamiast wszystkich *Kuhlen*, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989; *Hilgendorf*, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft”*, 1993; *Hassemer*, *Produkthaftung im modernen Strafrecht*, 1994.

143. Zob. na ten temat wyjaśniająco *Puppe*, „Naturgesetze” vor Gericht, JZ 1994, 1147 i n.

144. Za tym istotnie *Wassner* op. cit.

145. W tym sensie *Otto*, *Risikoerhhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten*, NJW 1980, 417 i n.

146. Instruktywnie *Heine*, *Beweislastumkehr im Strafverfahren?*, JZ 1995, 651 i n.

147. Por. §§ 6, 7 UmweltHG

148. W tym zakresie uważałem za dopuszczalne przypisanie czynu według reguł prawdopodobieństwa, por. *Rogall*, *Festschrift für Universität Köln* (1988), s. 515 i n. Odnośnie interpretacji prawnośrodowiskowej klauzuli przydatności daje § 6 I s. 2 UmweltHG cenne wskazówki.

149. Tak np. § 325 II StGB.

150. Por. wskazówki w przyp. 40

151. Wyczerpująco na ten temat *Rogall* GA 1995, 299 i n.
152. *Rogall* op. cit.
153. Por. na ten temat Schröder, Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil-und Strafrecht, VVDStRL 50 (1991), 196 (201).
154. Pewnego krzyżowania się tych pojęć nie da się zupełnie wykluczyć.
155. Korzystny akt administracyjny (zezwozenie), który przeczy wymogom materialnego prawa ochrony środowiska, jest zgodnie z § 43 II VwVfG skuteczny, jak długo i jak dalece nie jest wycofany, odwołany czy w inny sposób uchylony lub załatwiony przez upływ czasu bądź w inny sposób.
156. Na temat uzasadnienia bliżej *Rogall* GA 1995, 314 i n.
157. Trafnie *Kuhlen* ZStW 105 (1993), 707.
158. Krytycznie także *Breuer* JZ 1994, 1089 i n.
159. Inaczej mówiąc, jest według ustawy niemożliwe poszerzyć obowiązywanie § 330 d nr 5 StGB na prawo procesowe administracyjne poprzez przyjęcie nieważności, jak to w literaturze odpowiednio do tej materii już raz proponowano; por. np. *Mumberg*, Der Gedanke des Rechtsmißbrauchs im Umweltstrafrecht (1989), s. 125 i n.; *Rengier*, Die öffentlich-rechtliche Genehmigung im Strafrecht, ZStW 101 (1989), 896 i n.
160. *Breuer* JZ 1994, 1090 i n.
161. Odnośnie formy uczestnictwa w postaci pomocnictwa wydaje się to wątpliwe. Czy można wówczas jeszcze powiedzieć, że pomocnik (obok sprawcy głównego) ten akt administracyjny nieuczciwie spowodował.
162. Tekst przepisu może sięgać dalej; mimo to należy zgodnie z jego ratio żądać właściwości adresata zezwolenia do nielegalnego uzyskania zezwolenia.
163. *Rogall*, Die Duldung im Umweltstrafrecht, NJW 1995, 922 i n.
164. Zob. na ten temat również *Frischa*, Verwaltungsakcesorietät (przyp. 77), s 74 i n. z przyp. 217, 218.
165. Na temat odpowiedzialności urzędu por. np. *Horn*, Strafbares Fehlverhalten von Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden, NJW 1981, 1; *Rudolphi*, Probleme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Gewässerunreinigungen, Festschrift für Dünnebieber (1982), s. 561; *Hüwels*, Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung, 1986; *Schünemann*, Die Strafbarkeit von Amtsträgern im Gewässerstrafrecht, wistra 1986, 235; *Immel*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht- Umweltuntreue, 1987; *Keller*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Amtsträgers für fehlerhafte Genehmigungen im Umweltstrafrecht, Festschrift für Rebmann (1987), s. 241; *Papier*, Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht, NJW 1988, 1113; *Weber*, Strafrechtliche Verantwortung von Bürgermeister und anderen leitenden Beamten im Umweltstrafrecht, 1988; *Sangenstedt*, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, 1989; *Trndle*, Verwaltungshandeln und Strafverfolgung - konkurrierende Instrumente im Umweltrecht?, Gedächtnisschrift für Meyer (1990), s. 607; *Müller*, Strafrechtliche Verantwortung von Bürgermeister und anderen Bediensteten im Umweltstrafrecht, VR 1991, 48; *Rogall*, Die Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltbereich, 1991; *Schall*, Zur Strafbarkeit

von Amtsträgern in Umweltverwaltungsbehörden - *BGHSt* 38, 325-, *JuS* 1993, 719; *Knopp*, Zur Strafbarkeit von Amtsträgern in Umweltverwaltungsbehörden unter besonderer Berücksichtigung der BGH-Rechtsprechung, *DV* 1994, 676; *Michalke*, Die Strafbarkeit von Amtsträgern wegen Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB) und umweltgefährdender Abfallbeseitigung (§ 326) in neuem Licht, *NJW* 1994, 1693.

166. Dowody na ten temat u *Rogall*, Die Strafbarkeit von Amtsträgern, s. 144 i n., 147 i n.; *Kuhlen*, Umweltstrafrecht, s. 191 i n.

167. Pytanie to jest do dziś sporne (por. bliżej Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum 2. UKG, BT-Drs. 12/7300).

168. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 12/7300, s. 27.

169. Por. wniosek zmiany frakcji SPD, BT-Drs. 12/7331, s. 10 i n.

170. Odnośnie kryminalno-politycznych aspektów bliżej *Rogall*, Die Strafbarkeit von Amtsträgern op. cit.

171. *BGHSt* 38, 325 i n.; zob. *Schall* *JuS* 1993, 719 i n.; *Otto*, *JK* 92, StGB § 13/17; *Jung*, *JuS* 1993, 346; *Schwarz*, *NStZ* 1993, 285; *Nestler*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Bürgermeisters für Gewässerverunreinigungen der Bürger, *GA* 1994, 514 i n.; Por. dalej *BGH St* 39, 381 i n. z uwagami *Horna* *JZ* 1994, 636; *Rudolphi* *NStZ* 1994, 433. Na temat wszystkiego *Knopp* *DV* 1994, 676 i n.; *Michalke* *NJW* 1994, 1693 i n.

172. Por. *OLG Saarbrücken* *NStZ* 1991, 531; *BGHSt* 38, 325 i n.

173. Por. *Otto*, *JK* 92, StGB § 13/17; *Schwarz* *NStZ* 1993, 285 i n.; *Michalke*, *NJW* 1994, 1694; *Hoyer* *NStZ* 1992, 387 i n. *Pfohl*, Strafbarkeit von unerlaubten Einleitungen in öffentliche Abwasseranlagen, *wistra* 1994, 6 (8).

174. Por. *Kuhlen*, Umweltstrafrecht, s. 93 i n., 195 i n.; zob. także *Kühne*, Strafrechtlicher Gewässerschutz, *NJW* 1991, 3020.

175. *BGHSt* 37, 106 i n.

176. Por. *Kuhlen*, Umweltstrafrecht, s. 93 i n.; *Tiedemann*, Strafrecht in der Marktwirtschaft, *Festschrift für Stree und Wessels* (1993), s. 527 (532); *Schwarz* *NStZ* 1993, 285.

177. *Otto*, *JK* 92, StGB § 13/17; zob. także *Kuhlen*, Umweltstrafrecht, S. 195 i n.

178. Por. na ten temat *Jakobs*, *StrafR AT*, 2 wyd. (1994), § 21 nr 32 i n., 35 i n.

179. Tak również *Michalke* *NJW* 1994, 1694; *Pfohl*, *wistra* 1994, 8.

180. Sama wiedza odnośnie bezprawności jest jako przypadek „zaprzeczania” w § 330 d nr 5 StGB nie wymieniona.

181. *NJW* 1981, 3 i n.; *ten sam* *SK/StGB*, Stand: 1995, przed § 324 nr 9.

182. *OLG Frankfurt* *NJW* 1987, 2757; *Sack*, Umweltschutz-Strafrecht, Stand: 1993, § 324 nr 202 c; *LK-Steindorf*, 10 wyd. (1986), § 324 nr 59; *Jakobs*, § 16 nr 129 a, § 21 nr 81; *Rudolphi*, *Festschrift für Dünnebier* (1982), s. 561, 564 i n.; *Keller*, *Festschrift für Rebmann* (1987), s. 251, 252; *Kuhlen*, Umweltstrafrecht, s. 201, 202; *Frisch*, Verwaltungsakzessorietät, s. 66 przyp 184.

183. NJW 1981, 4.
184. Festschrift für Dünnebie (1982), s. 565 i n.
185. Op. cit. s. 565.
186. *Schünemann*, wistra 1986, 240; *Schall* NJW 1990, 1269; *Papier* NJW 1988, 1114.
187. *Schünemann*, wistra 1986, 240.
188. *Schönkel/Schröder/Cramer*, StGB, 24 wyd.(1991), uwagi wstępne §§ 324 i n. nr 35; *Immel*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern, s. 144 i n.; *Weber*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Bürgermeistern, s. 42 i n.; *Tröndle*, Gedächtnisschrift für Meyer (1990), s. 607 i n.; *Rogall*, Amtsträgerstrafbarkeit, s. 196 i n.; *Otto*, Grundsätzliche Problemstellungen des Umweltstrafrechts, Jura 1991, 308 (314).
189. Por. do tego co następuje *Immel*, s. 144 i n.; *Tröndle* op. cit. 607 i n.; *Weber*, s. 42 i n. *Rogall*, Amtsträgerstrafbarkeit, s. 196 i n.
190. *Tröndle* op. cit.; *Dreher/Tröndle*, przed § 324 nr 6 a.
191. BGHSt 39, 381 i n.
192. BGH ibid.
193. BGH ibid.
194. BGH ibid.
195. JZ 1994, 633.
196. NStZ 1994, 434 i n.
197. NStZ 1994, 434 i n.
198. NJW 1995, 186.
199. Akceptując *Lackner*, StGB, 21 wyd. (1995), przed § 324 nr 10.
200. Por. *Dreher/Tröndle*, przed § 324 nr 6 a; to obowiązuje tym bardziej, jako że według nowego prawa także przypadek znajomości bezprawia nie usuwa skuteczność zezwolenia.
201. Por. na temat tej grupy przypadków *Kuhlen*, Umweltstrafrecht, s. 205 i n.; *Rogall*, Amtsträgerstrafbarkeit, s. 201 i n.
202. Por. na ten temat wyczerpująco *Rogall*, Amtsträgerstrafbarkeit, s. 204 i n.
203. *Schönkel/Schröder/Cramer*, uwagi wstępne przed §§ 324 i n. nr 38; *Lackner*, przed § 324 nr 11; *Sack*, § 324 nr 202d; *Horn* NJW 1981, 6; *Schall* NJW 1990, 1269 przyp. 60; *Rudolphi*, księga pamiątkowa dla Dünnebie (1982), s. 576 i n.; *ders.* SK/StGB, § 13 nr 40 b; *Weber*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit, s. 51 i n.; *H wels*, Fehlerhafter Gesetzesvollzug, s. 60 i n.; OLG Frankfurt NJW 1987, 2757.
204. Za ograniczeniem ingerencji do działającego urzędnika *Immel*, s. 205; *Schünemann*, wistra 1986, 244; *Dreher/Tröndle*, przed § 324 nr 6b; *Otto* Jura 1991, 315; za odpowiedzialnością z ingerencji następcy prawnego jednak *Weber*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit, s. 52; *Rudolphi*, Pismo pamiątkowe dla Dünnebie'a (1982) s. 578; *Horn* NJW 1981, s. 6. W ten sposób również obecnie BGHSt 37, 106.

205. Por. do tego dowody w przyp. 207.

206. Pytanie, pod jakim kątem widzenia może wynikać pozycja gwaranta, nie było przez BGH badane; dlatego prawidłowo Rudolphi NSTZ 1994, 435.

207. LK-, § 324 nr 64; Sack, Umweltschutz-Strafrecht, § 324 nr 202d; Schönke/Schröder/Cramer, uwagi wstępne §§ 324 nr 30, 39; Lackner, przed § 324 nr 11, 12; Horn NJW 1981, 6, 9; ders. SK/StGB, przed § 324 nr 9; Keller, Umweltschutz und Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Verwaltungsrechts (1988), s. 13; Hüwels, s. 175 i n., 182 i n.; Schultz, Amtswalterunterlassen (1984), s. 166 i n.; z orzecznictwa por. OLG Düsseldorf ZfW 1990, 352, 355 i n. OLG Frankfurt NJW 1987, 2757. W rezultacie jednak także BGH NSTZ 1986, 503 (kierownik urzędu porządkowego) z uw. Winkelbauer JZ 1986, 1119; Ranft JZ 1987, 914; Rudolphi JR 1987, 336 i n.

208. Rudolphi, Pismo pamiątkowe dla Dünebie'a (1982), s. 578 i n.; ders., SK/StGB, § 13 nr 54 a do 54d; Dreher/Tröndle, przed § 324 nr 6 b, c; Schünemann wistra 1986, 242 i n. Weber, Strafrechtliche Verantwortlichkeit, s. 57; Immel, s. 179 i n.; Schall NJW 1990, 1270.

209. Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern (1989), s. 638 i n.

210. Trafnie Sangenstedt, s. 639 i n.

211. Por. na ten temat dalsze dowody w przyp. 171.

212. Kryt. na ten temat Nestler GA 1994, 514 i n.

213. BGHSt 38, 333.

214. Kuhlen, Umweltstrafrecht, s. 210, 211; Jung JuS 1993, 347.

215. Zasadniczo Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979; ders., Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung im Bereich von Umweltschutz und technischer Sicherheit, w: Umweltschutz und technische Sicherheit (Umwelt- und Technikrecht t. 26), 1993, s. 137 i n.

216. Por. na ten temat Otto, Die Strafbarkeit von Verbänden (1993), s. 8.

217. Schmidt-Salzer, Produkthaftung, t. I Strafrecht, 2 wyd. (1988), s. 112 i n.; Eidam, Unternehmen und Strafe, (1993), s. 152 i n.; Franzheim, Umweltstrafrecht (1991), s. 117 i n.

218. Franzheim op.cit., s. 117; Schünemann, Unternehmenskriminalität, s. 89, 95 i n.

219. Schmidt-Salzer, Produkthaftung, s. 112, 119; Franzheim op. cit. s. 121 i n.; Weimar GmbHHR 1994, 82 (86, 88 i n.).

220. LK-Steindorf, § 324 nr 43; por. jednak StA Frankfurt a.M., Einstellungsverf. gung z 09.02.1981, Natur + Recht 1982, 114 i n. z uwagami Beckela; Eidam, Unternehmen und Strafe, s. 163 i n.

221. BGHSt 40, 218; zob na ten temat Jakobs NSTZ 1995, 26 i n.; Schröder, Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis, JR 1995, 177 i n.; Roxin JZ 1995, 49 i n.

222. Trafnie Roxin JZ 1995, 51 i n.

223. Dla uzasadnienia porównaj raport Komisji Prawnej, BT-Drs. 12/7300, s. 27 ze wskazówką na wypowiedź przeciwną rządu federalnego, BT-Drs. 12/192, s.38. Dalej idący jest wniosek zmieniający frakcji SPD, BT-Drs. 12/7331, s. 4 i n.

224. Por. powyżej s. 9.

225. Por. na ten temat *RegE*, Bt-Dr. 12/192, s. 33 z dalszymi dowodami.

226. Dla uzasadnienia porównaj raport Komisji Prawnej, BT-Drs. 12/7300, s. 26 i dalsze dowody.

227. Por na ten temat *Rogall*, Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen, ZStW 98 (1986), 573 (620 i n.).

228. *Rogall* *ibid*.

229. Odnośnie dalej idącego rozwiązania w stosunku do odpowiedzialnego, będącego *ex ante* do ustalenia *Heine* ZUR 1995, 69 z dalszymi dowodami.

230. Conseil de l'Europe, Comit des Ministres, Recomandation No R (88) 18 concernant la responsabilit des entreprises personnes morales pour les infractions commises dans l'exercice de leurs activit s. Zur europarechtlichen Dimension por. także *Vogel*, Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts, JZ 1995, 331.

231. Por np. *Ackermann*, Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen, 1984; *Jakobs*, § 6 nr 43-45; *Stratenwerth*, Strafrechtliche Unternehmenshaftung, Pismo pamiątkowe dla R. Schmitta (1992), s. 295 i n.; *Hirsch*, Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, 1993; *Volk*, Zur Bestrafung von Unternehmen, JZ 1993, 429; *Otto*, Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, 1993; *Alwart*, Strafrechtliche Haftung des Unternehmens - vom Unternehmenstäter zum Täterunternehmen, ZStW 105 (1993), 752 i n.; *Ehrhardt*, Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe, 1994; *Schroth*, Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte, 1993; *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995. De lege ferenda także *Schünemann*, Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht, w: *Schünemann-Gonzales* (wyd.), Bausteine der europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann (1995), s. 265 i n.

232. Trafnie *Jakobs*, § 6 nr 44; odnośnie socjologicznej teorii systemowej por. np. *Wilke*, Systemtheorie, 4 wyd. (1993); *Fuchs*, Niklas Luhmann - beobachtet. Eine Einführung in die Systemtheorie, 2 wyd. (1993).

PRZESTĘPSTWA, WYKROCZENIA I DELIKTY ADMINISTRACYJNE W POLSKIM PRAWIE OCHRONY ŚRODOWISKA

I. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Problem ochrony środowiska w prawie karnym jest bardzo rozległy i jego wyczerpujące przedstawienie w ramach referatu nie jest możliwe. Zdecydowałem się przeto na dokonanie wyboru szczególnie istotnego zagadnienia, jakim jest koncepcja legislacyjna ochrony środowiska środkami o charakterze penalnym, do których zaliczam instrumenty odpowiedzialności za przestępstwa, wykroczenia i delikty administracyjne. Po zaprezentowaniu istoty rozwiązań obowiązujących chciałbym krótko zastrzymać się nad projektami kodeksu karnego i kodeksu wykroczeń oraz koncepcją rozwiązania problemu odpowiedzialności „penalnej” osób prawnych i innych jednostek organizacyjnych w ochronie środowiska.

Zastrzegam od razu, że w dalszych rozważaniach nie będę się zajmował prawnokarną ochroną środowiska morskiego. Jest to zagadnienie dość swoiste, a poza tym system ochrony środowiska morskiego za pomocą środków o charakterze penalnym dopiero się tworzy, przy czym środki prawa karnego sensu stricto są z niego w istocie eliminowane.

II. EWOLUCJA PRZEPISÓW KARNYCH O OCHRONIE ŚRODOWISKA

Rozważania rozpocznę od okresu międzywojennego, gdyż dopiero wówczas wprowadzono wyraźny podział czynów zabronionych pod groźbą kary na przestępstwa i wykroczenia. Dnia 11 lipca 1932 r. ukazały się dwa podstawowe akty prawa karnego, jakim były kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Pojęcie przestępstwa zostało ograniczone do zbrodni i występków. Inne czyny zabronione pod groźbą kary określone zostały mianem wykroczeń, przy czym prawo wykroczeń było (i jest) raczej częścią prawa karnego niż administracyjnego (odmiennie niż to jest np. w Niemczech, gdzie odpowiedzialność za wykroczenia porządkowe realizowana jest w ramach prawa administracyjnego), a liczne odesłania w części ogólnej prawa o wykroczeniach do części ogólnej kodeksu karnego uwy-

pukwały zasadniczą więź pomiędzy prawem karnym sensu stricto a prawem wykroczeń.

Uprzedzając dalsze zmiany ustawodawcze chciałbym podkreślić, że za najpoważniejsze wykroczenia zawsze była (i jest) przewidziana kara pozbawienia wolności zwana w prawie wykroczeń aresztem, a od kodyfikacji z lat 1969 i 1971 zarówno przestępstwa jak i wykroczenia zostały określone mianem czynów społecznie niebezpiecznych. W nauce polskiej dominuje stanowisko, że pomiędzy przestępstwami a wykroczeniami nie ma różnic, które uzasadniałyby tezę o ich jakościowej odmienności. Wszystkie czyny zagrożone karą są jakościowo tożsame właśnie z tytułu zagrożenia karą i wspólnej im cechy społecznego niebezpieczeństwa¹.

Jest rzeczą charakterystyczną, że w całym okresie międzywojennym zwalczanie zamachów na przyrodę odbywało się za pomocą środków zaliczanych do prawa wykroczeń. Takie stanowisko ustawodawca zajął nie tylko w prawie budowlanym, wodnym, górniczym, łowieckim czy rybaccim, ale także w dwóch najważniejszych ustawach ochronnych owego czasu, jakim były ustawa z 10 marca 1934 o ochronie przyrody (Dz.U. nr 31, poz. 274) i ustawa z 14 kwietnia 1937 o szkolnictwie leśnym i polnym (Dz.U. nr 30, poz. 224). Przewidziane w nich czyny zabronione pod groźbą kary były tylko wykroczeniami.

Jedynym przepisem karnym przewidującym odpowiedzialność za przestępstwa „przyrodnicze” był art. 270 k.k. z 1932 r. o przestępstwach naruszenia cudzego prawa polowania i rybołówstwa.

Zmiana podejścia zaczęła się zarysowywać w połowie lat pięćdziesiątych, kiedy wprowadzono odpowiedzialność za przestępstwa wyrębu drzewa w lesie stanowiącym mienie społeczne lub cudze, przestępstwo wydobywania kopaliny bez zezwolenia lub z naruszeniem jego warunków, przestępstwa kłusownictwa łowieckiego w art. 55 ustawy z 17 czerwca 1959 o hodowli, ochronie zwierząt łownych i prawie łowieckim (Dz.U. 1973, nr 33, poz. 197 ze zmianami).

Pod koniec lat pięćdziesiątych na czoło problemów związanych z ochroną przyrody wysunęło się zanieczyszczenie wód. Ustawodawca zareagował na nowy problem uchwalając 31 stycznia 1961 ustawę o ochronie wód przed zanieczyszczeniem (Dz.U. nr 5, poz. 33). Zapoczątkowała ona znamionną dla polskiego prawa ochrony środowiska „trzytorową” regulację penalną. Ustawodawca przewidział bowiem odpowiedzialność za:

1) przestępstwa szkodliwego zanieczyszczenia wód i nieeksploatowania urzędzeń ochronnych,

2) wykroczenia naruszania różnych obowiązków o charakterze administracyjnym, w tym m.in. korzystanie z wody bez wymaganego pozwolenia lub wbrew jego warunkom,

3) delikty administracyjne polegające na zanieczyszczaniu wód oraz innych naruszeniach przepisów ustawy.

Różnica polegała na tym, że za przestępstwa i wykroczenia odpowiadały wyłącznie osoby fizyczne, przy czym ustawa precyzowała, że są nimi kierownicy zakładów lub osoby, do których zakresu działania należało prowadzenie gospodarki wodnej w zakładach. Kary za przestępstwa wymierzały oczywiście sądy, kary za wykroczenia - kiolegia do spraw wykroczeń. Natomiast kary za delikty administracyjne wymierzano „zakładom”, czyli z reguły osobom prawnym, a organami właściwymi do ich wymierzania były organy administracji wodnej.

Ten stan prawny został - z pewnymi zmianami - przejęty przez ustawę z 30 maja 1962 Prawo wodne (Dz.U. nr 34, poz. 158) i nadal obowiązującą ustawę z 24 października 1974 Prawo wodne (Dz.U. nr 38, poz. 230 ze zmianami).

Nieco inaczej została rozwiązana sprawa prawnokarnej ochrony powietrza w ustawie z 21 kwietnia 1966 o ochronie powietrza atmosferycznego przed zanieczyszczeniem (Dz.U. nr 14, poz. 87). Ustawa ta bowiem nie przewidywała w ogóle przestępstw, lecz tylko wykroczenia i delikty administracyjne. Efektem było m.in. to, że np. nieutrzymywanie w należyтым stanie urządzeń chroniących wody przed zanieczyszczeniem było przestępstwem, a urządzeń chroniących powietrze - wykroczeniem. Takie zróżnicowanie ochrony wywoływało poważne zastrzeżenia, skoro zanieczyszczenie powietrza na pewno nie jest mniej groźne od zanieczyszczenia wód.

Kilka uwag poświęć wypadnie deliktom administracyjnym. Wprowadzenie tej nowej instytucji wywołało trwające do dziś i nadal nie rozstrzygnięte spory o charakter prawny kary pieniężnej. Przedstawiane przez poszczególnych autorów poglądy można sprowadzić do trzech, nie wykluczających się wzajemnie, że kary pieniężne są:

- 1) sankcjami majątkowymi o działaniu represyjnym,
- 2) środkami przymusu administracyjnego,
- 3) specyficznymi środkami naprawiania szkód wyrządzonych zanieczyszczeniem wód i powietrza².

Godnym odnotowania w tym miejscu jest pogląd Leona Tyszkiewicza, że wprowadzenie tej instytucji do prawa polskiego oznacza faktyczne przyjęcie przez ustawodawcę idei odpowiedzialności karnej osób prawnych³. Pogląd ten jest raczej odosobniony. Władysław Wolter oceniał, że

kary pieniężne nie mają nic wspólnego z odpowiedzialnością karną⁴. Warto jednak pamiętać, że już dwadzieścia lat temu takie stanowisko było prezentowane.

Koniec lat sześćdziesiątych i początek siedemdziesiątych to okres kodyfikacji. Najpierw w 1969 r. uchwalono kodeks karny, który w art. 140 § 1 pkt 2 stypizował przestępstwo sprowadzenia niebezpieczeństwa powszechnego w wyniku zanieczyszczenia wody i ziemi (z odpowiedzialniem nieumyślnym w art. 149 § 2) oraz w art. 213 przestępstwo wyrębu drzewa w lesie. W 1971 r. uchwalono kodeks wykroczeń, który przewidywał odpowiedzialność za liczne wykroczenia z interesującego mnie tu zakresu, tytułem przykładów: znęcanie się nad zwierzętami (art. 62), niszczenie lub uszkodzanie roślinności ochronnej nad brzegami wód (art. 81), nieprzestrzeganie przepisów o ochronie lasów przed pożarami (art. 82), zanieczyszczanie wody służącej do picia lub pojenia zwierząt (art. 109), niezachowanie porządku i czystości na nieruchomościach (art. 117), drobne wypadki wyrębu drzewa w lesie (art. 120), niszczenie lub uszkodzanie roślinności w miejscach dostępnych publicznie (art. 144 § 1), usuwanie, niszczenie, uszkodzanie drzew i krzewów przydrożnych i ochronnych (art. 144 § 2), zanieczyszczanie lub zaśmiecanie miejsc dostępnych publicznie (art. 145), liczne wykroczenia szkodnictwa leśnego, polnego i ogrodowego (art. 148-157).

Ta lista wykroczeń została z 1994 r. istotnie rozszerzona przez wprowadzenie nowych typów wykroczeń leśnych (art. 158-166). W najważniejszych dla prawnokarnej ochrony środowiska dziedzinie, jaką jest walka z zanieczyszczeniami, rychło okazało się, że art. 140 § 1 pkt 2 k.k. nie może pełnić swojej roli. Przyczyna leżała w jego konstrukcji jako przestępstwa zagrożenia konkretnego w rozmiarze powszechnym. Praktycznie okazało się niemożliwe przeprowadzenie dowodu związku przyczynowego pomiędzy zachowaniem się danego sprawcy a skutkiem w sytuacji kumulujących się zanieczyszczeń pochodzących z kilku źródeł. Test *conditio sine qua non* sprawdzał się w odniesieniu do sumy, zawodził w odniesieniu do poszczególnego źródła. W tej sytuacji poszukiwania teoretyczne nowych instrumentów prawnokarnej ochrony środowiska poszły w trzech kierunkach. Po pierwsze, Sąd Najwyższy uznał za możliwe kwalifikowanie powodowania zanieczyszczeń na podstawie obowiązującego wówczas art. 217 k.k. o przestępstwie karalnej niegospodarności⁵.

Niezależnie od zasługującej na uznanie ideowej wymowy tego orzeczenia, było ono niejako namacalnym dowodem fiaska koncepcji przyjętej w art. 140 § 1 pkt 2 k.k., skoro w sytuacji istnienia specjalnego prze-

pisu karnego o powodowaniu zanieczyszczeń Sąd Najwyższy uznał za konieczne szukanie innego spośród przepisów o przestępstwach gospodarczych. Po drugie, Genowefa Rejman zgłosiła tezę o potrzebie wprowadzenia do prawa polskiego instytucji odpowiedzialności karnej osób prawnych za powodowanie zanieczyszczeń⁶, szybko jednak się z niej wycofała⁷. Po trzecie, zaproponowano włączenie do kodeksu karnego przepisów obniżających próg karalności powodowania zanieczyszczeń środowiska: z zagrożenia konkretnego w rozmiarze powszechnym do zagrożenia abstrakcyjnego lub abstrakcyjno-konkretnego niekoniecznie w rozmiarze powszechnym⁸.

Lata siedemdziesiąte to także okres zdecydowanej krytyki instytucji kar pieniężnych za zanieczyszczenie wód i powietrza. Uważano je za całkowicie nieskuteczne a poza tym niesprawiedliwe jako odbierające załóżdże zakładów ruchomą część płacy. Powszechny stał się postulat zastąpienia kar opłatami przeznaczonymi na cele ochronne⁹.

Dnia 31 stycznia 1980 została wydana podstawowa w polskim systemie prawa środowiska ustawa ochronna - ustawa o ochronie i kształtowaniu środowiska (Dz.U. nr 3, poz. 6; tekst jednolity po licznych zmianach Dz.U. 1994, nr 49, poz. 196). Ustawodawca utrzymał wspomnianą trzypunktowość regulacji. I tak w siedmiu punktach art. 106 stypizował łącznie szesnaście wykroczeń przeciwko jej przepisom. W kolejnych art. 107-109 ustawodawca przewidział odpowiedzialność za przestępstwa. Nie przyjął wprowadzonego w nauce „wariantu kodeksowego” i nie włączył tych przepisów do kodeksu karnego, ale uczynił zadość postulatowi obniżenia progu karalności. Najważniejszy przepis karny, jakim jest art. 107 ust. 1, przewiduje odpowiedzialność za przestępstwo tego, kto naruszając obowiązek ochrony środowiska powoduje chociażby nieumyślnie zanieczyszczenie wody, powietrza lub powierzchni ziemi tak, że może to narazić na niebezpieczeństwo życia lub zdrowia ludzkie, spowodować w znacznych rozmiarach zniszczenia w świecie roślinnym lub zwierzęcym albo wyrządzić poważne szkody gospodarcze. Jest to więc dość typowa konstrukcja zagrożenia abstrakcyjno-konkretnego. Przewidziano typ uprzywilejowany, kiedy samo naruszenie obowiązków było nieumyślne (art. 107 ust. 2) oraz kwalifikowany przez następstwo w postaci śmierci, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia człowieka (art. 107 ust. 3). W kolejnych przepisach o przestępstwach przewidziano odpowiedzialność za nieinstalowanie, nieutrzymywanie we właściwym stanie i nieeksploatowanie urządzeń ochronnych (art. 108) oraz za najpoważniejsze naruszenia reguł ochrony gruntów rolnych i leśnych (art. 109).

Pewnym zaskoczeniem okazała się natomiast treść art. 110 ustawy o ochronie środowiska. Otóż mimo zdecydowanej krytyki kar pieniężnych i postulatu zastąpienia ich opłatami, ustawodawca wprowadził opłaty nie zamiast, ale obok kar pieniężnych. W art. 110 ustawodawca nie tylko utrzymał kary pieniężne za zanieczyszczenia wód i powietrza, ale zakres ich znacznie rozszerzył na kary za powodowanie ponadnormatywnego hałasu, bezprawne gromadzenie odpadów, niszczenie zieleni, drzew i krzewów oraz usuwanie drzew i krzewów bez wymaganego zezwolenia.

Kary pieniężne zasilają odpowiednie fundusze ochronne; po zmianie przepisów w 1993 r. są to narodowy, wojewódzkie i gminne fundusze ochrony środowiska i gospodarki wodnej, które wspomagają finansowo różne przedsięwzięcia ochronne.

W latach osiemdziesiątych kary pieniężne stały się jedynym instrumentem o charakterze penalnym, który naprawdę funkcjonował. Sprzyjały temu zmiany w modelu gospodarczym, dokonywane wprawdzie z zachowaniem założeń ustroju socjalistycznego, ale prowadzące do zwiększenia samodzielności przedsiębiorstw państwowych, dla których przestało być obojętne, czy zapłacić kary czy ich nie zapłacić.

Teoria kar pieniężnych tworzona była w doktrynie, w której toczono spory m.in. o znaczenie winy jako przesłanki kary, a przede wszystkim w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego, który w kilku ważnych wyrokach wydanych w tym czasie zajął stanowisko, że kary te nie są zależne ani od winy, ani od szkodliwych następstw w środowisku, a jedyną podstawą ich wymierzenia jest bezprawie administracyjne¹⁰. Tak więc ujęcie tych kar w judykaturze zbliżyło się do koncepcji strict liability znanej w systemie common law.

Model wymierzania kar był czysto administracyjny i nader sztywny. Kary wymierzał decyzją organ administracji państwowej stopnia wojewódzkiego na podstawie własnych ustaleń, czyli w modelu inkwizycyjnym, od decyzji przysługiwało odwołanie do ministra odpowiedzialnego za sprawę ochrony środowiska, decyzja ostateczna mogła być zaskarżona do Naczelnego Sądu Administracyjnego. Skoro właściwość tego sądu obejmuje tylko kontrolę legalności, przeto jeśli były podstawy wymierzenia kary i została ona wyliczona prawidłowo, skarga sądowa nie rokowała żadnych szans. Obliczenie wysokości kary następowało w oparciu o specjalne tabele, wobec czego „wymierzenie” kary sprowadzało się do kilku prostych operacji arytmetycznych. Jedyną możliwość prowadzenia jakiegś polityki karania stwarzał przepis rozporządzenia wykonawczego, który upoważniał ministra do zmniejszenia już wymierzonej decyzją ostateczną kary w razie istnienia szczególnych względów technicznych, ekono-

micznych lub społecznych. Było to swoiste „prawo łaski”, a stworzona w ten sposób możliwość jakiejś polityki karania umiejscowiona została zdecydowanie „za wysoko” - na szczeblu naczelnego organu administracji.

Liczne skargi do sądu administracyjnego na niezastosowanie wspomnianego „prawa łaski” oraz zwiększone zainteresowanie doktryny tą postacią odpowiedzialności doprowadziło do wysunięcia propozycji jej zasadniczego przemodelowania na wzór odpowiedzialności karnej osób prawnych i innych jednostek organizacyjnych. Zaproponowano w szczególności:

1) rozdzielenie funkcji „oskarżania” i „orzekania” i przekazanie wymierzania kar sądom,

2) wprowadzenie swobodnego wymiaru kary w granicach określonych ustawą,

3) wprowadzenie odpowiedników instytucji probacyjnych zwłaszcza w postaci zawieszenia ściągnięcia kary i następnej rezygnacji z jej ściągnięcia, jeśli ukarany doprowadzi do usunięcia przyczyn wymierzenia kary¹¹.

U progu transformacji ustrojowej wiosną 1989 r. doszło do poważnej nowelizacji ustawy o ochronie środowiska. W przepisach karnych wprowadzono istotne zmiany zaostrzające odpowiedzialność. I tak do art. 106 dodano ust. 2 będący w istocie kwalifikowanym przez następstwo typem wykroczenia, traktowanym nie jako wykroczenie, lecz jako przestępstwo. Otóż jeśli działanie lub zaniechanie będące zasadniczo wykroczeniem z art. 106 ust. 1 spowodowało niebezpieczeństwo znacznego pogorszenia warunków korzystania ze środowiska lub powstania innych szkodliwych dla tego środowiska następstw, czyn należało kwalifikować jako przestępstwo z art. 106 ust. 2. Dodano nowy art. 108a typizujący przestępstwo sprowadzenia z zagranicy do kraju jakichkolwiek odpadów. Przemodelowano kary pieniężne wyróżniając dwie grupy:

I. Kary „biegnące” polegające na sankcjach za utrzymywanie przez czas jakiś bezprawnego stanu; mechanizm wymierzania polega na tym, że od momentu stwierdzenia naruszenia rozpoczyna się naliczanie kar za każdy dzień, kończy się zaś z momentem przywrócenia stanu zgodnego z prawem; wydaje się wówczas decyzję o karze łącznej za cały czas naruszania. Są to kary następujące:

a) z art. 130 prawa wodnego za:

1) wprowadzanie do wód lub do ziemi ścieków nie odpowiadających wymaganym warunkom,

2) pobór wód w ilościach przekraczających dozwolone,

b) z art. 110 ust. 1 ustawy o ochronie środowiska za:

3) przekraczanie dopuszczalnych rodzajów i ilości zanieczyszczeń wprowadzanych do powietrza,

4) przekraczanie dopuszczalnego poziomu hałasu,

5) bezprawne gromadzenie odpadów,

II. Kary jednorazowe z art. 110 ust. 1b ustawy za:

6) niszczenie terenów zieleni, drzew i krzewów przy wykonywaniu prac ziemnych, stosowaniu sprzętu mechanicznego lub środków chemicznych,

7) usuwaniu drzew i krzewów bez zezwolenia.

Kompetencja do wymierzania biegnących kar pieniężnych została przyznana organom administracji stopnia wojewódzkiego, a po wejściu w życie ustawy z 20 lipca 1991 o Państwowej Inspekcji Ochrony Środowiska (Dz.U. nr 77, poz. 335) - tej inspekcji. Kompetencja do wymierzania kar jednorazowych została porzeczona organom administracji stopnia podstawowego, a po reformie samorządowej z wiosny 1990 r. - organom gmin. Utrzymano więc zasadnicze cechy modelu: wymierzanie kar przez organy administracji w postępowaniu inkwizycyjnym na podstawie stawek ustalonych sztywno w odpowiednich tabelach. Uchylono możliwość zmniejszania już wymierzonych kar. Zrealizowano natomiast trzeci ze zgłaszanych w doktrynie postulatów, wprowadzając surogat „probacji” polegający na tym, że w odniesieniu do kar „biegnących” inspektor może - na wniosek ukaranego - odroczyć na okres do 5 lat termin płatności kary, jeżeli ukarana jednostka organizacyjna realizuje inwestycje mające usunąć przyczyny wymierzenia kary. Jeżeli inwestycje takie zostaną ukończone i oddane do użytku w okresie odroczenia - karę zmniejsza się o kwotę środków własnych wydanych na inwestycje (jeśli zatem wydatkowano sumę równą lub większą od kary, to ukarany kary w ogóle nie płaci), jeżeli zrealizowane nie zostaną - karę podwyższa się o 50% i ściąga niezwłocznie. Obok tej swopistej probacji wprowadzono także możliwość rozłożenia kary na raty.

W dwa lata później ukazała się ustawa z 16 października 1991 o ochronie przyrody (Dz.U. nr 114, poz. 492 ze zmianami), która wprowadziła istotne zmiany w modelu odpowiedzialności karnej za naruszenie przepisów ochronnych. Utrzymano wprawdzie tradycyjną konstrukcję, że każde naruszenie zakazów i ograniczeń dotyczących obszarów lub obiektów chronionych jest wykroczeniem (art. 58 ustawy o ochronie przyrody), ale po raz pierwszy w prawie polskim wprowadzono także odpowiedzialność za przestępstwa polegające na:

1) niszczeniu, poważnym uszkodzaniu lub istotnym zmniejszaniu wartości przyrodniczej chronionych terenów lub obiektów (art. 54),

2) powodowaniu poważnych szkód przyrodniczych w wyniku pożytkowania, niszczenia lub uszkodzania roślin albo zabijania zwierząt na terenach chronionych bądź roślin lub zwierząt pozostających pod ochroną gatunkową (art. 55),

3) budownictwie lub prowadzeniu działalności gospodarczej na terenie chronionym wbrew zakazom lub ograniczeniom na nim obowiązującym (art. 56),

4) zabijaniu lub łowieniu chronionych gatunków fauny bez wymaganego zezwolenia (art. 57).

Za wykroczenia i przestępstwa z ustawy o ochronie przyrody wymierza się nie tylko kary, ale także dość wysokie nawiązki przypadające na rzecz właściwego wojewódzkiego funduszu ochrony środowiska i gospodarki wodnej.

Na uwagę zasługuje ostatnia nowelizacja ustawy o ochronie środowiska przeprowadzona w kwietniu 1993 r. Zmieniono wówczas rygory związane ze sprowadzeniem odpadów z zagranicy. Zrezygnowano z kategorycznego zakazu sprowadzania jakichkolwiek odpadów, gdyż taki zakaz okazał się niekorzystny nie tylko dla gospodarki, ale i dla środowiska (zwiększenie eksploatacji lasów jako alternatywa importu niektórych gatunków makulatury jest tu dobrym przykładem). Utrzymano zatem bezwzględny zakaz sprowadzania tylko odpadów niebezpiecznych, uznanych za takie rozporządzeniem ministra. Co się tyczy innych odpadów wprowadzono wymóg uzyskania zezwolenia Głównego Inspektora Ochrony Środowiska. Zezwolenie takie może być wydane tylko w szczególnych sytuacjach i tylko jeśli odpady mają być gospodarczo wykorzystane. Wprowadzono także dotyczące wywozu i tranzytu odpadów.

W związku z tymi nowymi regulacjami zmienił się przepis karny art. 108a ustawy o ochronie środowiska. Za przestępstwo uznano:

1) sprowadzanie z zagranicy odpadów niebezpiecznych,

2) sprowadzanie z zagranicy innych odpadów bez wymaganego zezwolenia lub wbrew jego warunkom,

3) wywożenie za granicę niektórych odpadów bez wymaganego zezwolenia lub wbrew jego warunkom.

Doniosłe zmiany nastąpiły w odniesieniu do kar pieniężnych. Przede wszystkim pojęcie „jednostek organizacyjnych” rozciągnięto na „osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą”, w związku z czym osoby te odpowiadają za delikty tak samo jak jednostki organizacyjne. Ponadto dopuszczono wymierzanie kar jednorazowych (za niszczenie lub uszkodzanie zieleni oraz za usuwanie drzew i krzewów bez zezwolenia) także osobom fizycznym nie prowadzącym działalności gospodarczej.

Ostatnim aktem normatywnym zaliczanym do prawa ochrony środowiska jest ustawa z 4 lutego 1994 Prawo geologiczne i górnicze (Dz.U. nr 27, poz. 96). Przyjęto w niej znaną już z prawa wodnego i ustawy o ochronie środowiska koncepcję trzytorowej regulacji penalnej. Ustawa wprowadza obowiązek uzyskania koncesji na: poszukiwanie i rozpoznawanie złóż kopalin, wydobywanie kopalin ze złóż, bezzbiornikowe magazynowanie substancji w górotworze, składowanie odpadów w podziemnych wyrobiskach górniczych, poszukiwanie lub wydobywanie surowców mineralnych znajdujących się w odpadach powstałych po robotach górniczych oraz po procesach wzbogacania kopalin.

Prowadzenie takiej działalności bez koncesji lub z naruszeniem jej warunków jest:

1) przestępstwem z art. 118, jeżeli skutkiem jest poważna szkoda w mieniu lub bezpośrednie niebezpieczeństwo takiej szkody,

2) wykroczeniem z art. 119, jeżeli do takiej szkody ani jej bezpośredniego niebezpieczeństwa nie dochodzi,

3) deliktem administracyjnym z art. 128, jeżeli „prowadzący działalność” czyni to bez koncesji lub z rażącym naruszeniem jej warunków.

Za przestępstwa z art. 118 i wykroczenia z art. 119 odpowiadają tylko osoby fizyczne, zgodnie z generalnymi regułami polskiego prawa karnego. Powstaje natomiast pytanie, kto odpowiada za delikty z art. 128. W literaturze wskazano, że jedynym uzasadnieniem kar pieniężnych przewidzianych w tym przepisie jest, aby odpowiedzialność dotknęła tego podmiotu, który nie odpowiada karnie (za przestępstwo lub wykroczenie) dlatego, że nie jest osobą fizyczną¹².

Organami właściwymi do wymierzania kar pieniężnych są organy koncesyjne, tj. - w zależności od rodzaju działalności - Minister Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa lub wojewoda.

Z punktu widzenia koncepcyjnego warto podkreślenia jest, że po raz pierwszy w mechanizmie kar pieniężnych wprowadzono w odniesieniu do niektórych kar z art. 128 „swobodny wymiar kary w granicach określonych ustawą”. I tak za wydobywanie kopalin bez koncesji lub z rażącym naruszeniem jej warunków wymierza się karę pieniężną w wysokości od dwukrotnej do dziesięciokrotnej wartości wydobytej kopaliny.

III. STAN PRAWA OBOWIĄZUJĄCEGO

W wyniku długiej ewolucji, w maksymalnym skrócie tu omówionej, obowiązujący stan prawny przedstawia się w ten sposób, że instrumenty penalne w ochronie środowiska obejmują:

1) odpowiedzialność za przestępstwa z art. 140 § 1 pkt 2 i art. 213 k.k., z art. 106 ust. 2, art. 107, 108, 108a i 109 ustawy o ochronie środowiska, z art. 54-57 ustawy o ochronie przyrody, z art. 118 prawa geologicznego i górniczego, z art. 55 ustawy łowieckiej.

2) odpowiedzialność za wykroczenia z art. 62, 81, 109, 117, 120, 144, 145, 148-166 k.w., z art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie środowiska, z art. 58 ustawy o ochronie przyrody, z art. 126-129 prawa wodnego, z art. 119 prawa geologicznego i górniczego i z kilku innych przepisów.

3) odpowiedzialność za delikty administracyjne z art. 130 prawa wodnego, z art. 110 ustawy o ochronie środowiska, z art. 128 prawa geologicznego i górniczego.

Po nowelizacjach ustawy o ochronie środowiska, po wejściu w życie ustawy o ochronie przyrody oraz prawa geologicznego i górniczego istotnej zmianie uległy proporcje między przestępstwami i wykroczeniami w ochronie środowiska. Przed 1989 r. istotną przewagę nie tylko ilościową miały regulacje należące systematycznie do prawa wykroczeń, dziś sytuacja jest już nieco inna i rola prawa karnego wyraźnie wzrosła.

Nader istotnym problemem jest odpowiedzialność za delikty administracyjne. W doktrynie uznawana jest ona za odpowiedzialność administracyjną, będącą wszakże w istocie surogatem odpowiedzialności karnej osób prawnych i innych jednostek organizacyjnych¹³. Najnowsze regulacje prawne wyraźnie zbliżają ją do modelu odpowiedzialności karnej. Widać to wyraźnie na przykładzie wprowadzenia instytucji swoistej probacji w odniesieniu do kar „biegnących” (odroczenie terminu płatności i faktyczna rezygnacja z kary w wypadku zrealizowania inwestycji ochronnych) czy też na przykładzie swobodnego wymiaru niektórych kar w prawie geologicznym i górnicznym. Co więcej, kary te niekiedy okazują się surowsze od przewidzianych nie tylko w prawie wykroczeń, ale także w prawie karnym sensu stricto. Kara pieniężna wymierzona właścicielowi drzewa za usunięcie go bez zezwolenia może być wielokrotnie wyższa od grzywny przewidzianej za przestępstwo ścięcia cudzego drzewa i zaboru drewna.

Jednocześnie kary pieniężne są wyraźnie niedopracowane od strony teoretycznej. Nie zajmuje się nimi doktryna prawa administracyjnego, gdyż nie jest to „administrowanie” w znaczeniu przyjmowanym w tej dziedzinie prawa. Nie zajmuje się nimi doktryna prawa karnego, bo to nie jest odpowiedzialność karna. W efekcie odpowiedzialność administracyjna o oczywiście penalnym charakterze pozostaje na poboczu zainteresowań doktrynalnych. Stan taki musi wywoływać zaniepokojenie, jeśli zważyć, że skutki tej odpowiedzialności mogą być bardziej dotkliwe niż

skutki nie tylko ukarania za wykroczenie, ale nawet skazania za przestępstwo. Sprawca deliktu nie ma tych gwarancji, jakie w postępowaniu karnym przysługują oskarżonemu. Obserwacja orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego i polemik naukowych prowadzonych na jego tle wskazuje na narastanie problemu. Nie bez powodu napisałem swego czasu, że zbadanie mechanizmów odpowiedzialności administracyjnej i zaproponowanie właściwych rozwiązań ustawowych jest wyzwaniem dla nauk penalnych¹⁴.

IV. ZAMIERZENIA USTAWODAWCZE

Prace nad nową kodyfikacją karną zostały zapoczątkowane w drugiej połowie lat osiemdziesiątych. Już w etapie konstruowania założeń było jasne, że ze względu na wagę problemu ochrony środowiska przepisy o przestępstwach przeciwko środowisku muszą być w postaci odrębnego rozdziału włączone do kodeksu karnego, a przepisy o wykroczeniach przeciwko środowisku - do odrębnego rozdziału kodeksu wykroczeń. Tak się też stało.

Projekt nowego kodeksu karnego w redakcji z lutego 1995 r. zawiera rozdział XX zatytułowany „Przestępstwa przeciwko środowisku”, a w nim następujące typy przestępstw:

- * powodowanie zniszczeń w świecie roślinnym lub zwierzęcym w znacznych rozmiarach (art. 165),

- * niebezpieczne zanieczyszczenie wody, powietrza lub ziemi (art. 166),

- * niebezpieczne składowanie, usuwanie, przerabianie, przewożenie odpadów lub substancji, w tym bezprawne sprowadzanie ich z zagranicy do Polski (art. 167),

- * niebezpieczne przewożenie, składowanie, porzucanie materiałów jądrowych lub źródeł promieniowania (art. 168),

- * wypadki kwalifikowane przez następstwa w postaci znacznych zniszczeń w świecie roślinnym lub zwierzęcym albo śmierć człowieka lub ciężki uszczerbek na zdrowiu wielu osób (art. 169),

- * nieutrzymywanie we właściwym stanie lub nieeksploatowanie urządzeń ochronnych (art. 170),

- * spowodowanie istotnej szkody dla prawnie chronionego terenu lub obiektu przyrodniczego (art. 171),

- * bezprawne budownictwo lub bezprawne prowadzenie działalności gospodarczej na terenie chronionym (art. 172).

Od strony konstrukcyjnej autorzy projektu przyjmują zagrożenie abstrakcyjno-konkretnie jako ustawowe znamię przestępstw z art. 166, 167

i 168 i zagrożenie abstrakcyjne w art. 170 i 172. Dodatkową sankcją za przestępstwa przeciwko środowisku jest nawiązka, która w wysokości od trzykrotnego do dwudziestokrotnego najniższego wynagrodzenia miesięcznego za pracę może być orzeczona na cel społeczny związany z ochroną środowiska.

Kodyfikacja karna nie została pomyślana jako pełna, wobec czego autorzy projektu kodeksu karnego przewidują pozostawienie w mocy licznych przestępstw karnych pozakodeksowych, w tym m.in. przepisów karnych z ustawy łowieckiej oraz z prawa geologicznego i górniczego. Kodyfikacja prawa wykroczeń ma natomiast być kodyfikacją pełną w tym znaczeniu, że wszystkie przepisy o wykroczeniach powinny znaleźć się w kodeksie. Autorzy projektu kodeksu wykroczeń przewidzieli jako jeden z najobszerniejszych rozdziałów tego aktu rozdział o wykroczeniach przeciwko środowisku. Ponadto niektóre typy takich wykroczeń mają znaleźć się w rozdziałach o wykroczeniach leśnych, rybackich, łowieckich, geologicznych i górnich.

Twórcy projektów nie zamierzają zmieniać reguł odpowiedzialności karnej jako odpowiedzialności indywidualnej i ani w projekcie kodeksu karnego, ani w projekcie kodeksu wykroczeń nie przewidują odpowiedzialności osób prawnych i innych jednostek organizacyjnych za przestępstwa i wykroczenia przeciwko środowisku. Kwestia ta powinna być rozwiązana w ustawie generalnej o ochronie środowiska.

W latach 1989-1991 funkcjonowała specjalna komisja do spraw kompleksowej nowelizacji podstawowych ustaw z dziedziny ochrony środowiska. Efektem pracy komisji był obszerny projekt nowej ustawy o ochronie środowiska przyrodniczego. Jednym z rozdziałów projektu był rozdział o karach pieniężnych za naruszenie wymagań ochrony środowiska. Komisja opracowała go według modelu karnistycznego. Kary pieniężne miały wymierzać sądy karne powszechne orzekające na wniosek inspektorów ochrony środowiska i kilku innych podmiotów (m.in. organizacji społecznych zainteresowanych ochroną środowiska). Przewidziano swobodny wymiar kary w granicach określonych ramowo w akcie wykonawczym oraz liczne instytucje probacyjne. Jednakże z uwagi na zmianę koncepcji prawa ochrony środowiska, opracowanemu wówczas projektowi nie nadano dalszego biegu legislacyjnego i efekty pracy komisji zostały faktycznie zaprzepaszczone.

Myślę, że w bliższej lub dalszej przyszłości do zagadnienia tego trzeba będzie powrócić. Najnowsze wypowiedzi przedstawicieli doktryny prawa karnego zdają się prowadzić znowu w kierunku odpowiedzialności karnej osób prawnych. mam tu na uwadze dość wyraźne wypowiedzenie

się za tą instytucją przez Oktawię Górniok w odniesieniu do przestępczości gospodarczej¹⁵ oraz ponowne podjęcie tej problematyki przez Genowefę Rejman¹⁶. Nie ukrywam, iż będąc swego czasu przeciwnikiem odpowiedzialności karnej osób prawnych w ochronie środowiska¹⁷, zmieniłem zdanie i przyłączyłem się do zwolenników tej instytucji¹⁸. Próbowiałem pomysł ten zrealizować w pracach wspomnianej komisji do spraw nowelizacji podstawowych ustaw ochronnych, ale wobec odrzucenia przygotowanego wówczas projektu sprawa wróciła do punktu wyjścia.

Mając na uwadze proces dostosowywania polskich przepisów o ochronie środowiska do standardów europejskich, znane zalecenia Rady Europy idące w kierunku dopuszczenia odpowiedzialności karnej osób prawnych w ochronie środowiska, bliskie już sfinalizowanie prac nad Konwencją Europejską o odpowiedzialności karnej w ochronie środowiska zaryzykowałbym twierdzenie, że nowe ukształtowanie odpowiedzialności osób prawnych i innych jednostek organizacyjnych za delikty administracyjne w ochronie środowiska w oparciu o model odpowiedzialności karnej jest kwestią czasu.

Oczywiste jest, że odpowiedzialność karna osób prawnych i innych jednostek organizacyjnych w ochronie środowiska nie może ograniczać się do wymierzania znanych i obecnemu prawu kar pieniężnych. Konieczne jest rozszerzenie sankcji na te, o których mówi się np. w zaleceniach Rady Europy: publikacja orzeczenia, ograniczenie zawierania umów z instytucjami publicznymi, przepadek rzeczy, ustanowienie zarządu komisyjnego, ograniczenia i zakazy działalności, rozwiązanie osoby prawnej itp. Te problemy będą musiały być podjęte i rozwiązane jeżeli nawet nie generalnie w ramach rekodyfikacji prawa karnego, to w każdym razie w nowym prawie ochrony środowiska.

Przypisy:

1. *J. Skupiński*: Model polskiego prawa o wykroczeniach, Wrocław 1974, s. 20.
2. *G. Domański*: Administracyjne kary pieniężne za zanieczyszczenie środowiska, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1976, nr 12, s. 331-332.
3. *L. Tyszkiewicz*: Problem odpowiedzialności karnej osób prawnych (zakładów pracy) w polskim prawie karnym, „Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego” Nr 54, Katowice 1974, s. 167.
4. *W. Wolter*: Nauka o przestępstwie, Warszawa 1973, s. 50.
5. Uchwała Sądu Najwyższego z 27 lutego 1976 - VI KZP 10/75, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego” (seria karna) 1976, z. 4-5, poz. 52.
6. *G. Rejman*: Ochrona środowiska naturalnego w prawie karnym, Warszawa 1977, s. 13-14.

7. *G. Rejman*: Ochrona prawnokarna środowiska biologicznego, (w:) Ochrona środowiska. Refleksje prawne, ekonomiczne i socjologiczne, pod red. *L. Łustacza*, Wrocław 1979, s. 194.

8. *W. Radecki*: Problematyka typizacji przestępstw zanieczyszczenia wody, powietrza i ziemi, „Państwo i Prawo” 1979, z. 7, s. 94 i n.

9. *W. Brzeziński*: Ochrona prawna naturalnego środowiska człowieka, Warszawa 1975, s. 217 i n.

10. Zob. np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 9 grudnia 1986 - IV SA 704/86, „Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego” 1986, nr 2, poz. 66.

11. *W. Radecki*: Kary pieniężne w ochronie środowiska (Rozważania nad modelem), „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1988, nr 10, s. 279 i n.

12. *W. Radecki*: Ochrona środowiska w prawie geologicznym i górnictwym. Przepisy z komentarzem, Zielona Góra 1994, z. 144.

13. Zob. Opłaty i kary pieniężne w ochronie środowiska. Komentarz, pod red. *J. Sommera*, Wrocław 1993, s. 139 i n.

14. *W. Radecki*: Kilka uwag o zastępowaniu odpowiedzialności karnej odpowiedzialnością administracyjną, (w:) Współczesne problemy nauk penalnych, pod red. *M. Bojarskiego*, Wrocław 1994, s. 22.

15. *O. Górniok*: Przestępczość gospodarcza i jej zwalczanie, Warszawa 1994, s. 148 i n.

16. *G. Rejman*: Odpowiedzialność karna osób prawnych, „Przegląd Prawa Karnego” 1994, nr 11, s. 5 i n.

17. *W. Radecki*: Prawnokarna ochrona środowiska naturalnego w PRL, Wrocław 1981, s. 213 i n.

18. *W. Radecki*: Odpowiedzialność prawna podmiotów gospodarczych w ochronie środowiska, Dębe 1990, s. 231-232.

PROBLEMY ZWIĄZKU PRZYZYNOWEGO I PRZYPISANIA CZYNU, W SZCZEGÓLNOŚCI W PRAWIE KARNYM OCHRONY ŚRODOWISKA

Przyczynek do dyskusji

W każdym niemieckim podręczniku prawa karnego teoria związku przyczynowego i obiektywnej przypisalności skutku odnośnie czynu sprawcy rozpoczyna od następujących wywodów: miarodajny dla związku przyczynowego jest skutek w jego zupełnie konkretnej postaci. Jeśli sprawca wywarł wpływ na tę konkretną postać, to jego działanie jest przyczynowe w stosunku do całego skutku¹. Zagadnienie to wyjaśnia się przy pomocy następującego przykładu: jakaś pani wylewa wiadro wody do przepływającej wody podczas powodzi. Jej działanie jest przyczynowe dla powodzi, ponieważ powódź w swojej konkretnej postaci z swoją zanieczyszczoną wodą jest właśnie inna niż bez jej brudnej wody². Naturalnie natychmiast pojawiają się gotowe formuły, ażeby ten oczywiście bzdurny wynik skorygować. Wszyscy bronią się jednak zdecydowanie przeciwko temu, aby uczynić to na płaszczyźnie przyczynowości bądź przy pomocy ogólnej normatywnie uzasadnionej teorii o bezprawności skutku³.

Zapytacie państwo, co to wszystko ma wspólnego z prawem ochrony środowiska? Wystarczy jednak w miejsce powodzi wziąć dla przykładu jakąś zanieczyszczoną rzekę, np. Ren albo Wisłę, a zamiast wiadra wody kubek wypełniony starym olejem i już macie państwo wersję problemu z zakresu ochrony naturalnego środowiska. Przy pomocy konstrukcji skutku w jego konkretnej postaci można wylewającemu stary olej przypisać, jako jego dziełu, całe zanieczyszczenie Renu czy Wisły, a nawet dłaczego by nie zanieczyszczenie wszystkich mórz, ba całej kuli ziemskiej? Co to znaczy skutek w jego konkretnej postaci i gdzie są jego granice? A więc wylądowałam, jak to Pan Rogall już wcześniej prorokował, w teorii poznania. Ten wybieg był jednak konieczny, aby wyostrzyć świadomość na fakt, że także skutek, który chcemy sprawcy przypisać, musimy najpierw określić i to zanim w ogóle postawimy pytanie dotyczące przyczynowości działania i że to określenie należy mierzyć także według kryterium sprawiedliwości.

Skutkiem bezprawnym, w sensie określonego czynu przestępnego, jest konkretny rodzaj szkody, czyli pewna niekorzystna, w sensie ustawowo chronionego interesu (dobra prawnego), zmiana danego obiektu dobra prawnego. Nie jest bezprawiem i dlatego nie wymaga przypisania, ani istnienie obiektu dobra prawnego, ani pomniejszenie szkody, ani też jakikolwiek wpływ okoliczności ubocznych, jak np. miejsca wystąpienia szkody⁴. Działanie lekarza, który wysyła śmiertelnie chorego pacjenta na parę dni do sanatorium, aby mu jeszcze uprzyjemnić nieco życie tuż przed śmiercią, nie jest przyczynowe odnośnie śmierci tego pacjenta.

W ten sposób można wprawdzie rozwiązać niejeden pozorny problem, ale nie nasz, nasz bowiem nie jest problemem pozornym. Zanieczyszczenie Renu jest przecież bezprawnym skutkiem w sensie § 224, dlaczego by nie włączyć do tego bezprawnego skutku i wlanie ćwiartki starego oleju, jeśli w innych przypadkach kilku sprawców wywołuje kumulatywnie jeden i ten sam skutek, np. kierowca, który popełnił błąd w prowadzeniu pojazdu, a następnie lekarz, który poprzez błąd w sztuce lekarskiej spowodował śmierć tejże ofiary wypadku, to jej śmierć przypisywana jest przecież im obydwóm?

Jednak te dwa przypadki różnią się między sobą w jednym istotnym punkcie: a mianowicie w przypadku kumulatywnej przyczynowości obydwa działania kauzalne są konieczne do wyjaśnienia tego samego bezprawnego skutku, natomiast w przypadku sumowania się obu działań, są te dwa skutki, dla których wyjaśnienia podaje się różne przyczyny, pojęciowo rozdzielne lub łączne, należy więc najpierw rozstrzygnąć, czy mają być one potraktowane rozłącznie lub łącznie. W pierwszej kolejności należy więc, oględnie mówiąc, „zasznurować” pakunek, który ma stanowić elementy konieczne do ustalenia kauzalności.

Uważa się za niesprawiedliwe, mimo że przepis prawny dopuszcza takie postępowanie, jeśli przypisze się całą szkodę temu, który do dającej się ująć ilościowo szkody dorzucił tylko pewną jej część i to tylko ze względu na równość pojęciową lub normatywną tej części w odniesieniu do pozostałych. Odnośnie tego panuje jednomyślność⁵, przynajmniej w dogmatyce prawnokarnej ochrony środowiska, mimo to nie podaje się żadnej procedury co do kwestii pojęciowego oddzielenia dającej się przypisać części bezprawia od pozostałej szkody, zwłaszcza że musi to nastąpić przed ostatecznym stwierdzeniem przyczynowości.

Zaproponowałam w związku z tym następujące rozwiązanie: do dającego się przypisać skutku należy tylko ta część szkody, dla której określenie działanie sprawcy jest konieczne. Natomiast te części szkody, które dają się określić także wykluczając zachowania sprawcy, nie powinny być

ujęte razem w jeden całościowy skutek⁶. Wylanie kubka starego oleju do Renu jest nieodzwonne tylko dla określenia tej części efektu zanieczyszczenia, które zostało przez niego bezpośrednio spowodowane, pozostałe zanieczyszczenie można wyjaśnić także i bez tego działania.

Z ograniczeniem dającego się przypisać skutku pojawia się następny problem. Czy przypadkiem to pojedyncze zanieczyszczenie samo w sobie, nawet to spowodowane przez chemiczną fabrykę, nie jest bez znaczenia dla danego środowiska przyrodniczego, ponieważ z nim samym można by było sobie jeszcze bez większych trudności poradzić? Istotne staje się ono dopiero przez to, że liczne inne zanieczyszczenia następują w ten sam sposób, tak że wszystkie razem wspólnie rujną pewne środowisko, np. rzekę. Jeśli więc już pojedyncze zanieczyszczenia środowiska traktuje się jako bezprawie, czy w ten sposób jednak nie obciąża się sprawcę zachowaniem innych uczestników? *Samson* uważa, że tu wchodzi w grę tzw. zakaz regresu, według którego zachowanie jednego z uczestników nie staje się bezprawiem tylko dlatego, że ktoś inny wykorzystuje je do umyślnego wywołania bezprawnego skutku⁷. Zarzut ten jednak mija się z celem, ponieważ traktuje on identycznie rzeczy różne. W przypadkach zakazu regresu sprawca czyni coś, co tylko dlatego przyczynia się do bezprawnego skutku, ponieważ ktoś inny wykorzystując powstałą sytuację czyni coś innego, coś co z całą pewnością jest zakazane, a mianowicie umyślnie wywołuje bezprawny skutek. W tym miejscu należy rozstrzygnąć pytanie, czy działanie pierwszej osoby nie powinno być zakazane ze względu na to niebezpieczeństwo, albo czy porządek prawny może wyłącznie polegać na tym, że to już i tak zakazane działanie nie nastąpi. Zaufanie do porządku prawnego poszerzyłoby zakres działania pierwszej osoby, ponieważ zrezygnowanoby z zakazu jej działania. W przypadku zanieczyszczenia środowiska naturalnego istotna szkoda powstaje przez to, że wszyscy uczestnicy czynią to samo. Nie można więc poszerzać sfery wolności jednej osoby w ten sposób, że drugiej osobie zakazuje się zanieczyszczać środowisko.

Nie ten zakaz regresu powinien mieć tu zastosowanie, lecz imperatyw kategoryczny. Kto żąda dla siebie czegoś, czego zgodnie ze zdrowym rozsądkiem nie chce przyznać innym, gdyż w wypadku przyznania miało by to katastrofalne konsekwencje, działa bezprawnie. *Kuhlen* określił trafnie tego rodzaju delikty, jako delikty kumulacyjne⁸. W przypadku deliktów kumulacyjnych nie przypisuje się sprawcy całego skutku, który powodują wszyscy. Powodem bowiem uznania, że już skutek częściowy, który tylko on sam spowodował stanowi karygodne bezprawie, jest właśnie konieczność zapobieżenia skutkowi ogólnemu. Takim klasycznym de-

liktem kumulacyjnym, którego karalności nikt nie neguje, jest fałszowanie pieniędzy.

Konsekwencją imperatywu kategorycznego jest fakt, że każde nawet najmniejsze zanieczyszczenie środowiska jest karalnym bezprawiem, ponieważ powtórzone wielokrotnie, miałoby właśnie katastrofalne skutki. Ten tzw. „problem minimów” jest dziś w Niemczech głównym tematem dyskusji na temat prawnokarnej ochrony środowiska⁹. Dlatego też nie mogę sobie przecież odmówić zawołania „typowo niemieckie”. Jesteśmy na najlepszej drodze do ostatecznego zniszczenia sobie naszej własnej podstawy do egzystencji przez wyczerpanie ograniczonych bogactw naturalnych, także dzięki takim minimom, a niemiecka nauka prawa karnego łamie sobie głowę problemem, jak wyjąć takie minima spod zagrożenia karą. Oczywiście także w prawie ochrony środowiska występuje, tak jak wśród wszystkich innych deliktów, za wyjątkiem morderstwa i zabójstwa, problem wykluczenia drobnych deliktów. Problem ten rozwiązuje się tutaj podobnie jak i w innych przypadkach, mianowicie przez zastosowanie zasady *minima non currat praetor*.

Innym problemem przyczynowości, który wprowadzie nie tylko, ale w sposób typowy występuje także w prawie karnym ochrony środowiska, jest niepewność odnośnie funkcjonowania prawa przyczynowości oraz pytanie, jak można w procesie te niedoskonałości naprawić. Powiązania bowiem, które należy tu uwzględnić, są tak kompleksowe, że nawet naukowcy-specjaliści nie są zgodni w kwestii, które zasady przyczynowości mają zastosowanie. Od wielu lat trwa w Niemczech tzw. proces odnośnie środków konserwujących drewno, w którym chodzi o kausalność trujących gazów dla najprzedziwniejszych zachorowań u ludzi, którzy wdychali i to przez dłuższy okres czasu te ulatniające się, choć w dużym stopniu rozcieńczone, gazy¹⁰. Ani w przypadku tzw. aerozolu do skóry¹¹, ani w przypadku katastrofy związanej ze spożywaniem oleju rzepakowego w Hiszpanii¹², nie było możliwe ustalenie przy pomocy reguł ogólnych, które uszkodzenia zdrowia są rezultatem kontaktu z określonymi środkami chemicznymi. Bez odpowiedniej reguły przyczynowości, która pozwalałaby subsumować skutek pod warunkującą go przyczyną, nie da się ustalić związku przyczynowo-skutkowego. Ten pogląd został powszechnie zaakceptowany w niemieckiej nauce prawa karnego dopiero 60 lat po sformułowaniu go przez *Engisch'a*¹³.

Sądownictwo niemieckie stosuje w przypadku takiej niepewności również zasady swobodnej oceny dowodów i zasadę *in dubio pro reo*¹⁴. Sędzia może najpierw uznać, choćby na podstawie opinii biegłego, związek przyczynowy za udowodniony. Jeśli jednak go zaneguje, to musi na

podstawie zasady in dubio pro reo przyczynowość odrzucić. W niemieckiej nauce prawa karnego panuje, w przeciwieństwie do tego, pogląd *Kaufmanna*, który mówi, że zasadę przyczynowości można tylko wtedy zastosować w postępowaniu procesowym, jeśli zgodnie ze standardami właściwych nauk przyrodniczych odnośnie przeprowadzania dowodów uznaje się jakiś fakt za udowodniony¹⁵. *Kaufmann* tłumaczył to w ten sposób, że określenie „spowodować” jest terminem blankietowym, który należy alternatywnie wypełnić treścią przez wszystkie ogólnie uznane zasady kauzalności, ale tylko przez powszechnie uznane, a nie przez te sporne. Jest to jednak tylko dogmatyczna konstrukcja, a nie uzasadnienie. Uzasadnienie powyższego ma polegać na tym, że sędzia nie może uzurpować sobie prawa rozstrzygania kontrowersji w naukach przyrodniczych. Ale dlaczego nie wolno mu tego robić, czyż zasada swobodnej oceny dowodów nie daje mu do tego upoważnienia, zresztą tak samo jak i nakłada na niego obowiązki w tym zakresie?

Prawdziwą podstawą tej opinii jest przekonanie, że w stosunku do ogólnych prawideł, w szczególności reguł przyczynowo-skutkowych, nie obowiązuje zasada swobodnej oceny dowodów, ponieważ zasady ogólne nie mogą być udowodnione przed sądem. Środki dowodowe w procesie karnym bowiem do tego się nie nadają. Przed sądem można udowodnić tylko konkretne fakty. Jeśli sędzia wysłucha spostrzeżeń świadka lub biegłego i uznaje je za prawdziwe, ponieważ on sam uważa tego świadka za sumiennego obserwatora, to za podstawą tego uznania przyjmuje sam fakt, że świadek tak zeznał. Jeśli biegły przedstawia sędziemu wynik swoich badań, to powodem uznania tej opinii za prawdziwą jest fakt, że rzeczoznawca właśnie w oparciu o swoje badania doszedł do takiego, a nie innego wyniku i że sędzia uważa go za zdolnego i sumiennego przedstawiciela swojej specjalizacji. Jeśli jednak biegły udziela sędziemu informacji na temat ogólnych zasad swojej dyscypliny, które sędzia w konsekwencji akceptuje jako prawdziwe, to zarówno sędzia jak i biegły polegają na opiniach osób trzecich, mianowicie tych, którzy te zasady ustalili i wzmocnili dzięki badaniom empirycznym, np. eksperymentom i badaniom statystycznym. Przeprowadzenie dowodu na temat ogólnych stwierdzeń nie znajduje miejsca przed sądem, wobec tego sędzia nie może takiego dowodu uznać. I to jest właśnie powód na to, że reguły swobodnej oceny materiału dowodowego nie mają w sądzie zastosowania odnośnie stwierdzeń ogólnych¹⁶. Z tego właśnie powodu, mimo że brzmi to paradoksalnie, uznaje się ogólne stwierdzenia w sensie § 244 nr 3 StPO za fakty oczywiste.

Także przeważająca w Niemczech opinia, że zasady przyczynowości można zastosować tylko wtedy, jeśli zgodnie z ogólnymi standardami nauk przyrodniczych uchodzą za udowodnione i to w stu procentach, okazała się nieprawdziwą, ponieważ takie ogólne standardy w naukach przyrodniczych, o ile w ogóle istniały, dziś nie są już uznawane¹⁷. W naukach humanistycznych już dawno pogodziliśmy się z faktem, że różne kierunki i szkoły dochodziły do różnych wyników, dla przykładu odnośnie pytania dotyczącego zdolności sprawcy do zawienienia, a to tylko dlatego, że uznawały za prawdziwe różne stwierdzenia ogólne. Alternatywą do tego stanowiska byłoby uznanie laickich teorii życia codziennego, w miejsce poglądów różnych szkół naukowych.

Nawet odnośnie zależności w zakresie nauk przyrodniczych nie możemy sobie dziś pozwolić na oparcie się na jakichś ideowych standardach sumienia, ponieważ, w przeciwnym wypadku, zakres, w którym nie moglibyśmy w ogóle podejmować ustaleń odnośnie przyczynowości, byłby za duży; wystarczy tylko pomyśleć o całym kompleksie nauk medycznych, w szczególności o zależnościach pomiędzy medycyną a środowiskiem naturalnym. Dzisiaj powinniśmy się raczej zadowolić tym, podobnie jak w naukach humanistycznych odnośnie zastosowania jednej teorii, że jakaś teoria jest uznana przez reprezentatywną część przedstawicieli grona fachowców, a pozostali tylko tolerują to stanowisko. My, przedstawiciele prawa karnego, musimy się wreszcie zadowolić stwierdzeniem, że również i nauki przyrodnicze nie mają dla nas gotowych, absolutnie i wiecznie obowiązujących prawd.

Zasada przyczynowości pod którą ma być subsumowany konkretny przypadek, musi co najmniej nadawać się do sformułowania, a więc musi przynajmniej istnieć teoria, którą można by zastosować do konkretnego przypadku. Odnośnie słynnego przypadku aerozolu do skóry, Niemiecki Sąd Najwyższy stwierdził, że związek przyczynowy kompleksowego chemicznego powiązania z pewną chorobą w tym wypadku występuje choćby z tego względu, że u 40-tu z wielu tysięcy osób stosujących tę substancję można zauważyć ewidentny związek czasowy pomiędzy kontaktem z tą substancją, a symptomami choroby, a ponadto nie dało się znaleźć żadne inne wyjaśnienie dla tej choroby¹⁸. Zasada przyczynowości, którą zastosowano tutaj przy subsumpcji, jest częścią związku przyczynowego, który jest zasadniczym elementem z procesowego punktu widzenia. Taką rzecz trzeba nazwać; nie wystarczy podać tylko poszlaki, że jakiś fakt istnieje, który można subsumować pod ustawowym znamieniem przestępstwa, jak np. „uszkodzenie ciała” lub „niekorzystna zmiana składu wody”. To nie jest tylko procesowy formalizm. Twierdzenia faktycz-

ne, które nawet nie są sformułowane, oskarżony nie jest w stanie ani obalić, ani podważyć, chyba że nada im inne lepiej uzasadnione znaczenie. Obrazowo mówiąc, sprawca musi, ażeby go uniewinniono, sam dostarczyć winnego.

Wymagany standard dowodowy dla ustalenia przyczynowości można sformułować, ogólnie rzecz ujmując następująco: musi istnieć wyraźna teoria, pod którą da się subsumować przypuszczalną przyczynę i działanie. Teoria ta musi być przez odpowiednią dziedzinę nauki uznana za dostatecznie potwierdzoną.

Problem niepewności odnośnie ogólnych matematyczno-przyrodniczych prawideł nie można również rozwiązać w ten sposób, że w miejsce przestępstw skutkowych w prawie karnym ochrony środowiska naturalnego, stworzy się delikty z zagrożenia. Przestępstwo zagrożenia bowiem zaoszczędza wprawdzie przeprowadzenie dowodu związku przyczynowego w konkretnym przypadku, ale nie dotyczy to odnoszącej się do danego przypadku zasady związku przyczynowego. Abstrakcyjne niebezpieczeństwo jest bowiem niczym innym jak kompleksem warunków, które w powiązaniu z konkretnymi innymi, niewymienionymi warunkami i zgodnie z ogólnymi zasadami wystarczają do spowodowania szkody.

Jeśli się nie wie, czy ma zastosowanie ogólna zasada, według której określony kompleks faktów w powiązaniu z innymi wystarcza do spowodowania określonego skutku, to i tak się jeszcze nie wie, czy ten kompleks faktów przedstawia faktycznie abstrakcyjne niebezpieczeństwo. W Niemczech istnieje pewne stale uzupełniane zarządzenie o niebezpiecznych materiałach, które zabrania wprowadzania określonych materiałów do środowiska, chociażby dlatego, że przy spełnieniu pewnych dalszych warunków istnieje podejrzenie wyrządzenia szkody dla zdrowia ludzi i dla środowiska. Tego rodzaju zakaz nie uzasadnia nawet abstrakcyjnego deliktu zagrożenia. Mimo to nie możemy zrezygnować z takich zakazów i w związku z tym pojawia się pytanie, czy ich naruszenie należy uznać za godne ukarania bezprawie, czy też tylko za wykroczenie.

Przypisy:

1. *Roxin*, AT (część ogólna), 11/17; *Wessels*, AT, 16 I 3; *Jakobs*, AT 7/15; *Jescheck*, AT, S. 251; *Maurach/Zipf*, AT/1, 18/54; *Baumann/Weber*, AT, § 17 II 1.
2. *Jescheck*, AT, S. 252; *Roxin*, AT, 11/45.
3. *Roxin*, AT, 11/18; *Jakobs*, AT, 7/17 przyp. 19.
4. *Puppe*, ZStW (Czasopismo dla całej nauki prawa karnego) 92 (1980), 863, 878 i n.; *Puppe*, Nomos Kommentar zum StGB (NK-StGB) (Komentarz Nomos do niem.

k.k.), przed § 13, nr 75; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten (1993)(Norma i obowiązek u niewłaściwych deliktów zaniechania), s. 50

5. *Samson*, ZStW 1987, 617, 1619. Tzw. Problem-minimum, por. dokument w przyp. 9, nie mógłby w ogóle powstać, jeśli każdemu zanieczyszczającemu przypisze się skutek ogólny wszystkich zanieczyszczeń tego samego rodzaju.

6. *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863, 883 i n.; *NK-Puppe*, przed § 13, nr 77

7. *Samson*, ZStW 99(1987), 617, 632 n.

8. GA 1986, 389, 399 n.; ten sam, ZStW 1993, 697, 716 n.

9. *Dreher/Tröndle*, § 324, nr 5; *Schönke/Schröder-Cramer*, § 324, nr 8; *Lackner/Kühl*, § 324, nr 4; *Möhrenschlager*, NSTZ 1981, 267; *Wessels*, BT/1, § 24 II 2; *Samson*, ZStW 1987, 617, 624 n.; *Kuhlen*, ZStW 1993, 697, 717; *Rogall*, w tym tomie.

10. W tej sprawie uchylił Niemiecki Sąd Najwyższy (BGH) wyrokiem z 02.08.1995 wyrok Sądu Landowego z 25.05.1993, m. in. z powodu niedostatecznego ustalenia związku przyczynowego.

11. BGH 37, 106

12. W niemieckim tłumaczeniu, NSTZ 1994, 37.

13. *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1981, 21 i n.

14. Ostatnio wyraźnie stwierdził tak wyrok BGH z 2.8.1995 w procesie w sprawie środków konserwacji drewna, podobnie już wcześniej w procesie w sprawie aerozolu do skóry, BGH 37, 106, 112; Sąd Landowy w Akwizgranie w sprawie conterganu, JZ 1971, 506, 511

15. *Armin Kaufmann*, JZ 1971, 569, 574; *SK-Rudolphi*, przed § 1, nr 42; *Roxin*, AT/1, 18/39-41; *Schönke/Schröder/Lenckner*, przed § 13 nr 75; *Maurach/Zipf*, AT/1, 18/39-41.

16. *Puppe*, JZ 1994, 1147, 1150; ta sama, NK-StGB, przed § 13, nr 86.

17. *Kuhlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung (Pytania odnośnie karno-prawnej odpowiedzialności producenta), 1989, 63 n.

18. BGHSt 37, 106, 111 i n.; kryt. *Samson*, StV 1991, 182, 183; *Puppe*, JZ 1994, 1147, 1148 i n.; *Brammsen*, Jura 1991, 336. Podobnie jak BGH postąpił także Najwyższy Sąd Hiszpański (Tribunal Suprema) odnośnie sprawy oleju rzepakowego, por. niemieckie tłumaczenie w NSTZ 1994, 37.

**PRZESTĘPCZOŚĆ KOMPUTEROWA
I PRAWNOKARNA OCHRONA PRAWA
DO INFORMACJI W MIĘDZYNARODOWEJ
SPOŁECZNOŚCI INFORMACJI I RYZYKA**

Przestępczość komputerowa i karna ochrona prawa do informacji są stosunkowo nowymi zjawiskami. Ich historyczny rozwój wskazuje na proces ciągłego dopasowania przestępczości i prawa do nowych technologii przetwarzania informacji.

Przegląd zmian w zakresie technik informatycznych, przestępczości komputerowej i prawa ochrony informacji poczynawszy od lat 50-tych podkreśla fakt, że to dopasowanie rozpoczęło się bardzo powoli, później jednak przebiegało coraz szybciej: od lat 50-tych stosuje się komputery do sterowania procesami powtarzającymi się (rutynowymi) zarówno w gospodarce jak i w administracji. Jednakże dopiero po upływie 20-tu lat ujawniono przypadki manipulacji komputerowej, sabotażu i szpiegostwa komputerowego, na które ustawodawca niemiecki zareagował w r.1986 drugą ustawą o zwalczaniu przestępczości gospodarczej (2. WiKG). Masowe przetwarzanie danych osobowych przez elektroniczne banki danych praktykowano od dawna, bo poczynawszy od lat 60-tych, jako zagrożenie prawa ochrony danych osobowych, na które to zareagowano po raz pierwszy ustawą z 1970 r. Rozpowszechnieniu ogólnie dostępnych sieci telekomunikacyjnych w latach 70-tych towarzyszyły nadużycia typu „hacking”- nieuprawniony dostęp do systemu komputerowego, które komisja prawna niemieckiego parlamentu zdążyła jeszcze uwzględnić w drugiej ustawie do zwalczania przestępstw gospodarczych w 1986 r. Równocześnie z rozpowszechnieniem się komputerów osobistych pojawiło się masowe zjawisko plagiatów, co skłoniło ustawodawcę już od 1985 r. do podjęcia różnych reform. Wprowadzeniu bankomatów towarzyszyły bezpośrednio już w latach 80-tych nowe formy nadużyć, takich jak nieuprawnione wykorzystanie kart magnetycznych; zjawisko to zostało uwzględnione jeszcze w nowelizacji drugiej ustawy o przestępczości gospodarczej. Elektroniczne usługi pocztowe, skrzynki pocztowe, ISDN-sieć cyfrowa z integracją usług, jak również zrastanie się elektronicznego opracowania danych z telekomunikacją są dziś wykorzystywane przez

zorganizowanych przestępców, przestępców gospodarczych i neonazistowskie grupy. Techniki komputerowe i telekomunikacja stały się nie tylko częścią życia codziennego, lecz również elementem przestępczości powszechnej. Spowodowane przez to zmiany w prawie procesowym odnoszą się nie tylko do tradycyjnych deliktów komputerowych, lecz także do każdej innej formy przestępczości;

Na tym tle referat ten przedstawia przede wszystkim w pierwszej części przegląd aktualnych form deliktowych i zmian w zakresie przestępczości komputerowej. Część druga analizuje odpowiednie reakcje prawa na te zjawiska. Część trzecia dotyczy zmiany paradygmatów i perspektyw przyszłościowych rozwoju prawa. Przy tej okazji widać, że różnorodność przestępstw komputerowych doprowadziła jak dotąd do czterech „fal” nowelizacji ustaw o problematyce specyficznie komputerowej, które zostały spowodowane przez podstawowe przeobrażenia naszego społeczeństwa.

I. AKTUALNE FORMY DELIKTOWE I ICH ZMIANY

Dyskusja na temat nadużyć komputerowych rozpoczęła się w większości państw w latach 60-tych w związku z zagrożeniami w zakresie ochrony danych, którego nie widziano początkowo pod pojęciem „przestępczości komputerowej” (patrz poniżej). W latach 70-tych nauka koncentrowała się na specyficznych dla komputerów przestępstwach gospodarczych, szczególnie na manipulacjach komputerowych, sabotażu, hackingu i szpiegostwie komputerowym oraz kradzieży oprogramowania (patrz poniżej B).¹ Dalsze prace naukowo-badawcze wykazały szybko, że - równocześnie z przeniknięciem technik informacyjnych w nowe zakresy życia - komputer znajduje zastosowanie wśród przestępców do popełniania szeregu deliktów, i nie można tu mówić o jednej - z punktu widzenia fenomenologii - przestępczości komputerowej (patrz poniżej C).²

We wszystkich wymienionych powyżej zakresach można dziś stwierdzić zmiany i zróżnicowania, które w ostatnich latach wynikają z unowocześnienia technik telekomunikacyjnych.

A. Naruszenia praw osobistych

Lata 60-te, które zainicjowały zwyczajski pochód komputerów w wielu zachodnich państwach, skłoniły do wniosku, że zbieranie, przechowywanie, przekazywanie i powiązanie danych osobowych zagrażają ochronie praw osobistych obywatela. Orwelowiska wizja i nieufność rewoltującej młodzieży późnych lat sześćdziesiątych uskrzydliły dyskusję na te-

mat groźby „wielkiego brata”. Powstałe w tym czasie schematyczne określenia dotyczące komputera, jako egzotycznego instrumentu w rękach władzy, zarzucono w obliczu masowego rozpowszechniania się komputerów osobistych.

W oficjalnych statystykach naruszenia danych osobowych zajmują dziś zaledwie ostatnie miejsce.³ Powszechnie znane przypadki wskazują przy tym na różne stopnie zagrożenia: niewłaściwe obchodzenie się z aktami przez organa bezpieczeństwa w Ministerstwie Bezpieczeństwa Państwowego byłego NRD - „Stasi-Akten” czy też możliwe szantaże osób chorych na AIDS dowodzą, że ochrona danych osobowych w społeczeństwach informacji dwudziestego wieku stała się centralnym zagadnieniem. Przechowywanie przez biura informacji gospodarczej danych o niewypłacalnych dłużnikach lub przekazywanie danych w obrębie organów ścigania karnego wskazują jednak również na fakt, że ustalenie naruszenia praw osobistych w wielu przypadkach zależy od trudnej oceny i wyważenia nieraz sprzecznych ze sobą zasad.

W fundamentalnych dyskusjach na ten temat chodzi nie tylko o ochronę osobowości, lecz także o wolność informatyczną, która jest motorem kulturowego, gospodarczego i politycznego rozwoju „otwartego społeczeństwa”.⁴

B. Przestępstwa gospodarcze

Od lat 70-tych dyskusja dotycząca wykorzystywania komputerów do popełniania przestępstw nie była determinowana przez przestępstwa w zakresie ochrony danych osobowych, lecz przez delikty gospodarcze w powiązaniu z komputerami, które to delikty uchodzą dziś za rdzeń przestępczości komputerowej i początkowo tak były wyłącznie określone. W centrum zainteresowania znajdują się przede wszystkim manipulacje komputerowe, sabotaż, szantaż i hacking komputerowy, szpiegostwo oraz kradzież oprogramowania i inne formy piractwa towarowego.

1. Manipulacje komputerowe

Dyskusja na temat przestępstw gospodarczych dokonanych przy pomocy komputerów rozpoczęła się od manipulacji komputerowych, które jeszcze w okresie dużych komputerów lat 70-tych tworzyły jednorodną grupę deliktów.

Z powodu zróżnicowania systemów komputerowych w latach 80-tych pojęcie manipulacja komputerowa opisuje dziś, w przeciwieństwie do poprzedniego okresu, różnorodne przypadki w zakresie przestępstw gospodarczych⁵:

a) W odniesieniu do „klasycznych” wielkich manipulacji komputerowych dominują manipulacje obrachunkowe dotyczące wypłat zarobków i rachunków w przedsiębiorstwach przemysłowych, fałszywe bilanse, jak również manipulacje stanu konta w bankach. Z powodu recesji ostatnich lat rozpowszechniły się przede wszystkim także manipulacje zmierzające do podwyższenia stanu inwentarza;

b) Do tych „wielkich manipulacji” dołączyły z końcem lat 80-tych liczne nadużycia kart bankomatowych i podobnych środków płatniczych. Nadużycia te prowadzą wprawdzie tylko do małych strat, w statystycznym ujęciu nadużycia dokonane przy pomocy kart bankomatowych jednak przewyższyły dziś wielokrotnie liczbę klasycznych manipulacji i stanowią najczęściej popełniane przestępstwa.⁶ Zabezpieczenie odpowiednich kart - przede wszystkim przy pomocy nowej technologii produkcji chipów - zdobywa szczególnie na znaczeniu dla systemu punktów sprzedaży, które są już szeroko rozpowszechnione w Japonii, a w ostatnich latach również wprowadzane w Europie. Właściwe zabezpieczenia mają znaczenie, ponieważ klasyczna przestępczość dokonywana przy pomocy kart kredytowych jest popełniana przede wszystkim przez zorganizowane grupy przestępcze;

c) Formę „deliktu masowego” przybrały obecnie również nadużycia sieci telefonicznej, przy czym w ostatnich latach zauważono przede wszystkim jakościowe zmiany: W latach 60-tych chodziło sprawcom tylko o zaoszczędzenie własnych wydatków na rozmowy telefoniczne. Od końca lat 80-tych pojawiło się zjawisko wykorzystywania technik rozwiniętych przez młodocianych „hackerów” i przez „przedsiębiorstwa”, które z często zmienianych mieszkań lub przy pomocy telefonu bezkablowego proponowały odpłatnie rozmowy przede wszystkim międzykontynentalne. W latach 90-tych firmy telefoniczne umożliwiły także finansowe manipulacje w związku z wprowadzeniem przekazów pieniężnych, ponieważ niedostatecznie chronione i w dodatku niedostatecznie rozwinięte sieci telefoniczne zastosowano nieroztropnie do rozliczeń finansowych w zakresie usług.

2. Sabotaż i szantaż komputerowy

a) W odniesieniu do sabotażu komputerowego ma miejsce dziś podobna „popularyzacja” jak i w zakresie manipulacji komputerowych: obok wcześniej dominujących, dzisiaj jednak pojawiających się rzadko w statystykach tzw. przypadków wielkiego sabotażu,⁷ występują masowo uszkodzenia komputerów przez zainfekowane lub niewłaściwe („robaczywe”) programy.⁸ Te uszkodzone programy rozpowszechniają się prze-

de wszystkim przez używanie „zrabowanych” kopii lub korzystanie z sieci i dlatego stanowią aktualnie znaczną część ogólnej liczby wszystkich przestępstw komputerowych.

Wspomniane już powyżej zrastanie się komputerów i systemów telekomunikacyjnych prowadzi do tego, że działania sabotażowe są skierowane, we wzrastającym stopniu, przeciwko usługom telefonicznym i innym transporterom danych. W obrębie sabotażu komputerowego następuje w tym sensie ten sam rozwój, jak w przypadku już powyżej wymienionych manipulacji i jak również w poniżej omawianych przypadkach hackingu i szpiegostwa.

b) Przypadki sabotażu komputerowego przedstawiają poważny problem, ponieważ gospodarka, administracja, a często także pojedynczy obywatele, są w dużym stopniu uzależnieni od prawidłowego funkcjonowania nowoczesnych komputerów i systemów komunikacyjnych.⁹ Ta zależność społeczeństwa informatycznego od systemów komputerowych awansuje szantaż komputerowy do bardzo niebezpiecznej formy. Ofiara jest zagrożona zniszczeniem lub uszkodzeniem posiadanych systemów komputerowych i banku danych.

3. Piractwo komputerowe (hacking)

a) Pojęcie „hackingu komputerowego” tradycyjnie oznacza wtargnięcie do obcych systemów komputerowych, które nie następuje w celu manipulacji, sabotażu lub szpiegostwa, lecz z satysfakcji wynikającej z pokonania środków technicznego zabezpieczenia. Ta forma deliktowa występuje często w życiu codziennym.¹⁰ Szkody należy uważnie różnicować, w licznych bowiem przypadkach dochodzi do zagrożenia zaatakowanego przedsiębiorstwa. W innych natomiast powstają ogromne szkody, przede wszystkim w sytuacjach, kiedy sprawca później wykorzystuje bezprawnie zdobyte informacje do popełnienia szpiegostwa bądź szantażu. W każdym z tych przypadków zostaje naruszona „formalna tajemnica” lub integralność systemu komputerowego.

b) Omówiony powyżej rozwój technik telefonicznych i telekomunikacyjnych doprowadził do tego, że hacking nie dotyczy dziś wyłącznie klasycznych systemów komputerowych, ale również w coraz większym stopniu i sieci telekomunikacyjnych, automatycznych sekretarek telefonicznych i poczty akustycznej (tzw. Voice-Mail-Systeme). Młodociani „Phreaker” (określenie to rozwinęło się ze słowa „Phone-Freak”) włączają się - posługując się przedstawionymi powyżej „niebieskimi skrzynkami” i wysyłaną przez komunikujący komputer sygnalizacją - do lokalnych stacji przekątnikowych towarzystw telefonicznych i w ten sposób są w stanie podsłuchiwać w określonych dzielnicach różnych miejscowości

ci prowadzone tam przy pomocy techniki dygitalnej rozmowy.¹¹ W USA są podsłuchiwane, obok szeregu innych poufnych informacji, przede wszystkim także numery kart upoważniających do telefonowania (tzw. calling cards), które następnie są sprzedawane dalej. Dygitalna sieć ISDN (sieć cyfrowa z integracją usług) i połączenie telefonu z techniką komputerową z pewnością umożliwią w przyszłości nowe formy przestępczości.

4. Szpiegostwo komputerowe

a) To rzadko w urzędowych statystykach wykazywane¹² - szpiegostwo komputerowe stanowi, w przeciwieństwie do klasycznego szpiegostwa gospodarczego, szczególne niebezpieczeństwo, ponieważ w komputerach można przechowywać ogromne ilości danych na bardzo małej przestrzeni i dzięki nowoczesnej technice - również dzięki dalekonośnemu przesyłaniu danych - można je prosto i szybko kopiować. Obiektami działania w przypadku szpiegostwa komputerowego są programy komputerowe, dane z dziedziny badań naukowych i zbrojenia, rachunkowości handlowej oraz adresów klientów. Jako *modus operandi* przeważa proste kopiowanie danych; ma miejsce również kradzież przenośników danych, wyzyskanie śladów danych („Restdaten”) oraz przechwycenie elektromagnetycznego promieniowania. Jako sprawcy szpiegostwa komputerowego występują, obok młodocianych hackerów i konkurencyjnych przedsiębiorstw gospodarczych, także służby wywiadowcze, które w ostatnich latach i tak zajmowały się w zwiększonym stopniu szpiegostwem gospodarczym. Ten powyżej przedstawiony przypadek „KGB-hackingu” unaozcznia przy tej sposobności wąskie powiązanie pomiędzy hackingiem i szpiegostwem komputerowym.

b) Ze zrastaniem się systemów przetwarzania danych i telekomunikacji, jak również dygitalizacji telekomunikacji zacierają się granice pomiędzy tradycyjnym szpiegostwem komputerowym i podsłuchem rozmów telefonicznych.

Przy podsłuchu rozmów telefonicznych sprawcy wchodzą do sieci przede wszystkim przez normalne połączenia do stacji przełącznikowych firm telefonicznych. Telefony bezkablone, stacje radiowo-nadawcze i połączenia satelitarne są ze względu na niezakodowaną komunikację szczególnie łatwymi celami ataku.

5. Kradzież oprogramowania i inne formy piractwa towarowego

a) Kopiowanie bez upoważnienia i wykorzystanie obcych programów - często określane mianem kradzieży bądź piractwa oprogramowania - odnosiło się, zgodnie z historycznym rozwojem, najpierw do kopio-

wania indywidualnych programów, które często zawierają ważny zakładowy know-how. Kradzieże oprogramowania pokrywają się dlatego w wielu przypadkach ze szpiegostwem komputerowym.

Z punktu widzenia ilości deliktów dominuje jednak dzisiaj bezprawna kopia masowo rozprowadzanego standardowego oprogramowania, przede wszystkim w użytku komputerów osobistych. Szerokie rozpowszechnienie tego fenomenu jest widoczne w tym, że w Europie na jeden komputer osobisty sprzedaje się przeciętnie 0,5 programów komputerowych.¹³ Zjednoczenie przemysłowe „Business Software Alliance” szacuje udział rynkowy nielegalnych kopii oprogramowania, np. w USA na 40%, w Niemczech na 76%, w Japonii na 81% i w Tajlandii na 98 %.¹⁴ Szkoda ogólna powstała przez kradzież oprogramowania jest dlatego - uwzględniając wzrastającą tendencję - bardzo duża.¹⁵

b) Wielka wartość danych w społeczeństwie informatycznym prowadzi, obok nieupoważnionego wykorzystywania programów, do wzrastającego bezprawnego użytkowania banku danych i innych ich zbiorów. Określane mianem ładowania skośnego, dolnego - „downloading” (transmisja danych z jednostki nadrzędnej do jednostki podrzędnej), kopiowanie danych bez upoważnienia, odnosi się dziś zarówno do danych bezpośrednio dostępnych w komputerze macierzystym, jak i danych autonomicznych, czyli nie sprzężonych z jednostką centralną.

W zakresie kultury integracja technicznego opracowywania danych, ich komunikacji i dygitalizacji przy rozprowadzaniu dóbr kultury (np. sprzedaż dysków kompaktowych z muzyką czy filmem) wskazuje na wspólne korzenie piractwa w odniesieniu do programów, muzyki, video i multimediiów, jako cech społeczeństwa informatycznego.¹⁶ Związki pomiędzy oprogramowaniem, a innymi formami piractwa towarowego ilustrują także nowe przyrządy do odgrywania bądź produkcji dysków kompaktowych, które w dobie „multimediiów” zawierają programy komputerowe, banki danych, książki, muzykę i filmy.

Ponadto należy wspomnieć w odniesieniu do technicznego sektora o bezprawnej kopii topografii chipów.

C. Pozostałe delikty

Przestępczość komputerowa odnosi się dziś nie tylko do naruszeń sfery prywatnej czy też mienia, lecz jest także skierowana przeciwko innym dobrom prawnym. W ostatnich latach pojawiały się początkowo przypadki, gdzie przy pomocy komputerów rozpowszechniano informacje gloryfikujące przemoc i zawierające rasistowską i pornograficzną treść.

Liczne inne przypadki dokumentują wykorzystanie komputerów do popełniania innych tradycyjnych już przestępstw. I tak powyżej opisane manipulacje komputerowe służyły nie tylko do uzyskania korzyści majątkowych, lecz również do ataków na życie, jak również do manipulacji systemów naprowadzania samolotów lub komputerów w szpitalach. Również w zakresie przestępczości zorganizowanej zastosowanie komputerów ma coraz większe znaczenie.

Nie potrzeba więc dalszych rozważań w odniesieniu do możliwych manipulacji w elektrowniach atomowych, czy uzależnienia nowoczesnego przemysłu zbrojeniowego od komputerów, ażeby podkreślić, że nadużycia popełniane przez zastosowanie komputerów urosły do rangi globalnego zagrożenia i że zabezpieczenie nowoczesnych systemów komputerowych uzyskało dla społeczeństwa informatycznego centralne znaczenie.

D. Podsumowanie

Jeśli podsumuje się dotychczasowy rozwój i przede wszystkim aktualne zmiany w obrazie przestępczości komputerowej, to potwierdzi się naszkicowany powyżej obraz przyspieszonego dopasowania się przestępczości do technik informatycznych. Przy czym należy - nawet ze względu na przyszłość - stwierdzić trzy punkty:

- techniki komputerowe i telekomunikacyjne wtargnęły prawie we wszystkie dziedziny życia. W ten sposób stały się możliwe nowe formy deliktów komputerowych. W przyszłości rozwój ten będzie kontynuowany: i tak dla przykładu przy poparciu amerykańskiego rządu federalnego doszło do rozbudowania systemu INTERNET, „informacyjnej magistrali”, dzięki której prywatni użytkownicy mogą sięgać po muzykę lub filmy. Także przemysł zbrojeniowy, elektrownie atomowe, systemy komunikacyjne i inne systemy sterowania będą coraz bardziej zdominowane przez komputery. Społeczeństwo informatyczne będzie więc jeszcze silniej uzależnione od technik informatycznych. Przestępczość komputerowa staje się tym samym bardziej wieloraka i niebezpieczna;

- komputer, który jeszcze w latach 50-tych i 60-tych bieżącego wieku był „ekskluzywnym instrumentem władzy” w rękach państwa czy też poszczególnych przedsiębiorstw, stał się ogólnie dostępny dzięki zwiększeniu wydajności komputerów osobistych i ciągłemu spadkowi ich cen.

To doprowadziło do zmian zarówno po stronie sprawców jak i ofiar przestępstw komputerowych: delikty komputerowe mogą być obecnie popełnione przez każdego. Zagrożają także - tak samo jak i pozostałe niebezpieczeństwa „społeczeństwa ryzyka” - każdemu obywatelowi;

- elektroniczne opracowywanie danych jest - uwzględniając ciągłą miniaturyzację części składowych - zrośnięte z telekomunikacją. Przestępstwa komputerowe będą dlatego coraz częściej popełniane przy wykorzystaniu sieci telekomunikacyjnych - także spoza granic państwowych. Będą powstawać nowe formy deliktów, jak np. nadużycia sieci telefonicznych. Przestępczość komputerowa stanie się tym samym bardziej mobilna i międzynarodowa.

Na podstawie tego szkicu można stwierdzić, że zabezpieczenie systemów komputerowych i zapobieżenie nadużyciom komputerów stało się centralnym problemem współczesnego społeczeństwa informatycznego. Kolejna część tego referatu przedstawia problem, jak prawo - w szczególności prawo karne - reaguje na te wyzwania i jak się dopasowuje do tych nowych tendencji rozwojowych.

II. ZAGADNIENIA PRAWNE

Dostosowanie prawa do tych naszkicowanych tutaj nowych wyzwań pod adresem społeczeństwa informatycznego nastąpiło w większości państw uprzemysłowionych drogą licznych nowych ustaw. Tę początkową nieprzejrzystą różnorodność ustawowych regulacji można zredukować i to w skali światowej do „czterech” fal reform: pierwsza z nich, ta z lat 70-tych i 80-tych tego wieku dotyczyła ochrony praw osobistych (poniżej A). Druga fala reform rozwinęła się na początku lat 80-tych w trakcie zwalczania typowej dla elektronicznego opracowywania danych przestępczości gospodarczej (poniżej B). W ciągu lat 80-tych, w ramach trzeciej fali reform, cały szereg nowelizacji ustaw spowodował poprawienie ochrony własności intelektualnej w zakresie technik informatycznych (poniżej C). W odniesieniu do lat 90-tych da się stwierdzić początek czwartej fali reform, tym razem w zakresie prawa procesowego (poniżej D).

A. Ochrona osobowości

Pierwsze „specyficznie komputerowe” reformy prawne z lat 70-tych i 80-tych tego wieku w stosunku do licznych zachodnich porządków prawnych odnosiły się do ochrony praw osobistych. Właściwe ustawodawstwo było reakcją na te nowe zagrożenia sfery prywatnej przez wrażliwe możliwości elektronicznego opracowywania danych w odniesieniu do zbierania, przechowywania, połączenia i przekazywania danych dotyczących konkretnych osób. Tradycyjne przepisy o ochronie tajemnicy obejmowały tylko częściowo problematykę praw osobistych i okazały się za wąskie, jeśli chodzi o zabezpieczenie przed nowymi niebezpieczeństwami.

W federacyjnie zbudowanej RFN pierwsza ustawa krajowa o ochronie danych weszła w życie w Hesji w 1970 r.; inne kraje związkowe poszły szybko w jej ślady. Ustawa federalna o ochronie danych osobowych została uchwalona w r. 1977, a w 1990 r. - przy poszerzeniu jej prawno-karnych postanowień - była nowelizowana. Do tego doszły liczne typowe dla tego przedmiotu postanowienia poszerzające, które skonkretyzowały ogólne zasady ochrony praw osobistych w odniesieniu do dziedzin specjalnych.

W innych państwach proces ten przebiegał paralelnie. Dlatego można mówić o międzynarodowej fali reform, która to uwidoczniła wspólne problemy wszystkich narodowych porządków prawnych.

Ujednolicenie narodowego ustawodawstwa było wspierane w sposób istotny przez działalność organizacji międzynarodowych. Znaczenie miały w szczególności: konwencja Rady Europy i dyrektywa Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju z 1980 r., jak również dyrektywa ONZ i projekt dyrektywy EWG z r. 1990 i 1992.¹⁷ Porównanie różnorodnej działalności międzynarodowej z ustawodawstwem narodowym ukazuje przy tym, że ustaw narodowych nie tworzone w następstwie międzynarodowych zaleceń lecz równocześnie z nimi. Innymi słowy, zalecenia i dyrektywy przede wszystkim Rady Europy, OWGiR i ONZ oddziaływały nie tylko wyłącznie dzięki ich autorytetowi; decydującą była jednak wymiana poglądów i współpraca właściwych przedstawicieli państw w trakcie opracowywania ich zaleceń.¹⁸

B. Prawo karne gospodarcze

Druga fala reformy ustawodawstwa komputerowego rozwinęła się na początku lat 80-tych jako reakcja na przestępczość gospodarczą mającą związek z elektronicznym opracowywaniem danych. Zmiany ustawodawcze były w tym zakresie konieczne, ponieważ nowe formy przestępczości komputerowej zagrażały nie tylko tradycyjnym dobrom prawnym chronionym przez prawo karne, lecz także niematerialnym dobrom (jak np. pieniądze na kontach a vista lub programy komputerowe) i szły w parze z nowymi formami popełniania czynu (jak np. manipulacja komputerowa zamiast wprowadzania w błąd ludzi). Aby uniknąć ekstensywnej wykładni istniejących przepisów karnych, liczne kraje uchwałyły nowe ustawy o zwalczaniu specyficznych dla elektronicznego opracowywania danych przestępstw gospodarczych, włączając w to nowe przepisy, celem zapobieżenia nieupoważnionemu wykorzystaniu systemów komputerowych.

W Niemczech druga ustawa o zwalczaniu przestępczości gospodarczej z 1986 r. (2. WiKG) wprowadziła zmiany reformujące we wszystkich wspomnianych wyżej obszarach przestępczości: zwalczanie mani-

pulacji, sabotażu i szpiegostwa. Właściwe tradycyjne dobra prawne uzyskały ochronę przeciwko nowym „technicznym” formom zagrożenia. Reakcją na „hacking” było uznanie formalnej sfery tajemnicy w zakresie opracowywania danych, jako nowe dobro prawne, a znanie „nieupoważnione pozyskanie” danych zagrożono karą. Podobnie przebiegały zmiany w innych krajach. Międzynarodowa fala reform rozpoczęła się w szczególności od r. 1985.

Istotny wkład w dzieło ujednolicenia prawa miały prace Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju poczynając od r. 1985, Rady Europy od r. 1990, jak i EWG, ONZ i AIDP od 1992 r.¹⁹ Także i tutaj analiza procesu recepcyjnego pokazuje, że zalecenia międzynarodowych organizacji nie zadziałały dopiero po ich uchwaleniu, lecz już w trakcie wspólnych posiedzeń zajmujących się tym problemem prawników. Ważną różnicę pomiędzy różnymi państwowymi ustawami jaką można dziś stwierdzić jest to, że pojedyncze państwa - szczególnie Japonia i Austria²⁰ - nie posiadają specjalnych przepisów prawnych przeciwko hackingowi (samo wtargnięcie do obcych systemów komputerowych). Odpowiednia regulacja w tym zakresie stałaby w zgodności z istniejącymi międzynarodowymi zaleceniami i byłaby pożądana.²¹

C. Własność intelektualna

W ciągu lat 80-tych liczne zmiany ustaw doprowadziły do poprawy ochrony własności intelektualnej w odniesieniu do technik informatycznych. Po tym, jak w latach 70-tych programy komputerowe zostały wyjęte spod ochrony patentowej, liczne państwa uchwaliły w pierwszej kolejności nowe ustawy, które zapewniały cywilnoprawną ochronę praw autorskich odnośnie do programów komputerowych. W tym samym czasie w różnych porządkach prawnych weszły w życie ogólne zaostrożenia prawa autorskiego. Od 1984 r. uchwalano dodatkowe ustawy o ochronie topografii półprzewodnikowych.

Historyczny rozwój niemieckiego prawa pokazuje w sposób dobitny kolejne reakcje ustawodawcy. Szczególnie ważne dla zwalczania kradzieży oprogramowania w Niemczech były przede wszystkim: nowela prawa autorskiego z 1985 r.²², druga ustawa o zwalczaniu przestępczości gospodarczej z r. 1986²³, ustawa o ochronie ofiar przestępstwa z 1986 r.²⁴, i ustawa przeciwko piractwu towarowemu z 1990 r.²⁵, jak również - jako następstwo dyrektywy EWG z 1991 r. - druga ustawa zmieniająca prawo autorskie z 1993 r.²⁶ W większości zachodnich państw rozwój przebiegał podobnie.

a) Cywilno-prawna ochrona prawa autorskiego została w wielu krajach poprawiona drogą ustawowych wyjaśnień. Na przykładzie cywilno-

prawnej ochrony prawa autorskiego programów komputerowych można pokazać w czasie analizę narodowego ustawodawstwa i aktywności organizacji międzynarodowych. W ten sposób doszło od 1984 r. do poszerzenia ochrony prawa autorskiego i to bez sterowania tym procesem przez organizację międzynarodową. Zainicjował ten rozwój - popierany również przez międzynarodowe przedsiębiorstwa - nacisk gospodarki we wszystkich państwach przemysłowych. Dalsze ujednolicenie cywilnoprawnej ochrony prawa autorskiego wprowadziła w 1991 r. dyrektywa EWG na temat ochrony prawnej programów komputerowych.²⁷ Konkretnie propozycje zmierzające do uzupełnienia Konwencji Berneńskiej są aktualnie dyskutowane przez WIPO i dzięki TRIPS-umowie WTO (Światowej Organizacji Handlu) uzyskały daleko idące znaczenie.²⁸

b) Zaostrzenie przepisów karnych prawa autorskiego w skali międzynarodowej daje się zauważyć u szeregu państw. Te prawnokarne zaostrzenia są rezultatem nie tak bardzo działalności międzynarodowych organizacji, lecz efektem nowych potrzeb ochrony ze strony społeczeństwa informatycznego, które - na tle zmiany ducha czasu - spowodowały lepszą prawnokarną ochronę „własności intelektualnej”

c) W przypadku ochrony prawnej topografii komputerowych rozwój międzynarodowy przebiegał zgoła inaczej. Ta - będąca efektem amerykańskiego nacisku - dyrektywa EWG o ochronie prawnej topografii z r. 1986 zmusiła kraje europejskie do szybkiego uchwalania odpowiednich ustaw. Także i w innych krajach był widoczny ten amerykański „nacisk”, który był rezultatem restrykcyjnego rygoru wzajemności w amerykańskim prawie ochrony półprzewodników.

Nagromadzenie nowych ustaw o ochronie półprzewodników w państwach członkowskich Unii Europejskiej po 1986 r. ukazuje, że możliwość wydawania wiążących dyrektyw przez Wspólnotę Europejską prowadzi do nowej epoki unifikacji prawnej i *do ius communae* w Europie.²⁹

d) Ten sam rozwój daje się udokumentować w zakresie piractwa towarowego. Dalsze ujednolicenie i poszerzenie ochrony prawnej nastąpi w przyszłości także dzięki planowanej dyrektywie EWG o ochronie banków danych.³⁰ Problem ten nie musi tu być głębiej omawiany. Przedstawione dotąd zmiany unaoeczniły i tak dostatecznie zasadnicze cechy reform: cywilna i prawnokarna ochrona własności intelektualnej wzmocniła się znacznie w ostatnich dziesiątkach lat. Prawo w znacznym stopniu zareagoowało na przeobrażenia dokonujące się w społeczeństwie przemysłowym i informatycznym.

D. Postępowanie karne

Aktualnie ma miejsce nowa, czwarta już fala reform, która dotyczy prawa procesowego. Nie chodzi tu tylko o karno-procesowe problemy

przestępczości komputerowej. Przede wszystkim już w postępowaniu dochodzeniowym w przypadku przestępstwa gospodarczego organy śledcze napotykać często na przechowywane w pamięci komputerów dane bilansowe. Również w zakresie przestępczości zorganizowanej sprawcy wykorzystują we wzrastającej mierze systemy komputerowe i przerzucają dane dowodowe do zagranicznych komputerów, wykorzystując przy tym sieci telekomunikacyjne, ażeby tym samym utrudnić organom śledczym dotarcie do nich. Rozpowszechnienie zastosowania komputerów prawie we wszystkich dziedzinach życia konfrontuje organy śledcze, także w trakcie dochodzenia w sprawach o klasyczne przestępstwa, często ze środkami dowodowymi znajdującymi się w pamięci komputerów. Problemy prawne, jakie w takich sytuacjach występują, wynikają przede wszystkim z trudności w ustaleniu karno-procesowej podstawy prawnej.

W zakresie pasywnych praw tolerowania istnieją w wielu krajach problemy związane z rewizją systemów komputerowych, konfiskatą danych, z ustaleniem komunikacji pomiędzy systemami komputerowymi, z dostępem do danych telekomunikacyjnych pomiędzy systemami komputerowymi i z dostępem do danych telekomunikacyjnych oraz elektroniczną kontrolą komputerów.

Szczególnie problematyczne są te środki w przypadku dostępu do danych, które są przechowywane w innym miejscu, możliwie nawet za granicą.³¹

W zakresie aktywnych środków współdziałania jest wątpliwe, czy użytkownik komputera może być zmuszony na podstawie klasycznych obowiązków świadka lub ze względu na obowiązki edytorskie do wydruku zakodowanych danych lub czy tutaj nie jest konieczna specjalna karno-procesowa podstawa prawna.³²

Dodatkowo występują pytania w odniesieniu do karno-procesowej ochrony danych³³, jak również - przede wszystkim w anglo-amerykańskim obszarze - wykorzystania danych komputerowych.³⁴

Dlatego też od 1985 r. uchwalono w różnych krajach odpowiednie ustawy reformujące. Na płaszczyźnie międzynarodowej aktualnie tymi problemami zajmuje się grupa robocza Rady Europy.³⁵ Rozwój tej ostatniej, czwartej fali reform dotyczącej reformy prawnokarnej w odniesieniu do komputerów nie jest jeszcze zakończony, lecz dopiero się zaczął.

Większość tych, wymienionych powyżej ustaw, daje nowe procesowe upoważnienia, jednocześnie wskazuje na brak podstawowych prze-myśleń i zamkniętej polityczno-prawnej bądź dogmatycznej koncepcji. Ten mankament może w przyszłości doprowadzić do poważnych załamań

tej tak wrażliwej równowagi pomiędzy normami upoważniającymi, a podstawowymi prawami obywatelskimi.

E. Podsumowanie

Jeśli poddaje się analizie procesy rozwojowe w przedstawionych powyżej obszarach, to można uogólniając postawić trzy tezy:

- Ustawodawca zareagował szybko na nowe formy przestępczości odnośnie technik informatycznych - czterema specyficznymi dla komputerów falami reform. Ustawy reformujące obejmowały - szczególnie w odniesieniu do ochrony danych i prawnej ochrony programów - także środki publicznoprawne i cywilne. Punkt ciężkości ustawowych reakcji zmierzających do zwalczania przestępczości komputerowej leżał jednak w obrębie prawa karnego.³⁶

- Reakcje ustawodawcy w większości zachodnich państw przebiegały podobnie. Międzynarodowe organizacje - szczególnie OECD, Rada Europy, EWG, WIPO, WTO i AIDP - towarzyszyły od samego początku reformom i przyczyniły się w dużym stopniu do harmonizacji tych procesów. Podobnie nacisk przemysłu - działający w skali globalnej - przyczynił się do ujednolicenia prawa.

- Ustawodawca rozwiązał występujące problemy szybko, jednak pochopnie i w sposób wyizolowany. Fundamentalne przemyslenia w odniesieniu do roli prawa karnego w społeczeństwie informatycznym i w stosunku do związków pomiędzy poszczególnymi ustawami reformującymi prawie że nie miały miejsca.

III. ZMIANA WZORCÓW I PERSPEKTYWY

Poprzednie wywody w odniesieniu do najważniejszych form deliktów i problemów prawnych przestępczości komputerowej pokazały szerokie spektrum różnych problemów, które mimo że spowodowane przez wspólny mianownik techniki komputerowej, rozwiązano jednak w praktyce prawnej bez jednolitej koncepcji. To pragmatyczne rozwiązanie poszczególnych problemów nie wystarcza jednak nauce. Suma pojedynczych pytań konfrontuje naukowca z problemem fundamentalnych sił, zmianami wzorców zachowania i perspektyw, które naświetlimy w ostatniej części tego referatu.

Ta część referatu poświęcona jest przede wszystkim trzy podstawowe zmianom: przeobrażenie społeczeństwa przemysłowego w informatyczne i wynikające z tego prawo do informacji (poniżej A); powstające społeczeństwo ryzyka i wynikające z tego zmiany prawa karnego (B);

utrata znaczenia przez granice państwowe i międzynarodowa harmonizacja prawa (C).

A. Społeczeństwo informatyczne i prawo do informacji

1. Przeobrażenia społeczne

Podstawową siłą, która leży u podstaw analizowanych zmian, jest aktualne przeobrażenie się społeczeństwa przemysłowego w informatyczne. Rozwój ten jest trafnie określany przez ekonomistów i socjologów jako „druga rewolucja przemysłowa”. Podczas gdy charakterystyką pierwszej rewolucji przemysłowej XIX i XX w. było zastąpienie siły mięśni przez maszyny, to w przypadku drugiej fazy przemysłowego rozwoju zamiana ta polegała na przeniesieniu intelektualnej pracy z ludzi na maszyny. Gospodarcze i społeczne oddziaływanie tego nowego rozwoju przewyższy dalece zmiany jakie nastąpiły w rezultacie pierwszej rewolucji przemysłowej. Cechą szczególną tego rozwoju w kierunku społeczeństwa informatycznego jest przede wszystkim fakt, że obok aspektów materialnych zyskają na znaczeniu aspekty niematerialne, jak np. pieniądze na kontach a vista, prawa autorskie, tajemnice zakładowe i pozostałe umiejętności (know-how). Informacje stanowią więc nie tylko nową wartość lecz także element potęgi i potencjał zagrożenia.

2. Konsekwencje w systemie prawnym

Analiza wspomnianych w drugiej części referatu ustaw reformujących pokazuje, że ta zmiana wzorców społecznych³⁷ - od materialnych do niematerialnych wartości - dosięgnęła już prawa karnego. Brak jednak ogólnej teorii w odniesieniu do ochrony informacji.³⁸ To „prawo informatyczne” lub „prawo technik informatycznych”, o którym mówił autor w swoim wykładzie inauguracyjnym w Bayreuth³⁹, przedstawia dlatego ogólną teorię prawnego statusu informacji, która uwzględnia te zmiany. W zgodności z cybernetyką i informatyką teoria ta ocenia informacje jako trzecią „wartość podstawową” obok materii i energii⁴⁰. Informacja jest nowym dobrem ekonomicznym, kulturowym i politycznym, stwarza jednak także szczególny potencjał niebezpieczeństwa. Nowa teoria „prawa technik informatycznych” uznaje przy tym fakt, że nowoczesne techniki informatyczne powiększają znaczenie informacji: informacje stają się aktywnym faktorem, który bez dalszej ludzkiej aktywności dokonuje zmian dzięki automatycznym systemom opracowywania danych; systemy technik informatycznych zastępują ludzkie decyzje.

To nowe podejście „prawa karnego informatycznego” wskazuje szczególnie na to, że prawna ocena materialnych i niematerialnych dóbr musi być różna:

- pierwszy punkt odnosi się do ochrony „właściciela” lub „posiadacza” dóbr materialnych i niematerialnych. W przeciwieństwie do fizycznych przedmiotów, które z reguły są przyporządkowane wyłącznie konkretnym osobom, informacja stanowi raczej „dobro publiczne”, które w otwartym społeczeństwie musi mieć możliwość swobodnego przepływu i dlatego nie może być ograniczone przez prawa wyłączności, jak w przypadku przedmiotów materialnych. Ta podstawowa zasada „wolności informatycznej” i „swobodnego przepływu informacji” jest istotnym warunkiem dla funkcjonowania systemu gospodarczego i politycznego opartego na wolności.⁴¹

- dalsza właściwość prawnej oceny dóbr niematerialnych wynika z tego, że ochrona informacji musi uwzględniać nie tylko interesy gospodarcze posiadacza, ale jednocześnie interesy tych, których dotyczy treść informacji. Z tego - nie występującego u przedmiotów fizycznych - aspektu informacji wynikają nowe wymogi w odniesieniu do ochrony praw osobistych w ramach elektronicznego opracowywania danych.

- ze wzrastającą wartością informacji nabierającą znaczenia prawa dostępu do nich - nie tylko dla organów ścigania karnego, lecz (np. w prawie ochrony danych) także dla obywatela (tzw. „access to information rights”).⁴²

Dlatego też staje się jasne, że reguły prawne w odniesieniu do informacji nie mogą być wyprowadzone w drodze analogii do przepisów dotyczących materialnych przedmiotów, lecz wymagają samodzielnej podstawy i teorii.

Dla prawa karnego informatycznego konsekwencje takiej ogólnej teorii są oczywiste: ograniczona ochrona twórcy informacji, ochrona obywatela, którego ta informacja dotyczy, jak również dostęp do informacji powinny być - o ile inne środki nie wystarczą - zagwarantowane także przez prawo karne. „Własność intelektualna”, „prawa osobowe” i „access to information rights” określają te nowe dobra prawne, które nie tylko leżą u podstaw dotychczasowych reform, lecz słusznie wymagają również prawnokarnej ochrony w społeczeństwie informatycznym XX w.

B. Społeczeństwo ryzyka i zmienione sterowanie ryzykiem

1. Zmiany społeczne

Przedstawiony wzrost znaczenia informacji w postprzemysłowym społeczeństwie informatycznym ma swoje podstawy przede wszystkim w

powstaniu i rozpowszechnieniu się technik informatycznych. Rozwój społeczeństwa technicznego i prawa technicznego jest więc drugą wielką zmianą obok powyżej omówionych pojedynczych kwestii. Socjologia i prawo omawiają te społeczne konsekwencje nowoczesnej techniki od lat 80-tych pod pojęciem „społeczeństwo ryzyka”.⁴³ Dyskusja ta właśnie dlatego powinna być przedstawiona jako dygresja zanim zbadamy, jak dalece stwierdzone przy tej okazji zmiany ogólnej techniki mają znaczenie także i w zakresie technik informatycznych.

W centrum dyskusji dotyczącej społeczeństwa ryzyka znajdują się, począwszy od lat 80-tych, ogólne niebezpieczeństwa techniczne związane z chemią, energią atomową, genetyką i z innymi obiektami zawierającymi szkodliwy potencjał oddziaływania, zarówno na człowieka, jak i jego środowisko. Te omawiane przy tej okazji faktyczne przeobrażenia można przede wszystkim sprowadzić do trzech punktów:

- pojawiają się nowe ryzyka z poważnymi konsekwencjami, które nie dają się ograniczyć ze względu na miejsce, czas, czy zakres osobowy;
- w wielu obszarach⁴⁴ ryzyka są „uspółecznione” i nie da się ich przypisać pojedynczym sprawcom;
- kompleksowość i szybkość rozwoju przeobrażeń społecznych i technicznych są coraz większe.⁴⁵

2. Konsekwencje dla systemu prawnego

Te wyływające z tego faktu - dotąd przede wszystkim w prawie ochrony środowiska - omawiane przekształcenia prawne można również sprowadzić do trzech linii rozwojowych:

- w obliczu zwiększonego ryzyka podnoszą się głosy o lepszą społeczno - polityczną profilaktykę kryminalną, ale również za silniejszym państwem i silniejszym sterowaniem prawnym. W miejsce represyjnego sterowania wchodzi w grę;
- także i w prawie karnym - uregulowanie prewentywne na „przedpolu” z intensywniejszymi środkami ingerencji;⁴⁶
- Uspółecznienie ryzyka prowadzi do powstania wspólnoty ryzyka, rozwiązań ubezpieczeniowych, nowych dóbr prawnych i odpowiedzialności za stworzenie sytuacji niebezpiecznych. Jest przy tym rzeczą bardzo sporną, jak dalece prawo karne może rozwiązać wspomniane problemy. Z jednej strony pojawia się żądanie poszerzenia reguł odpowiedzialności i konceptów ochrony, z drugiej zaś żądanie redukcji prawa karnego, które ze względu na klasyczne wymogi odpowiedzialności nie nadaje się do regulacji uspółeczonych ryzyk i niezależnej od zawinienia równowagi ryzyka;⁴⁷

- ze względu na większą kompleksowość i dynamikę prawo stosuje we wzrastającej mierze nieokreślone pojęcia prawne, klauzule generalne i dynamiczne odesłania do innych norm prawnych. Działalność ustawodawcza prywatnych związków (w szczególności tzw. samoregulacja) przybiera na sile.⁴⁸ Również współzależności pomiędzy różnymi częściowymi dyscyplinami prawa stają się ciaśniejsze; powstają krzyżujące się materie.⁴⁹

3. Techniki informatyczne jako część społeczeństwa ryzyka

Analiza pierwszej części tego referatu pokazała większość przeobrażeń społeczeństwa ryzyka także w zakresie technik informatycznych. Przy pomocy nawet najmniejszych zmian danych można poruszać duże sumy pieniędzy na kontach bankowych. Sabotaż komputerowy - np. w bankach lub systemach kontroli lotów - trafia w żywotny nerw nowoczesnej gospodarki. Kompleksowość i szybkość rozwoju tych problemów rośnie. Rośnie także znaczenie wiele dotąd dyskutowanych ogólnych stwierdzeń i problemów spornych w odniesieniu do „prawa społeczeństwa ryzyka” w zakresie technik informatycznych:

- przyszłe społeczeństwo informatyczne wymaga przede wszystkim środków pozaprawnokarnych, aby móc zwalczać przestępczość komputerową. Techniczne standardy bezpieczeństwa wraz z systemem kontroli, uświadomienie odpowiednich użytkowników, jak również odpowiednie cywilnoprawne i publicznoprawne warunki ramowe, są ważniejsze od przepisów prawa karnego.⁵⁰

- konieczne jest ponadto dopasowanie prawa karnego do nowych ryzyk: ogólny zarzut przekryminalizowania przez ochronę ponadindywidualnych dóbr prawnych i przez abstrakcyjne delikty zagrożenia „prawa karnego ryzyka”⁵¹ w odniesieniu do tutaj badanego zakresu techniki informatycznej jest nietrafny. Przedstawiona powyżej analiza „prawa informatycznego” pokazała, że te chronione przez ustawy reformujące dobra prawne - przede wszystkim własność intelektualna i prawa osobiste obywatela - są uzasadnione potrzebą ochrony społeczeństwa informatycznego. Problemy odpowiedzialności wewnątrz społeczeństwa ryzyka, jak również wynikające z tego delikty zagrożenia nie mogą być jednoznacznie ustalone w ramach społeczeństwa informatycznego. Tylko w obrębie prawa karnego dotyczącego ochrony danych występuje zjawisko przekryminalizowania, które jednak nie bazuje na stworzeniu nowych ponadindywidualnych dóbr prawnych lub przestępstw abstrakcyjnego zagrożenia, lecz na nieprzestrzeganiu klasycznej zasady ultima-ratio;

- regulacja prawna nie powinna dotyczyć przypadkowych przeobrażeń w ramach rozwoju technicznego, jak to ma miejsce w różnych sformułowaniach niemieckiej drugiej ustawy o zwalczaniu przestępczości gospodarczej (2.WiKG). Pożądane jest myślenie strukturalne i opis funkcji, które oprą się także zmieniającej się szybko technice;⁵²

W odniesieniu do dyskusji na temat skutków społeczeństwa ryzyka można stwierdzić uogólniająco: rozwój przestępczości i prawa w zakresie technik informatycznych obala powstałą na tym terenie i podniesioną ogólną krytykę tego za daleko idącego „prawa karnego ryzyka”. Nowe przepisy prawa karnego, jak również nowe karno-procesowe środki ingerencji w ramach śledztwa, w zakresie technik informatycznych, są tym bardziej i to w całkiem przeważającej mierze uzasadnione przez społeczne przeobrażenia. Mimo to można polityce prawnej postawić zarzut, że zaniedbuje środki prawnokarne i stosuje częściowo niedostateczne techniki ustawowe.

C. Społeczność światowa i międzynarodowa
harmonizacja prawa

1. Przeobrażenia społeczne

Trzecia ogólna linia rozwoju, leżąca poza tu opisanymi problemami, to utrata znaczenia przez państwowe granice i związane z tym zagadnienie międzynarodowej harmonizacji prawa. To - całkiem ogólnie związane z większą mobilnością - zbliżenie obywateli tego świata jest widoczne w zakresie przestępczości komputerowej przede wszystkim w przypadku wykorzystania międzynarodowych sieci telekomunikacyjnych: mobilność danych w tych sieciach umożliwia popełnienie czynów przestępnych przy pomocy komputera, których skutek widoczny jest dopiero za granicą. Oprócz tego dane mogą być transportowane w ułamkach sekundy przez międzynarodowe sieci i to bez możliwości jakiegokolwiek kontroli.

2. Skutki prawne

Różniące się między sobą narodowe ustawy o zwalczaniu przestępstw komputerowych prowadzą konsekwentnie do „data havens” lub „computer crime havens”⁵³, które pociągają za sobą narodowe ograniczenia wolnego przepływu informacji. Tego rodzaju państwowe ograniczenia byłyby jednak bezskuteczne, ponieważ informacje można przekazywać za granicę w formie zakodowanej. Państwowe ograniczenia i środki kontroli mogłyby ponadto zagrozić przede wszystkim także prawom osobistym obywateli oraz tajemnicy przedsiębiorstw, a tym samym i przeszkadzać w ekonomicznym rozwoju międzynarodowego rynku informatycznego.

Gdybyśmy chcieli określić omawiane zmiany jednym hasłem, to można by pojęcia „społeczeństwo informatyczne” i „społeczeństwo ryzyka” uzupełnić hasłem „społeczeństwo światowe”.

Międzynarodową harmonizację prawa informatycznego przez EWG, Radę Europy, OECD, ONZ, WIPO, WTO i AIDP należy przyjąć z zadowoleniem i ją kontynuować. W dobie przełomu, której towarzyszą nowe zagrożenia informatyki i techniki, konieczne jest ponadto wzmocnienie kontaktów i lepsza współpraca pomiędzy poszczególnymi państwami.

IV. PODSUMOWANIE

Niniejszy referat pokazał w swojej kryminologicznej analizie, że zwycięski pochód komputerów i to we wszystkich dziedzinach życia, a w szczególności zjawisko zrastania się opracowywania danych z techniką transportu danych, wzbogaciły przestępczość komputerową w nowe formy i uczyniły ją niebezpieczniejszą.

Bogactwo spowodowanej przez te aspekty - także w skali światowej - ustawowej nowelizacji można sprowadzić, w odniesieniu do analizy jej części prawnej, do czterech „fal” reform: ochrona praw osobistych, zwalczanie typowej dla elektronicznego opracowania danych przestępczości gospodarczej, ochrona własności intelektualnej, jak i reforma prawa karnego procesowego.

U podstaw tego rozwoju przestępczości i prawa leżą trzy podstawowe przeobrażenia społeczne naszego społeczeństwa, jak również zmiana wzorców postępowania, które także w przyszłości wywierać będą znaczny wpływ:

- powstanie społeczeństwa informatycznego z jego nowymi dobrami prawnymi w obrębie prawa karnego,
- przeobrażenia społeczeństwa ryzyka, w którym pozaprawne środki zasługują na większe uznanie, jednak prawnokarne i karno-procesowe środki także będą odgrywały wielką rolę, jak również
- zespolenie się obywateli w jednym „społeczeństwie światowym”, w którym te nowe wyzwania będzie można efektywniej rozwiązać.

Przypisy:

1. Por. *Sieber*, Computerkriminalitet und Strafrecht, 1. wyd. 1977 r., 2. wyd. 1980 r., s. 1/39 n., 2/39 n. (jap. tłumaczenie *Noriyuki Nishida* und *Atsuchi Yamaguchi*, 1986 r. und 1988 r.).

2. Por. *Sieber*, The International Handbook on Computer Crime, 1986 r., s. 26 n. (farcuskie tłumaczenie *La delinquence informatique* 1990 r. przez *Sylvie Schaff* i

Martine Briat); tenże, *The International Emergence of Criminal Information Law*, 1992 r., s. 6 i n.

3. W Niemczech udział naruszeń przepisów w ochronie dóbr osobowych wynosił w stosunku do ogólnej kwoty zarejestrowanych przez policję przypadków przestępczości komputerowej w r. 1993 tylko ca. 1%. Por. *Bundeskriminalamt* (Niemiecki Federalny Urząd Kryminalny) (wydawca), *Policyjna statystyka kryminalna 1993 r.*, 1994 r., początek tabeli 01, s. 118, numer klucza 7280 i *Möhrenschlager*, (w): *Sieber* (wyd.) *Information Technology Crime*, 1994 r., s. 200.

4. Por. w odniesieniu do tego tematu *John Stuart Mill*, *On Liberty*, 1895 r.; *Popper*, *The Open Society and its Enemies*, 2 tomy, 1945 r.

5. W odniesieniu do manipulacji komputerowych poza przestępczością gospodarczą por. poniżej I C.

6. W Niemczech w r. 1993 liczba nadużyć kart przewyższyła pięciokrotnie liczbę klasycznych manipulacji: nadużycia kart wynoszą więcej jak dwie trzecie wszystkich deliktów komputerowych. W Japonii w r. 1990 naliczono 1.081 przypadków nadużyć kart w stosunku do pozostałej przestępczości komputerowej. Por. *Bundeskriminalamt* (wyd.), tamże (przyp. 3), s. 10, numer klucza 5163 i 5175 jak również *Möhrenschlager* i *Yamaguchi*, w: *Sieber* (wyd.), tamże (przyp. 3), s. 200 i n., 305 n.

7. W niemieckich statystykach za 1993 r. na sabotaż komputerowy przypało tylko 1% wszystkich przypadków przestępczości komputerowej. Por. *Bundeskriminalamt* (wyd.), tamże (przyp. 3), s. 14, numer klucza 6742 i *Möhrenschlager*, w: *Sieber* (wyd.), tamże (przyp. 3), s. 200 i n.

8. W Holandii statystyki dotyczące zawirusowanych komputerów wykazują, że udział przypadków sabotażu komputerowego w stosunku do ogólnej liczby deliktów komputerowych wynosi prawie jedną trzecią (1/3). Por. *Kasperson*, w: *Sieber* (wyd.), tamże (przyp. 3), s. 347 (z objaśnieniami grup deliktowych na s. 345).

9. Ta zależność prowadzi także do wysokich szkód ogólnych, które w różnych statystykach wykazywane są jako skutki awarii komputerowych. Tak więc szkoda ogólna, jaka powstała w Austrii w prywatnych przedsiębiorstwach przez awarie komputerów wyniosła w 1988 r. 1,5 miliarda szylingów, po. *Schick/Schmölzer*, w: *Sieber* (wyd.), tamże (przyp. 3), s. 22. We Francji szkoda ogólna wyniosła odpowiednio w 1991 r. 10,4 miliardów FF, z czego 5,9 miliardów przez umyślne działania, 2,7 przez przypadek i 1,8 miliardów przez błędy w obsłudze lub programach, por. *Francillon*, w: *Sieber* (wyd.), tamże (przyp. 3), s. 173.

10. W holenderskich statystykach za 1991 r. przypadki hackingu wyniosły prawie jedną piątą wszystkich deliktów komputerowych. Por. *Kasperson*, w: *Sieber* (wyd.), tamże (przyp. 3), s. 347 (z objaśnieniami grup deliktowych na s. 345). Ciemna cyfra hackingu (niewykryte przypadki) jest szczególnie wysoka, ponieważ odpowiednie usiłowania nie są rejestrowane i nie są objęte postępowaniem wyjaśniającym.

11. Por. FOCUS Nr. 17/1993, s. 106

12. W niemieckich statystykach za r. 1993 szpiegowstwu komputerowemu można przyporządkować mniej niż 1% wszystkich przypadków przestępczości komputerowej.

wej. Por. *Bundeskriminalamt* (wyd.), tamże (przyp. 3), s. 15, numer klucza 6780 i *Möhrenschlager*, w: *Sieber* (wyd.) tamże (przyp. 3), s. 200 i n.

13. Por. również *Schick/Schmölzer*, w: *Sieber* (wyd.), tamże (przyp. 3), s. 30.

14. Por. *Newsweek* z 29.06.1992, s. 14 i n.

15. Dla przykładu w Austrii szacuje się globalnie wszystkie szkody przez kradzież oprogramowania (bez szkód powstałych przez uszkodzenie zabezpieczenia półprzewodników) na 3 mld. szylingów; por. *Schick/Schmölzer*, w: *Sieber* (wyd.), (przyp. 3), s. 30. W Kanadzie szacuje się straty powstałe przez kradzież oprogramowania na 200 mln. dolarów, po. *Piragoff*, w: *Sieber* (wyd.), tamże (przyp. 3), s. 87. W Niemczech Związek Przemysłu Oprogramowania zakłada, że w r. 1993 doszło do strat w obrocie rzędu 1,5 mln US \$ tylko przez dalekowschodnie kopie rabunkowe; por. *Handelsblatt* nr 2 z 3.1.1995, s. 1. Tak więc udział kradzieży oprogramowania w ramach przestępczości komputerowej jest bardzo wysoki: i tak w Niemczech w 1991 r. wyniósł on ponad 10%, a w Holandii prawie 10%. Por. odpowiednie statystyki *Möhrenschlager*, w: *Sieber* (wyd.), tamże (przyp. 3), s. 200; *Kasperson*, tamże s. 347 (z objaśnieniem grup deliktowych na s. 347).

16. Por. także *Braun*, Piractwo towarowe, 1993, s. 11 i n.; tenże, CR 1994, s. 726 n.

17. Por. propozycje dyrektyw EWG w odniesieniu do ochrony danych. COM (90) 314 ostatecznie - SYN 287 z 5.11.1990 r. i COM (92) 422 ostat.-SYN 287 z 15.10.1992., 20.2.1995 Rada Unii Europejskiej porozumiała się co do wspólnego punktu widzenia, który musi jeszcze być zatwierdzony przez Parlament Europejski, por. *Handelsblatt* nr 37 z 21.2.1995 r., s. 8. W odniesieniu do międzynarodowej działalności podsumowując *Sieber*, *The International Emergence of Criminal Information Law*, 1992 r., s. 82 i n. i *United Nations, International Review of Criminal Policy*, nr 43 i 44, 1994 r.

18. Por. na temat tego - dla teorii ważnego oddziaływania międzynarodowych założeń i konwencji: *Sieber*, ZStW, t. 103 (1991), s. 961

19. Por. zbiorczo *Sieber*, tamże (przyp. 55), s. 73 i n. i *United Nations, International Review of Criminal Law*, nr 43 i 44, 1994 r. Na temat inicjatyw EWG, ONZ i AIDP podczas konferencji w Würzburgu w 1992 r. por. referat *Derseya* (s. 585 n.), *Jeschek* (s. 623 i n.), *Klinkel/Purbach* (s. 607 i n.), w: *Sieber* (wyd.), *Information Technology Crime*, 1994 r.

20. W Austrii hacking podlega karze - w zależności od okoliczności - tylko z punktu widzenia ochrony danych (§ 49B DSG) i manipulacji danych (§ 126a StGB), por. *Schick/Schmölzer*, w: *Sieber* (wyd.), tamże (przyp. 3), s. 26 f. W Japonii hacking podlega karze także po reformie prawa karnego z 1987 r. tylko w razie postanowienia określonych następstw, np. przeszkadzanie w prawnym działaniu § 234-2 japońskiego k.k.; por. *Yamaguchi*, w: *Sieber* (wyd.), tamże 9 przyp. 3), s. 314 i n.

21. Obok tego żąda się dziś w zwiększonym stopniu utworzenia form abstrakcyjnych deliktów zagrożenia celem zwalczania zawirusowania komputerów; por. np. dla Japonii *Yamaguchi*, w: *Sieber* (wyd.), tamże (przyp. 3), s. 316.

22. Z wprowadzeniem programów komputerowych do katalogu chronionych dzieł w § 2 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i zaostrożeniem kary w § 108 ustawy o ochro-

nie prawa autorskiego. Por. ustawę o zmianie przepisów w zakresie prawa autorskiego z 24.6.1985 r., BGBl 1985 r., cz. I s. 1137.

23. Z zastrzeżeniem w § 17 ustawy o ochronie przed nieuczciwą konkurencją (UWG) i diskutowanych także w stosunku do dekompilacji kodów źródłowych przepisów karnych § 202a k.k. (StGB). Por. drugą ustawę do zwalczania przestępczości gospodarczej z 15.5.1986 r., BGBl 1986 r., cz. I, s. 721.

24. Z ważnym dla udokumentowania naruszenia oprogramowania prawem ofiary do wglądu do akt w § 406e k.k. (StPO). Por. ustawę o ochronie ofiar przestępstwa z 18.12.1986 r., BGBl 1986 r., cz. I, s. 2496.

25. Wraz z prawem do informacji, prawem do zniszczenia, zajęciem/konfiskatą celną i wielorakim podwyszeniem kary. Por. ustawa o wzmocnieniu ochrony własności intelektualnej i zwalczania piractwa towarowego z 7.3.1990 r., BGBl 1990, cz. I, s. 422.

26. Wraz ze specjalnymi normami dla programów komputerowych §§ 69a-69g prawa autorskiego. Por. drugą ustawę o zmianie ustawy o prawie autorskim z 9.7.1993 r., BGBl 1993 r., cz. I, s. 910 n. i na temat *Dreier*, GRUR (Przemysłowa ochrona prawna i prawo autorskie) 1993 r., 781 i n.

27. Por. Abl. 1991 nr L 122/42 z 17.5.1991 r. Zbiorczo na temat międzynarodowych inicjatyw, por. *Sieber*, tamże (przyp. 55), s. 73 i n.

28. Por. WIPO Doc No. BCP/CE/III/2-1 z 12.3.1993 r., Committee of Experts on Possible Protocol to the Berne Convention-Memorandum, s. 2 n. Text Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit foods (TRIPS-Agreement) WTO jest wydrukowany w International Property and Copyright LAW (IIC) 1994, 209 n. (por. w tym zakresie szczególnie Art. 10.)

29. Por. *Coing*, NJW 1990, 937.

30. Por. Odpowiednią propozycją COM (92) nr 24 ostat. - SYN 393 z 13.5.1992 r.

31. Por. w odniesieniu do tych praw w stosunku do różnych krajów prace w *Sieber* (wyd.), tamże (przyp. 3), szczególnie jeśli chodzi o Niemcy *Mörenschrager* (s. 226 i n.), w odniesieniu do Finlandii *Pihlajamäki* (s. 167), Grecji *Vassilaki* (s. 246 i n.), Wielkiej Brytanii *Wąsik* (s. 502), Izraela *Lederman/Shapira* (s. 292 i n.), Japonii *Yamaguchi* (s. 319), Luksemburga *Jaeger* (s. 334 i n., 338 i n.), Holandii *Kaspersen* (s. 367, 371) Polski *Buchała* (s. 384), Szwajcarii *Roth* (s. 471), Afryki Płd. *van der Merwe* (s. 425), Tunezji *Ben Halima* (s. 479 i n.), Węgier *Kertész/Pusztai* (s. 259) i U.S.A *Wise* (s. 527). Wyczerpująco co do sytuacji prawnej w Niemczech także *Bär*, Dostęp do danych komputerowych w procesie karnym, 1992 r.

32. Por. w odniesieniu do sytuacji prawnej w różnych krajach prace w *Sieber* (wyd.), tamże (przyp. 3), szczególnie w odniesieniu do Chile *Kunsemüller* (s. 140), Niemiec *Mörenschrager* (s. 228 n.), Grecji *Vassilaki* (s. 247 n.), Japonii *Yamaguchi* (s. 319), Luksemburga *Jaeger* (s. 338 n.), Holandii *Kaspersen* (s. 367 n.) Polski *Buchała* (s. 385), Szwajcarii *Roth* (s. 471), Tunezji *Ben Halima* (s. 479 n.), Kanady *Piragoff* (s. 124), Turcji *Erman* (s. 487), Węgier *Kertész/Pusztai* (s. 249) i U.S.A *Wise* (s. 527).

33. W odniesieniu do problemów z zakresu ochrony danych por. prace w Sieber (wyd.), tamże (przyp. 3) w szczególności w odniesieniu do Belgii *Spreutels* (s. 65), Niemiec *Möhrenschlager* (s. 226, 230), Francji *Francillon* (s. 189-192), Luksemburga *Jaeger* (s. 334 i n.) i Węgier *Kertesz/Pusztai* (s. 256).

34. W odniesieniu do wykorzystania wydruków komputerowych por. prace w: Sieber (wyd.), (przyp. 3) szczególnie w stosunku do Niemiec *Möhrenschlager* (s. 228), Kanady *Piragoff* (s. 126), Afryki Płd. *van der Merwe* (s. 425) i w odniesieniu do dawnej Czechosłowacji *Nett* (s. 151).

35. Por. Sieber, tamże, (przyp. 55), s. 94, jak również Council of Europe, Doc. No. PC-PC (94) 4, European Committee on Crime Problems (CDPC), Committee of Experts on procedural law problems connected with computer-related crime (PC-PC), Summary Report of 18-20 May 1994 r.

36. Większość uchwalonych prawno-karnych zastrzeżeń była przy tym uzasadniona przez nowe wyzwania techniki informatycznej. Wyraźnie przekryminalizowanie nastąpiło jednak tylko w zakresie prawnej ochrony danych. Przy tworzeniu jednak abstrakcyjnych deliktów zagrożenia w zakresie wirusów komputerowych i uchwalaniu nowych karno-procesowych podstaw prawnych zawierających upoważnienia do ingerencji, możliwe jest w przyszłości daleko idące prawno-karne zastrzeżenie.

37. Zasadniczo w odniesieniu do pojęcia „zmiana wzorców postępowania” w nauce por. *Kuhn*, *The Structure of Scientific Revolutions*, 1962 r.

38. Odpowiednie regulacje wywodzone są często z analogii w odniesieniu do ochrony przedmiotów materialnych, jednak bez dostatecznego uwzględnienia osobliwości dóbr niematerialnych.

39. Por. Sieber, NJW 1989, 2569 i n.

40. Por. Wiener, cyt. według Steinbucha, GRUR 1987, 579 n. (581): Information is information not matter or energy. No materialism which does not admit this can survive at the present day. (Informacja jest informacją, a nie materią czy energią. Materialistyczna teoria, która nie uznaje tego, nie zachowa się w obecnych czasach).

41. Por. na ten temat już *Mill* i *Popper*, tamże (przyp. 4).

42. Por. prace w odniesieniu do praw dostępu do informacji w różnych krajach w: Sieber (wyd.), tamże (przyp. 3), szczególnie co do Brazylii *de Araujo Jr.* (s. 82 i n.), Niemiec *Möhrenschlager* (s. 212), Włoch *Lanzi* (s. 301), Kandy *Piragoff* (s. 120), Luksemburga *Jaeger* (s. 332), Holandii *Kaspersen* (s. 359), Rumunii *Antoniu* (s. 120), Hiszpanii *Gutierrez Frances* (s. 439), Tunezji *Ben Halima* (s. 477), Turcji *Erman* (s. 484 i n.) i Węgier *Kertesz/Pusztai* (s. 253). W odniesieniu do sytuacji prawnej w Niemczech por. *Lodde*, Prawa informatyczne obywatela w stosunku do państwa, Kolonia 1995 r.

43. Tzn. epoki, w której ciemne strony postępu we wzrastającej mierze determinowały spory. Por. Beck (wyd.), Polityka w społeczeństwie ryzyka. 1991 r., s. 10, również fundamentalnie Beck, Społeczeństwo Ryzyka. Na drodze w inną nowoczesność, 1986 r. Na temat znaczenia tego pojęcia dla prawa karnego por. *Prittwitz*, Prawo karne a ryzyko, 1993 r.

44. Np. w odniesieniu do dziury ozonowej, zanieczyszczenia wody i powodzi.

45. Por. np. *Stratenwerth*, ZStW, t. 105 (1993), s. 681.

46. Por. na ten temat *Albrecht*, KritV 1988, 182 (209); *Callies*, NJW 1989, 1338 n. *Hassemer*, NStZ 1989, 553 (558); *Hilgendorf*, NStZ 1993, 10 (13 i n.); *Kuhlen*, GA 1994, 347 i n.; *Wolf*, Leviathan 15 (1987), s. 357 i n.

47. Por. w odniesieniu do najpierw wymienionych pozycji *Stratenwerth*, ZStW t. 105 (1993), s. 679 (691 n. 659); *Tiedemann/Kindhauser*, NStZ 1988, 337 (339) i n.) przeciwnie *Callies*, NJW 1989, 1338 i n. (1343); *Hassemer*, NStZ 1989, 553 (558).

48. Por. na temat technik regulacyjnych w zakresie prawa ochrony środowiska *Hoppe/Backmann*, Prawo ochrony środowiska, 1989 r., s. 41 i n. (159). W sprawie konstytucyjno-prawnej problematyki tych technik regulacyjnych patrz *Denninger*, Konstytucyjno-prawne wymogi w odniesieniu do uchwalania norm w prawie ochrony środowiska i prawie technicznym, por. *Hofman*, Gospodarka prywatna i państwowa kontrola w zaopatrzeniu w energię przez elektrownie atomowe, 1989 r., s. 42 i n.

49. Znany przykład takiego poprzecznego powiązania jest obok prawa informatycznego przede wszystkim prawo ochrony środowiska.

50. Por. w odniesieniu do konieczności silniejszego politycznego (pozaprawnego) sterowania techniczno-ekonomicznych obszarów z dyskusji na temat społeczeństwa ryzyka szczególnie *Albrecht*, KritV 1989, 182, 205, 209. Specjalnie na temat przestępczości komputerowej patrz *Sieber*, tamże (przyp. 2), s. 117 i n.; w szczególności w odniesieniu do przestępczości zorganizowanej por. *Sieber/Bögel*, Logistyka zorganizowanej przestępczości, 1993 r., s. 287 i n.

51. W ten sposób szczególnie *Hassemer*, NStZ 1989, 557 n.; ten sam., ZRP 1992, 378 n.

52. Por. *Sieber*, tamże (przyp. 23), s. 33 i n.

53. Przykładem w zakresie kradzieży oprogramowania jest rozpowszechnianie rabunkowych kopii przy pomocy zagranicznych skrzynek pocztowych (mailbox); por. dla Kanady *Piragoff*, w: *Sieber* (wyd.) tamże (przyp. 3), s. 87.

PRZESTĘPSTWO Z NIENAWIŚCI - NOWA KRYMINOLOGICZNA KATEGORIA DELIKTÓW

I. WPROWADZENIE

Ataki na ludzi, przeciwko którym tylko ze względu na przynależność do pewnej społecznej kategorii, np. z powodu ich rasy lub religii, użyto przemocy, wywołały w latach 90-tych zainteresowanie kryminologów. Głoszono pogląd, że tego rodzaju przestępstwa z nienawiści dramatycznie wzrosły. Niektóre państwa uchwaliły ustawy, które nakładają na organy ścigania obowiązek ujęcia tego rodzaju przestępstw w osobnej statystyce, ażeby w ten sposób stworzyć coś w rodzaju systemu wczesnego ostrzegania. Inne państwa widzą w tym motywie rasowej, etnicznej lub religijnej nienawiści przy popełnieniu przestępstwa okoliczność obciążającą. Postępowanie tych grup motywowanych nienawiścią, które organizują najcięższe przestępstwa z użyciem przemocy przeciwko społeczeństwu, nie jest, jak dotąd, znane zarówno organom ścigania jak również naukowcom zajmującym się kryminologią.

II. DEFINICJA I CHARAKTERYSTYKA

Przestępstwa z nienawiści są czynami popełnianymi z użyciem przemocy przeciwko osobie oraz rzeczy lub głównie z powodu rasy, religii, przynależności etnicznej, płci, określonej politycznej lub seksualnej orientacji, wieku albo intelektualnego lub fizycznego upośledzenia danej osoby bądź właściciela lub posiadacza danej rzeczy¹. Są to zamachy na ludzi i na konstytucyjne prawa ofiary. Przymus fizyczny jest często poprzedzany przymusem psychicznym i werbalnymi atakami.

Przestępstwa z nienawiści to zjawiska, które można scharakteryzować następująco:

- Są to delikty grupowe. Mają one na celu osiągnięcie dominującej pozycji przez określoną grupę wewnętrzną w drodze degradacji pewnej grupy zewnętrznej. Są popełniane w imieniu pewnej grupy ludnościowej i skierowane przeciwko innej grupie ludnościowej (ofiary, grupa ofiar). Przez przynależność do takiej dającej się zidentyfikować grupy, ofiara, która jest dla sprawcy wymienną, posiada symboliczny status.

- Celem przestępstw z nienawiści jest zranienie osoby lub zniszczenie pewnej rzeczy i jednocześnie rozpowszechnienie pośłannictwa, że ta grupa ludności, do której należy ofiara, jest niepożądana na określonym terenie lub w określonej społeczności.

- Ofiary, które z reguły nie wiedzą jak się bronić, należą do grup dających się łatwo zranić, bezsilnych, społecznie izolowanych i marginalizowanych.

- Podłożem przestępstw z nienawiści jest zawsze pewna ideologia, społeczne przesady, które sprawcy wykorzystują dla zneutralizowania swoich przestępnych czynów. Dla nich ta grupa ofiar, która uchodzi za grupę mniej wartościową (niekuludzie, pasożyty w państwie dobrobytu), jest zagrożeniem dla władzy, prestiżu i przywilejów tej grupy społecznej, w imieniu której działają („teoria spisku”). Wydaje im się, że przeciwko temu zagrożeniu muszą się bronić. Dlatego wszystkie popełnione przez nich gwałty usprawiedliwiają potrzebą samoobrony. Ich zdaniem ofiary same zasłużyły na to prześladowanie.

- Przestępstwa z nienawiści są wreszcie deliktami popełnionymi na obcych. Ze względu na społeczny dystans do ofiar można najlepiej podtrzymać społeczne przesady sprawców².

Przestępstwa z nienawiści są popełnianie ze szczególną brutalnością i bezduszością. Często trudno wczuć się w motywację tych czynów. Dlatego uważa się je za irracjonalne. Tymczasem są one popełniane zupełnie racjonalnie, ponieważ u ich podłoża leży pewna ideologia. Sprawcami przestępstw z nienawiści są w większości młodzi ludzie w wieku do 30-tu lat (97,3%), którzy grupowo atakują nieznaną im i całkiem niewinną ofiarę³.

III. FORMY ZJAWISKOWE

1. Zakres możliwości

Zakres możliwości form zjawiskowych przestępstw z nienawiści jest bardzo szeroki. Rozciąga się on bowiem poczynając od deliktów codziennych, telefonów z pogrózkami, aerozoli graffiti, a kończąc na najbrutalniejszych przestępstwach największego kalibru, takich jak podpalenia i seryjne bądź masowe mordy. Obraża się ludzi werbalnie, maluje swastyki i rozsyła pisma podjudzające. Niszczy się obce rzeczy przez spryskiwanie, zabrudzenie i naklejanie. Zadrappuje się lakier na samochodach i wybija w nich szyby oraz przebija opony samochodowe, motocyklowe i rowerowe. Kamieniami rozbija się szyby okienne. Niszczy się żydowskie cmentarze. Ulicami przepędza się obcokrajowców i obrzuca ich ka-

mieniami. Biję się obcokrajowców („nigger-bashing”), homoseksualistów („gay-bushing”), i starych ludzi („granny-bushing”). Obcokrajowców wyrzuca się z pociągów. Wdziera się do ich domów i mieszkań oraz niszczy ich wyposażenie. Do pomieszczeń obcokrajowców wrzuca się materiał zapalny i koktajle Mołotowa. Podkłada się ogień wewnątrz budynków. Strzela się sylwestrowymi fajerwerkami i amunicją sygnałową na tymczasowe kwatery dla azylantów. Podpala się synagogi i niszczy pomniki holocaustu. Wysyła się bomby listowne adresowane do konkretnych ludzi, którzy walczą o wielokulturowe społeczeństwo. Światowy rozgłos uzyskały „etniczne czystki” w Bośni, podpalanie domów azylantów w Niemczech i napady na imigrantów w gettach wschodniego Londynu⁴.

2. Typologia przestępstw z nienawiści

Rozróżnia się cztery typy przestępstw z nienawiści⁵: przestępstwa celem wywołania sensacji, celem wywołania reakcji, motywowane postępowaniem i popełniane przez organizację.

Przestępstwa dla sensacji motywowane nienawiścią są popełniane z radości sprawiania bólu⁶. Członkowie każdej dającej się łatwo zranic grupy są mile widzianymi ofiarami. Bandy młodzieżowe nie lubią obcych, nie lubią ludzi, którzy różnią się od nich. Bandy te używają rasistowskich sloganów i symboli, ażeby uzyskać prestiż, poklask, pochwałę lub poparcie innych młodych ludzi oraz także licznych dorosłych. Popełniają spektakularne gwałty przeciwko obcym, licząc na to, że prasa o tym doniesie; jest to dla nich już wystarczający motyw. Nagle z hordy zer stają się kimś: niebezpieczni rasiści i neonaziści dla jednych, a dla drugich lokalni bohaterowie i patrioci.

Sprawcy przestępstw z nienawiści celem wywołania reakcji uzasadniają łamanie prawa tym, że intruzi na ich terenie zagrażają ich społeczeństwu i ich stylowi życia. Wydaje im się, że realizacja ich stylu życia jest zagrożona przez samą tylko obecność ludzi z innej grupy ludnościowej. Zgodnie z poglądami sprawców, należy do nich i do ich grupy ludnościowej „ich sąsiedztwo”, „ich” szkoła, „ich” miejsce pracy. Wydaje im się, że obcy chcą zanegować ich prawo do „ich” sąsiedztwa, „ich” szkoły i „ich” miejsca pracy; oni muszą po prostu „chronić” swoje sąsiedztwo przed inwazją obcych. Ofiary przestępstw z nienawiści ze względu na reakcję są po prostu dlatego atakowani, ponieważ czynią użytek ze swoich praw, które gwarantuje im konstytucja. Murzyńska rodzina, która wprowadziła się na teren zamieszkały wyłącznie przez białych otrzy-

muje najpierw „ostrzeżenie”. Jeśli to nie skutkuje, rozbija się im szyby w oknach. A jeśli i tego się nie boi, to podpala się ich domostwo.

Sprawcy popełniający przestępstwo ze względu na misję, która przyświeca ich działaniu, odczuwają to za swój obowiązek uwolnić świat od zła. Ze względu na „świadomość posłannictwa” chcą wyeliminować wszystkich, którzy - zgodnie z ich poglądem - zagrażają ich religii i ich rasie. Wszyscy członkowie takiej wyłączonej z ogółu mniejszości są dla nich niższym gatunkiem ludzkim, zwierzętami lub demonami, którzy tylko na to czekają, ażeby zniszczyć kulturę, gospodarkę i rasowe dziedzictwo kulturowe grupy, wśród której żyją. Sprawcy działają ze względu na polecenie z góry. Pan Bóg, przywódca lub guru kazali im oczyścić świat przez zniszczenie jakiejś całej kategorii ludzi, ponieważ są o tym przekonani, że ta grupa ponosi odpowiedzialność za wszystkie ich frustracje. Dnia 6 grudnia 1989 r. 25-cio letni Marc Lepine z uniwersytetu w Montrealu zabił 14 studentek feministycznego seminarium, ponieważ uważał, że one są odpowiedzialne za wszystkie jego osobiste niepowodzenia. „Feministki zniszczyły moje życie „krzyczał, zanim popełnił samobójstwo. Zgodnie z jego wyobrażeniem kobiety zajęły miejsce, które prawnie należy się mężczyznom; kobiety spowodowały upadek północno-amerykańskiej cywilizacji.

Większość przestępstw z nienawiści jest popełniana grupowo i w imieniu określonej grupy ludnościowej. To nie są jednak delikty planowane i realizowane przez grupy o stałej strukturze. Mimo że w ostatnich latach liczba grup motywowanych w swoim działaniu nienawiścią znacznie wzrosła, to jednak przestępstwa z nienawiści popełnione przez organizację, a więc przez grupy działające z nienawiści, stanowią w dalszym ciągu pod względem ilościowym mniejszość. W większości przypadków chodzi z reguły o bardzo ciężkie przestępstwa, poprzez które te grupy kierujące się nienawiścią chcą wypełnić określoną „misję”. Takie grupy z nienawiści mają swojego przywódcę i dysponują systemem wiary, którego fundamentami są nienawiść i przemoc. Członkowie takich grup, którzy utworzyli organizację na dłuższy okres czasu, rozwijają tzw. my-uczucie. Są także wewnątrz tej grupy nienawiści ideologicznie wychowywani w określonym kierunku; uczą się w tej subkulturze postaw nienawiści, gwałtownego stylu zachowań i norm obowiązujących w grupie działającej z nienawiści. Ażeby zachować własny system wartości danej subkultury, uważają za nieodzowne stosowanie przemocy. Grupa popiera styl zachowania swoich członków bazujący na przemocy i normach grupy nienawiści. Zorganizowane grupy nienawiści utrzymują paramilitarne obozy szkoleniowe; rozpowszechniają swoje posłannictwo niena-

wiści przez sieci komputerowe, połączenia telefoniczne i telewizję kablową. Aktywiści nienawiści propagują rasową i religijną nienawiść.

Taką grupą działającą z nienawiści, która popełnia przestępstwa z nienawiści jako organizacja, są skinheadzi, których można rozpoznać po tatuażach, ogolonych głowach, czarnych angielskich butach roboczych i kurtkach pilotów bombowców. Obok nakierowanych na użycie przemocy radykalnych grup prawicowych są jeszcze skinheadzi niepolityczni. Ruch skinheadów powstał w 60-tych latach w Londynie⁷. Ruch ten rekrutował się z młodych ludzi pochodzenia robotniczego, którzy nie odnosili sukcesów ani w szkole, ani w pracy zawodowej i którzy nie mogli dojść do ładu z własnymi rodzinami. W swojej grupie skinheadów czują się akceptowani i ochraniani. W połowie lat 70-tych część skinheadów w Londynie skierowała się w stronę prawicowo-ekstremistycznej ideologii. Do USA i do Niemiec dotarli dopiero w połowie 80-tych lat. Słuchają muzyki „heavy-metal”, oglądają kasety wideo z filmami pornograficznymi i horrorem, atakują obcokrajowców, homoseksualistów i lewicowe grupy polityczne oraz piją piwo, ażeby udowodnić swoją męskość. Reprezentują prawicowo-ekstremistyczną ideologię: rządy ich zdaniem są żydowskie lub prożydowskie. Uważają, że biała rasa przewyższa wszystkie inne. Są zdania, że muszą się bronić przed zniszczeniem aryjskiej rasy przez wymieszanie z innymi rasami.

20 marca 1995 r. dokonano ataku gazowego sarinem w metrze w Tokio, a 19 kwietnia 1995 r. w Oklahoma City dokonano zamachu bombowego na dziewięćciopiętrowy kompleks gmachów amerykańskiego rządu, który kosztował życie i zdrowie licznej grupy ludzi. Czy ten pierwszy napad sekty „Aum-Shinri-Kyo” i drugi „Michigan Militia” należy przypisać grupie prowicowo-radykalnej wigilantów (czyli czujnych, czuwających), jak to zakładają organy ścigania, nie ma w końcu aż tak wielkiego znaczenia. W każdym bądź razie wszystkie symptomy wskazują na to, że te dwa ciężkie przestępstwa dokonane były przez grupy nienawiści, które w swojej fanatycznej gorliwości występują przeciwko rządowi, urzędowi, i społeczeństwu, które - ich zdaniem - są beznadziejnie skorpumpowane i skazane na zagładę.

IV. SZKODY

1. Pierwotna wiktyimizacja

Przestępstwa z nienawiści są szczególnie niebezpiecznymi naruszeniami prawa, ponieważ podkopują nasze pluralistyczne społeczeństwo i nasze demokratyczne państwo prawa. Przy tym powstają szkody na

trzech poziomach. Najpierw ponosi szkodę fizyczną, psychiczną i społeczną bezpośrednia ofiara. Następnie ponosi szkodę grupa społeczna, do której należy ofiara i którą sprawcy chcą zastraszyć. W końcu cierpi nasze demokratyczne państwo prawne i nasz pluralistyczny ustrój społeczny, przez naruszanie konstytucyjnych i ludzkich praw przysługujących ofiarom i przez to, że troskliwie wyważone stosunki pomiędzy różnymi grupami ludności w naszym pluralistycznym społeczeństwie ulegają ciężkiemu zakłóceniu.

Prawie 3/4 wszystkich napaści o podłożu nienawistnym pociągają za sobą cielesne zranienia ofiar. 30 % z wszystkich przypadków wymaga pobytu w szpitalu⁸. Jeszcze bardziej rozpowszechnione niż te fizyczne są szkody psychiczne i społeczne. Wiktyimizacja, czyli czynienie z kogoś ofiary, prowadzi do tego, że ofiary zaczynają wątpić we własną wartość. One internalizują ten społeczny stygmat, co jest związane ze stanem bycia ofiarą. Wstydzą się tego, że byli za słabi, aby się obronić. Psychiczne symptomy są bardzo różne: depresje, zakłócenia snu, strach, mory nocne, bóle głowy, spazmy płaczu i niepokój wewnętrzny. Ofiary rozwijają niskie poczucie własnej wartości; są owładnięte uczuciem bezsilności. Ciężkie w następstwach są również następstwa społeczne: ofiary tracą zaufanie do swoich współtowarzyszy. Cechuje ich zachowanie ustępliwe. Dochodzi do ciężkich międzyludzkich problemów pomiędzy przyjaciółmi. Różnego rodzaju pigułki są zażywane w nadmiernych ilościach. Wzrasta ilość zażywanych tabletek. Mają miejsce samobójstwa lub usiłowanie ich popełnienia.

U ofiar przestępstw z nienawiści można zauważyć pourazowy syndrom stresu („posttraumatic stress disorder”):

- myśli odnośnie wiktyimizacji wracają z konieczności we wspomnieniach i marzeniach

- różne zachowania są z konieczności omijane: traci się zainteresowanie poszczególnymi aktywnościami. Rozwijane są uczucia dystansu w stosunku do innych osób. Ograniczeniu ulegają międzyludzkie odczucia

- Ofiary przestępstw z nienawiści zwracają na siebie uwagę się przez symptomy podwyższonego podniecenia (np. zakłócenia snu, trudności w koncentracji).

Wiktyimizacja jest pokonywana w trzech fazach⁹:

- W fazie wrażeniowej (bycia pod wrażeniem) ofiara jest zabłąkana, bezbronna i przy najprostszych decyzjach skazana na pomoc innych osób,

- Faza sprzężenia zwrotnego odznacza się tym, że są widoczne wahania się nastrojów, wściekłość, gniew, fantazje o zemście i przenoszenie gniewu na innych (najczęściej na najbliższych),

- W fazie zmiany orientacji ofiara nadaje swemu bolesnemu doświadczeniu sens; odzyskuje ponownie poczucie własnej wartości.

Oprócz bezpośredniej ofiary szkodę ponosi również grupa ludności, do której ofiara należy i w którą sprawcy chcieli ugodzić. Sprawcy chcą swoimi czynami dać określonej grupie sygnał, przekazać budzącą strach wiadomość, że ona jest na tym terenie czy w tym społeczeństwie niemile widziana i że grożą jej dalsze szkody w przypadku nie usunięcia się. Uciśkanym przypomina się w ten sposób o ich niższym statusie. Są jeszcze bardziej spychani na margines społeczny, niż byli dotychczas. Ze strachu sami nakładają sobie na co dzień limity zachowań (unikanie konfliktów). Są opanowani lękiem, że przestępstwa z nienawiści odzwierciedlają uczucia większości społeczeństwa. Z powodu ciągłego zagrożenia zamachami fizycznymi, powstają uczucia strachu i nienawiści w stosunku do siebie samych.

Dzięki zjednoczeniu europejskiemu i migracji obcokrajowców nasze społeczeństwo staje się wielo-narodowym, wielo-etnicznym i wielo-kulturowym. Ażeby takie społeczeństwo mogło funkcjonować potrzebny jest rozwój gotowości współżycia pokojowego z ludźmi z innych państw i kultur, innych religii i stylów życia, respektowanie ich odrębności, bez pokusy ich „germanizacji” bądź asymilacji, bez misjonowania lub chęci „uzdawiania ich”¹⁰. Ludzie mają prawo bycia innymi. Różne style zachowań i wyobrażenia o wartościach mogą wzbogacić nasze społeczeństwo¹¹. Przestępstwa motywowane nienawiścią rozkładają takie społeczeństwo od wewnątrz, ponieważ stanowią zamach na pokojowe współżycie różnych grup ludności, na prawa konstytucyjne i na prawa człowieka przysługujące także ofiarom i wreszcie na demokratyczne państwo prawa. Stosunki między grupami, które są troskliwie wyważone w pluralistycznym i wielokulturowym społeczeństwie, są boleśnie niszczone przez przestępstwa z nienawiści.

2. Wtórna wiktymizacja

Przez błędną reakcję na wiktymizację pierwotną może dojść do dalszych uszkodzeń ofiary, do tzw. wtórnej wiktymizacji. Ofiara może ucierpieć po raz drugi z tego względu, że osoby z ich najbliższego społecznego otoczenia, z jej rodziny, przyjaciele, najbliższe sąsiedztwo będą się w stosunku do niej zachowywały bez zrozumienia i obojętnie, a przedstawiciele systemu wymiaru sprawiedliwości karnej, policja, sąd okażą się w

stosunku do niej uprzedzeni, stronniczy bądź nawet wrogo nastawieni. Ofiara może nawet po ogłoszeniu wieści o napadzie na nią stracić miejsce pracy lub mieszkanie. Policja może prowadzić dochodzenie w sprawie przestępstwa z nienawiści w sposób opieszły. Obrona oskarżonego może przed sądem prowadzić strategię oskarżania ofiary, twierdząc np. że ofiara prowokowała sprawcę bądź napadła na niego i że sprawca się tylko bronił. W przypadku przestępstw z nienawiści dochodzi często do wtórnej wiktyimizacji ze względów rasowych, religijnych, mniejszości etnicznych lub homoseksualistów, ponieważ większa część społeczeństwa i system sądownictwa karnego sam jest stronniczy w stosunku do mniejszości.

V. ZAKRES, CZĘSTOTLIWOŚĆ

Jak często występują przestępstwa z nienawiści i czy liczba ich w ostatnich latach wzrosła, nie można z całą pewnością stwierdzić. Zgodnie z badaniami Związkowego Urzędu Kryminalnego zgłoszono w RFN w 1992 r. 6.336 i w 1993 r. 6.721 czynów przestępnych przeciwko obcym. Z tego względu jednak, że ciemną cyfrę szacuje się na bardzo wysoką - szczególnie w zakresie lekkiej i średnio-ciężkiej przestępczości motywowanej nienawiścią - w sumie można ocenić ogólną liczbę przestępstw przeciwko obcym w RFN na ok. 80.000 w roku¹². Ofiary nie zgłaszają tych przestępstw, nie mają zaufania do policji i ponieważ obawiają się tej fałszywej reakcji sądownictwa karnego (wiktyimizacja wtórna)¹³. Wzrost liczby ujawnionych przestępstw z nienawiści, które można było zauważyć w ostatnich latach może - przynajmniej w części - polegać na tym, że gotowość do zgłoszenia tych czynów ze strony społeczeństwa znacznie wzrosła na skutek procesu cywilizacyjnego¹⁴. Ten proces doprowadził właśnie do tego, że znacznie wzrosła wrażliwość społeczeństwa na dyskryminację rasową, etniczną i religijną. Ażeby uzyskać lepszy przegląd odnośnie częstotliwości, form zjawiskowych i negatywnych konsekwencji przestępstw na tle nienawiści i na temat niebezpiecznych aktywności grup nienawiści, Kongres USA uchwalił w 1990 r. „ustawę związkową o statystyce przestępstw z nienawiści”. Ustawa ta nakłada na Prokuraturę Generalną USA obowiązek odrębnego zbierania i oceniania ujawnionych przestępstw z nienawiści. Ma ona za zadanie także wzmacniać gotowość ofiar do zgłaszania tych przestępstw oraz zwiększyć gotowość prokuratury do wnoszenia aktów oskarżenia. Efekty, jakie uzyskano przez tę ustawę są raczej mizerne, ponieważ meldunki policji dotyczące tych przestępstw są dobrowolne. Przestępstwa z nienawiści są trudne do rozpoznania i - jak wynika z dotychczasowego doświadczenia - są często przez policję bagatelizowane¹⁵. Ponadto policja nie jest prze-

szkolona odnośnie statystycznego ujmowania tych przestępstw¹⁶. Dlatego też ustalono dotąd w USA tylko 5.000 przestępstw z nienawiści w ciągu roku, z tego zresztą tylko 31 mordów o tej motywacji w roku 1992¹⁷.

VI. PRZYCZYNY

Istnieją trzy teorie, które próbują wyjaśnić powstanie przestępstw z nienawiści. Teoria marginalizacji uwzględnia społeczne punkty widzenia. Teoria braków socjalizujących orientuje się według sprawcy. Dla teorii dynamiki grupowej istotne są grupowe perspektywy.

1. Teoria marginalizacji

Dla tej teorii istotne jest upośledzenie marginalnych grup społecznych. Żyją one z małymi szansami na wykształcenie i na dostęp do zawodu; stan bezrobocia tej grupy w stosunku do reszty społeczeństwa jest wyższy od przeciętnej; ich dochody i warunki mieszkaniowe są gorsze. Jednocześnie niechęć społeczeństwa w stosunku do tej grupy jest widoczna w muzyce, humorze, sztuce i polityce. Istnieją rasistowskie kawały, komiksy i „heavy-metal” muzyka. W aktach przemocy młodych ludzi przemienia się ich społeczno-ekonomiczne upośledzenie, społeczno-strukturalna przemoc¹⁸ w przemoc personalną¹⁹. Sprawcy są tylko nosicielami symptomów. Jest to bardziej przemoc strukturalna, która się konkretyzuje w personalnej przemocy.

2. Teoria braków społecznych

Występuje ona w trzech wersjach:

- Młodzi brutalni przestępcy pochodzą z rodzin znajdujących się w wysokim stopniu rozkładu. Rodziny są rozbite, związki społeczne w rozpłyce. Ze względu na te mankamenty społeczne uczą się gotowości używania przemocy w rodzinie, szkole, grupie rówieśników, w pracy zawodowej i w trakcie spędzania wolnego czasu (transfer przemocy).

- Młodzi brutalni przestępcy przejmują społeczne uprzedzenia. Usiłują nie poznać grup potencjalnych ofiar i ich członków. W rodzinach, w szkole i w sąsiedztwie uczą się społecznych stereotypów: wszyscy członkowie grupy ofiar są określani jako brudasy, leniuchy, jako osobnicy łasi na pieniądze, głodni władzy i jako niszczyciele cywilizacji.

- Młodzi brutalni przestępcy są wychowywani w duchu osobowości akceptujące autorytety²⁰. Są poddawani surowej i pełnej grozy dyscyplinie. Dzięki temu ich uczucie własnej godności jest słabo rozwinięte. Ażeby je wzmocnić identyfikują się z silnymi, z agresorami. Pogardzają rzekomo mniej wartościowymi i słabszymi członkami społeczeństwa: kolo-

rowymi, obcymi, Żydami, a także homoseksualistami. Ze względu na autorytatywną strukturę ich charakterów odczuwają poczucie własnej wartości za zagrożone, atakują grupy spoza ich kręgu, głównie marginalne i mniejszościowe, ludzi, którzy reprezentują wartości odbiegające od ich własnych.

3. Teoria dynamiki grupowej

Ta teoria posiada trzy różne formy.

a. Teoria subkultury przemocy

Według tej teorii²¹ naucza się przemocy i ideologii na sukcesach i na modelu w grupie rówieśników. W procesie grupowego nauczania naśladuje się przemoc; która jest, uwzględniając jej efekt jako wzmacniający grupę, definiowana jako godna przyjęcia. Przemoc jest - w opinii grupy - koniecznym środkiem, ażeby grupę bronić; ona jest - razem biorąc - dla niej radosnym, podniecającym, pełnym napięcia doświadczeniem, które pozwala członkom grupy popaść w ekstazę.

b. Teoria deprywacji

Według tej teorii²² odpowiedzialność za przestępstwa z nienawiści ponoszą relatywne społeczno-ekonomiczne braki (deprywacja) i psychiczna niezdolność (frustracja) zawiedzionych oczekiwań. Grupa młodych sprawców przemocy z niższych sfer czuje się zagrożona przez grupy marginalne i mniejszościowe. Boi się coraz ostrzejszej walki konkurencyjnej o ograniczone dobra, miejsca pracy, o mieszkania i pomoc socjalną oraz o pozycję społeczną i społeczny status. Ofiarom przypisuje się rolę kozła ofiarnego; oni powodują ekonomiczne trudności. Z mentalnością typu „my-oni” podkreśla się prawo silniejszego na sposób darwinizmu społecznego i tym samym odrzuca się pogląd o dopuszczalności bycia innym czy prawa do myślenia inaczej rzekomo słabszym.

c. Teoria identyczności grupowej

Według tej teorii²³ przestępstwa z nienawiści polegają na konflikcie pomiędzy grupą wewnętrzną i zewnętrzną. Konflikt ten oddziałuje szczególnie na członków tych grup. Grupa wewnętrzna, to grupa, z którą identyfikują się liczne jednostki i której czują się członkami na zasadzie my-uczucia. Grupa zewnętrzna to grupa, z którą liczne jednostki porównują się ocennie. Konflikt pomiędzy grupą wewnętrzną i zewnętrzną powstaje przez to, że każda jednostka dąży do osiągnięcia pozytywnej oceny własnej wartości i że ona uzyskuje to uczucie, porównując wartościującą grupę wewnętrzną z zewnętrzną. Stworzenie lub zachowanie tego pozy-

tywnego obrazu grupy wewnętrznej prowadzi - w porównaniu do grupy zewnętrznej - do wyższego osobistego poczucia wartości członków grupy wewnętrznej. Natomiast niemożność utworzenia lub utrzymania obrazu grupy wewnętrznej pociąga za sobą utratę poczucia własnej wartości. Przestępstwa z nienawiści służą grupie w społeczeństwie akceptującym przemoc do potwierdzenia własnej pozycji. Przez te czyny członkowie grupy wewnętrznej, którzy widzą swoją słabą identyfikację za zagrożoną, chcą zdegradować grupę zewnętrzną, ażeby w ten sposób wzmocnić swoje niedostateczne poczucie własnej wartości, łączność i solidarność wewnątrzgrupową na koszt ofiar i ich grupy. Przy czym podatni na tę ideologię przemocy są szczególnie członkowie grupy wewnętrznej, którzy wewnątrz własnej grupy posiadają najniższy status, ponieważ właśnie przez stosowanie przemocy chcą poprawić własny status.

4. Ekskursja: przyczyny przestępstw przemocy przeciwko homoseksualistom

Przestępstwa przeciwko homoseksualistom można wytłumaczyć teorią marginalizacji lub identyfikacji grupowej. Heteroseksualizm jest ideologicznym społecznym systemem, który odrzuca i piętnuje nieheteroseksualne formy zachowania, odmawia identyfikacji, stosunków i wspólnoty²⁴. Chodzi tu o ideologię ucisku (o społeczno-strukturalną przemoc), która znajduje swój wyraz w społecznych zwyczajach, religijnych i prawnych instytucjach, indywidualnych postawach i stylach zachowań. Homoseksualizm jest stygmatyzowany jako bezprawny, grzeszny i chory. Heteroseksualna ideologia definiuje to, co należy rozumieć pod pojęciem „męskość” lub „żeńskość”. Z tego względu, że bardzo wcześnie uczymy się jakie znaczenie mają mieć pojęcia „męskość” i „żeńskość”, dlatego też to tradycyjne pojmowanie wydaje się dorosłym „naturalne”; homoseksualizm jest odrzucany jako nienormalny.

Sprawcami przestępstw przeciwko homoseksualistom są przede wszystkim grupy młodych mężczyzn we wczesnym - do dwudziestego roku życia - wieku, którzy swoimi czynami chcą potwierdzić swoją męskość²⁵. Czynią to raczej bez ryzyka. Nie ryzykują nawet ukarania, ponieważ wiedzą, że ofiara z reguły nie złoży doniesienia na policji. Dwie trzecie ludności potępia homoseksualizm i policja zazwyczaj także nie odczuwa sympatii dla takich ofiar, które przez obojętność, odtrącenie i napiętnowanie ze strony osób należących do ich bliskiego społecznego otoczenia i przez policji ulegają po raz drugi wiktylizacji²⁶. Osobnicy heteroseksualni, którzy zachowują się wrogo w stosunku do homoseksualistów, czynią to często ze strachu, że sami mogliby się okazać ukrytymi

homoseksualistami. Chcą wzmocnić swoją męskość przez to, że atakują homoseksualistów, którzy symbolizują pewien nie do przyjęcia, aspekt ich własnej osobowości. Poprzez popieranie wartościowania swojej własnej heteroseksualnej grupy wewnętrznej chcą jednocześnie podnieść swoje własne poczucie wartości²⁷. Grupa zewnętrzna homoseksualistów i jej członkowie są w związku z tym poniżeni.

VII. ZAPOBIEGANIE

Zapobieganie przestępstwom z nienawiści, wymaga zwrócenia większej uwagi na społeczeństwo, potencjalnych sprawców i ofiary. Środki zapobiegawcze mogą być zrealizowane na trzech płaszczyznach.

Prewencja pierwotna musi być skierowana na społeczeństwo i ma na celu zapobieganie pierwszym czynom.

W pierwszej kolejności powinno się tę nową kryminologiczną kategorię przestępstw z nienawiści wprowadzić do ustawy według anglo-ameerykańskiego wzorca, ponieważ różne rodzaje przestępstw z nienawiści wskazują istotne wspólne cechy kryminologiczne. W dodatku przedstawiają zamachy na nasze pluralistyczne, multikulturowe społeczeństwo i są dlatego szczególnie niebezpieczne.

Dla uzyskania lepszego rozeznania odnośnie częstotliwości występowania przestępstw z nienawiści, odnośnie rozmiaru spowodowanych przez nie fizycznych i psychicznych, szkód, ryzyka stania się ofiarą przez te grupy mniejszościowe, ich zdolności do denuncjacji i stanowiska systemu sądownictwa karnego w stosunku do ofiar przestępstw z nienawiści, trzeba przeprowadzić empiryczne studia na temat możliwości stania się ofiarą oraz przeprowadzić konsultacje z ofiarami. Należy nie tylko pytać potencjalne ofiary przestępstw o to, jak doszło do tego, że stały się ofiarami („victimization surveys”). Należy się także zasięgnąć informacji u samych ofiar przestępstw, których wiktyimizacja jest już znana organom ścigania, o ich doświadczenia odnośnie wiktyimizacji, reakcję na wiktyimizację, jak również odnośnie ich potrzeb²⁸.

Wreszcie prewencja pierwotna powinna się skoncentrować na pytaniu, jak zlikwidować społeczno-ekonomiczne upośledzenie oraz łatwość fizycznego pokrzywdzenia grup mniejszościowych i marginalnych, jak również klimat nienawiści w społeczeństwie. Przy pomocy kampanii przeciwko nienawiści przeprowadzonych przez rząd związkowy i rządy landowe należy popierać gotowość pokojowego współżycia z ludźmi innych krajów, kultur, religii i stylów życia. Dlatego, że sprawcy liczą na poparcie społeczeństwa odnośnie łamania przez nich prawa, pomocne są jednoznaczne wypowiedzi polityków i dziennikarzy jak również demon-

strowanie w życiu publicznym, które uzmysłowi potencjalnym sprawcom, że przestępstwa z nienawiści nie będą tolerowane. W końcu niepoślednią rolę w zapobieganiu tego rodzaju zjawiskom odgrywają szkoły: podczas lekcji i w nowej formie nauczania należy uczyć tolerancji w stosunku do inaczej myślących, akceptowanie różnic i pokojowej strategii rozwiązywania konfliktów. Należy eksponować pozytywne dokonania, które wniosły różne grupy mniejszościowe do naszego pluralistycznego społeczeństwa.

Prewencja wtórna powinna się troszczyć o rozpoznanie grup ryzyka potencjalnych sprawców i działać w tym kierunku, ażeby uniemożliwić popełnianie przestępstw z nienawiści. W ramach tej prewencji tzw. „pracownicy uliczni”- opiekunowie (street worker) powinni próbować dotrzeć na ulicy do zagrożonych młodych ludzi z niższych warstw społecznych, aby pozbawić ich uczucia zagrożenia przez grupy mniejszościowe i marginalne oraz zniwelować ich konkurencyjny sposób myślenia. Program klubów młodzieżowych należy w tym sensie poszerzyć. Wzmocnić też trzeba pomniejszone poczucie własnej wartości u zagrożonych młodych ludzi niższych warstw. Należy działać w tym kierunku, żeby tym zagrożonym mniejszościom nie przypadła rola kozła ofiarnego.

Prewencja trzeciego stopnia powinna zmierzać do zapobiegania powtarzaniu się tego rodzaju czynów i nowej wiktylizacji. Zalecane są w ramach tej prewencji programy pomocy i odpowiedniego traktowania ofiar.

Programy odpowiedniego traktowania ofiar troszczą się o zlikwidowanie psychicznych i społecznych szkód pierwszego stopnia odniesionych przez ofiary i grupy ofiar. W ramach poradnictwa odnośnie interwencji kryzysowej trzeba próbować pomniejszyć uczucia wstydu, samooskarżania się i bezwartościowości u ofiary oraz odbudować jej zaufanie do bliźnich i nadać pewien sens bolesnemu doświadczeniu wiktylizacji. Zagrożonej grupie należy dać odczuć, że nie jest osamotniona i odizolowana, przeciwnie, że jest pożądana i akceptowana w społeczeństwie i że przestępstwa z nienawiści wcale nie wyrażają uczuć większości społeczeństwa.

Programy pomocy ofiarom mają na celu zapobieganie wtórnej wiktylizacji. Liczne osoby zatrudnione w organach ścigania są w stosunku do ofiar zbrodni z nienawiści uprzedzone i stronnicze. Ofiary muszą liczyć się z pogardą i wrogością przed urzędami i sądami. Ich denuncjacje często nie są brane poważnie. Dlatego konieczne jest, aby uświadomić ofierze przebieg postępowania karnego i ograniczoność jego roli, a także towarzyszyć jej na policji i w sądzie.

VIII. KONTROLA

Przestępstwa z nienawiści podlegają kontroli przez ustawodawstwo i w trakcie stosowania ustaw.

W 28 stanch i jednym dystrykcie federalnym w USA uchwalono ustawy, które podwyższają kary w przypadku przestępstwa z nienawiści, ażeby ze względu na ich niebezpieczeństwo uzyskać większy efekt odstraszający. Być może, że ten efekt nastąpił. U skazanego długie kary więzienia wzmacniają raczej jego negatywny rozwój. One powiększają uprzedzenia i skłonność do nienawiści w stosunku do mniejszości, ponieważ nigdzie klimat nienawiści przeciwko mniejszościom nie jest tak rozpowszechniony jak w więzieniu. Przez proces stygmatyzacji i wykluczenia ze społeczeństwa, który związany jest z długimi karami pozbawienia wolności, wzmacnia się tylko związek sprawcy z ideologią nienawiści. Nietelni i młodociani przestępcy muszą być traktowani, ze względu na łatwość wywierania na nich wpływu wychowawczego, według przepisów i stosownie do prawa karnego dla nieletnich. W stosunku do dorosłych recydywistów, którzy są przywódcami i mózgami przestępstw z nienawiści, należy wziąć po uwagę surowsze kary. Jednak nasze niemieckie środki prawnokarne są wystarczające. Nie jest więc konieczne wprowadzenie w drodze ustawy nowej okoliczności obciążającej w przypadku zbrodni z nienawiści.

Naprawienie szkody jako samodzielna i samoistna sankcja karna²⁹ nadaje się dobrze jako reakcja na lekkie i średniociężkie przestępstwa z nienawiści. Sprawcy powinni uznać swoją odpowiedzialność za ofiarę, za zagrożoną grupę i za społeczeństwo, jak również za wyrządzoną przez nich szkodę i postarać się o wyrównanie strat poniesionych przez poszkodowanego. Naprawienie szkody jest w tym przypadku kreatywnym procesem, świadczeniem personalnym i społecznym, które wymaga od sprawcy niełatwego, psychicznego i społecznego aktu przyznania się do czynu i pocieszenia ofiary, czym sprawca przejmuje odpowiedzialność za swój czyn wobec ofiary, poszkodowanej grupy i społeczeństwa. Samo materialne naprawienie szkody jest jednak niewystarczające. Przeciwnie, sprawcy muszą rozpoznać negatywne konsekwencje jakie pociągają za sobą przestępstwa z nienawiści dla ofiary, poszkodowanej grupy i społeczeństwa, powinni je uznać i wyciągnąć z tego odpowiednie wnioski. Sprawcy muszą zrozumieć ile bólu i cierpienia przysporzyli innej istocie ludzkiej.

W przepisie karnym o podjudzaniu do nienawiści narodowej prawnokarna ochrona przeciwko przestępstwom z nienawiści przez zagrożenie karą werbalnych ataków jest w RFN przesunięta już nieco na przedpole

karalności. Inne państwa, jak np. Kanada, Dania i Norwegia mają podobne przepisy, które przewidują kary za akceptowanie ludobójstwa, podjudzanie do nienawiści na forum publicznym i za umyślne popieranie nienawiści rasowej. Te normy karne skierowane przeciwko propagandzie nienawiści mają za zadanie zdusić już w zarodku przestępczość motywowaną nienawiścią. Mimo że rasizm i wrogość w stosunku do obcych w państwach skandynawskich od połowy lat 80-tych znacznie wzrosła, to ustawy antyrasowe w coraz mniejszym stopniu są stosowane przez prokuraturę i sądy. Stawia się również pod znakiem zapytania zgodność ustaw antyrasowych z konstytucją³⁰. Prokuratury i sądownictwo przyznają ochronie prawnej wolności słowa większe znaczenie niż ochronie przed rasowym, etnicznym i religijnym szkalowaniem i zniesławianiem³¹. Kanadyjska komisja reformy prawnej jest zdania³², że ustawy przeciwko nienawiści jako ostatnia możliwość powinny być stosowane restryktywnie. Przepis prawa karnego przeciwko nacjonalnemu podjudzaniu odpowiada potrzebom, ażeby ugodzić w ideologicznych przywódców i planujących przestępstwa z nienawiści, działających za plecami innych. Z tych powodów ta restryktywna praktyka prokuratur i sądów odnośnie przepisów prawnych przeciwko nienawiści w Kanadzie i w skandynawskich krajach jest godna pożałowania.

System sądownictwa karnego musi być uwrażliwiony na przestępstwa z nienawiści. Sądownictwo karne traktuje przestępstwa z nienawiści często nie z tą powagą na jaką one zasługują. Brak jest właściwego zrozumienia dla tego problemu, ażeby nadać mu priorytetowe znaczenie w śledztwie i w postępowaniu karnym, na które w pełni zasługuje. Czy wyspecjalizowane jednostki policyjne, oddziały prokuratur i sądownicze są potrzebne? Aktualnie można ten problem jeszcze pominąć. W każdym bądź razie muszą policjanci, prokuratorzy, sędziowie i pracownicy więziennictwa być dokładnie informowani na temat znaczenia i niebezpieczeństwa przestępstw z nienawiści.

IX. ZAKOŃCZENIE: ZWALCZANIE PRZESTĘPCZOŚCI ZORGANIZOWANEJ MOTYWOWANEJ NIENAWIŚCIĄ

Przestępstwa z nienawiści, popełnione przez grupy nienawiści, zalicza się do przestępczości zorganizowanej. Dlatego trzeba przeciwko takim grupom stosować te same prawnokarne i prawnoprocesowe środki zwalczania jakie się stosuje do walki z przestępczością zorganizowaną. W pierwszej kolejności należy tu brać pod uwagę zastosowanie tajnych wywiadowców i agentów, ażeby móc na czas informować organy ścigania odnośnie niebezpiecznych przestępstw, które planuje grupa nienawiści.

Praca wywiadowcza wewnątrz grupy nienawiści powinna jednakże - w obliczu fanatyzujących członków - okazać się bardzo trudną.

Przeciwko grupom nienawiści, które popełniły ciężkie przestępstwa należy stosować kary majątkowe, które należy wymierzyć przeciwko samej organizacji, a nie tylko przeciwko jej poszczególnym członkom spełniającym przywódcze funkcje³³. Przestępcza bowiem organizacja i jej związki ze społeczeństwem powinny zostać rozbite, a centralne figury grupy przestępczej powinny być w porę prawnie oderwane od swoich ekonomicznych struktur.

Grupy nienawiści są objęte zakazem zakładania przestępczych i terrorystycznych związków i przynależności do nich. Konstytucyjnie zagwarantowana zasada wolności organizacyjnej nie jest przez to naruszona. Przepisy karne przeciwko terrorystycznym związkom bowiem stosuje się w stosunku do grup nienawiści nie dlatego, że atakują one werbalnie inne grupy ludności, lecz ponieważ planują, realizują i uzasadniają przestępstwa z nienawiści. Prawnokarne postępowanie przeciwko grupom nienawiści nie jest, rzecz jasna, wolne od wątpliwości ponieważ przez stosowanie państwowej przemocy będą one „spychane” do obszaru nielegalności, a możliwość obserwacji i kontroli nad nimi będzie znacznie utrudniona. Przez nacisk z zewnątrz rośnie tylko zwartość grupy wewnętrznej.

Przypisy:

1. Adler, F./Mueller, G.O.W./Lauffer, W.S.:Criminology. 2 wyd. New York, St. Louis, San Francisco i in. 1995 r., 245.

2. Berk, R.A.: Thinking about Hate-Motivated Crimes. w: Journal of Interpersonal Violence 5 (1990 r.), 334-349 (341).-

3. Aronowitz A.A.: Germany's Xenophobic Violence: Criminal Justice and Social Responses. w: M.S. Hamm (red.): Hate Crime: International Perspectives on Causes and Control. Highland Heights/KY, Cincinnati/OH 1994 r. 37-69 (48).

4. Bowling B.: Racial Harassment in East London. w: M.S. Hamm (uw. 3), 1-36.-

5. Levin J./McDevitt, J.: Hate Crimes. New York, London 1993 r. 65-114.-

6. Katz J.: Seductions of Crime. New York 1988 r.

7. Hamm M.S.: American Skinheads. The Criminology and Control of Hate Crime. Westport/Conn., London 1993 r.

8. Levin J./McDevitt J. (uw. 5), 11.

9. Bard M./Sangrey D.: The Crime Victim's Book. New York 1979 r.

10. Senatsverwaltung für Inneres (wyd.): Endbericht der Unabhängigen Kommission zur Verhinderung und Bekämpfung von Gewalt in Berlin. Berlin 1994 r. 215.

11. Simme, G.: Soziologie. 6 wyd. Berlin 1983 r. 509-512.

12. Hamm, M.S.: Conceptualizing Hate Crime in a Global Context. w: M.S. Hamm (uw.3), 173-194 (173).
13. National Committee on Violence: Violence: Directions for Australia. Canberra 1990 r. 38-40.
14. Elias N.: Über den Prozeß der Zivilisation. 2 wyd. Bern 1969 r.
15. Karmen A.: Crime Victims. 2 wyd. Pacytic Grove/Cal. 1990 r, 261-267.
16. Reiss, A.J./Roth, A.J. (red.): Undertanding and Preventing Violence. Washington D.C. 1993 r. 77/78.
17. Siegel L.J.: Criminology. 5 wyd. Minneapolis/St.Paul, New York, Los Angeles, San Francisko 1995 r. 319.
18. Galtung J.: Strukturelle Gewalt. Reinbek bei Hamburg 1975 r.
19. Sessar, K.: Ausländer als Opfer. w: P.-A. Albrecht/A.P.F. Ehlers/F. Lamott/C. Pfeiffer/H.-D. Schwind/M. Walter (red.): Festschrift für Horst Schüler-Springorum. Köln, Berlin, Bonn, München 1993 r. 111-121.
20. Adorno T.W./Frenkel-Brunswik, E./Levinson D.J./Nevitt Sanford R.: The Authoritarian Personality. New York, Evanston, London 1950 r.
21. Wolfgang M.E./Ferracuti, F.: The Subculture of Violence. London, New York, Sydney, Toronto, Wellington 1967.
22. Lamnek S.: Ausländerfeindlichkeit als Syndrom-Multidimensionalität des Phänomens und Interdisziplinarität der Analyse. w: P.A. Albrecht i in. (uw.19), 91-110.
23. Pinderhughes, H.: The Anatomy of Racially Motivated Violence in New York City: A Case Study of Youth in Southern Brooklyn. w: Social Problems 40 (1993 r.), 478-492.
24. Herek G.M.: The Social Kontext of Hate Crimes: Notes on Cultural Heterosexism. w: G.M. Herek/K.T. Berrill (red.): Hate Crimes: Confronting Violence against Lesbians and Gay Men. Newbury Park, London, New Delhi 1992 r., 89-104.
25. Harry J.: Conceptualizing Anti-Gay Violence. w: G.M. Herek/K.T Berrill (uw. 24), 113-122.
26. Berrill K.T./Herek, G.M.: Primary and Secondary Victimization in Anti-Gay Hate Crimes: Official Response and Public Policy. W: G.M. Herek/K.T. Berrill (uw. 24), 289-305.
27. Hammer K.M.: Gay-Bashing: A Social Identity Analysis of Violence against Lesbians and Gay Men. w: G.M. Herek/K.T. Berrill (uw. 24), 179-190.
28. Schneider H.J.: Schwerpunkte und Defizite im viktimologischen Denken der Gegenwart. w: G. Kaiser/J.M. Jehle (red.): Kriminologische Opferforschung. Teilband I. Heidelberg 1994 r. 21-41 (23).
29. Schneider H.J.: Kriminologie der Gewalt. Stuttgart, Leipzig 1994 r. 220/1.
30. Björge, T.: Legal Reactions to Racism: Law and Practice in Scandinavia. W: M.S. Hamm (uw. 3), 71-90.
31. Ross J.J.: Hate Crime in Canada: Growing Pains with New Legislation. W: M.S. Hamm (uw. 3) 151-172.

32. Law Reform Commission of Canada: Hate Propaganda. Ottawa 1986 r. 39.

33. *Schneider H.J.*: Einführung in die Kriminologie. 3 wyd. Berlin, New York 1993 r., 156, 158/9.

KRYMINOLOGIA WOBEC NOWYCH ZJAWISK I WSPÓŁCZESNYCH METOD PRZESTĘPCZYCH

1. W ostatnich latach we wszystkich niemal państwach nastąpił wzrost przestępczości i innych przejawów patologii społecznej. Przestępczość zaczęła przybierać nowe, coraz bardziej groźne i skomplikowane formy. Walka z nią, w szczególności przez zapobieganie przestępstwom, stała się jednym z podstawowych zadań państw i społeczeństw.

Niezbędnym warunkiem skuteczności tej walki są badania naukowe dotyczące przestępczości i środków jej zwalczania.

Współcześnie niepomniernie wzrasta rola badań empirycznych, których wyniki powinny być wykorzystane we wszystkich dziedzinach życia, zarówno w bieżących zadaniach organizacji, zarządzania czy produkcji, jak i w prognozowaniu. Badania odgrywają ważną rolę także w zwalczaniu zjawisk patologii społecznej. Ugruntowuje się świadomość, że opracowanie programu profilaktyki - a do tego przecież zmierzają wszelkie realne koncepcje zwalczania przestępczości - musi być poprzedzone dokładną znajomością form, przyczyn i skutków zjawisk przestępczych; znajomość ta jest zaś sumą empirycznie poczynionych ustaleń, które dotyczą interesujących nas zagadnień.

Badaniom kryminologicznym nadano we wszystkich państwach wysoką rangę społeczną. Niezależnie od tradycyjnej niejako działalności rozwijanej przez placówki uniwersyteckie, powstają instytuty i organizacje, których zadaniem jest prowadzenie badań, a także inspirowanie innych instytucji do działalności badawczej. Nie ma już dzisiaj państwa, w którym nie przeprowadzono by badań mających na celu ustalenie właściwych dla danego kraju lub regionu świata przyczyn przestępczości i sposobów jej likwidowania. Jednakże rezultaty badań kryminologicznych oraz planowania i realizacji polityki opartej na tych badaniach okazały się już w ciągu życia jednego pokolenia nie najlepsze. W takiej sytuacji w kryminologii mógł zrodzić się cynizm i nihilizm. „Nie ma żadnych wyników” - stało się sloganem dnia; zaczęła przybierać na sile chęć zaniechania wysiłków w kierunku inżynierii społecznej, będącej cechą naukowego wieku kryminologii oraz chęć powrotu do systemu kar wieku XIX, który nie odbiega daleko od surowości i mściwości wieku XVIII.

W wielu państwach ujawniają się dogmatyczne postawy wobec zwalczania przestępczości¹.

Kryminologia jako narzędzie inżynierii społecznej przeżywa pewien kryzys.

Z inicjatywy Zarządu Głównego Towarzystwa Naukowego Prawa Karnego odbyło się w 1990 r. dyskusja panelowa poświęcona aktualnemu stanowi i perspektywom rozwoju kryminologii w Polsce².

W Polsce rozwój kryminologii nie następował w sposób nieskrępowany. Oceniając bowiem jej osiągnięcia po drugiej wojnie światowej, nie można pominąć charakterystycznego dla tego okresu zjawiska dominowania obowiązującej ideologii w sferze zarówno wyboru tematów badawczych, jak i formułowanych wniosków. Wyrażało się to m.in. w niepodjęciu badań empirycznych nad tymi zjawiskami społecznymi, które z punktu widzenia obowiązujących założeń ustrojowych były tematami drażliwymi i niewygodnymi. Przykładowo można wymienić takie tematy, jak: stosunek społeczeństwa do organów ścigania, zawłaszczanie majątku narodowego przez uprzywilejowane grupy (prominentów), nepotyzm i korupcja na najwyższych szczeblach władzy, nadużycia władzy przez funkcjonariuszy państwowych, punitivność systemu karania.

Nowego ujęcia wymagałaby również problematyka przestępstw gospodarczych, m.in. z uwagi na występującą dysfunkcjonalność systemu ekonomicznego sprzyjającą działaniom przestępczym. Zwrócenie uwagi na to zagadnienie byłoby ponadto tym, że dotychczas zajmowano się głównie dogmatycznym aspektem tego zjawiska.

Na III Kongresie Nauki Polskiej w 1986 r. podkreślano, iż w dotychczasowym dorobku nauk społecznych zbyt wiele uwagi koncentrowano na czynnikach rozwojowych, za mało zaś na poznawaniu, przewidywaniu i przeciwdziałaniu wynaturzeniom, hamulcom, barierom i zagrożeniom społecznym. Badania tego rodzaju były traktowane marginesowo i otaczała je szkodliwa dla nauki i praktyki atmosfera podejrzliwości. Badania zagrożeń funkcjonowania życia społecznego miały często charakter dość powierzchowny, doraźny, a czasami wręcz instrumentalny.

W minionym okresie wiele badań i rozważań polskich kryminologów, bardzo ważnych dla rozwoju tej dziedziny nauki, z uwagą na ukazany w nich krytyczny obraz badanych zjawisk w ogóle nie zostało opublikowanych, bądź ukazały się w okrojonej postaci, dostępne dla wąskiego grona odbiorców.

Za postulatem popularyzacji dokonań kryminologii winno iść ponadto wykorzystywanie proponowanych przez nią wniosków zarówno w sferze działań legislacyjnych, jak również w praktyce stosowania prawa. Sa-

ma bowiem działalność poznawcza w ramach nauki kryminologii nie może spowodować rozwiązania żadnego społecznego problemu. Szczególnie w dziedzinie badań zjawisk patologii społecznej zasadne wydaje się uznanie teorii za podstawę praktyki, a nie za jej przeciwstawienie. Tym bardziej więc dokonania polskiej kryminologii wobec trudnych uwarunkowań jej rozwoju należy uznać za ważne dla poznania przyczyn występowania zjawisk patologii społecznej i profilaktyki.

W chwili obecnej, szukając nowych dróg dla dalszego rozwoju tej dyscypliny nauki w Polsce, należy nie tylko koncentrować się na prowadzeniu badań empirycznych na tematy dotychczas nie podejmowane, ale trzeba podjąć próbę określenia miejsca tej nauki w nowym systemie politycznym.

W ostatnich latach zaznaczył się wyraźny wzrost badań ujemnych zjawisk społecznych. Liczne kongresy i sympozja naukowe przynoszą wiele interesujących materiałów z zakresu symptomatologii i etiologii tych zjawisk. Obserwuje się aktywny udział przedstawicieli różnych dziedzin nauki w podejmowaniu problematyki patologii indywidualnej i społecznej. W ten sposób kryminologia stała się nauką interdyscyplinarną zarówno z uwagi na metody badań, jak i ze względu na ich zakres. W związku z tym rozszerza się coraz bardziej pojęcie „literatury kryminologicznej”. Uprawnienie kryminologii bez znajomości podstawowych siatek pojęciowych m.in. z socjologii, psychologii, pedagogiki, psychiatrii, neurologii, genetyki skazane jest na niepowodzenie. Wyliczenie to ma oczywiście charakter przykładowy.

Wiadomo, iż w zakresie każdej wymienionej nauki ukazuje się rocznie wiele tysięcy publikacji. Tylko po drugiej wojnie światowej ukazało się ponad 100 tys. publikacji poświęconych kryminologii.

W Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej opublikowano w latach 1918-1993 - 157 podręczników kryminologii³.

Istnieje pilna potrzeba nowego spojrzenia na przestępczość. Musi być ona traktowana jako wskaźnik rozmiarów i intensywności zakłóceń w równowadze społeczno-ekonomicznej państwa. Chodzi o dialektykę wzajemnych związków pomiędzy siłą i sprawnością polityczno-ekonomiczną państwa a intensywnością naruszeń prawa.

Liczne nieprawidłowości (np. w sferze organizacji i zarządzania, zabezpieczenia mienia) znajdują swoje szybkie konsekwencje w działaniach przestępczych. Przestępczość jest zjawiskiem wyznaczanym całością przebiegu zasadniczych procesów społeczno-ekonomicznych, politycznych i kulturowych państwa. Można ją oceniać jako barometr stabilizacji społeczeństwa. Stąd adekwatna do rzeczywistości ocena nasilenia, stru-

ktury i dynamiki zjawisk przestępczych staje się warunkiem koniecznym skutecznego korekcyjnego reagowania państwa i obywatela na negatywne zjawiska społeczne.

Przestępstwo dotyka wszystkie klasy społeczne. Stało się bardziej „demokratyczne”. To zjawisko jest szczególnie podkreślone w pracach kryminologów amerykańskich⁴.

Współcześnie wielkiego znaczenia nabiera relacja pomiędzy wojną a przestępczością. Wpływ wojny na przestępczość jest oczywisty. Znanym zjawiskiem jest nasilenie się przestępczości w okresach wojen i bezpośrednio po ich zakończeniu. Niezależnie od tego, czy wojna ma charakter napastniczy czy obronny, powoduje zmianę stosunku do podstawowych dóbr chronionych, takich jak życie, zdrowie, własność, wolność, powoduje przewartościowanie zasad moralnych, regulujących formy współżycia społecznego i sposoby rozwiązywania konfliktów. Przestępstwo jest wyrazem agresji wobec osób lub wartości chronionych albo wyrazem lekceważenia praw współżycia społecznego. Oba te elementy dochodzą bardzo silnie do głosu w przypadku wojny napastniczej⁵.

Agresja i nieposzanowanie praw, a także nieposzanowanie odmienności poglądów leżą często u podstawy zarówno tzw. przestępstwa kryminalnego jak i zbrojnego konfliktu⁶.

Wielkie przemiany, jakie zachodzą we współczesnym świecie nasuwają refleksję, czy prawo w obecnym kształcie będzie trwać w XXI wieku? Nowa filozofia prawa i społeczna kontrola mogą spowodować jeszcze nieprzewidziane zmiany⁷. Wiąże się to także z krytyką obecnie funkcjonującego systemu sprawiedliwości, który jest określany mianem „nie-systemu”. Nie jest on dostatecznie sprawny, skoro w 6% spraw sądowych zapada wyrok skazujący⁸.

Sprawiedliwość to pojęcie równie często używane w języku potocznym, jak i w różnych dyscyplinach naukowych. Ze względu na przedmiot, obiekt oceny wyróżnia się pięć form sprawiedliwości: sprawiedliwość traktowania człowieka i jego dóbr, dystrybutywną, proceduralną, retrybutywną i wewnętrzną⁹.

Wokół pojęcia „sprawiedliwość” koncentrują swoje zainteresowania przedstawiciele różnych dziedzin nauki: filozofowie, prawnicy, ekonomiści, socjologowie, politolodzy, psychologowie. Słowo „sprawiedliwość” pada często w codziennych rozmowach, jest jednym z najważniejszych czynników determinujących charakter stosunków międzyludzkich. Przez wielu obserwatorów życia sprawiedliwość uważana jest za niezbędny warunek racjonalnego funkcjonowania organizacji społecznych, grup i wręcz państwa.

Sprawiedliwie, słuszne interakcje odgrywają rolę w sposób istotny prawie we wszystkich rodzajach sytuacji społecznych i instytucji społecznych: w rodzinie, szkole, zakładzie pracy, szpitalu i w kontaktach przedstawicieli władzy z obywatelem. Ta ostatnia grupa interakcji staje się dziś przedmiotem coraz większego zainteresowania społecznego. Słowa „odpowiedzialność”, „sprawiedliwość”, „wolność”, „zaufanie” w różnych formach gramatycznych pojawiają się niezwykle często w publicystyce światowej. Można przypuszczać, że częste używanie tych pojęć wskazuje na ich wysoką pozycję w hierarchii wartości społecznych i na ich szeroki zakres znaczeniowy.

Spółeczeństwo szuka form zapewnienia sobie bezpieczeństwa i komfortu psychicznego., odpowiedzialnością za stworzenie tego obarcza wymiar sprawiedliwości. Obywatele żądają praw, przestrzegania przepisów prawnych oraz kary za popełnione czyny przestępne. Szczególnie zneużytkowane społeczeństwo XX wieku, w znacznym stopniu narażone na stresy i napięcia, odczuwa coraz większą potrzebę bezpieczeństwa, domaga się ochrony. Dlatego też wymiar sprawiedliwości znajduje się w centrum zainteresowań społecznych, a lęk przed przestępczością powoduje, że przede wszystkim sprawy karne budzą emocje i podlegają ocenie. Przez pryzmat spraw karnych ludzie oceniają wymiar sprawiedliwości.

Jak wskazuje A. Peyrefitte, „Obwinianie sądownictwa jest sprawą dużo poważniejszą niż obwinianie innych władz. Jeśli wszystkie instytucje państwowe tworzą rodzaj konstrukcji mającej zapewnić nam spokój i wiarę w jutro, to wymiar sprawiedliwości stanowi zwrotnik tej konstrukcji. Opinia, jaką cieszy się system sądowy, dobra lub zła, wywiera dodatni lub ujemny wpływ na całe społeczeństwo¹⁰.

Chociaż nasze koncepcje dotyczące natury ludzkiej i przestępczości tkwią już w kulturze świata starożytnego, to właściwie dopiero w XVIII wieku zostały sformułowane nowe zasady dotyczące istoty oraz funkcjonowania natury ludzkiej. Przyczyniły się do tego prace: Voltaire'a, Montesquieu, Benthama i Beccarii¹¹. Wskazać także należy, iż problem przestępstwa i metody jego zwalczania są przedmiotem rozważań filozofów¹². na przykład Fichte w pracy *Science of Rights* zajmował się policją, a Foucault - więziennictwem¹³. Amerykańskie Towarzystwo Filozoficzne (The American Philosophical Association) było sponsorem pracy poświęconej problematyce przemocy¹⁴.

2. W ostatnich latach rozszerza się na całym świecie przestępczość zorganizowana¹⁵.

Na konferencji w Waszyngtonie w 1994 roku stwierdzono, iż przestępczość zorganizowana stanowi większe niebezpieczeństwo dla zachodnich demokracji, niż w przeszłości problem zagrożenia „zimną wojną” („cold war”)¹⁶. Światowe powiązania przestępcze istnieją w każdej dziedzinie aktywności kryminalnej od prania brudnych pieniędzy i fałszerstw środków płatniczych do nielegalnego handlu narkotykami i materiałami nuklearnymi. Zyski z tej przestępczości ocenia się na 1 mld USA. Zyski z prania brudnych pieniędzy wynoszą 500 miliardów USD rocznie. Fałszerstwa środków płatniczych w USA w latach 1992-1993 wzrosły o 300%.

W latach 1992-1994 zarejestrowano 400 przypadków prób sprzedaży materiałów nuklearnych w Niemczech¹⁷.

Mafia włoska ulega modernizacji, drabina feudalna struktur przestępczych nabiera cech nowoczesności. Mafia decyduje o kierunkach działalności przestępstw i roztacza nad nimi „opiekę”¹⁸.

Przemianom politycznym i gospodarczym w Europie Wschodniej towarzyszą nowe zjawiska kryminalne¹⁹. W hierarchii szkód społecznych przestępczość klasyczna (tradycyjna) ustępuje miejsca przestępczości zorganizowanej.

Ponad 5700 gangów rosyjskich kontroluje tereny b. Związku Radzieckiego, około 200 wielkich grup przestępczych utrzymuje stałe kontakty z gangami 29 państw²⁰, przy czym tworzenie nowej policji natrafia na duże trudności ze względu na kulturę starego reżimu²¹.

Aktualnie w Polsce rozwija działalność od 35-40 dużych, dobrze zorganizowanych gangów. Grupa najgroźniejszych polskich szefów gangów, organizatorów największych akcji przestępczych obejmuje ponad 400 osób. Dochodzi do tego blisko 60 grup wywodzących się z Rosji, Ukrainy i Litwy oraz kilka grup międzynarodowych, przede wszystkim z byłej Jugosławii. Niektóre grupy składają się z kilku bądź kilkunastu osób, są jednak i takie, jak chociażby gang pruszkowski, które mają po kilkuset „żołnierzy”.

Polskie gangi zaczęły tworzyć się w latach siedemdziesiątych, ale już we wcześniejszym okresie następowała kryminalizacja sfery gospodarczego życia w Polsce. Zorganizowane grupy przestępcze zagarniały majątek narodowy znacznej wartości.

Otwarcie granic w 1989 roku stworzyło nowe możliwości dla rozwoju przestępczości zorganizowanej²². Nastąpiło zjawisko umiędzynarodowienia polskiej przestępczości zorganizowanej²³.

Bardzo niepokojącym zjawiskiem jest dynamiczny rozwój kontaktów polskich grup z grupami przestępczymi w innych krajach. Dotychczasowe rozpoznanie wskazuje również na międzynarodowy skład osobowy niektórych grup przestępczych działających na terenie Polski, w których występuje obok obywateli polskich zarówno obywatele Europy Zachodniej jak i b. ZSRR z przewagą tych ostatnich. W ostatnim okresie odnotowano obecność w Polsce zorganizowanych grup przestępczych składających się z obywateli wietnamskich. Grupy te posiadają ścisłe powiązania z istniejącymi już od dawna na terenie Europy Zachodniej wietnamskimi organizacjami przestępczymi.

W następstwie zmian politycznych, otwarcie granic, a także w związku z położeniem geograficznym ogólna sytuacja dotycząca używania narkotyków oraz nielegalnego nimi obrotu w Środkowej i Wschodniej Europie uległa znacznemu pogorszeniu. Okoliczności towarzyszące ekonomicznym i społecznym zmianom skutkują wzrostem popytu na środki odurzające oraz znaczną eskalację przestępczości związanej z narkotykami.

Centralne położenie Polski w Europie, gwałtowny rozwój kontaktów międzynarodowych oraz liberalne prawo dotyczące przestępczości związanej z narkotykami ułatwiają współpracę przestępców różnych krajów.

Z opinii ekspertów Interpolu i ONZ oraz informacji policyjnych wynika, że Polska znalazła się w szczególnym zainteresowaniu międzynarodowych grup przestępczych - poszukujących nowych tras przemytu kokainy, heroiny, haszyszu i marihuany. W Europie Zachodniej coraz częściej pojawiają się narkotyki nielegalnie wytwarzane w państwach powstałych po rozpadzie Związku Radzieckiego. Nakrótsza droga przemytu z tych państw na zachodnio-europejskie rynki zbytu prowadzi przez Polskę.

Terytorium naszego kraju można określić jako „pomost” pomiędzy Wschodem a Zachodem służący do przemytu i tranzytu nie tylko narkotyków i substancji psychotropowych - ale również materiałów radioaktywnych, metali kolorowych i broni.

Również sytuacja w kraju związana z nadużywaniem i nielegalnym obrotem środkami odurzającymi ulega systematycznemu pogorszeniu. Wzrasta ilość osób nadużywających i uzależnionych, coraz powszechniej stosowanym środkiem odurzającym - oprócz kompotu - staje się amfetamina i jej przemysł do Niemiec i Szwecji²⁴.

Z analiz wynika, że w najbliższych latach będzie wzrastała rola Polski jako kraju tranzytu narkotyków przez międzynarodowe grupy prze-

stępcze, jak również systematycznie wzrastać będzie przestępczość związana z nielegalną produkcją i obrotem narkotykami w kraju.

Zwalczanie przestępczości międzynarodowej przekracza możliwości jednego państwa. Środki narkotyczne są produkowane w biednych regionach świata, a przede wszystkim sprzedawane w bogatych państwach. Zyski z nielegalnego obrotu narkotykami przerastają sumy wydawane na zbrojenia. Stanowią one niekontrolowany instrument władzy²⁵. Stąd tak wielkie znaczenie należy przypisać rzetelnej współpracy międzynarodowej.

Prognozy wskazują, iż do końca XX wieku nastąpi w porównaniu z 1975 rokiem czterokrotny wzrost współczynników przestępczości. Świadczą o tym badania trendów przestępczości w 78 państwach a dotyczących lat 1975-1986²⁶.

Wobec nowych zjawisk w sferze przestępczości zorganizowanej kryminologia jest bezsilna. Przestępczość zorganizowana w wielu przypadkach ma charakter polityczny, a więc związana jest z transformacją ustrojową. Można także z dużym prawdopodobieństwem stwierdzić, iż transformacja ekonomiczna w państwach Europy Wschodniej odbywa się dzięki środkom finansowym pochodzącym z przestępstwa.

Kryminologia anglo-amerykańska ma wielkie trudności w wyjaśnieniu zmian w krajach Europy Centralnej i Wschodniej oraz ich wpływ na kryminologię życia publicznego²⁷.

Dlatego jest rzeczą pilną prowadzenie interdyscyplinarnych badań dla ustalenia stanu faktycznego i zakresu wpływów politycznych, ekonomicznych i społecznych na kształtowanie się nowej przestępczości. Obecnie nie można już ograniczać się tylko do rejestrowania zagadnień z zakresu symptomatologii kryminalnej. Jest najwyższy czas ku temu, aby zająć się etiologią przestępczości.

3. Przestępczość związana z nadużywaniem władzy przez osoby zatrudnione w aparacie władzy politycznej, administracyjnej lub gospodarczej jest coraz częściej przedmiotem badań naukowych. Wskazuje się na masowość występowania przestępczości związanej z nadużyciem władzy, szkodliwość tego zjawiska oraz konieczność znalezienia skutecznych metod jego zapobiegania. Wskazać także należy, iż intensywny rozwój zjawisk, jak handel międzynarodowy i międzynarodowa wymiana pracowników spowodowały, że przestępstwa związane z nadużyciem władzy nabrały charakteru ponadnarodowego. Temu szkodliwemu procederowi należy zapobiegać bowiem stosunki pomiędzy państwami powinny opierać się na równoprawnych zasadach a nadużycie władzy zrodzone w jednym

państwie nie powinno dosięgać swoimi skutkami obywateli innego państwa²⁸.

Nowym zagadnieniem, któremu w większym zakresie musi także poświęcić uwagę kryminologia, jest „człowiek wobec współczesnych zagrożeń”. Rozwój cywilizacji z jednej strony ułatwia człowiekowi życie, z drugiej zaś komplikuje proces jego egzystencji stwarzając przerażające perspektywy degradacji człowieka. Obserwowany od dłuższego czasu kryzys cywilizacji współczesnej w różny sposób manifestuje się w poszczególnych regionach i państwach naszego globu. Kryzys ten i jego przejawy oraz skutki są przyczyną wielu deformacji, które występują na całym świecie. Ów kryzys ma niewątpliwy wpływ na patologię instytucji i form naszego życia.

„Konsumpcyjny model życia”, prowadząc w skali jednostkowej i zbiorowej do walk o zapewnienie sobie surowców i produktów w możliwie jak największej ilości, wyzwala egoizm, chciwość, zawiść, potęguje antagonizmy i w konsekwencji grozi konfliktem globalnym, mogącym unicestwić życie ludzkie na ziemi.

Cena ludzkiego życia we współczesnym świecie maleje. Coraz częściej człowiek staje się jedynie przedmiotem, dodatkiem do rozwoju cywilizacji, chociaż jest jej twórcą.

Nowym problemem ostatniej dekady XX wieku jest dehumanizacja życia. Następuje zmiana systemu wartości. Wartości moralne ustępują przed kultem pieniądza.

Aktualny staje się więc problem obrony człowieka przed wszelkiego rodzaju zagrożeniami. Zagrożenia te, z uwagi na istotę, etiologię, rozmiary i konsekwencje, można podzielić na 3 grupy:

Zagrożenia indywidualne, związane z biopsychiczną strukturą jednostki. Przykładem mogą być lęki, agresje, narkomania, alkoholizm, nikotynizm, samobójstwo, choroby (somatyczne i psychiczne).

Zagrożenia społeczne, dotyczące dysfunkcjonalności systemu organizacji życia zbiorowego (politycznego, gospodarczego, kulturowego). Przykładem jest przestępczość, nadużycie władzy, biurokracja, niewłaściwy system edukacji i wychowania, kryzys ekonomiczny, dehumanizacja pracy, dezorganizacja rodziny.

Zagrożenia istnienia gatunku ludzkiego, mające z natury rzeczy charakter najbardziej uniwersalny. Do nich należy zaliczyć niszczenie naturalnego środowiska, nuklearne zbrojenia, klęski żywiołowe, głód, chemizację życia.

Podział ten ma charakter umowny. Przecież zagrożenia indywidualne mają związek z zagrożeniami społecznymi, które także wywierają wpływ

na pojawienia się zagrożeń uniwersalnych. Potrzeba jednak usystematyzowania tych zagrożeń skłoniła mnie do wysunięcia zarysu takiej koncepcji.

4. Kryminologia czyni mniejsze postępy, niż kryminalistyka. Wiek XX zaznaczył się gwałtownym rozwojem nauk technicznych i przyrodniczych, na których to naukach opierają się w zasadzie ekspertyzy kryminalistyczne.

Niewątpliwie wiele nauk znajduje zastosowanie w walce z przestępczością, ale kryminalistyka jest właśnie tą dziedziną wiedzy, która nie recypuje w sposób mechaniczny metod badawczych wypracowanych przez inne nauki, lecz twórczo adaptuje je do swoich celów. Dla przykładu można wymienić badania niewidocznych śladów w promieniach ultrafioletu czy podczerwieni, spektrografię, rentgenografię. Ponadto kryminalistyka opracowuje własne metody (daktyloskopia, psychologiczne zasady zbierania i oceny osobowego materiału dowodowego itp.) lub też inicjuje podjęcie badań w kierunku wykorzystania różnych nauk dla podniesienia stopnia efektywności ścigania karnego²⁹.

Ogólny postęp w dziedzinie nauk technicznych i przyrodniczych wywiera duży wpływ na kształtowanie się nowych możliwości badawczych w zakresie kryminalistyki. Elektroniczne maszyny cyfrowe otwierają szerokie perspektywy dla efektywniejszego działania służby informacyjno-rozpoznawczej. Maszyna cyfrowa jest dziełem elektronika, ale zastosowanie jej do celów służby śledczej wymaga zaprogramowania odpowiednich informacji przez kryminalistykę.

Kryminalistyka jako nauka jest stosunkowo młoda, sięga bowiem XIX wieku, ale dlatego może i powinna recypować najnowocześniejsze metody nauk technicznych i przyrodniczych. Z tego też względu na kryminalistykach ciąży obowiązek szybkiej adaptacji osiągnięć tych nauk dla celów rozwoju reprezentowanej przez nich dyscypliny.

U progu XXI wieku, w ostatnich dziesięcioleciach, technika kryminalistyczna, jak i prawie wszystkie dyscypliny nauk przyrodniczych, osiągnęła znaczne postępy, nie pozostawiając już wielu pytań z zakresu ekspertyz w postępowaniu karnym, na które nie można udzielić odpowiedzi nawet z określeniem etopnia prawdopodobieństwa. Wyjątek mogą stanowić jedynie dziedziny, w których dużą rolę odgrywają nowe metody i techniki. Chodzi głównie o elektroniczne techniki transmisji w zakresie fałszerstw dokumentów, określenie wieku różnego rodzaju śladów począwszy od odcisków palców przez ślady narzędzi aż po środki kryjące pisma, ślady postrzałów bądź dokładniejsze ustalenie czasu zgonu³⁰.

Można więc prognozować, że do 2000 roku wiele otwartych pytań znajdzie pewną bądź zbliżoną do pewnej, odpowiedź. Przestępstwo „doskonałe” oddala się coraz bardziej. Ze śladów uzyskuje się ściślejsze informacje i o coraz częściej można ustalić ich związki z konkretnymi osobami.

Więcej specjalistów przy doskonalszej technice laboratoryjnej osiąga dokładniejsze wyniki badań. Nie ma dziś kryminalistyków - omnibusów w całej dziedzinie chemii, fizyki czy biologii kryminalistycznej. W zakresie badań dokumentów są już specjaliści od badań druków, pieczęci, pisma maszynowego, fotokopii, holografii, kinegrafii. Odrębnie organizacyjnie usytuowani są eksperci pisma ręcznego. Oddzielne też są dziedziny lingwistycznej analizy tekstów, rozpoznawania osoby na podstawie głosu.

Wobec tak potężnego naukowego spektrum z coraz nowszą, wyrafinowaną metodyką badań powołane są dziś wielkie państwowe instytuty, prowadzące badania podstawowe, zdolne do realizacji zadań kompleksowych i badań interdyscyplinarnych. Są one w stanie opracować grupy śladów i właściwie oceniać ich współzależność. Instytuty uniwersyteckie nie zajmują się całym zakresem badań, nie organizują porad, konsultacji, podobnie jak w instytutach kryminalistycznych.

Wkraczamy w XXI wiek - „Wiek informacji”. Dla rozwoju techniki kryminalistycznej niezwykle cenna jest wymiana informacji o postępie w dziedzinie różnych nauk, odgrywających ważną rolę w zapobieganiu i zwalczaniu przestępczości. Tak więc wyłania się zagadnienie o wielkiej doniosłości, a mianowicie optymalizacja współpracy międzynarodowej, dzięki której w wielu państwach zmniejszy się deficyt w zakresie teorii kryminalistyki i wyposażenia technicznego laboratoriów³¹.

Kryminologia w zasadzie nie poświęca dostatecznej uwagi metodom przestępczym. Wydaje się, że właśnie ta dziedzina powinna też być przedmiotem badań kryminologicznych.

W komplementarnej ocenie osobowości sprawców nie można pominąć ich zachowanie, a więc taktyki i techniki przestępczej. Ta analiza pozwala na m.in. poznawanie warunków ułatwiających dokonanie przestępstwa, a tym samym sprzyjające jego upowszechnieniu.

Kryminologiczny opis przestępstwa nie jest pełny, jeżeli się nie uwzględni modus operandi sceleris.

Mimo występującej dość wyraźnie linii podziału pomiędzy tymi dyscyplinami nie można zapominać o wzajemnym przenikaniu sfery zainteresowań kryminologii i kryminalistyki. Znajomość kryminologii przyczynia się do pogłębienia problemów wchodzących w zakres krymina-

listyki oraz do skuteczniejszej realizacji zadań przed nią stojących. Dla przykładu można wymienić wyniki badań kryminologicznych dotyczących obyczajów środowisk przestępczych, procesów motywacyjnych działania przestępczego, co w bardzo poważnym stopniu ułatwia tworzenie prawidłowych wersji śledczych. Z drugiej strony kryminalistyka dostarcza wielu informacji o przestępstwie i jego sprawcy dla badań kryminologicznych.

5. W celu zwiększenia skuteczności walki z przestępczością potrzebne jest systemowe podejście do zapobiegania ujemnym zjawiskom społecznym (konieczność ustalenia podstawowych sprzężeń zwrotnych między głównymi sferami życia społecznego: edukacją, szkolnictwem, strukturą demograficzno-zawodową społeczeństwa), a także synchronizacja działań państwowych i społecznych.

Wraz z doskonaleniem organizacji państwowej i społecznej, wraz z ich coraz większą racjonalnością i świadomością zamierzeń, zmniejszanie bądź chociażby tylko utrzymanie rozmiarów społecznego marginesu kest możliwe głównie dzięki odpowiedniej polityce społecznej. Przedmiotem badań stać się muszą wszelkie związki między sposobami ustalania celów polityki społecznej, sposobami wyznaczania preferencji i priorytetów działań społecznych a strukturą, nasileniem i dynamiką zjawisk określanych mianem patologii społecznej.

Ważnym obszarem badań musi stać się także poszukiwanie nowych form społecznego reagowania. Można wyróżnić główne formy indywidualnego reagowania na społeczną patologię: spadek aktywności (wycofanie się), szukanie pomocy u władz i zdanie się na własne siły (autojurysdykcja). Ale wszystkie - w swej izolacji - okazują się niewydolne, frustrujące.

Dzisiejsza rzeczywistość wystarczająco już dyskryminuje postawy wyłącznie „roszczeniowe”, aby ich ograniczoność szerzej tu uzasadniać. Wzrasta świadomość konieczności połączenia wysiłków, zastąpienia indywidualnych działań poczynaniami zbiorowymi, społecznym współdziałaniem. Wszelkie instytucje, zakłady i przedsiębiorstwa powołane do walki z patologią społeczną muszą ulec jak najszybszemu uspołecznieniu. Oto niektóre przykłady sprzeczności czekających na przezwyciężenie:

- społeczeństwo coraz bardziej oczekuje zwiększenia bezpieczeństwa, ładu i porządku, gdy tymczasem możliwości zakłócenia tych stanów przez jednostkę stale „technicznie” rosną;

- wzrostowi poczucia zagrożenia (spadkowi poczucia bezpieczeństwa) towarzyszy wzrost oczekiwań efektywności działań organów ścigania; jednocześnie spada gotowość do ujawniania wykroczeń i przestępstw,

maleje dyspozycja do współpracy z tymi organami w zwalczaniu i zapobieganiu społecznej patologii;

- wzrasta próg przystosowania społeczno-zawodowego (kwalifikacje i sprawności zawodowe), zwiększają się trudności adaptacyjne i stąd *ce teris paribus* rośnie liczba osób społecznie nieprzystosowanych;

- stałemu dążeniu do pełniejszego rozwoju osobowości towarzyszą takie przemiany w procesie pracy, które monotonią przysłowiowej „na-krętki”, mechanicznie wymuszaną rutyną alienują człowieka „ja”;

- dzieci nadal wychowywane są w rodzicielskim świecie wartości, wychowawcy nie akceptują jednak już swych starych wartości, a nowe pozostają w ich świadomości jako byty rachityczne, rozmyte, słabo identyfikowane; w tym właśnie tkwi edukacyjny dramat społecznej socjalizacji - młodzież coraz silniej odczuwa aksjologiczną pokoleniową samotność;

- stale wzrasta atrakcyjność konsumpcji i stale też maleje rola pracy jako stymulatora twórczych działań; odpersonifikowane kredytami akty kupna-sprzedaży modyfikują stosunek do indywidualnej i społecznej własności;

- wzrostowi indywidualnych zasobów materialnych towarzyszy spadek stopnia ich społecznego zabezpieczenia, a zwiększającej się liczbie konsumpcyjnych pokus - rozluźnienie mechanizmów społecznej kontroli ich zaspokajania;

- coraz większa liczba międzyludzkich konfliktów intensyfikuje potrzebę społecznego dialogu, równocześnie pleniąca się biurokracja często dość skutecznie zamyka dla tego dialogu niezbędne instytucjonalne podwoje;

- normatywna reakcja na zjawisko patologii społecznej jest tym bardziej efektywna, im bardziej jednorodne ideologicznie, obyczajowo i moralnie jest dane społeczeństwo; funkcje prawa stają się o wiele bardziej złożone w zbiorowości światopoglądowo zróżnicowanej.

Przytoczone wyżej problemy to tylko niektóre propozycje tematyczne priorytetów dla badań naukowych nad patologią społeczną. Muszą to być jednak badania o szerszym niż dotychczas zakresie. Wyniki studiów powinny trafiać nie tylko do bezpośrednich decydentów, ale i do szerokiej świadomości społecznej. Chodzi o kształtowanie poczucia odpowiedzialności każdego obywatela za stan ładu i porządku, o wyrobienie społecznej skłonności do działań profilaktycznych, powszechnego rozumienia złożoności normatywnie regulowanych procesów społecznych.

Mamy wciąż zbyt wiele nieporozumień między teorią i praktyką. Niezależnie od tego, jak doskonałe warsztatowo byłyby badania, jak za-

sadny praktycznie byłby wybór tematów, sama przez się działalność poznawcza nie rozwiąże przecież żadnego społecznego problemu. Sądzę, że i w przypadku badań zjawisk patologii społecznej czas po temu wielki, aby uznać teorię za podstawę praktyki, a nie za jej przeciwstawienie.

Spółeczeństwo oczekuje, iż państwo każdego dnia zwiększać będzie bezpieczeństwo obywateli, a równocześnie słabo dostrzega fakt, iż każdego dnia wraz ze wzrastającą złożonością życia społecznego rośnie możliwość zakłócenia tego bezpieczeństwa przez aspołeczną jednostkę. Problemem jest więc przewyciężenie tego „częstkowego spojrzenia”, tego niedostrzegania sprzeczności między postawą roszczeniową a obywatelską biernością.

Spółeczeństwo musi wiedzieć, w jakiej mierze spełnienie jego oczekiwań skierowanych pod adresem organów ścigania karnego zależy od samych obywateli, a w jakiej od samych organów. Niezgłaszanie o przestępstwie to premia ofiary dla sprawcy, to stymulacja jego zachowań przestępczych, to swoiste współsprawstwo, współudział. Póblem sprowadza się do rozbudzenia w spółeczeństwie świadomości wiktyologicznej obywateli. Nie może to jednak być świadomość „neurotyczna”, panikarska, czysto roszczeniowa. Spółeczeństwo musi postrzegać owe zagrożenie w sposób adekwatny do rzeczywistości, nie może ulegać koniunkturalnym nastrojom, nie może posługiwać się czysto zdroworozsądkową intuicją, rutynowym uogólnianiem tego, co jednostkowe, sporadyczne, gubieniem tego, co systematyczne i groźne ze względu na powszechność. Póblem sprowadza się do doskonalenia metod społecznych ocen, do zwiększenia ich obiektywnej trafności³².

To wprawdzie państwo usuwa instytucjonalnie skutki zamachu na życie i zdrowie oraz mienie obywateli, to państwo podejmuje się ochrony tych dóbr, płacą jednak sami obywatele. Chodzi o wzrost świadomości tych finansowych obciążeń - obywatel, a nie państwo, płaci za zdemolowane kabiny telefoniczne, za uszkodzone środki transportu publicznego, za „bezinteresowny”, ale kosztowny wandalizm. Wszyscy płacimy podatek od przestępczości. Chodzi o wzrost świadomości takiego podatnika. Już Durkheim pisał, że przestępstwo jest ceną, jaką płaci spółeczeństwo za możliwość postępu³³.

Spółeczeństwo musi zacząć myśleć kategoriami realizmu kryminologicznego, a mianowicie zmniejszyć swą wrażliwość na te przestępcze dolegliwości, które obiektywnie uwarunkowane są ceną przyspieszonego rozwoju społecznego, a zwiększyć swą emocjonalną i racjonalną reaktywność na to, co w przestępczości społecznie subiektywne, co społecznie niedopatrzone, co obywatelsko zlekceważone.

Praworządność i bezpieczeństwo stanowią najwyższe dobra społeczne, a jednocześnie całe społeczeństwo jest za te dobra odpowiedzialne. Dlatego też przestępczość, jej zasięg i rozmiary pozostają i powinny pozostać zawsze w centrum zainteresowania nie tylko organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, lecz również poszczególnych obywateli i środowisk.

Przypisy:

1. *G.O.W. Mueller* w Foreword do książki *B. Hołysta: Comparative Criminology*. Lexington, Massachusetts 1983, s. VII.
2. *L. Tyszkiewicz* (red.): Aktualny stan i perspektywy rozwojowe kryminologii. Konferencja kryminologów polskich, Warszawa 25 stycznia 1990 r., „Przegląd Prawa Karnego”, 1992, nr 5, s. 50 i nast.
3. *R. A. Wright*: A Criminology textbooks, 1918, to 1993; A comprehensive bibliography. „Journal of Criminal Justice Education”, 1994/5/2/, s. 251-256.
4. *M. R. Haskell, L. Yablonsky*: Crime and Delinquency, wyd. III, Chicago 1978, s. V.
5. *B. Hołyst*: War and crime, „Dialectics and Humanism” 1990, nr 3-4, s. 164-171.
6. *J. Groebel, R. A. Hinde* (red.): Aggression and War. Their Biological and Social Bases, Cambridge 1989.
7. *L. T. Wilkins*: Crime and criminal justice at the turn of the century (w:) *J. Munro* (red.): Conflict and Control. Studies in Criminal Justice Management, Cincinnati 1976, s. 500-552.
8. *R. H. Moore Jr.*: The criminal justice non-system (w:) *J. Munro* (red.): Conflict and Control..., s. 5-13.
9. *Z. Zaborowski*: Psychospołeczne problemy sprawiedliwości i równości, Warszawa 1986, s. 14. Por. także *J. Rawla*: Teoria sprawiedliwości, Warszawa 1992.
10. *A. Peyrefitte*: Wymiar sprawiedliwości - między ideałem a rzeczywistością, Warszawa 1987, s. 13, 14.
11. *J. E. Kacoby* (red.): Classics of Criminology, Oak Park 1979, s. 56.
12. *F. Elliston, N. Bowie* (red.): Ethics. Public Policy and Criminal Justice, Cambridge (Mass.) 1982.
13. *M. Foucault*: Discipline and Punishment, New York 1979. 14. *J.A. Shaffer*: Violence. New York 1971, Obecnie ukazuje się wiele publikacji, poświęconych problematyce przemocy. Por. np. *H.J. Schneider*: Kriminologie der Gewalt. Stuttgart, Leipzig 1994 (rec. *B. Hołyst*: „Prokuratura i Prawo” 1995, s. 87-101).
15. Organisierte Kriminalität in Europa. Internationale Expertentagung der Ständigen Konferenz der Innenminister und Senatoren der Länder am 15. März 1990 an der Polizei-Führungsakademie in Münster-Hiltrup. Stuttgart 1990; por. także Bundeskriminalamt (wyd.): Organisierte Kriminalität in einem Europa durchlässiger Grenzen. BKA-Vortragsreihe Band 36, Wiesbaden 1991, *F. Egmond*: Underworlds:

Organized Crime in the Netherlands. Cambridge 1993; *J. Albanese* (red.): Contemporary Issues in Organized Crime, Monsey NY. 1995.

16. *R. Godson, W. J. Olson*: International Organized Crime; Emerging Threat to US Security. Washington D.C. 1993.

17. *L.P. Raine, F.J. Cilluffo* (red.): Global Organized Crime: The New Empire of Evil. Washington D.C. 1994.

18. *D. Cambetta*: The Sicilian Mafia: The Business of Private Protection. Cambridge MA. 1993.

19. *M. Joutsen*: The potential for growth in organized crime in Central and Eastern Europe (w): *J. Albanese* (red.): Contemporary Issues in Organized Crime, op. cit., s. 201-211; *K. Bores, U. Ewald, H. J. Kerner* i inni: (red.): Sozialer Umbruch und Kriminalität in Deutschland, Mittel-und Osteuropa. Godesberg 1994; *A. Marek, W. Pływaczewski* (red.): Kriminologiczne i prawne aspekty przestępczości zorganizowanej. Studia i materiały. Szcztyno 1992; *B. Hołyst*: Die Kriminalität in Polen im Spiegel der politischen Veränderungen. „Die Polizei” 1992, 5, s. 119-125; *E. Pływaczewski*: (red.), Proceder prania brudnych pieniędzy. Studia i materiały, Toruń 1993; *E. Pływaczewski*: Ausgewahlte Fragen des organisierten Verbrechens in Polen. „Recht in Ost und West”, 1995, 1, s. 22-26; *A. Szyszko*: Die Kriminalität in Mitteleuropa im Vergleich zur Kriminalität in Polen (w): Mitteleuropäische Polizeiakademie. Lehrbrief 1995, 1, s. 57-61.

20. *W.A. Clark*: Crime and Punishment in Soviet Officiald Combating Corruption in the Political Elite. Armonk NY 1993.

21. *M. Galeotti*: Perestroika, perestrelka, pereborka: Policing Russia in a time of change. „Europe-Asia-Studies”, 1993, 45/5/, s. 769-786.

22. *M. Killias, P.C. van Duyne, E.U. Savona* i inni: Cross-border crime „European Journal on Criminal Policy and Research” 1993, 1/3/, s. 7-134.

23. Komenda Główna Policji: Analityczne materiały dotyczące przestępczości zorganizowanej, Warszawa 1994.

24. *B. Hołyst*: Narkomania a przestępczość, Warszawa 1993, s. 85 i nast.

25. *L. Souchon*: Sicherheitspolitik und Strategie zu Beginn des 21. Jahrhunderts. „Europäische Sicherheit” 1994, 1/43/, s. 25.

26. United Nations. Crime Trends and Criminal Justice Operations at the Regional and Interregional Levels: Results of The Third United Nations Survey of Crime Trends, Operations of Criminal Justice Systems and Crime Prevention Strategies, New York 1993.

27. *B. Heberton, J. Spencer*: The contribution and limitations of Anglo-American criminology to understanding crime in Central-Eastern Europe. „European Journal of Crime, Criminal La and Criminal Justice”, 1994, 2/1/, s. 50-61.

28. *J. Klingelhofer*: Macht und Machtmissbrauch in der humanistischen Psychotherapie. „Praxis der Psychotherapie und Psychosomatik” 1989, 2; *N. Chomsky*: On Power and Ideology. Boston 1987; *D. Garland*: Punishment and Modern Society. London 1990.

29. *B. Hołyst*: Kryminalistyka. Wyd. VII, Warszawa 1993, s. 7, 8.

30. *W. Steinke*: Kriminaltechnik im Jahre 2000 (w): *E. Kube, H. U. Storzer, K. J. Timm* (red.): Kriminalistik, t. 2, Stuttgart i inne miasta 1994, s. 737 i nast.; „Kriminalistik” 1995, 1, s. 13-20; *S. Evett*: Criminalistics: The future of expertise. „Journal of the Forensic Sciences”, 1993, 3, s. 173 i nast. *B. Hołyst*: Technika kryminalistyczna u progu XXI wieku. „Prokuratura i Prawo” 1995, 5, s. 7-24.

32. *B. Hołyst*: Kryminologia. Wyd. V. Warszawa 1994, s. 12, 13.

33. *E. Durkheim*: The Rules of the Sociological Method. New York 1965, s. 71.

PRZESTĘPCZOŚĆ ZWIĄZANA Z NARKOTYKAMI I JEJ ZWALCZANIE W NIEMCZECH

Zwalczanie przestępczości związanej z narkotykami odgrywa w Republice Federalnej Niemiec wielką rolę i od lat stanowi punkt ciężkości w zwalczaniu przestępczości. W coraz większym stopniu stosuje się również środki prewencyjne, w szczególności programy terapii metadonowej celem leczenia narkomanów.¹ Oprócz tego prawu karnemu, z uwagi na jego funkcję represyjną, przypada w dalszym ciągu centralne znaczenie w efektywniejszym zwalczaniu przestępczości związanej z narkotykami i w walce z samym nadużywaniem środków odurzających. Wreszcie problemy te znalazły odzwierciedlenie w zmianie prawa karnego związanego z narkotykami, która miała miejsce w ostatnich latach i która zasadniczo doprowadziła do znacznego zaostrzenia sankcji karnych. Mimo że prawo karne o środkach odurzających miało w pierwszej kolejności zapobiec nielegalnemu obrotowi narkotykami, to jednak zdecydowanie dominują konsumenci i drobnych handlarzy (dealerów), ponieważ organy ścigania są z reguły najbardziej efektywne tylko wobec tej kategorii sprawców.² W ten sposób zastosowanie prawa karnego popada w konflikt z próbami zapewnienia efektywniejszego zwalczania nadużywania narkotyków, z jednej strony, a pomocą dla uzależnionych od narkotyków, w szczególności przez realizację programów zastępczych, z drugiej strony. Do tego dochodzi jeszcze jedna trudność. Otóż niemiecki ustawodawca przy kształtowaniu prawa karnego dotyczącego środków odurzających zawsze orientował się według międzynarodowych umów i dlatego nie przestrzegał jasno skonstruowanej, jednolitej polityki odnośnie narkotyków, lecz ciągle zawierał politycznie kompromisowe rozwiązania. Stąd nikogo nie powinno budzić zdziwienia, że prawo karne o środkach odurzających, mimo licznych zmian, spotykało się w ostatnich latach z poważną krytyką z punktu widzenia kryminalno-politycznego i prawnokarnego, jak również dogmatycznego.

W niniejszym referacie najpierw będzie dokonany przegląd rozwoju prawa karnego odnośnie środków odurzających i zakresu przestępczości związanej z narkotykami (I.), by na tym tle bliżej przedstawić strukturę prawa karnego dotyczącego środków odurzających (II.). Następnie będą

przedstawione nowsze środki ustawodawcze do zwalczania przestępczości zorganizowanej mające znaczenie dla przestępczości związanej z narkotykami (III.). Później będą naszkicowane propozycje reform w zakresie zwalczania przestępstw związanych z narkotykami (IV.). W końcu będzie przedstawione powiązanie niemieckiego prawa karnego dotyczącego środków odurzających z zasadami prawa międzynarodowego, z których dla niemieckiego ustawodawcy wynikają wąskie granice w przypadku pojawienia się nowej orientacji w przestępczości związanej z narkotykami (V.).

I. ROZWÓJ PRAWA KARNEGO DOTYCZĄCEGO ŚRODKÓW ODURZAJĄCYCH I ROZMIAR PRZESTĘPCZOŚCI ZWIĄZANEJ Z NARKOTYKAMI

1. Przegląd historii powstania prawa karnego dotyczącego środków odurzających

Rozwój niemieckiego prawa karnego dotyczącego środków odurzających rozpoczyna się na początku XX w. W tym okresie czasu środki odurzające miały w Europie przeważnie medyczne i gospodarcze znaczenie.³ Dopiero z inicjatywy USA, które ze względu na szerzącą się konsumpcję opium obawiały się zagrożenia dla własnej ludności, w Hadze została zawarta w 1912 r. Konwencja Międzynarodowa dotycząca opium. Obowiązywała ona sygnatariuszy tego aktu do kontroli handlu opium, morfiną oraz kokainą. Konwencja ta została włączona do wewnętrznego porządku prawnego Rzeszy Niemieckiej w r. 1920 przez uchwalenie ustawy o opium.⁴ Ta ustawa została w 1929 r. poszerzona przez włączenie w jej zakres produktów otrzymywanych z konopi i przez zaostrezenie ówczesnych przepisów prawa karnego.

Konsumpcję narkotyków rozpoznano w Republice Federalnej Niemiec jako problem społeczny dopiero w drugiej połowie lat 60-tych, kiedy to zanotowano drastyczny wzrost nadużyć narkotyków. „Liczba podejrzanych” wzrosła o 100 %; prawie identyczny wzrost miał miejsce rok później. W 1970 r. wskaźnik wzrostu w stosunku do roku poprzedniego wyniósł 400 %, osiągając liczbę 16.188 podejrzanych.⁵ W 1971 r. przestępstwa związane z narkotykami przekroczyły już 1 % całej przestępczości.⁶ Główną przyczyną tego wzrostu był fakt, że w ramach protestu studentów konsumpcja narkotyków była symbolem i zarazem kryterium rozgraniczającym, jak również środkiem podkreślającym odrzucenie wszystkich społecznych konwencji i celów.⁷

Na zmianę sytuacji społecznej ustawodawca zareagował w r. 1971 nowelizacją prawa o środkach odurzających, ponieważ obowiązująca wówczas ustawa opiumowa obejmowała w pierwszym rzędzie tych sprawców, którzy nakłonili lekarza do nielegalnego przepisanie narkotyku, lub przywieźli sobie z Azji opium do własnego użytku. Ustawa ta nie była już w stanie sprostać wymogom nowoczesnego handlu środkami odurzającymi, którym zajmowały się dobrze zorganizowane bandy handlarzy, składające się w większości z obcokrajowców. Z tego powodu powstała ustawa o środkach odurzających (BtMG). Wzrostowi przestępczości związanej z narkotykami usiłowano przeciwdziałać przez odstraszające kary. Najwyższe ustawowe zagrożenie zwiększono z trzech do dziesięciu lat. Ponadto zagrożono również karą już samo posiadanie środka odurzającego. Pomimo tego nadużywanie narkotyków w kolejnych latach szerzyło się coraz bardziej: liczba ujawnionych pierwszych konsumentów (tzn. tych, którzy po raz pierwszy skonsumowali narkotyk) twardych narkotyków wzrosła do końca 1978 do 9.351, a liczba zmarłych z powodu przedawkowania narkotyków osiągnęła cyfrą 623 swój dotychczasowy punkt szczytowy.⁸

Zdecydowana zmiana prawa karnego o środkach odurzających nastąpiła w r. 1981 w związku z wprowadzeniem do ustawy zasady „terapia zamiast kary”.⁹ W ten sposób chciano wprowadzić zróżnicowane traktowanie konsumentów narkotyków i ich różny stopień uzależnienia w ramach wykonywania kary.

W latach 1982 do 1990 doszło jedynie do zmian katalogu zakwalifikowanych jako środki odurzające narkotyków i do stworzenia przepisów przejściowych w ramach Niemieckiej Ustawy Zjednoczeniowej.¹⁰ Temu towarzyszyło zjawisko lekkiego cofania się konsumpcji narkotyków do połowy lat osiemdziesiątych.

Ponowna potrzeba działania powstała w końcu lat osiemdziesiątych z powodu wzmożonej działalności zorganizowanych band handlarzy i ze względu na rosnącą niedolę narkomanów.¹¹ Tak więc liczba deliktów związanych z narkotykami wzrastała stopniowo od 5.000 do 10.000 na rok, tzn. wzrosła z 60.000 do 125.000 w przedziale czasowym pomiędzy 1985 a 1992 r. Dlatego też w 1992 r. uchwalono ustawę o zwalczaniu nielegalnego handlu środkami odurzającymi i innych form zjawiskowych zorganizowanej przestępczości (OrgKG)¹², która przewidywała surowsze kary i nowe możliwości procesowe w celu skuteczniejszego zwalczania zorganizowanej przestępczości.

2. Zakres przestępczości związanej z narkotykami

Pomiędzy rokiem 1992 a 1993 można zauważyć lekki spadek liczby deliktów związanych z narkotykami.¹³ W r. 1993 zarejestrowano 122.240 takich deliktów, przy czym przypadki konsumpcji heroiny i haszyszu, odpowiednio 42 % i 35 %, stanowiły w 1993 r. największy procent. W przeciwieństwie do tego w r. 1994 zanotowano lekki wzrost ilości deliktów związanych z narkotykami (130.000). Przy czym bardzo wzrosła w porównaniu z rokiem ubiegłym liczba zarejestrowanych przypadków związanych z konsumpcją haszyszu, (o 18,3 %), podczas gdy przypadki z heroiną wykazały tendencję spadkową (-8,2 % w stosunku do roku ubiegłego). W przeciwieństwie do tego zanotowano silny wzrost liczby przypadków kokainowych (stopa wzrostu w stosunku do roku poprzedniego wyniosła 27,6 %). Dane powyższe odnoszą się do „starych” landów federacyjnych(= dawne RFN). W „nowych” landach (= dawne NRD) delikty związane z narkotykami, statystycznie rzecz biorąc, odgrywały jeszcze całkiem podporządkowaną rolę (1993: 1.160 przypadków; 1994: 1.910). Liczba konsumentów twardych (mocnych) narkotyków ujawnionych po raz pierwszy wynosiła w 1993 r. 13.009, w 1994 r. 14.512. Na pierwszym miejscu znalazła się konsumpcja heroiny 64,4 % (1993) i 58,6 % (1994), następnie kokainy (odpowiednio 14,9 % i 29,7 %) i (14,5 % i 16,1 %). W 1993 skonfiskowano 1.095 kg heroiny, 1.051 kg kokainy, 19 kg amfetaminy i 13.210 kg haszyszu. W 1994 stwierdzono następujące ilości: 1.590 kg heroiny, 767 kg kokainy, 120 kg amfetaminy i 25.694 kg haszyszu. Liczba policyjnie zarejestrowanych przypadków śmiertelnych związanych z konsumpcją narkotyków, po początkowym silnym wzroście do 1991 (2.125 zmarłych), znacznie spadła. Jednakże liczba zmarłych w związku z narkotykami nie jest pewnym wskaźnikiem dla rozwoju nadużywania środków odurzających, ponieważ powody dla tak wysokiego wskaźnika są wielopłaszczyznowe. Przyczyną może być np. ogólne osłabienie wynikające z długotrwałego nadużywania narkotyków, wzrastająca konsumpcja mieszana i w końcu różny stopień stężenia nielegalnych narkotyków.

Odnosnie podziału na płeć i wiek można stwierdzić, że więcej niż jedna czwarta ustalonych sprawców była w wieku pomiędzy 21 i 25 rokiem życia. W przypadkach konsumpcji haszyszu udział nieletnich, a szczególnie młodocianych (od 18 do 21 roku życia) wykazywał duży odsetek i tak (odpowiednio 14,6 % i 25,7 % w przypadku ogólnych naruszeń przeciwko ustawie o środkach odurzających(BtMG) oraz 9,6 % i 24,7 % w przypadku nielegalnego handlu i przemytu środków odurza-

jących w niemających ilościach). przedstawiciele płci męskiej stanowili 87,6 % podejrzanych, a 12,4 % - płci żeńskiej.

Odnośnie udziału podejrzanych nie będących Niemcami w przestępczości związanej z narkotykami, można stwierdzić, iż prawie 10 % podejrzanych w przypadku nielegalnego handlu i szmuglu było obcokrajowcami, a szczególnie odnośnie kokainy udział ten wynosił nawet więcej niż 50 %. W przypadku nielegalnego importu środków odurzających w niemających ilościach co trzeci podejrzany nie posiadał niemieckiego obywatelstwa, a w przypadku kokainy nawet co drugi.

Te oficjalne dane oddają jednak tylko niekompletnie panującą sytuację odnośnie przestępczości związanej z narkotykami, ponieważ dotyczą one tylko tzw. jasnej strefy. Odnośnie faktycznej liczby tych, którzy są uzależnieni od nielegalnych środków odurzających, istnieją różne dane szacunkowe. I tak dane odnośnie tzw. ciemnej liczby wahają się pomiędzy 60.000 a 100.000 uzależnionych.¹⁴

Szczególnie godny nadmienienia jest jeszcze w tym kontekście aktualny rozwój syntetycznych środków odurzających, który od końca lat osiemdziesiątych przebiegał równolegle do rozwoju systematycznie rosnącej sceny techno.¹⁵ I tak na specjalnie organizowanych techno-spotkaniach są konsumowane szczególnie derywaty amfetaminy MDMA, MDA i MDE ("Extasy"). Ministerstwo Federalne Ochrony Zdrowia skorzystało we wrześniu 1995 r. po raz pierwszy z utworzonej w 1992 r. możliwości wydania zarządzenia w przypadkach nie cierpiących zwłoki i zabroniło cztery środki odurzające, które podpadały pod pojęcie „Extasy”. W samej tylko Północnej Nadrenii i Westfalii skonfiskowano 105.284 pigułek.¹⁶ Jako szczególnie groźne okazało się ostatnio mieszanie derywatów amfetaminy z heroiną, tak że konsumpcja tego środka stwarza niebezpieczeństwo ciężkiego uzależnienia narkotycznego.

II. STRUKTURA PRAWA KARNEGO ODNOŚNIE ŚRODKÓW ODURZAJĄCYCH

Na tle naszkicowanego tutaj rozwoju w Republice Federalnej Niemiec powstało prawo karne odnoszące się do środków odurzających, które można określić następującymi hasłami: totalna prohibicja, penalizacja wszystkich działań związanych ze zdobyciem i posiadaniem narkotyków łącznie z konsumpcją i przymusową terapią.¹⁷ Prawo o środkach odurzających podporządkowuje mianowicie obrót narkotykami państwowej kontroli i w § 3 BtMG statuuje zakaz z zastrzeżeniem udzielenia zezwolenia.¹⁸ Zgodnie z tym obrót środkami odurzającymi jest dopóty zakazany, dopóki nie uzyskano zezwolenia od Federalnego Instytutu Narkotyków

Leczniczych i Produktów Medycznych. Zakazem tym są objęte wszystkie narkotyki wywołujące stany euforii, bez rozróżniania według potencjału zagrożenia pomiędzy „twardymi” narkotykami, takimi jak heroina, które prowadzą do fizycznego uzależnienia i „miękkimi” narkotykami, jak np. haszysz, które pod tym względem są mniej niebezpieczne.

Penalizowane są wszystkie działania, które odnoszą się po stronie oferującej do produkcji, obrotu i przekazywania narkotyków, a po stronie odbiorców, wszystkie działania na przedpolu konsumpcji, jak np. nabywanie i posiadanie narkotyków. Ponadto trzeba jeszcze uwzględnić fakt, że sankcje karne są relatywnie wysokie, w szczególności, jeśli się uwzględni, że mogą one dotyczyć także konsumentów i drobnych dealerów.

Obok pełnej kryminalizacji zbytu i nabywania narkotyków zawarty jest jeszcze BtMG system terapii przymusowej, który wynika z konieczności zapewnienia uzależnionym sprawcom obok kary leczenia samoterapeutycznego. Ustawa (BtMG) przewiduje, że dobrowolna terapia (tak samo jak i sądownie zarządzona przymusowa terapia w zamkniętej lecznicy) sprawia, że najpierw przeprowadza się terapię, a pozostała kara jest warunkowo zawieszona.

1. Przepisy i ich skutki prawne

W BtMG przepisy prawa karnego odnośnie tych środków (czyny bezprawne i wykroczenia) uregulowane są w 6 rozdziale. §§ 29 i n., §§ 29 do 31 i 34 BtMG zawierają przepisy karne łącznie z regulacją o świadku koronnym, podczas gdy § 32 BtMG reguluje przypadki wykroczeń. § 31 a BtMG otwiera pod pewnymi warunkami możliwość odstąpienia od ścigania. W § 33 BtMG uregulowany jest przepadek przedmiotów, których dotyczył czyn bezprawny.

Przepisy §§ 29 i n. BtMG nawiązują do unormowanego w § 3 BtMG zakazu z zastrzeżeniem udzielenia zezwolenia, według którego obrót środkami odurzającymi bez odpowiedniego zezwolenia podlega karze. Zgodnie z wolą ustawodawcy, która wynika z materiałów ustawowych odnośnie różnych nowelizacji BtMG, przepisy karne można podzielić w następujący sposób:¹⁹

a) przestępczość średniej kategorii objęta jest § 29 ust. 1 BtMG, który zawiera obszerny katalog karalnych czynów. Karalna jest w szczególności uprawa, produkcja, handel, wwóz, wywóz, przewóz, sprzedaż, przekazanie jak i inny sposób wprowadzenia do obrotu środka odurzającego, o ile nastąpiło to bez urzędowego zezwolenia. Wprawdzie sama konsumpcja środków odurzających nie jest w ustawie wyraźnie wymieniona, za to jednak nieupoważnione nabycie, posiadanie i zdobycie środ-

ków odurzających stanowią działania karalne, tak że konsumpcja narkotyków *de facto* jest inkryminowana. Usiłowanie ustawodawcy, aby zapobiec konsumpcji narkotyków już na przedpolu, staje się również widoczne w momencie, kiedy klasyfikuje on jako samodzielne typy karalnych działań działania pomocnicze, jak np. stworzenie korzystnych warunków do konsumpcji narkotyków lub przygotowanie środków pieniężnych.²⁰ Udostępnianie uzależnionym od narkotyków sterylnych, jednorazowych zastrzyków nie stanowi, według wyraźnego wyjaśnienia przez ustawodawcę w § 29 ust. 1 zd. 2 BtMG, karalnego działania w tym mianowicie sensie. Sporne jest jednak, czy przygotowanie pomieszczeń leczniczych dla narkomanów powinno być karalne.²¹ Sankcja karna w § 29 ust. 1 BtMG została przez OrgKG podniesiona odnośnie kary pozbawienia wolności do 5 lat lub kary grzywny. W stosunku do najważniejszych postanowień ust. 1 karalne jest karalne i zagrożone karą pozbawienia wolności do roku lub grzywną również usiłowanie według § 29 ust. 2 BtMG. Działanie nieumyślne jest w ściśle określonych przypadkach zgodnie z § 29 ust. 4 BtMG;

b) § 29 ust. 3 BtMG ujmuje przestępczość średniego stopnia, do której zalicza się przypadki zawodowego i bandyckiego trudnienia się handlem środkami odurzającymi oraz zagrożenie zdrowia wielu ludzi. Ustawa przewiduje dla tych przypadków, które w szczególności dotyczą przestępczości związanej z handlem narkotykami, karę pozbawienia wolności od roku do 15 lat (§ 38 ust. 2 kodeksu karnego - StGB)

Następnie do kategorii średniej przestępczości należą zgodnie z § 29 a BtMG przekazanie środków odurzających nieletnim i dzieciom oraz podżeganie i nakłanianie nieletnich i dzieci do uprawiania handlu tymi środkami lub wprowadzania ich do obrotu w inny sposób, albo popieranie jednego z tych działań. Dla tego rodzaju działań ustawa przewiduje również karę pozbawienia wolności nie poniżej roku. § 29a BtMG został wprowadzony przez OrgKG celem zakwalifikowania form modalnych tych niecznych czynów jako zbrodni. Dzięki nowej redakcji tych przepisów zbędna stała się ogólna ocena zachowania się sprawcy, która uprzednio była konieczna, ponieważ § 29 ust. 3 BtMG w starym brzmieniu zawierał tylko wyliczenie najważniejszych przykładów. Jednocześnie nowelizacja § 29 a ust. 1 BtMG dostosowała ten przepis do Konwencji Organizacji Narodów Zjednoczonych z 20.12.1988 r., według której okoliczność, że nieletni cierpią z tego powodu lub są używani do tej przestępnej działalności, należy brać pod uwagę przy ocenie przestępności czynu, jako okoliczność szczególnie obciążająca.²² Ponadto dokonano za wyłączenia rangi tego deliktu do stopnia zbrodni, ażeby umożliwić wyda-

lenie obcokrajowych sprawców zgodnie z § 14 ust. 1 zd. 2 ustawy o obcokrajowcach.²³

c) § 30 BtMG, wprowadzony dopiero przez nowelizację z 1981 r., ocenia te przypadki jako szczególnie niebezpieczne zamachy na higienę (zdrowie) społeczną, w których sprawca działa jako członek bandy lub zawodowo, albo przez przekazanie, rozpowszechnianie oraz pozostawienie środków odurzających powoduje lekkomyślnie śmierć innej osoby. W tych przypadkach zagrożenie karą wynosi nie mniej niż dwa lata. Mimo tego, że ustawa, zgodnie z jej intencją, miała objąć handlarzy środkami odurzającymi,²⁴ w praktyce stosuje się ją raczej do drobnych sprzedawców albo do konsumenta, który podaruje komuś te środki. Przepisem tym jest także objęty ten, kto nakłania inną osobę do samozagrożenia, które następnie prowadzi do śmierci. Podczas gdy przypadki podżegania i pomocnictwa do samookaleczenia i do samobójstwa są bezkarne, prawo karne zawiera związaną z narkotykami wyraźną regulację, która wykacza poza ponad tę obowiązującą ogólnie w prawie karnym regułę akcesoryjności i nakazuje karalność uczestników czynu. Jednocześnie nie istnieją przeciw tej regulacji zastrzeżenia konstytucyjne, ponieważ państwo ma prawo chronić jednostkę przed zachowaniami samoszkodzącymi.²⁵ W praktyce przepis ten nie odgrywa jednakże żadnej roli.²⁶

d) Jako jeszcze cięższy typ przestępstwa kwalifikuje ustawodawca w § 30 a ust. 1 BtMG (wprowadzonym przez OrgKG), uprawę, produkcję, handel, wwóz lub wywóz środków odurzających nie tylko w nie małych ilościach przez bandę, która powstała w celu dokonania powyższych czynów w sposób ciągły oraz zagraża te czyny karą pozbawienia wolności nie poniżej 5 lat. Przez objęcie zakazem wwozu i wywozu reguluje ustawodawca na szczególne zagrożenie wynikające z działalności międzynarodowych band.

Według § 30 b BtMG mogą być ścigane związki kryminalne w sensie § 129 StGB, których cel lub których działalność skierowana jest na nielegalne rozpowszechnianie środków odurzających, a które istnieją w zorganizowanej formie tylko za granicą. W ten sposób chce się zapobiec już w stadium przygotowania naruszaniu bezpieczeństwa i porządku publicznego w Republice Federalnej Niemiec.²⁷ Wprowadzenie tego przepisu było konieczne, ponieważ zgodnie z orzecznictwem najwyższego sądownictwa § 129 StGB obejmuje tylko te związki kryminalne, które, co najmniej od strony formalnej, istnieją wewnątrz państwa jako organizacja częściowa, ale nie takie związki, które działają wyłącznie za granicą.²⁸

e) Według § 29 ust. 5 BtMG istnieje możliwość odstąpienia od ukarania w stosunku do sprawców, którzy posiadają małe ilości środków

odurzających jedynie do własnego użytku, o ile nie występuje szczególnie ciężki przypadek. Przepis ten chce uchronić przed karą i zapisem w rejestrze skazanych osobę, która po raz pierwszy zetknęła się ze środkami odurzającymi. Już w czasie prac ustawodawczych sugerowano zapewnienie bezkarności sprawcom, którzy dopuścili się tych deliktów po raz pierwszy. Wniosek ten jednak odrzucono, ponieważ można by tylko z wielkim trudem rozróżniać pomiędzy konsumentami i dealerami.²⁹ W praktyce przepis ten znajduje przede wszystkim zastosowanie do sprawców, którzy po raz pierwszy z ciekawości weszli w kontakt z narkotykami.³⁰ Jednakże warunkiem zastosowania § 29 ust. 5 BtMG jest fakt, że sprawca ma zamiar sam skonsumować do końca te środki odurzające. Jeśli natomiast ma zamiar podarować chociażby tylko małą ich część, przepisu tego nie stosuje się.

Ponadto w tego rodzaju przypadkach wchodzi w grę według § 31 BtMG złagodzenie albo odstąpienie od kary. Ten przepis wprowadzono na nowo w ramach reformy całościowej prawa o środkach odurzających z 1981 r. i zawiera pierwszą „małą regulację o świadku koronnym”. W ten sposób chciano stworzyć zachętę dla ofiar, które same są inwolwowane w bezprawne czyny, by pomogły w wyjaśnieniu i ściganiu innych ważniejszych deliktów związanych z narkotykami.³¹

W tym okresie czasu istniały już w § 129 ust. 6 i 129a ust. 5 StGB odpowiednie przepisy, które regulowały czynny żal sprawcy i dlatego mogą być potraktowane jako prekursorzy regulacji o świadku koronnym. Według § 129 ust. 6 nr 2 StGB sąd może, według swego uznania, w stosunku do sprawców, którzy dopuścili się już bezprawnego czynu i to w momencie tworzenia kryminalnego lub terrorystycznego związku, karę złagodzić albo odstąpić od ukarania, jeśli sprawca ujawni dobrowolnie swoją wiedzę na ten temat odpowiedniemu organowi i to w takim czasie, aby czynom karalnym, których plany są mu znane, można jeszcze w odpowiednim czasie zapobiec.

§ 31 nr 2 BtMG odpowiada § 129 ust. 6 nr 2 StGB, przy czym w przypadku czynów bezprawnych, którym chce się zapobiec, musi chodzić o określone ciężkie delikty według BtMG. Prawdziwą nowością w stosunku do §§ 129, 129 a StGB jest § 31 nr 1 BtMG.³² Przepis ten służy prewencyjnemu zwalczaniu przestępstw. Według niego ma miejsce złagodzenie kary lub odstąpienie od wymierzania kary, jeśli sprawca przez dobrowolne ujawnienie swojej wiedzy w sposób istotny przyczynił się do odkrycia części czynu, która wykracza poza jego własny wkład. Ujawnienie czynu jest zawsze istotne, jeśli bez jego pomocy czyn ten by w ogóle albo nie w tym zakresie, został odkryty.³³

Zgodnie z § 31 a BtMG wchodzi w grę odstąpienie od ścigania, jeśli winę sprawcy należy zakwalifikować jako małą, brak jest społecznego interesu w ściganiu oraz sprawca uprawia, produkuje, wwozi, wywozi, przewozi, nabywa czy w inny sposób zdobywa bądź wchodzi w posiadanie środków odurzających w małych ilościach i tylko na własne potrzeby. Celem tego wprowadzonego w 1992 r. przez OrgKG, przepisu jest uznanie za zbędne obowiązku sądu do wyrażenia zgody na umorzenie postępowania oraz uzyskanie tą drogą jednolitości w praktyce sądowej odnośnie umorzenia.

W drodze tej regulacji w §§ 29 ust.5, 31 i 31a BtMG podjęto pewne wyrównanie dla przewidzianej w ustawie karalności za posiadanie środków odurzających przeznaczonych do własnego użytku, jak również z powodu braku rozróżnienia pomiędzy twardymi i miękkimi narkotykami. Chciano nie dopuścić do tego, żeby okazyjny, próbujący konsument był kryminalizowany.

f) § 32 BtMG zwalcza, jako wykroczenia, naruszenia przepisów formalnych w legalnym obrocie środkami odurzającymi, tzn. dozwołonym lub w nie wymagającym zezwolenia zakresie. Ujęte są tym przepisem naruszenia obowiązku zgłoszenia lub informacji, które mają umożliwić w przeważającej mierze bezkonfliktową kontrolę i obserwację obrotu środkami odurzającymi.

2. Stwierdzenia zgodności z Konstytucją przepisów karnych BtMG przez Federalny Trybunał Konstytucyjny

Szczególnym politycznie i społecznie spornym problemem w Republice Federalnej Niemiec jest już od lat stosowanie przepisów prawnokarnych wobec konsumentów haszyszku. Ze względu na to, że BtMG nie różnicuje pomiędzy twardymi i miękkimi narkotykami i obejmuje również samo posiadanie miękkich narkotyków, częściowo stawiano nawet pod znakiem zapytania zgodność przepisów karnych BtMG z Konstytucją.³⁴ Federalny Trybunał Konstytucyjny potwierdził jednak wyrokiem z 09.03.1994 zgodność tych przepisów z Konstytucją.³⁵ W następującym tekście powołujemy się krótko na najważniejsze wypowiedzi najwyższego niemieckiego sądu.

Przed wszystkim Federalny Trybunał Konstytucyjny neguje naruszenie przeciwko art. 2 ust. 1 Niemieckiej Ustawy Zasadniczej, który chroni ogólną wolność działania i uzasadnia to w sposób następujący:³⁶ kontakt z narkotykami, szczególnie także ich konsumpcja, nie może ze względu na jego złożone społeczne oddziaływanie i wzajemne współdziałanie być zaliczany do istotnego kręgu prywatnego kształtowania życia

i dlatego podlega ograniczeniu przez konstytucyjny porządek. Ze względu na to, że przepis karny stanowi najostrzejszą sankcję, jaką dysponuje państwo, musi więc on odpowiadać zasadzie proporcjonalności. Z przeprowadzonej analizy wynika, że ustawodawca poprzez te przypisy karne zmierza do realizacji legalnych celów, a mianowicie chce chronić zdrowie jednostki i społeczeństwa przed niebezpieczeństwem, jakie grozi ze strony środków odurzających. Również wspomniane przepisy karne nadają się do ograniczenia rozpowszechniania się narkotyku cannabis w społeczeństwie. Odnosnie konieczności przepisów karnych należy stwierdzić, że jak dotąd nie dysponujemy naukowo uzasadnionym rozeznaniem, które by przemawiało w sposób jednoznaczny za słusnością zagrożenia karą lub za całkowitą wolnością konsumpcji haszyszu. Na podstawie przysługującej ustawodawcy prerogatywie oceny i decyzji, jego decyzja odnośnie karalności jest właśnie z tych powodów zgodna z Konstytucją. Ponadto koncepcja ustawodawcy zakazująca całkowicie konsumpcji haszyszu nie narusza zasady proporcjonalności. W tym zakresie należałoby jednakże dalej rozróżniać pomiędzy pojedynczymi sposobami bezprawnego zachowania, wskazującymi na poważne różnice odnośnie stopnia bezprawia i winy. W ten sposób karanie z powodu handlu haszyszem jest proporcjonalne, ponieważ jest to pod względem niebezpieczeństwa najbardziej intensywna forma kontaktu za środkami odurzającymi. Co się tyczy przekazania, wwozu i przewozu, to uzasadnienie zagrożenia karą wynika z interesu społecznego, ażeby nie dopuścić do niekontrolowanego rozpowszechniania się tego narkotyku. Ale również z nabywaniem i posiadaniem haszyszu związane jest abstrakcyjne zagrożenie dla obcych, ponieważ jest możliwe dalsze przekazanie narkotyku osobom trzecim. Jeśli jednak nabywanie i posiadanie narkotyku w małych ilościach ma tylko przygotować konsumpcję własną, to stopień zagrożenia dóbr prawnych i indywidualnej winy może być znikomy. Dlatego też orzeczenie kary kryminalnej wobec „próbujących” i drobnych okazjonalnych konsumentów są więc nieproporcjonalne. Pomimo tego jednak zagrożenie karą w §§ 29 i n. BtMG nie jest sprzeczne z Konstytucją, wręcz przeciwnie, trzeba w takich przypadkach przez odstępianie od kary bądź ścigania karnego według §§ 153, 153a StPO lub §§ 29 ust. 5, 31 a BtMG uwzględnić małą zawartość bezprawia i winy czynu. Na koniec Trybunał wskazuje na fakt, że nie można poprzestać na dotychczasowej różnej praktyce umarzania postępowań w różnych landach związkowych.

Następnie neguje Federalny Trybunał Konstytucyjny naruszenie art. 2 ust. 2 zd. 1 Ustawy Zasadniczej przez przepisy karne ustawy o środkach odurzających.³⁷ Zgodnie z tym artykułem każdy człowiek ma prawo do

życia, do nietykalności cielesnej oraz do indywidualnej wolności zaś prawa te są gwarantowane jako nienaruszalne. Naruszenie tego podstawowego prawa, zdaniem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, nie miało miejsca, ponieważ obowiązujące prawo nikogo nie zmusza do sięgania po środki odurzające, to leży raczej w sferze odpowiedzialności samego konsumenta. Ponadto negowane jest również naruszenie art. 3 ust. 1 Ustawy Zasadniczej, ponieważ zasada równości nie nakazuje, wszystkie potencjalnie równie szkodliwe narkotyki w tym samym zakresie zabraniać lub dopuszczać. Ustawodawcy wolno więc, według poglądu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, uwzględniać kulturalne osobliwości i tylko kulturowo obce narkotyki zabronić pod groźbą kary.

Wyrok ten spotkał się w literaturze z częściową odmową,³⁸ częściowo jednak z akceptacją³⁹ i z punktu widzenia medyczno-prawnego jest oceniany jako najlepsze rozwiązanie w aktualnym czasie. Procesowe rozwiązanie przy pomocy §§ 153 i n. StPO, §§ 29 ust. 5 oraz 31a BtMG zbliża się Federalny Trybunał Konstytucyjny do współczesnego trendu i czeka na dalszy naukowy rozwój, który umożliwi dokładniejsze dane odnośnie możliwych zdrowotnych zagrożeń.⁴⁰ Oprócz tego wyrok ten, z jednej strony, nie obciąża piętnem kary konsumentów haszyszku, zwraca jednak, z drugiej strony, uwagę na to, że społeczeństwo nie jest gotowe dopuścić do kontaktu z haszyszem bez ograniczenia.⁴¹ Jednak ze względu na gwałtowny, emocjonalnie prowadzony spór nie udało się do dziś wprowadzić tego wyroku Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w życie w całym państwie.⁴² Wiele landów związkowych wydało dyrektywy, które przewidują, że z reguły należy umorzyć postępowanie karne, jeśli ktoś posiada do 6-ciu gramów haszyszku przeznaczonego do konsumpcji własnej i ponadto zgodnie z zasadą oportunistu można odstąpić od kary w zależności od okoliczności i przy znikomej winie oraz braku interesu społecznego, a także w przypadku posiadania większych ilości przeznaczonych do konsumpcji własnej.⁴³

Wybrane przez Federalny Trybunał Konstytucyjny rozwiązanie, posługujące się procesowymi przepisami o umorzeniu postępowania, aby dojść do bezkarności w przypadkach brakującego uzasadnienia dla ukarania danego zachowania, nie może przekonywać. Sens i cel §§ 153 i n. StPO wyraża się w tym, aby umożliwić organom ścigania karnego zrezygnowanie z karania przypadków godnych ukarania i w stosunku do których należałoby ukarać, ale w których nie są jednak spełnione warunki zdolności do ścigania.⁴⁴ Natomiast przypadki, które nie są godne karania ani nie wymagają ukarania, należałoby wyłączyć z zakresu zwolnień od odpowiedzialności karnej na podstawie regulacji materialno-prawnych.⁴⁵

Posiadanie haszyszu do własnego użytku ani nie jest godne karania, ani nie wymaga ukarania. Tu działa zasada, że do autonomicznej decyzji jednostki należy, czy chce ona konsumować miękkie (lekkie), nie prowadzące do uzależnienia narkotyki. Dopiero kiedy konsumenci popadną w zależność i nie mogą już samodzielnie decydować, można mówić o zagrożeniu cielesnym, które legitymuje zastosowanie prawa karnego. Cielesne uzależnienie jest wynikiem nie miękkich, lecz raczej twardych narkotyków. W przypadku miękkich narkotyków istnieje obawa, że konsumenci później przerzucą się na twarde narkotyki. Czy taka przyczynowość naprawdę istnieje, nie zostało jeszcze empirycznie stwierdzone.⁴⁶ Istnieją jedynie punkty zaczepienia odnośnie tego, że przez przyzwyczajenie do miękkich narkotyków obniża się próg strachu w stosunku do twardych narkotyków, a których nabycie będzie ułatwione, ponieważ dyspozytorzy haszyszu sprzedają również twarde narkotyki. Samo to niebezpieczeństwo nie jest wystarczające, ażeby uzasadniać tworzenie abstrakcyjnych typów przestępstw zagrożenia, ponieważ i te wymagają elementu skutku, którym jest niekontrolowane niebezpieczeństwo. W roli instancji kontrolnej występuje jeszcze konsument, który odpowiada w sposób nieograniczony jeszcze przed realizacją niebezpieczeństwa. Ponadto se strony okazjonalnych konsumentów, którzy ograniczają się do miękkich narkotyków nie grozi poważne niebezpieczeństwo przestępczości związanej z zdobyciem narkotyków. Stąd też potrzebne są materialno-prawne regulacje, które nie zabraniają pod groźbą kary posiadania miękkich narkotyków. W przeciwieństwie do tego nie istnieją żadne wątpliwości odnośnie zakwalifikowania posiadania takich narkotyków jako wykroczenia, by wyraźnie podkreślić, że nawet konsumpcja miękkich narkotyków nie odpowiada państwowym wyobrażeniom o porządku społecznym, a także, aby w ten sposób zapewnić policji możliwość interwencji.

3. Traktowanie sprawców uzależnionych od środków odurzających według BtMG

Obok szerokiej kryminalizacji przekazywania i nabywania narkotyków drugim obszarem problemowym w ramach prawa karnego związanego ze środkami odurzającymi jest system przymusowej terapii, który jest odpowiedzią na konieczność, że obok kary musi być zaproponowana terapia samopomocy. Zasada przymusowej terapii jest uregulowana w § 35 i n. BtMG. Przepisy te są wynikiem prób reform z r. 1981, przy pomocy których chciano osiągnąć resocjalizację sprawców uzależnionych od środków odurzających.⁴⁷ Związane z tym hasło „terapia zamiast kary” nie odpowiada jednak w istocie ustawowej regulacji, ponieważ prawo

państwa do karania w takich przypadkach pozostaje w dalszym ciągu aktualne, a § 35 BtMG otwiera tylko możliwość wstrzymania egzekucji prawnej.⁴⁸ Ustawodawca wychodził z założenia, że skuteczna terapia wymaga gotowości uzależnionego od narkotyków do współdziałania we własnej rehabilitacji. Aby uzależnionego do tego kroku skuteczniej motywować przedstawia mu się, z jednej strony, perspektywę rezygnacji z wyegzekwowania kary w zamian za podjęcie dobrowolnej terapii, a z drugiej, trzeba mu powiedzieć jasno, że w razie braku z jego strony gotowości do podjęcia takiej terapii, grozi mu w sposób nieunikniony odbycie kary.⁴⁹

Zastosowania § 35 BtMG następuje wówczas, gdy ma miejsce skazanie na karę więzienia nie większą niż dwa lata i jest pewne, że czyn został popełniony w stanie uzależnienia od środka odurzającego. Ponadto skazany musi z powodu swego uzależnienia znajdować się w trakcie terapii służącej jego rehabilitacji, albo zgodził się już na taką terapię, co do której musi istnieć pewność, że zostanie przeprowadzona. W takim wypadku wstrzymanie wykonania kary leży w zakresie swobodnej oceny urzędu egzekucyjnego, który dla swojej pozytywnej decyzji wymaga zgody sądu. Skierowanie do szpitala psychiatrycznego lub do zakładu odwykowego nie powinno tylko dlatego spotkać się z odmową, ponieważ sąd jest zdania, że cel badania może być lepiej osiągnięty przez elastyczniejsze i lepiej dopasowane do uzależnienia od środków odurzających rozwiązania według § 35 BtMG. Jeśli warunki do umieszczenia w zakładzie odwykowym są spełnione (§ 64 StGB), to sąd musi zastosować te środki probacyjne (poprawy i zabezpieczenia). Zawieszenie wykonania kary według § 35 BtMG jest subsydiarne w stosunku do warunkowego zawieszenia wykonania kary (§ 56 StGB). Ze względu na to, że § 35 BtMG w przeciwieństwie do § 56 StGB nie wymaga pozytywnej prognozy społecznej, jest możliwe zróżnicowane zastosowanie tych środków w przypadku zawieszenia wykonania kary.⁵⁰ W praktyce regulacja § 35 BtMG doprowadziła do tego, że nierzadko wymierzano kary pozbawienia wolności, które nie odpowiadały winie i w ten sposób zmuszano sprawcę do poddania się takiej terapii. W tych przypadkach warunkowe zawieszenie wykonania kary ze wskazaniem poddania się kuracji odwykowej, stanowiłoby stosowną reakcją.⁵¹

W celu kontroli przeprowadzanej terapii, nakłada się zarówno na skazanego jak i na zakład leczniczy określone zobowiązania. Zgodnie z tym należy według § 35 ust. 4 BtMG informować odpowiednie organy o przerwaniu terapii, aby umożliwić odwołanie zawieszenia wykonania

kary. W razie skutecznej terapii umożliwia § 36 BtMG zaliczenie czasu leczenia do kary i warunkowe zawieszenie pozostałej kary.

III. NOWSZE ŚRODKI USTAWOWE DO ZWALCZANIA PRZESTĘPCZOŚCI ZORGANIZOWANEJ, MAJĄCE ZNACZENIE DLA PRZESTĘPCZOŚCI ZWIĄZANEJ Z NARKOTYKAMI

W tym miejscu powinniśmy przedstawić nowsze ustawowe środki do zwalczania przestępczości zorganizowanej, które są nie tylko skierowane przeciwko przestępczości związanej z narkotykami, lecz obejmują również wszystkie formy zorganizowanej przestępczości. Chodzi tu o pranie brudnych pieniędzy, poszerzony przepadek i karę majątkową, jak również o karnoprocesowe środki przymusu.

1. Karalność prania brudnych pieniędzy

Należy przyjąć, że w Republice Federalnej Niemiec obrót finansowy jest wykorzystywany do prania pieniędzy, co ma miejsce szczególnie także w zakresie przestępstw związanych z narkotykami przez gotówkowy i bezgotówkowy transfer z zagranicy do kraju, jak również przez wpłacanie gotówki uzyskanej z drobnych sprzedaży na konta bankowe.⁵²

Pranie brudnych pieniędzy w Republice Federalnej Niemiec nie mogło być ujęte prawnokarnie aż do utworzenia w 1992 r. § 261 StGB przez OrgKG.⁵³ Wprowadzenie tego paragrafu o praniu brudnych pieniędzy nastąpiło nie tylko celem przetransponowania wstępnych ustaleń międzynarodowych.⁵⁴

Ustawodawca był zdania, że pranie brudnych pieniędzy jest punktem, w którym się krzyżują nielegalne dochody z legalnym finansowym obiegiem, który stanowi dogodny punkt zaczepienia dla organów ścigania, aby móc przeniknąć do struktur zorganizowanej przestępczości, śledzić wstecz transakcje i przez pozbawienie finansowych podstaw ugodzić we „wrażliwy punkt” zorganizowanej przestępczości.⁵⁵ Każdy, kto przyjmuje nielegalne dochody jako świadczenie w obrocie handlowym, sam naraża się na karalność. Rozwiązanie to ma izolować sprawcę przestępstwa źródłowego i zarazem zapobiegać przenikaniu pieniędzy do legalnego obiegu gospodarczego.

Z utworzeniem przepisu o praniu brudnych pieniędzy w § 261 StGB unormowano w ust. 10 „małą regulację o świadku koronnym”. Zgodnie z tym przepisem wchodzi w grę złagodzenie kary lub odstąpienie od niej tylko wtedy, jeśli przez zeznanie obwinionego z powodu prania brudnych pieniędzy zostanie ujawniony uprzedni czyn innej osoby.

§ 261 StGB jest uzupełniony przez ustawę o tropieniu zysków z ciężkich czynów przestępnych (ustawa o praniu brudnych pieniędzy) z 25.10.1993 r.,⁵⁶ która nakłada szczególnie na instytucje kredytowe i finansowe pod groźbą kary pieniężnej obowiązki identyfikacji, ustalenia, ewidencji i przechowania. Tak więc każda instytucja przy wydaniu lub przyjęciu gotówki, papierów wartościowych lub metali szlachetnych o wartości 20.000,- DM lub więcej musi zidentyfikować klienta, a dane o nim zarejestrować. W podejrzanych przypadkach w/w instytucje są zobowiązane zawiadomić o tym prokuraturę, po czym muszą przez następne 48 godzin pozostawać do dyspozycji prokuratury, ażeby potwierdzić początkowe podejrzenie odnośnie bezprawnego czynu i prania brudnych pieniędzy oraz odmowy transakcji. Ponadto ze względu na pośpiech wolno transakcję przeprowadzić natychmiast.

Ogólnie rzecz biorąc efektywność tej regulacji ustawy o praniu brudnych pieniędzy jest stawiana pod znakiem zapytania. Tak więc dla przykładu we Frankfurcie na 120 meldunków o podejrzeniu nie przeszkodziło dotąd ani jednej transakcji.⁵⁷

2. Rozszerzony przepadek i kara majątkowa

Niemiecki ustawodawca był zdania, że skuteczne zwalczanie zorganizowanej przestępczości i tym samym także przestępczości związanej z narkotykami zakłada odebranie uzyskanych zysków, ponieważ chęć zysku stanowi właściwą motywację dla kryminalnej działalności i że zyski z tych czynów służą jako kapitał inwestycyjny na przyszłość.⁵⁸ Dlatego wprowadzono przez OrgKG rozszerzony przepadek (§ 73d StGB) i karę majątkową (§ 43a StGB) do StGB. Tymi przepisami, które stanowią jądro ustawy, miano usunąć trudności wynikające z sytuacji, że w posiadaniu sprawców znajdują się wartości majątkowe wskazujące na ich kryminalną proveniencję, a których jednak nie można przyporządkować konkretnie uchwytym czynom bezprawnym.⁵⁹

Rozszerzony przepadek według § 33 BtMG w połączeniu z § 73d StGB umożliwia przepadek przedmiotów, jeśli okoliczności uzasadniają przypuszczenie, że zostały one nabyte celem popełnienia bezprawnych czynów lub są uzyskane przez dokonanie takich czynów. Celem tego przepisu było zamknięcie luk w państwowym systemie pozbawienia sprawców zysków z przestępstwa w przypadkach, w których kara majątkowa ze względu na brak odpowiedniego stopnia winy jeszcze nie została zarządzona, natomiast wartości majątkowe znalezione u uczestników pochodzą z dużym prawdopodobieństwem z popełnienia bezprawnego

czynu.⁶⁰ Ten poszerzony przepadek ma pierwszeństwo przed uregulowaną w § 43a StGB karą majątkową.⁶¹

Kara majątkowa jest, przeciwnie, karą pieniężną, która według § 43a StGB może być zarządzona obok kary dożywotniego lub czasowego pozbawienia wolności na okres powyżej 2 lat. Przy czym sąd rozstrzyga o zapłaceniu pewnej kwoty pieniędzy, której wysokość jest ograniczona wartością majątku sprawcy i którą sąd ma prawo szacować. Według § 43a ust. 3 StGB sąd może ustalić zastępczą karę pozbawienia wolności w przypadku niemożności ściągnięcia kary majątkowej, przy czym najwyższy wymiar tej kary nie może przekroczyć 2 lat, a najniższy jednego miesiąca. Należy przy tym jeszcze pamiętać, że możliwość nałożenia kary majątkowej nie oznacza poszerzenia zakresu odpowiedzialności karnej. Oznacza to, że suma wynikająca z nałożonej kary pozbawienia wolności i zastępczej kary pozbawienia wolności nie może przekroczyć ramy najwyższej ustawowej kary danego typu. Kara majątkowa stanowi także o niwelacji winy i prowadzi w ten sposób do zmniejszenia w istocie zasłużonej kary pozbawienia wolności.⁶²

§ 43a StGB stosuje się tylko, jeśli ustawa wyraźnie wskazuje na ten przepis. Odnosnie prawa karnego związanego z narkotykami, jego zastosowanie wynika z § 30 c BtMG.

W literaturze podnosi się ważne zastrzeżenia przeciwko karze majątkowej odnośnie jej zgodności z Konstytucją.⁶³ Mówi się o tym, że § 43a StGB narusza zasadę winy, ponieważ kara majątkowa dostosowana jest w pierwszej kolejności do wielkości majątku sprawcy, a nie do stopnia ciężkości czynu⁶⁴, co jest sprzeczne z domniemaniem niewinności, ponieważ kryminalne pochodzenie przedmiotu majątkowego nie musi być udowodnione;⁶⁵ jest to sprzeczne z zasadą pewności z art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej, jak również z art. 14, który chroni własność; wykracza to również przeciwko konstytucyjnej zasadzie resocjalizacji, ponieważ kara majątkowa podważa egzystencję całej rodziny.⁶⁶

W przeciwieństwie do tego Federalny Sąd Najwyższy (BGH) w licznych rozstrzygnięciach potwierdził konstytucyjność § 43a StGB, a swoje uzasadnienie oparł na tym, że przepis ten można interpretować zgodnie z Konstytucją.⁶⁷ Tak więc BGH stwierdził, że kara majątkowa - wbrew intencji ustawodawcy - nie może służyć odebraniu zysków, które być może pochodzą z wcześniejszych czynów bezprawnych, ponieważ ustawowa regulacja nie dopuszcza tego rodzaju interpretacji; przeciwnie kara majątkowa jest karą pieniężną, która może być zarządzona tylko w odniesieniu do określonego czynu. Na pytanie, czy to jest sensowne, można wprowadzić założeń, że sprawca skłania się do tego, by ze swoich czynów

czerpać zyski; taka skłonność musi być jednak stwierdzona i nadawać się do postawienia zarzutu w związku z osądzanym czynem. W dalszej kolejności przytaczano, że odnośnie określenia wysokości zastępczej kary pozbawienia wolności można odczytać z ustawy dostatecznie określone kryteria. Ponadto kara pozbawienia wolności i kara majątkowa razem wzięte muszą być proporcjonalne do winy, tak że orzeczenie kary majątkowej prowadzi do zmniejszenia w zasadzie zasłużonej kary pozbawienia wolności i dlatego nie można dopatrywać się w tym naruszenia art. 14 Konstytucji. Ponadto i tu obowiązują ogólne zasady wymierzania kary, w szczególności określone w § 46 ust. 1 zd. 2 StGB, tak więc z tego powodu odebranie całego majątku jest z reguły wykluczone i stąd też nie może dojść do zniszczenia egzystencji.

Restryktywna interpretacja § 43 a StGB, ogłoszona przez BGH jako konieczna, ażeby zdołać zakwalifikować karę majątkową jako zgodną z Konstytucją, - skłania do wniosku, że należało zrezygnować z wprowadzenia tej sankcji, która w innych państwach, jak np. USA odniosła znikomy efekt. Cel, który ustawodawca chciał osiągnąć z wprowadzeniem kary majątkowej tj. odebrać wartości majątkowe, których nie da się przyporządkować do konkretnie namacalnych czynów, nie może być osiągnięty zgodnie z interpretacją najwyższego sądownictwa odnośnie § 43 a StGB.

3. Karno-procesowe środki przymusu

Skuteczne zwalczanie przestępczości zorganizowanej, szczególnie przestępczości związanej z narkotykami nie może być zrealizowane tylko przez podwyższenie wymiaru kary lub stworzenie nowych ustawowych typów przestępstw i konsekwencji prawnych. Wymaga ono jednocześnie efektywnych środków ścigania, które by stały do dyspozycji organów ścigania. Dlatego OrgKG wprowadzono do StPO dodatkowe do tych już istniejących środków przymusu upoważnienia interwencyjne, w przypadku których w przeważającej mierze nie chodzi jednak o nowe upoważnienia, lecz o ustawową wykładnię praktykowanych dotąd metod ścigania, które wynikają z przepisu § 163 StPO.⁶⁸ Ustawowa regulacja tych kompetencji była dlatego konieczna, ponieważ karno-procesowe środki przymusu naruszały sferę podstawowych praw obywateli,⁶⁹ które są szczególnie eksponowane przez Federalny Trybunał Konstytucyjny (BVerfG), jak np. prawo do informacyjnego samookreślenia.⁷⁰ Ten konflikt pomiędzy przesteganiem podstawowych praw, a wzrostem efektywności ścigania karnego odzwierciedla się także w prawnokarnej dyskusji: i tak z jednej strony, mówi się ze względu na nowe i rozszerzone uprawnienia o „redukcji

państwa prawa” i o „państwie policyjnym”,⁷¹ zaś z drugiej strony, ze względu na wąskie ramy ustawowe warunki piętnowane jest to trudne do zniesienia ograniczenie uprawnień urzędów ścigania.⁷²

Najważniejszymi uprawnieniami, które wprowadzono i rozszerzono ustawą o zorganizowanej przestępczości OrgKG do StPO i poszerzono, a które są również istotne dla prawa karnego dotyczącego środków odurzających, są: ściganie sieciowe (systematyczne, rutynowe), podsłuch telefoniczny, stosowanie technicznych środków, jak również udział tajnych agentów. Te uprawnienia interwencyjne nawiązują przy tym z reguły do konkretnego czynu ujętego w określonym przez ustawodawcę katalogu. Ponadto często zawierają one przepisy karno-procesowe, najczęściej klauzule subsydiarności, według których zbadanie stanu faktycznego lub ustalenie miejsca zamieszkania sprawcy w inny sposób jest mniej realne lub bardziej uciążliwe. Częściowo jest ta klauzula ujęta jeszcze wężziej. O zarządzeniu odpowiedniego środka przymusu powinien oczywiście zdecydować sędzia, zaś tylko w przypadku nagłego niebezpieczeństwa może to zrobić prokuratura.

a) W §§ 98a do 98c StPO uregulowane jest ściganie sieciowe. Zgodnie z § 98a ust.1 zd. 1 nr 1 StPO wolno osobiste dane o osobach, które wypełniają kryteria ustaleń wskazujących na określonego sprawcę, porównać maszynowo z innymi danymi, jeśli istnieją wystarczające, faktyczne punkty zaczepienia odnośnie popełnienia czynu bezprawnego o dużym znaczeniu w zakresie nielegalnego obrotu środkami odurzającymi. W ten sposób pragnie się ustalić osoby nie będące podejrzanymi lub takie, które wypełniają dalsze istotne dla dochodzenia kryteria sprawdzające.

b) Zgodnie z § 100a StPO wolno kontrolować i zapisywać rozmowy telefoniczne, jeśli pewne fakty uzasadniają podejrzenie, że ktoś popełnił czyn bezprawny zawarty w katalogu. Ustawą OrgKG określono lekką i ciężką kradzież bandycką, zawodowe i bandyckie paserstwo jako nowe czyny katalogowe. Ustawodawca wychodził z założenia, że przestępczość zorganizowana ma ponaddeliktowy charakter i ściganie takich czynów służy także tłumieniu przestępczości związanej z narkotykami.⁷³ Czyny przestępne zawarte w BtMG były już ujęte, jako czyny katalogowe, przed wydaniem OrgKG.

c) §§ 100c do 101 StPO umożliwiają zastosowanie środków technicznych, które mają znaczenie także do zwalczania przestępczości związanej z narkotykami. I tak § 100c ust. 1 nr 1a StPO zawiera upoważnienie do robienia fotografii i zdjęć, nr 1b zastosowanie innych technicznych środków, które ani nie są zdjęciami, ani zapisami dźwięku (np. radiope-

lengator). § 100c ust.1 nr 2 StPO zezwalał na zastosowanie jeszcze przed wejściem w życie OrgKG niedozwolonego środka ścigania: tj. na podsłuchiwanie i zapisywanie nieoficjalnych wypowiedzi przy pomocy technicznych środków, jeśli określone fakty uzasadniają podejrzenie, że popełniono katalogowy czyn według § 100a StPO. To nie dotyczyło jednak podsłuchu w mieszkaniach i pomieszczeniach służbowych, ponieważ ten zakres jest chroniony przez art. 13 Konstytucji.⁷⁴ Zmiana Konstytucji umożliwiająca wprowadzenie „małego” lub „dużego podsłuchu” (podsłuch w mieszkaniu w obecności tajnego agenta albo nawet pod jego nieobecność) celem ujawnienia czynów bezprawnych jest aktualnie dyskutowana w kręgach politycznych i naukowych.⁷⁵

d) W §§ 110a do 110e StPO uregulowany jest udział tajnych agentów. Według § 110a ust. 1 nr 1 StPO wolno posłużyć się tajnym agentem, o ile występują wystarczające, faktyczne, punkty zaczepienia w kierunku podejrzenia, że popełniono czyn bezprawny o dużej wadze w zakresie nielegalnego obrotu środkami odurzającymi. Do wyjaśnienia zbrodni można posłużyć się tajnymi agentami niezależnie od tego, czy chodzi tu o czyn katalogowy, czy nie, jeśli istnieje niebezpieczeństwo powtórzenia lub wskazuje na to szczególne znaczenie tego czynu. Według § 110 b ust. 1 StPO do zastosowania tajnego agenta niezbędna jest zgoda prokuratury, a według ust. 2 dodatkowo sędziego, jeśli środek ten jest skierowany przeciwko konkretnemu oskarżonemu albo jeśli tajny agent ma wejść do obcego mieszkania. Ze względu na ten podział kompetencji ustawowe rozwiązanie jest krytykowane jako kłopotliwe i nieefektywne.⁷⁶

IV. PRÓBY REFORM W ZAKRESIE PRAWA KARNEGO O ŚRODKACH ODURZAJĄCYCH

Dyskusja na temat reformy prawa karnego w zakresie środków odurzających odżyła na nowo nie tylko dzięki wyżej omówionemu wyrokowi Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Obecnie ministrowie sprawiedliwości poszczególnych landów stoją przed zadaniem porozumienia się odnośnie znaczenia pojęcia „mała ilość” haszyszu, celem osiągnięcia w skali ogólnopaństwowej jednolitej praktyki umarzania postępowań przez prokuratury. Wyobrażenia na ten temat wykraczają jednak w poszczególnych landach częściowo poza te granice i nawiązują do prób reform, które już wcześniej były dyskutowane.⁷⁷ Przy czym debata na temat legalizacji substancji odurzających i dekryminalizacji określonych zachowań stała na pierwszym planie.⁷⁸

1. Legalizacja substancji odurzających

W czasie debaty odnośnie legalizacji substancji odurzających wychodząco w literaturze wielokrotnie z założenia, że rozpowszechnianie kontrolowanych przez państwo narkotyków prowadzi do upadku czarnego rynku, ponieważ marża zysku handlarzy środkami odurzającymi ulegnie pomniejszeniu i przez to zainteresowanie handlem narkotykami zmaleje. Przestępczość związana z zaopatrywaniem się w narkotyki przestanie istnieć, a uzależnieni od narkotyków zostaną uwolnieni od społecznej i fizycznej nędzy. To może również prowadzić do odciążenia policji.⁷⁹ Szczególnie ekonomiści zwracali uwagę na to, że obecna polityka odnośnie narkotyków prowadzi do niedostatku w tym zakresie i przez to czyni handel narkotykami bardzo lukratywnym dla operujących w skali międzynarodowej przestępczych organizacji.⁸⁰ Odnośnie legalizacji produktów konopi argumentuje się dodatkowo, że narkotyk ten nie wywiera szkodliwego działania ani na jednostkę, ani na ogół społeczeństwa. Ponadto można by przez legalizację haszyszu przeprowadzić podział rynku na twarde i miękkie narkotyki i przez to uczynić znowu politykę w zakresie narkotyków wiarygodniejszą, szczególnie w oczach młodzieży.⁸¹ Oprócz tego dyskutuje się również holenderski model „Coffee-Shops”.⁸²

Przeciwko legalizacji substancji odurzających przytacza się następujący argument, mianowicie, że spowoduje to wzrost liczby konsumentów. Czarny rynek reaguje elastyczniej i mimo państwowej konkurencji może współistnieć obok legalnego. Ponadto może dojść do wzrostu przestępczości wtórnej i towarzyszącej.⁸³ Dlatego jest również reprezentowane stanowisko pośrednie, które przewiduje kontrolowane zaopatrywanie w środki odurzające wyłącznie już uzależnionych⁸⁴ i obok tego dalsze zwalczanie nielegalnego rynku narkotykowego środkami prawnokarnymi.⁸⁵ Przeciwnicy legalizacji produktów z konopi wskazują dodatkowo, że nie udowodniono jeszcze nieszkodliwości haszyszu i właśnie analiza sytuacji w Holandii pokazała, że podział rynku jest nie do zrealizowania. Wręcz przeciwnie istnieje niebezpieczeństwo, że Republika Federalna Niemiec przyciągnie w zwiększonym stopniu międzynarodowy handel narkotykami. Legalizacja miękkich narkotyków ma sens, ale tylko w ramach międzynarodowych strategii.⁸⁶ Jeśli się jednak uwzględni, że kraje sąsiedni, szczególnie Holandia, nie karzą za posiadanie miękkich narkotyków,⁸⁷ to zaleca się raczej wprowadzenie odpowiedniego przepisu w prawie o wykroczeniach, który by ujmował posiadanie miękkich narkotyków przeznaczonych do konsumpcji własnej, ponieważ obecnie na podstawie orzecznictwa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego posiadanie narkoty-

ków do własnej konsumpcji mimo wszystko kwalifikowane jest jako bezkarne,⁸⁸ a policji umożliwiłoby się w ten sposób interwencję.

2. Dekryminalizacja określonych zachowań

W trakcie debaty odnośnie dekriminalizacji określonych zachowań żądano zwłaszcza wprowadzenia zasady oportunistu, według której prokuratura powinna mieć prawo odstąpienia od ścigania w wypadkach dotyczących nabycia i posiadania małych ilości środków odurzających do własnego użytku, przy deliktach związanych z nabywaniem narkotyków wyrządzających małą szkodę, jak również przy „małych dyspozycjach” uzależnionych.⁸⁹ Dalszym przejawem dekriminalizacji było przekwalifikowanie typów przestępnych do kategorii zwykłych wykroczeń.⁹⁰

V. WŁĄCZENIE NIEMIECKIEGO PRAWA KARNEGO DOTYCZĄCEGO ŚRODKÓW ODURZAJĄCYCH DO ZALECEŃ PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO

Ograniczone możliwości realizacji naszkicowanych wyżej propozycji reform wiążą się z włączeniem niemieckiego prawa karnego dotyczącego środków odurzających do prawa międzynarodowego oraz zawartych w nim zaleceń. Ten temat omówimy bliżej kładąc główny nacisk na międzynarodowe porozumienia i na ich ograniczony zasięg dla reform niemieckiego prawa karnego związanego z narkotykami, jak również na zwalczanie zorganizowanej przestępczości w tym zakresie przez Europol.

1. Granice reform niemieckiego prawa karnego dotyczącego środków odurzających w związku z porozumieniami międzynarodowymi.

Na kanwie diskutowanych wcześniej propozycji reform prawa karnego dotyczących środków odurzających, a więc odnośnie pytania o legalizację substancji odurzających i dekriminalizację określonych zachowań, należy uwzględnić zobowiązania Federalnej Republiki Niemiec wynikające z ratyfikacji międzynarodowych porozumień na obszarze prawa karnego dotyczącego środków odurzających. Przy czym w konkretnych wypadkach jest wątpliwe, czy te porozumienia w tym zakresie w ogóle pozostawiają reformom obszar swobodnego działania.⁹¹

a) W pierwszej kolejności należy wymienić jednolite porozumienie odnośnie substancji odurzających z 30.03.1961 r. w wersji protokołu z 25.03.1972 r. („Single Convention”),⁹² które zobowiązuje strony umowy do wprowadzenia zakazu posiadania narkotyków wymienionych w załączniku IV o substancjach odurzających, do których należy również ha-

szysz. Zakaz powinien jednak tylko wtedy zostać ustanowiony, kiedy państwo uzna to za odpowiedni środek dla ochrony zdrowia społeczeństwa. Według § 36 ust. 1 tego porozumienia partnerzy tej umowy muszą podjąć niezbędne środki, ażeby zagrozić karą umyślny kontakt z substancjami odurzającymi. Przepis ten obejmuje jednak tylko posiadanie środków odurzających celem dalszego przekazania, ale nie ich posiadanie do własnej konsumpcji.⁹³ Dlatego też Single Convention nie stoi na przeszkodzie częściowej dekryminalizacji prawa karnego o środkach odurzających. Pełna jednak legalizacja miękkich narkotyków w przeciwieństwie do powyższego nie byłaby możliwa, ponieważ przez to doszłoby do skrócenia listy substancji zamieszczonych w tym porozumieniu.⁹⁴

b) Następnie należy wymienić porozumienie o materiałach psychotropowych z 21.02.1971 r.,⁹⁵ które w art. 22 zawiera regulację, która - podobnie jak art. 36 ust. 1 Single Convention - przewiduje karalność obrotu środkami odurzającymi, ale nie ich konsumpcji.⁹⁶ Także i to porozumienie nie stałoby na przeszkodzie dekryminalizacji posiadania haszyszu do własnego użytku.

c) Następną umową, która ma tutaj znaczenie, to porozumienie w Schengen dotyczące stopniowej redukcji kontroli celnej na wspólnych granicach z 19.06.1990.⁹⁷ To porozumienie zobowiązuje umawiające się państwa do ścigania obrotu środkami odurzającymi po stronie oferenta przy pomocy prawnokarnych środków, podczas gdy według art. 71 ust 5 tego porozumienia wybór środków do poskromienia zachowań konsumentów pozostawiony jest wyraźnie do swobodnej decyzji państw.⁹⁸ W konsekwencji także i to porozumienie nie stałoby na przeszkodzie częściowej dekryminalizacji prawa karnego o środkach odurzających.

d) Na koniec w grę wchodzi tu Konwencja Narodów Zjednoczonych Przeciwko Niedozwolonemu Obrotowi Środkami Odurzającymi i Psychotropowymi Substancjami („Konwencja o Środkach Odurzających”) z 20.12.1988 r.⁹⁹, przy czym ustawa wykonawcza do tej Konwencji w Federalnej Republice Niemiec weszła w życie dopiero 28.02.1994 r.¹⁰⁰ Według art. 3 ust. 2 tej Konwencji państwa strony są zobowiązane do penalizacji jako czynu bezprawnego także posiadania środków odurzających dla osobistego użytku, co jednak zostało opatrzone zastrzeżeniem zgodności z każdorazowymi zasadami konstytucyjnymi i z porządkiem prawnym. Co do tego Federalna Republika Niemiec złożyła oświadczenie interpretacyjne, w którym zwraca uwagę na to, że zasady porządku prawnego podlegają ewolucji.¹⁰¹

Jedną z zasad konstytucyjnych, która mogłaby stać na przeszkodzie całościowej kryminalizacji konsumpcji narkotyków, jest zasada bezkar-

ności samonarażania się i samookaleczenia.¹⁰² Jednakże Federalny Trybunał Konstytucyjny (BVerfG) nie dopatrywał się w wyżej cytowanym wyroku, naruszenia Konstytucji przez globalną kryminalizację konsumpcji narkotyków, tak że zastrzeżenie przestrzegania zasad konstytucyjnych w tym względzie wiele nie pomoże.

Mimo to w literaturze reprezentowany jest pogląd, że częściową dekryminalizację da się pogodzić także z Konwencją o Środkach Odurzających. Dlatego proponuje się, aby posiadanie środków odurzających w dalszym ciągu definiować jako czyn bezprawny, karalność jednak opatrzyć dodatkowym warunkiem posiadania określonej ilości środków odurzających na płaszczyźnie znamion ustawowych lub na płaszczyźnie bezprawności.¹⁰³ Według innego poglądu zgodność dekryminalizacji posiadania i nabywania haszyszu w małych ilościach z Konwencją o Środkach Odurzających powinna wynikać już z samej interpretacji Konwencji.¹⁰⁴ W końcu argumentowano, że według art. 3 ust. 11 tej Konwencji opis czynów karalnych i warunków, które wykluczają karalność należy pozostawić prawu wewnątrzpaństwowemu, dlatego w określonych przypadkach państwo może wprowadzić do swojego systemu prawa absolutny warunek wykluczający karę lub uzależnić karalność od obiektywnych warunków karalności (przekroczenie minimalnej ilości).¹⁰⁵

e) W podsumowaniu należy stwierdzić, że w Federalnej Republice Niemiec nie da się pogodzić legalizacji środków odurzających z ratyfikowanymi, i to bez zastrzeżeń, międzynarodowymi porozumieniami, podczas gdy istnieją swobodne obszary działania dla reform, których celem jest częściowa dekryminalizacja, która ogranicza się do posiadania narkotyków li tylko do własnego użytku.

2. Zwalczenie zorganizowanej przestępczości związanej z narkotykami przez Europol

Zważywszy, że zorganizowana przestępczość charakteryzuje się międzynarodowością, więc i jej skuteczne ściganie wymaga międzynarodowej współpracy przy realizacji zadań policyjnych.¹⁰⁶ To obowiązuje tym bardziej w ramach Unii Europejskiej, jako że zniesienie kontroli osobistej na granicach znacznie ułatwia działalność przestępczą.

Z tego powodu państwa członkowskie Europejskiej Wspólnoty uzgodniły w r. 1991 utworzenie jednej europejskiej centrali kryminalno-policyjnej (Europol), której działalność ograniczono najpierw do zakresu przestępczości związanej z narkotykami.¹⁰⁷ Z tej okazji państwa członkowskie postanowiły utworzyć Europol na bazie międzypaństwowej kooperacji i jednocześnie odmówiły ukształtowania Europolu jako organi-

zacji Wspólnoty.¹⁰⁸ Państwa członkowskie były jednak co do tego zgodne, że prawne podstawy Europolu muszą być zapisane w formie Konwencji: pod koniec czerwca 1993 r. ad-hoc-grupa Europolu przedstawiła pierwszy projekt roboczy Konwencji.¹⁰⁹ Państwa członkowskie uznały jednak za konieczne umożliwić współpracę jeszcze przed wejściem w życie tej Konwencji i dlatego w drodze porozumienia na szczepku ministerialnym z 02.06.1993 uzgodniły powstanie specjalnej Jednostki Europolu do Spraw Narkotyków (European Drugs Unit, EDU). Za siedzibę tej jednostki jak i Europolu w ogóle wybrano Hagę; jednostka ta podjęła w styczniu 1994 r. swoją pracę.

10.03.1995 r. Rada Unii Europejskiej podjęła Wspólne Porozumienie odnośnie Jednostki Europolu do Spraw Narkotyków, które zawierało regulację odnośnie celów, obszaru ważności, sposobu postępowania z informacjami, ochrony danych, osobowego i finansowego wyposażenia, jak również odpowiedzialności za działalność tej Jednostki do Spraw Narkotyków.¹¹⁰ To wspólne przedsięwzięcie miało swoje podstawy w postanowieniach na temat współpracy w zakresie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych Umowy w Maastricht (art. K 1 i n.). Według art. 2 tego Wspólnego Porozumienia zadaniem Jednostki Europolu do Spraw Narkotyków jest wymiana i analiza (także osobowych) informacji i przekonań odnośnie nielegalnego handlu narkotykami, nielegalnego handlu materiałami radioaktywnymi i nuklearnymi, przestępczości związanej z przemycaaniem ludzi i przemytem samochodów, jeżeli dotyczy to dwóch lub więcej państw członkowskich. Ta Jednostka zajmuje się między innymi członkami organizacji kryminalnych, jak i praniem brudnych pieniędzy. Pomoc przy zwalczaniu wspomnianych kryminalnych działań powinna nastąpić obok wymiany informacji w dalszym ciągu przez wypracowanie ogólnych raportów sytuacyjnych i analiz przestępczych na podstawie informacji nie dotyczących konkretnych osób. Jednostka Europolu do Spraw Narkotyków nie realizuje funkcji śledczych, lecz służy głównie przekazywaniu informacji, np. odnośnie dotychczasowych kar, aktualnych dochodzeń i śledztw, miejsc pobytu, miejsc znalezienia narkotyków oraz rozpoznania tras szmuglu.¹¹¹ Podstawą prawną dla wymiany informacji są każdorazowe państwowe ustawy, natomiast pozostałe wchodzące w grę przepisy prawne i wskazówki udzielane są przez państwa członkowskie. Zgodnie z art. 3 i 4 tego Wspólnego Porozumienia wymiana informacji odbywa się przy zastosowaniu tzw. oficerów łącznikowych, którzy są oddelegowani przez państwa członkowskie do Hagi, i którzy mają dostęp do państwowych systemów informacyjnych. Tak zdobyte informacje będą przekazywane dalej łącznikowi państwa zapytującego zgodnie

z przepisami państwowymi odnośnie ochrony danych, a w Niemczech jeszcze przy włączeniu Ombudsmena do Spraw Ochrony Danych.

Poszerzenie zakresu zadań Jednostki Europolu do Spraw Narkotyków można osiągnąć po wejściu w życie Konwencji Europolu, nad którą aktualnie toczą się prace. Odnośnie tego problemu jednakże należy się liczyć z dużą wstrzemięźliwością ze strony państw członkowskich Unii Europejskiej.

Przypisy:

1. Bliżej na ten temat *Kreuzer/Wille*, *Drogen-Kriminologie und Therapie*, 1988, passim; Przegląd literatury u *Stvera*, *Methadon - Eine juristische Durchsicht aktueller Literatur zur Substitutionsbehandlung*, *KrimJ* 1992, 116 i n.
2. *Eisenberg*, *Kriminologie*, 2. wyd. 1985, § 45 nr 73 z dalszymi dowodami.
3. *Körner*, *Legalisierung und Abschaffung des Drogenstrafrechts*, *StV* 1991, 579; *Schütz/Scheifele*, *Drogenkriminalität und ihre Bekämpfung*, 2. wyd. 1993, s. 7.
4. *RGBl.* 1921 I, 2.
5. Por. *Bundeskriminalamt* (wyd.) *Polizeiliche Kriminalstatistik Bundesrepublik Deutschland*, Berichtsjahr 1979, 1980, s. 150.
6. *Schütz/Scheifele*, *Drogenkriminalität und ihre Bekämpfung*, s. 16.
7. *Coignerei-Weber/Hege*, *Drogenabhängigkeit und Straffälligkeit*, *MschKrim* 1981, 136.
8. *Bundeskriminalamt* (red.), *Polizeiliche Kriminalstatistik Bundesrepublik Deutschland*, Berichtsjahr 1994, 1995, s. 232 i n.
9. *BGBI.* 1981 I, 681 i n.
10. *Joachimski*, *Betäubungsmittelgesetz - BtMG* -, 5. wyd. 1994, Wprowadzenie nr 8.
11. *Joachimski*, *Betäubungsmittelgesetz*, Wprowadzenie nr 9; odnośnie tego z punktu widzenia empiryczno-statystycznego *Leune*, w: *Jahrbuch Suchtgefahren*, 1991, s. 30 i n.; *Reuband*, w: *Jahrbuch Suchtgefahren*, 1989, s.41 i n., 1990, s. 113 i n.
12. *BGBI.* 1992 I, 1302 i n.
13. Bliżej na temat rozwoju przestępczości związanej z narkotykami *Bundeskriminalamt* (wyd.), *Polizeiliche Kriminalstatistik Deutschland*, Berichtsjahr 1994, 1995, s. 226 i n.
14. Por. dowody u *Schwinda*, *Kriminologie: Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen*, 6.wyd. 1995, § 24 nr 5 i n.
15. Zob. na ten temat *Forstenhäusler*, *Synthetische Drogen*, *Kriminalistik* 1993, 533 i n.; *Hirschfeld*, *Techno-Szene und Drogen*, *Kriminalistik* 1995, 253 i n.
16. *Hirschfeld*, *Kriminalistik* 1995, 255.
17. *Köhler*, *Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittel strafrecht*, *ZStW* 104 (1992), 3 i n.

18. Bliżej na ten temat *Lundt/Schiwy*, Betäubungsmittelrecht und Suchtbekämpfung, Stand 15.07.1994, § 3, s. 1 i n.
19. *Joachimski*, Betäubungsmittelgesetz, § 29 nr 1 i n.
20. Por. także *Joachinski*, Betäubungsmittelgesetz, § 29 nr 2.
21. *Körner*, Betäubungsmittelgesetz - ein gesetzgeberischer Flickenteppich, StV 1994, 516; *Stegherr*, Zur Zulässigkeit sogenannter Gesundheitsräume, NSTZ 1995, 322 i n.
22. Por. Uzasadnienie projektu ustawy o zwalczaniu nielegalnego handlu środkami odurzającymi i innych form zjawiskowych przestępczości zorganizowanej, BT-Drucks. 12/989, s. 55.
23. Por. Uzasadnienie projektu ustawy o zwalczaniu nielegalnego handlu środkami odurzającymi i innych form zjawiskowych przestępczości zorganizowanej, BT-Drucks. 12/989, s. 30.
24. Por. Uzasadnienie projektu ustawy celem nowelizacji prawa o środkach odurzających, BT-Drucks. 8/3551, s. 37.
25. Dokładniej na ten temat *Köhler*, ZStW 104 (1992), 15 i n.
26. *Joachimski*, Betäubungsmittelgesetz, § 30 nr 1.
27. Por. Uzasadnienie projektu ustawy o zwalczaniu nielegalnego handlu środkami odurzającymi i innych form zjawiskowych przestępczości zorganizowanej, BT-Drucks. 12/989, s. 31.
28. BGHSt. 30, 328 i dalsze dowody.
29. *Joachimski*, Betäubungsmittelgesetz, § 29 nr 378.
30. *Joachimski*, op. cit. nr 379.
31. Por. Uzasadnienie projektu ustawy nowelizacyjnej prawa o środkach odurzających, BT-Drucks. 8/3551, s. 47.
32. *Jung*, Der Kronzeuge - Garant der Wahrheitsfindung oder Instrument der Überführung?, ZRP 1986, 41.
33. *Joachimski*, op. cit. § 31 nr 14.
34. Tak np. *Köhler*, ZStW 104 (1992), 37 i n.; *Kuckelsberg*, Die Vereinbarkeit einer Reform des Betäubungsmittelgesetzes mit internationalen Übereinkommen, JA 1994, 19.
35. BVerfGE 90, 145 i n.
36. BVerfGE 90, 171 i n.
37. BVerfGE 90, 195 i n.
38. *Ambos*, Recht auf Rausch?, Anmerkungen zu den Entscheidungen des Zweiten Senats des BVerfG z 09.03.1994 und des Kolumbianischen Verfassungsgerichts vom 05.05.1994, MschrKrim 1995, 47 i n.; *Nelles/Velten*, Einstellungsvorschriften als Korrektiv für unverhältnismäßige Strafgesetze, NSTZ 1994, 366 i n.; *Schneider*, Haschisch im sanktionsfreien Raum - das Konsumverhalten im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, StV 1994, 390 i n.
39. *Gusy*, Anmerkung zum Beschluss des BVerfG z 09.03.1994, JZ 1994, 863 i n.; *Kreuzer*, Die Haschisch-Entscheidung des BVerfG, NJW 1994, 2400 i n.

40. Odnośnie oceny niebezpieczeństwa haszyszu por. *Körner*, Betäubungsmittelgesetz, 4. wyd. 1994, załącznik C 1 nr 229 i n.

41. Tak *Schreiber*, Die Entscheidung des BVerfG zum strafrechtlichen Problem Haschisch aus medizinisch-juristischer Sicht, ZRP 1994, 428 i n.

42. Por. na ten temat *Klinger*, Für einen rationalen Umgang mit Drogenkonsumenten, NJW 1994, 2977 i n.

43. Przegląd odnośnie już przedłożonych dyrektyw można znaleźć u *Körnera*, Anmerkung zum Urteil des BayOblg z 14.02.1995, StV 1995, 531 in.

44. *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, Strafprozeßordnung, 42. wyd. 1995, § 153 nr 1 i n., 153 a nr 2.

45. Odnośnie konieczności materialno-prawnej zmiany ustawy *Bllinger*, Grenzenloses symbolisches Strafrecht, KritJustiz 1994, 405 i n.; *Nelles/Velten*, NStZ 1994, 366 in.; *Schneider*, StV 1994, 392 i n.

46. *Kreuzer et al.*, Drogenabhängigkeit und Kontrolle. Phänomenologische Untersuchung über Kriminologie des Heroinkosums und polizeiliche Drogenkontrolle, 1981, 173.

47. *Joachimski*, op. cit., nr 1 i n. przed § 35; *Lundt/Schiwy*, Betäubungsmittelrecht und Suchtbekämpfung, uwagi wstępne do §§ 35 do 38, s.1 i n.

48. *Malek/Neuffer*, Grundzüge des Betäubungsmittelstrafrechts, NJ 1991, 342.

49. Raport Komisji do Spraw Młodzieży, Rodziny i Zdrowia, BT-Drucks. 8/4283, s. 6.

50. *Lundt/Schiwy*, op. cit., uwagi wstępne do §§ 35 do 38, s.1.

51. Zob. na ten temat Erfahrungsbericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des neuen Betäubungsmittelgesetzes, BT-Drucks. 10/843, s. 25 i n.

52. Por. Uzasadnienie projektu ustawy do zwalczania nielegalnego handlu środkami odurzającymi i innych form zjawiskowych zorganizowanej przestępczości, BT-Drucks. 12/989, s. 26.

53. Blżej na ten temat *Arzt*, Geldwäscherei - Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafreitelung und Begünstigung, NStZ 1990, 2 i n.; *Otto*, Geldwäsche, § 261 StGB, Jura 1993, 329 i n.

54. Blżej na ten temat *Carl*, Kampf gegen die Geldwäsche - Gesetzliche Maßnahmen der EG und der Bundesrepublik, Wistra 1991, 288 i n.; *Lampe*, Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§261 StGB), JZ 1994, 125.

55. Uzasadnienie projektu ustawy do zwalczania nielegalnego handlu środkami odurzającymi i innych form zjawiskowych zorganizowanej przestępczości, BT-Drucks. 12/989, s.26.

56. BGBl. 1993 I, 1770 i n.

57. Tak prezydent Federalnego Urzędu Kryminalnego (BKA) *Zachert*, cyt. przez *Heckenbergera*, Organisierte Kriminalität- ein Blick in die Welt, Kriminalistik 1994, 237 i n.; por. także *Boetticher*, Internationale organisierte Wirtschaftskriminalität, ZRP 1995, 147; *Körner*, Verfolgung der Geldwäsche, Kriminalistik 1994, 195 i n.; dalsze dowody u *Lacknera*, Strafgesetzbuch, 21. wyd. 1995, § 261 nr 2 i n.

58. Uzasadnienie projektu ustawy o zwalczaniu nielegalnego handlu środkami odurzającymi i innych form zjawiskowych przestępczości zorganizowanej, BT-Drucks. 12/989, s.1.

59. Por. Uzasadnienie projektu ustawy o zwalczaniu nielegalnego handlu środkami odurzającymi i innych form zjawiskowych przestępczości zorganizowanej, BT-Drucks. 12/989, s. 22.

60. Por. Uzasadnienie do projektu ustawy o zwalczaniu nielegalnego handlu środkami odurzającymi i innych form zjawiskowych przestępczości zorganizowanej, BT-Drucks. 12/989, s.23.

61. BGH StV 1995, 17; 19.

62. BGH StV 1995, 245 i n.

63. Reasumując na ten temat *Barton/Park*, Anmerkung zu den Beschlüssen des BGH z 10.05. i 06.07.1994, StV 1995, 17 i n.; *Dreher/Trönde*, Strafgesetzbuch, 47. wyd. 1995, § 43 a nr 3; *Lackner*, § 43 a nr 1, każdorazowo z dalszymi dowodami.

64. *Eser*, Neue Wege der Gewinnabschpfung im Kampf gegen die organisierte Kriminalität?, w: Festschrift für Stree und Wessels, 1993, s. 839; *Köhler/Beck*, Gerechte Geldstrafe statt konfiskatorischer Vermögenssanktionen, JZ 1991, 800; *Krey/Dierlamm*, Gewinnabschpfung und Gelwäsche, JR 1992, 357; *Meyer*, Gewinnabschpfung durch Vermögensstrafe, ZRP 1990, 88; *Weßlau*, Neue Methoden der Gewinnabschpfung?-Vermögensstrafe, Beweilaumkehr-, StV 1991, 234.

65. *Köhler/Beck*, JZ 1991, 799.

66. *Eser*, w: Festschrift für Stree und Wessels, s. 838; *Krey/Dierlamm*, JR 1992, 356; *Meyer*, ZRP 1990, 87; *Perron*, Vermögensstrafe und Erweiterter Verfall, JZ 1993, 918 i n.; *Weßlau*, StV 1991, 234.

67. BGH NSTZ 1994. 429 i n.; StV 1995, 16 i n.; 17; 19; 245 i n.

68. *Hilger*, Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG, NSTZ 1992, 457; *Krner*, Die Strafrechtspraxis im Labyrinth neuer Betäubungsmittelrechtsbestimmungen, NJW 1993, 237.

69. Por. na ten temat *Hilger*, NSTZ 1992, 457; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, Strafprozeßordnung, nr 1 przed §§ 94 i n.

70. BVerfGE 65, 1 i n.

71. Zob. odnośnie tego dowody u *Krey/Haubrich*, Zeugenschutz, Rasterfahndung, Lauschangriff, Verdeckte Ermittler, JR 1992, 310 przyp. 5; *Möhrenschlager*, Das OrgKG - Eine Übersicht nach amtlichen Materialien (część 2), wistra 1992, 326 przyp. 1.

72. Tak *Burghard*, Bilanz der Irrwege, Kriminalistik 1992, 595; *Krüger*, Das OrgKG - Ein Gesetz unter falscher Flagge, Kriminalistik 1992, 596 i n.

73. Uzasadnienie projektu ustawy o zwalczaniu nielegalnego handlu środkami odurzającymi i innych form zjawiskowych przestępczości zorganizowanej, BT-Drucks. 12/989, s. 38.

74. *Frister*, Zur Frage der Vereinbarkeit verdeckter Ermittlungen in Privatwohnungen mit Art. 13 GG, StV 1993, 151 i n.; *Heger*, Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG, NSTZ 1992, 457, 465 przyp. 95.

75. Zob. odnośnie tego *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, Strafprozeßordnung, § 100 c nr 5; por. także *Hundt*, Der Einsatz technischer Mittel in Wohnungen, ZRP 1995, 334 i n.

76. Tak *Krüger*, Kriminalistik 1992, 596 i n.

77. Zob. przegląd u *Dünkela*, Drogenpolitik und Drogengesetzgebung im internationalen Vergleich, Recht und Politik 1991, 237.

78. Bliżej na ten temat *Kerner*, Betäubungsmittelgesetz, Anhang C 1 nr 83 i n.

79. W ten sposób propozycje dekryminalizacji Heskiej Komisji „Kriminalpolitik” odnośnie prawa karnego o środkach odurzających, StV 1992, 253.

80. *Hartwig/Pies*, Ein ökonomischer Konzept für die Drogenpolitik, Innovato 88/89, 55; ci sami w: Liszt-Forum 16 (1990), s. 76.

81. Na temat dyskusji odnośnie legalizacji por. *Knauß/Ehrhardt*, Freigabe von Drogen - Pro und Contra, 1993, passim.

82. *Koriath*, Coffee-Shop-Model zur Nachahmung empfohlen?, Kriminalistik 1995, 82 i n.

83. *Kerner*, StV 1991, 579; *Timm*, Situationen und Positionen zur Strategie der Rauschgiftbekämpfung, Kriminalistik 1992, 599 i n.

84. *Adams*, Heroin an Süchtige - Kollektiver Wahnsinn oder das gesuchte Konzept zur Zerstörung des Drogenmarktes?, ZRP 1994, 106 i n.; krytycznie na ten temat *Eylmann/Kusch*, Heroin an Süchtige - Wolkenkuckucksheim oder professorale Genialität, ZRP 1994, 209 i n.; por. także przeciwstawienie pozycji *Adams'a* i *Eylmann/Kusch'a*, Heroin an Süchtige? - Ein abschließender Schlagabtausch, ZRP 1994, 421 i n.; krytycznie w stosunku do rozdawania heroiny uzależnionym z medycznego punktu widzenia *Lhrer/Erkwoh*, Heroin an Süchtige, ZRP 1995, 324 i n.

85. *Adams*, Wie zerstrt man den Markt für Rauschgifte, ZRP 1991, 202 i n.

86. *Koriath*, Kriminalistik 1995, 82 i n.

87. Zob. na ten temat *Koriath*, Kriminalistik 1995, 82 i n.; *Rü ter*, Die strafrechtliche Drogenbekämpfung in den Niederlanden, ZStW 100 (1988), 385 i n.

88. Zob. odnośnie tego wyżej p. II. 2.

89. *Körner*, StV 1991, 580; odnośnie wykroczeń w zakresie konsumpcji por. *Hirschfeld*, Kriminalistik 1995, 256.

90. *Köhler*, ZStW 104 (1992), 62.

91. Zob. na ten temat *Katholnigg*, Ist die Entkriminalisierung von Betäubungsmittelkonsumenten mir scharfen Maßnahmen zur Eindämung der Betäubungsmittelnachfrage vereinbar?, GA 1990, 193 i n. *Köhler*, ZStW 104 (1992), 60 i n.; *Kuckelsberg*, JA 1994, 19; *Schneider*, Zur Entkriminalisierung der Konsumverhaltensweisen des Betäubungsmittelstrafrechts im Lichte internationaler Verpflichtungen, StV 1992, 489 i n.; por. także opinię sędziego Trybunału Konstytucyjnego *Sommerra* w jego votum separatum BVerfGE 90, 221 i n.

92. BGBl. 1973 II, 1353; 1977 II, 112.

93. *Kuckelsberg*, JA 1994, 18 i n.

94. *Kuckelsberg*, JA 1994, 19; por. na ten temat opinię sędziego Trybunału Konstytucyjnego *Sommera* w jego votum separatum BVerfGE 90, 222; dalej idący *Düinkel*, Recht und Politik 1991, 237, który uznaje legalizację miękkich narkotyków za dopuszczalną.

95. BGBl. 1976 II, 1478.

96. *Kuckelsberg*, JA 1994, 19; *Schneider*, StV 1992, 490.

97. BGBl. 1993 II, 1010.

98. *Schneider*, StV 1992, 490; por. na ten temat także opinię sędziego Trybunału Konstytucyjnego *Sommera* w jego votum separatum BVerfGE 90, 222.

99. BGBl. 1993 II, 1137.

100. BGBl. 1994 I, 342.

101. Zob. na ten temat *Kuckelsberg*, JA 1994, 20.

102. *Schneider*, StV 1992, 490.

103. *Schneider*, StV 1992, 490 i n.

104. *Kuckelsberg*, StV 1994, 21 i n.

105. Por. opinię sędziego Trybunału Konstytucyjnego *Sommera* i jego *votum separatum* BVerfGE 90, 223.

106. *Krüger*, Innere Sicherheit für Europa, Kriminalistik 1994, 773.

107. Zob. na temat rozwoju *Storbeck*, Europol - Symbol ihrer Zeit, Kriminalistik 1994, 201 i n.

108. Na ten temat ogólnie *Akman*, Die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres als „3. Säule” des Maastrichter Unionsvertrages, JA 1994, 53.

109. Zob. na ten temat w Kriminalistik 1994, 204 („Europol in Geburtswehen”).

110. ABl. EG nr L 62/I z 20.03.1995.

111. Zob. na ten temat raport *Storbecka* u *Boettichera*, ZRP 1995, 148 i n.

PRZESTĘPCZOŚĆ ZWIĄZANA Z NARKOTYKAMI W POLSCE

I. Na wstępie odrobina gorzkiej ironii. Gdyby nasza integracja z politycznymi i gospodarczymi strukturami Zachodniej Europy zależała od osiągnięcia przez Polskę standardów zachodnioeuropejskich w zakresie narkomanii, byłibyśmy już pełnoprawnymi członkami EWG i NATO. W przeciągu kilku zaledwie lat, startując z pozycji „amatorskiej” sceny narkotycznej na której dominował domorośły „ćpun” gotujący na domowej kuchence w starym garnku wywar ze skradzionych nocą na chłopskim polu makówek, który wstrzykiwał sobie (i ewentualnie swym bliskim kolegom) brudną strzykawką, dochodzimy do profesjonalnie zorganizowanego rynku narkotycznego. Na rynku tym wyspecjalizowana sieć dilerów, którzy działają w mafijnych strukturach często przy udziale czynnika zagranicznego, rozprowadzają profesjonalnie przygotowane narkotyki, wśród których coraz większą rolę odgrywać zaczynają substancje produkowane w Polsce spełniające najwyższe światowe standardy jakościowe. Nowa sytuacja stwarza nowe uwarunkowania także i w sferze prawa karnego, które ma tu do odegrania ważną rolę. Zanim jednak przystąpimy do rozważań w tym zakresie, niezbędne wydaje się zaprezentowanie problematyki narkomanii i jej społecznych aspektów w Polsce. Tylko bowiem w tym kontekście rozważania prawnokarne mogą mieć określony walor. Tu jednak rodzi się kolejny problem. Mimo, że piśmiennictwo poświęcone tym zagadnieniom jest w Polsce bogate¹, ma ono charakter albo przyczynkarski, albo też syntetyzujący w skali globalnej. W efekcie więc więcej wiemy o problemach narkomanii i jej strukturze za granicą niż w Polsce. Lecz, bez przesady, o tym ostatnim wiemy już też sporo.

II. Historia naturalna polskiej narkomanii w okresie po II wojnie światowej da się podzielić na 4 okresy:

- medyczny,
- młodzieżowy,
- makowy,
- rynkowy²

Okres medyczny trwał do końca lat 60-tych i był kontynuacją sytuacji sprzed II wojny św. Charakteryzował się głównie stabilnością i słabymi rozmiarami zjawiska. Narkotyki stosowane były przez osoby dorosłe związane bądź zawodowo z medycyną (lekarze, farmaceuci, pielęgniarki), bądź wchodzące w kontakt z nimi w wyniku kuracji medycznej. Wyizolowaną i w istocie zanikającą w okresie powojennym grupę stanowiły osoby ze środowisk bohemy artystycznej.

Stosowały one „prawdziwe” czyste, pochodzące z produkcji fabrycznej narkotyki (najczęściej morfinę oraz inne opiaty). Ponieważ robiły to z reguły indywidualnie i dyskretnie, zjawisko nie miało w istocie żadnego rezonansu społecznego i kryminologicznego. Jego epidemiologia nie jest też bliżej znana, choć skala była z pewnością niewielka³.

Okres młodzieżowy rozpoczął się na przełomie lat 60 i 70-tych. W relacji do stanu poprzedniego stanowił całkowicie nową jakość. Rzopowszechniał się w całym nowym „czystym” dotąd środowisku uczniów i studentów. Wyrósł na gruncie nowych zjawisk społeczno-kulturowych, zwłaszcza hippisowskiego ruchu kontrkultury i kontestacji młodzieżowej. Odurzanie się utraciło charakter indywidualnego aktu o charakterze hedonistycznym a stało się formą zbiorowego rytuału mającego utrwalić więź między jego uczestnikami. Ideologia ta znalazła w Polsce sprzyjające pogłębie emocjonalne polegające na bezkrytycznym i często powierzchownym przyjmowaniu zachodnich wzorów zachowań. Doprowadziło to do ukształtowania się nowego zjawiska społecznego, tzw. młodzieżowej subkultury narkomańskiej. Wśród używek dominowały nadal czyste narkotyki fabryczne, choć zaczęły pojawiać się także i różne lekarstwa psychotropowe często stosowane w formie mieszanek, jak również swoiste pseudonarkotyki (tzw. wynalazki). Zasadniczo zmieniły się też rozmiary zjawiska. W połowie lat 70-tych liczbę osób odurzających się regularnie lub okazjonalnie oceniano na ok. 50 tys., do szpitali w ramach dobrowolnej hospitalizacji przyjmowano rocznie od 700 do tysiąca osób, w poradniach ambulatoryjnych rejestrowało się zaś dwukrotnie więcej⁴. Zjawisko zaczęło zyskiwać coraz wyraźniejszy kontekst kryminologiczny ze względu na mnożące się przestępstwa włamań do aptek oraz fałszowania recept.

Okres makowy. Kolejny, decydujący o obrazie współczesnej polskiej narkomanii okres makowy wykreowany został po części przez reakcję czynników oficjalnych na poprzedni - „młodzieżowy”. Wprowadzono znaczne ograniczenia w dostępie do narkotyków (specjalne recepty, ograniczenie liczby uprawnionych do ich sprzedaży aptek i zabezpieczenie tej sprzedaży) oraz wzmożenie aktywności operacyjnej Policji do-

prowadziły do pewnego przyhamowania zjawiska w drugiej połowie lat 70-tych. Były to jednak typowe działania typu represyjnego przy całkowitej niemal rezygnacji z jakichkolwiek działań informacyjno-profilaktycznych, które nastawione były nie tyle na ograniczenie podaży co zmniejszenie popytu. Ze względów ideologiczno-politycznych nałożono w istocie cenzuralne embargo na informację o zjawisku narkomanii w Polsce sprowadzając je w propagandowym wymiarze do wyizolowanych ekscesów „bananowej” młodzieży bezkrytycznie ulegającej zachodnim modom. Na przełomie lat 70 i 80-tych narkomanii „wzięli więc sprawy we własne ręce” zaczynając masowo produkować w domowych prymitywnych warunkach na użytek własny i najbliższego kręgu kolegów środki narkotyczne zawierające morfinę a niekiedy i heroinę poprzez preparowanie powszechnie dostępnego wówczas surowca: słomy i mlecza makowego. Tzw. kompot, makiwara czy też polska hera stały się podstawowymi stosowanymi w Polsce środkami odurzającymi. Zjawisko to także z medycznego punktu widzenia było niezwykle niebezpieczne, środki te, wytwarzane w prymitywnych i sprzecznych z elementarnymi wymogami higieny warunkach były niejako podwójnie toksyczne. Ponieważ niesposób tu zachować jakichkolwiek technologicznych rygorów stężenia, coraz częstsze były przypadki przedawkowań⁵. Zmienił się też socjologiczny obraz narkomanii. Zanikła całkowicie jakakolwiek ideologia hippisowska i kontestacyjna, narkotyzowanie się stało się celem samym w sobie, sposobem na życie wiążącym się na ogół z filozofią ucieczki od rzeczywistości. Ponieważ uzyskiwane w ten sposób preparaty były tanie, a często wręcz udostępniano je w kręgach towarzyskich nieodpłatnie wytworzył się mechanizm wewnętrznej samowystraszalności rynku bez typowego dla stosunków zachodnich podziału na nienarkotyzującego się producenta i proliferenta oraz narkomana-konsumenta. Polski narkoman z przełomu lat 80 i 90-tych był z reguły równocześnie producentem i konsumentem. Spowodowało to poważne zdynamizowanie ilościowe narkomanii, a ponadto skomplikowało i tak niełatwy problem strategii polityczno-kryminalnej w odniesieniu do tego zjawiska.

Okres rynkowy. Pod koniec pierwszej połowy lat 90-tych Polska narkomania wchodzi w kolejny etap swego rozwoju charakteryzujący się swoistym „urynkowaniem”. Charakteryzuje się on postępującą profesjonalizacją produkcji i dystrybucji substancji narkotycznych. Chałupnicza produkcja prymitywnych wywarów słomy makowej prowadzona na własny użytek przez grupy narkomańskie zastępowana jest zaawansowaną w pełni profesjonalną technologicznie produkcją narkotyków syntetycznych (zwłaszcza amfetamina, która zdobyła sobie na świecie swoistą

„sławę” produktu szczególnie dobrej jakości) jak i tradycyjnych na bazie hodowli maku i konopii indyjskich lub importu tych surowców zwłaszcza z wschodniej granicy)⁶. Produkcją i dystrybucją tych substancji zajmują się wysoko zorganizowane grupy przestępcze. Polska stała się nie tylko ważnym krajem tranzytowym w międzynarodowym obrocie narkotykami (szacuje się, iż przez Polskę przepływa na rynki zachodnioeuropejskie mniej więcej 1/3 dostępnych tam narkotyków), ale też poważnym eksporterem narkotyków, zwłaszcza amfetaminy. Aczkolwiek, jak dotąd, teza ta nie znalazła procesowego potwierdzenia, istnieją podejrzenia, iż na polskim rynku narkotycznym coraz większą rolę odgrywać zaczynają mafijne powiązania międzynarodowe, w efekcie których dochodzi do swoistych balterowy transakcji „polskiej amfetaminy” na zachodnie „twarde” narkotyki, zwłaszcza heroinę i kokainę. Świadczy o tym m.in. fakt, iż w ciągu ostatniego roku ceny tych narkotyków na polskim rynku spadły o ponad 30%. I choć nadal najtańszym środkiem narkotycznym jest tradycyjny „kompot” (tzw. polska heroina), której cena kształtuje się na poziomie 2,5 zł za cm³, to 100 miligramów amfetaminy wysokiej jakości kosztuje już ok. 10 zł, co jest ceną konkurencyjną. Gram wysokiej jakości produkowanej na zachodzie kokainy kształtuje się od 150 do 200 zł, heroiny zaś odpowiednio 120-130 zł, (przy kursie DM w stosunku do złotego na poziomie ok. 100 DM:170 zł) co jest sumą całkowicie realną. Coraz większą popularność zdobywają sobie narkotyki „miękkie” haszysz i marihuana, ta ostatnia w zasadzie praktycznie w pełni dostępna za bardzo umiarkowaną cenę 5 zł za tzw. szufladkę czyli objętość pudełka zapalek. Polski rynek narkotyczny kierować się zaczyna profesjonalnymi regułami marketingu i promocji. W odróżnieniu od okresu poprzedniego to nie narkoman szuka na nim narkotyku, lecz coraz częściej narkotyk narkomana, co nadaje zjawisku narkomanii w Polsce całkowicie nowy, nieznany tu poprzednio wymiar.

III. Precyzyjne określenie sytuacji epidemicznej narkomanii w Polsce na przełomie lat 80-tych i 90-tych nie jest możliwe. Brak bowiem nie tylko uniwersalnego systemu monitoringu i rejestracji w tym względzie, ale również kompleksowych badań naukowych. W efekcie możemy mówić jedynie o cząstkowych źródłach informacji o zjawisku. Są nimi:

- dane Instytutu Psychoneurologicznego w Warszawie dotyczące narkomanów podejmujących leczenie szpitalne lub ambulatoryjne w zakładach opieki zdrowotnej administrowanych przez Ministerstwo Zdrowia i Opieki Społecznej;

- dane Ministerstwa Edukacji Narodowej odnośnie ilości odurzających się uczniów i uczniów-narkomanów (prowadzone tylko do roku 1989);

- dane Komendy Głównej Policji prowadzącej rejestr osób, które znalazły się w obrębie zainteresowania policji z powodu kontaktu ze środkami odurzającymi w wyniku czego weszły w kolizję z prawem (tj. dopuściły się przestępstw lub wykroczeń). Ilustruje je tabela I.

Aczkolwiek dane te zdają się wskazywać na pewne powstrzymanie dynamiki wzrostu zjawiska, szczególnie niepokojącej w pierwszej połowie lat 80-tych, brak jest jakichkolwiek powodów do optymizmu. Niepokoić zwłaszcza musi nieustannie wzrastająca liczba narkomanów wchodzących w kolizję z prawem, co dowodziło by nieustannego powiększenia liczby narkomanów oraz stabilizacji ich w „podkulturze narkomańskiej”. Przyjmując, zgodnie z doświadczeniami światowymi i polskimi, iż w celu podjęcia leczenia zgłasza się jedynie co czwarty (piąty) uzależniony, w literaturze polskiej przyjmuje się na ogół, iż osób uzależnionych i wymagających natychmiastowego leczenia jest obecnie w Polsce ok. 25 tys., zaś osób mających nieregularny kontakt z narkotykami, tj. zagrożonych nałogiem ok. 200 tys. Nieco wyższe szacunki przedstawia tu „Monar” wg. którego osób uzależnionych mamy w Polsce obecnie ok. 100 tys., zaś osób zagrożonych uzależnieniem ok. 200 tys. (Wprost. 24/1995). Podawane przez niektóre źródła w tym względzie liczby 500-600 tys. zdają się być zdecydowanie zawyżone.

Pod koniec lat 80 i na początku lat 90-tych wyraźnie zmieniła się także populacja osob odurzających się. Populacja lat 70 w stosunku do populacji obecnej cechowała się wyraźnie wyższym stopniem wykształcenia, pochodziła ze środowisk o wyższym statusie społecznym, zamieszkiwała z reguły w wielkich miastach przemysłowych lub nadmorskich⁸. Strukturę narkomanii przełomu lat 80-tych i 90-tych ilustruje tab. II. Dotyczy ona wprawdzie jedynie grupy narkomanów zarejestrowanych przez policję w związku z popadnięciem w konflikt z prawem, można ją jednak uznać za reprezentatywną w stosunku do całego środowiska. Narkomania przełomu lat 80 i 90 wskazuje wyraźnie tendencję do „demokratyzacji”. I tak od 60 do 70% narkomanów pochodzi ze środowisk robotniczych i cechuje się relatywnie niższym wykształceniem (przeszło 88% ma wykształcenie niższe niż średnie, co może wiązać się też z postępującym spadkiem wieku narkomanów (70% poniżej 24 roku życia). Dominują wśród nich mężczyźni (75%). Przeszło połowa (53%) nie uczy się ani nie pracuje, co rokuje ustalenie się tej populacji w narkotycznym stylu życia. Choć w dalszym ciągu dominują wśród nich mieszkańcy wielkich miast,

to coraz większy udział w całości populacji mają mieszkańcy miast średnich i małych (zwłaszcza z obrzeży dużych aglomeracji oraz regionów turystycznych⁹. Dominujące miejsce wśród substancji narkotycznych odgrywa nadal tzw. polska heroina (ok.70%) coraz większą rolę odgrywać zaczynają jednak profesjonalnie produkowane środki syntetyczne (amfetamina) oraz pojawiające się w coraz to bardziej znaczącej ilości profesjonalne „twarde” narkotyki z importu. Niepokojące zmiany zachodzą w zakresie dostępności narkotyków oraz kontaktów z nimi młodzieży. Prowadzone w latach 70-tych lokalne badania dawały co prawda dość różne rezultaty, kontakt z narkotykami wśród uczniów szkół podstawowych i średnich nie przekraczał nigdy 10% populacji na ogół gawidujących wokół wskaźnika 3-4%¹⁰. Wg. sondaży prowadzonych w 1994 r. 22% uczniów klas 8-myh oraz 50% maturzystów uważa, że w ich środowisku narkotyki są łatwo dostępne. 12% badanych deklaruowało, iż używało narkotyków przynajmniej raz, 11% zaś przyznawała się do częstszych kontaktów z narkotykami¹¹ (najczęściej z haszyszem i marihuaną).

IV. Do czasu wejścia w życie ustawy z 31 I 1985 r. „o zapobieganiu narkomanii” zagadnienie powyższe regulowała ustawa z 8 I 1951 r. „o środkach farmaceutycznych i odurzających oraz artykułach sanitarnych”¹². Art. 29 tej ustawy przewidywał karę do 5 lat pozbawienia wolności i grzywny dla tego „kto bez zezwolenia lub niezgodnie z warunkami wyrabia, przerabia, przywozi z zagranicy, wywozi za granicę, przywozi, przechowuje lub wprowadza do obrotu środki odurzające”.

Art. 30 tejże ustawy przewidywał natomiast karę do 1 roku pozbawienia wolności i grzywnę lub jedną z tych kar dla tego, „kto bez zezwolenia lekarza używa środka odurzającego w towarzystwie innej osoby”.

Regulację tę uzupełniał przepis art. 161 kk z 1969 r. przewidujący karę do 5 lat pozbawienia wolności dla tego, „kto nie będąc do tego uprawniony, udziela innej osobie środka odurzającego, albo nakłania do zażywania takiego środka” (Do 1.I.1970 r. tj. do daty wejścia w życie kk z 1969 r. przepis o zbliżonej treści zawarty był w art. 244 kk z 1932 r.).

Katalog środków odurzających zawierał załącznik do ustawy z 8 I 1951 r. W uchwale z 15 II 1973 r. Sąd Najwyższy przyjął jednak, iż w rozumieniu art.161 kk środkiem odurzającym jest nie tylko substancja w załączniku tym wymieniona, ale również „... inny środek który wywołuje stan odurzenia i może spowodować ujemne skutki dla fizycznego i psychicznego zdrowia ludzkiego” (VI KZP 78/72 OSNKW 5/73 poz. 57).

Wiązała się ona z coraz poważniejszym w tym okresie odurzaniem się różnorodnymi środkami przeznaczonymi do celów zgoła innych (np. kleje, środki do zachowania czystości itp.) zawierające odurzające substancje lotne.

Ustawodawstwo tego okresu nie przewidywało też w zasadzie możliwości poddania narkomana przymusowemu leczeniu. leczenie tego rodzaju stosowane być mogło jedynie na ogólnych zasadach prawa karnego w przypadkach, gdy narkoman skazany został za przestępstwa i zastosowano wobec niego środek probacyjny przewidziany w art. 77 kk (warunkowe zawieszenie wykonania kary) lub 94 kk (warunkowe przedterminowe zwolnienie), lub gdy zastosowano wobec niego leczniczy środek zabezpieczający przewidziany w art. 99 lub 100 kk w związku z popełnieniem czynu zabronionego w stanie niepoczytalności lub poczytalności ograniczonej. Szczególne znaczenie miał przepis art. 102 kk, który stanowił, iż „jeżeli nastąpiło skazanie za przestępstwo popełnione w związku z nalogowym użyciem alkoholu lub innego środka odurzającego, sąd może orzec umieszczenie sprawcy przed odbyciem kary w zakładzie lecznictwa odwykowego” (na okres od 6 mieś. do 2 lat).

1 III 1985 r. weszła w życie ustawa z 31 I 1985 r. „o zapobieganiu narkomanii”. Była to pierwsza w Polsce kompleksowa legalizacja dotycząca problematyki narkomanii.

Regulowała w szczególności następujące kwestie:

- obowiązki organów państwowych w zakresie zapobiegania narkomanii (powołano tu Komisję ds. Zapobiegania Narkomanii przy Radzie Ministrów i Fundusz Zapobiegania Narkomanii);
- ustawowe zdefiniowanie określonych pojęć z tej strefy (np. narkomania, środek odurzający lub psychotropowy, osoba uzależniona itp.);
- szczegółowy reżim prawny dot. uprawy maku i konopii;
- zasady legalnej produkcji i obrotu środkami odurzającymi i psychotropowymi;
- postępowanie w stosunku do osób uzależnionych i zagrożonych uzależnieniem;
- odpowiedzialność karną za naruszenie regulacji zawartej w ustawie.

Ustawa inspirowała się realiami „okresu makowego”. Niezwykle ściśle, niemal do granic prohibicyjnych reglamentowała uprawę maku i konopii, które były w tym okresie w Polsce praktycznie wyłącznym źródłem zaopatrzenia w substancje narkotyczne (tzw. polska heroína), a których to uprawa do czasu wejścia w życie ustawy była praktycznie wolna¹³. Poza tym, inspirując się z jednej strony dominującymi w tym czasie koncepcjami kryminologicznymi, z drugiej zaś biorąc pod uwagę

realia polskie (brak wyraźnego podziału na producentów i konsumentów), opierała się ona na liberalistycznych zasadach niekarania narkomanii jako takiej (a więc niekaralności „czystego” posiadania narkotyków) oraz dobrowolności w poddaniu się leczeniu (art. 23 ust.3). Zasada dobrowolności doznawała ograniczenia jedynie w odniesieniu do osób uzależnionych, które nie ukończyły 18 lat (mogły na wniosek najbliższej rodziny lub poradni wychowawczo-zawodowej być one skierowane przez sąd rodzinny na przymusowe leczenie lub rehabilitację na okres nie dłuższy niż 2 lata - art. 25) oraz do dorosłych skazanych na karę pozbawienia wolności z jej warunkowym zawieszeniem za przestępstwo pozostające w związku z używaniem środka odurzającego lub psychotropowego i będącymi równocześnie uzależnionymi (sąd może zobowiązać takie osoby do poddania się w okresie warunkowego zawieszenia kary leczeniu i rehabilitacji - art. 34).

Ustawa zawiera szereg przepisów karnych. Są to:

art. 26 - zakaz uprawy wbrew przepisom ustawy maku lub konopii, a także nielegalnego zbioru mlecza makowego, opium, słomy makowej, żywicy lub ziela konopii (kara do 2 lat pozbawienia wolności, ograniczenia wolności lub grzywny);

art. 27 - zakaz nielegalnego wyrabiania środków odurzających lub psychotropowych oraz przerabiania mlecza i słomy makowej, środków odurzających lub psychotropowych (kara do 3 lat pozbawienia wolności lub do lat 5, gdy czyn dotyczył znacznej ilości substancji lub gdy sprawca działał w celu osiągnięcia korzyści);

art. 28 - zakaz wyrabiania, przechowywania lub zbywania przyrządów służących do wyrobu środków odurzających lub przystosowywania do tego wyrobu przyrządów i naczyń służących innym celom (kara do 2 lat pozbawienia wolności, ograniczenia wolności lub grzywny);

art. 29 - zakaz nielegalnego importu, eksportu lub tranzytu środków odurzających lub psychotropowych (kara do 5 lat pozbawienia wolności, w przypadku mniejszej wagi do 1 roku, gdy przedmiotem czynu jest większa ilość środków lub czyn został popełniony w celu osiągnięcia korzyści pozbawienia wolności na czas niekrótszy niż 3 lata i grzywny);

art. 30 - zakaz nielegalnego wprowadzania do obrotu mlecza makowego, słomy makowej albo środków odurzających lub psychotropowych (kara pozbawienia wolności do 8 lat i grzywny, w przypadku mniejszej wagi karze pozbawienia wolności, ograniczenia wolności lub grzywny, gdy zaś przedmiotem czynu jest znaczna ilość artykułów kara od 1 roku do 10 lat i grzywny);

art. 31 - zakaz udzielania innej osobie bez uprawnienia i wbrew przepisom ustawy środka odurzającego lub psychotropowego lub nakłanianie do zażywania takiego środka (kara do 3 lat pozbawienia wolności);

art. 32 - zakaz udzielania innej osobie środka odurzającego lub psychotropowego, nakłanianie jej do tego lub ułatwianie takiego zażywania w celu osiągnięcia korzyści (kara pozbawienia wolności od 1 roku do 10 lat, w przypadku mniejszej wagi do lat 2);

Równocześnie art. 37 ust. 2 ustawy uchylił pokrywający się częściowo z zakresem regulacji dwu ostatnich przepisów art. 161 kk.

V. Analiza przestępczości narkotycznej w Polsce

Nie jest to zadanie łatwe. Trudności budzi już bowiem samo zdefiniowanie tego pojęcia, co wiąże się z kontrowersjami odnośnie wpływu narkotyków na psychikę narkomana. Wiadomo powszechnie iż np. opium i jego alkaloidy (morfina, heroina itp.) działają depresyjnie obniżając pobudliwość, a tym samym powodują zachowanie bierne, które nie predysponuje do popełniania przestępstw (zwłaszcza agresywnych). W zasadzie jedynie substancja narkotyczna o działaniu pobudzającym, zwłaszcza wstrzykiwana dożylnie amfetamina stanowić może czynnik pobudzający narkomana do przestępczych czynów (zwłaszcza o charakterze agresywnym)¹⁴. Związki między narkomanią a przestępczością są jednak bardziej złożone i wielopłaszczyznowe niż prosty związek przyczynowo-skutkowy. Wymienia się tu kilka typów takich powiązań:

typ usługowy - należy doń przestępczość „żerująca” na nałogu innych. Jest ona inspirowana chęcią osiągnięcia korzyści majątkowych poprzez produkcję i proliferację narkotyków dla użytku osób innych. Przestępczość tego rodzaju podtrzymuje, wzmacnia a często kreuje zjawisko narkomanii. W warunkach polskich zachowania takie penalizowane są zwłaszcza przez art. 27 ust. 2, 29 ust. 3 i 32 ustawy o zapobieganiu narkomanii z 1985 r., choć w grę wchodzić mogą także inne jej przepisy.

typ samo-zaopatrzeniowy - narkoman podejmuje określone działania przestępne celem „zdobycia” dla użytku własnego lub grupy koleżeńskiej środka narkotycznego.

W grę wchodzić tu mogą zarówno działania opisane w ustawie z 1985 r. (np. „chałupnicza” produkcja narkotyku na własny użytek, co jest w warunkach polskich typowe - art. 27, 28 ust.) jak i zwykłe przestępstwa kryminalne zawarte w kodeksie karnym jak kradzież (art. 199, 203 kk) narkotyków, włamania do aptek i szpitali (art. 208 kk), podrabianie recept (art. 265 kk) czy rozboje w celu pozyskania pieniędzy na zakup narkotyków (art. 210 kk).

typ interakcyjny - narkoman popełnia przestępstwo w wyniku bezpośredniego oddziaływania narkotyku na jego organizm (zabójstwa, zgwałcenia). Ze względu na sygnalizowane powyżej okoliczności odnośnie wpływu narkotyku na organizm są to przypadki nieczęste, aczkolwiek bardzo spektakularne.

typ niesprawności - użycie narkotyku powoduje znaczny spadek lub nawet całkowity zanik zdolności osoby używającej do wykonywania określonego zawodu lub podejmowania określonych czynności (np. kierowcy, operatora maszyny itp.) co powodować może poważne w skutkach następstwa o przestępczym charakterze.

typ degrengolady - narkoman wykazuje poważne osłabienie hamulców moralnych oraz zanik uczuciowości wyższej w wyniku długiego nałogowego przyjmowania środków odurzających. Stan taki sprzyja popełnianiu wielu różnych przestępstw¹⁵.

Trudność druga polega na tym, iż polska statystyka kryminalna wykazuje wiele niedoskonałości w wyodrębnianiu przestępczości związanej z narkomanią. I tak tzw. statystyka policyjna (przestępstwa stwierdzona) rejestruje jedynie jako przestępstwa związane z narkomanią czyny opisane w ustawie z 1985 r. oraz przestępstwa kryminalne pospolite z art. 199, 203, 208, 210 i 265 kk a więc przy uwzględnieniu prezentowanej powyżej typizacji jedynie typ usługowy oraz typ zaopatrzeniowy.

Statystyka sądowa zaś (prawomocne skazania) rejestruje jedynie łącznie skazania z ustawy z 1985 r. wyodrębniając w jej ramach jedynie czyny z art. 26 i 27. Statystyka ta nie rejestruje czynów osób nieletnich a ponadto w związku z ustawami amnestyjnymi z 1984 i 1989 r. doznaje poważnych „przekłamań”. Można więc traktować ją jedynie ilustratywnie.

Dla lepszego uchwycenia ogólnych trendów zaprezentujemy na wstępie dane za lata 1970-1977, tj. z tzw. okresu młodzieżowego i pierwszych lat okresu makowego. Ilustruje je tabela III¹⁶.

Dane zawarte w tabeli wskazują, iż jakościowe zdynamizowanie przestępczości narkomańskiej nastąpiło na przełomie okresu młodzieżowego oraz makowego, co łączyło się z powstawaniem i utrwalaniem się podkulturowego środowiska narkotycznego, w którym odurzanie się przestało być jedynie rekwizytem kultury kontestacyjnej okresu młodzieżowego, a stawało się odideologizowanym celem samym w sobie. Początek okresu makowego zaowocował też zmianą struktury przestępczości narkotycznej. Relatywnie zmniejszyła się liczba czynów z art. 161 kk (nakłanianie innej osoby do użycia środka narkotycznego lub nielegalne udzielanie mu go) oraz pospolitych przestępstw kryminalnych związa-

nych z narkomanią (kradzieże narkotyków, fałszowanie recepty). Znacznie wzrosła natomiast liczba czynów polegających na produkowaniu i proliferacji narkotyków (art. 29 ust. z 1951 r.) oraz nielegalnego używania tych środków w towarzystwie innych osób (art. 30 ust. z 1951 r.). Dane te zdają się dowodzić powstanie w tym czasie podkulturowego środowiska narkomańskiego, które produkowało narkotyki na własny użytek (polska heroina) nie musząc uciekać się do ich zdobywania innymi przestępczymi metodami oraz wspólnie konsumowało narkotyki we własnym gronie koleżeńskim. W środowisku tym nikt nie musiał nikogo nakłaniać do używania narkotyków (stąd spadająca liczba czynów z art. 161 kk). Wszyscy byli bowiem zdeterminowanymi konsumentami a równocześnie producentami tych specyfików używanych następnie wspólnie w ustabilizowanym kręgu podkulturowym.

Dane odnośnie skazań przez sądy za opisane powyżej czyny są niekompletne i fragmentaryczne. Na ich podstawie można jedynie stwierdzić, iż sądy z dużą powściągliwością podchodziły zarówno do samego skazania (skazań prawomocnych było w tym okresie wielokrotnie mniej niż czynów stwierdzonych) jak i do wymiary kary, gdzie dominowały kary pozbawienia wolności do 1 roku z ich warunkowym zawieszeniem oraz kary ograniczenia wolności¹⁷. Dowodziło to, iż sądy były raczej skłonne traktować sprawców tych czynów jako uzależnionych konsumentów (typ samo-zaopatrzeniowy) niż producentów i proliferantów narkotyków (typ usługowy).

Przejdźmy obecnie do analizy przestępczości narkomańskiej po wejściu w życie ustawy z 31 I 1985 r. a więc z „późnego okresu makowego” oraz początków „okresu rynkowego”.

Liczbę stwierdzonych w tym okresie przestępstw narkotycznych tak z ustawy z 1985 r. jak i pospolitych przestępstw kryminalnych z kodeksu karnego ilustruje tab.IV.

W stosunku do prezentowanych powyżej danych za lata 1970-1977 dostrzec tu można następujące prawidłowości:

Dalszy wzrost ilości stwierdzonych przestępstw, który tylko w niewielkim stopniu da się wytłumaczyć zmianami sfery penalizacji w ustawie z 1985 r. w stosunku do ustawy z 1951 r. Ustawa z 1985 r. wprowadziła wprawdzie nieznaną ustawie z 1951 r. zakaz uprawy maku lub konopii bez zezwolenia (art. 26 ustawy z 1985 r. który to jak widać z tabeli zdecydowanie dominuje w strukturze stwierdzonych przestępstw), zdekryminalizowała jednak opisany w art. 30 ustawy z 1951 r. czyn polegający na niedozwolonym użyciu środków narkotycznych w towarzy-

stwie innych osób, który to czyn dominował w strukturze stwierdzonych przestępstw w latach 1970-1977.

W szczególności widocznie wzrosła liczba stwierdzonych przestępstw polegających na niedozwolonym wyrobie substancji narkotycznych (art. 27 ust. z 1985 r.) w stosunku do częściowo odpowiadającemu mu treściowo art. 29 ustawy z 1951 r. Wzrost ten będzie jeszcze większy, gdy uwzględnimy tu inne ujawnione pod rządami ustawy z 1985 r. przestępstwa (np. art. 29, 30 ustawy), których to treść wyczerpywał bardziej syntetyczny przepis art.29 ustawy z 1951 r.

- w strukturze przestępstw stwierdzonych zdecydowanie dominuje przestępczość „producencka” (art. 26 i 27 ustawy z 1985 r.). Niestety, w oparciu o dane statystyczne niesposób powiedzieć precyzyjnie, jaka część tej produkcji przeznaczona jest na własny użytek producenta (a więc jest typowa dla okresu makowego), jaka zaś produkowana jest profesjonalnie przez narkotyzujących się producentów w celu sprzedaży osobom uzależnionym (co jest typowe dla okresu rynkowego). Brak też zweryfikowanych danych do stwierdzenia, jaka część tej produkcji stanowi tradycyjną „polską heroinę” (typowe dla okresu makowego), jaka zaś produkowaną w Polsce profesjonalnie amfetaminę. Wedle różnych sygnałów należy przyjąć tezę, iż mimo dalszej dominacji na rynku polskim produkowanej chałupniczo na własny użytek „polskiej heroiny”, coraz większe znaczenie zdaje się zdobywać profesjonalna „niekonsumencka” produkcja narkotyków, w tym zwłaszcza produkcja amfetaminy przeznaczonej do sprzedaży na rynku wewnętrznym.

Może świadczyć o tym mn. gwałtowny spadek w 1994 r. ilości wykrytych przez Policję nielegalnych wytwórni narkotyków (387 takich wytwórni wobec 1280 w r. 1993). Ten krzepiący na pierwszy rzut oka fakt bierze się wg wysokiego prawdopodobieństwa z większej profesjonalizacji, a co za tym idzie i zakonspirowania takich wytwórni. Znacznie łatwiej bowiem wykryć prymitywną „przydomową” wytwórnię „kompotu” przygotowywanego przez narkomana dla siebie i swych kolegów, o której istnieniu wiedza wszyscy w danej dzielnicy i do której zlokalizowania wystarcza zwyczajny dobry węch, niż głęboko zakonspirowane przez zorganizowaną grupę przestępczą nowoczesne laboratorium chemiczne stojące niekiedy na najwyższym technologicznym poziomie, obsługiwane i chronione przez wysoko kwalifikowanych fachowców.

- niepokojąco wzrasta liczba przestępstw z udziałem czynnika zagranicznego (eksport lub import narkotyków - art. 29 ustawy). To co do niedawna było egzotycznym wyjątkiem staje się coraz częstszym zjawiskiem¹⁸. Dowodzi to wejścia Polski w międzynarodową strukturę obrotu

narkotykami, co czego należy podejść z największą powagą nie zadawalając się spektakularnymi lecz często pozornymi sukcesami w wykryciu znacznej czasem ilości przemytu.

- symptomatyczny jest spadek ujawnionych pod rządami ustawy z 1985 r. , zwłaszcza w 1.90-tych „przestępstw dilerkich” (art. 31 i 32 ustawy) w stosunku do stwierdzonych w drugiej połowie lat 70-tych przestępstw z art. 161 kk odpowiadających swym zakresem zakresowi wymienionych tu przepisów. Trzeba by doprawdy dużej naiwności kryminologicznej by przyjąć, iż czynów tych jest istotnie mniej. Stan powyższy wnikać może z jednej strony z większej profesjonalności zawodowych i nienarkotyzujących się dilerów tkwiących w zorganizowanych strukturach przestępczych, z drugiej zaś ze wzrastającej w tym względzie inercji policji, która w oczekiwaniu na tzw. nowe instrumenty prawne (będzie o tym mowa w następnym punkcie) nie przejawia większej aktywności w tym zakresie. Liczba tych przestępstw gwałtownie jednak wzrosła w 1993 i 1994 (zwłaszcza przestępstwa z art. 32 ustawy). Czy będzie to jednak trend utrzymujący się przyszłość pokaże.

- zanikają niemal zupełnie typowe dla okresu poprzedniego przestępstwa polegające na fałszowaniu recept. Dowodzi to całkowitej zmiany źródeł zaopatrzenia. W roku 1993 a zwłaszcza 1994 odnotowano jednak gwałtownie zdynamizowanie tego przestępstwa. Z osądem tego wydarzenia trzeba się jednak wstrzymać. Niepokoi natomiast wyraźny wzrost przestępstw polegających na kradzieży substancji narkotycznych połączonej z włamaniem. Dowodzi to wzrostu zdeterminowania i brutalizacji środowiska narkomanów.

Analizując dane statystyczne odnośnie stwierdzonych przestępstw narkotycznych niesposób oprzeć się wrażeniu, iż narkomania jako zjawisko społeczno-prawne jest generalnie słabo rozpracowana operacyjnie przez policję, zaś działalność w tym względzie jest w swej istocie okazjonalna i w dużej mierze zależy od przypadku.

Jak bowiem racjonalnie wytłumaczyć fakt, iż np. w woj. częstochowskim w r. 1994 stwierdzono jedynie 5 przestępstw z ustawy z 1985 r. w roku następnym zaś aż 198, w woj. krakowskim w r. 1991 stwierdzono 240 takich przestępstw, w roku następnym zaś jedynie 19 w woj. krosieńskim zaś w 1991 - 49 w 1994 zaś 294. Przykłady takich skokowych różnic można zresztą mnożyć.

Na poważne trudności napotykałyśmy również przy próbie ustalenia ogólniejszych prawidłowości w zakresie polityki karania przez sąd za przestępstwa narkomańskie pod rządami ustawy z 1985 r. Statystyka sądowa obok ogólnej liczby skazań z ustawy z 1985 r. wyodrębnia jedynie

prawomocne skazania za przestępstwa z art. 26 ust. 1 i 27 ust. 1 (patrz Tab.V). Skazania za te czyny po wejściu w życie ustawy z 1985 r. stanowiły co prawda od 80 do niemal 90% ogółu skazań z ww. ustawy, niemniej skazania za przestępstwa kryminalne pospolite z kodeksu karnego popełnione w związku z narkomanią są praktycznie statystycznie nie do uchwycenia. Jednak nawet w oparciu o te fragmentaryczne dane stwierdzić można, iż „makowa” filozofia karania, sygnalizowana już poprzednio odnośnie okresu sprzed wejścia w życie ustawy z 1985 r. nie uległa żadnym istotnym zmianom a nawet dalszemu pogłębieniu. Przy skazaniu za przestępstwo z art. 26 ustawy absolutnie dominuje kara grzywny (od 75 do 98% wszystkich orzeczonych kar, co jak na ogólne standardy orzecznictwa polskiego nacechowanego znaczną represyjnością jest polityką bardzo łagodną), zaś w przypadku skazania za przestępstwo z art. 27 ustawy (gdzie sankcja ustawowa jest surowsza) dominuje co prawda kara pozbawienia wolności po roku 1990 w ponad 70% przypadków orzeczona z jej warunkowym zawieszeniem¹⁹. Podobnie więc, jak w okresie przed wejściem w życie ustawy z 1985 r. sady skłonne są traktować osoby skazywane w oparciu o te przepisy niezwykle, jak na standardy polskie liberalnie widząc w nich raczej uzależnionych chorych działających pod przemożnym wpływem przymusu wynikającego z własnego nałogu, niż poważnych przestępców. Na podkreślenie zasługuje też fakt, iż mimo kilku szeroko nagłaśnianych w mediach sukcesów policji w zakresie walki ze zorganizowaną przestępczością narkotyczną (rozbicie profesjonalnych laboratoriów produkujących narkotyki, przechwycenia znacznych ilości przemytu) nie doczekaliśmy się w Polsce poważniejszego procesu „barona narkotykowego” zaś typowym lokatorem ławy oskarżonych jest nadal bądź uzależniony „ćpun” bądź pazerny rolnik uprawiający cichcem za stodołą makowe poletko celem drobnego w istocie handlu z narkomanami. Jest to model orzecznictwa coraz mniej adekwatny do widocznych i postępujących zmian w zakresie zjawiska narkomanii w Polsce.

VI. Zmiany te, jak również ratyfikowanie przez Polskę w lutym 1994 r. (ustawa z 18 II 1994 r., Dz.U. 43, poz. 162) Konwencji Narodów Zjednoczonych sporządzonej w Wiedniu 20 XII 1988 „o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi”²⁰ znacznie zdynamizował dyskusję prowadzoną w Polsce nad reformą polskiego prawa narkotycznego oraz prace legislacyjne w tym względzie. Idą one w dwu podstawowych kierunkach. Pierwszy z nich, rozwijający się przy silnej presji policji i intensywnej kampanii w mediach dotyczy przyznania policji i UOP-owi nowych nie znanych dotąd prawu polskiemu uprawnień procesowych w zakresie zwalczania poważnej prze-

stępczości zorganizowanej, w tym zwłaszcza handlu narkotykami. Chodzi tu głównie o instytucje tzw. zakupu kontrolowanego oraz przesyłki kontrolowanej i prowokacji policyjnej dających przeniknięcie Policji do struktur handlarzy narkotyków a następnie procesowego wykorzystania zgromadzonych za pomocą tych działań materiałów operacyjnych. Dodatkowo określone znaczenie mieć tu może również rozszerzenie uprawnień Policji i UOP w sferze inwigilacji (podśłuchy, kontrola korespondencji) osób podejrzanych o popełnienie niektórych poważnych przestępstw (w tym zorganizowanego handlu narkotykami). Proces legislacyjny w tych sprawach jest już bardzo zaawansowany i należy się spodziewać, iż niedługo będzie on już zakończony. Działania te, z punktu widzenia zarówno dotychczasowej polskiej tradycji prawnej jak i głównych standardów praw człowieka niezwykle dyskusyjne, nie spotkały się w zasadzie z większymi oporami, także ze strony fachowych środowisk prawniczych.

Kierunek drugi zmierza w kierunku zmian w obowiązującej ustawie z 1985 r. o zapobieganiu narkomanii, a właściwie jej rekodyfikacji. Podstawowym zagadnieniem jest tu wprowadzenie karalności posiadania narkotyków, także w niewielkich ilościach do własnego użytku a w konsekwencji znacznego rozszerzenia przymusowości leczenia. Są to propozycje zrywające z dotychczasową rehabilitacyjną i liberalistyczną filozofią ustawy z 1985 r. Trudno oczywiście w ramach niniejszego opracowania odnieść się o szczegółów tej dyskusji²¹. Zwrócimy więc uwagę na aspekty węzłowe.

Podstawowym argumentem zwolenników penalizacji posiadania narkotyków, także w niewielkiej ilości, co mogłoby sugerować przeznaczenie ich do osobistego użytku jest u efektywienie walki z wytwarzającym się właśnie w Polsce profesjonalnym czarnym rynkiem narkotykowym. Posiadanie narkotyków (w dowolnej zresztą, tak małej jak i dużej ilości) jest w obecnym stanie normatywnym czynem prawnie neutralnym. Ewidentny nawet diler narkotyków pozostaje bezkarny, jeśli nie przyłapie się go na gorącym uczynku sprzedaży narkotyku, co jest operacyjnie, a tym bardziej procesowo trudne. Argumentacja ta, aczkolwiek nieco „naciągana”²², miałaby pewne racjonalne z punktu widzenia zasad polityki kryminalnej przesłanki pod warunkiem, iż penalizacja posiadania narkotyku odniosła by się jedynie do osób nie będących narkomanami lecz żerującymi na ich dilerami. W warunkach polskich natomiast, mimo sygnalizowanego już w niniejszym opracowaniu „urynkowienia” zjawiska narkomanii w latach 90-tych nadal odgrywającym dużą rolę w ogólnej strukturze podaży narkotyków jest samowystarczalny model makowy, w

którym producentem oraz proliferentem „polskiej heroiny” jest sam narkoman.

Wprowadzenie karalności posiadania narkotyku niezależnie od jego ilości i przeznaczenia, spowodowało by objęcie penalizacją następujących grup osób:

- a) nienarkotyzujących się i żerujących na narkomanach dilerów;
- b) narkomanów produkujących narkotyki na własny użytek;
- c) narkomanów nie produkujących narkotyków a zaopatrujących się w nie na „czarnym rynku”, nie sposób bowiem używać narkotyków nie zaopatrując się weń wpierv.

Objęcie penalizacją dwu ostatnich grup jest polityczno-kryminalnym nonsensem, na wskazywanie którego szkoda czasu. Jeśli bowiem populacja ta, wg. najostrożniejszych szacunków liczy ponad 100 tys. osób, a ich ew. ściganie karne, zgodnie z obowiązującą w polskim prawie karnym procesowym zasadą legalizmu traktować serio, to pomijając wszelkie inne związane z takim pomysłem kwestie, powstaje pytanie, kto miałby przeprowadzić postępowanie przygotowawcze i osądzić takich sprawców, wobec notorycznie znanego faktu funkcjonowania polskiego systemu wymiaru sprawiedliwości na granicach wydolności. Gdzie następnie sprawcy tacy odbywać mieliby karę pozbawienia wolności (bo w efekcie jedyna ta kara wchodziłaby w grę, żaden bowiem narkoman ani nie zapłaci grzywny, ani też nie podda się karze ograniczenia wolności, zaś wobec łatwej do przewidzenia recydywy trudno byłoby stosować tu środki probacyjne), skoro więziennictwo polskie dysponuje w sumie ok. 70 tys. miejsc. Gdyby zaś nawet założyć, że można tu będzie wykorzystać różnorodne formy warunkowego skazania w przypadku poddania się leczeniu, trzeba sobie zadać pytanie, gdzie leczenie takie miało by się odbywać, jeśli w zakresie detoksykacji narkomanów dysponujemy obecnie ok. 150 miejscami w stosownych ośrodkach, w zakresie rehabilitacji i readaptacji społecznej, zaś ok. 800 miejscami²³.

Nieco większe możliwości miałyby tu co prawda opieka ambulatoryjna (25 wyspecjalizowanych poradni służby zdrowia, 30 poradni zdrowia psychicznego, 30 punktów konsultacyjnych Monaru, 12 placówek „Pogotowia Makowego” prowadzonych przez „Powrót z U”²⁴ jej efektywność w stosunku do zaawansowanych narkomanów jest jednak często wątpliwa, z drugiej zaś strony wymaga pełnego zaangażowania i dobrowolności w poddaniu się opiece, która to dobrowolność w przypadku alternatywy „więzienie-leczenie” wydaje się być dyskusyjna. Ponieważ zwolennicy leczenia narkomanów w więzieniach należą naszczęście w Polsce do absolutnych wyjątków²⁵, zwolennicy penalizacji posiadania na-

rkotyków starają się znaleźć rozwiązania prawne, które pozwoliły by na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej za posiadanie jedynie nieuzależnionych dilerów i proliferantów, wyłączyć zaś (lub przynajmniej wydatnie ograniczyć karalność) w odniesieniu do samych narkomanów.

Projektów takich rozwiązań było w ostatnim czasie w Polsce kilka i trudno byłoby w ramach niniejszego opracowania szczegółowo je prezentować, tym bardziej, iż niektóre z nich zawierały rozwiązania z punktu widzenia elementarnych zasad prawa karnego horrendalne i dowodzące jedynie niestety miernych kompetencji projektodawców w tym względzie. Najogólniej mówiąc, jedne z nich szły w kierunku generalnego wyłączenia karalności w przypadku posiadania niewielkiej (określonej prawnie) ilości narkotyku do własnego użytku, drugie zaś przy zachowaniu jako reguły karalności za posiadanie każdej ilości i na każdy użytek, możliwości wyłączenia karalności w stosunku do narkomana, który poddał się dobrowolnie probacji opartej na leczeniu.

Wada pierwszego z proponowanych rozwiązań jest jego „nieszczelność”. Diler detalista może także posiadać jednorazowo przy sobie jedynie dozwoloną prawnie ilość narkotyku. Ponadto przy zrealizowaniu tego modelu, chcąc zachować konsekwencje, należałoby wprowadzić legalną możliwość nabycia określonej niewielkiej ilości narkotyku dla własnego użytku. Legalność posiadania takiej ilości w sytuacji, gdy nie istnieje legalna droga wejścia w jej posiadanie jest bowiem zwykłą hipokryzją. Nie sądzę zaś, by polska opinia publiczna była emocjonalnie przygotowana do „przełknięcia” dobrowolności nabywania narkotyków.

Wadą drugiego są nie tylko zasadnicze trudności w stworzeniu prawnej formuły wyłączającej taką karalność (czy miałyby być to okoliczności wyłączająca bezprawność, winę czy jedynie karalność, a może jedynie szczególna forma aprobacji), lecz głównie sygnalizowane już powyżej przesłanki obiektywne (brak dalszych „możliwości przerobowych” systemu wymiaru sprawiedliwości a zwłaszcza, w przypadku przyjęcia rozwiązania typu probacyjnego, brak efektywnych możliwości zrealizowania leczenia i readaptacji w ramach takiej probacji. W pewnym sensie kompromisowe stanowisko wobec dwu powyższych alternatyw usiłuje zająć rządowy projekt ustawy z 3 VIII 1995 r. (druk nr 1131) przesłany ostatnio do Sejmu. Projekt ten w art. 41 ust. 1 przewiduje karę do 3 lat pozbawienia wolności za posiadanie środków odurzających lub substancji psychotropowych (w przypadku mniejszej wagi - ust. 2, kara pozbawienia wolności do 1 roku, ograniczenia wolności lub grzywny, w przypadku posiadania zaś znacznej ilości tych substancji kara do 5 lat i grzywny - ust. 3.

Jeśli jednak ilość posiadanych środków nie przekracza granicy określonej w rozporządzeniu wykonawczym Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej (co oznacza praktycznie niewielką ilość do jednorazowego użycia) sprawca podlega odpowiedzialności przed Kolegium ds. Wykroczeń (sic! M.F.) które wymierzyć mu może karę do 3 miesięcy aresztu, 3 miesięcy ograniczenia wolności lub 500 zł grzywny - art. 42 projektu.

Na mocy art. 43 projektu w stosunku do osoby uzależnionej, która po raz pierwszy popełniła opisany w art. 41 ust. 1 lub 2 projektu, na wniosek organizacji lub instytucji, której zadaniem jest udzielanie pomocy osobom uzależnionym postępowanie karne umarza się, jeśli sprawca dobrowolnie poddał się leczeniu, rehabilitacji lub readaptacji.

Jeśli osoba uzależniona, która raz już popełniła występki z art. 41 i której umorzono postępowanie w trybie art. 43 ponownie popełni występki z art. 41 ust. 1 i 2 postępowanie karne należy warunkowo umorzyć i zobowiązać sprawcę do poddania się leczeniu, rehabilitacji lub readaptacji - art. 44 projektu.

Na mocy art. 45 projektu wobec sprawcy opisanego w art. 44 projektu która korzystała już z warunkowego umorzenia postępowania i ponownie popełniła przestępstwo opisane w art. 44 ust. 1 lub 2 projektu warunkowe umorzenie postępowania można znów zastosować.

Regulacja ta sprowadza się więc do następującej konkluzji.

- posiadanie narkotyków w niewielkiej ilości i to zarówno przez osobę uzależnioną jak i nieuzależnioną z a w s z e powoduje odpowiedzialność przed kolegium ds. wykroczeń;

- posiadanie narkotyków w większej ilości dla osoby nieuzależnionej oznacza odpowiedzialność karną na mocy art. 41;

- posiadanie narkotyków w większej ilości przez osobę uzależnioną oznacza zastosowanie wobec niej skomplikowanego systemu umorzeń postępowania lub warunkowych umorzeń uzależnionych od poddania się leczeniu.

Regulacja powyższa budzi szereg najpoważniejszych zastrzeżeń typu dogmatycznoprawnego (co oznacza np. obowiązek umorzenia postępowania przewidziany w art. 43 i z jakim umorzeniem mamy tu do czynienia?). Nie o tym chciałbym jednak pisać, jedynie zaś o politycznokryminalnych aspektach tej propozycji. Czy projektodawcy liczą na to, iż kolegia do spraw wykroczeń ścigać będą masowo wszystkich (w tym i rzeszę narkomanów) którzy posiadają narkotyki w niewielkiej określonej przez art. 42 projektu ilości? Czy też na to, iż wykorzystując procesową zasadę oportunistu w postępowaniu w sprawach o wykroczenia ścigać będą niektóre tylko takie czyny?

Czy twórcy projektu wyobrażają sobie, jak wielkiego zaangażowania procesowego wymagać będzie zastosowanie wobec posiadaczy większej ilości narkotyków przez osoby uzależnione wymagać będzie zastosowanie całego niezwykle skomplikowanego systemu wielostopniowej probacji ? Kto będzie w stanie podać te skonsumować. Czy uświadamiają sobie w końcu jaki walor ma „dobrowolność” poddania się leczeniu przy perspektywie orzeczenia kary? A jeśli już istotnie narkomani wyrażą chęć owego „dobrowolnego” leczenia, gdzie miało by się ono odbywać skoro narkomanów mamy nieporównywalnie więcej niż potencjalnych miejsc takiego leczenia ? Bez jasnej odpowiedzi na to pytanie a zwłaszcza bez stosownego „logistycznego” przygotowania do efektywnego wykonania ustawy trudno poważnie dyskutować o propozycjach zawartych w projekcie.

Postępując zgodnie ze znaną i wypróbowaną w polityce kryminalnej „strategią skracania frontu” i skupiania sił i środków na kierunkach węzłowych należało by skoncentrować się na policyjnych działaniach operacyjnych w sferze „ czarnego rynku” narkotycznego. Skoro bowiem decydujemy się już na znaczne rozrzeszenie uprawnień policji w tym względzie, należy je efektywnie wykorzystać nie zaś szukać wątpliwych z punktu widzenia doświadczenia kryminalnopolitycznego metod tzw. „penalizacji zastępczej”.

Takim bowiem rodzajem penalizacji jest w istocie rzeczy penalizacja posiadania narkotyków. W istocie bowiem nie o posiadanie, lecz o rozpowszechnianie chodzi. Skoro np. policja wyposażona zostanie wedle wszelkiego prawdopodobieństwa w instrument tzw. zakupu kontrolowanego, o wiele łatwiej niż dotychczas przyjdzie udowodnić dilerowi zamiaru sprzedaży czy udzielania narkotyków. Nie ma więc potrzeby uciekania się do różnych prawnych i politycznokryminalnych tricków. A że trochę jednak przy tym trzeba się będzie napracować, jak mawia polskie przysłowie, znane też chyba policji „bez pracy nie ma kołaczy”. A wszelkie ciągotki o tzw. drogi na skróty, jak uczy doświadczenie, są i nieefektywne i ryzykowne.

VII. Na zakończenie zaprezentujemy wnioski końcowe:

- narkomania jako zjawisko społeczne przeszła w Polsce ewolucję i w coraz większym zakresie upodabnia się do narkomanii w rozwiniętych państwach Zachodu. Wytworzyła i ustabilizowała się trwała podkultura narkomańska pozbawiona w zasadzie wszelkiej głębszej ideologii a oparta jedynie na znanym zjawisku postawy wycofywania się lub wręcz ucieczki młodzieży od problemów współczesnego świata;

- nadal jednak ważnym i stanowiącym „polską specjalność” fenomenem jest odgrywający istotną rolę na narkotycznym rynku w Polsce „model samozaopatrzeniowy”, w którym to narkoman jest równocześnie producentem narkotyku na własny użytek i użytek grona koleżeńkiego. Komplikuje to znakomicie racjonalną politykę kryminalną wobec zjawiska i znacznie utrudnia mn. adaptację wzorów rozwiązań prawnych spotykanych za granicą;

- aczkolwiek brak niestety pełnego, zarówno naukowego jak i operacyjnego rozpoznania zjawiska w Polsce, istnieją wszelkie przesłanki do przyjęcia, iż wykazuje ono tendencję rozwojową tak w aspekcie epidemiologii, jak i wynikającego z niej zagrożenia porządku prawnego w związku z tzw. przestępczością narkotyczną. Należało by tu jednak pilnie postulować zarówno przeprowadzenie kompleksowych badań naukowych nad narkomanią w Polsce, jak i wypracowanie i wdrożenie rutynowego systemu monitoringu operacyjnego. Bez dokładnego rozpoznania zjawiska trudno bowiem o racjonalne rozwiązania politycznokryminalne;

- byłoby porażającą naiwnością sądzić, iż problem narkomanii da się rozwiązać jedynie za pomocą regulacji prawnych, w tym zwłaszcza prawnokarnych o represyjnym ze swej istoty charakterze. Istota jego rozwiązania (jak zresztą rozwiązanie każdego zjawiska ze sfery tzw. patologii społecznej) leży bowiem w stworzeniu właściwego profilaktycznego mechanizmu zapobiegania, zwłaszcza likwidacji jego przyczyn, nie zaś represjonowaniu skutków. Niemniej prawo, w tym prawo karne, ma tu do spełnienia określoną rolę;

- ustawodawstwo polskie na gruncie ustawy z 1985 r. stwarza właściwe podstawy w tym względzie. Także system ochrony prawnokarnej w niej zawarty wydaje się być właściwy i formalnie „szczelny”. Rzecz więc nie tyle w pośpiesznej, nerwowej a niekiedy wręcz histerycznej rekodyfikacji tej ustawy lecz w jej konsekwentnym stosowaniu;

- ponieważ jednak model narkomanii w Polsce zmienił się nieco w stosunku do „makowego” modelu samozaopatrzeniowego z okresu, w którym powstała i którego realiami inspirowała się ustawa z 1985 r. (pojawienie się profesjonalnego rynku podaży) okoliczność tę należy rozważyć wnikliwie i pilnie przy nowelizacji ustawy z 1985 r. oraz przy przedsięwzięciu innych stosownych kroków nowelizacyjnych w zakresie całości systemu prawa;

- prawnokarne pacyfikacja tego rynku, mn. poprzez uefektywnienie prawnych instrumentów skutecznej walki z proliferacją narkotyków, zwłaszcza ich zawodowymi dilerami odbywać się powinna raczej w drodze rozszerzenia w tym względzie procesowych uprawnień policji do sto-

sowania określonych środków operacyjnych, niż poprzez wprowadzenie karalności posiadania. Spowodowało by to, zwłaszcza w warunkach polskich, gdzie znaczną rolę odgrywa nadal model samozaopatrzeniowy, spenalizowanie armii narkomanów zaś następstwem w postaci fizycznej niemożności jej zrealizowania, co doprowadziło by w efekcie do pozostawienia jej w znacznym stopniu jedynie na papierze i było by klasycznym przykładem działania pozornego. Dlatego też do ewentualnej nowelizacji prawa w omawianym zakresie podejść należy z największą rozważą, której niestety często brakuje.

Przypisy:

1. W ostatnich 20 latach opublikowano w tym zakresie kilkanaście monografii oraz ponad 100 artykułów naukowych. W zakresie interesującej nas bezpośrednio tematyki należy wymienić przede wszystkim monografie: *S. Redo*, Narkomania. Problemy prawnekarne i kryminologiczne, Toruń 1978; *T. Hanausek, W. Hanausek*, Narkomania. Studium kryminologiczno-kryminalistyczne, W-wa 1976; *J. Malec* (red.) Problemy narkomanii, W-wa 1985; *T.L. Chruściel, Ł. Korozs*, Zapobieganie narkomanii w świetle polskiego prawa, W-wa 1988; *J.J. Wąsik, M.Staniaszek* (red.), Zwalczanie narkomanii w Polsce i w świecie, Wrocław 1993; *B. Hołyst*, Narkomania a przestępczość, W-wa 1993.

2. Klasyfikacja ta przejęta została częściowo z opracowania *M.Staniaszka*, Narkomania w Polsce AD 1990 (w:) *J.J. Wąsik, M. Staniaszek* (red.) Zwalczanie..., op. cit. s. 15-18

3. Wg *M.Staniaszka* (op. cit. s. 16) w końcu lat sześćdziesiątych z leczenia szpitalnego korzystało rocznie 150-200 narkomanów, zaś w poradniach zarejestrowane było ok.300. Wg. Redy (op. cit. s. 88) liczba znanych narkomanów wg danych Ministerstwa Zdrowia i Opieki Społecznej wynosiła pod koniec lat 60-tych od 150 do 300 osób.

4. Patrz *Staniaszek* (op. cit. s. 16); *Redo* (op.cit. s. 82-83).

5. Wg *A.Gaberle*, Patologia społeczna, W-wa 1993, s. 268-9 liczba zgonów z powodu przedawkowania narkotyków wzrosła w Polsce z 18 w r. 1978 (wskaźnik na 100 tys. mieszkańców 0,05) do 117 w r. 1986 (wskaźnik 0,31). W wyniku przedawkowania zmarło w r. 1994 w Polsce 151 narkomanów.

6. Wg szacunków Policji amfetaminę wytwarza w tej chwili w Polsce w sposób profesjonalny conajmniej kilkanaście nielegalnych wytwórni. W Polsce skonfiskowano w ubiegłym roku 18,5 kk amfetaminy, zaś u Polaków za granicą 87 kg. Nielegalnych upraw konopii, z których w sposób profesjonalny wyrabiana jest następnie coraz popularniejsza w Polsce marihuana i haszysz wykryto w ub. roku 75 (wobec 8 w r. 1993). Wyciąg z „rodzimej” słomy makowej (polska heroina) wypierany jest przez tanie konopie z Ukrainy. Patrz *Gazeta Wyborcza*, op. cit.

7. Patrz A. Gaberle, op. cit., s. 268; M. Stanciaszek, op. cit. s. 23; B. Hołyst, *Narkomania...* op. cit. s. 36

8. Wg. różnych badań z tego okresu cytowanych przez S. Redę (op. cit. s. 92-93) środowiska inteligenckie były wyraźnie „nadreprezentowane” w populacji narkomanów; środowisko robotnicze zaś wyraźnie „niedoreprezentowane”. I tak wg badań *Swieczyńskiego* wśród 154 nieletnich obserwowanych przez Komendę Dzielnicową MO Warszawa Śródmieście w związku z ich związkami z narkomanią 83% pochodziło ze środowisk inteligenckich. W innych badaniach tego okresu wskaźnik ten nie był wprawdzie tak drastycznie wysoki, niemniej „nadreprezentacja” tego właśnie środowiska wyraźna.

9. Patrz M. Stanciaszek, op. cit. s.23; B. Hołyst, *Kryminologia*, W-wa 1994, s. 307 i nast.

10. Badania te cytuje obszernie S. Redo, op. cit. s. 87-89

11. Patrz sondaże prowadzone w grudniu 1994 r. przez sopocką Pracownię Badań Społecznych, cyt. Wprost nr 25/1995. Zbliżone wyniki zawiera prowadzone w czerwcu 1994 r. badanie CBOS. Ponieważ obejmuje ona szerszą grupę badawczą oraz jest bardziej wszechstronne załączono go do niniejszego opracowania jako aneks.

12. Regulacji prawnej sprzed 1951 r. jako mającej dziś znaczenie wyłącznie historyczne, nie będziemy tu omawiać. Zainteresowanych odsyłam do książki B. Hołysta, *Narkomania...* op. cit. s. 141 i nast. oraz opracowania J. Wąsika, *Przestępczość z ustawy o zapobieganiu narkomanii (w:) Zwalczanie...* op. cit. s. 213 i nast.

13. Przynajmniej do czasu, gdy na podstawie dekretu z 29.X.1952 r. o gospodarowaniu artykułami obrotu towarowego i zaopatrzenia (Dz.U. nr 44 poz. 301) w dniu 10 VI 1983 r. wydano Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Gospodarki Żywnościowej w sprawie rejestracji uprawy maku lekarskiego i wykupu słomy makowej (Dz.U. nr 33, poz.160). Wprowadziło ono obowiązek rejestracji upraw maku lekarskiego oraz wykupu słomy makowej.

14. T.i W. Hanauskowie w opracowaniu *Problemy kryminalistyczne w walce z narkomanią (w:) Zwalczanie...* op. cit. s. 189 wskazują, cytując literaturę zagraniczną, na kryminogenne oddziaływanie haszyszu i marihuany w aspekcie wyzwalanych przez ich użycie postaw agresywnych. Pogląd taki nie jest jednak w piśmiennictwie powszechny, a nawet określić go można jako dość odosobniony.

15. Klasyfikacja powyższa oparta została na tezach zawartych w cytowanym powyżej opracowaniu T. i W. Hanausków, op. cit. s. 191-193. W piśmiennictwie polskim podaje się również inne podziały i klasyfikacje takich związków. A. Gaberle (op. cit. s. 287) mówi o związkach

- leżących w płaszczyźnie zachowania użytkownika danego środka,
 - leżących w płaszczyźnie zachowania osób nie będących użytkownikami
- B. Hołyst, *Kryminologia*, op. cit. s. 318-319 mówi zaś o:

- bezpośrednim związku między potrzebą zażycia narkotyku a zachowaniem osoby odczuwającej tę potrzebę,

- umocnieniu motywacji przestępczej przez działanie środka odurzającego,
- wspomagającej roli narkotyku w działaniu przestępczym.

Dla potrzeby niniejszego opracowania posługiwać się będziemy jednak typologią zaproponowaną w jego tekście, jak najbardziej „operatywną”

16. Tabela ta cytowana jest za pracą S. Redy, *Narkomania*, op. cit. s. 103

17. Sprawę tę omawia szczegółowo S. Redo, op. cit. s. 108-111

18. Zagadnienia te omawia szczegółowo S. Szkodziński w opracowaniu Międzynarodowe aspekty narkomanii w Polsce (w:) *Zapobieganie...op. cit. s. 125 i nast.* W 1994 r. stwierdzono ogółem 20 prób przemytu narkotyków do Polski lub z Polski. W styczniu 1994 r. w porcie w Gdyni wykryto 500 kg kokainy w kontenerach z Ekwadoru, we wrześniu w porcie Gdańsk zaś 155 kg marihuany w kontenerze z Ghany. Służby brytyjskie w Liverpool odkryły na polskim statku zmierzającym do Gdyni z Wenezueli 1300 kg kokainy, zaś 7 ton haszyszu służba pakistańska w porcie Karaczi. W maju 1994 r. na przejściu drogowym z Niemiec do Polski wykryto w kontenerze z herbatą z Mozambiku 4,4 ton haszyszu, co jest jak dotąd swoistym rekordem (cyt. za GW 45/1995).

19. Sądy I instancji wymierzają kary pozbawienia wolności za wszystkie łącznie przestępstwa z ustawy z 1985 r. w 77% przypadków w r. 1993 i 75,5% przypadko w r. 1994 wymierzały ja w granicach od 6 miesięcy do 1 roku, zaś odpowiednio w 15% i 14% przypadków w granicach pow. 1 roku do 2 lat. W okresie tym nigdy nie wymierzono kary 5 lat i powyżej 5 lat pozbawienia wolności. Jak dotąd rekordowym jest skazanie na przełomie 1994 i 1995 r. za wspomniany w przyp. 18 przemyt z Ekwadoru mieszkańca Gdańska na 9 lat więzienia.

20. Omówienie aktów prawa międzynarodowego w powyższym względzie oraz uczestnictwa w nich Polski omawia szczegółowo M. Staniaszek w opracowaniu Międzynarodowa kontrola nad środkami odurzającymi (w:) *Zwalczanie... op. cit. s. 135-145*. Bez wdawania się w szczegóły stwierdzić należy, iż Polska aktywnie uczestniczyła w opracowywaniu tych aktów oraz ratyfikowała zdecydowaną ich większość.

21. W piśmiennictwie polskim dyskusje te najobszerniej i w sposób najbardziej pogłębiony zdaje się prezentować K. Krajewski, W kwestii kryminalizacji posiadania środków odurzających i psychotropowych, *Państwo i Prawo* 1992, nr 8. Tam też należy odesłać zainteresowanego czytelnika.

22. Poza ściśle opisanymi w ustawie z 1985 r. „lecarskimi” przypadkami produkcji i konsumowania narkotyków nie ma bowiem w Polsce legalnej możliwości posiadania narkotyków ani też wejścia w ich posiadanie. Inaczej mówiąc, posiadanie środków odurzających lub psychotropowych zawsze świadczy o popełnieniu przestępstwa bądź przez ich posiadacza (wyrób, przemyt), bądź przez osobę, od której uzyskał on ten środek (udzielenie, sprzedaż).

23. Dane powyższe cytowane są za opracowaniem M. Staniaszka, op. cit.. s. 28. Dotyczą one wprawdzie stanu na koniec 1990 r., do chwili obecnej nie nastąpiły jednak w tej kwestii żadne jakościowe zmiany.

24. Dane, patrz jw.

25. Walory odwykowego leczenia narkomanów w więzieniach zachwalali w latach tych M. Gordon i T. Kotlarczyk, Zadania więziennictwa w realizowaniu ustawy o zapobieganiu narkomanii, *„Przegląd Penitencjarny i Kryminologiczny”* 1986, nr 48, s. 32-54. W piśmiennictwie polskim było to jednak stanowisko całkowicie odosobnione.

Tabela I

ROK	Dane Ministerstwa Edukacji		Dane Instytutu Psychiatrii i Neurologii		Dane policyjne
	Liczba uczniów odurzających się	Liczba uczniów uzależnionych	Liczba pacjentów zarejestrowanych w poradniach	Uzależnieni, którzy są pacjentami szpitali lub zakładów wychowawczych	
1975	-	6200	2366	648	-
1976	-	-	-	-	-
1977	-	-	-	-	-
1978	1448	7078	2050	791	-
1979	-	-	-	-	-
1980	1333	8385	2257	1241	8385
1981	3376	10132	2470	1808	-
1982	4733	11974	4405	2675	-
1983	4794	13931	4577	3165	-
1984	5146	15249	4624	3203	15249
1985	5176	16675	4633	3015	16675
1986	4468	16838	4777	2938	16838
1987	3752	16229	4603	2645	16229
1988	3983	15709	4161	2762	15709
1989	4422	15383	4105	2648	15383
1990			4663	3046	13950
1991			4617	3862	14480
1992			5326	4119	14513
1993			5623	4232	16500
1994					17300

Tabela II

Rok		1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994
Uzależnieni ogółem		16229	15709	15382	13950	14480	15335	16598	1763
Stopień uzależnienia	Uzależnieni	7561	7457	7607	7199	7970	9863	10700	11010
	Zagrożeni	8668	8252	7775	6751	6510	5465	5898	6353
Wiek	do 17	1546	1203	1062	865	1159	1288	1505	1709
	18 do 20	3940	3537	3377	2793	3099	2617	3049	3357
	21 do 24	6355	6298	6120	5624	5516	5686	6105	6225
	ponad 24	4388	4671	4823	4668	4706	5744	5937	5918
Miejsce zamieszkania	Miasto	15524	15096	14777	13411	13815	14702	15347	16361
	Wieś	705	613	605	539	665	633	1250	1032
Stan rodzinny	wolny	12926	12394	12044	10842	11048			
	zamężne i żonaci	2262	2235	2248	2104	2323			
	inni	1035	1080	1090	1004	1109			
Pochodzenie społeczne	Robotnicy	11473	11287	11149	10005	11066	10692	11448	11511
	Rolnicy	799	620	601	496	597	724	904	1011
	Inteligencja	3957	3807	3632	3448	2817	3917	4246	4841
Wykształcenie	brak	1256	1692	1541	1303	1341			
	Szkoła podstawowa	7942	7696	7892	7206	7003			
	Szkoła zawodowa	3810	3799	4232	1069	4253			
	Średnie	2514	2417	1658	1313	1670			
	Wyższe	107	105	59	59	213			
Dane dotyczące zatrudnienia lub chodzenia do szkoły	Robotnicy	3988	3776	3612	2774	2205	2136	2409	2504
	Uczniowie	3771	3366	3151	2908	3003	2187	2202	2851
brak		8470	8567	8619	8268	9272	11012	11987	12003
Uzależnieni uprzednio karani		4694	4626	4562	4588	4708			
Liczba zatruc	ogólnie	707	622	781	690	724	753	785	799
	śmiertelnie	68	106	110	98	130	167	150	151

Tabela III

czyn	Liczba przestępstw w latach							
	1970	1971	1972	1973	1974	1975	1976	1977
Art. 161 kk.	8	11	105	539	534	133	269	281
Art. 29 ustawy z 1951 r.	1	8	14	19	16	46	319	386
Art. 30 ustawy z 1951 r.	--	6	44	528	600	99	582	1268
Art. 199* kk. Kradzież środków odurzających	--	--	38	74	72	23	42	37
Art. 208 kk. Kradzież środków odurzających z włamaniem	8	--	20	87	187 211**	200	171	183
Art. 265 Fałszowanie recept	22	--	417	351	131	69	349	214
Ogólnie	39	25	638	1598	1564	571	1732	2371

Dane według S. Redo „Narkomania” op. cit. S. 103

* Według innych danych Komendy Głównej Policji za lata 1970-77 dotyczy to Art. 203 kk.

** Różnice spowodowane zostały wadliwą rejestracją statystyczną.

Przestępczość związana z narkotykami w Polsce.

Tabela IV

Przestępczość związana z narkotykami w Polsce w latach 1985-1994

Rok	Liczba przestępstw	Kodeks Karny					Ustawa z 31.1.1985 r.	na gruncie							
		Art. 199	Art. 203	Art. 208	Art. 210	Art. 265		Art. 26	Art. 27	Art. 28	Art. 29	Art. 30	Art. 31	Art. 32	Liczba podejrzanych
1985	2667	33	33	280	--	120	1763	1218	277	71	4	53	55	85	1591
1986	6883	43	26	288	1	103	6260	4879	817	135	7	126	202	94	5395
1987	5174	22	57	215	--	45	4709	3765	583	75	2	34	172	78	4004
1988	3245	3	3	35	1	26	3177	1940		63	4	38	74	55	2246
1989	2558	19	38	182	--	41	2278	1155	568	32	5	25	484	9	1301
1990	1275	60	74	400	7	29	1105	382	557	34	1	10	116	5	504
1991	3376	53	94	407	9	35	2468	1712	589	60	6	24	47	30	2021
1992	3013	37	79	400	13	42	2442	1631	521	94	23	45	62	66	2104
1993	6160	80	67	395	8	153	5457	3577		123	21	207	51	198	4081
1994	5455	45	89	441	18	852	4000	3040	387	85	20	107	181	180	3672

Źródło: Komenda Główna Policji

Tabela V

Rok	Ogólnie	Na gruncie Art. 26 I	Na gruncie Art. 27 I	Art. 26				Art. 27			
				Grzywna w %	Ograniczenie wolności w %	Pozbawienie wolności w %	Warunkowe umorzenie postępowania w %	Grzywna w %	Ograniczenie wolności w %	Pozbawienie wolności w %	Warunkowe umorzenie postępowania w %
1985	129	51	55	90,2	7,8	----	2	----	5,5	47,3	47,3
1986	1134	688	312	76,5	18,2	4,7	0,7	1,0	4,2	47,1	47,8
1987	1400	1005	250	75,3	20,3	3,7	0,7	2,8	8	45,2	44
1988	774	478	187	83,7	11,7	3,3	0,8	1,6	11,8	37,4	49,2
1989	591	321	190	87,2	6,5	3,4	2,5	6,3	8,9	20	64,7
1990	231	115	88	93	1,7	3,5	1,7	11,4	8	26,1	54,5
1991	421	259	114	97,3	1,2	1,5	----	7,9	2,6	19,3	70,2
1992	993	685	222	97,7	0,9	1,3	0,2	3,2	2,3	21,2	73,4
1993	2235	1875	245	98,2	0,5	0,9	0,4	2,9	2	20	75,1
1994	2192	----	----								

Tabela zawiera prawomocne skazania dorosłych (Art. 26 i Art. 27 ustawy z 1985 r.), przy czym chodzi o wyroki sądów pierwszej instancji.

Źródło: Statystyki sądowe 1985-1994

W SPRAWIE ODPOWIEDZIALNOŚCI NARKOMANÓW ZA SAMOUSZKODZENIA POWSTAŁE PRZEZ ZAŻYWANIE ŚRODKÓW ODURZAJĄCYCH*

I. ORZECZNICTWO

1. Zasada bezkarności i jej zasięg

Kto udostępnia narkomanowi środki odurzające, podlega karze przed niemieckimi sądami nie tylko według ustawy o środkach odurzających, lecz m. in. także z powodu uszkodzenia ciała i zdrowia, ba nawet z powodu zabójstwa w zn. § 223 i n., 211 i n. StGB¹. Przy tym powstają trudne problemy przypisania komuś skutku uszkodzenia ciała lub śmierci. Od rozstrzygnięcia BGH² odnośnie strzykawki do heroiny w dalszym ciągu wychodzi się z założenia, że samouszkodzenie, które powoduje na sobie konsument narkotyków, może być przypisane osobie, która mu dostarczyła ten środek odurzający lub innej osobie, która w jakiś pomocny sposób wpłynęła na skonsumowanie tego środka, ale tylko wtedy, kiedy konsument działał w sposób nie w pełni wolny od odpowiedzialności³.

Zakres tej zasady jest jednak nie całkiem określony.

Przed tym wyrokiem odnośnie strzykawki do heroiny BGH przypisywał lekarzowi-gwarantowi, u którego się pacjent leczył, odpowiedzialność za to samouszkodzenie, jeśli nawet pacjent przy zażywaniu przepisanego mu przez lekarza środka działał w stanie wolnym od odpowiedzialności⁴. Od tej pozycji BGH nie odstąpił do dziś, a BayObLG jeszcze w 1993 r. powołał się na to specjalne traktowanie lekarzy⁵. Podobnie jak już wcześniej OLG Frankfurt⁶ nie powołał się BayObLG w r. 1995 na to rozstrzygnięcie⁷ i ostatnio OLG Zweibrücken wyraźnie zanegował tę specjalną pozycję lekarzy w stosunku do działających w stanie wolnym od odpowiedzialności pacjentów⁸.

Oprócz tego BGH nie stosuje kryterium bezkarności tam, gdzie śmierć konsumenta narkotyków jest przypisywana nie w ramach §§ 211 i n., 222 StGB, lecz jako naruszenie kwalifikowane skutkowo według przepisów ustawy o środkach odurzających według §§ 29 ust. 3 nr 2, 30 ust. 1 nr 3 BtMG⁹. BGH uzasadnia to tym, że w przypadku tych przepisów nie chodzi o ukaranie naruszeń dóbr indywidualnych, lecz o karanie

szczególnie ciężkich przypadków naruszenia higieny publicznej, którą także nie mogą dysponować nawet w pełni odpowiedzialne jednostki.

Abstrahując od takich częściowo krytykowanych w literaturze ograniczeń, orzecznictwo nie stawia więcej pod znakiem zapytania zasadę przypisywalności czynu zawartą w wyroku odnośnie strzykawki do heroiny.

2. Kryteria bezkarności w orzecznictwie.

Odnośnie **kryteriów**, według których ocenia się bezkarność za konsumpcję narkotyków, sądy nie wypowiadają się w ogóle lub w bardzo małym zakresie.

Stosunkowo obszerne jest jeszcze stanowisko BGH w sprawie, którą Drugi Senat rozstrzygnął trzy lata przed wyrokiem dotyczącym strzykawki do heroiny¹⁰. Chodziło o to, aby ukarać biorącego łąpówki urzędnika nadzoru z powodu uszkodzenia ciała, ponieważ dostarczał on alkohol osobie poddanej przymusowemu leczeniu antyalkoholowemu (środek probacyjny), którego spożycie m.in. doprowadziło do tego, że probant musiał kilka razy wymiotować i na koniec spadł z rusztowania. Poszkodowanego skierowano na leczenie, ponieważ po znacznym spożyciu alkoholu, ze względu na uszkodzenie mózgu i ciężki neurotyczny rozwój negatywny, popadał regularnie w stan niezdolności do zawinienia, w którym atakował kobiety. Zdaniem senatu leczony nie był odpowiedzialny za konsumpcję dostarczonego mu alkoholu, „ponieważ osobie, która odnośnie prawa bądź bezprawia zupełnie nie jest w stanie kierować swoim postępowaniem, nie można przypisać odpowiedzialności odnośnie wartości poszanowania własnego zdrowia.” W tym miejscu są wymienione dwa kryteria, z których wynika brak odpowiedzialności własnej: brak zdolności do kierowania swoim postępowaniem i niezdolność do zawinienia, a więc brakująca odpowiedzialność za spowodowanie szkód u obcych, z których wywodzi się brak odpowiedzialności za wyrządzenie sobie szkody.

W dwóch rozstrzygnięciach BayObLG i OLG Frankfurt poddano ocenę brak odpowiedzialności za samouszkodzenie na podstawie zdolności do wyrażania zgody osoby wyrządzającej sobie szkodę¹¹. BayObLG powołuje się oczywiście tylko na jedną ekspertyzę lekarską, która uzależnionym od heroiny przyznaje zdolność skutecznego wyrażenia zgody na terapię zastępczą¹². Jednak nie podano kryteriów na podstawie których rzeczoznawca oceniał zdolność do wyrażenia zgody. Było by to pożyteczne, ponieważ legalna definicja w tym względzie nie istnieje ani w StGB, ani w BGB.

Więcej informacji na ten temat dostarcza OLG Frankfurt¹³. Sąd ten miał rozstrzygać rewizję prokuratorską przeciwko wyrokowi sądu rejonowego, który zwolnił od odpowiedzialności karnej lekarza za wypisywanie alkoholikom i narkomanom recept na medykamenty potęgujące uzależnienie. Sąd Rejonowy wychodził z założenia, że narkomani i alkoholicy są poinformowani o niebezpieczeństwie środków uzależniających, ale nie zawsze są w stanie działać zgodnie z tym rozeznanie. Mimo tego zastrzeżenia sąd pierwszej instancji jednak uznał przypisanie środków zastępczych ogólnie za uzasadnione zgodą uzależnionego, ponieważ widział w lekarskiej kontroli przepisywanych lekarstw kompensację dla brakującej w danym przypadku zdolności pacjenta do kierowania swoim postępowaniem. Tej argumentacji zaprzeczył OLG. Sąd ten żądał od sądu rejonowego zbadania w stosunku do każdego pojedynczego przypadku zdolności do wyrażenia zgody osoby zainteresowanej i odesłał w tym zakresie do orzecznictwa BGH odnośnie odpowiedzialności narkomanów za popełnienie przestępstw ukierunkowanych na zdobycie środków na zakup narkotyków¹⁴. Dlatego też należy w każdym pojedynczym przypadku ustalić czas zażywania środków odurzających, rozmiar wynikających z uzależnienia zmian osobowościowych, reakcję organizmu na zaprzestanie zażywania środków odurzających i nacisk psychiczny związany z łaknięciem tych środków. Argumentacja OLG wychodzi z innego punktu wyjścia niż to referowane rozstrzygnięcie o realizacji środków probacyjnych BGH¹⁵, dochodzi jednak do pewnego stopnia zgodności z nim: w przeciwieństwie do Drugiego Senatu BGH żąda OLG sprawdzenia zdolności do wyrażenia zgody uzależnionego, nadaje w jego ramach zdolności kierowania swoim postępowaniem poważne znaczenie i stara się skonkretyzować ten problem na podstawie orzecznictwa odnośnie zdolności narkomana do zawinienia.

3. Niepewności

Przestrzeganie wskazówek OLG Frankfurt, prowadzi do trudności, ponieważ rozstrzygnięcia BGH odnośnie przestępczości związanej z nabywaniem przez narkomanów środków odurzających, do których OLG odsyła, stwierdzają, że w tych rozstrzygniętych przypadkach, z powodu braku zdolności kierowania swoim postępowaniem uzależnionego, należy wyjść z założenia o umniejszeniu zdolności do zawinienia¹⁶. W jaki sposób można przenieść taki wyrok na zdolność do wyrażenia zgody? Ocenę zdolności do zawinienia można zgodnie z § 21 StGB powiększać; według tego może ktoś bardziej lub mniej zawinąć i dlatego otrzymać większą lub mniejszą karę. Ocena zdolności do wyrażenia zgody dotyczy zdol-

ności usprawiedliwienia zamachu na własne dobra prawne. Tej oceny nie można jednak rozszerzać, ponieważ na odpowiedź na pytanie, czy jakieś działanie może być usprawiedliwione, można odpowiedzieć tylko jednoznacznie „tak” lub „nie”¹⁷. OLG musiałby więc na ten temat coś więcej powiedzieć, np. jaki stopień umniejszenia zdolności do zawinienia jest konieczny, ażeby zanegować zdolność wyrażenia zgody i tym samym brak odpowiedzialności w przypadku samouszkodzenia.

To nie jest jedyny problem, który pozostaje bez rozwiązania, jeśli studiuje się tylko te rozstrzygnięcia sądowe, które ustosunkowały się do kryteriów braku odpowiedzialności za wyrządzone sobie samej szkody. Osobliwości wykazuje także wyrok BGH odnośnie zaopatrywania osoby znajdującej się w zamkniętym leczeniu w alkohol¹⁸. Wniosku o braku zdolności do sprawcy zawinienia, będącego pod wpływem alkoholu, nie można wyprowadzać z braku odpowiedzialności co do konsumpcji alkoholu. Jeśli ktoś rzeczywiście przestaje być odpowiedzialnym w wyniku spożycia alkoholu, należy stwierdzić wniosek, że przed spożyciem alkoholu - a więc bez alkoholu - był on w pełni odpowiedzialny. Drugi Senat BGH twierdzi jednak zupełnie coś przeciwnego.

Wrażenie niepewności, jakie wywołują tego rodzaju słabości argumentacyjne, wzrasta, jeśli porównamy rozstrzygnięcia różnych sądów. I tak Pierwszy Senat BGH w wyroku odnośnie strzykawki do heroiny nie mógł stwierdzić, że znanemu powszechnie narkomanowi, który nie mógł nigdzie dostać strzykawki, brak jest własnej odpowiedzialności za konsumpcję zabrudzonej heroiny¹⁹. Skrupuły te istnieją również odnośnie (za) szybko wyciągniętego wniosku, na którym Drugi Senat w wyroku dotyczącym realizacji środków probacyjnych opiera braku odpowiedzialności przebywającego na leczeniu z powodu nadużycia przez niego alkoholu. BayObLG potwierdza obecnie „nawet wyraźnie, odpowiedzialność zażywającego heroinę za konsumpcję zastępczych środków odurzających”²⁰. Fakt ten zaskakuje, uzależnienie bowiem od heroiny uchodzi za szczególnie trudne do opanowania, ponieważ jest to forma narkomanii obciążona szczególnie ciężkimi skutkami odwykowymi. Tym bardziej daje dużo do myślenia, iż w przeciwieństwie do tego, inne sądy uzależnionym od pigułek i od alkoholu właściwie bez zastrzeżeń odmawiają odpowiedzialności własnej za zażywanie narkotyków²¹. Oczywiście mogą te przypadki - nie podane - wykazywać cechy szczególne, które uzasadniają tak różne traktowanie. Można również sądzić, że te różnice jak np. przy rozdziale środków zastępczych, polegają na ocenie uprzedniej, która odnosi się nie do braku odpowiedzialności osoby wyrządzającej sobie szkodę, lecz dotyczy osoby oskarżonego i jego czynu. Na to wskazuje przede

wszystkim okoliczność, że sądy nierzadko wyrok o braku odpowiedzialności ofiary środków odurzających kombinują z wyrokiem o sprzeczności postępowania dostawcy z dobrymi obyczajami²².

II. PODSTAWY DOGMATYCZNE

W tej sytuacji wydaje się oczywiste, że należy się zastanowić, czy przy pomocy nauki nie da się rozwinąć przekonujących kryteriów, niezbędnych do rozstrzygnięcia. Odnośnie konkretnego pytania, kiedy samoszkodzenie narkomana następuje bez jakiejkolwiek odpowiedzialności, literatura jednak nie zajęła dotąd praktycznie żadnego stanowiska²³. Dlatego wydaje się sensowne, rozpocząć od ogólnych dogmatycznych podstaw.

1. Zdolność do zawinienia lub zdolność do wyrażenia zgody jako kryterium

Inaczej, niż jak dotąd zróżnicowane orzecznictwo, nauka dyskutuje dokładniej, czy odpowiedzialność osoby wyrządzającej sobie szkodę należy oceniać według kryterium zdolności do zawinienia czy też kryterium zdolności do przyzwolenia. Pogląd silnej mniejszości orientuje się według kryterium winy²⁴. Natomiast przeważająca dziś opinia kieruje się według kryterium zdolności do wyrażenia zgody²⁵.

Zasadniczo należy przyznać rację przeważającej opinii. Zdolność do zawinienia jest zdolnością do przestrzegania norm prawnych. Uszkodzenia własnego ciała i życia nie są prawnie zakazane. §§ 211 i n., 223 i n. StGB przewiduje zagrożenie karne tylko za wyrządzenie szkody innym i nawet sama ustawa przeciwko środkom odurzającym nie karze za własną, mimo że szkodliwą, konsumpcję narkotyków²⁶. Jeśli brak jest norm prawnych odnośnie traktowania własnych dóbr, to brakuje punktu odniesienia dla orientacji posługującej się kryterium zdolności do zawinienia. Odnośnie pytania, czy należy przypisać osobie wyrządzającej sobie krzywdę samej odpowiedzialność za uszczerbek w jej własnych dobrach lub nie, nie może decydować jej zdolność do przestrzegania norm prawnych, lecz tylko jej zdolność rozsądnego obchodzenia się z własnymi dobrami. Tę właśnie zdolność definiuje koncepcja zgody (pokrzywdzonego).

Wyrok odnośnie (nie)zdolności wyrażenia zgody nie daje się bez zastrzeżeń wyprowadzić z (nie)zdolności do zawinienia, jak niekiedy próbują to robić sądy²⁷. Wyrok o (nie)zdolności do zawinienia odnosi się, jak wiadomo, do bezprawia konkretnego czynu, a więc do konkretnej normy prawnej, którą sprawca nie przestrzega²⁸. Z braku winy osobnika

o zakłóceniach popędu seksualnego w przypadku zgwałcenia nie można po prostu wywodzić, że nie ponosi on winę za związaną z tym czynem kradzież. Tym bardziej nie można z tego wnioskować, że nie zachodzi jego odpowiedzialność, jeśli on po popełnieniu określonego czynu zgodzi się na wytatuowanie lub upija się.

Ponadto obie zdolności różnią się w strukturze tego, czego one od skazanego wymagają. Ocena (nie)zdolności do winy odnosi się do zdolności przestrzegania norm, które wymagają bezwarunkowego przestrzegania. W stosunku do wyrażenia zgody chodzi natomiast o zdolność podjęcia decyzji, która przyzwalającemu bardziej jest przydatna niż szkodliwa²⁹. Jeśli chodzi o przestrzeganie pewnych reguł, to w każdym bądź razie o przestrzeganie reguł zdrowego rozsądku. Ich przestrzeganie nie jest bezwarunkowe, lecz jedynie zależy od tego, czy przestrzeganie ich przyczynia się do przysporzenia korzyści, jako zamierzonego celu, a w takiej sytuacji obowiązuje reguła, że wszystkie drogi prowadzą do Rzymu. Dokładnie mówiąc zdolność do zawinienia wymaga dostatecznej „sztywności”, natomiast zdolność do wyrażenia zgody dostatecznej „elastyczności”, lub jeszcze wyrażniej: zdolnemu do zawinienia musi być wolno powiedzieć, „nie zrobię tego za żadne skarby”, zdolny do wyrażenia zgody natomiast powiedzieć, „wybieram to, co jest dla mnie najkorzystniejsze”.

Jednak należy wziąć pod uwagę, że zgoda i samouszkodzenia są wprawdzie podobne do siebie, ale nie ze sobą identyczne³⁰. Zgoda wy-czerpuje się w zakomunikowaniu decyzji odnośnie naruszenia dobra prawnego, którego dokonuje ktoś inny; ocena odnośnie zdolności do wyrażenia zgody ogranicza się więc do zdolności podjęcia rozsądnej decyzji co do uszczerbku. Samouszkodzenie natomiast jest, zgodnie z definicją, naruszeniem dobra prawnego, przy którym nosiciel dobra działa sam. Odnośnie oceny pytania, czy dokonujący samouszkodzenia jest w stanie rozsądnie dysponować swoimi dobrami, chodzi dlatego nie tylko o jego zdolność decydowania o uszczerbku, lecz także o to, by właściwie ocenić własną kompetencję do działania³¹. Jeśli działającemu brak tej właściwości, to nie można mu po prostu narzucić odpowiedzialności za skutki, które z tego braku wynikają. Dla przykładu lekarz, który przepisuje pacjentowi lekarstwo, które ten ze względu na wadę wzroku nie jest w stanie stosować we właściwym dozowaniu, nie może po prostu zakwestionować odpowiedzialności za szkody, które w tym przypadku powstały, posługując się prostym argumentem, że pacjent „sam ponosi odpowiedzialność” za tę szkodę.

W związku z tym uzupełnieniem ocena braku odpowiedzialności w przypadku samouszkodzenia musi opierać się na zdolności do wyrażenia zgody. Odmienne poglądy *Dannecker'a* i *Stoffers'a*³², którzy wolną od odpowiedzialności konsumpcję narkotyków mierzą według kryteriów zdolności do zawinienia, nie wdając się w spór z przeważającą opinią, należy odrzucić używając powyższej argumentacji.

2. Kryteria zmodyfikowanej skali wyrażenia zgody

Jak już wspomniano, zdolność wyrażenia zgody nie jest definiowana, ani w StGB, ani w BGB. Dlatego literatura orientuje się bardziej według orzecznictwa³³. Zdolność wyrażenia zgody określa więc jako zdolność pojmowania istoty, znaczenia i zakresu dozwolonej ingerencji w dobro prawne³⁴. Ta formuła jest niestety zbyt mało informatywna, dlatego łatwo zrozumieć dlaczego często uśiłuje się ją pomijać i powracać do kryteriów odnośnie zdolności zawinienia.

Nieobowiązywanie tej formuły jest w pierwszej kolejności widoczne w tym, że sądy w decydujących momentach same jej nie przestrzegają. To dotyczy szczególnie niniejszego kontekstu. Przy ocenie braku odpowiedzialności przy konsumpcji narkotyków wielką rolę odgrywa w orzecznictwie problem zdolności do kierowania swoim postępowaniem konsumenta narkotyków; Drugi Senat BGH³⁵ i OLG Frankfurt³⁶ powołują się stanowczo na nią, a ten ostatni sąd wyraźnie w związku z kryterium wyrażenia zgody. W przedstawionej powyżej standardowej definicji zdolności wyrażenia zgody szukamy nadaremnie tego kryterium. Jakiś woluntatywny element nie jest w niej zawarty. Można go jednak znaleźć w niektórych definicjach zdolności wyrażenia zgody w ustawach specjalnych, jak np. w ustawie o kastracji i w ustawie o środkach leczniczych, które obok zdolności zrozumienia zakresu zgody wymagają, żeby przyzwalający był w stanie podjąć decyzję według swojego rozeznania³⁷. W rezultacie można to więc uznać za słuszne, gdy orzecznictwo w kwestii zwolnienia od odpowiedzialności za konsumpcję narkotyków bada zdolność konsumenta do kierowania swoim postępowaniem.

Jest także niezadowolające, w jaki sposób standardowa formuła orzecznictwa opisuje te kognitywne osiągnięcia, które są miarodajne dla oceny zdolności wyrażenia zgody. Co oznacza pojmowanie terminu „zakresu” decyzji, jest do pewnego stopnia jasne. Natomiast to, co do tego dodaje pojmowanie pojęć „istoty” i „znaczenia” naruszenia jest w najwyższym stopniu niejasne. Rzeczywiste stosowanie tych pojęć też nie motywuje do tego, aby starać się o ich sprecyzowanie, ponieważ w praktyce czasami są one opuszczane lub zastępowane przez inne, również niejasne, bez

zasygnalizowania przy tym zamiaru rzeczowej zmiany³⁸. To dowodzi do wolności tych opisowych określeń.

Dlatego wydaje się konieczne, aby uwolnić się od definicji orzecznictwa i spróbować własnego opisania kognitywnych aspektów zdolności do wyrażenia zgody. Punktem wyjścia jednak musi być przy tym sens oceny zdolności do jej wyrażenia. To ma zapobiec temu, że naruszenie dobra prawnego opierać się będzie na ocenie jednej osoby, która nie pojmuje, co jej szkodzi, a co przynosi korzyść. Toteż miarodajna musi być zdolność osoby zainteresowanej do przeprowadzenia analizy korzyści i strat odnośnie decyzji na temat mającego nastąpić naruszenia dobra prawnego. Jak to już w innym miejscu dokładniej zostało rozwinięte³⁹, podjęcie takiej decyzji wymaga, ażeby podejmujący decyzję mógł pojąć:

1. Jaką wartość przedstawiają dla niego objęte jego decyzją dobra i interesy,

2. O jakie fakty chodzi przy podjęciu tej decyzji,

3. Jakie skutki i ryzyka wynikną dla niego z tej decyzji,

4. Jakie środki pozostają do dyspozycji, ażeby móc osiągnąć ten zamierzony przez tę decyzję cel i które go być może mniej obciążają.

W przypadku naruszenia dobra prawnego, które sam zainteresowany podejmuje, dochodzi do tego jeszcze - jak już wspomniano - zdolność właściwej oceny własnej zdolności do działania.

Newralgicznym punktem tego opisu jest zdolność pojmowania wartości dotkniętych tą decyzją dóbr i interesów. Tym może być tylko subiektywna wartość, którą podejmujący decyzję przypisuje swoim dobrom i interesom; ponieważ, gdybyśmy mierzyli sensowność jego decyzji według (rzekomo) „obiektywnych” wartości, to wyrok odnośnie zdolności wyrażenia zgody stałby się instrumentem ubezwłasnowolnienia oceniającego. To prowadzi do trzeciej słabości orzecznictwa odnośnie zdolności do wyrażenia zgody. W tzw. „rozstrzygnięciu odnośnie ekstrakcji zęba” BGH odrzucił zdolność wyrażenia zgody przez leczoną kobietę, ponieważ jej decyzja, ażeby wyrwać sobie zęby celem zwalczania migreny, obiektywnie wydawała się nierozsądną⁴⁰. Literatura bardzo to skrytykowała⁴¹. Ocena zdolności do wyrażenia zgody pewnej osoby nie może się po prostu opierać na tym, że jej ocena odbiega od ocen standardowych, lecz tylko na tym, że występuje psychiczny defekt, który neguje jej siłę oceną. Podobnie jak w przypadku braku zdolności do zawinienia, wyrok o zdolności do wyrażenia zgody może zapaść tylko wtedy, kiedy u oceniającego występuje choroba psychiczna, niedorozwój umysłowy lub niepełnoletność i kiedy stwierdzono, że właśnie z tych powodów, nie jest on w stanie dokonać tych kognitywnych i woluntatywnych operacji⁴².

Ocena brakującej odpowiedzialności własnej konsumenta narkotyków, który sam sobie przez to wyrządza szkodę, wymaga więc stwierdzenia psychicznego defektu, jak również wynikającej z tego niezdolności do przeprowadzenia analizy korzyści i strat odnośnie konsumpcji narkotyków, oszacowania własnej kompetencji do działania oraz zdolności do kierowania się według istniejącego rozeznania. Przy tym wystarcza, jeśli uzależniony od defektu brak kontroli odnosi się do jednego z wyliczonych zakresów życia.

III. KONKRETYZACJE

W przypadku dalszej konkretyzacji przedstawionych kryteriów (nie) odpowiedzialności prawnik dociera szybko do granic swojej kompetencji, jako że nie jest przygotowany do osądzania konsumentów narkotyków i ich sposobów zachowania się. Mimo to jest w stanie jednak dostarczyć niektórych metodycznych i prawnych wskazówek, które mogą okazać się pomocne przy zastosowaniu wspomnianych kryteriów odnośnie rozdziału środków odurzających i zastępczych uzależnionym od narkotyków konsumentom.

1. Teleologiczne punkty zaczepienia

Istnieje pokusa, by każdą „uzależnienie” lub „nałóg” pojmować jako psychiczną „chorobę” w wyżej opisanym sensie, bowiem takie określenia można znaleźć wszędzie we właściwej medycznej, psychologicznej i społeczno-psychologicznej literaturze⁴³. Stąd też niedaleko do kolejnego kroku, ażeby z faktu chorobliwej „zależności” w tym sensie wnioskować, że osobie tak oznaczonej brak jest zdolności kierowania swoim postępowaniem i odrzucenia propozycji konsumpcji środka odurzającego. Takie szybkie wyciąganie wniosków jest jednak zbyt pochopne.

One nie odpowiadają wymogom teleologicznego tworzenia pojęć i ich interpretacji. Medyczne pojęcia służą innym celom niż prawne⁴⁴. Medycznie może to być przykładowo nawet sensowne, ustalić początek zależności na jakiś określony moment czasu, od którego można by zacząć stosować rozsądne środki terapeutyczne, ponieważ wydają się być szczególnie obiecujące, ba nawet konieczne, ażeby zapobiegać normalnie postępującemu pogorszeniu w takich przypadkach. Od strony prawnej natomiast niewiele zostało powiedziane na temat choroby, która osłabia zdolność do kierowania swoim postępowaniem. Tak więc według używanego w psychiatrii „Diagnostycznego i statystycznego podręcznika zakłóceń psychicznych” dla diagnozy uzależnienia wystarcza częsta konsumpcja dużych ilości psychotropowej substancji, trwałe pożądanie po-

mniejszenia konsumpcji i duży nakład czasu potrzebnego do nabycia środka lub dla regeneracji i odpoczynku po jego zażyciu⁴⁵. Można mieć wątpliwości co do tego, że każda osoba, która posiada te cechy, jest już niezdolna odrzucić w pojedynczym wypadku propozycję konsumpcji narkotyku.

Te rozważania prowadzą do pytania, jakie cele prawne są miarodajne, odnośnie konkretyzacji kryteriów zmodyfikowanej skali oceny przyzwolenia⁴⁶. Po tym co powiedziano nie mogą być to te cele, którym służą kryteria do opisania braku zdolności do zawinienia. Kryteria oceny braku zdolności do zawinienia z jednej strony są ukierunkowane na to, aby uchronić osoby z psychicznymi zaburzeniami przed niesprawiedliwą karą, a z drugiej jednak, aby ograniczyć w ten sposób istotne zakłócenia i ażeby nie doszło do przysłowiowego „przełamania tamy”, które to odebrałoby normom prawnym ich skuteczność, ponieważ zbyt wiele ludzi mogłoby się usprawiedliwiać niemożnością przestrzegania przepisów prawnych⁴⁷. W przypadku pytania o brak odpowiedzialności ofiary za jej zachowanie nie chodzi o to, aby ofiarę uchronić przed nieuzasadnioną karą, ani o to, aby zapobiec „przełamaniu tamy” w przypadku przestrzegania norm prawnych, ponieważ zdecydowani dokonać samouszkodzenia nie muszą - jak pokazano - przestrzegać przepisów prawnych. Jeśli odmawia się pewnej osobie zdolności do wyrażenia zgody, to następuje to raczej z powodów troski i opieki, tzn. ze względu na zamiar uchronienia tego człowieka przed szkodami, ponieważ on sam nie jest w stanie tego uczynić.

2. Wnioski

Z tego należałoby wprowadzić wnioskować, że zakres defektów, które wchodzą w grę odnośnie oceny (zmodyfikowanej) niezdolności do wyrażenia zgody, należałoby raczej widzieć szeroko. Nie mogą być brane pod uwagę te aspekty, które ograniczają „biologiczne” warunki braku zdolności do zawinienia, ponieważ nie chodzi o to, ażeby zapobiegać „przełamaniu tamy”, lecz o to, by położyć nacisk na apel nie popierania bezsilnych przy samouszkodzaniu. Dlatego jako defekt we wspomnianym wyżej sensie należy brać pod uwagę, w zasadzie każde uzależnienie od narkotyków, które może prowadzić do niezdolności do oporu przeciwko samouszkodzeniom ciała.

Jeśli chodzi o pytanie, czy taka choroba czyni uzależnionego bezsilnym, to odpowiedzieć na nie można dopiero po następnym kroku badawczym. W tym miejscu należy wyjaśnić, czy ten mankament eliminuje

zdolność, która musi występować, aby samouszkodzenie ocenić jako wolne od odpowiedzialności.

Po pierwsze jest możliwe, że choroba pomniejsza zdolność do przeprowadzenia analizy strat i korzyści odnośnie własnego zachowania. Tak więc konsumpcja środka odurzającego może wywołać ostre stany zamroczenia narkotycznego lub późniejsze szkody organiczne mózgu, które tak obniżają zdolność do myślenia, że poszkodowany nie jest w stanie właściwie skojarzyć istotne fakty. Częstszy jest prawdopodobnie przypadek, że narkoman z powodu choroby wprowadza do kalkulacji pozycje, które by on jako zdrowy człowiek, nie w ten sposób, albo nigdy nie uwzględnił w swoim rozstrzygnięciu i które dlatego zniekształcają jego ocenę. Należy pomyśleć o tym, że narkotyki tuż po zaprzestaniu ich działania wywołują depresje, które tak bardzo dręczą uzależnionego, że z ich powodu kwalifikuje on ryzyka związane z kontynuacją konsumpcji narkotyków jako niewielkie. Praktyczna ocena takich przypadków przysparza trudności, ponieważ stwierdzenie wypaczenia ocen wynikających z narkomanii zakłada zbadanie, jak chory by ten fakt ocenił w zdrowym stanie. Z tego względu, że miarodajnym pozostaje subiektywny system wartości poszkodowanego, konieczne jest, ażeby odkryć jego „prawdziwy”, „premorbidalny” charakter, ukryty za narkotycznymi preferencjami chorego⁴⁸; takie rozróżnienie jednak nie jest łatwe do przeprowadzenia. Jednak do połówicznie pewnych ocen można tutaj dojść tylko dlatego, że się uwzględni uzależnioną od narkomanii redukcję ekstremalnych szkód i ryzyk, co do których można by założyć, że żaden zdrowy człowiek by je z tak łatwo nie zaakceptował.

Pokrewne, choć dające się rozróżnić są konstelacje, w których narkoman chce się uwolnić od zależności narkotycznej, jednak ciągle nie może się tej żądzy oprzeć. Są to przypadki istniejącego rozeznania, ale brakującej zdolności do kierowania swoim postępowaniem. Te przypadki są w jednym punkcie usytuowane prościej niż poprzednio wymienione: hipotetyczne ustalenie prawdziwego systemu wartości narkomanów nie jest konieczne, ponieważ jeśli konsumpcja narkotyku nie odpowiada żądaniu wolności zażywania, to jest pewne, że używanie narkotyków nie odpowiada długotrwałej ocenie chorego. Dlatego pojawia się pytanie, kiedy spowodowany narkomanią przymus należy zakwalifikować jako „nie do odparcia”, tak aby można powiedzieć, iż narkoman jest niezdolny do podjęcia autonomicznej decyzji, tzn. w zgodności ze swoimi właściwymi wartościami. Łatwym do zaakceptowania rozwiązaniem byłoby przyjąć taką niezdolność tam, gdzie narkoman ciągle wykracza przeciwko swoim

dobrym zamiarom. Należy jednak pozostawić dokładniejsze wypowiedzi na ten temat fachowej ocenie psychiatryczno-psychologicznej.

Nieco dalej może się posunąć prawnik, jeśli chodzi o chorobę, której skutki odwykowe polegają na bólach cielesnych i stanach strachu, jak to się np. zdarza w przypadku zależności od heroiny⁴⁹. Dlatego też, mimo wszystkich różnic pomiędzy brakiem zdolności do zawinienia i do wyrażenia zgody, wydaje się być dopuszczalne prawnicze rozumowanie typu „wniosku tym bardziej” z § 35 ust. 1 zd. 1 StGB. Jeśli porządek prawny nie przyznaje samym normom żadnego prawniczo istotnego działania hamującego tam, gdzie grożą cielesne niebezpieczeństwa, to wolno przyjąć, że tym bardziej uznaje znoszącą opory siłę takich zagrożeń, gdzie nie istnieją żadne normy chroniące dobra, jak to się zdarza w przypadku obchodzenia się posiadacza dobra prawnego z jego własnymi dobrami⁵⁰. Fakt, że istnieją zastrzeżenia przeciwko wyrokowi odnośnie igły do heroiny, został już zasygnalizowany⁵¹.

Niezależność zdolności do wyrażenia zgody, jako zdolności wyboru, występuje we wzmożonej postaci tam, gdzie chodzi o ocenę konsumpcji środków zastępczych⁵². Jak wiadomo są one często konsumowane, aby po pierwsze w dalszym ciągu zaspokajać potrzeby związane z konsumpcją narkotyków, a po drugie jednak, aby uniknąć negatywnych zjawisk towarzyszących nabywaniu i konsumpcji oraz wywołujących nałóg prawdziwych narkotyków. Do tego dochodzą zamiary terapeutyczne, takie jak spowodowanie pełnej abstynencji. Tendencja do ulegania potrzebom uzależnionym od narkotyków, jak np. unikanie skutków odwykowych, przemawia w tych przypadkach przeciwko wolnej od nacisków konsumpcji, w końcu działają tu te same siły, jak te, które wymuszają konsumpcję prawdziwych narkotyków. W przeciwnym wypadku konsument jest w stanie uzmysłwić sobie alternatywę w postaci używania odurzającego środka zastępczego. Jeśli ten środek wywołuje te same szkody na ciele, jak ten wyjściowy środek prawdziwy, to nie zmienia to nic w ocenie prawnej. Co innego musi obowiązywać, jeśli konsumpcja środka zastępczego służy łagodzeniu szkód w sferze zdrowia, ułatwia rezygnację z niej na przyszłość lub prowadzi do późniejszej totalnej abstynencji. Jeśli narkoman jest w stanie zdecydować się na konsumpcję mniej szkodliwego dla zdrowia środka, to dowodzi to, iż jest on w stanie pomóc sobie samemu. On posiada jeszcze zdolność wyboru łagodniejszej alternatywy zwalczania swych cierpień, którą zgodnie z powyższym, powinna mieć osoba zdolna do wyrażenia zgody. Dlatego należy tę motywowaną terapeutycznie konsumpcję środka zastępczego zakwalifikować jeszcze jako wolną od odpowiedzialności⁵³, a działanie uboczne, którego nie można

uniknąć, przypisać nie dostarczającemu, lecz konsumentowi narkotyku. Nieistotne jest przy tym, że narkoman decyzję odnośnie środka zastępczego podejmuje pod naciskiem, chcąc złagodzić swoje podstawowe cierpienie lub się od niego uwolnić, ponieważ ten nacisk cierpienia występuje nie tylko w przypadku narkomanii, lecz także przy każdej chorobie, która zmusza chorego do zaakceptowania środka leczniczego. Chęć pokonania choroby nie czyni jeszcze wyrażenia zgody „niedobrowolną”⁵⁴, w przeciwnym wypadku bowiem nie byłoby w ogóle jakiegokolwiek skutecznego przyzwolenia w zakresie terapii.

W końcu należy przypomnieć, że osoba szkodząca sama sobie, nie tyle jest zmuszona tolerować naruszenie sfery dóbr własnych, lecz je osobiście wywołuje. Jak wykazano powyżej, tylko dlatego można mówić o odpowiedzialności własnej za samouszkodzenia, jeśli osoba, która się sama kaleczy, posiada odpowiednią do sytuacji kompetencję do działania. Tego aspektu może przykładowo brakować, jeśli szkoda jest wynikiem tego, iż poszkodowany jest niezdolny z powodu choroby policzyć swoje pigułki lub dać sobie prawidłowo zastrzyk.

Przypisy:

*. Panu *Gerhardowi Grünerowi* dziękuję za krytyczne uwagi.

1. RGSt 77/17; BGH JR 1979/429; NJW 1983/462; OLG Frankfurt NJW 1988/2965; NStZ 1991/235; BayObLG StV 1993/641; vgl. auch BayObLG NJW 1995/797; OLG Zweibrücken JR 1995/304; AG Landau StV 1989/536.

2. BGHSt 32/262 (263 i n.); por. także BGH NStZ 1985/25.

3. Obszerna dokumentacja u *Wesselsa*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 25 wyd. 1995, s. 53 i n.

4. BGH JR 1979/429 z kryt. uw. *Hirscha*.

5. BayObLG StV 1993/641 z uw. *Dannecker/Stoffers*.

6. OLG Frankfurt NJW 1991/235.

7. BayObLG NJW 1995/797.

8. OLG Zweibrücken JR 1995/304 z kryt. uw. *Horna*

9. BGH JZ 1991/571 z uw. *Rudolphi*; kryt. *Hohmann* MDR 1991/1117.

10. BGH NJW 1983/462 z kryt. uw. *Amelung/Weidemann* JuS 1984/595.

11. BayObLG NJW 1995/797; OLG Frankfurt NStZ 1991/235 (236); por. także AG Landau StV 1989/536 (537).

12. BayObLG NJW 1995/797.

13. OLG Frankfurt NStZ 1991/235 (236).

14. Dowody poniżej pod przyp nr 16.

15. Por. wyżej przyp.10.

16. BGH NJW 1981/1221; JR 1987/206; StV 1989/103; NJW 1989/2336; NStZ 1990/384. Całkowite wykluczenie zawinienia rozważa BGH NJW 1976/1801.
17. Nietrafnie oczywiście AG Landau StV 1989/536 (537).
18. Por. powyżejprzyp. nr 10.
19. BGH 32/362 (363, 366).
20. BayObiG NJW 1995/797.
21. RGSt 77/17 (20); OLG Frankfurt NJW 1988/2965; NStZ 1991/235 (236).
22. Por. np. RGSt 77/17 (20 in.); OLG Frankfurt NStZ 1991/235 (236).
23. Por. jednak *Dannecker/Stoffers* StV 1993/642 i n.(644 i n.):*Köhler* MDR 1992/739 (740); ten sam NJW 1993/762 i n. (764).
24. *Roxin*, Festschrift für Dreher, 1977 r., s. 331 i n. (343 i n.): *Bottke*, Suizid und Strafrecht, 1982 r., s. 247 i n.; dalsze dowody u *Amelunga* w *Schünemann/Figueiredo Dias* (red.), Bausteine des europäischen Strafrechts (1995 r.), s. 247 i n. (248 przyp. 9).
25. Zasadniczo *Geilen* JZ 1974/145 i n. (151 i n.); *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, s. 39 i n.; dalsze dowody u *Wesselsa* (przyp. 3) s. 150; *Amelung* (przyp. 24), s. 248 przyp. 10.
26. *Körner*, Betäubungsmittelgesetz, 4 wyd. 1994, § 29 nr. 802.
27. Por. powyżej przyp. 10 i 13.
28. BGHSt 14/114 (116); *Rudolphi*, SK-StGB (stan z 1989 r.), § 20 nr 22.
29. *Amelung* ZStW 104 (1992) 525 (544 i n.); ten że, Recht und Psychiatrie 1995/20 (23 i n.).
30. Zasadniczo *Roxin*, Festschrift für *Gallas*, 1973 r., s. 243 (249 i n.).
31. *Amelung* (przyp. 24) s. 252.
32. Por. powyżej przyp. 23.
33. Dowody u *Amelunga* ZStW 104 (1992 r.) 525 (541 i n.).
34. BGHSt 4/88 (90); 23/1 (4); BGHZ 29/33 (36).
35. Por. powyżej przyp.10.
36. Por. powyżej przyp. 13.
37. § 3 ust. 3 KastrG; § 40 ust. 2 zd. 1 AMG; dalsze dowody u *Amelunga* (przyp. 33) s. 532.
38. Dowody u *Amelunga* (przyp. 33) s. 533, 537.
39. *Amelung*, Recht und Psychiatrie, 1995/20 (26); por. także ten że (przyp. 33) s. 544 i n. (szczeg. 558).
40. BGH NJW 1978/1206.
41. Dowody u *Lencknera* w: *Schönke/Schröder*, StGB, 24 wyd.1991, nr 40 przed § 32.
42. Dokładniej *Amelung* (przyp. 33) s. 551 i n.
43. Por. dla przykł. *Faust/Baumhauer* w: *Faust* (wyd.), Psychiatrie, 1995, s. 329; *Feuerlein* w *Kisker* i in. (red.) Psychiatrie der Gegenwart, 3 wyd. 1987, s. 3 i n.

(szczegół. s. 8 i n.); *Grigoleit/Wenig/Ziegler*, Handbuch Sucht, Stand 1994, t. 1, 22-1; t. 2, 16.1-1.

44. Instruktywnie na ten temat *Bernsmann*, Probleme des strafrechtlichen Krankheitsbegriffs, Diss. Bochum 1978 r., s. 86 i n.

45. *Wittchen/Saß/Zaudik/Koehler* (opracował), Diagnostisches und Statistisches Manual Psychischer Strungen, DSM III R (1989), s. 214.

46. Odnośnie tego problemu dokładniej *Amelung* (przyp. 33) s. 823 i n.

47. Druki Parlamentu V 4095 s 10.

48. Por *Helmchen*, Artikel Einwilligung, w: *Müller* (wyd.), Lexikon der Psychiatrie, 1986, s. 221 (222).

49. *Taschner* w: *Faust* (przyp. 43) s. 285, 299.

50. W szczegółach również *Köhler* MDR 1992/739 (740).

51. Por. powyżej przyp. 19.

52. Odnośnie problemów prawnych przepisania środków odurzających ujęcie summaryczne *Körner* MedR 1993/257 i n.

53. W rezultacie także *Köhler* (przyp. 50) s. 740.

54. *Amelung* (przyp. 33) s. 821 i n.

OCHRONA ŚWIADKA I OFIARY PRZESTĘPSTWA W NIEMIECKIM PROCESIE KARNYM

I. WPROWADZENIE

Świadkowie i ofiary przestępstw w prawie niemieckim przez długi czas traktowani byli jedynie jako osoby, których rola kończyła wówczas, gdy zgłosili przestępstwo, złożyli zeznania i umożliwili wniesienie skargi. Kiedy spełnili zaś swoje zadanie, państwo traciło dla nich wszelkie zainteresowanie.

a) Kiedy zajmujemy się bliżej świadkami w niemieckim postępowaniu karnym, napotykamy prawie wyłącznie na ich obowiązki: obowiązek stawienia się w sądzie, składania tam zeznań i przysięganie ich prawdziwości. Unormowanie praw świadka w rozdziale 6 kodeksu postępowania karnego naznaczone jest w zupełności celem, jakim jest zagwarantowanie możliwie najlepszego wykorzystania tego środka dowodowego¹. Wykonanie tych obowiązków zagwarantowane jest możliwością stosowania środków przymusu. Praktycznie rzecz biorąc, nie zagwarantowano świadkom jakichkolwiek praw. Rozbieżność pomiędzy traktowaniem praw i obowiązków świadka wynika z tego, że jest on traktowany wyłącznie jako źródło dowodowe. Pod hasłem ochrona świadka nie sposób odnaleźć w odnośnych komentarzach jakichkolwiek zapisów. Słusznie ubolewa *Böttcher*, że to, co ustawa winna gwarantować świadkowi, pozabawione jest w toku rozprawy głównej większego znaczenia, bowiem wszystko koncentruje się wokół osiągnięcia zasadniczego celu postępowania².

Już wezwanie świadka następuje według §§ 48 i n. kodeksu postępowania karnego (StPO) ze wskazaniem na skutki niestawienia się: zwrot kosztów, kary porządkowe i możliwość przymusowego doprowadzenia. Ani nie musi być zachowany odstęp czasowy pomiędzy wezwaniem a terminem stawienia się, ani też nie informuje się świadka o temacie przesłuchania, na które jest wzywany. Wezwanie nie zawiera także informacji o prawie odmowy zeznań i o prawie odmowy odpowiedzi na pytania ani też o prawie przybrania obrońcy. Przed salą rozpraw świadek czeka - często bardzo długo - w mało przytulnym korytarzu. Rzadko

kiedy ma do dyspozycji poczekalnię. Sędziowie często wzywają wszystkich świadków na początek rozprawy; z możliwości stopniowego wzywania świadków przewidzianej w § 214 ust. 2 StPO rzadko kiedy robi się użytek. Podczas samej rozprawy świadek stoi sam jeden wobec sądu, prokuratora, oskarżonego, jego obrońcy i pozostałych uczestników postępowania. Jeszcze bardziej niebezpieczni są dla świadka przedstawiciele prasy. Starania o resocjalizację sprawcy już od dawna uznane zostały za niezbędne i są przedmiotem wielu dyskusji i propozycji w kierunku ich ulepszenia. Świadkowie i ofiary przestępstw pozostawali tymczasem w cieniu. Ofiary przestępstw aż do lat siedemdziesiątych ustawodawca niemiecki pozostawiał w zupełności ich własnemu losowi³.

b) Dopiero w nowszych czasach dyskusja prawnicza zwróciła się także ku świadkom i ofiarom. Zwrot nastąpił w 1976 r. wraz z uchwaleniem ustawy o odszkodowaniu dla ofiar czynów z użyciem przemocy (OEG) z 11 maja 1976 r. Pozycja prawna pokrzywdzonego w postępowaniu karnym była też przedmiotem 55-tych Dni Prawniczych w Hamburgu w 1984 r. Podjęte tam uchwały i zalecenia znalazły częściowe odbicie w ustawie o ochronie ofiar przestępstw (OSchutzG), która weszła w życie w 1987 r., i wzmocniła pozycję procesową ofiary przestępstwa. Generalnie należy stwierdzić, że jednocześnie ze wzrostem znaczenia ofiary przestępstwa, wzmocnieniu ulegały także prawa świadka w procesie karnym⁴.

Także ustawodawca uznał w międzyczasie konieczność wzmocnienia ochrony świadka i ofiary. Ustawą o zwalczaniu nielegalnego handlu środkami odurzającymi i innych form przestępczości zorganizowanej (OrgKG) z 15.7.1992 r. prawo karne procesowe zostało poważnie zmienione przy uwzględnieniu ochrony świadka jako jednego z priorytetów. Stało się to nie tylko w interesie świadków: trzeba pamiętać o tym, że w interesie efektywnego ścigania karnego, w szczególności przy przestępstwach stanowiących przejaw przestępczości zorganizowanej, profesjonalna ochrona świadków jest nieodzowna, świadek bowiem, który musi obawiać się o swoje życie, nie jest raczej skory do zeznawania.

c) We właściwym jednak sensie opieka nad świadkami i ofiarami przestępstw po dziś dzień formalnie nie jest realizowana. Zadanie to pozostawiane jest organizacjom prywatnym, jak np. Biały Krąg będący największą organizacją niosącą pomoc ofiarom przestępstw w Niemieckiej Republice Federalnej. W innych krajach, ze strony państwa wyznaczani są nawet specjaliści opiekunowie ofiar przestępstw, jak np. w Szkocji. Zadaniem ich jest zapobieżenie powtórnej wiktymizacji osoby dotkniętej materialnie i moralnie na skutek przestępstwa. W Niemczech, jak dotąd, pozostawia się inicjatywie poszczególnych urzędników, przykładowo

podjęcie opieki nad uwolnionymi zakładnikami w celu przygotowania ich do ich roli świadków. Od dawna powinna tego rodzaju opieka znaleźć podstawy ustawowe i co za tym idzie, powinny być w tym celu oddane do dyspozycji konieczne środki finansowe z kasy państwowej.

II. WYWAŻENIE INTERESÓW

a) W kodeksie postępowania karego dla ochrony świadka niewiele pozostaje miejsca. Regularnie kolidują tu interesy ochrony praw osobistych świadka z prawem oskarżonego do efektywnej obrony, jednocześnie zaś z uregulowanym w § 244 ust. 2 StPO obowiązkiem sądu wszechstronnego wyjaśnienia sprawy z urzędu⁵. O wyważenie interesów jest tu niemiernie trudno. Jest zasadą, że stosowne środki mogą być - w zależności od okoliczności sprawy - podejmowane w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne dla zapewnienia koniecznej ochrony świadkowi, jednak w taki sposób, aby w jak najmniejszym stopniu ingerować w prawo do obrony⁶ i jednocześnie w jak najmniejszym zakresie - przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności (umiaru) - ograniczać realizację sądowego obowiązku wyjaśnienia sprawy. Ostatecznie oznacza to: bardziej efektywna ochrona świadka byłaby oczywiście pożądana, niemniej pozostaje ona w tyle za prawami oskarżonego, a niekiedy także za względami na konieczność wszechstronnego wyjaśnienia sprawy. Tak więc w naszym systemie prawnym nigdy nie będzie optymalnej ochrony świadka.

b) Zmiany dokonane przez OrgKG - o czym będę jeszcze dokładniej mówić - w szczególności w § 68 StPO mogą być oceniane jako wyraźne przesunięcie akcentów⁷. Nowe regulacje zawarte w OrgKG nie zostały jednak jeszcze przyjęte. Poza tym pozostaje jeszcze ochrona zagrożonego świadka za pomocą pozostałych regulacji StPO, na przykład za pomocą ograniczenia prawa do przeglądania akt, czy też za pomocą § 247 zdanie 1 StPO, który pozwala na czasowe wydalenie oskarżonego z sali rozpraw wówczas, gdy świadek nie jest w stanie powiedzieć prawdy w jego obecności. Poza tym, po zmianie OSchutzG, zachodzi możliwość wydalenia oskarżonego na czas przesłuchania dzieci i młodzieży, gdyby obawiano się o ich samopoczucie fizyczne i psychiczne (§ 247 zdanie 2 StPO).

W każdym razie należy o tyle krytykować ustawodawcę, że na tle narastającej przestępczości zorganizowanej wciąż jeszcze w niewystarczającym stopniu uregulowana jest ochrona świadków. Należy jednak podkreślić afirmująco, że nastąpiło uwrażliwienie na tę problematykę. Świadek nie jest już tylko obiektem postępowania, zaś jego rola widziana jest w szerszym spektrum.

Także Federalny Trybunał Konstytucyjny (BVerfG) zajmował się niedawno pozycją świadka i jego prawami i ze stanowiącej element państwa prawnego zasady prawa do rzetelnego procesu wyprowadził prawo świadka do posiadania pomocy prawnej⁸. Wydaje się to nawet konieczne, co w szczególności widoczne jest w wypadku przestępstw seksualnych: ofiarom przestępstw, którzy jednocześnie nie występują w charakterze oskarżycieli posiłkowych, odmawiano dotąd prawa do zaangażowania adwokata jako obrońcy, chociaż zmuszani oni są do publicznego ujawniania szczegółów z ich sfery intymnej. Do dziś świadek nie ma możliwości zaangażowania tłumacza. W orzecznictwie BVerfG, ale też Wyższego Krajowego Sądu Bawarii (BayObLG), bezpośrednio z Konstytucji (GG) wyprowadzana jest zasada ograniczenia spoczywającego na świadku obowiązku zeznawania w tych wypadkach, gdy temat zasadniczy przesłuchania wkracza w sferę prywatną, w szczególności zaś w sferę intymną świadka⁹. Orzecznictwo zaniedbywało jednak dotąd sposobność konkretyzacji tej zasady w kierunku efektywnej i nadającej się do zaakceptowania ochrony świadków¹⁰.

c) Temat ochrony świadków i ofiar przestępstw obejmuje z trudem nadającą się do ogarnięcia mnogość kwestii: dotyczy także naprawienia szkody, jak też procesu adhezyjnego, postępowania zmierzającego do wymuszenia skargi, oskarżenia posiłkowego, stanowiska pokrzywdzonego z jego możliwościami w zakresie uczestnictwa w postępowaniu i zaskarżania orzeczeń, sygnalizowanej wyżej kwestii obowiązku wyjaśnienia prawdy w procesie, ochrony praw osobistych, następnie ochrony zagrożonego świadka przed represaliami i próbami zastraszenia ze strony zorganizowanych struktur przestępczych.

III. OCHRONA PRAW OSOBISTYCH ŚWIADKA

Dowód z zeznań świadka jest w praktyce dowodem najważniejszym. W toku postępowania każdy świadek ma prawo do odpowiedniego traktowania i ochrony jego godności. Nie może być traktowany jako przedmiot postępowania. Sąd jest zobowiązany do przejawiania troski o świadka. Każdy świadek ma w związku z tym prawo do odpowiedniego i sprawiedliwego traktowania go przez sąd¹¹.

a) Wyłączenie jawności rozprawy jest zasadniczo możliwe w celu ochrony praw osobistych świadka. Odpowiednią podstawę zawierają §§ 171b i następne ustawy o ustroju sądów (GVG). Zasada jawności postępowania, uważana za ważną zasadę w procesie karnym, musi w tym wypadku ustąpić przed prawem do ochrony prywatności. Oznacza to, że w wypadku gdy ujawnione być mogą osobiste właściwości i skłonności

świadka, jego przekonania polityczne lub religijne, jak też szczegóły z jego życia rodzinnego, rozprawa może odbyć się z wyłączeniem publiczności.

Z ochroną praw osobistych świadka pozostaje w ścisłym związku także możliwość wyłączenia jawności na podstawie § 172 ust. 2 i 3 GVG, gdy przykładowo zachodzi obawa ujawnienia tajemnicy służbowej albo tajemnicy prywatnej świadka. Z punktu widzenia świadka publiczne ujawnienie takiej tajemnicy oznaczać może nawet zniszczenie podstaw egzystencji, jednak w praktyce niezmiernie rzadko czyni się użytek z tej możliwości wyłączenia jawności ze względu na bezwzględłą przyczynę rewizyjną przewidzianą w § 338 ust. 6 StPO, jaką jest bezprawne o graniczenie jawności postępowania przed sądem¹².

Ze względu na potrzebę ochrony świadka i ofiary przestępstwa zasada jawności procesu karnego powinna być interpretowana ściśle. Zasada tej przypisuje się ważną rolę, bowiem zapewnia ona społeczeństwu możliwość kontrolowania wymiaru sprawiedliwości. W ten sposób wymiar sprawiedliwości przybliżony zostaje narodowi i wzmocnieniu ulega zaufanie do jego bezstronności. Trzeba sobie jednak uświadomić, że może się to odbywać na koszt oskarżonego i świadka. Czy jest w związku z tym niezbędne, że na każdej rozprawie także osoby spośród publiczności poznają prywatne adresy świadków? Nie będą oni przecież - miejmy nadzieję! - opierając się na tej informacji sprawdzać prawdomówności świadków. Także z punktu widzenia ochrony danych ograniczenie zasady jawności w pewnym zakresie wydaje się już teraz niezbędne.

b) W interesie ochrony świadka mogą być następnie uchylane poszczególne pytania na podstawie § 241 ust. 2 StPO. Efektywniej ochronie świadka służy także § 68a StPO, który pomaga uniknąć narażenia świadka na pytania zmierzające do jego zniesławienia bądź pytania o jego uprzednią karalność¹³. Przepis ten powinien zapewnić, że świadek będzie odpowiednio traktowany, a jego godność będzie chroniona. W interesie wyjaśnienia sprawy nie da się jednakowoż uniknąć pytań nieprzyjemnych i narażających świadka i z tego powodu przepis powyższy podlega wykładni ścieśniającej. Świadek może jednak domagać się, aby obchodzono się z nim możliwie oszczędnie¹⁴.

Kobieta, która jest ofiarą przestępstwa seksualnego, nie może być z tego powodu dopytywana o jej życie seksualne, jeżeli nie pozostaje to w związku z czynem będącym przedmiotem postępowania. Częstokroć zawstydzające pytania, formułowane z reguły przez obronę, zmierzają do zepchnięcia takiego świadka na pozycję winnej. Pytania o uprzednią karalność świadka zmierzają zasadniczo jedynie do ustalenia jego wiarygod-

ności lub do ustalenia czy zachodzą przesłanki odebrania przyrzeczenia. W celu ustalenia wiarygodności świadka w rachubę wchodzi z reguły tylko pytanie o taką uprzednią karalność, która w danej sytuacji może mieć znaczenie. Konkretnie oznacza to, że świadek może być pytany o uprzednią karalność za składanie fałszywych zeznań, ale nie o karalność za przestępstwa przeciwko zdrowiu, czy przestępstwa drogowe¹⁵.

1. § 68a StPO uzupełniony jest przez wspomniany już przepis § 171b GVG, który w przypadku takich pytań pozwala na wyłączenie jawności rozprawy. W związku z tą kwestią pozostają także §§ 81c i 81d StPO, które odgrywają rolę w szczególności w sprawach o przestępstwa z użyciem przemocy i o przestępstwa seksualne. Należy zwrócić przy tym uwagę, że z brzmienia ustawy wynika, że badane mogą być także osoby, które nie wchodzi w rachubę jako świadkowie, ponieważ nie są w stanie powiedzieć czegokolwiek, jak np. niemowlęta, małe dzieci, ciężko chorzy psychicznie¹⁶. Także w tym wypadku działa zasada § 52 StPO w postaci prawa odmowy poddania się badaniu (§ 81c ust. 2 StPO).

2. Do pomyślenia jest rozszerzenie ochrony § 68a StPO na wszystkie pytania dotyczące szczegółów z życia rodzinnego świadka. W takim wypadku byłby on w tym względzie uznany za równie godnego ochrony jak oskarżony, który przecież stoi przed sądem jako podejrzany w oparciu o wielokrotnie sprawdzone fakty, podczas gdy świadek wypełnia jedynie swój obywatelski obowiązek.

Jako dodatkowe wzmocnienie ochrony świadka byłoby w tym zakresie do pomyślenia prawo świadka do odmowy odpowiedzi na pytania, które są dla niego szczególnie uciążliwe, względnie narażają go na utratę godności. Taki wniosek ze strony Rady Federalnej został odrzucony przez ustawodawcę, podobnie jak i wniosek aby pytania dotyczące sfery prywatnej świadka stawiane być mogły wyłącznie przez sędziego przewodniczącego, z uwagi na to, że ten właśnie sposób stawiania pytań zneutralizowałby potencjalne ataki ze strony uczestników postępowania¹⁷. Do kwestii prawa odmowy zeznań przejdę jeszcze w dalszej części wystąpienia.

Po raz pierwszy w historii niemieckiego wymiaru sprawiedliwości przed sądem krajowym przesłuchano w maju bieżącego roku dzieci z użyciem kamery video w bocznym pomieszczeniu. W procesie tym siedem kobiet i sześciu mężczyzn z Wormacji stanęło pod zarzutem dopuszczenia się brutalnych czynów seksualnych wobec 16 dzieci, łącznie w 89 przypadkach. Postanowienie sądu krajowego spowodowane zostało przebiegiem procesu w pierwszej instancji. Wiele dzieci, wstrząśniętych ilością uczestników postępowania, nie było w stanie wypowiedzieć się na

sali rozpraw. Sąd krajowy uznał, że konieczność wypowiadania się przez tych młodych świadków w obecności łącznie 43 uczestników postępowania powinna być im oszczędzona¹⁸. obrońcy zgodzili się z tym środkiem. Sędzia przewodniczący przesłuchiwał zatem świadków sam w bocznej sali. Na sali rozpraw ustawiono monitor o wymiarach 2x2 m., aby uczestnicy postępowania mogli śledzić przesłuchanie; umożliwiono im nawet za pomocą telefonu kontakt z sędzią. Zapis video został jednak odrzucony przez sąd II instancji.

Jeżeli nawet ten sposób obchodzenia się z dziećmi niekoniecznie służył ochronie praw osobistych dzieci, ale umożliwił sądowi możliwie oszczędne obejście się ze świadkami, to powinien być on zaakceptowany, co postulowałem od dawna. Nie można dłużej zamykać drzwi sal sądowych przed przesłuchaniami z użyciem techniki video, co dotyczy także videokonferencji. Technika przynosi świadkom wymierne korzyści - aby pomyśleć choćby o mękach oszczędzonych tym dzieciom w postaci przesłuchania oko w oko ze swoimi prześladowcami - i z pewnością służy (to także nie jest wadą) także przyśpieszeniu postępowania. Na dodatek w przedstawionym przypadku prawa oskarżonych zostały nawet wzmocnione, ponieważ także oni mogli śledzić przesłuchanie za pomocą monitora, w przeciwnym bowiem przypadku musieliby być usunięci z sali rozpraw na czas przesłuchania dzieci. Pozostaje nadzieja, że ta pierwsza próba w kierunku przesłuchań za pomocą kamery video znajdzie uznanie Sądu Najwyższego.

c) mówiąc o ochronie praw osobistych nie należy zapominać, że także świadek ma prawo do przesłuchania, w szczególności do tego, aby jego wypowiedzi nie były w miarę możliwości przerywane pytaniami (§ 69 ust. 1 StPO)¹⁹; może on przy tym - w celu przypomnienia sobie szczegółów - korzystać z notatek. Rozstrzygnięcia, które go dotyczą, jak np. wymierzenie pieniężnej kary porządkowej itd., mogą być przez niego zakarżane w granicach określonych w §§ 304 i nast. StPO.

IV. ŚWIADEK ZAGROŻONY - PROGRAMY OCHRONY ŚWIADKÓW

Myśl zasadnicza brzmi następująco: skoro każdy obywatel gotów jest spełniać - często uciążliwy - obowiązek zeznawania przed sądem w charakterze świadka, to elementarnym obowiązkiem państwa jest chronić obywatela przed możliwymi zagrożeniami. Zapewnienie bezpieczeństwa świadkom jest zatem nakazem konstytucyjnym²⁰.

a) Ochrona zagrożonych świadków realizowana jest dotąd w StPO raczej w skromnym zakresie. Przez długi czas aktywność w tym zakresie

nie była zresztą niezbędna. Zawsze istniała możliwość wyłączenia jawności w interesie ochrony świadka, czy też możliwość utajnienia jego adresu. Jednak wobec nowych form przestępczości w Niemczech środki te nie są wystarczające. Dopiero rozwój nowoczesnej przestępczości stawiał ten problem wyraźnie przed oczyma²¹. Jednakowoż na przykład nieskore do subordynacji prostytutki zawsze narażone były na represalia ze strony swoich sutenerów²². Nie obserwujemy zatem zupełnie nowej problematyki, ponieważ dla przestępczości zorganizowanej zastraszanie świadków jest właśnie typowe. Świadkowi i członkowie ich rodzi są zagrożeni; są uprowadzani, bici lub nawet zabijani, ich mienie jest niszczone. Świadek zagrożony jest właściwie zawsze wtedy, gdy on albo członek jego rodziny - gdy świadek zeznaje - musi się liczyć z możliwymi zamachami na jego życie, zdrowie czy inne dobro prawne.

Świadek narażony jest na poważne niebezpieczeństwo przede wszystkim w postępowaniach przeciwko sprawcom z kręgów przestępczości zorganizowanej, przestępczości terrorystycznej i związanej z narkotykami. Zaczyna się to już w postępowaniu przygotowawczym, jak dotąd świadek nie ma jednak prawa odmowy podania swoich personaliów. Mogłby jednak skorzystać z takiego prawa opierając się o stan wyższej konieczności (§ 34 StGB) w wypadku bezpośredniego zagrożenia życia. Pożądana byłaby jednak wyraźna regulacja w naszym StPO. Ochrona świadka nie jest jednak realizowana wyłącznie po to aby zażegnać niebezpieczeństwo grożące świadkowi - w tym celu tworzone są właśnie odpowiednie podstawy ustawowe - w prawie karnym procesowym muszą być także stworzone odpowiednie koncesje na rzecz ochrony zagrożonego świadka²³. Prawnoprocesowa ochrona świadka ma bowiem decydujące znaczenie z punktu widzenia możliwości korzystania z dowodu. Jest to problem, który przedstawiony być musi jeszcze w dalszych rozważaniach.

1. Świadkowie chronieni są przez środki policji sesyjnej przewidziane w §§ 176 i nast., 175 GVG. Konkretnie, przewodniczący może na przykład zarządzić przeszukanie osób spośród publiczności w poszukiwaniu broni, albo polecić ubezpieczenie drogi świadka do i z sądu²⁴. Możliwe są także przemeblowania na sali. Do pomyślenia jest nawet przesłuchanie świadka za szybą pancerną. Jednak zmiany optyczne nie są dopuszczalne. Oznacza to, że świadek nie może się zamaskować w celu uniemożliwienia jego rozpoznania. Do tej kwestii powrócę raz jeszcze przy omawianiu problematyki tajnych współpracowników policji.

2. Ochronie świadka może pośrednio służyć także ograniczenie wglądu do akt obrońcy oskarżonego w oparciu o § 147 StPO. Jest jednak

jak dotąd sporne, czy zagrożenie interesów ścigania karnego - jako jedyny powód odstępowania od prawa wglądu do akt - również wówczas wchodzi w rachubę, gdy świadek musi obawiać się represaliów ze strony oskarżonego.

b) Konieczność daleko idącej ochrony zagrożonego świadka w procesie karnym dyskutowana jest dopiero od połowy lat osiemdziesiątych, od czasu gdy ustawa wyposażała ofiary przestępstw w samoistnie przysługujące im prawa (OSchutzG). Jednak, gdy chodzi o ochronę świadka, wiele krajów wyprzedziło nas zdecydowanie, że powołam tu choćby przykład Stanów Zjednoczonych, których zresztą - gdy chodzi o ochronę prawną - zazwyczaj nie biorę za przykład.

W walce z przestępczością zorganizowaną często jedynymi źródłami dowodowymi są świadkowie, którzy ze względu na swoją wiedzę o planowaniu i realizowaniu przestępstw, są w stanie dostarczyć informacji na temat struktur organizacyjnych i osobowych. Przeprowadzanie dowodów rzeczowych napotyka zazwyczaj poważne trudności, jeśli ma się do czynienia z tego rodzaju profesjonalnymi sprawcami. Ochrona świadków jest zatem koniecznością, jeśli chcemy w ogóle cokolwiek udowodnić. Ze strachu przed represaliami świadkowie unikają wypełniania swoich obowiązków; albo nie zeznają w ogóle, albo też zeznają fałszywie. Dlatego też ataki na świadków muszą być uważane za ataki na możliwość udowodnienia prawdy w procesie, a tym samym funkcjonalność wymiaru sprawiedliwości²⁵.

1. Pomimo braku ustawowych podstaw, jesteśmy w Niemczech już od dawna aktywni na tym obszarze: w roku 1992 w Republice Federalnej i w krajach związkowych miało miejsce się już 372 przypadków ochrony świadków w opracowaniu i wobec 657 osób zastosowano środki ochronne. W 1993 r. były już 544 przypadki z ogółem 657 osobami chronionymi. 43% szczególnie chronionych świadków stanowili cudzoziemcy²⁶. Krąg osób zagrożonych obejmuje, obok ofiar przestępstw występujących w charakterze świadków, w szczególności także osoby, które same zaangażowane są lub były w działalność przestępczą (świadkowie koronni)²⁷.

Poszczególne środki obejmują działalność doradczą, ochronę osobistą, zatajenie stosunków personalnych, czasowe zakwaterowanie w innej miejscowości, zmiany nazwisk i miejsc zamieszkania aż po stworzenie całkowicie nowej tożsamości²⁸. Realizowane są one w ramach programów ochrony świadków, które zostały wprowadzone, względnie właśnie są wprowadzane w ramach ogólnych kierunków działania resortów spraw wewnętrznych i sprawiedliwości w krajach związkowych. Ochrona świadka powinna być przy tym zasadniczo realizowana przez te struktury

policyjne, które nie zajmują się prowadzeniem postępowań przygotowawczych: w ten sposób powinno się uniknąć wpływów wywieranych na świadków²⁹.

2. Najskuteczniejszym - i jedynym sensownym - środkiem ochrony świadka jest stworzenie nowej tożsamości - u nas możliwość ta znana jest przeważnie tylko z amerykańskich filmów. W Niemczech ani kwestia zmiany tożsamości (zmiana nazwiska, adresu, jak też innych danych personalnych jak zatrudnienie czy stan rodzinny, które zmieniane są na dłuższy czas), ani też ograniczona w czasie zmiana papierów osobowych nie są uregulowane ustawowo.

W Stanach Zjednoczonych tego rodzaju programy ochrony świadków realizowane są już od 1970 r.³⁰. Także we Włoszech, ojczyźnie mafii i *cosa nostrы*, od 1991 r. pozostaje do dyspozycji pokaźny katalog środków. W naszym kraju kwestia rozległej ochrony świadków z powodu struktury przestępczości nie wydaje się ustawodawcy nazbyt pilna. Jednak nawet w znajdującej się w podobnej sytuacji Szwecji już w 1992 r. weszła w życie ustawa o fikcyjnych danych personalnych, która powinna służyć ochronie świadków. W Anglii zbierane są aktualnie pierwsze doświadczenia z optycznym maskowaniem świadków³¹. Być może w Niemczech możliwe byłoby rozpoczęcie doświadczeń ze środkami ochronnymi już w latach siedemdziesiątych w procesach przeciwko terrorystom i ugruntowanie stosownych metod. W każdym zaś razie samo uregulowanie ustawowe kwestii świadka koronnego nigdy nie przyniosło pożądanych rezultatów.

3. Także jednak w Republice Federalnej zgłaszane były rozległe inicjatywy ustawodawcze zmierzające ku wzmocnieniu zagrożonego świadka. Tak więc w ramach ustawy o zwalczaniu nielegalnego handlu narkotykami i innych form przestępczości zorganizowanej (OrgKG) usiłowano stworzyć także ustawową podstawę zmiany tożsamości zagrożonego świadka. Na drodze pozaustawowej chciano natomiast uregulować tę kwestię stwarzając podstawy środkom ochrony świadków poprzez przyznanie im pomocy finansowej i innej pomocy materialnej (zapomogi, wsparcie mieszkaniowe, itd.), co miałoby być uzasadnione obowiązkiem państwa w zakresie ochrony obywateli przed niebezpieczeństwami i w związku z tym nie wymagałoby podstawy ustawowej³².

Art. 7 projektu OrGK przygotowanego przez Radę Federalną przewidywał uzupełnienie ustawy o personaliach, na mocy którego wówczas, gdy nie istniały żadne inne możliwości ochrony zagrożonego świadka, władze byłyby w stanie jako *quasi ultima ratio* stworzyć dla niego nową tożsamość. Inicjatywa Rady Federalnej upadła jednak na skutek zabiegów

rządu. Uzasadnieniem ich było to, że w ten sposób zanadto nadwyżęone byłoby zaufanie publiczne do prawdziwości rejestrów personalnych. Poza tym taka ochrona byłaby niewystarczająca, albowiem zorganizowane struktury przestępcze nie miałyby większych problemów z dotarciem do rejestrów personalnych i uzyskaniem niezbędnych informacji. Zresztą według zapatrywania rządu skuteczna ochrona zagrożonego świadka byłaby możliwa tylko wówczas, gdyby zmianą nazwisk nie zajmowały się właściwe w tym zakresie władze, które mogłyby stanowić źródło informacji o zastosowanych środkach zmieniających tożsamość. Z tego powodu inicjatywa Rady Federalnej upadła ze wskazaniem, iż -jak dotąd - brakowało ustawowej podstawy. Wprawdzie według ustawy o zmianie nazwisk zmiana nazwiska zawsze była dopuszczalna z ważnych powodów - jednak dotyczy to jedynie nazwisk i imion - nie dotyczy zaś dat urodzenia i innych danych. Ponadto nie daje możliwości zmiany nazwisk cudzoziemcom. Z tego powodu ustawa o zmianie nazwisk w niewielkim jedynie stopniu służyć może efektywnej ochronie świadków, ponieważ są oni często, jak przedstawiałem powyżej, cudzoziemcami³³.

c) OrgKG z 15.7.1992 r. - jak wspomniano - ochronę świadków o tyle wzmocniła, że poprzez nowelizację § 68 StPO nastąpiła poprawa ich sytuacji procesowej.

1. § 68 ust. 2 StPO już od dawna pozwalał świadkom na to, aby w obliczu oczywistego niebezpieczeństwa dla życia, odmawiali podania miejsca swojego zamieszkania³⁴. Obecny ust. 3 tego przepisu pozwala wyraźnie świadkom zagrożonym w poważnym stopniu na odmowę podania jakichkolwiek danych personalnych, albo na podanie jedynie swoich dawnych danych personalnych³⁵. § 68 ust. 3 zdanie 1 StPO wychodzi zatem z założenia, że zmiany tożsamości możliwe są w Niemczech także bez podstawy ustawowej. Niejasne jest jednak, jak dotąd to, w jaki sposób owe zmiany tożsamości mają następować. Ponadto przytoczona regulacja nie wydaje się być skuteczną: toż rzeczą bardziej niż naiwną jest sądzić, że zdobycie adresu świadka poprzez wydobywanie go z akt policyjnego dochodzenia przedstawia jakikolwiek problem dla zorganizowanych struktur przestępczych. Oznacza to, że skuteczna ochrona świadka może być tylko wówczas zagwarantowana, jeżeli adres świadka nie figuruje w żadnych aktach. Wielkie zadanie stoi zatem przed środkami wykonawczymi, które swoimi skutkami oddziałują na postępowanie karne. W obecnym stanie prawnym do pomyślenia są także środki pozostające do dyspozycji władz na podstawie § 96 StPO. Chodzi o to, że dostęp do akt, które zawierają dane zagrożonego świadka, może być zakazany decyzją ministerstwa spraw wewnętrznych. Jednak sami świadko-

wie nie mogą w świetle panującego mniemania czynić z tej drogi użytku³⁶. Tego rodzaju środek wchodzi w rachubę tylko w odniesieniu do wyjątkowo poważnie zagrożonego świadka: musi być zagrożone co najmniej jego zdrowie lub życie³⁷. W takim wypadku świadkowie ci są nieosiągalni dla sądu w sensie § 244 ust. 3 zdanie 1 StPO. Wchodzą wówczas w rachubę surogaty dowodu ze świadka; według § 251 ust. 2 zdanie 2 StPO jest np. do pomyślenia odczytanie protokołów przesłuchań. Wartość dowodowa takich dokumentów jest jednak jak dotąd oceniana bardzo nisko³⁸.

W granicach, w jakich stosuje się OrgKG została jednak wprowadzona możliwość dokonania zmian tożsamości tajnego agenta na dłuższy czas poprzez stworzenie tzw. legendy (§ 110a ust. 2 zdanie 2 StPO). To nowe uregulowanie wyrosło z przekonania, że bez tajnego agenta (under cover agent) walka z przestępczością zorganizowaną byłaby przegrana już na samym starcie.

Do takiej legendy należy nazwisko, narodowość, adres, stan rodzinny i inne dane, jak zawód i stanowisko. Jakie dokumenty mogą być spreparowane albo zmienione, tego jednak przepis nie reguluje. Dla zbudowania takiej legendy wolno jednak sporządzić odpowiednie dokumenty, przerobić dokumenty i dokumentów tych używać. W celu umożliwienia ukrytej osobie wejścia do obrotu prawnego pod ową legendą, trzeba jej pozwolić także na dokonywanie fałszywych wpisów do ksiąg i rejestrów, jak np. założenie firmy pozornej³⁹. § 110a ust 3 nie pozwala jednak - co wynika z historii powstania tego przepisu - na dokonywanie zmian w istniejących zapisach w księgach (np. księgach ewidencji ludności) w celach maskujących.

2. Ciągłe jednak pozostaje ten sam problem: obrona we wszystkich tych przypadkach nie jest w stanie skontrolować wiarygodności świadków w zadowalającym stopniu. Taka możliwość jest tymczasem nieodzowna. Jest to już ugruntowana zasada w orzecznictwie Najwyższego Sądu Związkowego (BGH)⁴⁰, którą akcentuje także Europejski Trybunał Praw Człowieka ze wskazaniem aby oskarżony dysponował wystarczającą sposobnością zadania pytań świadkowi albo w czasie, gdy ten zeznaje, albo w czasie późniejszym⁴¹. Przyjmowane jest to jako zasada, w szczególności jednak wówczas, gdy świadek zeznaje przy zastrzeżeniu jego anonimowości⁴². Jeżeli i to nie jest możliwe, bowiem nawet przy zastrzeżeniu anonimowości świadka zachodzi niebezpieczeństwo zamachu na jego życie, to może pomocny być wniosek sformułowany przez *Steinke*: przesłuchanie świadka poza salą rozpraw i następnie prezentacja jego zeznań na sali⁴³.

2. Ostatnia kwestia związana z omawianą materią wywołuje wątpliwości: skoro ustawodawca uregulował zmianę tożsamości tajnego agenta, to musi to dotyczyć także normalnego świadka, jako że tajny agent jako policjant z urzędu zobowiązany jest do przejmowania na siebie większego niebezpieczeństwa. Jest rzeczą pilną potrzeba uregulowania tej kwestii na drodze ustawowej. Zadaniem ochrony świadka jest nie tylko oddalenie grożącego mu niebezpieczeństwa; także w prawie karnym procesowym występują luki, które trzeba zamknąć. Dlatego Böttcher krytykuje przede wszystkim to, że nie rozważa się możliwości wprowadzenia komisarycznego przesłuchania zagrożonego świadka albo też przesłuchania przez telefon lub za pośrednictwem techniki video. Ma on rację, kiedy twierdzi, że prawnicze możliwości ochrony świadka za pomocą mniej drastycznych środków niż pełne ich odizolowanie, nie zostały jeszcze wyczerpane. Szkodę ponosi przy tym zarówno ochrona świadków, jak i możliwości wykrywania prawdy w procesie⁴⁴.

V. PRZESŁUCHANIE TAJNYCH WSPÓŁPRACOWNIKÓW

Złożoność tego zagadnienia nie może być w ramach niniejszego opracowania przedstawiona w sposób wyczerpujący. Pomimo nadzwyczajnych problemów, które związane są z tym, że tajni współpracownicy pochodzą najczęściej ze struktur przestępczych i że w celach maskujących częstokroć sami popełniają czyny karalne, nie można nadal rezygnować z tego środka zwalczania przestępczości⁴⁵.

a) Tajnym współpracownikom generalnie gwarantuje się poufne traktowanie ich personaliów. Wnosząc akt oskarżenia, wbrew § 200 ust. 1 zdanie 2 StPO, nie wprowadza się tajnych współpracowników jako źródeł dowodowych, w zamian za to wprowadza się urzędnika śledczego, który takiego świadka przesłuchiwał.

Tajny współpracownik jest zatem traktowany w procesie jako dowód nieosiągalny w sensie § 244 ust. 3, zdanie 2 StPO. Sąd ma jedynie obowiązek skontrolowania zasadności zatajenia współpracownika przez władze śledcze⁴⁶. Przesłuchanie osobiste jest wykluczone; z reguły urzędnik śledczy przesłuchiwany jest jako świadek ze słyszenia, względnie odczytywany jest protokół przesłuchania. Praktyka ta odpowiada stanowisku Najwyższego Sądu Związkowego, który dopuszcza ochronę tajnych współpracowników w znacznym zakresie⁴⁷, przy czym wyrok skazujący nie może być oparty wyłącznie na przesłuchaniu świadków ze słyszenia albo na odczytanych odpowiednich protokołach: zeznania świadka albo treść protokołów musi być potwierdzona dodatkowymi dowodami⁴⁸. Jak dotąd jednak, w tym zakresie wiele kwestii prawnych pozostaje niewy-

jaśnionych⁴⁹. Problem jest oczywisty: w jaki sposób o wiarygodności takiego świadka mogą się przekonać oskarżony, jego obrońca i przede wszystkim sąd?

b) Ustalono, że zasada bezpośredniości jako zasada naczelną przestaje być miarodajna, gdy w grę wchodzi życie świadka i gdy efektywna walka z przestępczością mogłaby być w przeciwnym przypadku przegrana: państwo ma obowiązek ochrony obywateli przed gwałtem ze strony współobywateli. Przełamanie zasady bezpośredniości okazuje się nieodzowne. Krey mówi w związku z tym o hipertrofii zasady bezpośredniości idącej na koszt ochrony świadka⁵⁰.

W związku z tym dyskutowano w literaturze, a nawet praktykowano na salach sądowych, optyczne zamaskowanie tajnego współpracownika w celu udzielenia mu ochrony - Najwyższy Sąd Związkowy trafnie jednak tego rodzaju raczej bezużyteczne i egzotyczne próby zakwestionował⁵¹.

VI. PRAWO ŚWIADKA DO ODMOWY ZEZNAŃ I ODMOWY UDZIELENIA ODPOWIEDZI NA PYTANIE

a) Uprawnienie świadka do odmowy zeznań w całości albo częściowo, pozwala na wyłączenie obowiązku zeznawania. Prawo do odmowy wynika z §§ 52 i n. StPO, jak też z tajemnicy narady (§ 43 DRiG), i z tajemnicy wyborczej przewidzianej w art. 38 ust. 1 ustawy zasadniczej (GG)⁵². Sędzia, który zeznaje w innym postępowaniu jako świadek nigdy nie musi informować o przebiegu tajnej narady, także wtedy, gdy treść rozmowy ma wielkie znaczenie dla procesu karnego.

1. Powołanie się na dopuszczalne prawo do odmowy zeznań przewidziane w §§ 52 i 53 StPO, albo na prawo odmowy udzielenia odpowiedzi na pytanie przewidziane w §§ 55 i 56 StPO nie może być w toku rozprawy głównej kwestionowane⁵³. Świadcowi powinien być oszczędzony konflikt wynikający z ewentualnej konieczności obciążania osoby najbliższej⁵⁴. Prowokacyjnie zwraca się w związku z tym uwagę, że w tym wypadku ochrona ofiary służy także ochronie praw oskarżonego⁵⁵.

2. Świadek, który jest jednocześnie ofiarą przestępstwa, dotyczyć może ponadto nieporównywalnie trudniejsza sytuacja konfliktowa na tle przepisów przewidujących obowiązek pouczenia świadka o uprawnieniach, bowiem w tych wypadkach pouczenie ma dodatkowe znaczenie.

b) Uznana w prawie niemieckim pod wpływem potrzeby poszanowania ludzkiej godności zasada, że nie ma obowiązku obciążania samego siebie, doznaje np. w prawie szwajcarskim ważnego rozszerzenia w tym kierunku, że prawo do odmowy odpowiedzi na pytanie przysługuje także

wtedy, gdyby odpowiedź miała poważnie narazić na szwank godność świadka lub jego mienie⁵⁶. Także tam brakuje jednak prawa do odmowy odpowiedzi na pytanie w sytuacji zagrożenia życia i zdrowia świadka. W prawie niemieckim uprawnienie takie mogłoby być ewentualnie interpretowane z § 34 StGB. Federalny Trybunał Związkowy zajął w każdym razie stanowisko, iż wówczas, gdy zachodzi niebezpieczeństwo dla życia świadka, nie można zmuszać go za pomocą środków przymusu do zeznawania⁵⁷.

c) Nie ulega jednak wątpliwości, że wzgląd na ochronę świadków coraz częściej prowadzi do odczytywania protokołów zeznań z postępowania przygotowawczego i wymusza na nowo określenie znaczenia dowodu ze słyszenia. Raz jeszcze pragnę w tym miejscu opowiedzieć się za wprowadzaniem nowych technik do procesu.

VII. ZAANGAŻOWANIE PEŁNOMOCNIKA

Jak wspomniano, w prawie niemieckim brak jest wyraźnej ustawowej regulacji, która by - co do zasady - gwarantowała świadkom prawo do zaangażowania pełnomocnika (jeśli świadek jest jednocześnie pokrzywdzonym, przysługuje mu takie prawo na podstawie § 406f ust. 1 StPO). Potrzeba zapewnienia świadkom takiego prawa może być poddawana w wątpliwość: ostatecznie świadek przekazuje tylko własne spostrzeżenia.

Najpóźniej wtedy, gdy powstaje zagrożenie dla świadka obciążenia się własnymi zeznaniami, posiadanie pełnomocnika miałyby wielkie zalety, bowiem częstokroć przesłuchujący wykorzystują sytuację i informacji o prawie do odmowy odpowiedzi na pytanie przewidzianej w § 55 StPO nie udzielają na czas. Ponadto częstokroć dopiero wówczas dopuszcza się do udziału pełnomocnika świadka, gdy w grę wchodzi rzeczywiste informacje wskazujące na to, że konieczne jest sięgnięcie po środki ochrony świadka⁵⁸. Jak wyżej wspomniano, Związkowy Trybunał Konstytucyjny zasadniczo opowiedział się za możliwością zaangażowania pełnomocnika przez świadka. Wyraźnie dotyczy to jedynie, według § 406 f StPO, pokrzywdzonego. Koszty muszą jednak, póki co, pokrywać sami uczestnicy postępowania - wyjąwszy pokrzywdzonego uprawnionego do wniesienia oskarżenia posiłkowego (§ 406g ust. 3 StPO), który w razie wykazania braku środków ubiegać się może o bezpłatnego pełnomocnika.

Tzw. pełnomocnik świadka może tylko wtedy działać skutecznie, kiedy zapewni mu się prawo do zabierania głosu. I tak już teraz pełnomocnik świadka może np. wnieść wniosek o wydalenie oskarżonego z sali rozpraw na podstawie § 247 StPO. Rozważając jednak w szerszym za-

kresie uprawnienia takiego pełnomocnika do udziału w postępowaniu zważyć trzeba na to, aby nie narazić ekonomii procesowej, np. poprzez zapewnienie mu prawa do przeglądania akt.

VIII. PRAWO DO ODSZKODOWANIA

Mówiąc o prawach świadka należy wspomnieć także o jego prawie do odszkodowania z kasy państwowej według §§ 1 i nast. ZSEG. Każdy wezwany świadek ma prawo do zwrotu kosztów podróży, diet i wszelkich innych kosztów związanych ze stawiennictwem. Jak jednak wspomniano, nie dotyczy to kosztów jego adwokata.

IX. OFIARA PRZESTĘPSTWA JAKO ŚWIADEK

a) Pojęcia ofiary nie można znaleźć w omawianych tu ustawach, takich jak StGB, StPO czy GVG⁵⁹. Ustawodawca używa jedynie pojęcia pokrzywdzony, głównie dlatego, że jest to pojęcie mniej emocjonalne i w ten sposób minimalizuje się jego znaczenie w ustawie. Ani jednak to, ani też żadne inne pojęcie nie zostało ustawowo zdefiniowane.

W literaturze proponowano rozmaite ustalenia terminologiczne. Według wąskiej definicji, przez ofiarę rozumie się osobę, która pokrzywdzona została przez czyn karalny: a więc chodzi o prawdziwą ofiarę przestępstwa. Szersze definicje zmierzają do objęcia zakresem tego pojęcia także tych osób, których czyn karalny dotyczy jedynie pośrednio, niezależnie od tego, czy są one dysponentami naruszonego dobra, czy też mogą uchodzić za pokrzywdzonych w rozumieniu prawa procesowego. To szerokie ujęcie zasadza się zatem nie tyle na rzeczywistym pokrzywdzeniu przez przestępstwo, ale na subiektywnym odczuciu osoby jako ofiary samowoli i bezprawia. Ponieważ jednak od tego nie zależy zakres uprawnień procesowych, wydaje mi się trafniejsze wąskie ujęcie pojęcia: tylko ten jest ofiarą względnie pokrzywdzonym, czyje dobra na skutek czynu zostały bezpośrednio naruszone.

b) Proces karny według prawa niemieckiego nie jest procesem stron; na gruncie zasady legalizmu do ścigania przestępstw zobowiązane jest państwo. Dlatego świadek jako ofiara, tzn. jako pokrzywdzony, jest jedynie ubocznym uczestnikiem postępowania. Na skutek tego jego rola w procesie uregulowana została jedynie szczątkowo. Poniżej przedstawiono odrębności, które różnicują rolę ofiary i rolę pozostałych świadków.

1. Ochrona ofiary bezpośrednio po popełnieniu czynu jest w pierwszym rzędzie psychologicznym, a dopiero w dalszej kolejności problemem prawnym: jeśli informacja o popełnieniu przestępstwa dotrze do

władz odpowiedzialnych za ściganie, są one na gruncie § 152 ust. 2 StPO zobowiązane do wszczęcia dochodzenia. Zmierza ono zarówno do sprawdzenia, czy w świetle doświadczeń kryminalistycznych czyn został popełniony⁶⁰, jak też w kierunku zebrania dalszych dowodów, wskazujących na jego popełnienie.

Leży przy tym w naturze rzeczy, że ofiara przestępstwa, jako świadek najbliższy czynu odgrywa w tej fazie postępowania rolę centralną. Jest oczywiste, że jest tak w szczególności w wypadku naruszenia dóbr najbardziej osobistych, jak np. nietykalność cielesna, wolność seksualna, czy cześć. W tych właśnie sprawach ofiara przestępstwa jest często jedynym świadkiem i musi być w związku z tym należycie doceniona. Jeśli w wyniku przestępstwa pojawiły się ślady na ciele ofiary, muszą być one stwierdzone tak szybko, jak to możliwe i udokumentowane dowodowo. Do tego dochodzi zeznanie ofiary, które z tego powodu, że składane jest bezpośrednio po popełnieniu przestępstwa, zazwyczaj uważane jest za wartościowy środek dowodowy.

W tej sytuacji konflikt pomiędzy ofiarą, a organem prowadzącym dochodzenie wydaje się być nieunikniony⁶¹. Władze śledcze są przy tym zainteresowane w jak najszybszym odkryciu śladów przestępstwa i zabezpieczeniu dowodów dla ewentualnego postępowania karnego. W interesie ofiary nie leży tymczasem nadmierne ułatwianie ścigania sprawcy, bowiem udział w postępowaniu wiąże się z nieprzyjemnymi doznaniem. Ofiara potrzebuje tymczasem wsparcia psychicznego.

Częstokroć urzędnicy prokuratury i policji nie są w tej sytuacji odpowiednio wykształceni w zakresie psychologii ofiar przestępstw. Badania dowodzą, że na przykład w zasięgu przestępczości seksualnej wiele ofiar reaguje wręcz szokiem na zachowania organów ścigania związane z popełnionym czynem. Z tego powodu do wytycznych dla postępowania karnego i postępowania o wymierzenie grzywny (RiStBV) wprowadzono z dniem 1 kwietnia 1984 r. zasadę prowadzenia postępowania z uwzględnieniem ochrony ofiary: art. 4c tej ustawy zawiera wskazanie, że w miarę możliwości dolegliwości dotyczące ofiarę przestępstwa powinny być minimalizowane, a jej interesy powinny być w toku postępowania karnego uwzględniane. Oznacza to także konieczność poważnego traktowania wniosku pokrzywdzonego, a nieusprawiedliwione bagatelizujące sprawę oceny, typu: przecież nic się nie stało, powinny być w miarę możliwości unikane.

2. Według art. 19a ust.1 RiStBV należy pokrzywdzonemu przestępczemu jako świadkowi okazywać względy ze szczególnym wyczuciem; w tym zakresie ustawodawca uwzględnił, że w związku z popeł-

nieniem przestępstwa mogą powstawać znaczne psychologiczne obciążenia po stronie świadka. Dla złagodzenia sytuacji może być wówczas na zasadzie § 406 f ust. 3 StPO dopuszczona do udziału w postępowaniu osoba zaufana. Granice uznania władz są przy tym ograniczone przez art. 19a ust. 1 zdanie 2 RiStBV w tym sensie, że obecność takiej osoby powinna być dopuszczona, jeśli nie zagraża to realizacji celu dochodzenia⁶². Pośrednio stosowanie tej reguły oddziałuje także na ustalanie prawdy procesie: obecność osoby zaufania może przyczyniać się od złagodzenia strachu i powściągliwości pokrzywdzonego i przez to do jego swobodnego, bardziej wszechstronnego i obiektywnego zeznawania.

Ponadto należy unikać wielokrotnego przesłuchiwanie przed rozprawą główną (art. 19 a ust. 3 RiStBV), w szczególności w przypadku dzieci i młodzieży (zob. art. 19 ust. 1 RiStBV). Obowiązek prokuratury troszczenia się o dobro pokrzywdzonego w postępowaniu rozciąga się także na przesłuchanie przeprowadzane przez sędziego w ramach postępowania wstępnego⁶³.

Środki te mogą być skuteczne jedynie wówczas, gdy urzędnicy prokuratury i policji świadomi są stanu i wrażliwości pokrzywdzonego. Wymaga to subtelności obchodzenia się z pokrzywdzonym, który ostatecznie jest także bardzo ważnym świadkiem. Można dowieść, iż jest rzeczą bezsporną, że budowanie zaufania pokrzywdzonego jest znacznie bardziej efektywne niż urzędowe rozpytywanie go o fakty.

W związku z tym czyniono także propozycje, aby już przy pouczeniu świadka przesłuchujący dawał mu do zrozumienia, jak bardzo zależy mu na jego zeznaniach⁶⁴; w ten sposób obciąża się pokrzywdzonego odpowiedzialnością, dzięki czemu w większym stopniu stara się on o precyzję i kompletność swoich zeznań, niżby czynił to w sytuacji, w której w jego przekonaniu wszystko tak czy owak znajduje się w rękach urzędowych, które z urzędu troszczyć się będą o to, aby wszystko poszło we właściwym kierunku.

3. Dla sytuacji psychologicznej ważna jest ponadto wyżej powoływana regulacja § 69 ust. 1 i § 161 ust. 1 zdanie 2 StPO: ofiara ma prawo do składania zeznań swobodnie, bez wpływania na nią poprzez treść zadawanych pytań⁶⁵. Dla ofiary jest to szczególnie ważne, ponieważ ona - jako osoba bezpośrednio pokrzywdzona - ma w postępowaniu najwięcej do powiedzenia, na co w praktyce nie zawsze zwraca się należyta uwaga. Zaradzenie tej sytuacji nie jest jednakowoż możliwe na drodze prawnej.

4. Zakazane metody dowodzenia w rozumieniu § 136 a StPO albo zachowania naruszające art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (MRK) nie odgrywają w przypadku świadka-ofiary żadnej roli, ponieważ

jego zeznania ukierunkowane są właśnie na ustaleniu stanu faktycznego. Czas przesłuchania nie może być jednak nadmiernie długi⁶⁶. Z drugiej strony powstaje jednak niebezpieczeństwo konfliktu z wymaganiami możliwie szybkich postępów postępowania, czego wymaga art. 6 ust. 1 zdanie 1 MRK i nr 5 RiStBV: z jednej strony nadmiernie długie przesłuchania stanowią obciążanie dla ofiary, z drugiej zaś tak długo, jak długo postępowanie nie jest zakończone, narażona jest ona na niepewność co do jego wyniku i konieczność pozostawania w gotowości zeznawania. W związku z tym jest rzeczą niezbędną poszukiwanie złotego środka.

5. Podobnie, jak podczas rozprawy głównej, gdzie pod warunkami określonymi w § 247 StPO lub § 172 GVG istnieje możliwość uzyskiwania zeznań w nieobecności określonych osób (sprawca, publiczność), których obecność mogłaby wpływać na treść tych zeznań, tak i podczas przesłuchania sędziowskiego w toku dochodzenia prawo oskarżonego do obecności (§ 168 c ust. 2 StPO) może być ograniczone, w szczególności jeżeli można się obawiać, że świadek nie powie prawdy w jego obecności (§ 168 c ust. 2 zdanie 2 StPO). Już na przedpolu ofiara przestępstwa może korzystać z tego, bowiem podejrzany nie jest powiadamiany o terminie przesłuchania (§ 168c ust. 5 zdanie 2 StPO), jeżeli zachodzi obawa, że osiągnięcie sukcesu, to jest uzyskanie zeznania, które w późniejszym terminie poddane zostanie ocenie, może być niemożliwe, względnie, gdy zachodzi obawa, że uzyskane zeznanie miałoby mniejszą wartość⁶⁷. Sędzia przesłuchujący musi jednak przy tym dokładnie rozważyć, czy spełnione są przesłanki zastosowania tego przepisu, w przeciwnym bowiem wypadku odczytanie protokołu przesłuchania ofiary przestępstwa jako protokołu sędziowskiego byłoby w toku rozprawy zgodnie z § 251 StPO niedopuszczalne⁶⁸.

6. Trudności związane są z zapewnieniem ochrony ofiary poza przesłuchaniami. O ile istnieje utrudnienie w dochodzeniu do prawdy z powodu wpływania przez podejrzanego na świadka-ofiarę, albo co najmniej zachodzi obawa tego rodzaju, sędzia śledczy może zastosować areszt śledczy z powodu obawy mactwa (§ 112 a ust. 2 nr 3 b i c StPO). Jest to jednak dopuszczalne w ramach ściśle określonych przesłanek⁶⁹.

Jako środki ostateczne wchodzi w rachubę zakwaterowanie ofiary w miejscu nie znanym podejrzanemu albo nawet ustanowienie ochrony policyjnej, co możliwe jest w razie zagrożenia życia lub zdrowia świadka i dopuszczalne według krajowych ustaw policyjnych. W tym zakresie niech mi będzie wolno wskazać na moje wywody o zagrożonym świadku (cz. IV).

7. Ochronie ofiary w szerszym sensie służy także § 154 c StPO: według tego przepisu prokuratura władna jest zrezygnować ze ścigania czynu, jeżeli sprawca sam został ofiarą z tego powodu, że osoba trzecia grożąc ujawnieniem czynu zmuszała go lub groziła (§§ 240, 235 StGB). Sens kryminalnopolityczny tego przepisu tkwi w tym, aby nakłonić ofiarę, która jest jednocześnie sprawcą, do ujawnienia swojego czynu. Ten wyjątek od zasady legalizmu odgrywa jednak w strukturze procesu rolę marginalną: nie każde prawdziwe (albo nawet markowane) wymuszanie lub zmuszanie prowadzi do umorzenia; decydujący jest ciężar czynu osoby zmuszającej.

Sporne jest, czy umorzenie wchodzi w grę jedynie wówczas, gdy zmuszanie/wymuszanie jest samo czynem karalnym (tak nr 102 ust. 1 RiStBV). Trafnie wskazywano, iż podstawą orzeczenia o umorzeniu jest *tylko* waga czynu ofiary; związek z wagą zmuszania/wymuszenia nie jest zaś właśnie przewidziany przez ustawę⁷⁰.

Kompetencje w zakresie umorzenia postępowania zastrzeżone są według § 154 c StPO dla prokuratury. Sąd ma jednak możliwość umorzenia postępowania za zgodą prokuratury i oskarżonego (§§ 153 ust. 2, 153 a ust. 2 StPO).

Praktyczne znacznie § 154 c StPO nie jest jednakowoż zbyt wielkie, ponieważ ofiara-sprawca raczej gotowa jest poddać się zmuszaniu/wymuszeniu aby w ten sposób wyłączyć możliwe ściganie karne.

X. USTAWA O OCHRONIE OFIAR

a) Ta wielokrotnie powoływana ustawa przynosi pod wieloma względami znaczące polepszenie pozycji ofiary przestępstwa w postępowaniu karnym⁷¹.

Rozstrzygające jest poprawienie pozycji ofiary w trzech zakresach. Po pierwsze na nowo uregulowane zostały i poprawione formalne uprawnienia ofiary w zakresie uczestnictwa w postępowaniu karnym. Chodzi przy tym o zapewnienie ofiarom cięższych przestępstw przeciwko dobrom osobistym znaczącego stanowiska prawnego. Następnie, powinna zostać wzmocniona już ochrona prywatności świadka, a możliwości uzyskania odszkodowania powinny zostać poszerzone.

b) W art. 1 nr 7 ustawy (OSchutzG) zostało w całościowe nowy sposób uregulowane i przy tym znacznie poszerzone prawo skargi posiłkowej (ubocznej). Wcześniej prawo to przysługiwało jedynie pokrzywdzonemu w wypadku popełnienia czynu ściganego na drodze oskarżenia prywatnego. Zmiana nastąpiła z tego powodu, że stare uregulowanie nie opowiadało funkcji oskarżenia posiłkowego, które w pierwszej kolejności

służyć ma zapewnieniu ofierze uczestnictwa w postępowaniu w szerokim zakresie. Nowe uregulowanie zawiera zatem własny katalog wyjątkowo ciężkich przestępstw przeciwko dobrom osobistym, w wypadku ścigania których dopuszczalne jest oskarżenie posiłkowe.

Instytucja oskarżenia posiłkowego o tyle została ukształtowana na nowo, iż uwolniona została od dotychczasowej zależności od oskarżenia prywatnego a oskarżyciel posiłkowy uzyskał pozycję samodzielnego podmiotu procesowego⁷². Dzięki skardze posiłkowej ofiara przestępstwa ma możliwość zdecydowanie aktywnego oddziaływania na przebieg postępowania. Zyskując na znaczeniu ofiara uzyskała uprawnienia równe prokuratorowi. Oskarżyciel posiłkowy uzyskał pełny dostęp do akt, informowany jest o terminach, ma prawo do zadawania pytań, może składać wnioski a nawet składać środki odwoławcze, o ile dotyczy jej czyn będący przedmiotem postępowania. Ponadto OSchutzG wprowadziła do StPO § 397 a, według którego możliwe jest przyznanie oskarżycielowi posiłkowemu prawa do korzystania z pomocy bezpłatnego pełnomocnika, gdy nie posiada na ten cel środków.

c) Coraz bardziej sporne jest w związku z tym tak zwane postępowanie w sprawie skargi prywatnej⁷³. Instytucja ta daje prokuraturze prawo pozostawieniu pokrzywdzonemu inicjatywy w zakresie ścigania przestępstw godzących w dobra osobiste o mniejszym znaczeniu, jak cześć, czy mir domowy, a także nienaruszalność cielesna. W sprawach o czyny naruszające te dobra postępowanie może być wdrożone, a oskarżenie popierane przez pokrzywdzonego (§§ 374 - 394 StPO). Z punktu widzenia państwa socjalnego nie można dłużej tolerować sytuacji, w której państwo jako będąc zobowiązanym do wykonywania prawa karania, przenosi na ofiarę przestępstwa ściganie przestępstw i obciąża ją w ten sposób. Przeciwko skardze prywatnej przemawia także rzeczywistość prawna. Zaprzeczenie istnieniu interesu publicznego w rozumieniu § 376 StPO oznacza w więcej niż 90% przypadków ostateczne zakończenie postępowania⁷⁴. Jedynie 6% spraw wdrażanych w drodze skargi prywatnej prowadzi do skazania⁷⁵. Coraz mniej pokrzywdzonych bierze więc torturę skargi prywatnej na siebie.

Poprawienie sytuacji mogłoby nastąpić, gdyby w ramach RiStBV dokładniej uregulowano, kiedy w ogólne szczególnie interes publiczny prowadzić powinien do przejęcia ścigania przez prokuraturę. Konieczność sięgania po skargę prywatną byłaby pokrzywdzonym w każdym razie częściej niż dziś oszczędzana - ten wniosek dotyczy przede wszystkim naruszeń ciała w ramach kręgów rodzinnych w rozmaitych konfiguracjach.

Na pozytywną ocenę zasługuje w zakresie prywatnoskargowej drogi prawnej tak zwana próba pojednania (§ 380 StPO). Pokrzywdzony może wnieść skargę dopiero wówczas, gdy próba pojednania (w Bawarii władzą pojednawczą jest gmina) nie dała rezultatu. Pojednanie pomiędzy sprawcą a ofiarą jest aktualnie szeroko praktykowane. Wymaga jednak dowodu, że tego rodzaju pojednanie jest właśnie dla pokrzywdzonego satysfakcjonujące⁷⁶. Do rozważenia byłoby ogólnie praktykowane postępowanie pojednawcze, niezależne od drogi prywatnoskargowej, dzięki któremu lepiej realizowane byłyby uprawnienia pokrzywdzonego. Przyמושowe podejmowanie próby pojednania, tak jak to przewiduje obowiązująca ustawa, nie jest instrumentem właściwym i może prowadzić do znacznych obciążeń po stronie ofiary przestępstwa.

d) Wymienić w końcu należy prawo pokrzywdzonego i przez to bezpośrednio także prawo świadka, do wniesienia wniosku o wymuszenie skargi w ramach § 172 StPO. Jeżeli prokuratura po zamknięciu dochodzenia umorzy postępowanie z powodu braku wystarczającego podejrzenia popełnienia przestępstwa, pokrzywdzony ma prawo do wywołania ponownego rozstrzygnięcia kwestii umorzenia. W tym celu pokrzywdzonemu zagwarantowano dostęp do informacji o przebiegu postępowania, w tym prawo do przeglądania akt, również wtedy, gdy nie występuje on jako oskarżyciel posiłkowy (§ 406d i n. StPO). Szczególne znaczenie ma przy tym przepis § 406 f StPO, który zawiera ustawową regulacją prawa ofiary do posiadania obrońcy. Koszty z tego wynikające musi jednak ofiara ponosić samodzielnie. Uprawnienia w zakresie uczestnictwa wprowadzone zostały do StPO postanowieniami OSchutzG.

e) Zmienione zostało także postępowanie adhezyjne (wciąż nie lubiane z powodu struktury nie pasującej do zasady ścigania z urzędu), przede wszystkim z powodu obaw o przewlekanie postępowania; ustawodawca zamierzał wzmocnić znaczenie tego postępowania. Aktualnie w ramach postępowania karnego przed sądem okręgowym (Amtsgericht) mogą być dochodzone roszczenia odszkodowawcze niezależnie od wartości przedmiotu sporu.

f) Podsumowując można stwierdzić, że daleko jest jeszcze do osiągnięcia procesowej równości broni pomiędzy ofiarą i sprawcą, co jednak - choć często postulowane - nie może być celem. W centrum postępowania może pozostawać tylko sprawca.

XI. OCHRONA OFIARY PRZESTĘPSTWA I ŚWIADKA W PRASIE

Przedstawiciele mediów nie mają nadmiernego wpływu i muszą zadowolić się skąpych informacjami udostępnianymi im przez prokuraturę,

pomimo pozycji, jaką prasa zajmuje w świetle art. 5 Ustawy Zasadniczej (GG).

Wbrew obawom i możliwym zagrożeniom wydaje się jednak, że prasa zachowuje względem ofiar i świadków powściągliwą pozycję. Jak wynika z badań przeprowadzonych w oparciu o trzy gazety - Bildzeitung, Nürnberger Nachrichten i Süddeutsche Zeitung w okresie pomiędzy styczniem i czerwcem 1989 r. w ramach wspólnego programu uniwersytetów w Krakowie, Heidelbergu i Erlangen-Nürnberg, identyfikacja osób fizycznych możliwa jest w bardzo ograniczonym zakresie. Sprawozdawczość o tożsamości ofiary ogranicza się zazwyczaj do informacji o jej wieku i zawodzie; tylko niekiedy podawane są także informacje z jej życia rodzinnego. Informacji na temat przeszłości ofiary praktycznie się nie podaje.

Z punktu widzenia mediów w zasadzie bardziej interesujące jest zajmowanie się sprawą przestępstwa niż prezentowanie jego ofiary. Z tego punktu widzenia można powiedzieć, że zachodzi mniejsza potrzeba troszczenia się o ochronę prywatności świadka i ofiary. Niechlubnym wyjątkiem była sprawozdawczość, także poważnych mediów, w sprawie dramatu zakładników z Gladbeck w roku 1989, podczas trwania którego media doprowadziły wręcz do poważnego zagrożenia życia uprowadzonych zakładników. Nie usprawiedliwia to jednak żadnej odmiennej oceny ogólnej sytuacji, zwłaszcza że sprawozdawczość ta dotyczyła nie tylko procesu karnego.

XII. POJEDNANIE POMIĘDZY OFIARĄ I SPRAWCĄ (TOA)

Idea naprawienia szkody i rozwiązującego konflikt pojednania pomiędzy sprawcą przestępstwa i jego ofiarą zyskała w ostatnich latach na znaczeniu w dyskusjach teoretycznych. Zachętę w tym kierunku dały obrady i postanowienia 55 Niemieckiego Dnia Prawniczego: decydujący impuls pochodzi z opinii *Rießa* „Pozycja pokrzywdzonego w postępowaniu karnym”. Celem TOA było wzmocnienie roli ofiary. Pojęcie TOA oznacza - jak wspomniano - dwie rzeczy: zażegnanie konfliktu i naprawienie szkody⁷⁷.

W idealnym przypadku ofiara i sprawca czynu możliwie szybko po zakończeniu dochodzenia i przed przeprowadzeniem rozprawy sądowej omawiają w obecności bezstronnego pośrednika czyn, jego przyczyny i skutki i pertraktują w kwestii naprawienia szkody. W wielu modelowych poszukiwaniach próbowano zastosować TOA jako alternatywę dla reakcji karnej. Po pozytywnych doświadczeniach uregulowano TOA ustawowo.

A) Po raz pierwszy wprowadzono TOA do prawa karnego przepisem pierwszej noweli do ustawy o sądach nieletnich (JGG). Po pozytywnych doświadczeniach podjęto próby nadania mu większego niż dotychczas znaczenia także w postępowaniu w sprawach dorosłych. W ramach tzw. ustawy o zwalczaniu przestępczości wprowadzono do StGB przepis § 46 a⁷⁸ według którego po przeprowadzeniu TOA istnieje możliwość fakultatywnego złagodzenia kary a nawet odstąpienia od jej wymierzenia. Zastosowanie § 46 a StGB ograniczona została do drobnej i średniej przestępczości (kara pozbawienia wolności do 1 roku). W prawie karnym procesowym § 46 a StGB uzupełniony jest przez § 153 a StPO, który przewiduje umorzenie postępowania przez prokuraturę, jeżeli zachodzą przesłanki, które pozwoliłyby sądowi na odstąpienie od wymierzenia kary. Według § 56 ust. 2 zdanie 2 StGB - także zmienionej ustawą o zwalczaniu przestępczości - starania o naprawienia szkody mogą mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia o odstąpieniu od wymierzenia kary.

Jest rzeczą oczywistą, że TOA nie może być wymuszone: uczestnicy muszą się w tej kwestii wyraźnie oświadczyć. Ofiara przestaje być bezsilna; widzi przed sobą sprawcę jako człowieka, może oddalić od siebie strach dzięki bezpośredniemu kontaktowi, co przyczynia się do ułatwienia pojednania i zredukowania skutków konfliktu. Inaczej niż w dotychczasowym procesie, ofiara przestaje być pasywna i aktywnie kształtuje proces negocjacyjny. Do tego możliwe jest uniknięcie długotrwałego procesu cywilnego, w którym ofiara dochodziłaby odszkodowania za szkody spowodowane w związku z czynem. Za pomocą TOA powinno się osiągnąć poprawienie realizacji materialnoprawnych uprawnień ofiary.

Sprawca, dzięki bezpośredniemu spotkaniu z ofiarą swojego czynu, powinien lepiej uświadomić sobie bezprawie, jakiego się dopuścił i jego skutki. Nie powinien on chronić się ucieczką w tzw. technikę neutralizowania, ale powinien widzieć przed sobą ofiarę jako człowieka i poszukiwać możliwości rozmowy. Inaczej niż w procesie karnym ofiara jest tu nie tylko świadkiem obciążającym, sprawca może poznać ofiarę w sytuacji nie obciążonej zabiegami taktycznymi i bez stresu występującego podczas rozprawy głównej. Bodziec w tym kierunku stwarzają podejrzanemu oczywiście także konkretne widoki na łagodniejszą karę. Główne przypadki, w ramach których TOA wchodzi w grę, to przede wszystkim naruszenia ciała, kradzieże na szkodę osób fizycznych, popełniane po raz pierwszy. Dotyczy to także uszkodzenia rzeczy i innych przestępstw przeciwko mieniu.

b) Zasadniczo zasługujące na aprobatę TOA jako zorientowane na ochronę ofiary wymaga regulacji ustawowej. Jednocześnie jednak ozna-

cza ono niewątpliwą prywatyzację wrażliwej sfery - jedno z haseł brzmi: rozbrojenie prawa karnego. Pewne zalety muszą być jednak dostrzegane: policja, prokurator i sądy odciążane są w rozstrzyganiu codziennych konfliktów; obywatel reguluje konflikty na drodze własnej inicjatywy.

Związane z tym wysokie oczekiwania zostały jednak zastopowane przez zniechęcające doświadczenia amerykańskie. Nie są zachęcające także próby TOA przeprowadzone w Sądzie Krajowym w Traunstein z nieletnimi sprawcami, które dały wynik pozytywny w zaledwie 3% przypadków⁷⁹, choć można przyjąć, że nieletni, z powodu braku zakorzenienia w nich nawyków przestępczych i większej podatności na oddziaływanie pozytywne podczas konfrontacji ze swoimi ofiarami, powinni być w szczególny sposób otwarci na takie pojednanie. Nie można także nie zauważyć, że TOA, które w niektórych wypadkach przynosi pozytywne rezultaty, w innych wypadkach w wyniku konfrontacji sprawcy z ofiarą, prowadzi do odnowienia przeżytego w związku z czynem poniżenia i strachu (np. w wypadku przestępstw z użyciem gwałtu wszystkich rodzajów). Najważniejsze w przypadku TOA jest ukształtowanie prawnopolityczne i techniczno-legislacyjne tej instytucji⁸⁰. Dalej idące propozycje reform zmierzają w kierunku uczynienie z TOA samodzielnej sankcji w prawie karnym, jako że TOA nie może być instrumentem do wykorzystania którego uczestnicy byliby przymuszani. Rozstrzygająca jest dobrovolność; tylko tak TOA może przyczynić się do niwelowania konfliktów i przerzucać mosty pomiędzy jego uczestnikami⁸¹.

Aczkolwiek pod bardzo wąsko ukształtowanymi przesłankami, TOA służyć może także ofierze przestępstwa seksualnego, jeśli może ona spotkać się bezpośrednio ze sprawcą poza salą rozpraw aby zniwelować skutki czynu. Modelowa próba miała miejsce w zakładzie karnym w Hameln, gdzie konfrontowano młodych gwałcicieli z ich ofiarami za pomocą techniki video. Rezultatem tej próby było to, że pojawiła się powściągliwość wobec podobnych czynów w przyszłości, dzięki czemu znacznie zmalał wskaźnik powrotności do przestępstwa⁸². Czy bezpośrednie spotkanie służyć może także ofierze, musiałoby być jednak na drodze - do pewnego stopnia problematycznych - doświadczeń skontrolowane.

XIII. USTAWA O ODSZKODOWANIACH DLA OFIAR PRZESTĘPSTW (OEG)

Ustawa ta opiera się na założeniu, że ofiary czynów popełnionych z użyciem przemocy w szerszym niż dotąd zakresie powinny być wspierane za pomocą środków publicznych. W ten sposób powinno być wy-

pełnione zadanie socjalne i prawno polityczne, którego znaczenie dopiero ostatnio jaśniej uświadamiane jest przez społeczeństwo.

a) Ofiary czynów popełnionych z użyciem przemocy mogą z dnia na dzień, bez jakiejkolwiek winy zostać osobami niezdolnymi do pracy, bezradnymi i wymagającymi pielęgnacji. Pomoc tym ludziom jest jednak nie tylko zadaniem socjalnym, ale także wymogiem sprawiedliwości. Starania o resocjalizację sprawcy nie podlegają dyskusji, także w tym zakresie istnieją możliwości uzyskania poprawy. Wydaje się jednak rzeczą zupełnie jasną, że troszczenie się o ofiarę w tym kontekście było dotąd poważnie zaniedbywane.

Na państwu spoczywa zadanie ochrony obywateli przed czynami znanymi przemocą. Jeśli nie jest ono w stanie wypełnić tego zadania, musi być ono odpowiedzialne za naprawienie szkód wyrządzonych ofiarom przestępstw. Oczywiście, jest to przede wszystkim zadanie sprawcy; ofiara może dążyć do zaspokojenia swoich roszczeń na drodze procesu cywilnego, albo w ramach procesu karnego w tak zwanym procesie adhezyjnym. To jest jednak częstokroć jedynie życzeniowe myślenie; często ofiara musi bezradnie obserwować jak sprawca skazywany jest na wysoką grzywnę płaconą do kasy państwowej i w związku z tym o wyrównaniu wyrządzonych przez niego szkód nie może już więcej myśleć.

b) Obowiązek odszkodowawczy państwa za braki w zwalczaniu przestępczości pozostaje poza sporem. Wprowadzenie OEG oznaczało poważny krok w kierunku godnego człowieczej godności wzmocnienia pomocy ofiarom przestępstw. Ofiary przestępstw lekkomyślnych nie mieszczą się jednak w zakresie omawianej ustawy ze względów kryminalno politycznych. Krytyka dotyczy tego, że OEG oscyluje w kierunku ustawy przewidującej zwyczajną odszkodowawczą kasę chorych. Zazwyczaj czas pomiędzy złożeniem wniosku i przyznaniem odszkodowania jest zdecydowanie za długi: opracowanie wniosku trwające ponad 1 rok jest regułą⁸³.

Bardziej sensownym byłoby jednak finansowanie odszkodowań dla ofiar ze specjalnie ukształtowanego pewnego rodzaju funduszu ofiar przestępstw, który mógłby być gromadzony między innymi z kar majątkowych orzeczonych przez sądy.

Przypisy:

1. Gomolla Der Schutz des Zeugen im Strafprozeß, Frankfurt 1986.
2. Böttcher FS Schüler-Springorum 1993, s. 541, 543.

3. W kwestii pozycji pokrzywdzonego w procesie karnym zob. też *Jung* ZStW 1981 (tom 93) s.1147; *Schöch* NStZ 1984, s. 385.
4. *Böttcher* FS Kleinknecht 1985, s. 25.
5. *Böttcher* s. 542 i n. (przypis 2).
6. *Hilger* NStZ 1992, s. 458.
7. Tamże
8. BVerfGE 38, s. 105 i n.
9. BVerfGE 33, s.367, s. 374 i przyp. 6; BayObLG NJW 1979, s. 2624.
10. *Krehl* GA 1990, s. 554, s. 557.
11. *Böttcher*, jw., s. 26 i n.
12. *Böttcher*, jw., s. 40 i n.
13. *Döhn*, JR 1979, s. 138.
14. *Kleinknecht/Meyer-Großner*, StPO, wyd. 42, § 68a, uwaga 1.
15. *KK-Pelchen*, StPO, wyd. 3, § 68a, uwaga 3.
16. Zob. *Klinknecht/Meyer-Großner*, § 81c, uwaga 10 i nast. (przypis 14).
17. *Weigend*, NJW 1987, s. 1170.
18. *Nürnberger Nachrichten* vom 16.5.1995, s. 20.
19. BVerfGE 38, s. 105, 114, *Böttcher* jw., s. 32 (przypis 4).
20. BGHSt 37, s. 1, 4.
21. Zob. także *S-Rogall*, StPO, zeszyt 12, październik 1994, przed 48, s. 68 i n.
22. Bliżej *Böttcher*, jw., s. 544 (przypis 2).
23. *Böttcher*, jw., s. 541 (przypis 2).
24. BVerfGE 57, s. 286.
25. *Rebmann/Schnarr*, NJW 1989, s. 1185.
26. *Soine* ZRP 1994, s. 466.
27. *Ahrens* DRiZ 1986, s. 356; w kwestii problematyki świadka koronnego zob. *Hoyer* JZ 1994, s. 233.
28. Zob. BT-Dr 12/989, s. 48; *Sielaff*, Kriminalistik 1986, s. 60; *Steinke*, ZRP 1993, s. 253; *Krehl*, NJW 1991, s. 85.
29. *SK-Rogall* przed 48, jw., s. 70 (przypis 21).
30. Zob. *Hünerefeld*, ZStW 1993 (tom 105), s. 396, 399.
31. Tamże
32. Zob. także *Soine*, jw., s. 466 (przypis 26).
33. Tamże
34. BGH, NStZ 1989, 237; *Krehl*, jw., s. 556 (przypis 10).
35. Wyjaśnienie znaczenia tego przepisu zob. *Haubrich* JR 1992, s. 309, 310.
36. Bliżej na ten temat *SK-Rogall* przed § 48, jw., s. 80 (przypis 21).
37. *Böttcher*, jw., s. 546 (przypis 2).
38. Tamże

39. Zob. KK - *Nack* § 110a, jw., s. 7 (przypis 15).
40. BGHSt 23 s. 244, 245; 32 (GrS), s. 115, 128.
41. EGMR NJW 1991, s. 3088, 3089 w sprawie Lüdi, wcześniej już zaś w sprawie Kostovski StV 1990, s. 481.
42. EGMR w sprawie Lüdi, zob. przypis 40, 41.
43. *Steinke*, ZRP 1993, s. 253, 254.
44. *Böttcher*, jw., s. 550 (przypis 2).
45. W kwestii tajnych współpracowników zob. także *Schäfer*, JR 1984, s. 397; *Herzog*, NSTZ 1985, s. 153; *Arloth*, NstZ 1993, s. 467; *Ranf*, Jura 1993, s. 449; *Zaczyk*, StV 1993, s. 490.
46. BGH NJW 1989, s. 329; bliżej *Kleinknecht/Meyer-Großner*, § 244, jw. nb. 66 (przypis 14).
47. BGHSt 32, s. 115.
48. Zob. np. BGHSt 36 s.159, 166.
49. W kwestii przydatności dowodowej informacji tajnego współpracownika, który wprowadzony zostaje do procesu na rozprawie głównej przez przesłuchującego go policjanta jako świadka ze słyszenia, zob. także BVerfG NJW 1992, s. 168.
50. *Krey* FS Meyer, s. 239, 266.
51. Na temat kwestii, czy chronionemu tajnemu współpracownikowi wolno przedłożyć katalog pytań do udzielenia odpowiedzi, zob. BGH NSTZ 1993, s. 293.
52. Zob. *Kleinknecht/Meyer-Großner*, przed § 49, jw., nb 9 (przypis 14).
53. Na temat prawa oskarżonego do milczenia i jego jego prawie do odmowy zeznań jako podejrzanego świadka zob. *Dahs/Langkeit*, NSTZ 1993.
54. BGH 2, s. 351, 354; 11, s. 213, 217; 22, s. 35, 36.
55. *Schick* ÖRiZ 1994, s. 208 i nst.
56. Tak też *Krey*, jw., s. 259 (przypis 50).
57. BGH NSTZ 1984, s. 31; BVerfGE 57, s. 250.
58. *Krehl*, jw., s. 565 (przypis 10).
59. Szczegółowo na temat problematyki ofiar przestępstw gwałtownych zob. *Steng* ÖJZ 1994, s. 145.
60. KK-*Schoreit* § 152, jw., s. 28 (przypis 15).
61. Zob. *Rössner/Wulf* Opferbezogene Strafrechtspflege, s. 34.
62. Zob. W tej sprawie *Meier* JZ 1991, s. 64 odnośnie rozpytywania dzieci.
63. Zob. W tej kwestii także mój wniosek, aby przesłuchanie utrwalane było za pomocą techniki video (Opinia przygotowana na 60 Dzień Prawników Niemieckich 1994 C, s. 58 i n.).
64. Zob. *Rössner/Wulf*, jw., s. 35 (przypis 61)
65. Zob. Powyżej przypis 19.
66. Według *Rössner-Wulf*, jw., s. 37 (przypis 61), maks. 45 min. w przypadku dorosłych i 30 min. w przypadku dzieci.

67. Zob. BGHSt 29 1, 3; *Kleinknecht/Meyer-Großner*, jw. do § 168c, uwaga 5 (przypis 14).
68. BGHSt 29, s. 1, 2.
69. *Kleinknecht/Meyer-Großner*, jw. przed § 112, uwaga 3 (przypis 14).
70. LK-Rieß, StPO, wyd. 24, uwaga 8 do § 154a; *Kleinknecht/Meyer - Großner*, uwaga 3 do § 154c, jw. (przypis 14).
71. Szczegółowo na ten temat *Rieß-Hilger* NStZ 1987, s. 145; *Böttcher* JR 1987, s. 133; *Weigend* NJW 1987, s. 1170; *Tenter/Schleifenbaum* NJW 1988, s. 1766.
72. Uzasadnienie urzędowe do § 396 i n. StPO, BT-Dr 10/5305, s. 13; *Gössel* JR 1994, s. 347.
73. *Züttsch* ZRP 1992, s. 167.
74. Tamże
75. *Schöch*, NStZ 1984, s. 385.
76. *Rieß* Jura 1987, s. 290.
77. *Pfeiffer*, ZRP 1992, s. 338.
78. Zob. Także *Dreher/Tröndle*, StGB, wyd. 47, uwaga 1 i n. do § 46a.
79. Wyniki badań nie zostały dotąd opublikowane; moją znajomość tych wyników zawdzięczam kierownikowi prokuratury przy Sądzie Krajowym w Traunstein, panu nadprokuratorowi Klausowi Weberowi.
80. Bliżej zob. *Kaiser*, ZP 1994, s. 314.
81. Zob. Także *Trenczek* ZRP 1992, s. 130.
82. *Dünke-Rössner*, ZStW 1987 (tom 99), s. 845 i n.
83. *Pachtenfels*, ZRP 1983, s. 146.

PROBLEMY OCHRONY ŚWIADKA W POLSKIM PROCESIE KARNYM

I. WPROWADZENIE

Samo postawienie problemu zawiera już pewną tezę, której nie sposób przyjąć jako aksjomatu. Jest to mianowicie teza, iż świadek jako uczestnik procesu karnego wymaga ochrony. Dowodzenie prawdziwości tej tezy wymaga wskazania potencjalnych zagrożeń, przed którymi świadek powinien być chroniony.

Bliższe przyjrzenie się tej kwestii przekonuje, że źródła tych zagrożeń bywają różne. Świadek uwikłany jest bowiem w procesie karnym w szereg rozlicznych konfliktów interesów, przy czym sytuacja jego przedstawiać się może różnie w zależności od kilku okoliczności:

1. Od tego, czy pochodzi ze środowiska oskarżonego, czy też nie,
2. Od tego, czy swoimi zeznaniami wspiera oskarżenie czy obronę,
3. Od tego, czy sam znajduje się w konflikcie z prawem,
4. W końcu od tego, jaką wagę mają w danym procesie jego zeznania.

Okoliczności te i powstające na ich tle konflikty interesów stwarzają rozliczne zagrożenia, przed którymi świadek w każdym demokratycznym państwie prawnym musi być chroniony. Określając te zagrożenia zacząć wypada od stwierdzenia, że sam obowiązek zeznawania stanowi ingerencję w prywatność świadka, a obowiązek stawieństwa pod rygorem przymusowego doprowadzenia, czy nawet pozbawienia wolności w celu wymuszenia stawieństwa i złożenia zeznań, jest ingerencją w sferę jego wolności osobistej. Jesteśmy oczywiście skłonni tego rodzaju ingerencje akceptować, rozstrzygając tym smym konflikt interesów świadka i interesów wymiaru sprawiedliwości na korzyść tych ostatnich. Stawiając sprawę w ten sposób musimy, rzecz jasna, zapewnić świadkowi ochronę prawną przed tego rodzaju ingerencją, w miarę zaś możliwości uwzględnić także inetersy świadka, zwłaszcza gdy jest on jednocześnie ofiarą przestępstwa i jego udział w procesie karnym grozi powtórna wiktymizacją.

Bywają jednak sytuacje, w którym bezwzględny obowiązek zeznawania stanowiłby nazbyt drastyczną ingerencję w sferę prywatności świadka, a ma to miejsce wówczas, gdy oskarżonym jest osoba bliska dla świadka. Wtedy, dając priorytet ochronie świadka, godzimy się na jego prawo odmowy zenań.

Sytuacja przedstawia się odmiennie, gdy świadek sam lub osoba dla niego najbliższa pozostaje w konflikcie z prawem, zwłaszcza w konflikcie z prawem karnym. Konflikt interesów jest wówczas głębszy, bowiem zatajenie określonych okoliczności i w ten sposób utrudnienie wyjaśnienia prawdy w procesie leży w interesie świadka, który stara się uniknąć odpowiedzialności grożącej jemu lub osobie dla niego najbliższej. W takiej sytuacji, zgodnie z zasadą *nemo se ipso accusare tenetur*, skłonni jesteśmy chronić interesy świadka ze szkodą dla interesów wymiaru sprawiedliwości i w związku z tym godzimy się na rezygnację z jego zeznań.

Zupełnie odmiennie rysuje się sytuacja wówczas, gdy źródłem zagrożenia dla świadka jest oskarżony i jego środowisko. Zagrożenie to pojawić się może zawsze, ilekroć świadek wspiera swoimi zeznaniami oskarżenie. Ze szczególną mocą występuje zaś wówczas, gdy świadek taki sam pochodzi ze środowiska oskarżonego i wówczas w oczach swoich kolegów jest nie tylko kimś, kto współpracuje z aparatem ścigania, ale jest także po prostu zdrajcą. Zagrożenie takiego świadka jest jeszcze większe, gdy w zamian za podjęcie współpracy z aparatem ścigania gratyfikowany jest on zwolnieniem go z odpowiedzialności karnej lub ograniczeniem takiej odpowiedzialności (świadek koronny¹). W takim wypadku udzielenie ochrony świadkowi konieczne jest nie tylko ze względu na jego własny interes, ale także z uwagi na interes wymiaru sprawiedliwości, który bez zagwarantowania niezbędnej ochrony świadkowi, nie jest wprost w stanie realizować swoich zadań. Nie chroniąc świadków w takiej sytuacji napotyka się bowiem na nie dającą się pokonać przeszkodę w postaci zмовы milczenia. Niestety, udzielając ochrony świadkowi, któremu np. zagwarantujemy anonimowość, ingerujemy tym samym w prawo oskarżonego do obrony.

Może pojawić się w końcu dodatkowy element i dodatkowy powód, dla którego świadek musi być chroniony. Otóż chodzi o sytuacje, w których świadek wprowadzony został do środowiska przestępczego przez aparat ścigania (tajny współpracownik, prowokator²). Wówczas w oczach oskarżonego i jego środowiska jest on po prostu zdrajcą szczególnego rodzaju. Ochrona takiego świadka konieczna jest nie tylko w celu zagwarantowania mu bezpieczeństwa i nie tylko w celu umożliwienia zrealizowania zadań wymiaru sprawiedliwości w danej sprawie, ale także w celu

stworzenia możliwości wykorzystania agenta w przyszłości, co nie byłoby możliwe w przypadku jego zdemaskowania.

Jest oczywiste, że o tym, jakie w konkretnym przypadku przedsięwzięcie się środki ochrony, decydować muszą dwa zasadnicze względy, a mianowicie źródło i stopień zagrożenia. Mając świadomość tego, że wprowadzanie instrumentów ochrony świadków zawsze wiąże się z naruszeniem gwarancji procesowych oskarżonego oraz z czynieniem wyłomów w naczelnych zasadach procesowych, szanować trzeba zasadę umiaru: tylko tak daleko idące instrumenty są dopuszczalne, które w danej sytuacji są absolutnie niezbędne³.

II. ROZWÓJ USTAWODAWSTWA W POLSCE

W Polsce, podobnie zresztą jak i w innych krajach europejskich, problem ochrony świadka zawsze pozostawał w cieniu zagadnienia gwarancji procesowych oskarżonego. Procesowe środki ochrony prywatności świadka, instrumenty ochrony prawej przeciwko wymuszającym środkom przymusu, czy też gwarancje procesowe na wypadek zagrożenia odpowiedzialnością karną, występowały już jednak w kodeksie postępowania karnego z 1928 r. i recypowane zostały oraz rozbudowane w kpk z 1969 r.

Inaczej sprawa przedstawia się ze środkami chrony świadka, które konieczne są w obliczu zagrożenia ze strony oskarżonego i jego środowiska. W kpk z 1969 r. występuje jedynie przepis, który pozwala na przesłuchanie świadka w nieobecności oskarżonego w sytuacji, gdy obecność oskarżonego mogłaby wpływać na niego krępująco (art. 336 § 1). Po złożeniu zeznań przez świadka oskarżony ma jednak prawo powrotu na salę rozpraw, gdzie jest informowany o treści złożonych zeznań (art. 322 § 2). Konstrukcja ta w sposób oczywisty wymyślona została w celu skłonienia świadka do zeznawania, a więc w interesie wymiaru sprawiedliwości, nie zaś w celu chronienia zagrożonego świadka.

Uświadomienie sobie, że konieczne jest udzielenie ochrony świadkowi przed oskarżonym i jego środowiskiem przyszło w Polsce stosunkowo późno i związane jest z dynamicznym wzrostem niektórych rodzajów przestępczości, zwłaszcza zaś z pojawieniem się rozlicznych form przestępczości zorganizowanej. Bezpośredni asumpt dyskusji nad potrzebą podjęcia ochrony zagrożonego świadka miała sprawa wymuszania haraczu od restauratorów na warszawskiej starówce (wiosna 1994 r.), która nie mogła drgnąć z miejsca ze względu na zmnę milczenia pokrzywdzonych kierowanych paraliżującym ich strachem. Sprawa ta, jak się wydaje, stworzyła korzystniejszy klimat dla podjęcia niezbędnych kroków

legislacyjnych w kierunku zapewnienia świadkom ochrony, co uznane zostało za warunek rozerwania zakłętego koła i podjęcia skutecznej walki z przestępczością zorganizowaną⁴.

Dyskusje te doprowadziły do uchwalenia 6 lipca 1995 r. ustawy o zmianie kodeksu postępowania karnego⁵, która wprowadza do polskiego prawa instytucję świadka anonimowego i szereg dalszych instrumentów służących ochronie zagrożonego świadka. Nowela ta wejdzie w życie 4 listopada 1995 r. W niniejszym wystąpieniu referuję stan prawny aktualny w Polsce od tego dnia.

III. OCHRONA PRYWATNOŚCI I WOLNOŚCI OSOBISTEJ ŚWIADKA

Regułą w procesie karnym jest, że każdy wezwany w charakterze świadka ma obowiązek stawienia się i obowiązek złożenia zeznań. Taką też zasadę przyjmuje polski kpk w art. 160 § 1. Kodeks dopuszcza jednak - w imię ochrony prywatności świadka - odstępstwa od tej reguły. Jest oczywiste, że wprowadzenie generalnego obowiązku stawienia się i złożenia zeznań stanowi ingerencję w prawo do prywatności świadka oraz w prawo swobodnego przemieszczania się (wolności osobistej). Wykonanie ciężących na świadku obowiązków procesowych może być w razie potrzeby zapewnione dzięki stosowaniu środków wymuszających przewidzianych w art. 242 kpk w postaci kary pieniężnej i przymusowego doprowadzenia oraz w art. 244 § 2 kpk w postaci aresztowania wymuszającego na czas do 30 dni.

Na tle powyższego uregulowania powstają dwie kwestie. Pierwsza wiąże się z pytaniem, czy ustawa w zakresie zadowalającym chroni prywatność świadka, na którym ciąży obowiązek zeznawania. Wskazać tu trzeba kilka unowomowań. Według art. 308 § 2 kpk sąd może wyłączyć w całości albo w części jawność rozprawy, jeżeli wymaga tego ważny interes prywatny. Dotyczy to oczywiście także interesu świadka. W sprawach o zniesławienie, oszczerstwo, a także w sprawach o przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, wyłączenie jawności jest w pratyce polskich sądów regułą. W sprawach, w których nie wyłączono jawności, świadek może żądać, aby przesłuchano go na rozprawie z wyłączeniem jawności, jeżeli treść zeznań mogłaby narazić na hańbę jego lub osobę najbliższą (art. 166 § 1 kpk). Te ograniczenia jawności nie stanowią pogwałcenia gwarancji *fair trial* i dadzą się usprawiedliwić w świetle standardów międzynarodowych (art. 6 ust. 1 KE)⁶.

Dla porządku wskazać trzeba na przepisy polskiego kpk dotyczące prawa odmowy zeznań przysługującego krewnym i powinowatym (art.

165) i prawa wnioskowania o zwolnienie od złożenia zeznania lub odpowiedzi na pytanie przysługującego innej osobie bliskiej (art. 167), które służą poszanowaniu prywatności świadka, zwłaszcza zaś jego życia rodzinnego. Rozwiązania te nie są przez nikogo kwestionowane.

Polskiemu procesowi karnemu znane jest także prawo świadka do uchylenia się od odpowiedzi na pytanie, jeżeli udzielenie odpowiedzi mogłoby narazić jego lub osobę dla niego najbliższą na odpowiedzialność karną (art. 166 § 1 kpk).

Odnotować też trzeba, że świadek, tak jak i każda inna osoba przesłuchiwana w procesie karnym chroniona jest przepisem statuującym zakaz korzystania z określonych metod dowodzenia. Art. 157 § 2 kpk stanowi bowiem, że wyjaśnienia, zeznania i oświadczenia złożone w warunkach wyłączających możliwość swobodnej wypowiedzi, nie mogą stanowić dowodu⁷. Ten przepis służy nie tylko ochronie świadka, ale także i przede wszystkim racjonalizacji postępowania dowodowego w procesie karnym.

Druga kwestia wiąże się z możliwościami ochrony prawnej przeciwko środkom wymuszającym. Ustawa polska przewiduje zażalenie na wszystkie postanowienia i zarządzenia w przedmiocie środków zmierzających do wymuszenia obowiązku stawienia się i złożenia zeznań (art. 247 § 2 kpk). Nie do zaakceptowania jest jedynie brak możliwości zaskarżenia do sądu postanowienia prokuratora o zastosowaniu aresztowania na czas do 30 dni w toku postępowania przygotowawczego⁸. Postanowienie to podlega zaskarżeniu jedynie do prokuratora nadzrędnego. Rozwiązanie to narusza art. 5 ust. 4 KE, który wymaga, aby każda osoba pozbawiona wolności miała prawo do złożenia skargi do sądu na zatrzymanie⁹. Szkoda, że ustawodawca polski nie znowelizował art. 244 § 2 kpk przy okazji gruntownej reformy procedury przeprowadzonej 29 czerwca 1995 r.¹⁰.

IV. OCHRONA ŚWIADKA ZAGROŻONEGO

Poza wspomnianą możliwością wydalenia z sali rozpraw oskarżonego na czas składania zeznań przez świadka, którego obecność oskarżonego krępuje (art. 336 § 1 kpk), do niedawna ustawa polska nie przewidywała praktycznie żadnych możliwości ochrony interesów świadka, który odczuwa zagrożenie ze strony oskarżonego lub jego środowiska¹¹. Nowela z 13 lipca 1995 r. przynosi kilka istotnych nowości w tym zakresie:

1. Art. 65 § 1 pkt 1 kpk w nowym brzmieniu dopuszcza dokonanie okazania także w taki sposób, aby wyłączyć możliwość rozpoznania osoby przesłuchiwanej przez rozpoznawaną. W praktyce przepis ten otwiera

możliwość przeprowadzania rozpoznania za pomocą tzw. lustra weneckiego.

2. Według nowego art. 173 § 3 kpk w wypadku uzasadnionej obawy użycia przemocy lub groźby bezprawnej wobec świadka lub osoby dla niego najbliższej w związku z jego czynnościami, można zastrzec dane dotyczące miejsca jego zamieszkania do wyłącznej wiadomości prokuratora lub sądu. Pisma procesowe doręcza się wówczas instytucji, w której świadek jest zatrudniony lub na inny wskazany przez niego adres. Podobną gwarancję przewidziano dla osoby, która zawiadamia organy ścigania o popełnieniu przestępstwa, choćby nie była jego świadkiem (art. 256 § 1 w zw. z art. 173 § 3 kpk).

3. Zgodnie z art. 164a kpk, w wypadku uzasadnionego niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia, wolności albo mienia w znacznych rozmiarach świadka lub osoby dla niego najbliższej sąd, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator, może wydać postanowienie o zachowaniu w tajemnicy danych umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka.

W takim wypadku protokoły zeznań świadka udostępniane być mogą obrońcy w sposób uniemożliwiający identyfikację świadka (art. 164a § 2 kpk). Świadek, co do którego wydano postanowienie o utajnieniu, przesłuchiwany jest przez prokuratora (nie przez policję), a w postępowaniu sądowym przez sąd lub sędziego wyznaczonego ze składu sądu poza salą rozpraw (art. 164a § 3 kpk).

Oskarżony i jego obrońca mogą zadawać pytania świadkowi tylko za pośrednictwem sądu lub prokuratora, z zachowaniem środków wyłączających możliwość ujawnienia tożsamości świadka (art. 164a § 4 kpk).

Na postanowienie w sprawie zachowania w tajemnicy danych umożliwiających ustalenie tożsamości świadka, oskarżonemu przysługuje zażalenie do sądu, w razie uwzględnienia którego protokół z przesłuchania świadka podlega zniszczeniu (art. 164a § 5 kpk).

4. Według art. 157 § 3 kpk w wypadku wydania postanowienia o utajnieniu świadka, konfrontacja jego z innymi świadkami nie jest dopuszczalna.

5. Według art. 339 § 3 kpk protokoły zeznań świadka utajnionego mogą być odczytywane na rozprawie, która odbywa się wówczas z wyłączeniem jawności, a wyłączenie to idzie dalej niż zazwyczaj, wykluczone jest bowiem pozostawienie na sali rozpraw tzw. osób zaufania.

Podejmując próbę oceny przedstawionych rozwiązań natrafiamy na kwestię, czy gwarantują one ochronę świadka w sposób wystarczający i czy w związku z tym są szanse na sprawne i efektywne funkcjonowanie nowych rozwiązań w praktyce.

Przyjęte konstrukcje są na ogół zgodne ze zgłaszanymi w piśmiennictwie postulatami¹². Krytyczne uwagi wywołuje jedynie to, że ustawodawca zrównał wszystkie kategorie świadków nie czyniąc różnicy pomiędzy przygodnym świadkiem, który po prostu boi się zeznawać, a np. tajnym agentem policji, który wprowadzony został do organizacji przestępczej. Brak jest także w ustawie ograniczeń ze względu na wagę sprawy. W szczególności zaś nie ograniczono stosowania świadka *in cognito* do postępowań w sprawach o najcięższe przestępstwa, zwłaszcza z zakresu przestępczości zorganizowanej, jak czyni to większość ustawodawców zachodnioeuropejskich¹³.

Trzeba jednak zauważyć, że ustawodawca polski inaczej określił przesłanki zatajenia adresu świadka, co dopuszczalne jest w razie istnienia obawy użycia przemocy lub groźby bezprawnej wobec świadka lub osoby dla niego najbliższej (art. 173 § 3 kpk), inaczej zaś przesłanki utajnienia świadka, które możliwe jest wobec uzasadnionej obawy niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia, wolności albo mienia w znacznych rozmiarach (art. 164a § 1 kpk). Ujęcie to sugeruje, że utajnienie danych osobowych świadka i danych umożliwiających jego identyfikację powinno być ostatecznością i następować w sytuacjach wyjątkowych.

Dopiero praktyka, która ukształtuje się na gruncie nowych przepisów, będzie w stanie odpowiedzieć na pytanie o skuteczność wprowadzonych środków, w szczególności zaś czy możliwe będzie rzeczywiste zachowanie w tajemnicy tożsamości świadka. Przyjęte rozwiązanie pozostawia co do tego pewne wątpliwości. Brak jest na przykład możliwości uchYLENIA pytania, które zmierzałoby do zdekonspirowania utajnionego świadka. Brak jest dyrektywy co do sposobu rozstrzygnięcia wniosku dowodowego zmierzającego do przesłuchania świadka, który wprowadzony już został wcześniej do procesu jako świadek *in cognito*. Brak jest w końcu szczególnych przepisów dotyczących konstruowania opisu czynu zarzucanego oskarżonemu w akcie oskarżenia i przypisanego w wyroku w szczególnej sytuacji, gdy świadkiem anonimowym jest pokrzywdzony. Zastosowanie obowiązujących przepisów art. 296 § 1 pkt 3 kpk obligującego oskarżyciela do przesłania sądowi listy osób pokrzywdzonych z podaniem ich adresów, czy 360 § 2 kpk nakazującego sądowi zamieszczenie w wyroku dokładnego opisu czynu przypisanego oskarżonemu, musiałoby przecież prowadzić do dekonspiracji świadka-pokrzywdzonego.

Niezwykle istotny jest problem zagrożeń, jakie wiążą się z wprowadzeniem do procesu karnego nowej instytucji. Zagrożenia, jakie wiązać się mogą z dopuszczeniem utajniania personaliów i wizerunku świadka,

można ująć w dwie grupy. Pierwsza grupa dotyczy kwestii naruszenia gwarancji procesowych uczestników postępowania, zwłaszcza zaś oskarżonego (oraz jego obrońcy), przy czym na pierwszy plan wysuwa się zagrożenie realizacji fundamentalnego prawa przysługującego każdemu oskarżonemu w państwie prawnym, a mianowicie prawa do obrony¹⁴. Druga grupa zagrożeń wiąże się z zagadnieniem wiarygodności świadka anonimowego, a co za tym idzie z realizacją zasad bezpośredniości i prawdy w procesie karnym oraz gwarancjami sprawiedliwego orzekania.

Nie podlega dyskusji stwierdzenie, że pogodzenie się z dopuszczeniem dowodu ze świadka anonimowego musi nieść za sobą ograniczenie realizacji zasady publiczności postępowania karnego, która należy do podstawowych zasad demokratycznych systemów prawnych, umożliwia społeczną kontrolę nad sądownictwem i pozwala na budowanie, zaufania do sądownictwa¹⁵. Nie jest kwestią przypadku, że gwarancja publicznego rozpatrzenia sprawy znalazła się wśród elementów składających się na model postępowania sądowego według art. 6 ust. 1 KE. Jest jednak jasne, że w żaden sposób nie zapewnimy ochrony świadkowi, jeśli wymagać będziemy, aby zeznawał na sali dostępnej dla publiczności, choćbyśmy nawet zataili jego personalia. Dlatego z uznaniem odnieść się trzeba do uregulowania zawartego w art. 339 § 3 kpk, który wprost przewiduje odstępowanie od zasady bezpośredniości i pozwala na odczytanie zeznań świadka utajnionego.

Daleko niebezpieczniejsze są konsekwencje wprowadzenia instytucji świadka anonimowego z punktu widzenia realizacji zasady jawności wewnętrznej postępowania karnego czyli jawności dla stron. Przestrzeganie zasady jawności wewnętrznej procesu karnego umożliwia realizację gwarancji wynikających z prawa do obrony. „Kapturowe” przeprowadzanie dowodów bez ujawniania ich oskarżonemu i jego obrońcy uniemożliwia im pełną orientację w materiale procesowym, a tym samym przygotowanie i realizowanie odpowiedniej linii obrony.

Jest jasne, że prawo do obrony może być ograniczone w różnym stopniu w zależności od tego, jak dalece utajnimy świadka i jego zeznania oraz w zależności od tego, czy umożliwimy obronie sformułowanie pytań pod adresem świadka oraz zajęcie stanowiska wobec złożonych przezeń zeznań. Jak się wydaje, uregulowanie art. 164a kpk jest pod tym względem optymalne. Wśród elementów wynikającej z KE zasady *fair trial*, wymienia się prawo do przesłuchania świadków oskarżenia (art. 6 ust. 3 d). Sprawy z tego zakresu kilkakrotnie trafiały na wokandę organów strasbourskich. W wyrokach wydanych w sprawach Kostovski¹⁶, Lütdi¹⁷ oraz Saidi¹⁸ Europejski Trybunał Praw Człowieka ustalił, że art. 6 ust.

3d KE naruszony jest wówczas, gdy obronie nie stworzono choćby pisemnej możliwości przesłuchania świadka¹⁹. Jest przy tym oczywiste, że o ile utajnić można samego świadka, to już utajnienie przed obroną treści jego zeznań nie może wchodzić w rachubę; w takiej bowiem sytuacji brak byłoby jakiegokolwiek możliwości ustosunkowania się do przeprowadzonego dowodu i sformułowania pytań²⁰.

Trzeba zauważyć, że w ostatnim okresie da się zauważyć stopniowe redukcje rygorystyki w orzecznictwie organów strasbourskich, co wynika z narastającego nacisku w kierunku zwiększenia skuteczności ścigania karnego. Tym zapewne tłumaczyć należy stanowisko Trybunału w wyroku w sprawie Lütke, w którym Trybunał odstąpił od wcześniej formułowanego wymogu zapoznania obrońcy z tożsamością świadka²¹, a także stanowisko Komisji zajęte w raporcie w sprawie Doorson²², w którym Komisja nie dopatrzyła się naruszenia Konwencji pomimo iż rozpoznanie oskarżonego dokonane zostało tylko na podstawie fotografii, a personalia dwóch spośród trzech świadków obciążających oskarżonego przed sądem utajnione zostały przed oskarżonym i jego obrońcą.

Warto podkreślić, że ustawodawca polski, inaczej niż np. ustawodawca austriacki (por. § 166a austr. StPO), a podobnie jak ustawodawca niemiecki (por. § 68 niem. StPO), zdecydował się na dopuszczenie zatajenia świadka nie tylko przed oskarżonym, ale także przed jego obrońcą. Jest to rozwiązanie dobre. Odmienne rozwiązanie tej kwestii lokowałoby w niezmiernie trudnej sytuacji samego obrońcę, który stawiany byłby wobec nierozwiązywalnego dylematu lojalności wobec prawa lub lojalności wobec klienta. W konsekwencji, ilekroć utajnionoby świadka, obrońca musiałby wybierać pomiędzy naruszeniem prawa a utratą zaufania oskarżonego²³.

Zatajenie świadka i jego wizerunku przed oskarżonym i jego obrońcą jest według polskiej ustawy rekompensowane przez umożliwienie im zapoznania się z protokołem przesłuchania przeprowadzonego poza rozprawą (art. 164a § 2 kpk) oraz umożliwienie im zadawania pytań na piśmie (art. 164 § 4 kpk). Przyjęte rozwiązania wydają się pozostawać w zgodzie z prezentowanymi wyżej liniami orzecznictwa strasbourskiego.

Druga grupa zagrożeń wiąże się z zagadnieniem wiarygodności świadków anonimowych, a co za tym idzie z realizacją zasady bezpośredniości oraz zasady prawdy, uważanej przez wielu za zasadę naczelną²⁴. O ile w wypadku realizacji prawa do obrony chodziło o zatajenie świadka przed obroną, o tyle w wypadku zasady bezpośredniości w grę wchodzi kwestia zatajenia świadka przed sądem. Jest regułą, że podstawą wyroku powinny być dowody ujawnione przed sądem. Jeśli zatem godzimy się

na zaniechanie wezwania świadka i zastąpienie jego zeznań podlegającym odczytaniu protokołem, to prowadzi to do naruszenia zasady bezpośredniości, a w konsekwencji do osłabienia gwarancji wykrycia prawdy w procesie. Z tego powodu w orzecznictwie organów strasbourskich pojawiła się myśl, że dowód ze świadka anonimowego może mieć w zasadzie tylko subsydiarny charakter. Samo powołanie się przez policję na okoliczność, że dzięki utajnieniu informatorów może ona zdobyć więcej informacji, nie powinna - według Europejskiej Komisji Praw Człowieka i Trybunału - usprawiedliwiać naruszenia art. 6 EKPC²⁵.

Dyrektywa bezpośredniego zetknięcia się przez sąd ze źródłem dowodowym ma swój głęboki sens. Ocenie sądu podlega bowiem przecież nie tylko treść zeznań, ale także reakcje związane z ich składaniem, a osobowość świadka nie pozostaje bez wpływu na ocenę jego wiarygodności. Stąd też zatajając świadka przed sądem zubaża się w sposób drastyczny podstawę oceny dowodu²⁶.

Niezależnie od tego, pozbawienie sądu bezpośredniego kontaktu ze świadkiem znacznie ułatwia policji preparowanie fałszywych dowodów. Łatwiej jest wszakże przedstawić sfałszowany protokół niż podstawić świadka, który będzie kłamał. Świadomość tej prawidłowości nie może nie odbić się na ocenie dowodu pośredniego dokonywanej przez sąd.

Biorąc powyższe pod uwagę należy z jednej strony pochwalić nowe polskie rozwiązanie. Dopuszczalne jest odczytanie protokołu przesłuchania świadka przed sądem na rozprawie, ale jednocześnie sąd (albo sędzia wyznaczony ze składu) nie jest pozbawiony osobistego kontaktu ze świadkiem, którego przesłuchuje poza rozprawą (art. 164a § 3 kpk).

Z drugiej jednak strony obowiązujące przepisy procedury polskiej nie wykluczają dopuszczalności skazania wyłącznie na podstawie zeznań świadków anonimowych. Od strony legislacyjnej sprawa nie jest prosta, albowiem ocena zeznań świadków anonimowych, podobnie jak i wszystkich innych dowodów odbywa się w zgodzie z zasadą swobodnej ich oceny (art. 4 § 1 kpk) i dlatego ewentualne wprowadzenie zapisu o subsydiarności dowodu ze świadka *in cognito* oznaczałoby skonstruowanie legalnej reguły dowodowej.

Zważyć wypada, że ochrona zagrożonego świadka dotyczy tylko postępowania karnego, podczas gdy zagrożony jest on także, a może i przede wszystkim poza procesem karnym. Dlatego też ubolewać należy, że reforma procedury nie idzie w parze z próbą wdrożenia skutecznego programu ochrony świadka. Nie chodzi tu, rzecz oczywista, o zakrojone na szeroką skalę programy obejmujące zmianę twarzy, personaliów, stanu rodzinnego i miejsca zamieszkania²⁷, ale o elementarne środki ochrony

zagrożonego świadka realizowane przy uwzględnieniu skromnych możliwości finansowych państwa²⁸.

Przypisy:

1. Nt. świadka koronnego zob. zwłaszcza *S. Waltoś*: Świadek koronny - obrzeża odpowiedzialności karnej, PiP 1993, nr 2; *J. Grajewski*: Instytucja świadka koronnego w procesie karnym. WPP 1994, nr 3-4

2. Zob. *A. Bulsiewicz*: Rola osoby zaufanej w czynnościach operacyjno-rozpoznawczych i procesie karnym. Przegląd Policyjny (PPol) 1992, nr 2-3; *S. Waltoś*: Tajny agent policji (na obrzeżach odpowiedzialności karnej). PiP 1993, nr 11-12

3. *S. Waltoś* (Dylematy ochrony świadka w procesie karnym, PiP 1995, nr 4, s. 48) trafnie zauważa, że konieczne jest stworzenie klarownej gradacji odstępstw od zasad procesowych uwzględniającej stopień zagrożenia świadka.

4. *P. Hofmański*: Procesowe środki ścigania przestępczości zorganizowanej. Wprowadzenie do problemu. PPol 1994, nr 3-4, s. 13-14

5. Dz.U. nr 89, poz. 444

6. W świetle art. 6 ust. 1 Konwencji Europejskiej mieści się on w ramach specjalnych powodów wyłączenia jawności (protection of private live of the parties; zob. np. orzeczenie Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 4.7.1978 r., 7945/77, Decisions and Reports tom 14 (1979), s. 228).

7. Na marginesie warto dodać, że postuluje się w Polsce rozbudowanie omawianej konstrukcji prawnej w kierunku egzemplifikacji niedozwolonych metod przesłuchiwania (zakaz przymusu fizycznego, groźby bezprawnej, zakaz stosowania hipnozy, narkoanalizy, itd.). Zob. np. *S. Waltoś*: Swoboda wypowiedzi osoby przesłuchiwanej w procesie karnym. PiP 1975, nr 10, s. 87 i n.; *W. Daszkiewicz*: Swoboda wypowiedzi jako przesłanka ważności dowodu w procesie karnym, PiP 1979, nr 8-9, s. 71 i n.; *P. Hofmański*: Granice swobody sądu w ustalaniu faktów sprawy w procesie karnym. Studia Prawnicze 1989 nr 1, s. 117 i n.; Por. art. 168 projektu kpk w wersji z lutego 1995 r., zob. *Z. Sobolewski*: Dowód nielegalny w projekcie kodeksu postępowania karnego (w) Problemy reformy prawa karnego. Lublin 1993, s. 313 i n.

8. Zob. na ten temat *W. Daszkiewicz*: Konstytucyjne gwarancje wolności osobistej. Rozważania de lege ferenda. RPEiS 1989, nr 2, s. 18 i n.; *P. Hofmański*: Konwencja Europejska a prawo karne. Toruń 1995, s. 200.

9. Zob. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 2.6.1993 r. w sprawie K p-ko Austrii, Publications of the European Convention of Human Rights, Serie A Judgments and Decisions (Serie A), tom 255-B (1993), odnoszącej się do dokładnie takiej samej sytuacji na gruncie prawa austriackiego.

10. Odpowiedni przepis znajduje się dopiero w projekcie kpk (wersja z lutego 1995 r.): wg art. 286 § 1 i § 2 proj. aresztowanie jako sankcja wymuszająca będzie stosowane w toku postępowania przygotowawczego przez sąd na wniosek prokuratora, a zażalenie rozpatrywać będzie sąd nadzórny.

11. *S. Waltoś*: Dylematy..., s. 39-41

12. *P. Hofmański*: Świadek anonimowy..., s. 33 i n.; *S. Waltoś*: Dylematy..., s. 48 i n.

13. *J. Kondracki, B. Baszuk*: Anonimowy świadek, czyli pozbawienie oskarżonego prawa do obrony. *Rzeczpospolita* 1995, nr 126. s. 17.

14. Zob. *J. Kondracki, R. Baszuk*: Anonimowy świadek..., s. 17.

15. Tak Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyrokach z 8.12.1983 r. w sprawie Pretto, Serie A tom 71 (1984 r.), pkt 21, z 22.04.1984 r. w sprawie Sutter, Serie A tom 74 (1984 r.), pkt 26 oraz z 28.6.1984 r. w sprawie Campbell i Fell, Serie A tom 80 (1984 r.), pkt 91.

16. wyrok z 20.11.1989 r., Serie A tom 166 (1989 r.).

17. wyrok z 15.6.1992 r., Serie A tom 238 (1992 r.).

18. wyrok z z 20.9.1993 r., Serie A 261-C (1994 r.).

19. W sprawie Kostovski możliwość taką wprowadzić stworzono, jednak obrona uzyskała odpowiedzi jedynie na dwa spośród czternastu zadanych pytań. W sprawie tej świadek znany był wyłącznie organom ścigania. Sędziemu śledczemu, który go przesłuchiwał przed wniesieniem sprawy do sądu, nie ujawniono personaliów świadka. W sprawie Lüttdi nie stworzono żadnej możliwości przesłuchania świadka, którego nie wezwano na rozprawę. Zdaniem Trybunału, w sprawie tej możliwe było przesłuchanie agenta w taki sposób, aby uczynić zadość wymogom wynikającym z prawa do obrony, a jednocześnie zabezpieczyć interesy policji i zabezpieczyć agenta przed ujawnieniem, co gwarantowałoby zachowanie gwarancji *fair trial* z art. 6 KE.

20. Por. *J.E.C. Fawcett*: The Application of the European Convention on Human Rights. Oxford 1987, s. 174 in; *P. Bischofberger*: Die Verfahrensgarantie der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Art. 5 und 6) in ihrer Einwirkung an das schweizerische Strafprozeßrecht. Zütrich 1972, s. 72 i n.

21. W wyroku z 27.9.1990 r., Serie A tom 186(1991).

22. 20524/92; zob. *M. Nowicki*: Ochrona świadka ważna jest, ale..., *Rzeczpospolita* 1995, nr 133, s. 17

23. tak trafnie *S. Waltoś*: Dylematy..., s.49-50

24. *A. Murzynowski*: Istota i zasady procesu karnego. Warszawa 1994, s. 107 i n.

25. Zob. orzeczenia Komisji z 1.6.1972 r., 4428/70, Council of Europe. European Commission of Human Rights. Collections of Decisions (CD), tom 40 (1973 r.), s. 1 i n. oraz z 4.5.1979 r., 8417/78, Council of Europe. European Commission of Human Rights. Decisions and Reports (DR), tom 16 (1979 r.), s. 200 ,oraz cytowane wyżej wyroki Trybunału w sprawach Kostovski, Lüttdi, Windisch i Saidi.

26. W orzecznictwie SN znajdujemy m.innymi następujące wypowiedzi: „Istotnym (...) czynnikiem kształtującym przekonanie sądu o wartości dowodowego środka osobowego są spostrzeżenia i wrażenia odniesione w toku bezpośredniego przesłuchania na rozprawie” (wyrok z 13.1.1975 r., II KR 323/74, OSNKW 1975, nr 5, poz. 56), „Bezpośredniość w sposobie przeprowadzenia dowodu, spostrzeżenia i wrażenia odniesione z bezpośredniego kontaktu sądu z osobą przesłuchiwaną stanowi istotny element przy dokonywaniu oceny wiarygodności oświadczeń składanych przez tę osobę”

(wyrok z 14.11.1977 r., V KR 176/77, OSNKW 1978, nr 1, poz. 7), „Przy ocenie zeznań świadka, zwłaszcza będącego jedynym środkiem dowodowym, niezbędne jest rozważenie jego osobowości oraz okoliczności i warunków, w jakich świadek uczynił swe spostrzeżenia” (wyrok z 3.4.1978 r., II KR 56/78, OSNKW 1978, nr 4-5, poz. 50), „Dla oceny wartości dowodu, zwłaszcza osobowego, ważna jest nie tylko treść wypowiedzi, lecz także ocena osoby ją wyrażającej, ocena właściwości jej charakteru, zasad, poziomu intelektualnego i moralnego, stanu emocjonalnego w czasie postrzegania i przesłuchania, zdolność do postrzegania i zapamiętywania oraz odtwarzania spostrzeżeń. Dlatego bezpośredni kontakt organu przesłuchującego z osobą przesłuchiwaną ma tak istotne dla tej oceny znaczenie” (wyrok z 17.10.1980 r., V KRN 96/80, Probl. Praworz. 1982, nr 7, s. 84 z glosą A. Kabata).

27. Tego rodzaju programy na coraz szerszą skalę realizowane są w USA, tzw. Witness Security Programm, a od 1984r. podobny wdrażany jest w Niemczech (*E. Pływaczewski: Przestępczość zorganizowana i jej zwalczanie w Europie Zachodniej (ze szczególnym uwzględnieniem Republiki Federalnej Niemiec)*, Warszawa 1992, s. 113), projektowany jest także w Holandii (*A.H.J. Swart: Die Europäische Menschen rechtskonvention und das niederländische Strafprozeßrecht. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 105(1993), s. 72-74).

28. *P. Hofmański: Świadek anonimowy...*, s. 22-23

**ŚWIADEK KORONNY
W NIEMIECKIM PRAWIE KARNYM,
MATERIALNYM I PROCESOWYM ***

Jeśli ktoś w Federalnej Republice Niemiec napomknie o problemie świadka koronnego, to znajduje się od razu w centrum aktualnej dyskusji polityczno-prawnej. Najnowszym przejawem aktywności ustawodawcy odnośnie świadka koronnego jest ustawa o zwalczaniu przestępczości z 28.10.1994 r. jako środek przeciwko zorganizowanej przestępczości. Ustawa ta jest z pewnością nie ostatnią w tym zakresie. Jako reakcja na doniesienia z prasy w lecie 1995 r. odnośnie afer łapówkarskich koncernów niemieckich Federalny Minister Spraw Wewnętrznych oświadczył, że zwalczanie korupcji jest najpilniejszym zadaniem polityki prawnej.¹ W swojej wypowiedzi Minister podkreślił to wskazując, że należy przy tym myśleć także o świadku koronnym.

**A. REGULACJA ŚWIADKA KORONNEGO
W NAUKOWEJ DYSKUSJI**

**I. STRUKTURA REGULACJI O ŚWIADKU KORONNYM
- PRZEDSTAWIONA NA PRZYKŁADZIE REGULACJI
O ŚWIADKU KORONNYM W SPRAWACH O CZYNY
TERRORYSTYCZNE²**

Jeśli się przyjrzymy z bliska świadkom koronnym z niemieckiego punktu widzenia na przykładzie regulacji o świadku koronnym w sprawach o czyny terrorystyczne, to zauważymy, że świadkiem koronnym może być tylko ten, kto jest w wystarczającym stopniu podejrzany o popełnienie określonego czynu zabronionego. Czyn ten nazywamy czynem świadka koronnego.

Regulacja o świadku koronnym w przypadku czynów terrorystycznych określa w art. 4 § 1 ustawy o świadku koronnym (KronzG) § 129a kodeksu karnego (StGB) (Tworzenie związków terrorystycznych) czyny te jako czyny świadka koronnego. Ale z tego względu, że także czyn związany z tym czynem może być również czynem świadka koronnego

(tzw. czyn stojący w związku)³, mowa tu o tzw. wielkiej regulacji świadka koronnego.

Aby uzyskać uprzywilejowaną pozycję, potencjalny świadek koronny musi ujawnić organom ścigania określone fakty (działanie świadka koronnego), tzn. przekazać swoją wiedzę, która adresatowi bądź w ogóle, bądź częściowo nie jest znana⁴.

Z kolei ta ujawniona wiedza musi odnosić się do określonych czynów, tzw. czyn do wyjaśnienia. Jeśli skłonny do ujawnienia określonego czynu jest sam współsprawcą tego czynu, to nazywa się go wewnętrznym świadkiem koronnym⁵.

Art. 4 § 1 KronzG używa odnośnie czynu wyjaśnianego pojęcia „taki” czyn karalny, czyli czyn bezprawny według § 129a k.k. (StGB) lub czyn związany z takimi czynami.

Działanie świadka koronnego musi prowadzić do sukcesu.

Ten pozytywny rezultat polega zgodnie z art. 4 § 1 KronzG na tym, że informacje odnośnie ujawnionych czynów nadają się do osiągnięcia określonych celów - zapobieżenie czynowi będącemu do wyjaśnienia/ popieranie wyjaśnienia pewnych czynów/ pomoc w ujęciu jednego z uczestników takich czynów⁶. Czy jeden z tych zamierzonych celów faktycznie zostanie osiągnięty, nie odgrywa żadnej roli⁷.

Ale nawet jeśli przydatność informacji należałoby potwierdzić, to do uprzywilejowania świadka koronnego potrzebna jest jeszcze decyzja powzięta na podstawie swobodnego uznania właściwego organu.

Jako kryteria uznania art. 4 § 1 KronzG wymienia szczególnie wagę ustalonego lub przypuszczalnego uczestnictwa świadka koronnego i znaczenie ujawnionych przez niego faktów przede wszystkim z punktu widzenia przydatności do zapobiegania bezprawnym przyszłym czynom⁸.

Oдноśnie rodzaju uprzywilejowania rozróżnia ustawa pomiędzy odstąpieniem od ścigania przez Prokuratora Generalnego, art. 4 § 1 KronzG, a złagodzeniem kary aż do odstąpienia od ukarania przez sąd⁹.

Nawet jeśli decyzja uznania będzie pozytywna, to art. 4 § 3 KronzG przewiduje mimo to ograniczenia w zakresie zastosowania omawianej instytucji, jeśli wchodzi w grę ciężkie czyny bezprawne świadka koronnego. Wyjątki odwołujące z kolei tę zasadę - „aby nie ograniczać za bardzo zakresu zastosowania instytucji”¹⁰ - przewidywane są jednakże w zakresie usiłowania, podżegania i pomocnictwa.

Na koniec warto jeszcze wspomnieć, że regulacja o świadku koronnym z 1989 r. miała obowiązywać początkowo tylko do 01.12.1993 r. art. 4 § 4 KronzG na podstawie ustawy o zwalczaniu przestępczości z

28.10.1994 r.¹¹ przedłużono jednak okres funkcjonowania świadka koronnego aż do 31.12.1995 r.

Świadek koronny, według ustawy o świadku koronnym (KronzG), nie musi być osobą stojącą w centrum. Osoba ta jest raczej oskarżonym, posądzonym lub obwinionym o czyn w którym świadek koronny brał udział. Świadkiem staje się dopiero wówczas, kiedy zeznaje w postępowaniu przeciwko osobom trzecim¹².

II. REGULACJA O ŚWIADKU KORONNYM W PRZYPADKU CZYNÓW BEZPRAWNYCH POPEŁNIONYCH W SPOSÓB ZORGANIZOWANY¹³

Ustawą o zwalczaniu przestępczości poszerzono zakres ustawy o świadku koronnym (KronzG) o art. 5, który zawiera regulację o świadku koronnym w przypadku przestępczości zorganizowanej. Różnice dotyczące regulacji o świadku koronnym w przypadku czynów terrorystycznych dotyczą przede wszystkim czynu świadka koronnego i - będącego z nim w związku - czynu wyjaśnianego.

Czynem świadka koronnego w zakresie przestępczości zorganizowanej jest tworzenie związku kryminalnego według § 129 StGB. Pewne ograniczenie ma tu miejsce poprzez to, że cel związku przestępczego musi być skierowany na popełnienie czynów, w przypadku których w grę wchodzi poszerzony przepadek według § 73 d StGB, co szczególnie występuje w razie popełnienia ciężkich deliktów przeciwko mieniu¹⁴. Czyn świadka koronnego może być czynem będącym w związku, ale tylko wtedy, jeśli chodzi o zbrodnię.

III. POMOCNIK WYJAŚNIENIA W PRAWIE KARNYM DOTYCZĄCYM ŚRODKÓW ODURZAJĄCYCH (§ 31 BTMG)

Po bardzo kontrowersyjnej dyskusji weszła w życie od 01.01.1982 r. razem z nowym prawem o środkach odurzających regulacja dotycząca pomocnika wyjaśnienia według § 31 BtMG. W odróżnieniu od ustawy o świadku koronnym (KronzG) brak jest w § 31 BtMG włączenia do tej regulacji czynów będących w związku z czynem głównym. Czyn „świadka koronnego”, czyli pomocnika w wyjaśnieniu, może być czynem bezprawnym tylko według ustawy o środkach odurzających. Dlatego też § 31 określa się pojęciem „małej” regulacji o świadku koronnym.

Jeśli przyjrzymy się uważniej § 31 BtMG, to musimy stwierdzić, że w przypadku czynu do wyjaśnienia zgodnie z art. 1 chodzi również o czyn pomocnika wyjaśniającego (wewnętrzny świadek koronny), podczas gdy

art. 2 dopuszcza także czyny bezprawne osób trzecich. Brzmienie przepisu art. 2 jest dlatego brane przez *Krner'a* za podstawę postulatu, ażeby zastosowanie przepisu rozciągnąć na czyny, odnośnie których pomocnik wyjaśniający albo nie chciał, albo nie mógł brać udziału w ich wyjaśnieniu.

Gdy chodzi o skutek działania świadka koronnego, postawiono w § 31 BtMG wyższe wymagania niż w KronzG. Ujawnienie musi zgodnie z § 31 art. 1 BtMG, albo - przyczynić się istotnie do wyjaśnienia czynu i to w skali przekraczającej jego własny w nim udział, albo umożliwić przeszkodzenie w realizacji planowanych ciężkich naruszeń BtMG. Wymaga się więc wkładu, który faktycznie przyczynił się do skutku wyjaśnienia, tzn. wkładu, bez którego czyn nie zostałby wyjaśniony w ogóle lub nie zostałby wyjaśniony całkowicie¹⁵.

W odróżnieniu do KronzG uprzywilejowanie z § 31 BtMG polega wyłącznie na złagodzeniu kary, aż do odstąpienia od wymierzania kary przez sąd.

Podobnie jak w zakresie terroryzmu i przestępczości zorganizowanej pomocnik wyjaśniający także w przypadku § 31 BtMG nie musi faktycznie wystąpić jako świadek w rozprawie głównej przeciw innym uczestnikom czynu¹⁶.

IV. POZOSTAŁE „ZAKAMUFLOWANE” BĄDŹ „SZTUCZNIE SKONSTRUOWANE” REGULACJE O ŚWIADKU KORONNYM

W otoczeniu tzw. dużej i małej regulacji o świadku koronnym znajdujemy dalsze przepisy, w których przewiduje się umorzenie postępowania bądź złagodzenie kary z powodu czynnego żalu¹⁷.

Należałoby tu wymienić §§ 129 a ust. 5 i 129 ust. 6, jak również §§ 84 ust. 5, 85 ust. 3, 98 ust. 2 StGB. Mieszaną formę, a składającą się z § 31 BtMG i regulacji o świadku koronnym, przedstawia § 261 ust. 10 StGB. W przepisie tym uregulowane są zarówno przeszłe czyny własne, jak i popełnione przez osoby trzecie czyny prania brudnych pieniędzy, jednak nie czyny będące w związku¹⁸.

Z odstąpieniem od wymierzania kary jako rozwiązaniem uprzywilejowanym koresponduje § 153b k.p.k.(StPO). Prawnoprocesowe regulacje podobne do regulacji o świadku koronnym przedstawia unormowanie §§ 153d i 154 e ust. 2 s. 2 StPO. Także § 154c StPO, który zapewnia bezkarność ofierze szantażu, która sama dopuściła się uprzednio czynu bezprawnego, mieści się w zakresie problematyki świadka koronnego, jeśli jest nim właśnie szantażowany, który denuncjuje szantażystę¹⁹.

W odróżnieniu do modelu świadka koronnego z 1989 r., nie są wspomniane regulacje rozciągnięte ani na czyny będące w związku z czynem głównym, ani na wyjaśnienie czynów dotąd już popełnionych²⁰. Można je jednak przyporządkować problematyce świadka koronnego, jeśli czynny żal nastąpił przez ujawnienie swojej wiedzy o czynach bezprawnych osób trzecich. W takiej sytuacji można mówić o „sztucznie skonstruowanej”, w odróżnieniu do specjalnie „stworzonej”, regulacji świadka koronnego.

V. POJĘCIE ŚWIADKA KORONNEGO W NIEMIECKIM PRAWIE I PROCESIE KARNYM

Na podstawie analizy wspomnianych już modeli świadka koronnego i pokrewnych im regulacji możemy zdefiniować dokładniej świadka koronnego przy pomocy czterech kryteriów: jest to osoba, przeciw której istnieje dostateczne podejrzenie (1), która z powodu własnej korzyści (2) jest gotowa do kooperacji (3) i której gotowość do kooperacji odbywa się na niekorzyść osób trzecich (4), również podejrzanych.

Nie ma natomiast w niemieckim prawie świadka koronnego amerykańskiego pokroju, który - podążając za uwarunkowaną systemowo bezwzględnie przestrzeganą zasadą bezpośredniości - składa swoje zeznania obligatoryjnie jako świadek oskarżenia w imieniu korony (king's lub queen's evidence) lub państwa (state's witness).

VI. ŚWIADEK KORONNY W OGNIU KRYTYKI NAUKOWEJ

1. Zastrzeżenia konstytucyjno-prawne

Dyskusja konstytucyjno-prawna dotycząca wprowadzenia regulacji o świadku koronnym spowodowała w pierwszym rządzie skreślenie odpowiedniej propozycji w ustawie antyterrorystycznej z 1976 r. Argumenty z 1976 r. nie zmieniły się za bardzo aż do wprowadzenia regulacji o świadku koronnym odnośnie czynów terrorystycznych w r. 1989 i w poszerzeniu tej regulacji w r. 1994. Jednak ówczesne stosunki społeczne (hasła: „zachodni pas startowy”, „bezpieczeństwo wewnętrzne”) postarały się o odpowiednie poparcie.

Podstawowe zastrzeżenia konstytucyjno-prawne przeciwko regulacji o świadku koronnym orientowały się i orientują w dalszym ciągu według zasady państwa prawa: aby jednak, jako środek zwalczania przestępczości, uczynić zadość zasadzie państwa prawnego, wymaga świadka koronnego zastosowanie rzeczowego punktu zaczepienia, musi się nadawać,

być konieczne i proporcjonalne w wąskim tego słowa znaczeniu, jak również w dostatecznym stopniu określone²¹. Popełniony, a czekający na wyjaśnienie czyn, musi zagrażać całemu porządkowi prawnemu. Hoyer²² wymaga dodatkowo, aby wkład przyczyniający się do wyjaśnienia był „istotny” w tym sensie, że uczynił on prawdopodobnym końcowy wynik wyjaśnienia. Także widoczna być musi szczególnie treść tej informacji w końcowym wyniku wyjaśnienia sprawy.

Już te nieliczne spostrzeżenia uwidaczniają, że wspomniane głosy raczej popularyzują propozycje dla konstytucyjnie konformistycznych, bo restrykcyjnych, interpretacji²³, aniżeli twierdzenie, że istniejące regulacje są sprzeczne z Konstytucją²⁴.

Najłatwiej wydaje się być do podważenia regulacja o świadku koronnym w zakresie zwalczania terroryzmu i to w stosunku do zasady proporcjonalności, dokładniej: stosowności. W rzeczywistości bowiem efekty ścigania w zakresie czynów terrorystycznych polegają nie na tym, że przy pomocy regulacji o świadku koronnym udaje się „wyłamać” skruszonych terrorystów z ich przestępczego środowiska. Przeciwnie: ci, których to dotyczyło i którzy przebywali na terenie byłego NRD byli raczej skłonni, po ich zdemaskowaniu z powodu zjednoczenia Niemiec, niezależnie od wabiącej mocy regulacji o świadku koronnym, odejść od terrorystycznego środowiska i zeznawać²⁵. Ale i tutaj ustawodawcę uratowała konstytucyjno-prawna prerogatywa parlamentu - prawdopodobnie w związku z ograniczeniem czasowym ustawy - przed zarzutem sprzeczności z Konstytucją.

Również ze względu na zasadę równości nie brakuje piętnujących głosów, aby kooperującego świadka koronnego nie traktować niewspółmiernie lepiej, aniżeli pozostałych podejrzanych lub sprawcy, któremu udowodniono przestępstwo. Ponieważ jednak zasadę równości należy rozumieć tylko jako zakaz samowoli, wystarczy wskazanie na szczególne okoliczności, ażeby jako rzeczowy powód wykluczyć samowolę²⁶.

Odpowiednie rozstrzygnięcie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego odnośnie świadka koronnego dotychczas nie zapadło, ponieważ sąd ten w jedynej dotąd sprawie²⁷, z powodu braku konkretnego indywidualnego zagrożnienia nie musiał zabierać stanowiska w tej sprawie.

2. Zastrzeżenia karnoprocesowe

Krytyka regulacji o świadku koronnym nie ogranicza się jedynie do bezpośredniego zakresu konstytucyjnego. Także wówczas, kiedy prawo konstytucyjne zostało skonkretyzowane do prawa procesowego, występują punkty styczności i ścierania się. W szczególnym stopniu dotyczy to zasady lega-

lizmu (a), niedopuszczalnych metod przesłuchania w § 136a StPO (b), zakazu „zmiany ról” (c), jak również całej struktury procesu karnego (d).

a. Zasada legalizmu

To, że przez regulację o świadku koronnym ulega ograniczeniu zasada legalizmu, czyli wynikający z zasady równości nakaz ścigania czynów bezprawnych bez względu na osobę, jest powszechnie zgodną opinią²⁸, ponieważ właśnie zakulisowi inspiratorzy, te tzw. „grube ryby”, osoby które mają coś do zaproponowania na niekorzyść osób trzecich, skorzystają z tego uprzywilejowania. Naruszenia zasady legalizmu nikt nie będzie w tym jednak widział.

O ile zasada legalizmu jest przekształconą formą zasady równości, to dopuszczalne są wyjątki od przymusu ścigania, jeśli można je rzeczowo uzasadnić przy pomocy ważkich interesów państwowych. Na tym przekonaniu bazują także różne formy zasady oportunistu w §§ 153 i n. StPO²⁹. Ponieważ w obliczu zagrożenia przez nowe formy przestępczości można wychodzić z założenia, że także wprowadzenie regulacji o świadku koronnym wynika z powodów rzeczowych o pewnej wadze, będzie można zaakceptować naruszenia zasady legalizmu³⁰.

b. Świadek koronny jako ofiara niedopuszczalnych obietnic

Świadkiem koronnym może być tylko ten, kto sam jest podejrzanym. Nie wymaga się, żeby świadek koronny ujawnił swój własny domniemany bezprawny czyn. Z tego względu, że ujawnienie nierzadko obejmuje również czyny będące do wyjaśnienia, w których także świadek koronny sam brał udział (przypadek świadka koronnego wewnętrznego), występuje przypadek samooskarżenia. Ten zobowiązany do uprzedniego świadczenia świadek koronny, będzie z pewnością dlatego obstawał przy zapewnieniu mu gwarancji jego uprzywilejowania. Takiej jednak gwarancji z góry nie będzie nikt w stanie mu dać, przede wszystkim nie ci, którzy są szczególnie zainteresowani w jego wstępnych usługach: prokuratura i policja, ponieważ szukający prawdy i wyposażony w gwarancje niezawisłości sąd nie jest wiązany przyrzeczeniami policji i prokuratury³¹. Najpóźniej w tym miejscu można spostrzec, że regulacja o świadku koronnym wywodząca się z procesu kontradyktoryjnego, stanowi obce ciało w systemach procesowych opartych na zasadach obowiązku pouczenia i instrukcji oraz zasadzie ścigania z urzędu.

Jeśli jednak policja i prokuratura w interesie świadka koronnego i celem uniknięcia zakazu wykorzystania materiałów dochodzeniowych ze względu na niedopuszczalne obietnice w sensie § 136a ust. 1 zd. 3 StPO³²

mogą tylko to obiecać, co sami mogą dotrzymać, to co można w ogóle jeszcze obiecać?:

- mówę obrońcą wnioskującą łagodny wyrok,
- zapewnienie odroczenia wykonania kary (§ 456 StPO),
- odstąpienie od aresztu śledczego, jeśli niebezpieczeństwo mactwa ze względu na zeznanie nie istnieje³³.

Oprócz tego organy ścigania muszą poinformować potencjalnego świadka koronnego o brakującej pewności jego uprzywilejowania przed sądem³⁴, zwłaszcza że ryzyko przydatności ujawnienia pozostaje po stronie świadka koronnego.

c. Naruszenie zakazu „zmiany ról”

Dodatkowe niebezpieczeństwo powstaje, jeśli świadek koronny zeznaje jako świadek odnośnie udowodnienia niewyjaśnionych czynów pozostałych uczestników, podczas gdy w stosunku do czynu świadka koronnego sam jest obwinionym. W stosunku do tej - osłabiającej pozycję obronną - zmiany ról, uprawia się - szczególnie w stosunku do karalności ze względu na fałszywe zeznania (§ 153 StGB)³⁵ - wzmożoną krytykę³⁶.

Jeśli nie chcemy się wycofać na wątpliwe pozycje orzecznictwa, zgodnie z którymi miarodajne jest formalne uczestnictwo w procesie karnym w charakterze oskarżonego lub świadka, to da się ten - leżący w naturze świadka koronnego - problem zmiany ról obejść tylko wtedy, jeśli świadek koronny wkroczy w akcję dopiero po prawomocnym zakończeniu prowadzonego przeciw niemu postępowaniu³⁷, co jednak spowoduje w konsekwencji jego zamilknięcie. Jeśli natomiast postępowanie przeciw niemu będzie tylko umorzone, to nie da się wykluczyć rzeczowo uzasadnionego wznowienia postępowania dochodzeniowego³⁸.

d. Zmiana struktury procesu karnego

Powinny w końcu dojść do słowa te głosy, które we wprowadzeniu formalnej regulacji o świadku koronnym widzą niebezpieczne włamanie się obcych systemowo anglo-amerykańskich elementów postępowania do niemieckiego procesu karnego.

Istotnie ten obowiązek świadka koronnego do uprzedniego zeznania powoduje obawy w stosunku do przesunięcia balansu sił na jego niekorzyść, w postępowaniu przygotowawczym wzmożone dodatkowo przez ograniczone prawo do korzystania z pomocy obrońców³⁹.

Należy również wziąć pod uwagę to, że obrona w procesie stron anglo-amerykańskimuczyni wszystko, aby obalić wiarygodność obciążających zeznań świadków: „słabość świadka, który w sposób oczywisty tylko wbrew własnej woli, pod wpływem nacisku ustawowego przymusu

składa zeznania, a wewnętrznie jednak stoi po stronie oskarżonego, zostaje odkryta najpóźniej w krzyżowych pytaniach; tacy świadkowie przynoszą oskarżeniu więcej szkody niż pożytku. Adwersyjna struktura procesu amerykańskiego przynosi z sobą dla prokuratury konieczność poparcia swoich twierdzeń kooperatywnymi świadkami, którzy by wywołali u ławy przysięgłych wrażenie, że oni tylko z uczciwych motywów zeznają całą prawdę⁴⁰.

Staje się oczywiste, że w niemieckim procesie, w którym także sąd aktywnie współdziała w rozpoznaniu prawdy, prokuratura nie potrzebuje poparcia świadka na rozprawie głównej. O tyle świadek koronny procesu stron jest w ogóle nieporównywalny z niemieckim świadkiem koronnym, który tylko służy jako „noga organów ścigania wstawiona między drzwi w kierunku kryminalnego środowiska”⁴¹. Dlatego też nie powinno więcej dziwić, że żadna regulacja o świadku koronnym w niemieckim prawie nie wymaga koniecznie pojawienia się świadka koronnego na rozprawie głównej.

Natomiast zarzut, że regulacje o świadku koronnym faworyzują obcą niemieckiemu prawu procesowemu instytucję plea-bargaining i wykraczają przeciwko materialnemu obowiązкови mówienia prawdy⁴², nie przekonuje. Uprzywilejowania w postępowaniu wstępnym, ani w postępowaniu głównym nie powinny odbywać się z uszczerbkiem dla prawdy, ponieważ one mają miejsce, mimo, a właściwie, ponieważ oskarżony zachowuje się kooperatywnie ze względu na ustalenie prawdy. Przeciwnieństwo tego nie jest również po myśli ustawy. Dlatego też regulacja o świadku koronnym nie ma nic wspólnego z umową procesową, która zakłada uprawnienia dyspozycyjne równouprawnionych partnerów kosztem prawdy⁴³. Świadek koronny w niemieckim procesie jest raczej pomocnikiem organów ścigania karnego w postępowaniu dochodzeniowym, który ze względu na swoją skuteczną działalność otrzymuje nagrodę w postaci redukcji kary we własnej sprawie.

3. Aspekty ekonomiczno-procesowe

Jak dalece cel postępowania karnego - materialnie prawidłowa, podjęta zgodnie z porządkiem procesowym i tworząca pokój prawny decyduje⁴⁴- można lepiej osiągnąć przy pomocy regulacji o świadku koronnym, należałoby przemyśleć.

Wątpliwości istnieją najpierw odnośnie wiarygodności świadków koronnych, ponieważ znajduje się on w takiej sytuacji motywacyjnej i w takim położeniu⁴⁵, w którym musi dostarczyć informacji, aby samemu się nie zdradzić. A że przyznanie przywilejów zależne jest od decyzji w ra-

mach swobodnego uznania, będzie się świadek koronny starał według swoich najlepszych sił nie zawieść związanych z nim oczekiwań, aby samemu nie paść ofiarą prowadzonej gry.

W związku z tym, że powszechnie wiadomo, iż zeznanie świadka w porównaniu do dowodów rzeczowych stanowi znacznie gorszy środek dowodowy, niebezpieczeństwo - nawet nieświadome - niesłusznego obwiniania przez świadka koronnego niewinnych jest tnie do odparcia⁴⁶. Jeśli darzymy zaufaniem wyniki badań psychologicznych, to powinniśmy z reguły wątpić w wiarygodność świadków koronnych w trakcie obciążania innych uczestników czynu⁴⁷. Stąd też nie powinno zaskakiwać stwierdzenie, że świadek koronny jest czasami określany jako najgorszy z możliwych środków dowodowy⁴⁸, a jego udział w postępowaniu traktowany jest jako kontraproduktywny⁴⁹.

Wątpliwości co do ekonomii procesowej regulacji o świadku koronnym są o tyle uzasadnione, że trudno liczyć na jego gotowość oddania się do dyspozycji w charakterze świadka koronnego.

Szczególnie w zakresie zwalczania terroryzmu narzucają się liczne argumenty przeciwne⁵⁰:

- strach przed represaliami, szczególnie przed zemstą ze strony zdrażonych organizacji;
- wymuszenie lojalności grupowej;
- znikoma możliwość wywierania wpływu na sprawców z przekonania;
- brak zaufania do Prokuratora Generalnego;
- brak pewności odnośnie przywilejów;
- obawa przed zdemaskowaniem

W obliczu oczywistości stosunków w tym zakresie już w r. 1989 uczony-kryminolog *Sebastian Scheerer* odważył się wygłosić swoją opinię odnośnie projektu KronzG: „ponieważ nie brak ani prawniczych, ani socjologicznych źródeł naukowych, projekt ten jest wynikiem samozawinionej niewiedzy egzekutywy.”⁵¹ Do tego należy z pewnością jeszcze dorzucić samozawinioną niewiedzę legislatywy.

Jeśli chodzi o zwalczanie przestępczości zorganizowanej i związanej ze środkami odurzającymi nie widzi się tej sprawy jednak aż tak bardzo pesymistycznie⁵², ponieważ sprawcom zwyczajnym - „mieć” przyznaje się mniejszą skłonności do oporu niż sprawcom z przekonania - „być”.

4. Propozycje reform

Krytyka regulacji o świadku koronnym w niemieckim prawie karnym ogranicza się zasadniczo do następujących propozycji reform:

- poprawienie wiarygodności zeznań świadka koronnego przez wyłączenie osłaniających środków dowodowych⁵³
- zapobieganie zanikowi pamięci u świadków koronnych przez ich przesłuchanie przed otwarciem postępowania przeciwko nim samym⁵⁴
- poprawa wiążącego charakteru zapewnień przez wprowadzenie obowiązku uzgodnień pomiędzy policją a prokuraturą przed wskazaniem na § 31 BtMG⁵⁵
- zapewnienia pomocy prawnej z poszerzonym prawem do informacji świadka koronnego już od początku postępowania⁵⁶
- restryktywna interpretacja odnośnie przydatności ujawnionych faktów⁵⁷
- uodpornienie i zakaz wykorzystania w przypadku zamiany ról⁵⁸.

B. ASPEKTY PODOBNE DO PAŃSTWOWO-PRAWNYCH

I. ROLA REGULACJI O ŚWIADKU KORONNYM W PRAKTYCE

Ze względu na aspekty państwa prawa najpierw znajduje potwierdzenie ocena, iż regulacja o świadku koronnym odnośnie czynów terrorystycznych w 1989 r. - jako „wzorzec” niemieckiej regulacji o świadku koronnym - nie odgrywa prawie żadnej roli w niemieckiej rzeczywistości⁵⁹.

Jeśli chodzi o oddziaływanie regulacji o świadku koronnym odnośnie przestępczości zorganizowanej z grudnia 1994 r., to brak jest jak dotąd wystarczających doświadczeń⁶⁰. Jest jednak nadzieja, że sytuacja może rozwinąć się pomyślnie⁶¹. Sukcesy w walce z mafią we Włoszech są powodem tej nadziei⁶².

Rzeczywistość prawna świadka koronnego w niemieckim procesie karnym ukształtowana jest dlatego do dzisiaj tylko przez doświadczenia nabyte odnośnie pomocnika w wyjaśnianiu z § 31 BtMG. Z raportów Rządu Federalnego z 10 i 11 kadencji parlamentarnej⁶³ wynika, że z § 31 BtMG często korzystano, przy czym ocena sukcesów w dochodzeniu w życiu praktycznym wypada różnie⁶⁴. Dogmatyczny prawnokarny „test” **nieukarania** z 1,5 % nie odgrywa jednakże większej roli⁶⁵, a regulacja prewencyjna według § 31 art. 2 jest prawie że nigdy nie używana⁶⁶. Ogólnie tendencja w kierunku § 31 BtMG jest mimo to wyraźnie rosnąca. *Kerner*⁶⁷ wymienia w latach od 1985-1987 aż 2317 zastosowań, z czego w 45 przypadkach było to odstąpienie od kary.

W tym kontekście należy jeszcze wspomnieć o przeprowadzonej przez Jaeger'a⁶⁸ analizie akt odnośnie praktycznych doświadczeń z § 31 BtMG. Zawiera ona ocenę 87 (z ogólnej liczby 104⁶⁹) akt procesowych wybranych prokuratur w Badenii-Wirtembergii z lat 1981-1984, przy których rozstrzygnięciu zastosowano § 31 BtMG. Z 123 oskarżonych przyznano 97 uprzywilejowaną pozycję świadka koronnego. Z tej liczby 96 zostało prawomocnie skazanych, a tylko w jednym przypadku nastąpiło umorzenie (według §§ 31 ust. 1 BtMG w powiązaniu z § 153b StPO przez prokuraturę w Stuttgarcie)⁷⁰. W przypadku świadków koronnych chodzi - biorąc pod uwagę wysokość obrotu środkami odurzającymi - w przeważającej mierze o ciężkich przestępców⁷¹. Zastosowanie miał zawsze § 31 ust. 1, a nigdy § 31 ust. 2.

II. PROBLEMY REKRUTACJI

Jeśli się przyjrzymy doświadczeniom praktyki przy naborze świadków koronnych, to ma się wrażenie, że trudności te można tylko potwierdzić.

Z 87 badanych przez Jaeger'a⁷² akt procesowych siedem odnosiło się do organizacji handlujących środkami odurzającymi i tylko w trzech przypadkach zastosowanie doprowadziło § 31 do wyjaśnienia sprawy. Wskazuje to na to, że trudno jest przełamać barierę milczenia klanu przestępczego, także przy zastosowaniu takiego środka, jakim jest świadek koronny.

Zły rezultat, jaki uzyskano w przypadku zastosowania regulacji o świadku koronnym odnośnie czynów terrorystycznych sprowadza Meyer-Göfner⁷³ do zastosowania swobodnego uznania przez organy ścigania i do możliwości ponownego wszczęcia ścigania w przypadku umorzenia postępowania. Zastosowanie § 1 KronzG miało miejsce do 1995 tylko jeden raz, jednak współdziałający Senat Karny Najwyższego Trybunału Konstytucyjnego, do którego się odwołano, odmówił zgody.

Dalszym ważnym momentem okazało się zaufanie do urzędnika prowadzącego dochodzenie. I tak okazało się - jednakże we Włoszech - że zmieniający fronty tylko bardzo powoli, stopniowo, przekazują ważne informacje i jeśli są całkiem pewni, że mogą przesłuchującemu prokuratorowi faktycznie zaufać⁷⁴.

Również niewystarczająca późniejsza „opieka” wpływa na gotowość do kooperacji. Jaeger stwierdził, że co czwarty świadek koronny z badanych przez niego akt musiał się borykać z różnego rodzaju represaliami⁷⁵. Żądanie ustanowienia jakiejś ustawy o ochronie świadków koronnych wydaje się więc uzasadnione⁷⁶.

III. PROBLEM ŚWIADKÓW KORONNYCH W PRAKTYCE PROCESOWEJ

Także odnośnie roli świadka koronnego w procesie karnym, wydaje się, że praktyka potwierdza obawy teorii. Przy czym zdarzają się od czasu do czasu niespodzianki.

1. Wiarygodność

Niedostateczną wiarygodność świadka koronnego potwierdza również praktyka. 50,6% zapytanych przez *Jaeger'a*⁷⁷ praktyków - sędziów, prokuratorów, policjantów, adwokatów - przyznaje, że niebezpieczeństwo fałszywych zeznań ze strony świadków koronnych należy znacznie wyżej ocenić niż u świadków nie uczestniczących w czynie. Przy tym „wyprobowani, stali świadkowie” uchodzą za szczególnie niewiarygodnych⁷⁸. To stwierdzenie można uznać za potwierdzone ze względu na doświadczenia w Północnej Irlandii. Dlatego też *Denny*⁷⁹ sprowadza niepowodzenia północnoirlandzkiej regulacji o świadku koronnym nie tylko do tego, że okazało się nieodpowiedzialne, skazywać tylko w oparciu o zeznanie świadka koronnego. Prawie całkowite uchYLENIE tych wyroków przez sądy apelacyjne tylko to potwierdza⁸⁰.

2. Moc wiążąca

To, że niezależna od strategii policji i prokuratury ostateczna decyzja sądu odnośnie uprzywilejowania świadka koronnego nie jest tylko czystą teorią, wykazuje jeden z wielu przeprowadzonych przez *Jaeger'a*⁸¹ sondaży opinii publicznej. Na pytanie, czy w praktyce zdarza się, że policja/prokuratura zaproponowała obwinionemu zastosowanie § 31 BtMG, ten jednak później nie był przez sąd brany w ogóle albo nie brany w sugerowanym zakresie pod uwagę, 37,8% zapytanych odpowiedziało twierdząco. W przypadku zapytanych adwokatów procent ten wynosił 64,8%, podczas gdy spośród zapytanych sędziów 25% odpowiedziało twierdząco. Sytuacja ta jest nieco złagodzona przez to, że istniała pewna gotowość, ażeby przyrzeczenia organów ścigania co najmniej ogólnie uwzględnić jako okoliczność łagodzącą przy wymiarze kary⁸². By przeszkodzić niebezpieczeństwu, iż świadkowie koronni przez swoje zeznania mogliby narazić samych siebie na niebezpieczeństwo⁸³, zaleca *Kerner* organom ścigania przedstawić potencjalnemu świadkowi koronnemu tekst § 31 BtMG jako szczególną formę pouczenia⁸⁴.

3. Problemy wymiaru kary

Natrafiaamy na niespodzianki, jeśli pytamy o oddziaływanie regulacji o świadku koronnym na praktykę wymierzania kary. Tutaj istnieje niebezpieczeństwo, że § 31 BtMG może oddziaływać jako przepis wpływający na zaostrzenie kary, a to szczególnie wtedy, kiedy nie doszło do jego zastosowania. Mówi się tu o tzw. „snującym się podwyższeniu kary” w stosunku do niekooperatywnego obwinionego⁸⁵. Regulacja ta przybliża oczekiwania co do gotowości kooperacji obwinionego, których rozczarowanie może się okazać dla obwinionego niekorzystne⁸⁶.

4. Zmiany układu sił w postępowaniu karnym

W ramach rozważań teoretycznych wyrażano obawy, że wskutek obowiązku uprzedniego świadczenia świadka koronnego może dojść do zachwiania równowagi sił w ramach postępowania karnego i to w znacznym stopniu na niekorzyść obwinionego.

Odnosi się jednak wrażenie, że praktyka przyjęła całkiem inny rozwój, ponieważ orzecznictwo Najwyższego Sądu Federalnego (BGH) szeroko poszerzyło zakres zastosowania § 31 BtMG.

Zaprzeczenie pojedynczych zarzutów oskarżenia nie wyklucza zastosowania § 31⁸⁷. Sprawca nie musi koniecznie wnieść istotnego wkładu do odkrycia **własnego** udziału w czynie, jeżeli jego dające się sprawdzić dane przyczyniły się w sposób istotny do odkrycia **całego** zdarzenia ponad jego własny wkład⁸⁸. Ba, nawet przeczący zarzutom oskarżenia współoskarżony może skorzystać z rozwiązań § 31 BtMG, jeśli ujawni on udział współsprawców i tym samym przyczyni się do wyjaśnienia czynu poza zakres własnego udziału⁸⁹. Nie przeszkadza również zaprzeczenie strony zainteresowanej⁹⁰, minimalizowanie własnego wkładu i inne przedstawienie motywów działania⁹¹, ba, nawet zmiana co do samego zeznania, jeśli da się ją uzasadnić, jeśli da się tylko stwierdzić faktyczny efekt zeznania⁹². Wola zmiany zeznania wcale nie jest wymagana.

Z drugiej strony działanie wyjaśniające powinno nastąpić we właściwym czasie, to znaczy do momentu wydania wyroku⁹³. Nawet ujawnienie na koniec postępowania dowodowego nie szkodzi⁹⁴.

Według *Kerner*⁹⁵ obrońcy karni wykorzystują tę sytuację i uzależniają od siebie sądy przez wskazania aż do ostatniej minuty rozprawy głównej: że „aparatus śledczy jest... poruszony do celów obronnych, aby osiągnąć korzyści § 31 BtMG”⁹⁶. Dlatego § 31 wymaga zawężenia zakresu zastosowania, ażeby minimalizować liczbę przypadków nadużyć. Niebezpieczeństwo, że obrońca stanie się organem pomocniczym prokuratury, nie istnieje.

C. ZAKOŃCZENIE

Regulacje o świadku koronnym są w niemieckim prawie ustawowymi „rozwiązaniami wymuszonymi”⁹⁷. Mogą być uzasadnione, jeśli porządek prawny w sposób szczególny jest zagrożony⁹⁸.

Jeśli nawet wyjdziemy z tego założenia, to takie wymuszone rozwiązanie może być ciężko okupione, o ile warte jest swojej ceny - złagodzenie kary aż do całkowitego odstąpienia od wymierzenia kary nawet za ciężkie czyny w interesie ścigania karnego, tzn. co najmniej nadaje się do osiągnięcia zamierzonych celów.

W zakresie **prawa o środkach odurzających** tak się właśnie sprawy przedstawiają, przynajmniej do pewnego stopnia. Jednakże i tu - w interesie proporcjonalności i prewencji integracyjnej - byłoby potrzebne ograniczenie w takim stopniu, że dla zapewnienia przywilejów wymagałoby nie tylko odpowiedniego obiektywnego rezultatu ujawnienia czynu, lecz również oznaki wierności dla prawa ze strony świadka koronnego. Ponadto należałoby - w obliczu ograniczonej wiarygodności - zalecić szukania potwierdzenia zeznań świadka koronnego przy pomocy innych środków dowodowych, w szczególności przy pomocy dowodów rzeczowych.

Odnosnie regulacji o świadku koronnym w przypadku **przestępczości zorganizowanej** jeszcze nie czas, ażeby osądzać ich przydatność. Przedłużenie ich obowiązywania ponad koniec r. 1995 wydaje się być uzasadnione⁹⁹.

Jeśli chodzi o regulację o świadku koronnym odnośnie **czynów terrorystycznych**, nie można nie stwierdzić ustawowego niewypału. Mówi się wiele w związku ze świadkiem koronnym, jako środkiem dowodowym, o wiarygodności. Ustawodawca ograniczył czasowo obowiązywanie tej regulacji o świadku koronnym w stosunku do czynów terrorystycznych do końca 1995 r. Należałoby więc oczekiwać, aby ustawodawca ze względu na własną wiarygodność to ustalone przez siebie ograniczenie czasowe wziął poważnie i tę regulację o świadku koronnym ponownie zrewidował¹⁰⁰.

Przypisy:

*. Kandydatowi nauk prawnych *P. Nilsowi Roske* dziękuję bardzo serdecznie za wartościową pomoc przy korekcie materiału.

1. Tak Federalny Minister Spraw Wewnętrznych *Kanther* dn. 27.07.1995 r. w Radiostacji „Deutschlandfunk”.

2. Art. 4 ustawy o zmianie kodeksu karnego, postępowania karnego i ustawy o zgromadzeniach, a odnośnie wprowadzenia regulacji o świadku koronnym w przypadku terrorystycznych czynów bezprawnych (KronzG) z 09.06.1989 r. BGBl. I s. 1059; III s. 312-313.

3. Pod tym pojęciem należy rozumieć czyny towarzyszące i delikty służące przygotowaniu właściwych terrorystycznych czynów, jak np. kradzież, fałszowanie dokumentów lub wykroczenia przeciwko ustawie o posiadaniu broni, por. *Kleinknecht, Theodor/Meyer-Goßner, Lutz*, Strafprozeßordnung ... und ergänzende Bestimmungen, 42. wyd. 1995 (*Kleinknecht/Meyer-Goßner*, KronzG) KronzG art. 4 § 1 nr 2 i n.)

4. W ten sposób odnośnie § 31 ustawy o środkach odurzających (BtMG) *Jaeger, Michael*, Der Kronzeuge unter besonderer Berücksichtigung von § 31 BtMG, 1986 r., s.134.

5. BT-Drs. 11/2834 s. 13; jednak orzecznictwo stosuje regulację o świadku koronnym zgodnie z brzmieniem ust. 2 analogicznie także wówczas, gdy świadek ujawnia swoją wiedzę odnośnie bezprawnego czynu, w którym on sam nie brał udziału (zewnątrzni świadek koronny), por. BayObLG wyrok z 31.1.1991 r. 3 St 15/90 JZ 1992, 540; por. także *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, KronzG art. 4 § 1 nr 6.

6. Por. *Hilger, Hans*, Die „Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten”. NJW 1989 r. 2377-2378/2378; bliżej na temat wspomnianych celów *Kleinknecht/Meyer-Goßner* KronzG art. 4 § 1 nr 6; przydatność należy potwierdzić, jeśli organ ścigania, któremu pewne dane ujawniono, jest przekonany o tym, że przekazane informacje wystarczą, aby osiągnąć wspomniany wyżej rezultat dochodzenia.

7. Por. *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, KronzG art. 4 § 1 nr 5.

8. Por. *Hilger* NJW 1989, 2377; odnośnie pierwszeństwa ust. 1 *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, KronzG art. 4 § 1 nr 6; BT-Drs. 11/2834 s 13; przeciwko przesadnemu podkreślaniu zapobiegania czynom bezprawnym *Lammer, Dirk*, Kronzeugenregelung und Strafzumessung, JZ 1992, 510-517/516, a w ramach alternatyw łagodzących według § 2 także *Kleinknecht/Meyer-Goßner* KronzG art. 4 § 2 nr 5.

9. Elementy wymierzania kary są zamierzonym celem kryminalno-politycznym w przypadku alternatywy łagodzącej, a więc wkład do wyjaśnienia sprawy, waga popełnionego przez świadka koronnego czynu bezprawnego, ale także osobista wina obwinionego świadka koronnego, która - tak Federalny Sąd Najwyższy (BGH) - nie powinna ustępować kryminalno-politycznym celom, por. BGH wyrok z 23.10.1991 r. - 3 StR 321/91 JZ 1992, 537; BayObLG wyrok z 31.01.1991 r. 3 St 15/90 JZ 1992 r., 539 LS 6; *Kleinknecht/Meyer-Goßner* KronzG art. 4 § 2 nr 5.

10. BT-Drs. 11/2834 s. 14.

11. BGBl. I s. 3186.

12. Por. *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, KronzG art. 4 § 1nr 15.

13. Art. 5 KronzG, wprowadzony przez ustawę o zwalczaniu przestępczości z 28.10.1994 r., BGBl. I s. 3186

14. W konkretnych przypadkach chodzi o fałszowanie pieniędzy, § 146 I w zw. z § 150 ust. 1, 152a I ust. 1; handel ludźmi w ciężkim przypadku, § 181 w zw. z § 181c StGB; rozbójnicze wymuszenie (w szczególności wymuszenie pieniędzy

ochronnych), §§ 253, 255 StGB; paserstwo zawodowe i bandyckie, § 260 ust. 1, 3; zawodowe paserstwo rozbójnicze, § 260a ust. 1, 3 StGB; pranie pieniędzy, § 261 ust. 1, 2, 7, s. 3, 4; niedozwolone urządzenie gier hazardowych, § 284 ust. 3 w zw. z § 285 b ust. 1; kradzież rozbójnicza, § 244 a ust. 1 nr 3, ust. 3; ciężka kradzież rozbójnicza, § 244 a ust. 1, 3 StGB; czyny bezprawne według ustawy o nielegalnym obrocie środkami odurzającymi §§ 29 a, 30, 30 a BtMG; zawodowy i bandycki przemyt obcokrajowców według § 92 b ustawy o obcokrajowcach (AuslG); zawodowe nakłanianie do złożenia bezpodstawnego wniosku o udzielenie azylu według § 84a ustawy o postępowaniu azylowym (AsylVfG); czyny bezprawne według § 52 a ust. 1 ustawy o posiadaniu broni (WaffG), jak i według § 34 ust. 4 ustawy o handlu zagranicznym (AWG).

15. Por. *Kerner, Harald Hans*, Betäubungsmittelgesetz, Arzneimittelgesetz, Kommentar, 4. wyd. 1994 r. (BtMG), § 31 nr 39; od tego należy odróżniać efekt dochodzenia, odnośnie którego wystarczającym elementem jest możliwość odkrycia czynu.

16. Por. *Bernsmann, Klaus*, Kronzeugenregelungen des geltenden Rechts, JZ 1988 r., 539-545/540; *Krner* BtMG § 31 nr 51.

17. Bliżej na temat tego rozwiązania *Achenbach, Hans*, Die Startbahn-West-Novelle, Kriminalistik 1989, 633-640/638; *Behrendt, Hans-Joachim*, Überlegungen zur Figur des Kronzeugen im Umweltstrafrecht, GA 1991, 337-369/338; *Bernsmann* JZ 1988, 543; *Jung, Heike*, Der Kronzeuge - Garant der Wahrheitsforschung oder Instrument der Überführung?, ZRP 1986, 338-42/41; odnośnie § 61 ustawy karnej wojсковej (MilStGB) dla Rzeszy Niemieckiej z 20.06.1872 r. i dalszych historycznych poprzedników *Buttel, Michael*, Kritik der Figur des Aufklärungsgehilfen im Betäubungsmittelstrafrecht, § 31 BtMG, 1988, s. 17.

18. Por. BT-Drs. 12/6853 s. 39.

19. *Bernsmann* JZ 1988, 541.

20. Por. także BT-Drs. 11/2834 (projekt Rządu Federalnego dotyczący regulacji o świadku koronnym 1989 r.) s. 13.

21. Por. *Denny, Mark*, Der Kronzeuge unter besonderer Berücksichtigung der Erfahrungen mit Kronzeugen in Nordirland, ZStW 1991 (103), 269-305/272 odnośnie ciężkiej sytuacji w ściganiu, dużych różnic w bezprawności czynów, granicy dopuszczalności i zasady konkretności.

22. *Hoyer, Andreas*, Die Figur des Kronzeugen, JZ 1994, 233-240/238.

23. Tak chce *Hoyer*, JZ 1994 238 i n.; należy przyjąć dobrowolność oświadczenia tylko wtedy, kiedy z punktu widzenia stanu wiedzy świadka koronnego skazanie obciążonego przez jego zeznanie będzie bardziej prawdopodobne. Ogólna ilość niezadowolonego zapotrzebowania prewencyjnego musi ulec pomniejszeniu przez ten wkład wyjaśniający; za restryktywną interpretacją § 31 BtMG *Buttel* (uw. 17) s. 167, 223; za przyjęciem wymogu ciężkiej sytuacji w dochodzeniu w regulacji o świadku koronnym *Lammer, Dirk*, Terrorbekämpfung durch Kronzeugen, ZRP 1989, 248-252/250.

24. Por. np. także *Hassemer, Winfried*, Kronzeugenregelung bei terreoristischen Straftaten. Thesen zu Art. 3 des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung des Ter-

rorismus, StV 1986, 550-553/550: die Wirksamkeit der Kronzeugen-Regelungen sei deren eigentliches Ziel und Rechtfertigung. Sie sei aber innerhalb von Wahrheit und Gerechtigkeit vonnten. Ostrą krytykę reprezentują organizacje obrońców karnych w Kolonii, protokół 120 posiedzenia Komisji Prawnej i 93 posiedzenia Komisji Spraw Wewnętrznych z 11.04.1994 r., s.125.

25. Por. OLG Stuttgart, wyrok z 03.06.1991 r. - 5-2 StE 4/90, JZ 1992, 537 także BayObLG, wyrok z 31.01.1991 r. - 3 St 15/90, JZ 1992, 539/540 po prawej stronie: oskarżony oświadczył, „jego gotowość do zeznań nie wywodzi się ze spekulacji na łagodniejszą karę i nie ma nic wspólnego z tzw. regulacją o świadku koronnym. On sam nie traktuje siebie jako zdrajcę, ponieważ 'z nikim nie zawierał pertraktacji. Jest raczej o tym przekonany, że jego zachowanie to jedyna możliwość, zmuszenia RAF (Frakcja Armii Czerwonej) do zaprzestania swej terrorystycznej działalności”; por. także Pfeiffer, Gerd, protokół 120 posiedzenia Komisji Prawnej i 93 posiedzenia Komisji Spraw Wewnętrznych z 11.04.1994 r. s. 176.

26. Por. także Hoyer JZ 1994, 236.

27. Kazus Lotze, BVerfG uchwała z 07.02.1992 r. - 2 BvR 1853/91, NStZ 1992, 379 = NJW 1993, 190.

28. Por. Jaeger (uw. 4) s. 57 i n., 59; Hoyer JZ 1994, 235; Lammer ZRP 1989, 251; Seebode, Manfred, Polizei und Kriminalpolitik, s. 114.

29. Por. Jaeger (uw. 4) s. 57 i n., 59 do §§ 153c ust. 2, 153d ust. 1, 154c StPO.

30. Tak również ostatecznie Buttel (uw. 17) s. 65; Lammer ZRP 1989, 251; Niemiecki Związek Sędziów, protokół 120 posiedzenia Komisji Prawnej i 93 posiedzenia Komisji Spraw Wewnętrznych 11.04.1994 r., s. 368; inny pogląd Związek Obrońców Karnych w Kolonii, prot. 120 posiedzenia ... s. 125.

31. Por. Kunert, Karl Heinz/Bernsmann, Klaus, Neue Sicherheitsgesetze - mehr Rechtssicherheit?, NStZ 1989, 449-461/457; Na temat niepewności odnośnie zapewnienia bezkarności tylko w zakresie organów ścigania w Północnej Irlandii na podstawie daleko idących uprawnień Dyrektora Ścigania Publicznego (Director of Public Prosecutions - DPP) Denny ZStW 1991 (103), 284, 287.

32. Por. Füllkrug, Michael, Freiheit für den Kronzeugen?, Kriminalistik 1985, 410-413/411.

33. Bliżej Füllkrug, Kriminalistik 1985, 412 z podaniem konkretnego przykładu z praktyki policyjnej s. 413.

34. Bliżej na ten temat Jaeger (uw. 4) s. 192, Buttel (uw. 17) s. 76; przy czym zakaz niedopuszczalnych metod przesłuchania w § 136a StPO zapewnia tylko ograniczoną ochronę, ponieważ zakaz wykorzystania materiałów nie odnosi się do prostych „awarii”, por. Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht, 24. wyd. 1995, § 25 nr 27.

35. Por. Buttel (uw. 17) s. 120.

36. Por. Denny ZStW 1991 (103), 274; bliżej i z innymi argumentami Roxin, Strafverfahrensrecht, § 26 nr 5.

37. Por. Fezer, Gerhard, Strafverfahrensrecht II, 1986, nr. 13 nr 57.

38. Bliżej Kleinknecht/Meyer-Goßner, KronzG, § 1 nr 13; por także Jaeger (uw. 4) s. 67 i n.

39. Odnośnie wpływu na równość szans *Hassemer StV* 1986, 552; por. także *Buttel* (uw. 17) s. 89; *Lammer ZRP* 1989, 251.

40. *Weigend, Thomas*, Uwagi do dyskusji na temat świadka koronnego z punktu widzenia prawa amerykańskiego, w: *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck* 1985, 1332-1349/1340.

41. Por. także *Meyer, Jürgen*, Brauchen wir den Kronzeugen?, *ZRP* 1976, 25-27/26.

42. Por. jednak *Jaeger* (uw. 4) s. 80 i n.

43. Odnośnie umowy procesowej w procesie karnym *Behrendt, Hans-Joachim*, Überlegungen zur Figur des Kronzeugen im Umweltstrafrecht, *GA* 1991, 337-360/342 i n.

44. *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 1 nr 3.

45. Odnośnie sytuacji motywacyjnej i podejmowania decyzji świadka koronnego *Eichenhofer, Eberhard*, Kronzeugenregelung und Informationskontakte, w: *Recht und Politik*, 1978, s. 226-230.

46. Por. *Jaeger* (uw. 4) s. 89.

47. Tak *Buttel* (uw. 17) s. 130 i n.

48. Tak *Buttel* (uw. 17) s. 130.

49. Por. *Turner, Harald/Galandi, Volker*, Kronzeuge und strafprozessualer Wahrheitsbegriff, *ZRP* 1988, 117-118/118: świadek koronny działa kontraproduktywnie z powodu odpadnięcia obaw kontroli i osłabienia nakazu sceptycyzmu immanentnemu normom procesowym zmierzającym do odkrycia prawdy; por. także *Behrendt GA* 1991, 357 i n.; *Denny ZStW* 1991 (103), 270.

50. Por. *Denny ZStW* 1991 (103), 276 i n.; *Jaeger* (uw. 4) s. 92 i n., 100, 167, 171; *Hassemer StV* 1986, 551; *Kerner, Hans-Harald*, Der Mißbrauch des Strafverfolgungsapparates für Verteidigungszwecke zur Erreichung des § 31 BtMG, 11. Konferencja Obrońców Karnych 1987, 203-207/206; *Middendorf, Wolf*, Der Kronzeuge. Historisch-kriminologisches Gutachten, *ZStW* 85 (1973), 1102-1124/1116.

51. *Scheerer, Sebastian*, Die Reproduktion des Bekämpften, w: *Stellungnahme zum Artikelgesetz*, *StV* 1989, 72-84/80-84/83.

52. Por. *Hoyer JZ* 1994, 234; *Pfeiffer, Christian*, Kryminologiczny Instytut Naukowo-Badawczy w Dolnej Saksonii zw. z., protokół 120 posiedzenia Komisji Prawnej i 93 posiedzenia Komisji Spraw Wewnętrznych z 11.04.1994, s. 154 i n.

53. Por. *Behrendt GA* 1991, 358; *Jaeger* (uw. 4) s. 165; *Hoyer JZ* 1994 237: aby zapobiec nadużyciu, należy dopiero wtedy mówić o sukcesie w dochodzeniu, jeżeli na podstawie danych świadka koronnego uzyskano jednoznaczne środki dowodowe, które zezwalają na udowodnienie winy obciążonemu, niezależnie od danych świadka koronnego; por. także *Denny ZStW* 1991 (103), 305 także s. 300 odnośnie praktyki orzecznictwa sądowego w północnej Irlandii (Court of appeal).

54. Por. *Behrendt GA* 1991, 358; *Jaeger* (uw. 4) s. 192; przez to jednak pozbawia się całkowicie świadka koronnego ochrony przed samooskarżeniem.

55. Por. *Jaeger* (uw. 4) s. 193; problem braku wiążącego charakteru zapewnien w stosunku do rozpoznającego sądu nie jest przez to rozwiązany.

56. Por. *Behrendt* GA 1991, 359; ZRP 1989, 251.

57. Por. *Hoyer* JZ 1994 236 i n.: w ustawie KronzG jako restrykcję należy tylko brać pod uwagę klauzulę przydatności; w § 31 BtMG konieczna jest kwalifikowana forma przyczynowości pomiędzy działaniem wyjaśniającym i skutkiem.

58. Por. *Weigend* FS Jescheck, s. 1341 i n.; por. także *Buttel* (uw. 17) s. 266.

59. Por. powyżej przy uw. 25 także *Dahs, Hans*, Das Verbrecher bekämpfungsgesetz vom 28.10.1994 r. - ein Produkt des Superwahljahres, NJW 1995, 553-557/557: dotychczasowa regulacja o świadku koronnym nie dostarczyła jeszcze dowodów jej sprawdzenia się w przeszłości; nadające się do wykorzystania doświadczenia z przeszłości nie zostały jeszcze przedłożone: por. także *Hoyer* JZ 1994, 233; Związki Obrońców Karnych w Kolonii, protokół 120 posiedzenia Komisji Prawnej i 93 Komisji Spraw Wewnętrznych z 11.04. 1994, s. 125 i n.

60. Por. *König Peter/Seitz, Helmut*, Die straf- und verfahrensrechtlichen Regelungen des Verbrecherbekämpfungsgesetzes, NStZ 1995, 1-6/6, które dlatego walczą o przedłużenie obowiązywania tej regulacji także po 1995 r.

61. Por. *Pfeiffer, Christian*, Kryminologiczny Instytut Naukowo-Badawczy w Dolnej Saksonii zw. z., protokół z 120 posiedzenia Komisji Prawnej i 93 Komisji Spraw Wewnętrznych z poniedziałku 11.04.1994 r. s. 154 i n.

62. Odnośnie dwóch ustaw specjalnych (Legge Pentiti) z 1979 i 1982 r., i sukcesom w walce przeciwko „Brigate Rossi” i wypowiedziom super-pentiti Peci z 1980 r. *Lammer* ZRP 1989, 249; por. także „Der Spiegel” nr 28/1995 s. 121: „nic tak bardzo nie zajmowało mafii wewnętrznie jak donosiciele z własnych szeregów, którzy odstąpili od najważniejszej zasady tajnego związku: „omertà”, „nieugięte prawo milczenia”.

63. BT-Drs. 10/843 s. 25, 10/5856 s. 26 i 11/4329 s. 19; od 01.01.1982-31.06.1983 skorzystano z tej możliwości w prawie 500 przypadkach, por. *Weider, Hans-Joachim*, Die Strafmilderung für den Aufklärungsgehilfen nach § 31 nr. 1 BtMG, NStZ 1984, 391-399/392.

64. Por. dowody u *Hoyer'a*, JZ 1994, 236; według *Kerner'a* BtMG § 31 ust 4 pozwala § 31 właśnie w zakresie przestępczości zorganizowanej w związku ze środkami odurzającymi na niezwykajne osiągnięcia w ściganiu.

65. Por. *Hoyer*, JZ 1994, 235; *Jung* ZRP 1986, 42 przy wskazaniu na wrywkowe badanie odnośnie przypadku co do BtMG.

66. Według BT-Drs. 11/4329 s. 19 1985-1987 w całości tylko 10 razy zastosowany.

67. *Kerner*, BtMG § 31 nr 5.

68. *Jaeger*, (uw. 4) s. 106 i n.

69 17 innych akt było niedostępnych.

70. Bliżej *Jaeger* (uw. 4) s. 110.

71. Por. *Jaeger* (uw. 4) s. 114.

72. Por. *Jaeger* (uw. 4) s. 167, 168, 171.

73. *Kleinknecht/Meyer-Goßner* uw. wstępne nr 9 i dalsze dowody.

74. Por. „Der Spiegel” nr 28/1995 s. 124.

75. *Jaeger* (uw. 4) s.173.

76. Por. *Hassemer* StV 1986, 553; We Włoszech państwo gwarantuje tym pentiti ochronę i opiekę ustawowo. W międzyczasie mamy tam więcej jak 1000 pentiti, 4300 członków ich rodzin znajduje się pod państwową ochroną, por. „Der Spiegel” nr 28/1995 s. 124; według *Denny*, ZStW 1991 (103), 279, doświadczenia północno irlandzkie pokazują, że jest to zupełnie możliwe, zapewnić świadkowi koronnemu co najmniej aż do momentu jego wystąpienia jako świadek oskarżenia efektywną ochronę. Potem następuje pobyt indywidualny w areszcie - w separacji od innych (informers' annex) lub przeniesienie na główną wyspę Wielkiej Brytanii bądź za granicę.

77. *Jaeger* (uw. 4) s. 162.

78. Por. *Jaeger* (uw. 4) s. 164.

79. ZStW 1991 (103), 270.

80. Por. *Denny* ZStW 1991 (103), 296 i n.

81. S. 153.

82. Por. *Lammer* JZ 1992, 516 z dalszymi argumentami.

83. Por. *Jaeger* (uw. 4) s. 151: poważne samooskarżenia u 20 spośród 97 świadków koronnych, np. 6,8 g haszyszku na 600 kg haszyszku i 800 g kokainy.

84. Por. *Kerner* BtMG § 31 nr 44.

85. *Hassemer* StV 1986, 552.

86. Por. *Jung* ZRP 1986, 41 pod wskazówką w nr 34 odnośnie postępowania przeciwko Peter Jürgen Boock; por. także *Weider, Hans-Joachim*, Die Integration der Verteidigung in den Verfolgungsapparat, 11. Konferencja obrońców karnych z 1987, 196-201/198; *Weigend* FS Jescheck, s. 1335 jak również BGH, decyzja o przedłożeniu z 29.10.1986 - StR 578/85 = StV 1987, 60 z uw. *Hettinger* StV 1987, 147 i n.

87. Por. *Kerner* BtMG §31 nr 18 z dalszymi argumentami odnośnie orzecznictwa.

88. Por. *Kerner* BtMG § 31 nr 19.

89. Por. *Kerner* BtMG § 31 nr 23 przy wskazaniu na BGH 1 StR 820/82; 2 StR 608/84.

90. Por. *Kerner* BtMG § 31 nr 23 z dalszymi argumentami odnośnie orzecznictwa.

91. Por. *Kerner* BtMG § 31 nr 24 z dalszymi argumentami odnośnie orzecznictwa.

92. Np. sprzeczne z prawdą odwołanie własnego zeznania przed policją w ramach dochodzenia w trakcie rozprawy głównej lub późniejsze ostrzeżenie obciążonej osoby trzeciej przed aresztowaniem, por. *Kerner* BtMG § 31 nr 26 z dalszymi argumentami z orzecznictwa.

93. Por. *Weider, Hans-Joachim*, Die neue Rechtsprechung zum Aufklärungsgehilfen nach § 31 BtMG, NStZ 1985, 481-485/482.

94. Por. *Kerner* BtMG § 31 nr 28.

95. StV-Tag 1987, s. 203 i n. z dalszymi argumentami odnośnie orzecznictwa.

96. Kerner op. cit. s. 204.

97. Por. Jung ZRP 1986, 41; Middendorf ZStW 85 (1973), 1120; Weigend FS Jescheck, S. 1349.

98. Odnośnie tego stereotyp w uzasadnieniu BT-Drs. 10/6286, s. 6.

99. Por. Hoffmann, Wolfhard, protokół 120 posiedzenia Komisji Prawnej i 93. Komisji do Spraw Wewnętrznych z 11.04.1994, s. 58; Knig/Seitz NZtZ 1995, 6.

100. Por. także żądanie Peters'a Karl'a, Heike Jung, Strafffreiheit für den Kronzeugen?, MSchrKrim 1975, 122-123/123, aby całkowicie zrezygnować ze świadka koronnego.

SPÓR O ŚWIADKA KORONNEGO W POLSCE

I. Rozważania trzeba zacząć od ustaleń terminologicznych. Jak wiadomo, w świecie spotkać można rozmaite sposoby prawnej regulacji instytucji świadka koronnego. Można więc wyróżnić kilka modeli takiego świadka. Any uniknąć niepotrzebnej dyskusji, należy więc zaproponować definicję regulującą, bardzo generalizującą i nie pozbawioną silnych akcentów arbitralności. Poszukujących zaś odpowiedzi na pytanie, jakie są owe modele, wypada odesłać do bogatej literatury przedmiotu¹.

Pojęcie świadka koronnego zostanie więc użyte w toku dalszych wywodów w następującym znaczeniu: jest to sprawca, który za cenę obietnicy organów państwowych w zakresie ścigania lub ukarania ujawnia to, co wie o przestępstwach innych związanych z nim osób.

Definicja ta obejmuje zarówno pojęcie świadka koronnego z punktu widzenia prawa karnego materialnego jak i prawa karnego procesowego. W pierwszym przypadku ustawa karna zapewnia świadkowi koronnemu znaczne koncesje w zakresie kary, w postaci nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet niekiedy niekaralność, dzięki możliwości odstąpienia sądu od jej wymierzenia. Świadek koronny z punktu widzenia prawa karnego procesowego natomiast może liczyć tylko na umorzenie postępowania karnego, z pozostawieniem na uboczu oceny jako czynów przez prawo karne materialne. Rzecz jasna, możliwe jest także ujęcie mieszane, polegające na przyznaniu przywilejów oraz nałożeniu obowiązków przez prawo karne materialne i przez prawo karne procesowe.

II. Jak już wcześniej pisałem, obowiązujące polskie prawo karne zna instytucję świadka koronnego. Niektóre przepisy prawa karnego materialnego i formalnego bądź wprost zachęcają do przyznania przywileju niekaralności lub zmniejszonej karalności bądź regulują sytuacje powstałe skutkiem faktycznego posłużenia się dowodem z zeznań świadka koronnego będącym w rzeczywistości jednym ze sprawców, będącym tym, który zgodził się obciążyć pozostałych.

Kodeks karny (art. 57 § 2 pkt 1) przewiduje nadzwyczajne złagodzenie kary dla sprawcy, który przyczynił się do ujawnienia przestępstwa. Na podstawie tego przepisu z reguły nakłania się podejrzanego w toku postępowania przygotowawczego, aby przyznał się i ujawnił innych

sprawców². Przepis ten ma jednak wiele słabych stron. Porozumienie zawarte między np. prokuratorem a podejrzanym w którym za ujawnienie innych sprawców obiecuje się nadzwyczajne złagodzenie kary, nie wiąże sądu. Umorzyć postępowania przygotowawczego na podstawie tego przepisu nie można. Poza tym stosowanie go jest tylko fakultatywne, co zdecydowanie zmniejsza jego atrakcyjność dla potencjalnego świadka koronnego, tym bardziej, że przepis ten nie upoważnia sądu do darowania kary. Można tylko złagodzić karę.

W tym samym kodeksie karnym znajdują się też inne przepisy, odnoszące się do niektórych przestępstw, które mogą być podstawą do zawarcia umowy ze świadkiem koronnym. Tak więc art. 243 § 1 - § 4 k.k. przewiduje możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary a nawet odstąpienia od jej wymierzenia uczestnikowi przestępstwa łapownictwa, który powiadomił organy ścigania o tym przestępstwie albo najpóźniej podczas przesłuchania ujawnił prawdę. Podobne korzyści przewiduje art. 277 § 1 k.k. dla uczestnika związku mającego na celu przestępstwo, który odstąpił od udziału w związku i ujawnił przed organami ścigania okoliczności dotyczące tego związku.

Wspomnieć trzeba także o nowej ustawie, z dnia 12 X 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego (Dz.U. Nr 126, poz. 615). Art. 5 § 4 tej ustawy przewiduje, że sprawca przestępstwa „prania brudnych pieniędzy” nie podlega karze, jeżeli dobrowolnie ujawnił wobec organu ścigania informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz okoliczności jego popełnienia, jeżeli zapobiegło to popełnieniu innego przestępstwa; jeżeli zaś do przestępstwa doszło a sprawca czynił starania zmierzające do ujawnienia tych informacji i okoliczności, to sąd stosuje obligatoryjnie nadzwyczajne złagodzenie kary. To obligatoryjne nagradzanie czynnego żalu może w sporadycznych wypadkach spowodować, że któryś ze sprawców zdecyduje się odegrać rolę *de facto* świadka koronnego.

Wszystkie te przepisy mają niewielkie znaczenie w praktyce. Obowiązująca zaś w polskim procesie zasada legalizmu nie zezwala na zawieranie paraformalnego porozumienia między prokuratorem a podejrzanym, w wyniku którego w zamian za zaniechanie ścigania podejrzanemu zobowiązałby się do odegrania roli świadka obciążającego pozostałych sprawców przestępstwa. Aby przeciwdziałać właśnie takim praktykom, k.p.k. z 1969 r. posiada przepis art. 344 § 2, stosownie do którego sąd może zwrócić sprawę prokuratorowi celem rozszerzenia postępowania na czyny osób nie pociągniętych do odpowiedzialności karnej, pozostające

w ścisłym związku z czynami osób, przeciwko którym toczy się postępowanie, jeżeli ma to zapewnić prawidłowe wyrokovanie w sprawie³.

Aktualny stan prawny odznacza się więc trzema cechami:

1) Sprawca może uzyskać status świadka koronnego tylko w znaczeniu karnomaterialnym, bez jakiegokolwiek odniesienia do prawa karnego procesowego. Sprawca taki, traktując rzecz *lege artis*, powinien zawsze zasiąść na wspólnej ławie z pozostałymi oskarżonymi i podlegać tym samym rygorom procesowym łącznie z ewentualnym stosowaniem środków zapobiegawczych.

2) Podstawowy przepis upoważniający sąd do nagrodzenia sprawcy za jego współpracę z organami ścigania (art. 57 § 2 pkt 1 k.k.) gwarantuje tę nagrodę tylko fakultatywnie i nie przewiduje odstępiania od wymierzenia kary. Znaczenie więc tego przepisu w praktyce jest minimalne.

3) Przepisy szczególne, o których już była mowa, wprowadzie przewidują szerszy zakres korzyści i to przyznawanych po części obligatoryjnie, ale nie mających również żadnego odbicia w przepisach procesowych. Poza tym poza zakresem regulacji pozostały takie przestępstwa jak obrót narkotykami, fałszowanie pieniędzy, poważne przestępstwa gospodarcze, terroryzm.

III. Problem świadka koronnego w Polsce stał się szczególnie aktualny po roku 1990, gdy dał znać o sobie nie tylko drastyczny wzrost rejestrowanej przestępczości, ale wzmagający się coraz bardziej fenomen zorganizowanej przestępczości, przybierającej rozmiary i formy do tej pory w Polsce całkowicie nieznane. Doszło do konfrontacji postulatu ochrony społeczeństwa m.in. przy pomocy wprowadzania do systemu prawnego świadka koronnego, rozszerzenia prawa do podsłuchu policyjnego zakupu kontrolowanego, utajniania tożsamości zagrożonego świadka z obawami, że w ten sposób zostaną zagrożone podstawowe wartości i zasady prawa i procesu karnego.

Z początku wydawało się, że racje zwolenników instytucji świadka koronnego przeważą. Jesienią 1992 r. rząd przygotował projekt ustawy o świadku koronnym, który w drugiej połowie 1993 roku został wniesiony pod obrady Sejmu.

W myśl ówczesnego projektu dopuszczalne byłoby przesłuchanie sprawcy w charakterze świadka pod następującymi warunkami: sprawca przekazał organowi ścigania, aż do chwili zaznajomienia z materiałami postępowania przygotowawczego, informacji, które mogą przyczynić się do ujawnienia przestępstwa i wykrycia pozostałych sprawców, wyraził piśmną zgodę na złożenie takich zeznań, zobowiązał się do zwrotu korzyś-

ci odniesionych z działalności przestępczej, niekierowania nią oraz nie-nakłaniania do popełnienia przestępstwa.

Świadek koronny zobowiązany byłby do złożenia przyrzeczenia i nie miałby prawa do odmowy zeznań ani do odmowy odpowiedzi na pytanie prowadzące do odpowiedzialności karnej. Wszystkie protokoły jego przesłuchania byłyby tajne i nie wolno by ich udostępnić nikomu, nawet oskarżonemu. Na rozprawie świadek zeznawałby z wyłączeniem jawności. Postępowanie przygotowawcze zaś przeciwko niemu zawieszano by do czasu uprawomocnienia się wyroku w sprawie pozostałych sprawców.

Projekt przewidywał, że stosować będzie się instytucję świadka koronnego tylko w niektórych sprawach. Katalog tych spraw był jednak bardzo obszerny. Obejmował on m.in. sprawy o przestępstwa gospodarcze i skarbowe w wielkich rozmiarach, nielegalne wytwarzanie i handel bronią, handel narkotykami, łapownictwo w związku z pełnioną funkcją publiczną, niektóre przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu publicznemu, pozbawienie wolności człowieka celem wymuszenia okupu i fałszowanie pieniędzy oraz papierów wartościowych.

W projekcie przewidziano także możliwość udzielenia pomocy świadkowi koronnemu ze strony państwa w zakresie zmiany miejsca pobytu lub zatrudnienia a nawet danych osobowych.

Ku zdumieniu obserwatorów polskiej sceny politycznej projekt został odrzucony już w pierwszym czytaniu, przez dopiero co wybrany w dniu 19 września 1993 r. Sejm nowej kadencji. W dodatku głosowała przeciwko niemu spora liczba posłów należących do partii tworzących koalicję rządową a za projektem - w tej chwili rządowym - głosowali posłowie partii z partii obecnie opozycyjnych. Pomijając powody zdeterminowane grą polityczną, na negatywnym stanowisku Sejmu wobec projektu niewątpliwie zaważyła spora liczba negatywnych wypowiedzi w publicystyce dziennikarskiej i być może, ale wówczas tylko w pewnej mierze, merytoryczne zastrzeżenia podniesione w piśmiennictwie prawniczym.

Argumenty podnoszone przeciwko wprowadzeniu do polskiego prawa instytucji świadka koronnego mają dużą wagę, nie są bynajmniej zarzutami wyssanymi z palca przy dalszych pracach legislacyjnych żadną miarą nie można ich lekceważyć.

Podstawowym zarzutem jest stwierdzenie, że zamiana sprawcy w świadka i zagwarantowanie mu bezkarności w zamian za obciążenie pozostałych sprawców wcale nie gwarantuje, że zeznania takie będą wiarygodne. Przeciwnie, szansa wypłatania się ze sprawy karnej może kusić do fałszywych pomówień⁴. Podnosi się przy tym, że zeznania takiego świadka obciążającego przy swoich nieprawdziwych zeznaniach i kierują-

cego się swoim interesem, będą zagrożeniem dla naczelnej zasady procesowej, jaką jest zasada prawdy materialnej⁵.

Obszerny katalog spraw, w których byłby dopuszczalny dowód z zeznań świadka koronnego czyni wyraźny wyłom w zasadzie legalizmu, jednej z fundamentalnych zasad polskiego procesu karnego. Dopóki ustawa nie uczyni *expressis verbis* wyłomu w omawianej zasadzie na rzecz oportunistu, dopóty stosowanie zasady oportunistu musi budzić zastrzeżenia⁶.

Koncepcja świadka koronnego w polskim procesie karnym - zdaniem niektórych - sprzeczna jest z zasadą prawa do obrony. Obietnica złożona podejrzanemu przyznania mu „immunitetu” niekaralności niekiedy może być postawieniem go w sytuacji przymusowej i wymuszeniem przyznania się⁷. Kierując się przede wszystkim tymi racjami, przeciwko ówczesnemu projektowi wypowiedziała się Izba Karna Sądu Najwyższego⁸.

Twierdzono również, że stanowczo zbyt słabo zagwarantowano przestrzeganie proporcjonalności między czynem świadka koronnego a czynami osób, które on ujawnia⁹.

Nieufność wobec projektu ustawy a nawet wręcz protest wywołuje obawa, że tą drogą policja oraz Urząd Ochrony Państwa uzyskają zbyt daleko idące uprawnienia w procesie karnym, uprawnienia, które mogą grozić stosowaniem manipulacji skierowanych w ostatecznym efekcie przeciwko wolnościom obywatelskim¹⁰. J. Grajewski obawy te wyraził wprost słowami: „Nie mogą więc budzić zachwyty propozycje, by organ ten (UOP - SW), w obecnym swym kształcie organizacyjnym, miał mieć prawo posługiwania się w swej działalności tak delikatnym i niebezpiecznym instrumentem prawnym”¹¹.

Last but not least zarzucono autorom proponowanej instytucji, że nie liczyli się z realiami zorganizowanej przestępczości a szczególnie ze specyficznymi warunkami polskimi. Twierdzono, że proponowane uprawnienie do zmiany identyczności świadka koronnego oraz obowiązek ochrony go przez policję przed zemstą z reguły będą bezskuteczne. Padło pytanie, czy w warunkach polskich, kraju niewielkiego, w którym zdaniem wielu rodaków mowa jest raczej złotem, można liczyć na perfekcyjne schowanie świadka¹². Równocześnie zaś poza dyskusją jest silna solidarność grup przestępczych. Uważa się w związku z tym, że niejednokrotnie koszty związane z ochroną świadka koronnego byłyby większe od osiągniętych korzyści przez wymiar sprawiedliwości¹³.

Tak ostra krytyka projektu wcale nie oznaczała potępienia samej idei uprzywilejowania sprawcy, który wyłamał się z solidarności grupy przestępczej. W większości wypowiedzi na temat świadka koronnego można

znaleźć zrozumienie konieczności rozbijania solidarności członków grup przestępczych przy pomocy odpowiedniego premiowania w postaci obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary aż do odstąpienia od wymierzenia kary¹⁴. Zapominano jednak dość często o tym, że nie wystarczy zapewnić obligatoryjne złagodzenie kary a więc uregulować owe korzyści tylko przepisem prawa karnego materialnego. Trzeba przewidzieć możliwość wyłączenia sprawy świadka koronnego do odrębnego postępowania oraz mimo wszelkich zastrzeżeń należy podjąć starania, aby uchronić go przed zemstą ze strony współsprawców i innych osób.

W kierunku rozwiązania problemu wyłącznie na płaszczyźnie prawa karnego materialnego właśnie poszło Ministerstwo Sprawiedliwości w 1992 r., które opracowało własny projekt ustawy nowelizującej kodeks karny, sprowadzający omawianą instytucję tylko do obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary. Podobnie postąpiła Komisja ds. Reformy Prawa Karnego. Projekt kodeksu karnego w wersji z 1995 r. przewiduje, że sąd stosuje obligatoryjnie nadzwyczajne złagodzenie kary w stosunku do sprawcy współdziałającego z innymi osobami w popełnieniu przestępstwa, jeżeli ujawni on wobec organu ścigania informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz istotne okoliczności jego popełnienia (art. 59 § 3). Może on zresztą, fakultatywnie, odstąpić od wymierzenia kary (art. 60 § 2).

W projekcie k.p.k., we wszystkich jego wersjach z kolejnych lat, nie ma natomiast ani słowa, nawet o możliwości wyłączenia sprawy do osobnego postępowania. Częściowym, ale tylko częściowym zabezpieczeniem prawa do bezpieczeństwa sprawcy, który zdecydował się obciążyć innych są nowe przepisy o zachowaniu w tajemnicy danych osobowych świadka lub tylko jego adresu, uchwalone przez Sejm w dniu 6 lipca 1995 r. (szczególnie nowe art. 164a, 173 § 3 i art. 339 § 3 k.p.k.). Przepisy te jednak mogą wejść w rachubę tylko w razie zeznawania przez sprawcę w charakterze świadka, np. po wyłączeniu jego sprawy do osobnego postępowania (ale art. 24 § 3 k.p.k. nie stwarza ku temu wystarczającej podstawy) albo po uprzednim umorzeniu lub uniewinnieniu.

IV. Coraz bardziej zaostrzające się zagrożenie ze strony przestępczości zorganizowanej dla porządku prawnego w Polsce skłoniło Ministerstwo Spraw Wewnętrznych do opracowania w 1995 r. nowego projektu ustawy o świadku koronnym¹⁵, który ostatnio został wniesiony przez rząd do Sejmu. Należy się liczyć poważnie z uchwaleniem tej ustawy jeszcze jesienią 1996 r. Bardzo istotną cechą projektu jest to, że proponuje on wprowadzenie instytucji świadka koronnego na próbę. Ustawa

ma bowiem obowiązywać przez okres trzech lat. Niewątpliwie ta klauzula usunie wiele zastrzeżeń, jakie poprzednio podniesiono¹⁶.

Już pierwszy rzut oka na projekt prowadzi do wniosku, że nauka nie poszła w las.

Przed wszystkim radykalnie został zmniejszony katalog spraw w których może pojawić się świadek koronny. Miałyby to być sprawy tylko o przestępstwach popełnione w zorganizowanej grupie przestępczej (art. 1):

1) o charakterze terrorystycznym określone w art. 126, 127, 136 § 1, art. 138 § 1, art. 140 § 1 i art. 165 k.k.;

2) rozbójnicze określone w art. 209-211 k.k.;

3) gospodarcze i majątkowe powodujące szkodę majątkową lub uszczerpnie należności Skarbu Państwa w kwocie przekraczającej 200.000 zł;

4) powiązane z wytwarzaniem i obrotem środkami odurzającymi lub substancjami psychotropowymi, fałszowaniem pieniędzy lub papierów wartościowych, handlem bronią, amunicją, materiałami wybuchowymi albo materiałami rozszczepialnymi i jądrowymi.

Projekt równocześnie respektuje zasadę proporcjonalności stanowiąc (art. 3), że przepisów ustawy nie stosuje się do sprawcy, który w związku z udziałem we wspomnianym przestępstwie dokonał lub usiłował dokonać zabójstwa nakłaniał inną osobę do czynu zabronionego celem skierowania przeciwko niej postępowania karnego lub też działalność przestępczą organizował albo nią kierował. Jak wydaje się, tym razem wymóg proporcjonalności sformułowany został w miarę poprawnie zaproponowano, aby wprowadzić tego świadka tylko w drodze ustawy czasowej, np. na okres 3-5 lat i tylko w sprawach o niektóre przestępstwa, szczególnie groźne dla poczucia bezpieczeństwa publicznego, charakteryzujące się elementem porozumienia (S. Waltoś: op. cit., s. 25).

Projekt utrzymał samą istotę koncepcji świadka koronnego, wprowadzając zarazem sporo modyfikacji, znowu pod wpływem poprzedniej krytyki. Tak więc świadkiem koronnym będzie sprawca, który do chwili zaznajomienia z materiałami postępowania przygotowawczego w złożonych w charakterze podejrzanego wyjaśnieniach przekazał informacje, które mogą przyczynić się do ujawnienia przestępstwa i wykrycia pozostałych sprawców lub zapobieżenia dalszym przestępstwom (art. 2 § 1 pkt 1), zobowiązał się do złożenia w dalszym postępowaniu wyczerpujących i prawdziwych zeznań oraz do zwrotu korzyści majątkowych odniesionych z przestępstwa (art. 2 § 1 pkt 2 i 3).

Wówczas wyłącza się sprawę świadka koronnego do odebranego postępowania oraz zawiesza się to postępowanie do czasu prawomocnego zakończenia postępowania przeciwko pozostałym sprawcom (art. 5).

Świadek koronny składa więc zeznania przed sądem jako świadek a nie jako oskarżony. W tym projekcie nie ma już przepisów o obowiązku złożenia przyrzeczenia oraz o pozbawieniu prawa do odmowy zeznań i odmowy odpowiedzi. Przepisy te nie liczyły się zupełnie z rzeczywistością, z uwarunkowaniami społecznymi i rodzinnymi zeznań świadka koronnego¹⁷. W projekcie zagwarantowano możliwość wyłączenia jawności rozprawy, na wniosek świadka koronnego, na czas jego przesłuchania (art. 6).

Zgodę na przeprowadzenie dowodu z przesłuchania sprawcy w charakterze świadka wyraża sąd właściwy do rozpoznania sprawy, na wniosek prokuratora, który przedtem musi uzyskać zgodę prokuratora apelacyjnego na postawienie takiego wniosku. To jeszcze nie wszystko. Zanim sąd wyrazi zgodę, musi przesłuchać przyszłego świadka koronnego i zbadać, czy zachodzą warunki formalne oraz merytoryczne takiej zgody (art. 4). Ta dość skomplikowana procedura ma chronić przed nadużywaniem omawianej instytucji. Zaangażowanie aż trzech organów we wstępną kontrolę powinno być skuteczną ochroną przed naruszaniem prawa¹⁸. Teraz można postawić nawet pytanie w odwrotnym kierunku - czy to już nie przesada, czy w przypadku nagłym nie doprowadzi taka procedura do przewlekłości w podejmowaniu decyzji oraz do choćby mimowolnego ujawnienia personaliów potencjalnego świadka koronnego? Im więcej bowiem osób włączonych w proces decyzyjny, tym gorzej zawsze dla tajemnicy.

Projekt statuuje mieszaną konstrukcję instytucji świadka koronnego. Z jednej strony art. 7 § 1 i § 2 projektu stanowi, że sprawca nie podlega karze za przestępstwa określone w tejże ustawie, w których uczestniczył i które ujawnił i wyjaśnia zarazem, że postępowanie karne w tym zakresie podlega umorzeniu na podstawie art. 11 ust. 2 k.p.k., co zresztą jest klasycznym pleonazmem legislacyjnym skoro właśnie z art. 11 ust. 2 k.p.k. powinnoś umorzenia w takim wypadku jednoznacznie wynika. Z drugiej strony, liczne przepisy projektu w zasadzie wyczerpująco regulują problematykę procesową. Rozwiązanie takie należy uznać za optymalne, bez względu na to czy jest się zwolennikiem czy też przeciwnikiem omawianej instytucji.

Umorzenie to następuje dopiero z chwilą prawomocnego zakończenia postępowania karnego przeciwko pozostałym sprawcom (art. 5) i tylko wówczas, gdy nie okaże się, że świadek koronny złożył fałszywe ze-

znania lub odmówił zeznań przed sądem (art. 8 § 1). Miecz Damoklesa wisi jednak nadal nad świadkiem koronnym. Wznawia się bowiem obligatoryjnie postępowanie przygotowawcze, niezależnie od obowiązujących przyczyn wznowienia, jeżeli w ciągu roku od uprawomocnienia się orzeczenia świadek koronny popełnił nowe przestępstwo podobne do przestępstwa o którym była mowa (art. 9 § 1). Można też wznowić fakultatywnie postępowanie, jeżeli świadek koronny w ciągu roku od uprawomocnienia się orzeczenia nie wykonał zobowiązania zwrotu korzyści majątkowych odniesionych z przestępstwa albo popełnił w tym okresie jakiegokolwiek nowe przestępstwo umyślne (art. 9 § 2). Te wszystkie obostrzenia mogą przynajmniej w pewnym stopniu osłabić zarzut, że przyznanie statutu świadka koronnego jest naruszeniem zasady równości wobec prawa.

Przepisy projektu nie przesądzają mocy dowodowej zeznań świadka koronnego. W dalszym ciągu obowiązuje tutaj zasada swobodnej oceny dowodów z wszystkimi jej praktycznymi a nieformalnymi zaleceniami. Zwłaszcza jedno z nich nadal odgrywa szczególnie ważną rolę: wiarygodności oświadczenia dowodowego nie przesądza charakter procesowy tego oświadczenia, zeznanie wcale nie jest *ex definitione* środkiem bardziej godnym wiary od wyjaśnień oskarżonego a zeznania w omawianym przypadku niczym się nie różnią w swojej istocie od pomówienia współpracy. I o tym zawsze należy pamiętać.

V. Przewiduje się, tak jak w projekcie poprzednim, że w razie zagrożenia życia lub zdrowia sprawca i osoby mu najbliższe mogą być objęte ochroną osobistą oraz uzyskać pomoc w zakresie zmiany miejsca pobytu lub zatrudnienia, a w szczególnie uzasadnionych przypadkach, można zmienić tożsamość osobistą (art. 11 § 1). W przeciwieństwie do poprzedniego projektu teraz wprowadzono obowiązek prawny odpowiednich organów wytworzenia odpowiednich dokumentów (art. 11 § 3). Co więcej, przygotowano stosowne rozporządzenie wykonawcze Rady Ministrów, które jest próbą urealnienia owej ochrony.

Oczywiście nadal aktualne jest pytanie - czy te wszystkie środki będą skuteczne w praktyce? Czy choćby w pewnej liczbie spraw o przestępstwa popełnione przez zorganizowane grupy przestępcze uda się przy pomocy świadka koronnego złamać pieczęć milczenia?

Od poprzedniego projektu upłynęły 3 lata. Przez ten czas wprawdzie dynamika przestępczości w Polsce ustabilizowała się, ale w jej strukturze jeszcze silniej dała znać o sobie przestępczość zorganizowana. Stopień poczucia zagrożenia społeczeństwa wcale się nie zmniejszył. Podjęcie więc próby legislacyjnej w postaci omawianego projektu jest więc uzasadnio-

ne. Tym bardziej, że w porównaniu z rokiem 1992 system prawny lepiej gwarantuje przestrzeganie praw człowieka. Obowiązuje już Europejska Konwencja Praw Człowieka, Sejm wreszcie uchwalił przekazanie do kompetencji sądu stosowanie tymczasowego aresztowania podczas postępowania przygotowawczego. Coraz bardziej realne jest powołanie Prokuratury Krajowej a więc wyjęcie prokuratury spod bezpośrednich wpływów partii politycznych. Przez te 3 lata również i w Policji oraz w UOP zaszły zmiany personalne zdeterminowane naturalnymi procesami demograficznymi. Można chyba zaryzykować pogląd, że w roku 1995 i latach następnych będzie znacznie mniej niż w roku 1992 skłonności do instrumentalnego posługiwania się instytucją świadka koronnego z pobudek nie mających nic wspólnego ze zwalczaniem przestępczości zorganizowanej¹⁹. Mechanizm funkcjonowania państwa demokratycznego oraz gwarantowania wolności obywatelskich jest w tej chwili na tyle utrwalony, że próba - na okres 3 lat - wprowadzenia świadka koronnego do procesu karnego tylko w niektórych sprawach, rzeczywiście bardzo poważnych nie powinna mu zagrozić. A poza tym, jak wydaje się, znaczenie jej w praktyce będzie statystycznie niewielkie.

Przypisy:

1. W literaturze niemieckiej przede wszystkim prace *H. Junga* (Strafffreiheit dur den Kronnzeugen?, Carl Heymanns Verlag 1974, s. 39) i *Th. Weigenda* (Anmerkungen zur Diskussion um den Kronzeugen aus Sicht des amerikanischen Rechts, Festschrift für Hans H. Jescheck, Berlin 1985, t. II, s. 1337), w polskiej zaś *S. Waltoś*: Świadek koronny - obrzeża odpowiedzialności karnej, PiP nr 2/1993, s. 13 i n.

2. *Z. Ćwiakalski*: Nadzwyczajne złagodzenie kary w praktyce sądowej, Warszawa 1982, s. 119. Potwierdziły to niepublikowane jeszcze wyniki badań. *A. Światłowski*-go z Uniwersytetu Jagiellońskiego.

3. Bliżej - *S. Waltoś*: „Porozumienia” w polskim procesie karnym de lege lata i de lege ferenda, PiP nr 7/1992, s. 40 i n.

4. Bliżej - *S. Waltoś*: op. cit., s. 20-21.

5. *S. Owczarski*: „Świadek koronny” - uwagi krytyczne, Przegląd Sądowy, nr 12-13/1993, s. 100.

6. *S. Owczarski*: jw., s. 101-102; *M. Rogalski*: Instytucja świadka koronnego, Rzeszowskie Zeszyty Naukowe, t. XIII z 1993, s. 68 i n.

7. *S. Owczarski*: jw., s. 102.

8. Opinia z 30 XII 1992 r. cytowana przez *J. Grajewskiego*: Instytucja świadka koronnego w procesie karnym, WPP nr 3-4/1994, s. 19.

9. *J. Grajewski*: op. cit., s. 17; *R. Zakrzewski*, *A. Woźniak*: Kontratyp procesowy czy świadek koronny, Rzeczpospolita nr 94/1995.

10. *A. Gaberle*: RP - Rzeczpospolita Policyjna?, Gazeta Wyborcza z 16 marca 1993 r., s. 14-15.

11. *J. Grajewski*: op. cit., s. 20.

12. *S. Waltoś*: op. cit., s. 25.

13. *S. Owczarski*: op. cit., s. 105.

14. *S. Owczarski*: op. cit., s. 102; *A. Murzynowski*: Istota i zasady procesu karnego, Warszawa 1994, s. 147; *J. Grajewski*: op. cit., s. 20.

15. Ustawa z dnia... o dopuszczalności stosowania w postępowaniu karnym w sprawach zorganizowanej działalności przestępczej dowodów z zeznań świadków będących współprawcami niektórych przestępstw.

16. W jednej z pierwszych wypowiedzi na temat świadka koronnego.

17. Bliżej - *S. Waltoś*: op. cit., s. 23.

18. Przyznać trzeba rację *P. Hofmańskiemu*, który pisał, że najważniejsza droga do znalezienia kompromisu w tej materii wiedzie przez wypracowanie skutecznego systemu kontroli (Procesowe środki ścigania przestępczości zorganizowanej, Przegląd Policyjny nr 2-3/1994, s. 18).

19. Takie obawy wyrażał *J. Grajewski* (op. cit., s. 19).

TAJNI AGENCI I OSOBY ZAUFANE W NIEMCZECH

Problematyka angażowania osób zaufanych jest co najmniej tak stara jak sam kodeks postępowania karnego. Osoby te są od dawna angażowane we wszystkich europejskich systemach prawnych i choć nie zawsze jest to aprobowane, to jednak są wykorzystywane do zwalczania przestępczości zorganizowanej¹. Kwestia wykorzystywania osób zaufanych była już przedstawiana i rozważana w sprawozdaniu na temat wyroku kasacyjnego Sądu Rzeszy z 18 stycznia 1884 r. w procesie karnym przeciwko agentowi Ernstowi Wilhelmowi Dickhoffowi z Berlina². Anonimowy autor naświetla, niezależnie od szczegółowego sprawozdanie z procesu, zorganizowaną przestępczość wielkiego miasta i daje, dziś jeszcze emocjonujący przy lekturze, wgląd w policyjną działalność operacyjną. Co do zwalczania przestępczości zorganizowanej wywodzi on, że obok na stałe zatrudnionych funkcjonariuszy, angażowane są także doraźne siły pomocnicze, tak zwani agenci policyjni i inwigilanci. Ci ostatni byli wówczas ...prawie bez wyjątku przestępcami, często po odbyciu surowych kar, którzy czasem mieli zamiar zaniechania działalności przestępczej, często tylko pozorowany, ... aby zdobyć wiedzę i kontakty obłudnie wykorzystać dla własnych przestępczych celów³. Dalej czytamy: Na pierwszy rzut oka mogło to wyglądać niezbyt sympatycznie, że urząd - nawet jeśli nie bezpośrednio - musi posługiwać się takimi osobnikami, by pomagać sprawiedliwości, jednakże w tym przypadku trzeba odejść od tych sentymentalnych rozważań, ponieważ ten środek jest absolutnie niezbędny. Inwigilanci odgrywają bardzo istotną rolę w wykrywaniu przestępstw, bowiem bez ich udziału często byłoby niemożliwe przeniknięcie do świata przestępczego, co dla pracowników służb kryminalnych jest najistotniejsze⁴.

Jeśli dzisiaj zajmujemy się logistyką przestępczości zorganizowanej⁵, trudno byłoby - w obliczu istniejącego zagrożenia - zakwestionować tego rodzaju metody. Nie zmienia się przy tym nic, jeśli tylko w nielicznych przypadkach drogą wykorzystania osób zaufanych uda się wykryć faktycznych mocodawców. Niezależnie od tego, w szerokich kręgach społeczeństwa, zauważyć można silny sceptycyzm wobec wykorzystywania osób zaufanych. Z drugiej strony jest tajemnicą Poliszynela, że właśnie

spektakularne przypadki terroryzmu⁶ i innych form zorganizowanej przestępczości gospodarczej i związanej ze stosowaniem przemocy są ze względów komercyjnych najbardziej preferowane przez prasę⁷. Im więcej informuje się opinię publiczną o niebezpieczeństwach wynikających z przestępczości zorganizowanej, tym łatwiej jest uzasadnić konieczność wykorzystywania osób zaufanych. Wymiar sprawiedliwości, zdolny do realizowania państwowego prawa karania, musi wykorzystywać w ramach działalności wykrywczej osoby zaufane, z drugiej zaś strony zabezpieczać musi praworządne i zgodne z prawem postępowanie karne.

Konflikt ten pociąga za sobą cały szereg dotychczas nierozwiązanych kwestii o charakterze materialnoprawnym i procesowym. Znaczenie ma tu przede wszystkim problem wykorzystywania w procesie karnym informacji uzyskiwanych od osób zaufanych. Zasady bezpośredniości i istotności rozprawy głównej ograniczają możliwości wprowadzania tych dowodów do procesu na rozprawie głównej⁸, gdy niedopuszczalne jest ujawnienie informacji⁹. Na całkiem inne obszary wskazuje policyjna prowokacja do czynu¹⁰, naruszająca podstawowe zasady państwowego prawa karania¹¹.

I. PODSTAWY PRAWNE DZIAŁANIA TAJNYCH AGENTÓW POLICJI I OSÓB ZAUFANYCH

Ustawodawca stworzył w ustawie o zwalczaniu przestępczości zorganizowanej (OrgKG) ściśle określone przesłanki ingerencji poprzez wprowadzenie tajnych agentów policji. Należy przy tym odróżnić tajnych agentów policji od osób zaufanych. Ustawodawca uregulował w §§ 110a i n. StPO tylko instytucję tajnego agenta. Dotyczy to tylko funkcjonariuszy policji, którzy prowadzą czynności śledcze korzystając ze zmienionej na dłuższy czas tożsamości (§ 110a StPO)¹². W przeciwieństwie do tajnych agentów osoby zaufane nie należą w zasadzie do przedstawicieli aparatu ścigania. Jednakże wspierają one w zaufaniu w dłuższej perspektywie czasowej wykrywanie przestępstw¹³. Organy ścigania utrzymują w zasadzie tożsamość osób zaufanych w tajemnicy.¹⁴

Odnosnie dalszych zasadniczych kwestii minister sprawiedliwości i minister spraw wewnętrznych (względnie odpowiednich władz krajowych) wydali wspólne wytyczne dla tego kręgu osób jako akt o charakterze administracyjnym¹⁵. Wiele szczegółowych problemów, w szczególności kwestia wprowadzenia uzyskanych od osób zaufanych informacji do procesu karnego, pozostało jednak niewyjaśnionych pozostawiając tym samym pole dla orzecznictwa i nauki. W urzędowym uzasadnieniu OrgKG ustawodawca wskazał jedynie na to, że brak ustawowej regulacji

angażowania osób zaufanych nie powinien prowadzić do wniosku o niedopuszczalności pozyskiwania w przyszłości informatorów i osób zaufanych¹⁶. W tym miejscu osoby zaufane określane są jako świadkowie, dla których nie jest wymagana regulacja ustawowa¹⁷. Ta spowodowana celowo przez ustawodawcę luka prawna wywołała ostrą krytykę i została powszechnie uznana za niezadowalającą¹⁸. Wskazywano, że ustawodawca poprzez ucieczkę od odpowiedzialności politycznej, pozostawił policję na lodzie¹⁹. Podnoszono następnie, czy nie byłoby lepiej, gdyby ustawodawcy doradzono rezygnację z regulacji tajnego agenta policji, jeśli jednocześnie nie określił przesłanek angażowania osób zaufanych i informatorów²⁰.

II. ISTOTA INGERENCJI POLEGAJĄCEJ NA WYKORZYSTANIU TAJNEGO AGENTA POLICJI

Jedynie kwestią czasu było wystąpienie problemu, czy wobec faktu częściowej regulacji, dopuszczalne jest na zasadzie analogii stosowanie §§ 110 i n. StPO także w stosunku do osób zaufanych. Ostatnio dokładnie zajmował się tym Najwyższy Sąd Związkowy (BGH) w dwóch wyrokach.²¹

Zanim przystąpię do bliższego omawiania tych wyroków, zajmę się najpierw krytyką skierowaną pod adresem ustawy o zwalczaniu przestępczości zorganizowanej. Przed wejściem w życie tej ustawy dopuszczalność angażowania tajnych agentów policji była, jak wiadomo, sporna. Opinie sięgały od przyjęcia całkowitej niedopuszczalności ich angażowania z powodu braku podstawy prawnej²², poprzez uznanie takiej dopuszczalności na określony czas²³ albo na podstawie przepisów o przekazaniu kompetencji²⁴, aż do uznania potwierdzonej przez orzecznictwo najwyższych instancji sądowych legitymacji wynikającej bezpośrednio z konstytucji²⁵. Przyczyną tego sporu były w szczególności przeciwstawne poglądy co do charakteru ukrytych śledztw. Dzisiaj przeważnie panuje zgodność co do tego, że angażowanie tajnych agentów policji - ze względu na wprowadzanie obywateli w błąd związany z ingerencją w sferę praw obywatelskich - oceniane jest jako naruszenie zasady prawa do samookreślenia granic ujawnianej informacji (informationelle Selbstbestimmungsrecht)²⁶. Zasada wymogu podstawy ustawowej wymaga aby ingerencja oparta była zawsze na legitymacji procesowej mającej swoje źródło w wyraźnej regulacji ustawowej.²⁷

Wprawdzie koncepcja całkowitego zastrzeżenia informacji²⁸, według której każde urzędowe udzielenie informacji wymagałoby podstawy normatywnej, została zasadniczo odrzucona²⁹, to jednak ze względu na cha-

rakter ingerencji i związane z tym wprowadzenie w błąd osoby, której ta informacja dotyczy, koncepcję tę trzeba do pewnego stopnia zachować³⁰. W urzędowym uzasadnieniu do OrgKG ustawodawca przyjmuje za punkt wyjścia charakter ingerencji związanej z działaniami tajnego agenta policji³¹. W przeciwnym razie nie byłoby potrzebne wprowadzenie §§ 110 a i n. StPO do Ósmego Rozdziału Pierwszego Tomu StPO w ramach uprawnień do stosowania środków przymusu, podczas gdy projekt z 1988 r.³² przewidywał uregulowanie tej kwestii w §§ 163 k-n StPO, wprowadzonych po ogólnej normie kompetencyjnej zawartej w § 163 StPO. Tak samo tłumaczy się ograniczenie możliwości wykorzystywania obserwacji z udziałem tajnych agentów w innym postępowaniu niż to, w ramach którego zaangażowani zostali na podstawie § 11e StPO. Przepis ten byłby zbędny, gdyby zaangażowania tajnych agentów policji nie traktować jako ingerencję w prawo do samookreślenia granic ujawnianej informacji, które wynika z zasadniczego prawa do ochrony prywatności. Przeciwno temu twierdzeniu podnosi się, że prawo do samookreślenia granic ujawnianej informacji i wymóg ustawowej podstawy ingerencji byłoby nadmiernie rozbudowane³³. Jak twierdzą Krey i Haubrich³⁴, byłoby lepiej zrezygnować z ustawowej podstawy ingerencji i dopatrywać się jej w pozakonstytucyjnym prawie zwyczajowym. Mówi się przy tym o potrzebie ponoszenia odpowiedzialności za podejmowane decyzje³⁵. Nawet gdy ingerencje na tej podstawie dopuszcza dominujący pogląd³⁶, to jednak w przypadku angażowania tajnych agentów policji trudno byłoby mówić o wykształceniu się takiego zwyczaju, który jest wyrazem społecznej akceptacji danej praktyki³⁷. Akceptacji takiej nie można byłoby opierać wyłącznie na orzecznictwie najwyższych instancji sądowych³⁸, ponieważ nawet w gronie praktyków dopuszczalność angażowania tajnych agentów policji na podstawie §§ 161, 163 StPO była sporna, abstrahując od stanowiska literatury i zdecydowanego oporu, zwłaszcza w środowiskach związanych z palestrą³⁹. Także niemiecki związek sędziów poparł ideę ustawowego uregulowania ingerencji.

Punktem wyjścia dla określenia charakteru ingerencji tajnego agenta policji musi pozostać wyrok Związkowego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie powszechnego spisu ludności (Volkszählungsurteil). Według tego wyroku każdy obywatel powinien wiedzieć jakie informacje dotyczące jego osoby zostały zgromadzone⁴⁰.

Punkt krytyczny osiągnięty jest w każdym przypadku wówczas, gdy państwo potajemnie przez dłuższy czas zbiera informacje, także pośrednio, aby później wykorzystać je przeciwko oskarżonemu na rozprawie. Trzeba także przyznać, że charakter ingerencji tajnego agenta policji, w

porównaniu z innymi środkami śledczymi, nie zawsze jest oczywisty. Różni się on od charakteru innych środków o tyle, że osoba, której to dotyczy, dobrowolnie przekazuje informacje o swoim życiu prywatnym i ingerencję dostrzega dopiero wówczas, gdy jest konfrontowana z danymi uzyskanymi przez tajnego agenta policji.

Właśnie z powodu braku wiedzy o zastosowanym środku, następuje odwołanie w czasie możliwości skorzystania z ochrony prawnej przez osobę, której to dotyczy, co regularnie oceniane być musi jako ingerencja w prawo do ochrony prawnej zagwarantowane przez art. 19 ust. 4 Konstytucji⁴¹. Regulacja zawarta w § 110d ust. 1 StPO ze względu na powołany wyżej Volkszählungsurteil, budzi wątpliwości. Obowiązek poinformowania danej osoby powinien dotyczyć wyłącznie sytuacji, w której tajny agent policji wkroczył do jej mieszkania. Dotyczy to jednak tylko takiej sytuacji, gdy nie ma zagrożenia realizacji celów postępowania, bezpieczeństwa publicznego, zdrowia lub życia osoby, jak również zagrożenia dalszego wykorzystywania tajnego agenta. Zachodzi tu znaczące ograniczenie prawa do ochrony prawnej w sytuacji, gdy osoba, której dotyczy ingerencja ma ewidentny interes w poddaniu ingerencji kontroli sądowej⁴².

Dalej idące konsekwencje wynikają w tym kontekście z § 110 d ust. 2 zdanie 2 StPO, według którego orzeczenia i inne dokumenty podlegają włączeniu do akt dopiero wówczas, gdy spełnione są przesłanki wymienione w ust. 1 tego przepisu. Przepis ten przełamuje w problematyczny sposób zasadę prawdziwości akt i o tyle ogranicza prawo obrońcy wglądu do akt. Należy się jednak obawiać, że ta wyjątkowa regulacja prawie zawsze będzie stosowana wówczas, gdy uwzględni się nakłady organizacyjne i finansowe na stworzenie legendy dla tajnego agenta policji. Dalsze wykorzystywanie agenta stanie się raczej regułą, a nie wyjątkiem.

III. POJĘCIE LEGENDY WEDŁUG USTAWOWEJ DEFINICJI TAJNEGO AGENTA POLICJI

W pozostałym zakresie OrgKG potwierdziła dotychczas stosowaną praktykę: tajni agenci policji mogą być wykorzystywani w postępowaniu przygotowawczym wówczas, gdy zachodzą faktyczne podstawy do przyjęcia, że popełnione zostało jedno z przestępstw wyszczególnionych w katalogu § 110 ust.1 StPO. Tajny agent zwolniony jest wówczas z zakazu wprowadzania w błąd (§ 136 a StPO) przy tworzeniu i utrzymywaniu swojej legendy⁴³. Można wówczas zgodnie z § 110 a ust. 3 StPO wystawiać, zmieniać oraz używać odpowiednie dokumenty, jeśli jest to niezbędne dla potrzeb legendy. § 110 a StPO jest nie tylko normą kom-

petencyjną, ale także podstawą uchylenia karnej bezprawności czynu z uwagi na wyczerpanie ustawowych znamion §§ 267 i n. StGB (fałszowanie dokumentów). Tajny agent policji ma prawo pod legendą uczestniczyć w obrocie prawnym (§ 110 ust. 2 zdanie 2 StPO). § 110 c StPO, który z prawnokonstytucyjnego punktu widzenia, to jest ze względu na przewidziane w art. 13 Konstytucji prawo do nienaruszalności mieszkania, jest problematyczny, zezwala tajnemu agentowi policji na wejście do mieszkania za zgodą osoby uprawnionej⁴⁴.

Istotne problemy wynikać będą już z samej ustawowej definicji tajnego agenta policji. Jest ona nastawiona niemal na obejście przepisu, ponieważ jako definicja ustawowa zakłada ona dokonanie zmiany tożsamości (legenda) agenta na dłuższy czas. Posługując się wykładnią gramatyczną dochodzimy do wniosku, że takie elementy, jak czas operacji, intensywność oddziaływania na daną osobę oraz wymagania związane z wnioskiem o upoważnienie do zbierania informacji nie decydują o zakwalifikowaniu osoby jako tajnego agenta. Bardziej miarodajne są raczej formalne kryteria legendy. Jest to nic innego jak zmieniona na dłuższy czas tożsamość. Czas ten nie jest określony przez ustawę. Kryterium czasu nie było określone także w wytycznych przed wprowadzeniem OrgKG. Z definicji ustawowej wynika niewątpliwie, że wszystkie inne operacje działających w sposób utajniony funkcjonariuszy policji nie mieszczą się w zakresie regulacji §§ 110a i n. StPO. W stosunku do działających incydentalnie w sposób utajniony funkcjonariuszy policji brakuje bowiem elementu określenia czasu i z tego powodu podstawą prawną ich angażowania jest ogólny przepis kompetencyjny § 163 StPO w związku z wytycznymi⁴⁵.

Często trudno dostrzec różnicę pomiędzy intensywnością oddziaływania tajnych agentów policji przy tego rodzaju operacjach oraz innych funkcjonariuszy działających w sposób utajniony.

Jeśli legenda nie opracowana na dłuższy czas, to znaczy przewidziana jest tylko na czas określony⁴⁶, wówczas funkcjonariusz policji korzystający z takiej legendy nie może być kwalifikowany jako tajny agent.

Do tego samego wniosku doszedł Najwyższy Sąd Związkowy w sprawie funkcjonariusza służby kryminalnej, który posługując się fałszywym nazwiskiem, będąc wyposażonym w szczególne zabezpieczenia telefoniczne, lecz bez zastosowania legendy i wykorzystania fałszywego nazwiska, był wykorzystywany w operacji kontrolowanego zakupu kokainy⁴⁷. W rezultacie policja uzyskała możliwość zakwalifikowania go jako tajnego agenta. Założenie zmiany tożsamości na dłuższy czas nie wydaje się być właściwym kryterium kwalifikowania funkcjonariusza jako

tajnego agenta. Wprawdzie dłuższy czas korzystania z legendy gwarantuje tajnemu agentowi większe bezpieczeństwo, gdyż jego osoba staje się wiarygodna, niemniej nie może to być kryterium określającym intensywność ingerencji.

Niebezpieczeństwo obejścia tego kryterium założonej na dłuższy czas legendy i związana z tym jego ułomność stają się wyraźne, gdyż w praktyce rozważa się możliwość angażowania funkcjonariuszy policji w charakterze osób zaufanych, co pozostaje w sprzeczności z powołanymi wyżej wytycznymi. Z punktu widzenia techniki dochodzenia mogłoby wydawać się pożądane preferowanie angażowania tychże funkcjonariuszy jako osób zaufanych zamiast tajnych agentów policji⁴⁸. Jako uzasadnienie wskazuje się, że tego rodzaju osoba zaufana ze względu na zdobytą w policji wiedzę, jak również dodatkową znajomość kultury i środowiska potencjalnych sprawców, może się lepiej wczuć w ich mentalność i sposób działania niż tajny agent policji, który nie jest obeznany zwłaszcza z zagranicznym kręgiem środowiskowym i kulturowym. Innymi słowy: policja planuje zatrudnianie cudzoziemców na stanowiskach pozaurzędniczych, a następnie angażowanie ich jako osób zaufanych w odpowiednich kręgach związanych z przestępczością zorganizowaną cudzoziemców. Poprzez wynagrodzenie zapewnia się związek z policją.

IV. CZĘŚCIOWE PRZEKAZANIE WŁADZTWA NAD POSTĘPOWANIEM POLICJI

Niezależnie od tego należy stwierdzić, że OrgKG przekazuje władztwo nad postępowaniem odnośnie działań tajnych agentów w ręce policji. Podjęcie odpowiedniej inicjatywy, jak również operacyjne kierowanie działaniami tajnego agenta przysługuje policji. Dokumentowanie operacji także należy do policji, również wówczas, gdy zaangażowanie tajnego agenta, zgodnie z § 110 b ust. 1 StPO wymaga uprzedniej akceptacji prokuratury. Wymaga ono zgody sędziego, gdy operacja kierowana jest przeciwko konkretnemu podejrzanemu bądź konieczne jest wkroczenie do mieszkania. Uzasadnienie projektu urzędowego wskazuje wyraźnie na to, że angażowanie tajnego agenta wbrew woli policji nie może wchodzić w grę, bowiem wymagane jest nie zarządzenie prokuratury, lecz jedynie jej zgoda⁴⁹. W ten sposób władztwo prokuratury nad postępowaniem jest w znacznym stopniu ograniczone.

Tożsamość tajnego agenta może być zachowana w tajemnicy także po zakończeniu postępowania karnego. Tylko prokurator lub sędzia udzielający zgody może domagać się informacji o prawdziwej tożsamości agenta (§ 110b ust. 3 StPO). Wyżej prezentowane władztwo policji nad

postępowaniem może być tylko z tego powodu akceptowane, że ryzyko dla urzędnika policji jest tym większe, im więcej osób wie o jego działaniach i prawdziwej tożsamości. Tylko pod tym warunkiem kompetencje policji w zakresie angażowania tajnego agenta daje się usprawiedliwić, przy daleko idącym wyłączeniu prokuratora jako pana postępowania⁵⁰. Z punktu widzenia interesu policji odnośnie zachowania w tajemnicy personaliów tajnego agenta, sędzia lub prokurator udzielający zgody winni rozważnie korzystać z prawa do żądania ujawnienia jego tożsamości⁵¹.

Przepisem 110 b ust. 3 zdanie 3 StPO ustawodawca mógł zakończyć spór, czy tożsamość tajnego agenta policji, analogicznie do § 96 StPO, może być zachowana w tajemnicy, jeśli jej ujawnienie spowodowałoby zagrożenie jego dalszego działania⁵².

Konkludując należy zauważyć, że prawie we wszystkich ustawach policyjnych i porządkowych poszczególnych krajów zawarte są przepisy o angażowaniu tajnych agentów policji. Przez to staje się widoczne, że ustawodawca niemiecki przekazał w ręce policji prawie wszystkie możliwości w zakresie zwalczania przestępczości zorganizowanej.

W szczególności jeżeli uwzględnimy fakt, że granice pomiędzy działaniami prewencyjnymi i ściganiem karnym właśnie na obszarze przestępczości zorganizowanej są płynne, staje się jasne, że niebezpieczeństwo przejścia przez policję władztwa nad postępowaniem stało się wyraźnie widoczne. Możliwości relatywizacji ściśle określonych przesłanek ingerencji §§ 110a StPO są oczywiste, bowiem abstrahując od katalogu określonego w 110 a StPO tajnych agentów policji można również zaangażować dla zapobieżenia ciężkim przestępstwom⁵³. Praktyka wykazuje w tym zakresie budzące wątpliwości tendencje związane z tym, że szef służby kryminalnej wychodzi z założenia o absolutnej dominacji prewencji⁵⁴ nad przepisami kodeksu postępowania karnego.

OrgKG stworzyła z jednej strony od dawna postulowane i niezbędne upoważnienie do ingerencji poprzez angażowanie tajnych agentów policji, z drugiej jednak strony należy mieć na względzie, że definicja tajnego agenta jako urzędnika policji ze zmienioną na dłuższy czas tożsamością, pociąga za sobą pewne zawirowania terminologiczne. Wynikają z tego możliwości nadużyć, kryjące się w uprawnieniach policji w zakresie prewencji ukierunkowanej na zapobieżenie niebezpieczeństwu (Gefahrenabwehr). Tego rodzaju tendencjom orzecznictwo przeciwstawia się.

V. ANALOGICZNE STOSOWANIE §§ 110A I N. STPO WOBEC OSÓB ZAUFANYCH

Ostrożne stanowisko orzecznictwa wyraża się w spornych problemach analogicznego wykorzystania §§ 110a i n. StPO dotyczących taj-

nych agentów do osób zaufanych. O ile wcześniej rozważano taką możliwość, o tyle w niedawnym orzeczeniu Najwyższego Sądu Związkowego⁵⁵ możliwość taka została odrzucona. W tej tzw. sprawie Sedlmayera⁵⁶ policja, gdy śledztwo stanęło w martwym punkcie, zaangażowała dwóch handlarzy jako osoby zaufane kierując je do kręgu podejrzanych braci. Przyjaciółka jednego z podejrzanych poinformowała osobę zaufaną, że młotek będący narzędziem przestępstwa, uwidoczniiony na opublikowanym w prasie zdjęciu, należy do jednego z podejrzanych. Po tym, jak powołała się ona podczas przesłuchania przed sędzią śledczym na prawo do odmowy zeznań, skazanie w istotnej mierze opierało się na zeznaniach osób zaufanych.

Kasacja oskarżonego podnosiła, że nastąpiło obejście zakazu wynikającego z § 252 StPO poprzez wykorzystanie zeznań osoby zaufanej. Najwyższy Sąd Związkowy także wykluczył możliwość analogicznego stosowania §§ 110 i n. StPO bez bliższego uzasadnienia. W orzeczeniu tym Sąd zajmował się kwestią, czy wypowiedź późniejszego świadka skierowana do osoby zaufanej może być pojmowana jako przesłuchanie w sensie § 252 StPO. Niezależnie od tego zaangażowanie tajnego agenta policji nie byłoby w tym wypadku zgodne z formułą §§ 110 i n. StPO.

Kulminacja problemu nastąpiła dopiero w wyniku rozstrzygnięcia trzeciego senatu z 22 lutego 1995 r.⁵⁷ dotyczącego sprawy, w której policja zaangażowała cudzoziemców w charakterze osób zaufanych w postępowaniu przygotowawczym skierowanym przeciwko podejrzanemu zajmującemu się handlem środkami odurzającymi w większych ilościach. Właściwie zachodziłyby przesłanki §§ 110a ust. 1 nr 1 StPO, jednakże ze względu na okoliczności faktyczne i związane z taktyką policyjną, wprowadzenie tajnego agenta będącego niemieckim policjantem do środowiska Kurdów, pozbawione byłoby sensu. W związku z tym pojawiło się pytanie, czy regulacje §§ 110 i n. StPO można odpowiednio stosować wobec osoby zaufanej, jeśli ma być ona angażowana w stosunku do określonego podejrzanego. Chodziło następnie o pytanie, czy w tej operacji należało dopatrywać się obejścia wymogu zastrzeżenia sędziowskiego określonego w § 110b ust. 2 StPO.

Przyznać trzeba, jak też wywodził Najwyższy Sąd Związkowy, że nie ma miejsca na odpowiednie stosowanie przepisów 110a i n. StPO w stosunku do osób zaufanych. W OrgKG zamierzano wyraźnie uregulować jedynie angażowanie tajnych agentów policji. Regulacja ta nie dotyczy osób zaufanych i informatorów. Uzasadnienie dla tej selektywnej regulacji wydaje się jednak dość znamienne. Jak wynika to z druku par-

lamentarnego, wykorzystywanie wiedzy uzyskanej od osób zaufanych i informatorów nie jest regulowane, ponieważ nie jest to niezbędne⁵⁸. Nie ma tu żadnej niezaplanowanej luki ustawowej i z tego powodu zastosowanie analogii jest niedopuszczalne. Jak wywieziono powyżej, ustawodawca całkiem świadomie uregulował jedynie pewien zakres ukrytych dochodzeń, bez intencji dopuszczenia angażowania osób zaufanych, informatorów i osób realizujących zakup kontrolowany⁵⁹.

Nie wydaje się jednak przekonujące, gdy Najwyższy Sąd Związkowy opiera się w tym kontekście wyłącznie na tym, że regulując angażowanie tajnych agentów policji, ustawodawca w pierwszej linii miał na względzie obowiązek troski państwa o urzędnika policji występującego w charakterze tajnego agenta. Także w stosunku do kierowanej w sposób zdyscyplinowany osoby zaufanej należy, podobnie jak wobec tajnego agenta, przyjąć ów obowiązek troski w szerokim tego słowa znaczeniu⁶⁰. Wprawdzie brak jest ku temu podstaw w prawie o urzędnikach, to jednak zawarte są one w każdorazowym zleceniu określonej operacji, abstrahując od tego, czy jest to zlecenie o charakterze publiczno-, czy prywatnoprawnym⁶¹.

Właśnie w kwestii, czy angażowanie osoby zaufanej stanowi ingerencję w sferę poszanowania prywatności podejrzanego, wywody Najwyższego Sądu Związkowego pozbawione są niezbędnej precyzji. I tak Najwyższy Sąd Związkowy stwierdza wyraźnie⁶², że operacja z udziałem tajnego agenta skierowana wobec określonego podejrzanego stanowi *innego rodzaju* ingerencję w sferę jego prywatności, niż zaangażowanie powiązanej z policją osoby zaufanej.... Nie chcąc rozszerzać w rozstrzygnięciu tego sformułowania, trzeba z niego jednak wyprowadzić wnioski, że Sąd także w odniesieniu do osób zaufanych ma na względzie ingerencję. Z drugiej strony 3 Senat powołuje się w omawianym orzeczeniu na swoje wcześniejsze orzecznictwo dotyczące dopuszczalności angażowania osób zaufanych, w szczególności zaś na rozstrzygnięcie Wielkiego Senatu do Spraw Karnych z 1983 r. W tym orzeczeniu dopuszczono zaangażowanie osób zaufanych na podstawie generalnych klauzul przepisów §§ 161 i 163 StPO⁶³. Szczególny charakter ingerencji wynikający z zaangażowania osób zaufanych wspiera Najwyższy Sąd Związkowy argumentem, że te formy działania wywołują rozmaite skutki dla osób, których dotyczą. Sąd wywodzi zatem, że operacja z udziałem tajnego agenta jest dla każdego podejrzanego uciążliwa. W szczególności tajny agent policji ma dalej idące możliwości ingerencji niż osoba zaufana, to znaczy ogólne obowiązki i uprawnienia policyjne wynikające z § 110c, zdanie 3 StPO, jak na przy-

kład wejście do mieszkania. W końcu tajny agent jest także uprawniony do podejmowania działań w obszarze prewencji policyjnej⁶⁴.

Uprawnienia do ingerencji tajnego agenta są bezdyskusyjne. Gdyby tajny agent zechciał skorzystać z takich form ingerencji jak zajęcie lub przeszukanie, związane by to było z koniecznością zdemaskowania, co z kolei uniemożliwiałoby skuteczne prowadzenie obserwacji. W każdym razie Najwyższy Sąd Związkowy wychodzi w swoich wywodach z założenia, że tajny agent może także dokonywać zajęć i przeszukań. Z uwagi na realia praktyki nie wydaje się to być najlepszym rozwiązaniem. W praktyce czynności tych tajni agencji nie przeprowadzają, bowiem utraciliby swoją legendę, czego powinni unikać. Sięgnięcie po inne ukryte metody śledcze, jak środki techniczne przewidziane w § 100c StPO, wzmacnia uzyskania przez tajnego agenta dodatkowego specjalnego zarządzenia.

Zaprzeczenie tezie, iż zaangażowanie osoby zaufanej ma charakter ingerencji i uznanie, że osoba ta jest normalnym świadkiem opiera się na założeniu, że wprowadzenie do procesu każdego innego dowodu niż dowód z zeznań tajnego agenta odbywa się w drodze przesłuchania świadka na rozprawie. Mogłoby to jednak dotyczyć jedynie informatorów, którzy zeznają w przedmiocie okazynie poczynionych informacji. Rozstrzygająca różnica pomiędzy normalnym świadkiem z jednej strony a tajnym agentem i osobą zaufaną z drugiej strony polega na tym, że agencji i osoby zaufane od początku działają na zlecenie państwa.

Osoby zaufane gromadzą i przekazują informacje na zlecenie organów państwa i z tego powodu rola ich zbliżona jest do funkcji biegłych. To, czy działalność ich ma charakter ingerencji ze strony państwa, zależy od charakteru stosunku pomiędzy osobą zaufaną a obywatelem⁶⁵. Stosunek ten może mieć także charakter prywatny. Nie zachodzi tu jednak zasadnicza różnica w stosunku do tajnego agenta, który aby w ogóle zdobyć zaufanie danej osoby i móc efektywnie funkcjonować, musi oczywiście rozwijać stosunki o charakterze prywatnym.

Wprawdzie państwo przy realizacji zadań publicznych nie może uciekać się do środków prawa prywatnego w miejsce środków prawa publicznego⁶⁶, to jednak musi korzystać z usług osób zaufanych. Ściganie przestępstw, z powodu monopolu władzy, pozostaje zadaniem publicznym. Jednakże w przypadku osób zaufanych bez zdyscyplinowanego kierowania nimi przez prowadzącego (VP - Führer), mogłyby wchodzić w grę także cechy osobowe świadka. Mogłoby to jednak dotyczyć tylko przypadkowych osób zaufanych lub informatorów, co w praktyce na ogół nie ma miejsca z uwagi na prawidłowe kierowanie przez prowadzących⁶⁷.

Także z interpretacji pojęć da się uzyskać pewne wsparcie argumentacji. Zarówno orzecznictwo jak i literatura zgodnie używają określenia wprowadzenie (Einsatz) osoby zaufanej, które zawsze oznacza zaangażowanie do realizacji konkretnych zadań, kojarzy się jednak także z kierowaniem przez policję. W modelowym przypadku prowadzący kumuluje funkcję zleceńodawcy, kierownika operacji i kontrolującego. Ponieważ taktycznokryminalne i koncepcyjne ukształtowanie operacji realizowane jest przez prowadzącego i jego aparat, wynika z tego dla osoby zaufanej obowiązek zgodnego ze zleceniem zachowania bez możliwości podejmowania samodzielnych decyzji⁶⁸.

Z reguł prawa dotyczącego urzędników także nie można wyprowadzić rozstrzygającego zróżnicowania. Właśnie policja, która szczególnie zajmuje się zwalczaniem przestępczości zorganizowanej traktuje w sposób jednolity osoby zaufane i tajnych agentów⁶⁹. Także wytyczne dotyczące operacji z udziałem osób zaufanych i tajnych agentów zabezpieczają wpływ na osoby zaufane. Według ust. 4 tych wytycznych następuje utrata gwarancji zaufania i utrzymania tajemnicy, jeśli osoba zaufana świadomie lub lekkomyślnie ujawnia uzyskane informacje, przekracza granice upoważnienia lub inny sposób czyni się niewiarygodną⁷⁰. Trzeba w końcu zauważyć, że praktyka policyjna wyraźnie zmierza ku temu, żeby osoby zaufane szczególnie ze sobą związać.

Na tym tle nie można zgodzić się ze stanowiskiem 3 Senatu, gdy stwierdza on, że dla podejrzanego byłoby korzystne w charakterze tajnych agentów angażowano wyłącznie doświadczonych urzędników policji, podczas gdy osoby zaufane na ogół rekrutowane byłyby ze środowiska przestępczego, w którym realizowałyby zlecone im zadania, nie wykazując jednak profesjonalnej niezawodności właściwej osobom z kręgów policyjnych. Brak owej niezawodności w przypadku osób zaufanych rekompensowany jest - w celu zabezpieczenia efektywności oraz zminimalizowania ryzyka dla policji⁷¹ - poprzez ścisłe kierowanie tymi osobami przez prowadzących policjantów.

Niewątpliwa ingerencja w sferę prywatności osoby, której dotyczy operacja z udziałem osoby zaufanej, pomimo tego, że prowadzona jest w sposób prawidłowy, zawsze wymaga upoważnienia. Ustawodawcy krajowi, w zakresie przysługujących im kompetencji dotyczących obszaru prewencji, wychodzili z założenia, że operacje z udziałem osób zaufanych mają charakter ingerencji i w związku z tym przyjęli odpowiednie rozwiązania w swoich ustawach o bezpieczeństwie i porządku⁷². Jak z tego wynika, kraje zamierzały osiągnąć więcej niż ustawodawca związkowy.

To, co pozostaje, to przypuszczenie, że ustawodawca związkowy pozostawał pod presją w kierunku uregulowania problematyki operacji z udziałem osób zaufanych we wszystkich jej postaciach w sposób bardzo ogólny. Nie chciano ograniczać pola działań ukierunkowanych na zwalczanie przestępczości zorganizowanej, toteż pozostawiono orzecznictwu sprecyzowanie dalszych kryteriów i granic dopuszczalności operacji z udziałem osób zaufanych. Powody te nie mogą usprawiedliwiać tego zaniechania ustawodawcy, zwłaszcza że przekroczony został termin na precyzyjne uregulowanie tej kwestii wyznaczony przez Związkowy Trybunał Konstytucyjny. Najwyższy Sąd Związkowy powinien był z tego wyciągnąć wniosek, że dalsze operacje z udziałem osób zaufanych, które zaangażowane zostały do określonego zadania i pozostają pod kontrolą policji, może naruszać §§ 161, 163 StPO i z tego powodu konieczne jest rozważenie legalności uzyskanych na tej drodze dowodów.

VI. UWAGA KOŃCOWA

Jeśli jednak nie chce się zaakceptować przedstawionego ujęcia co do charakteru ingerencji związanej z udziałem osób zaufanych, pozostawałoby stwierdzić, że w OrgKG nie zrealizowano w pełnym zakresie oczekiwań. W jednym ze studiów zrealizowanych w Hesji, które opierało się na ankiecie przeprowadzonej wśród prowadzących osoby zaufane, blisko 60 % respondentów wypowiadało się za pilną potrzebą uregulowania operacji z udziałem osób zaufanych. Jako uzasadnienie wskazywano narastający brak pewności prawa, jak również jasność prawnej dopuszczalności tego rodzaju operacji. Urzędnicy ci uważali się za najsłabsze ogniwo łańcucha. Orzecznictwo, określając kierunki praktyki, wymaga się od nich, aby eliminowali istniejące niedogodności poprzez własną inicjatywę⁷³. Gdyby państwo wykazało należytą troskę o uregulowanie operacji z udziałem tajnych agentów, to stanowiłoby to istotny powód uregulowania kwestii znajdujących się w zbliżonej sytuacji osób zaufanych.

Przypisy:

1. Na temat trendów międzynarodowych por. *Gropp* (red.): *Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität*, Freiburg i. Br. 1993; w aspekcie historycznym por. krótki przegląd u Becka, *Bekämpfung der organisierten Kriminalität speziell auf dem Gebiet der Rauschgiftkriminalität unter besonderer Berücksichtigung der V-Mann-Problematik*, Frankfurt/Main, 1990, s. 18 i n. z dalszymi odesłaniami.

2. ZStW 4 (1884), s. 415 i n.; ZStW 5 (1885), s. 115 i n. i 423 i n., ZStW 6 (1886), s. 225 i n. oraz 522 i n.

3. ZStW 6 (1886), s. 522 i n. (zwłaszcza s.537)

4. ZStW 6 (1886), s. 522 i n. (zwłaszcza s. 537 i n.)

5. Por. *Sieber/Böger*, Logistik der organisierten Kriminalität, Bundeskriminalamt - Forschungsreihe, Band 28, Wiesbaden 1993, zob. także *Sieber*, JZ 1995, s. 758

6. W tym miejscu warto przypomnieć kazus osoby zaufanej o nazwisku Schmücker, wyrok LG Berlin z 28.01.1991 r., opublikowany w StV 1991, s. 171; zob. także omówienie tego orzeczenia przez Schefflera, Rechtsstaatswirigkeit und Einstellung von Strafverfahren, JZ 1992, s. 131.

7. Por. Der Spiegel 28/1995.

8. W tej kwestii szczegółowo *Zwehl*, Der Einsatz von V-Leuten und die Einführung des Wissens von V-Leuten in das Strafverfahren, Pfaffenweiler 1987, s. 90 i n.; *Paulus*, Die Überprüfung der V-Mann Sperrung durch einen neutralen Strafrichter?, Frankfurt/Main 1988, s. 24 i n.; *Taschke*, Behördliche Zurückhaltung von Beweismitteln im Strafverfahren, Frankfurt/Main 1989, s. 305 i n.; *Hoffman*, Der unerreichbare Zeuge im Strafverfahren, Berlin 1991, s. 132 i n.; *Joachim*, Der Hörensagebeweis im Strafverfahren, Frankfurt/Main 1991, passim, tutaj także odesłania do tzw. Hearsay Rule w angloamerykańskim postępowaniu karnym na s. 135 i n.

9. Według niemieckiego prawa karnego procesowego kompetentny urząd, tzn. odpowiednie ministerstwo może zarządzić zachowanie w tajemnicy danych personalnych osoby zaufanej jeśli przemawiają za tym określone ważne powody. Wówczas przesłuchanie w ramach rozprawy głównej jest w zasadzie niemożliwe. Por. w tym zakresie *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 24. Aufl., München 1995, § 43 C Rdnr. 18; *Beulke*, Strafprozeßrecht, Heidelberg 1994, Rdnr. 426; *Fezer*, Strafprozeßrecht, 2. Aufl., München 1995, 14/28 ff.; ostatnio BGH, NStZ 1995, s. 604 z dalszymi odesłaniami.

10. Zob. zwłaszcza: *Schwarzburg*, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit der polizeilichen Tatprovokation 1991; *Drywa*, Materiellrechtliche Probleme des V-Mann-Einsatzes 1987.

11. Por. wyczerpująco w tej kwestii *Wolfslast*, Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung, Köln/Berlin/Bonn/München 1995.

12. Por. bliżej co do terminologii *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 10 B II Rdnr. 26; *Fezer*, Strafprozeßrecht, 8/29; Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, Wyd. 3., München 1993, § 110a StPO (oprac. *Nack*), Rdnr. 5 i n.; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, Strafprozeßordnung. Kommentar, Wyd. 42, München 1995, § 110a StPO Rdnr. 1 i n.

13. Na temat pojęcia osoby zaufanej ogólnie *Zwehl* (wyżej przypis 8), s. 7 i n.; *Haas*, V-Leute im Ermittlungs- und Hauptverfahren, Pfaffenweiler 1986, s. 4 i n.; *Krey* i inni, Rechtsprobleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler, Wiesbaden 1993, Rdnr. 13 i n.

14. Gemeinsame Richtlinien der Justizminister/ -senatoren und der Innenminister/ -senatoren der Länder über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den

Einsatz von Vertrauenspersonen und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung, przedrukowane w *Kleinknecht/Meyer - Gößner*, wyd. 42, 1995, załącznik D do RiStBV.

15. Tamże.

16. Bundestags - Drucksache 12/1989, s. 41.

17. Tamże.

18. *Schomburg*, V-Personen - ein heißes Eisen, *Kriminalistik* 1992, s. 679 i n.; *Hund*, Verdeckte Ermittlungen - ein gelöstes Problem?, *StV* 1993, s. 379 i n.; *Zaczyk*, Prozeßsubjekte oder Störer? Die Strafprozeßordnung nach dem OrgKG - dargestellt an der Regelung des Verdecktes Ermittlers, *StV* 1993, s. 490 i n.; *Fezer*, *JZ* 1995, s. 972; *Lilie/Rudolph*, *NSZ* 1995, s. 514 i n. (szczególnie 515); inaczej *Krey* (powyżej przypis 13), *Rdnr.* 100 i n.; który regulację tę uważa w całości za niepotrzebną.

19. *Geißdörfer*, V-Personen und Verdeckte Ermittler, *Kriminalistik* 1993, s. 679.

20. *Krey*, jw.

21. BGH NJW 1994, s. 2904 i n. (w szczególności 2905); BGH StV 1995, s. 228.

22. *Haas* (powyżej przypis 13), s. 7 i n.; Lüderssen, *Jura* 1985, s. 119 i n.; *Schünemann*, *StV* 1985, s. 430.

23. *Rogall*, *JZ* 1987, s. 847 i n.; *Wolter*, *StV* 1989, s. 358 i n.) zwłaszcza s. 371); *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß, 1992, s. 23 i n. oraz 29 i n.; *Wolter*, *GA* 1988, s. 140 i n.

24. *Rebmann*, NJW 1985, s. 1 i n.; *Krey*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf des Bundesrates zur Bekämpfung des Rauschgifthandels, s. 44.

25. BVerfGE 57, s. 250 i n. (zwłaszcza 283); BVerfG, *StV* 1991, s. 449 i n.; BGHSt 32, s. 115 i n. (zwłaszcza 120); 33, s. 22; 33, s. 91.

26. BVerfGE 65, s. 1 i n.

27. *Lammer*, op. cit.; *Rogall*, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeßrecht, Tübingen 1992, op.cit., *Rudolphi*, SK-StPO, vor§ 94, *Rdnr.* 13 i n.; *Schroeder*, Strafprozeßrecht, *Rdnr.* 38 i 100; *Ranft*, *Jura* 1993, s. 449, *Dencker*, *StV* 1994, s. 667 i n. (zwłaszcza 672); *Scherp*, Die polizeiliche Zusammenarbeit mit V- Personen 1992, s. 22 i n.; *Krüger*, NJW 1982, s. 855 i n. (zwłaszcza 857); *Benfer*, MDR 1994, s. 13.

28. *Schwan*, VerwArch 1975, s. 120 i n., oraz VerwArch 1979, s. 109 i n.

29. *Weßlau*, Vorfelderermittlungen, Berlin 1989, s. 180 i n.; przegląd opinii u *Rogalla*, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeßrecht, Tübingen 1992, s. 27 i n.

30. Jednoznacznie np. *Lammer*, op. cit., s. 87.

31. Według tego uzasadnienia działanie tajnego agenta policji powinno być samo w sobie ograniczone co do intensywności ingerencji polegającej na podsłuchu telefonicznym i korzystaniu ze specjalnych technicznych urządzeń podsłuchowych, nie tyle jednak by utraciło charakter ingerencji, zwłaszcza gdy tajny agent wkracza do mieszkania, co oznacza zawsze intensyfikację ingerencji.

32. W redakcji z 3.11.1988, przedrukowany w *StV* 1989, s. 172 i n.

33. *Krey/Haubrich*, JR 1992, s. 309 i n. (zwłaszcza s. 314).
34. Tamże.
35. *Krey*, Rechtsprobleme des strafprozessualen Einsatzes Rdnr. 112, tutaj krytycznie Rudolphi SK-StPO, Vor § 94, Rdnr. 30, *Bottke, Meyer-Gedächtnisschrift*, 1990, s. 37 i n. (zwłaszcza s. 40).
36. BVerfGE 9, s. 338 i n. (zwłaszcza s. 343); 15, s. 226 i n. (zwłaszcza s. 233).
37. Na temat pojęcia prawa zwyczajowego por. *Fikentscher*, Methoden des Rechts, 1976, s. 697 i n., który trafnie wskazuje na to, że akceptacja społeczna, praktyka sądów, czy stała linia orzecznictwa, nie mogą być uznane za wiążące kryteria (s. 699).
38. Tak również *Krey*, Rechtsprobleme, Rdnr. 105, według którego wszystkie trzy sądy (BVerfG, BGH, BVerwG) w swoich rozstrzygnięciach z prawnodogmatycznego punktu widzenia nie zajmowały się - ani na kanwie ustaw zwykłych, ani na kanwie Konstytucji - kwestią zasadniczej legalności operacji z udziałem tajnych agentów i osób zaufanych.
39. Stworzenie ustawowej podstawy ingerencji postulowane było jako niezbędne także przez Niemiecki Związek Sędziów, DRiZ 1989, s. 305 i n. (zwłaszcza s. 307).
40. BVerfGE 65, 1, s. 42.
41. Tak Velten, op. cit., s. 84 i n.
42. Por. *Rudolphi*, SK-StPO, § 110d Rdnr. 1; *KK-Nack*, § 110d Rdnr. 3, Velten, op. cit., którzy tylko w oparciu o to, że ochrona prawna możliwa jest tylko następnie, wyprowadzają wniosek o niedopuszczalności ukrytych śledztw.
43. Szerzej co do pojęcia legendy zob. w dalszych wywodach.
44. Na temat wątpliwości prawnokonstytucyjnych w odniesieniu do art. 13 zob. *Frister*, StV 1993, s. 151 i n., (zwłaszcza s. 153); na temat problemu wykładni § 110b ust. 3 w odniesieniu do zastrzeżenia sędziowskiego por. *Zaczyk*, StV 1993, s. 49.
45. Por. wytyczne, op. cit. nr 29.
46. Tak w definicji kryterium „auf Dauer angelegt” u *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 110a, Rdnr. 1.
47. Postanowienie BGH z 17.5.1995 r., StV 1995, s. 398.
48. Por. w tej kwestii m.zd. błędne zapatrywanie *Kraushaar*, Kriminalistik 1995, s. 186 i n., który wychodzi z założenia o tego rodzaju możliwości i tym samym przypisuje ustawodawcy tendencję, której ten nie miał.
49. BT-Drucksache 12/989, s. 42.
50. Krytycznie w tej kwestii *Zaczyk*, StV 1993, s. 490 i n. (zwłaszcza s. 492 i n.).
51. Tak *Benfer*, MDR 1994, s. 13.
52. Por. *Arloth*, NStZ 1993, s. 467; *Hilger*, NStZ 1992, s. 524, krytycznie *Zaczyk*, StV 1993, s. 495.
53. *Krey*, Strafprozessuale Probleme..., Rdnr. 176, z prawnopolitycznym żądaniem dotyczącym katalogu przestępstw § 110a StPO; *Schoreit*, MDR 1992, s. 1013 mówi

o „Gemengenlage - Diskussion; Schäfer, ZRP 1987, s. 377 i n. (zwłaszcza s. 379); częściowo uregulowali to ustawodawcy krajowi: § 16 ustawy kraju Hesja wymaga zawiadomienia prokuratora, § 18 ust. 5 SOG kraju Sachsen-Anhalt wymaga uprzedniej zgody prokuratora.

54. Schäfer, GA 1986, s. 49 i n.; BGH, StV 1995, s. 228 i n.

55. Zaczyk, StV 1993, s. 490 i n. (zwłaszcza s. 493 i n.).

56. BGH, NJW 1994, s. 2904 z glosą Gusy, StV 1995, s. 449; Sternberg-Lieben, JZ 1995, s. 841 i Schlüchter/Radbruch, NSTZ 1995, s. 354.

57. BGHSt 41, s. 42 i n. = JZ 1995, s. 970 z glosą Fezera i NSTZ 1995, s. 513 z glosą Lilie/Rudolph

58. Art. 3 Nr. 8 OrgKG; BT-Dr 12/2720, s. 24, 41, 43, 46.

59. Por. Lilie/Rudolph, op. cit. s. 514.

60. Por. Schulte, Kriminalistik 1992, s. 683 w aspekcie odpowiedzialności za działania osoby zaufanej.

61. Co do szczegółów Zwehl, op. cit. s. 19 i n.; zob. także Lilie/Rudolph, op. cit., s. 514.

62. BGH StV 95, s. 229, lewa szplta na dole.

63. BGHSt 32, s. 115, s. 121/122.

64. Bundestags-Drucksache 12/2720, s. 47.

65. W tej kwestii Ossenbühl, VVDStRL 29, s. 137 i n. oraz 192 i n.

66. Szczegółowo Erbguth/Stollmann, DÖV 1993, s. 798 i n.; Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht 1992, Bd.I, s. 225 i n.

67. Wywierające wrażenie studium Scherpa, Die polizeiliche Zusammenarbeit mit V-Personen, 1992; następnie Beck, Bekämpfung der Organisierten Kriminalität speziell auf dem Gebiet der Rauschgiftkriminalität unter besonderer Berücksichtigung der V-Mann Problematik 1990, s. 154 i n.

68. Scherp, op. cit., s. 11 (podkreślenie autora).

69. Geißdörfer, V-Personen und verdeckte Ermittler, Kriminalistik 1993, s. 679.

70. Brak jest statystycznych danych obrazujących realne stosowanie i możliwości stosowania sankcji. Pozostaje zatem przypuszczać, że stoi temu na przeszkodzie częstokroć niewystarczająca wiedza na temat znaczenia działań tajnego agenta, względnie jego wysokiej wartości.

71. Popełnianie czynów karalnych przez osoby zaufane, zagrożenie samych osób zaufanych, problemy odpowiedzialności, problemy wprowadzenia do procesu uzyskanych dowodów, itd; zob. w tej kwestii Schomburg, op. cit., Geißdörfer, op. cit., Schulte, op. cit.

72. Por. odesłania u Lilie/Rudolph, op. cit., przypis 6.

73. Scherp, op. cit. s. 117.

**PROBLEMATYKA OSOBY ZAUFANEJ
NA TLE OBOWIĄZUJĄCEGO USTAWODAWSTWA
ORAZ PROJEKTOWANYCH ZMIAN W POLSCE**

I. Do niedawna współpraca Policji z osobami nie będącymi jej funkcjonariuszami była tematem, który nie nadawał się do głębszej analizy i badań naukowych ze względu na brak rozwiązań ustawowych oraz przyjęcie, że współpraca ta mieści się w zakresie działań operacyjnych, te zaś są tajne. Po raz pierwszy w polskim ustawodawstwie kwestia współdziałania Policji ze wspomnianymi wyżej osobami unormowana została w ustawie o Policji z dnia 6 kwietnia 1990r. (Dz.U. Nr 30, poz. 179).¹ Dlatego też dopiero w ostatnich latach rozwinęła się dyskusja naukowa na ten temat² i otwarte zostały szersze możliwości badawcze nad współpracą Policji z osobami udzielającymi jej pomocy, a także udziałem tych osób w roli świadków w postępowaniu karnym. Zwraca się też uwagę na podobne rozwiązania prawne w innych krajach, gdzie problematyka ta, jak również kwestie związane z podsłuchem telefonicznym, czy też prowokacją policyjną dawno już przestały być tematem tabu. Rozwija się tam natomiast szeroko dyskusja na łamach prasy prawniczej, powstają dysertacje doktorskie i prace monograficzne, które stawiają sobie za cel spenetrowanie obszaru współpracy Policji z osobami udzielającymi jej pomocy w zakresie ścigania karnego.³

Tak więc w ustawodawstwie polskim cały kompleks najważniejszych rozwiązań prawnych dotyczących korzystania przez Policję z usług osób nie będących policjantami znalazł swe miejsce w akcie normatywnym rangi ustawy, nie zaś w tajnych przepisach wewnętrznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych.

Należy też podkreślić, że omówione poniżej dwa projekty ustaw, a mianowicie: projekt ustawy o zmianie ustaw o urzędzie Ministra Spraw Wewnętrznych, o Policji, o Urzędzie Ochrony Państwa oraz o Straży Granicznej⁴, konstytucja i projekt ustawy o zmianie Kodeksu postępowania karnego⁵, rozszerzają zakres unormowań dotyczących tej problematyki, choć może nie w sposób całkiem zadowalający. Prezentacja rozwiązań normatywnych w obu projektach wymaga następujących uwag. Prace nad nowelizacją tych aktów prawnych znajdują się w ostatniej fazie prac le-

gislacyjnych naszego parlamentu. Autor niniejszego opracowania dysponował aktualnymi projektami ustaw zawartymi w sprawozdaniach odpowiednich Komisji Sejmowych (Druki Sejmowe nr 947 i 1012), skierowanych do Sejmu z wnioskiem o uchwalenie projektów wspomnianych ustaw. W dalszym procesie legislacyjnym mogą więc nastąpić pewne odstępstwa od propozycji zawartych w projektach ustaw. Nie należy jednak sądzić, iżby były one bardzo istotne.

Rozważając problematykę ochrony świadka w postępowaniu karnym, nawiązałem też do projektu Kodeksu postępowania karnego opracowanego przez Komisję Kodyfikacyjną w wersji z lutego 1995r.⁶, w którym znalazły się unormowania dotyczące zwiększenia bezpieczeństwa osób, które mają składać zeznania w postępowaniu przygotowawczym oraz postępowaniu jurysdykcyjnym.

II. W ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, prowadzonych przez Policję poza ramami postępowania karnego (art. 14 ustawy), może ona, z zachowaniem ograniczeń wynikających z art. 19 ust. 1⁷, uzyskiwać informacje, w tym także tajnie i poufnie, gromadzić je, sprawdzać oraz przetwarzać.⁸ Najważniejszym z punktu widzenia omawianej tematyki jest art. 22 ustawy z którego wynika, że Policja przy wykonywaniu swych zadań może korzystać z pomocy osób nie będących policjantami. Za udzielenie takiej pomocy, wspomnianym osobom może być przyznane wynagrodzenie z funduszu operacyjnego, pozostającego w gestii Policji, którego zasady tworzenia i gospodarowania określa Minister Spraw Wewnętrznych (ustęp 1-3). Ponadto osoby te mają zapewnione odszkodowanie w razie poniesienia szkód w czasie udzielania pomocy Policji. Wynika to z art. 22 ust. 4 ustawy, który stanowi, że jeżeli w czasie korzystania i w związku z korzystaniem przez Policję z pomocy tych osób utraciły one życie lub poniosły uszczerbek na zdrowiu lub szkodę w mieniu, przysługuje im lub ich rodzinom odszkodowanie na zasadach i w trybie określonym w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych.

Jest rzeczą oczywistą, że działalność osób, o których mowa w powołanym art. 22 ustawy musi być objęta tajemnicą. Ponadto powinny one mieć zapewnioną ochronę Policji ze względu na bezpieczeństwo osobiste oraz ich rodzin. Dlatego też bardzo istotne jest uzupełnienie, które wprowadza projekt zmiany ustawy o Policji, dodając w ustępie 1 art. 22 następujące zdanie: „Zabronione jest ujawnianie danych o osobie udzielającej pomocy Policji, w zakresie czynności operacyjno-rozpoznawczych”. Zakaz ten stanowić ma gwarancję nie ujawniania danych personalnych i wizerunku tej osoby. Projektodawcy zdawali sobie jednak sprawę, że ochrona takiej osoby nie może być absolutna. Może się bowiem okazać,

że popełni ona przestępstwo ścigane skargą publiczną w związku z udzielaniem Policji pomocy w czynnościach operacyjno-rozpoznawczych. Wówczas to - w myśl art. 22 ustęp 1b projektu zmiany ustawy o Policji - dane o takiej osobie mogą być udostępnione na żądanie prokuratorowi, przy czym ich ujawnienie następuje w trybie określonym w art. 7a ustawy o urzędzie Ministra Spraw Wewnętrznych.⁹ Dodatkową gwarancję zachowania w tajemnicy personaliów osoby udzielającej pomocy Policji przewiduje art. 20a ustęp 3 i 4 projektu zmiany ustawy o Policji. Dopuszcza on wyjątkowo posługiwanie się przez nią przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych dokumentami, które uniemożliwiać będą ustalenie jej tożsamości. Projekt przewiduje taką możliwość w „szczególnie uzasadnionych przypadkach”, jednak bliżej nie precyzuje tego określenia. Sądzić należy, że odpowiednie wyjaśnienie tego pojęcia znajdzie się w rozporządzeniu wykonawczym Ministra Spraw Wewnętrznych, które ma określić szczegółowe zasady i tryb wydawania, posługiwania się, a także przechowywania takich dokumentów.

III. Na określenie osoby współpracującej z policją, o której mowa w art. 22 ustęp 1 ustawy, używa się różnych określeń, takich jak poufne osobowe źródła informacji, informator konfidenjonalny¹⁰, tajny informator, tajny współpracownik, agent, konfident, osoba zaufana.¹¹ W polskiej doktrynie procesu karnego pojawiło się też nowe pojęcie, a mianowicie tajny agent policji. Wprowadził je S.Waltoś, który uważa, że pod tym określeniem należy rozumieć osobę będącą funkcjonariuszem policji lub działającą na jej zlecenie, ukrywającą własną tożsamość i związek z policją a podejmującą działania w celu nawiązania kontaktu z osobą podejrzaną o przestępstwo w celu jego ujawnienia i wykrycia sprawców.¹² W myśl tej definicji tajnymi agentami nie będą nieumundurowani policjanci ani też pozyskani informatorzy, czyli te osoby, które nie wchodzą w krąg porozumienia przestępczego.¹³ Jest oczywiście kwestią dyskusyjną kryterium decydujące o zaliczeniu danej osoby do grona tajnych agentów policji. Wydaje mi się, że najważniejszym powinna być przynależność danej osoby do organizacyjnych struktur policji. Zatem tajnym agentem policji byłby jedynie funkcjonariusz policji, który zaopatrzony w odpowiednie dokumenty uniemożliwiające jego identyfikację (a więc korzystający z opracowanej dla niego tzw. legendy) przenika do środowiska przestępczego w celu ujawnienia i wykrycia sprawców.

Dla osoby, która nie będąc policjantem udziela pomocy Policji, najlepszym określeniem jest osoba zaufana. Pojęcie to jest znane w literaturze niemieckiej, gdzie używa się określenia V-Mann (V-Leute), przy

czym litera V oznacza słowo Vertrauen, czyli zaufanie. Zwraca się uwagę, że pojęcie osoby zaufania obejmuje wiele kategorii osób.¹⁴

W doktrynie podkreśla się, że przyczyny udzielania pomocy Policji przez osoby zaufane są różne, np. chęć otrzymania dużej kwoty pieniędzy z funduszu operacyjnego, chęć zemsty na członku grupy przestępczej czy też perspektywa uzyskania zapewnienia korzyści w związku z postępowaniem karnym, toczącym się przeciwko wyrażającej gotowość współpracy osobie zaufanej lub jej bliskiemu krewnemu.¹⁵

Wśród osób zaufanych można wyróżnić, w zależności od rodzaju współpracy z Policją, a także zadań jakie spełniają, m.in. informatorów anonimowych, informatorów okazjonalnych, stałych współpracowników, informatorów dostarczających ściśle określonych danych o konkretnej osobie lub grupie osób.

IV. Policje różnych krajów korzystają w swej działalności z informacji dostarczanych przez osoby zaufane. Słusznie podkreśla się, że z etycznego punktu widzenia sprawa płatnych informatorów jest delikatna. Pomimo nieraz nawet moralnie nagannych motywów skłaniających takie osoby do przekazywania Policji informacji, to jednak nie można nie docenić tego rodzaju źródeł poufnych wiadomości, często niemożliwych do uzyskania w inny sposób.¹⁶

Trzeba tu zaznaczyć, że współpraca Policji z osobą zaufaną nie jest łatwa. W sposób dosadny wypowiedział się na ten temat minister spraw wewnętrznych A. Milczanowski stwierdzając: „... praca z agenturą nie jest wążaniem kwiatków, agent nie jest patriotą policyjnym. Układ z policją to z reguły: coś za coś. Nie ma się co oszukiwać”.¹⁷ Dlatego bardzo istotną rzeczą jest umiejętny dobór i kierowanie osobą zaufaną przez wyznaczonego funkcjonariusza Policji, odpowiednio przeszkolonego w tym zakresie. Funkcjonariusz taki powinien posiadać odpowiedni zasób wiedzy z zakresu kryminalistyki i psychologii, by mógł ocenić m.in. wartość informacji dostarczanych przez osobę zaufaną, a także w sposób właściwy ustalić i kontrolować przepływ informacji między nim a tą osobą.

Przed zaakceptowaniem osoby mającej współpracować z Policją, niezbędne jest wnikliwe zbadanie jej przydatności i nabranie przekonania, że jest ona wiarygodna. Osoba zaufana powinna uzyskać informacje o przysługujących jej uprawnieniach, w szczególności zaś możliwości uzyskania odpowiedniego wynagrodzenia za udzielanie pomocy Policji, a także odszkodowania, o którym mowa w art. 22 ust. 4 ustawy o Policji. Musi być też poinformowana, że podejmując współpracę uzyskuje gwarancję w postaci utajnienia jej danych personalnych oraz traktowania dostarczanych przez nią informacji jako poufne. W konsekwencji w aktach

prowadzonego postępowania karnego brak będzie wzmianki o niej jako dostarczającej informacji w toku działań Policji. Nie oznacza to jednak, iż osoba zaufana nie będzie mogła w sytuacjach wyjątkowych wystąpić w roli świadka w toku postępowania karnego, w warunkach przewidzianych w kodeksie postępowania karnego.

V. Wbrew spotykanym poglądom, w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych może nastąpić istotne naruszenie praw jednostki. Co więcej, ze względu na to, że czynności te są tajne, naruszenie praw i wolności obywatelskich chronionych obowiązującym prawem może być trudne do uchwycenia. Przykładem może tu być „przeciek” do opinii publicznej informacji, uzyskanej przez Policję w wyniku podsłuchu telefonicznego lub wykorzystania innego środka technicznego służącego pozyskaniu informacji w sposób tajny, czy też otrzymanej od osoby zaufanej, co w efekcie może spowodować naruszenie dóbr osobistych osób, których informacje dotyczyły. To właśnie dobra osobiste chronione przez art. 24 kc, mogą najbardziej ucieść wskutek czynności operacyjnych. Nie bez racji zwraca się też w nauce uwagę na to, że w dziedzinie taktyki kryminalistycznej organy ścigania powinny się liczyć z tymi ograniczeniami i zakazami, które w procesie karnym wyznaczają granice dozwolonego działania, nawet na etapie poprzedzającym wszczęcie postępowania karnego, gdy toczą się one jeszcze w sferze czynności operacyjnych.¹⁸

VI. Dokonywane czynności operacyjno-rozpoznawcze mają często istotne znaczenie dla przyszłego lub toczącego się już procesu karnego w konkretnej sprawie. Na skutek informacji uzyskanych przez Policję w drodze tych czynności, dochodzi do ujawnienia przestępstw i ich sprawców, a także do uzyskania wiadomości o źródłach dowodowych istotnych dla toczącego się procesu karnego. Duże znaczenie mają tu informacje dostarczane Policji przez osoby zaufane. Jednakże takie informacje uzyskane przez Policję nie mogą - ze względu na ich poufny charakter - być bezpośrednio wykorzystywane w procesie karnym.

Najpierw muszą być sprawdzone i uwiarygodnione, a następnie „przetworzone poprzez wykonanie czynności procesowych”, np. w postaci przesłuchania świadka czy dokonania czynności przeszukania, w warunkach przewidzianych przez prawo karne procesowe.¹⁹

Obecnie obowiązujący kodeks postępowania karnego nie daje wielkich możliwości procesowego wykorzystania materiału uzyskanego w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych, z reguły poprzedzających wszczęcie procesu karnego. Te mankamenty dostrzegane w teorii i praktyce zmusiły ustawodawcę do rozważenia odpowiedniego modelu do-

wodowego wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów uzyskanych wskutek czynności operacyjnych. Słusznie zwraca uwagę P. Hofmański, że chodzi tu o model, który ma odpowiadać dwóm istotnym warunkom. Z jednej strony powinien on gwarantować, iż nie będzie dochodziło do sytuacji, w której nie można ściagać sprawcy z powodu braku „procesowego przełożenia” zebranego materiału dowodowego nie pozostawiającego żadnych wątpliwości co do sprawstwa. Z drugiej strony trzeba stworzyć system gwarancji, dzięki któremu podstawą skazania nie będą mogły być dowody nierzetelne, wyimaginowane czy wręcz spreparowane przez Policję. Autor ten trafnie stwierdza, że oddanie w ręce organów ścigania szerokich możliwości stosowania środków, których wykorzystanie jest immanentnie związane z ingerencją w sferę poszanowania praw człowieka, może w określonych warunkach prowadzić do nadużyć.²⁰ Dlatego też organy procesowe będą podchodziły z pewną dozą ostrożności do dowodów uzyskanych na podstawie działań operacyjnych. Będą się starały uzyskać potwierdzenie ich wiarygodności przy pomocy innych dowodów.

Takim dowodem będzie wprowadzenie do procesu karnego w roli świadka osoby, która występując w czynnościach operacyjno-rozpoznawczych jako osoba zaufana powzięła informacje istotne dla toczącego się postępowania karnego. Szersze niż dotychczas wykorzystywanie osób zaufanych jako świadków będzie możliwe dopiero po wprowadzeniu do naszego ustawodawstwa przepisów przewidujących ochronę osób składających zeznania w postępowaniu przygotowawczym i postępowaniu sądowym.

VII. W doktrynie polskiego procesu karnego już szereg lat temu wskazywano na brak właściwej ochrony świadków w przepisach karno-procesowych.²¹ Rozwinęła się dyskusja, w której rozważano różne rozwiązania tego problemu w innych krajach oraz niebezpieczeństwa, jakie rodzi wprowadzenie przepisów regulujących taką ochronę. Głównie zwracano uwagę na daleko idące ograniczenia takich zasad procesu karnego jak kontradiktoryjności, bezpośredniości, równości stron, jawności oraz prawa do obrony.²² Zdawano sobie wszakże sprawę z tego, że dla zwiększenia efektywności zwalczania groźnej przestępczości, zwłaszcza w jej zorganizowanych formach niezbędne jest jednak wyposażenie Policji w takie instrumenty, jak kontrola korespondencji i podsłuch telefoniczny, zakup kontrolowany oraz wprowadzenie do prawa procesowego unormowań, które dostatecznie chroniłyby świadków, w tym także osoby zaufane i wyjątkowo - gdy zajdzie tego potrzeba - tajnych agentów Policji, składających zeznania w postępowaniu karnym. Ochrona świadków

ma służyć bezpieczeństwu przed zemstą ze strony oskarżonych i ich środowiska, a gdy chodzi o osoby współpracujące z Policją, to głównie możliwości wykorzystania ich w dalszej działalności przy zwalczaniu przestępczości.

W toku prac legislacyjnych Sejmu podniosły się głosy wyrażające nie tyle obawę wobec wprowadzania nowych instrumentów prawnych mających służyć Policji, lecz brakom w kulturze prawnej, które mogą rzutować na stosowanie nowych uprawnień tych organów ścigania. Wskazywano w szczególności na ujawnione ostatnio przypadki korupcji w Policji (patrz: *Gazeta Wyborcza* z 5-6 marca 1994r.), gdzie pod przykrywką działań operacyjnych policjanci pracowali na korzyść przestępcy. Podkreślono, że źródłem takich wynaturzeń są nieodpowiedzialność, brakობstwo i niedopatrzenia w nadzorze.²³ Dlatego też muszą być wypracowane pewne mechanizmy kontrolne nad działalnością Policji (także gdy chodzi o czynności tajne) i to nie tylko stosowane przez organa nadzoru Policji i Ministerstwa Spraw Wewnętrznych, ale również przez odpowiednie komisje parlamentarne, a nawet organy sądowe.

Projekt zmian kpk zawiera szereg unormowań służących bezpieczeństwu świadków w procesie karnym. Propozycję tych zmian projektodawcy uzasadniali tym, że występują przypadki terroryzowania osób pokrzywdzonych przez środowiska przestępcze. Osoby takie boją się składać zeznania na temat przestępstw popełnionych na ich szkodę, obawiają się bowiem zemsty świata przestępczego. Tymczasem obowiązujące przepisy procedury karnej nie zapewniają im praktycznie żadnej ochrony, nie gwarantują dyskrecji, a wręcz wymuszają ujawnienie w akcie oskarżenia pełnych danych osobowych świadka wraz z jego adresem. Dane te są też dostępne dla oskarżonego w aktach sprawy, z którymi jest on zapoznawany, wreszcie istnieje możliwość pełnej identyfikacji świadka podczas jawnej rozprawy sądowej.²⁴ Najważniejszym przepisem w ramach proponowanych zmian jest nowy art. 164a projektu zmian kpk. Wprowadza on instytucję tzw. „świadka incognito”, którego dane osobowe utrzymane byłyby w tajemnicy. Dostęp do nich miałyby jedynie organy prowadzące postępowanie karne.

Jednak nie w każdej sprawie i nie każdy świadek będzie mógł korzystać ze wzmocnionej ochrony. Zgodnie z treścią art. 164a § 1 wydanie decyzji o zachowaniu w tajemnicy danych osobowych świadka leży w gestii sądu w postępowaniu jurysdykcyjnym, a prokuratora w postępowaniu przygotowawczym. Organy te są władne wydać stosowne postanowienie, jeśli zaistnieje uzasadniona obawa niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia, wolności albo mienia w znacznych rozmiarach świadka lub osób dlań naj-

blizszych. Wspomniane postanowienie (§ 2) oskarżony będzie mógł zaskarżyć do sądu w terminie 3 dni (§ 5). Zachowanie w tajemnicy danych identyfikacyjnych osoby mającej zeznawać w postępowaniu karnym oznacza, że będą one znane tylko sądowi, prokuratorowi i w razie konieczności funkcjonariuszowi Policji prowadzącemu postępowanie. Protokoły zeznań świadka będzie wolno udostępniać oskarżonemu lub jego obrońcy z zachowaniem środków, które są konieczne dla zabezpieczenia tajemnicy (§ 2). Takiego świadka ma przesłuchiwać prokurator lub sędzia wyznaczony do tej czynności ze składu sądu, w miejscu zapewniającym zachowanie danych osobowych przesłuchiwanego w tajemnicy. Przy przesłuchaniu przez sędziego będzie mógł być obecny prokurator (§ 3). Oskarżony lub jego obrońca będą mogli zadawać pytania świadkowi tylko za pośrednictwem sądu lub prokuratora, z zastosowaniem środków wyłączających możliwość ujawnienia tożsamości świadka (§ 4).

Aby uniknąć dekonspiracji, zeznania świadka muszą być tak ujęte, iżby nie pozwalały na ujawnienie personaliów zeznającego. Pytania kierowane do takiego świadka mogą jednak w zakamuflowany sposób zmierzać do ujawnienia jego danych osobowych. Sitem, które ma służyć eliminacji takiego niebezpieczeństwa jest pośrednie zadawanie pytań. Tak więc pytania będą kierowane najpierw do osoby przesłuchującej, która będzie władna dokonać weryfikacji ich treści. Podobnie też odpowiedzi świadka na dostarczone mu pytania będą podlegały kontroli sędziego lub prokuratora, który przekaże je pytającemu np. po wyeliminowaniu fragmentów mogących wskazywać na tożsamość świadka lub służyć do ustalenia jego personaliów.

Wreszcie projekt zmiany kpk w art. 164a § 5 stanowi, że zażalenie na postanowienie prokuratora o zachowaniu w tajemnicy danych osobowych świadka ma rozstrzygać sąd właściwy do rozpoznania sprawy. Postępowanie dotyczące zażalenia jest objęte tajemnicą, a w razie uwzględnienia tego środka odwoławczego protokół z przesłuchania świadka będzie podlegać zniszczeniu po zamieszczeniu odpowiedniej wzmianki w aktach sprawy. W § 6 omawianego artykułu ustawodawca upoważnia Ministra Sprawiedliwości do wydania rozporządzenia, w którym ma on określić sposób sporządzania, przechowywania i udostępniania protokołów zeznań zawierających wiadomości o świadku, którego dane osobowe podlegają zachowaniu w tajemnicy, a nadto określić ma w nim dopuszczalny sposób powoływania się na takie zeznania w orzeczeniach i pismach procesowych.²⁵

Rozwiązanie przyjęte w art. 164a projektu zmiany kpk jest identyczne z unormowaniem zawartym w art. 180 projektu kpk, z tym, że art.

180 § 3 projektu kpk przewiduje, iż przy przesłuchaniu świadka może być obecny nie tylko prokurator, ale za zgodą przesłuchującego prokuratora lub sędziego także funkcjonariusz Policji prowadzący postępowanie.

Utajnienie danych osobowych świadka oraz jego zeznań przed oskarżonym i jego obrońcą budziło i budzić będzie nadal wątpliwości. Zaprezentowane wyżej przepisy obu projektów wprowadzają do naszej procedury rewolucyjne zmiany, które w sposób radykalny ograniczają prawo oskarżonego do obrony, a także inne zasady procesu karnego. Nie wdając się w szersze rozważania na ten temat (stanowi on bowiem odrębne zagadnienie wymagające głębszej analizy), trzeba przyznać, iż za wprowadzeniem ochrony świadka, w tym i osoby zaufanej składającej zeznania, przemawia szereg istotnych argumentów. Pośród propozycji dyskutowanych w innych krajach (m.in. składanie zeznań przy zniekształconym głosie przez telefon lub telewizję, przez osobę zamaskowaną lub tak osłoniętą, aby mógł ją widzieć jedynie sąd orzekający w danej sprawie) proponowane przepisy chroniące świadków wydają się optymalne w naszych warunkach. Istotne jest wszakże to - o czym już wspomniałem - aby wykształcone zostały odpowiednie mechanizmy kontrolne, stanowiące gwarancję praworządnego stosowania przepisów procedury karnej oraz ustawy o Policji przyznających organom ścigania karnego szerokie uprawnienia.

Przypisy:

1. W dalszych rozważaniach mówiąc o ustawie, mam na uwadze ustawę o Policji. Tutaj należy zaznaczyć, że o osobach udzielających pomocy innym organom wykonującym funkcje ścigania karnego traktują: art. 13 ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa z dnia 6 kwietnia 1990r. (Dz.U. Nr 30, poz. 180) oraz art. 9 ustęp 3 ustawy o Straży Granicznej z dnia 12 października 1990r. (Dz.U. Nr 78, poz. 462). Także art. 36 ustęp 3 ustawy o kontroli skarbowej z dnia 28 września 1991r. (Dz.U. Nr 100, poz. 442) wprowadza instytucję poufnych osobowych źródeł informacji, na wzór ustawy o Policji.

2. Porównaj uwagi m.in. A. *Bulsiewicza* (Rola osoby zaufanej w czynnościach operacyjno-rozpoznawczych i procesie karnym, Przegląd Policyjny, nr 2-3 z 1992 r.), E. *Pływaczewskiego* (Przestępczość zorganizowana i jej zwalczanie w Europie Zachodniej, ze szczególnym uwzględnieniem Republiki Federalnej Niemiec, Warszawa 1992, s. 123 i n.), S. *Waltosia* (Świadek koronny - obrzeża odpowiedzialności karnej, Państwo i Prawo nr 2 z 1993r. s. 13 in.; tegoż: Dylematy ochrony świadka w procesie karnym, Państwo i Prawo nr 4 z 1995r. s. 39 i n.), P. *Hofmańskiego* (Procesowe środki ścigania przestępczości zorganizowanej. Wprowadzenie do problemu, tegoż:

„Świadek anonimowy” w polskim procesie karnym, Przegląd Policyjny nr 2-3 z 1994 r., s. 13 i n oraz s. 20 i n).

3. Dla przykładu można tu podać pracę *E.R. Gnagi*, *Der V-Mann-Einsatz im Betaubungsmittelbereich*. Materiellstrafrechtliche und Starfprozessuale Fragen des Betaubungsmittelscheinkaufs unter besonderer Berücksichtigung des Strafverfahrens des Kantons Bern, Bern-Stuttgart 1992, oraz *D. Scherp*, *Die Polizeiliche Zusammenarbeit mit V-Personen. Eine Untersuchung von Führungskonzepten und Motivationsstrukturen*. Heidelberg 1992. Autor tej ostatniej pracy przeprowadził też interesujące badania, których celem było uzyskanie odpowiedzi na szczegółowe pytania dotyczące wykorzystania osób zaufanych dla potrzeb ścigania karnego. Interesowało go m.in. to, jakie osoby i dlaczego wyrażają zgodę na występowanie w roli osób zaufanych oraz jak przedstawia się współpraca pomiędzy tymi osobami a kierującymi nimi funkcjonariuszami policji (Por. uwagi zawarte w mojej recenzji wspomnianej monografii w Przeglądzie Policyjnym nr 1-2 z 1993 r. s. 146 i n).

4. Dalej cytowany jako projekt zmiany ustawy o Policji.

5. Dalej cytowany jako projekt zmiany kpk.

6. Dalej cytowany jako projekt kpk.

7. Art. 19 ustęp 1 określa szczegółowo warunki kontroli korespondencji, a także stosowanie środków technicznych, umożliwiających uzyskiwanie w sposób tajny informacji oraz utrwalenie dowodów.

8. Art. 20 ustęp 2 projektu zmiany ustawy o Policji stanowi, że Policja może zbierać, gromadzić i wykorzystywać w celach wykrywczych i identyfikacyjnych odciski linii papilarnych, zdjęcia oraz inne dane o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstw umyślnych, ściganych z oskarżenia publicznego, a także o osobach o nieustalonej tożsamości lub usiłujących ukryć swoją tożsamość.

9. Art. 7a przewidziany w ramach zmian ustawy o Ministrze Spraw Wewnętrznych (patrz: projekt zmiany ustawy o Policji) określa tryb zwalniania pracownika, funkcjonariusza, żołnierza resortu spraw wewnętrznych lub osoby udzielającej im pomocy w wykonaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych od obowiązku zachowania tajemnicy państwowej albo odmowy udostępnienia dokumentów lub materiałów objętych tajemnicą państwową, pomimo żądania prokuratora lub sądu w postępowaniu karnym. Wynika z tego, iż przepis ten dotyczy także zwolnienia od zachowania tajemnicy osoby zaufanej.

10. *K. Stawik* w pracy: *Kryminalistyka, część I*, pod red. *J. Widackiego*, Katowice 1980, s. 141; *M. Kulicki*, *Kryminalistyka. Zagadnienia wybrane*, Toruń, 1988, s. 73 in.

11. *E. Pływaczewski*, op.cit. s. 123 i n; *A. Bulsiewicz*, op.cit. s. 28 i n; *S. Waltoś*, Tajny agent policji, Państwo i Prawo nr 11-12 z 1993 r. s. 23 oraz powołana w tych pracach literatura.

12. *S. Waltoś*, op. cit. s. 22 i n.

13. *S. Waltoś*, op. cit. s. 23.

14. *E. Pływaczewski*, op.cit. s. 123; *E.R. Gnagi*, op. cit. s. 5.

15. Ten ostatni motyw odgrywa w praktyce istotną rolę. Zwrócił na to uwagę D. Scherp (op. cit. s. 45 i n.) badając motywację współpracy osoby zaufanej z Policją.

16. K. Sławik, op. cit. s. 142; A. Abramski, S. Sagan, w pracy zbiorowej pt. *Prawo Policyjne, komentarz tom I*, pod red. S. Sagana, Katowice 1992, s. 34.

17. *Gazeta Wyborcza* z 17-18 czerwca 1995r.

18. W. Daszkiewicz, *Taktyka kryminalistyczna a procesowe gwarancje jednostki i prawa obywatelskie*, Państwo i Prawo nr 5 z 1985 r. s. 53 i n. Dodać tu należy, że w praktyce powstają niekiedy skomplikowane sytuacje, w których udział osoby zaufanej lub tajnego agenta policji, nawiązujących kontakt z przestępcą lub grupą przestępczą połączony zostanie z podsłuchem rozmów telefonicznych i prowokacją, co może prowadzić do powstania wątpliwości w zakresie właściwego stosowania przez organy policyjne i procesowe obowiązującego prawa oraz do ewentualnego naruszenia przepisów Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Patrz: Orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 15 czerwca 1992r. A. 238, za. M.A. Nowickim, *Rzeczpospolita* z dnia 20 czerwca 1995 r.).

19. K. Sławik, op.cit. s. 141; A. Bulsiewicz, op.cit. s. 26.

20. P. Hofmański, *Procesowe środki ścigania...* s. 16-17.

21. A. Marek, *Przestępczość zorganizowana - zarys problemu*, w: *Kryminologiczne i prawne aspekty przestępczości zorganizowanej*. Studia i materiały, pod red. A. Mar-ka i W. Pływaczewskiego, Szczytno 1992, s. 21 i n.

22. Por. m.in. uwagi P. Hofmańskiego, w artykule „Świadek anonimowy...” s. 21 in oraz powołaną tam literaturę. Ostatnio krytycznie wobec proponowanej nowelizacji wypowiedzieli się J. Kondracki i R. Baszuk (Anonimowy świadek, czyli poz-bawienie oskarżonego prawa do obrony, *Rzeczpospolita* z 1czerwca 1995 r.).

23. E. Łętowska (*Gazeta Wyborcza* z 30 czerwca 1995r., A. Jankowski (Prawo i Życie z 8 lipca 1995 r.), P. Hofmański, *Procesowe środki ścigania...* s. 18. Na ten problem zwrócono uwagę już wcześniej (por. A. Bulsiewicz, op. cit. s. 27).

24. Uzasadnienie projektu zmiany kpk. Podobną argumentację przyjęła Komisja Kodyfikacyjna wprowadzając do projektu kpk, w wersji z lutego 1995 r. przepisy normujące ochronę świadków w postępowaniu karnym (patrz uzasadnienie projektu kpk, s. 3-4).

25. Nowelizacji mają też ulec przepisy pozostające w ścisłym związku z przed-stawionym wyżej art. 164a projektu zmian kpk. Pośród najistotniejszych unormowań odnotować należy nowe przepisy, a mianowicie: § 3 art. 173 oraz § 3 art. 339. Pierwszy z nich stanowi, że jeżeli istnieje uzasadniona obawa użycia przemocy lub groźby bezprawnej wobec świadka lub osoby dla niego najbliższej w związku z jego czyn-nościami, można zastrzec dane dotyczące miejsca zamieszkania do wyłącznej wiadomości prokuratora lub sądu. Pisma procesowe doręcza się wówczas do instytucji, w której świadek jest zatrudniony lub na inny wskazany przez niego adres. Bardzo istotny jest drugi z przepisów, pozwalający odczytanie na rozprawie protokołów ze-znań świadków „incognito”, a więc przesłuchanych w warunkach określonych w art. 164a projektu zmiany kpk. Wówczas rozprawa będzie prowadzona z wyłączeniem jawności. Nie będą mogły w niej uczestniczyć osoby wskazane przez oskarżonego i oskarżyciela.

KARNOPROCESOWA PROBLEMATYKA PODSŁUCHU TELEFONICZNEGO W NIEMCZECH

1. O walce ustawodawcy przeciwko „zmowie przestępczej”

Problematyka kontroli nieoficjalnych wypowiedzi dla celów policyjno-prewencyjnych lub represyjnych w znaczeniu karno-procesowym należy do najostrzej dyskutowanych w ostatnich latach problemów polityczno-prawnych.

Ta w najwyższym stopniu kontrowersyjna i nie zawsze rzeczowo prowadzona dyskusja stanowi reakcję na dwie społeczne tendencje rozwojowe. Z jednej strony chodzi tu o fenomen tzw. „przestępczości zorganizowanej”, której określenie nie zostało jeszcze dostatecznie ostro sprecyzowane¹, a której jednak społeczna realność nie jest już negowana². Z drugiej strony mamy do czynienia z gwałtownym rozwojem nowych technik komunikacyjnych i idącymi z tym w parze technicznymi możliwościami dalszego przekazywania i kontrolowania dostępnymi zarówno dla członków przestępczych organizacji, jak również dla organów ścigania karnego. Z normatywnego punktu widzenia mamy do czynienia z problemem, jak efektywnie zwalczać fenomen „przestępczość zorganizowanej”, a jednocześnie jednak, jak zapewnić pojedynczemu obywatelowi możliwie największą ochronę konstytucyjną.

Na tym tle ustawodawca rozwinął w ostatnich latach prawie że chaotyczną działalność, aby zareagować w odpowiedni sposób na przeobrażenia społeczne. Szczególnie należy tu wspomnieć ustawę o zwalczaniu nielegalnego handlu środkami odurzającymi i o innych formach przestępczości zorganizowanej (OrgKG) z 15.07.1992 r.³, „ustawę o zwalczaniu przestępczości” z 28.10.1994 r.⁴, i ostatnio uchwalone rozporządzenie o kontroli ruchu telekomunikacyjnego (FüV) z 18.05.1995 r.⁵.

W ten sposób przedłożono pierwsze wyniki debat na temat walki z „przestępczością zorganizowaną” w formie ustawy. Dyskusje celem wprowadzenia dalszych, wykraczających poza ten zakres, możliwości kontroli - jak np. „wielki podsłuch” nie są w ostatnim czasie już tak często prowadzone, ale jednak jeszcze nie zostały doprowadzone do końca.

2. Kontrola ruchu telekomunikacyjnego według §§ 100a, b k.p.k. (StPO)

Jak bardzo kontrola ruchu telekomunikacyjnego znajduje się w centrum zainteresowań ustawodawcy, pokazuje najmłodsza historia § 100a StPO. Norma prawna, która reguluje materialne warunki kontroli, jest już od 1989 bądź co bądź siedem razy zmieniana⁶. Na tym przykładzie można rozpoznać - w zależności od perspektywy polityczno-prawnej - albo od strony ustawodawczej bezsilny akcjonizm, albo szybko zdolność dopasowania się do konieczności społecznych.

a) Ruch telekomunikacyjny jako obiekt zamachu

§ 100 a StPO zezwala na ingerencję w podstawowe prawa tajemnicy pocztowej i telekomunikacyjnej (art. 10 Ustawy Zasadniczej (GG) jak również w ogólne prawo do poznawania osobowości (art. 2 GG)⁷. Paragraf ten pozwala kontrolować, a także utrzymywać przy pomocy technicznego zapisu głosu ruch telekomunikacyjny konkretnych osób, albo badać jakiegoś stan faktyczny, albo stwierdzać miejsce pobytu obwinionego⁸.

Przedmiotem kontroli jest ruch telekomunikacyjny, przy czym w literaturze dyskutuje się, czy termin ten należy rozumieć w sensie § 1 FAG⁹. Niezależnie od tego, a zgodnie ze zdrowym rozsądkiem, wykładnia tego znamienia będzie się musiała odnieść do treści praw podstawowych z art. 2 i 10 GG. Już według art. 10 GG z ochrony konstytucyjnej korzystają wszystkie systemy komunikacyjne i ich zawartości powierzone pocztom do przekazywania czy transportu¹⁰. Ponadto ustawodawca wyjaśnił nowelizacją § 100b III, IV StPO, że nie tylko poczta, lecz także inne podmioty zajmujące się tą materią mogą wypełnić techniczne wymogi pojęcia „telekomunikacja” w sensie § 100a StPO, jeżeli ich urządzenia są przeznaczone do publicznego użytku¹¹.

Zgodnie z tym także nowe formy telekomunikacji, takie jak telefax¹², wideotelefon, telex, prywatne przekazy informacji przez system pocztowy Btx, dalekopisy jak również wszystkie rodzaje elektronicznego przekazu danych przez publiczną sieć telefoniczną należy zgodnie z § 100a StPO zaliczyć do „telekomunikacji”.

W centrum zainteresowania stał w ostatnim czasie przede wszystkim problem podsłuchu przenośnych aparatów telefonicznych, tzw. „handys”. Przy rozdziale licencji dla systemu D1, D2 i sieci E-Plus zaniedbano zobowiązania użytkowników do udostępnienia technicznych możliwości podsłuchu dla urzędów śledczych lub dla organów ochrony Konstytucji. W ten sposób kontrola stała się możliwa do przeprowadzenia jedynie przy stosunkowo dużych nakładach technicznych. Później właściciele takich

sieci odmówili udostępnienia i zainstalowania szczególnych połączeń i z tym związane urządzenia podsłuchu dla organów ścigania, celem ułatwienia kontroli rozmów, ponieważ według ich oszacowań koszty tych inwestycji dodatkowych wyniosłyby ok. 40 mln. DM na sieć¹³. W konsekwencji Rząd Federalny wydał w maju b.r. rozporządzenie o ruchu telekomunikacyjnym i jego kontroli (FüV). Według § 8 FüV właściciele sieci są obecnie zobowiązani budować pod względem technicznym w taki sposób swoje sieci, żeby je można było w każdej chwili bezpośrednio podsłuchiwać.

Czy wyłącznie tą metodą uda się podjąć istotne kroki przeciwko komunikacji przestępczej, jest wątpliwe, ponieważ jak dotąd można obejść tę kontrolę sieci informacyjnych dwoma sposobami.

Jeśli ktoś korzysta z usług zagranicznej obsługi sieci telekomunikacyjnych i telefonuje w Niemczech, to pozostaje nie rozpoznany¹⁴.

Technicznie bardziej skomplikowane jest zwłaszcza zakodowywanie danych, które są przesyłane przez te sieci. Także w tym zakresie zastanawiał się już ustawodawca nad „krypto-ustawą”. Tak więc zastanawiano się już nawet nad całkowitym zakazem przesyłania zakodowanych informacji. Jednak Ministerstwo Spraw Wewnętrznych zarzuciło to restrykcyjne i w Europie dotąd jedynie przez Francję i Rosję wprowadzone 1993 r. w życie rozwiązanie, ponieważ praktyczna kontrola jest faktycznie niemożliwa: jak odróżnić zakłócenie w odbiorze lub skomplikowane techniczne formy od zakodowania?¹⁵ Dla inteligentnych przestępców taki zakaz nie stanowi żadnej przeszkody, ponieważ, jak pokazuje stuletnia praktyka w zakresie szpiegostwa, można bez problemu wpleść informacje w inne pseudoinformacje, tak że niewtajemniczony nie ma szans odfrowania tych prawdziwych.

W USA z tego właśnie powodu planowano od 1993 r. inny sposób, który już częściowo zaczęto realizować. Zgodnie z tym wszystkie telefony mają być wyposażone w zestandaryzowany zakodowany chip („clipper”), który po naciśnięciu guzika koduje wszystkie przekazywane informacje. Należący do tego natomiast system dekodujący ma być przekazany państwowym lub prywatnym powiernikom, przez co chce się zabezpieczyć, że po zezwoleniu sędziego organa ścigania mogą uzyskać dostęp do tych danych¹⁶. Jeśli ta już w samych USA dość sporna metoda ma znaleźć zastosowanie w Niemczech, to pojawia się tutaj znowu - niezależnie od konstytucyjnej problematyki - pytanie o efektywność takiego środka. Jest raczej nie do przyjęcia, że przestępca korzysta z możliwości zakodowania informacji, które z kolei bez wielkich trudności mogą być odwołane.

W związku z możliwością podsłuchu telefonów bezprzewodowych dyskutowany jest inny problem. § 100a StPO reguluje jedynie wyraźnie, że te urządzenia mogą być w zasadzie podsłuchiwane. Sporne jest tylko, czy właściciele sieci mogą rejestrować miejsce, z którego mówiący przekazywał informacje i przekazywać je dalej organom ścigania. Mimo że w obliczu brakującej ustawowej regulacji należy wątpić w legalność takiego środka dochodzeniowego¹⁷, ustalanie takich faktów należy już do policyjno-kryminalnej praktyki. W lipcu tego roku udało się w Hesji ująć dwóch ciężko uzbrojonych przestępców, którzy seryjnie napadali na supermarkety. Zaszкодowało im ciągłe telefonowanie przy pomocy ich handys, ponieważ policja, która podsłuchiwała, mogła ustalić z dokładnością do dwóch kilometrów miejsce postoju sprawców. Gdzie indziej było możliwe, w oparciu o stwierdzone miejsca rozmów telefonicznych, śledzić szlaki podróży band paserskich. Aby móc w przyszłości tego rodzaju środki prawnie zabezpieczyć, Komisja Prawna Konferencji Ministrów Sprawiedliwości rozważała odpowiednie uzupełnienie treści § 100c StPO¹⁸.

b) Odgraniczenie do innych regulacji kontroli

Według dotychczas przeważającej opinii § 100a przedstawia wyczerpującą regulację w zakresie ścigania karnego¹⁹.

Od tej procesualno-karnej możliwości ingerencji należy ostro odróżniać możliwości kontroli służb wywiadowczych federacji i ziem według ustawy G 10. Istotną cechą odróżnienia było dotąd, że te według G 10 służą tylko celom prewencyjnym i powinny stać do dyspozycji już w momencie planowania pewnego czynu katalogowego²⁰.

Ustawa o zwalczaniu przestępczości z 1994 r. częściowo zatarła ten, co najmniej z zasady, jasny rozdział pomiędzy wywiadowczym i dochodzeniowym zakresem zadań i uprawnień. Nowo sformułowany § 3 G 10 poszerza możliwość interwencji Federalnej Służby Wywiadowczej (BND) odnośnie kontroli bezprzewodnikowego międzynarodowego ruchu telekomunikacyjnego. Urząd ten jest upoważniony, podsłuchiwać ruch telekomunikacyjny i to bez konkretnego podejrzenia, ażeby móc w porę rozpoznać niebezpieczeństwo planowania i popełnienia określonych czynów bezprawnych. W tym zakresie stosuje się hasła wywoławcze, które mogą dać wskazówki odnośnie istnienia takich niebezpieczeństw (tzw. „bezpodejrzeniowe ściganie sieciowe”). Ponadto jest BND zobowiązany, tak zdobyte informacje w całości przekazać urzędowi ścigania karnego i bezpieczeństwa, o ile jest to konieczne do wypełnienia ich zadań.

Już przed zmianą § 3 G 10 skarżono się na to bliskie sąsiedztwo wywiadowczych i karno-procesowych uprawnień kontroli. Przede wszystkim zwracano uwagę na możliwość pomocy prawnej, przy pomocy której prokuratura może obejść warunki interwencji według § 100a StPO²¹.

Obecna regulacja to jednak dokładnie instytucjonalizuje, i nawet bez podejrzenia dokonania czynu bezprawnego wyniki śledztwa mogą być regularnie przekazywane z BND na ręce organów ścigania. To i tak dotąd wrażliwe wybalansowanie pomiędzy pojedynczymi unormowaniami kontroli zostało tym samym przesunięte na niekorzyść konstytucyjnie wrażliwej regulacji § 100a StPO.

Tak jak w obliczu problematycznej regulacji nieomal należało tego oczekiwać, musiał się ostatnio Federalny Trybunał Konstytucyjny (BVerfG) zająć § 3 G 10²².

Wnoszący skargę, profesor prawa karnego, zajmujący się głównie prawem o środkach odurzających, ganił naruszenie art. 10 GG przez tę normę. Co do sprawy wnosił, że on jako niepodieczany obywatel prawdopodobnie ujęty jest również przez to sieciowe ściganie bez konkretnego podejrzenia, ponieważ ma liczne zagraniczne kontakty, które są uwarunkowane jego pracą naukowo-badawczą²³.

Federalny Trybunał Konstytucyjny częściowo uwzględnił pozytywnie jego wniosek o wydanie tymczasowego zarządzenia zgodnie z § 32 ustawy o BVerfG (BVerfGG).

Zgodnie z tym postanowieniem możliwe jest tymczasowe wykorzystanie i przekazanie tych według § 3 I G 10 zdobytych przez służby wywiadowcze informacji tylko wtedy, kiedy „konkretne fakty uzasadniają podejrzenie, że ktoś planuje, popełnia lub popełnił, jeden z czynów bezprawnych wymienionych w § 3 III G 10”.

W uzasadnieniu decyzji BVerfG stwierdził stosunkowo krótko, iż skarga konstytucyjna ani nie jest od początku niedopuszczalna, ani oczywiście nieuzasadniona. Naruszenia art. 10 II 2 GG, prawa do informacyjnego samookreślenia z art. 2 I w połączeniu z art. 1 I GG i zasady całościowej ochrony prawnej z art. 19 IV GG są równie możliwe, tak samo jak brak koniecznych zabezpieczeń procesowych²⁴.

Punkt ciężkości rozstrzygnięcia stanowią wywody odnośnie wyważenia skutków tymczasowego rozstrzygnięcia według § 31 I BVerfGG dla wnioskodawcy, podmiotów praw podstawowych i ogółu społeczeństwa. Senat rozróżnia przy tym pomiędzy regulacją uprawnień do kontroli, wykorzystania i przekazania BND w § 3 G 10.

Odnosnie regulacji uprawnień do kontroli według § 3 I 1, 2 pkt 2 - 6 G 10 sąd ocenia interesy kontrolera wyżej niż kontrolowanego.

Szczególnie zwraca się uwagę, iż w przypadku tymczasowego zakazu kontroli i przy inaczej brzmiącym rozstrzygnięciu w sprawie głównej późniejsze sprostowanie byłoby niemożliwe²⁵.

Inaczej widzi BVerfG natomiast relację interesów w przypadku uprawnień do oceny i do przekazania służb wywiadowczych. Według rozstrzygającego senatu przeważają tutaj negatywne aspekty w przypadku odmowy wydania zarządzenia tymczasowego przynajmniej w tych przypadkach, w których nie było dostatecznie sformułowanego podejrzenia co do planowania lub popełnienia bliżej określonych w ustawie czynów bezprawnych. W tym miejscu sąd wskazuje przede wszystkim na grożące zakłócenia w zachowaniu komunikacyjnym właśnie niepodejrzanego, kiedy nie jest pewne, że w ogóle istnieją dostateczne zabezpieczenia dla jego ochrony²⁶. Oprócz tego można uzyskane dane, w przypadku niepowodzenia skargi konstytucyjnej, zawsze jeszcze wykorzystać i przekazać dalej. Natomiast w razie odmowy wydania tymczasowego zarządzenia i sukcesu w sprawie głównej negatywne skutki dla niepodejrzanego, którego te środki dotyczą, są w dużej mierze już nie do odwrócenia²⁷.

Federalny Trybunał Konstytucyjny w swojej uchwale nie poddawał § 3 G 10 żadnemu wyczerpującemu i gruntownemu badaniu, lecz podjął w przeważającej mierze rozważania na temat skutków. Pomimo tego i tutaj było już wyraźnie widoczne, iż senat rozpoznaje te możliwe, daleko idące i konstytucyjnie istotne konsekwencje. Jeśli § 3 G 10 w swoim obecnym ujęciu stanie się stałą praktyką, to żaden obywatel nie będzie zabezpieczony przed sytuacją, że zapisy prywatnych rozmów telefonicznych wylądują na stołach organów ścigania, także wówczas, kiedy przeciwko niemu nie istnieją żadne podejrzenia. Senat rozpoznaje praktyczne konsekwencje zupełnie prawidłowo, jeśli mówi o możliwym naruszeniu niezależności komunikacji i wyborze tematów komunikacji²⁸. Także niewinny obywatel, który musi się obawiać bezpodstawnego podsłuchu swojego telefonu, z pewnością zastanowi się dwa razy, zanim coś powie, jeśli wie, że prokurator może słyszeć jego słowa. W ten sposób wskazuje już sąd, jak głęboko § 3 G 10 ingeruje w zakres ochronny art. 10 GG. Następnie można również wywnioskować z uzasadnienia uchwały, iż Federalny Trybunał Konstytucyjny nie wydaje się być przekonany o efektywności tego unormowania. Jeśli już należy się obawiać, że wierny prawu obywatel zmienia swoje zachowanie komunikacyjne, to należy się tym bardziej liczyć z tym fenomenem w odniesieniu do przestępców.

Po tych wywodach już blisko do wniosku, że BVerfG w swoim rozstrzygnięciu odnośnie skargi konstytucyjnej będzie żądał co najmniej dostatecznych środków celem ochrony niepodejrzanych przy ocenie i dal-

szemu przekazaniu tych danych, które zostały uzyskane przez zastosowanie środków dochodzeniowych. Jest więc rzeczą bardzo wątpliwą, czy § 3 G 10 przetrwa w swojej obecnej formie.

c) Materialne warunki interwencji

Wymienione w § 100a StPO środki śledcze dopuszczalne są tylko w postępowaniach, których przedmiotem są określone czyny bezprawne (tzw. czyny katalogowe) wymienione w ustawie enumeratywnie²⁹.

Należą tutaj, ze względu na rodzaj i wagę, różne typy przestępstw. W kodeksie karnym możemy najpierw znaleźć cały szereg praktycznie mniej istotnych deliktów przeciwko państwu (nr 1 a-e), następnie jednak klasyczne typy przestępstw części szczególnej StGB., jak np. umyślne delikty pozbawienia życia, szantaż, rabunek i paserstwo i także specjalne ogólnie niebezpieczne czyny bezprawne (pkt 2). Z zakresu prawa karnego dodatkowego przejęto niektóre delikty, a mianowicie z ustawy o posiadaniu broni, ustawy o handlu zagranicznym i ustawy o kontroli handlu bronią (pkt 3) oraz z ustawy o środkach odurzających (pkt 4). Ustawa o zwalczaniu przestępczości z 1994 r. wprowadziła w końcu nowy pkt 5, zgodnie z którą obecnie także delikty według ustawy o obcokrajowcach i postępowaniu w sprawach o azyl, należą do czynów katalogowych³⁰.

§ 100a StPO nie wymaga czynu dokonanego, wystarcza karalne usiłowanie dokonania czynu katalogowego. Ponadto wystarczają już nawet działania przygotowawcze, jak również uczestnictwo w takich działaniach, jeżeli te zachowania same są czynami bezprawnymi lub karalnymi według § 30 StGB³¹. Natrafiające na wątpliwości poszerzenie typów przestępnego zachowania na działania przygotowawcze, które rzadko same muszą być czynami katalogowymi, jest powodem uzasadnionej krytyki³².

Według § 100a StPO kontrola jest dopuszczalna tylko wtedy, kiedy określone fakty uzasadniają podejrzenie popełnienia jednego z czynów katalogowych. Jak silne musi być istniejące podejrzenie, aby ingerencja była uzasadniona, jest sporne. Zgodnie z orzecnictwem i zapatrywaniem części doktryny nie musi być to podejrzenie wystarczające w sensie § 203 StPO, ani tym bardziej nie cierpiące zwłoki w sensie § 112 I pkt 1 StPO³³. Konieczne jest jedynie, iż występujące konkretne fakty bezpośrednio lub co najmniej jako oznaki dowodowe uzasadniają podejrzenie popełnienia czynu katalogowego lub przygotowania do niego³⁴. W przypadku kontroli w celu określenia jedynie miejsca pobytu część doktryny chce podnieść wymagania odnośnie podejrzenia o dokonanie czynu i zgodnie z tym powinny tu być wypełnione wymagania § 127 II StPO³⁵.

W końcu w stosunku do § 100a StPO wyraźnie obowiązuje zasada subsydiarności. Kontrola zgodnie z nią jest dopuszczalna, jeżeli stwierdzenie jakiegoś stanu faktycznego lub określenie miejsca pobytu obwinionego w inny sposób nie może nastąpić bądź stwierdzenie to w inny sposób byłoby znacznie utrudnione. Ostatni przypadek byłby przyjęty wtedy, kiedy użycie innego środka wyjaśnienia doprowadziłoby do znacznego opóźnienia postępowania³⁶.

Czy środek kontroli musi ponadto jeszcze dodatkowo odpowiadać zasadzie proporcjonalności, jest sporne, ale w przypadku ingerencji w podstawowe prawa i powinien pozostawać z nią w zgodzie³⁷.

d) Potencjalne podmioty środka kontroli

Zgodnie z § 100a s. 2 StPO podmiotem środka kontroli może być sam obwiniony. Nie musi już być przeciwko niemu wdrożone postępowanie dochodzeniowe, zarządzenie kontroli może nawet być w ogóle pierwszą czynnością dochodzeniową³⁸.

Przeciwko nieobwinionym dopuszczalne są ingerencje według § 100 a ust. 2 StPO, jeśli osoby te są tzw. „pośrednikami” informacji. Musi być więc dopuszczalne, gdy te osoby są adresatami informacji lub kierują je dalej, które wypływają bezpośrednio albo tylko pośrednio od obwinionego lub są kierowane do niego³⁹. Oprócz tego wolno podsłuchiwać urządzenia nieobwinionych także wtedy, kiedy na podstawie konkretnych faktów można przypuszczać, że obwiniony je używa⁴⁰.

Jeśli korzysta on z innego połączenia, zwraca się uwagę, że § 100a StPO, w przeciwieństwie do § 97 StPO, nie przewiduje jasno ochrony kręgu osobowego wymienionego w §§ 52, 53 StPO.

Nie jest to problematyczne w stosunku do § 52 StPO, ponieważ tam ingeruje się tylko w tajemnice, które mają być chronione przed osobami trzecimi jedynie w interesie prywatnym, a nie w interesie publicznym⁴¹.

Odnosnie tych, uprzywilejowanych według § 53 StPO grup zawodowych, zaleca się, ze względu na § 97 StPO, wykładnię zawężającą. Kontrola ma być dopuszczalna tylko w przypadkach § 97 II 3 StPO, jeśli chodzi o ochronę informacji przez § 53 StPO⁴².

Co innego obowiązuje, jeśli sam obrońca obwinionego jest podmiotem podsłuchu. Zgoda istnieje co do tego, iż jego telefonu, ze względu na § 148 StPO, nie wolno podsłuchiwać⁴³. Według dość rozpowszechnionej opinii ocena ta nie ulega zmianie także przy podejrzeniu uczestnictwa w czynie, przynajmniej tak długo, dopóki obrońca nie zostanie wykluczony zgodnie z § 138a I ust. 1 StPO, ponieważ ochrona § 148 tak długo nie powinna działać na jego korzyść⁴⁴. Inni natomiast żądają za-

stosowania § 100a StPO, jeśli istnieje podejrzenie współdziałania lub uczestnictwa obrońcy w czynie głównym⁴⁵. Najwyższy Sąd Federalny (BGH) idzie tutaj drogą pośrednią i dopuszcza kontrolę obrońcy tylko wtedy, jeśli obrońca jest podejrzany o to, że sam brał udział w czynie katalogowym obwinionego w charakterze sprawcy bądź uczestnika⁴⁶. Natomiast kontrola ta traktowana jest jako niedopuszczalna przy podejrzeniu popełnienia czynu związanego z czynem sprawcy głównego (poplecznictwo, udaremnienie ukarania lub paserstwo)⁴⁷.

e) Wykorzystanie zdobytych informacji

Pośrednio zdobyty w czasie kontroli materiał dowodowy, jak np. taśmy magnetofonowe, kopie telefaksowe lub wyciąg z drukarki zostają wprowadzane do rozprawy głównej odpowiednio do różnych przewidzianych możliwości karno-procesowych⁴⁸. Taśmy magnetofonowe jako obiekty naoczne należy przesłuchać⁴⁹, ujęte w formie pisemnej wyniki kontroli są przedmiotem dowodu z dokumentu⁵⁰ i tym samym do potraktowania według § 249 StPO. Ponadto można udostępnić wyniki kontroli także pośrednio np. przez przesłuchanie prowadzących dochodzenie urzędników w postępowaniu⁵¹.

Odnosnie pytania o zakres wykorzystania tych środków dowodowych w procesie należy zasadniczo rozróżniać pomiędzy legalnym i bezprawnym zarządzeniem kontroli ruchu telekomunikacyjnego.

aa) *Legalność zarządzenia*

Nadzór jest legalny tylko wtedy, kiedy obok materialnych warunków § 100a StPO zachowane są także i wymogi procesowe § 100b StPO. Ważne podkreślenia jest to, iż zgodnie z § 100b I StPO przeprowadzenie tego nadzoru jest możliwe tylko przez sędziego, a w razie niebezpieczeństwa, tymczasowo przez prokuraturę, ale nie przez policję.

W przypadku legalnej kontroli ruchu telekomunikacyjnego według § 100a StPO orzecznictwo przyjmowało najpierw nieograniczone prawo do wykorzystania wszystkich uzyskanych przy tej okazji danych⁵². Pod wpływem krytyki ze strony doktryny⁵³ BGH doszedł do bardziej zróżnicowanego podejścia. Odrzuca się automatyzm pomiędzy legalnym zarządzeniem i pełnym wykorzystaniem informacji⁵⁴. Przeciwnie, zaleca się, przy uwzględnieniu znaczenia art. 10 GG, raczej przyjazną Konstytucji wąską wykładnię § 100a StPO⁵⁵, co musi również obowiązywać odnośnie problemu wykorzystania zdobytych informacji⁵⁶.

Na tym tle można stwierdzić co następuje: w postępowaniu przeciwko obwinionemu można wykorzystać zdobyte informacje nawet wtedy, kiedy odnoszą się do innego katalogowego czynu, aniżeli tego, z powodu

którego prowadzono dochodzenie, ponieważ w takim przypadku również samodzielne zarządzanie kontroli byłoby dopuszczalne (tzw. „hipotetyczny zamach” w stosunku do przypadkowo zdobytych informacji)⁵⁷. Nowy § 100b V StPO w ujęciu ustawy o zorganizowanej przestępczości (OrgKG) stanowi jedynie potwierdzenie dotychczas istniejącego orzecznictwa.

Jako dowodu w stosunku do czynów niekatalogowych nie wolno wykorzystać informacji zdobytych według § 100a StPO. Co innego powinno obowiązywać, jeśli tak zdobyte informacje stoją „w związku z podejrzeniem popełnienia czynu katalogowego”⁵⁸. Ta formuła doświadczyła, i to słusznie, wiele krytyki z powodu jej niejasności⁵⁹ i jest w literaturze częściowo z tego względu akceptowana, iż czyn katalogowy i będący w związku muszą tworzyć jeden czyn w sensie § 264 StPO⁶⁰. Jest rzeczą jednakże wątpliwą, czy to unormowanie przyczynia się istotnie do wyjaśnienia problemu, ponieważ jedno puste sformułowanie jest zastąpione przez inne - niemniej problematyczne i często dyskutowane⁶¹.

Ponadto orzecznictwo dopuszcza wykorzystanie wyników kontroli jako dowodu na czyn będący w związku z czynem głównym także wówczas, jeśli bądź sąd lub nawet prokuratura już w postępowaniu przygotowawczym uważa podejrzenie o popełnienie czynu katalogowego za niewystarczające dla skazania bądź wniesienia aktu oskarżenia. Wystarczający powinien być tylko obiektywny związek z czynem katalogowym w momencie zarządzenia podsłuchu⁶².

Tej, reprezentowanej przez część doktryny⁶³, wykładni § 100a StPO, nie należy akceptować. Przyjmując niesłusznie podejrzenie popełnienia czynu katalogowego można łatwo obejść surowe warunki tej normy⁶⁴. Ważniejsze jest jednak, iż nie tylko bezpośrednio przez podsłuch, lecz również przez związane z nim wykorzystanie w procesie karnym, ingeruje się w konstytucyjnie chronione pozycje obwinionego, co jednak według wyczerpującej regulacji § 100a StPO powinno być możliwe tylko w przypadku podejrzenia popełnienia czynu katalogowego⁶⁵.

W końcu, zgodnie z opinią orzecznictwa, także wypowiedzi osób trzecich, które używają podsłuchiwanego urządzenia, są do wykorzystania, ponieważ ich interes, chroniony konstytucyjnie, musi ustąpić w przypadku zastosowania § 100a StPO⁶⁶.

Od tego należy jednak odróżniać wykorzystanie materiałów dowodowych w postępowaniu przeciw osobom trzecim. Zgodnie z nowo sformułowanym § 100b V StPO można te informacje w każdym razie wtedy wykorzystać, kiedy chodzi w procesie o czyn katalogowy według § 100a StPO⁶⁷, w pozostałej części istnieje zakaz wykorzystania.

bb) Bezprawność zarządzenia

Przede wszystkim chodzi tu o brak warunków § 100a StPO. Zgodność poglądów występuje co do tego, iż nie można wykorzystać informacji z podsłuchu, jeśli od samego początku brak było podejrzenia o popełnienie jednego z czynów katalogowych⁶⁸. Inaczej brak warunków § 100a StPO spowoduje zakaz wykorzystania, kiedy jego warunki zostały przyjęte samowolnie⁶⁹.

Następnie możliwe jest naruszenie § 100b StPO. Zakaz wykorzystania materiałów wchodzi jednak w grę tylko w przypadku ciężkich naruszeń przepisów, jeśli np. zamiast sędziego, albo w przypadkach nagłych, zamiast prokuratora policja samowolnie zarządzi podsłuch⁷⁰.

cc) Dalsze skutki zdobytych nieprawidłowo informacji

Problem, czy wolno wykorzystać także środki dowodowe, które zostały zdobyte przez organy ścigania dopiero w drodze zapoznania się z nie nadającymi się do wykorzystania rezultatami podsłuchu, jest problemem spornym. Orzecznictwo w zasadzie zanegowało dalsze skutki zakazu wykorzystania materiałów dowodowych w zakresie § 100a StPO⁷¹. W ten sposób wolno w ramach § 100a StPO użyć te nie nadające się do wykorzystania informacje, aby podjąć dochodzenie, które bazuje zarówno na podejrzeniu popełnienia czynu katalogowego, jak i nie-katalogowego i które nie muszą być czynami stojącymi w związku z czynem głównym⁷².

3. Tak zwany „wielki podsłuch”

Mimo pewnych niepewności w stosowaniu § 100a StPO w konkretnych przypadkach BGH słusznie odrzucił interpretację zakładającą analogiczne stosowanie tego przepisu w podobnych przypadkach, w których chodzi o podsłuch prywatnej komunikacji do celów śledczych. W ten sposób uznano za niedopuszczalne wykorzystanie „rozmów w pomieszczeniu”, których podsłuch został przypadkowo umożliwiony w trakcie zarządzanego nadzoru telefonicznego przez niewłaściwe odłożenie słuchawki⁷³. W dalszej kolejności BGH stwierdził w 1986 r., że § 100a StPO nie dopuszcza tajemnego podsłuchu prywatnych rozmów poza ruchem telekomunikacyjnym⁷⁴.

Wprowadzony ustawą o przestępczości zorganizowanej (OrgKG) w r. 1992 przepis § 100c I ust. 2 StPO zaspokoił żądanie o poszerzenie możliwości stosowania podsłuchu. Kontrola i rejestracja niepublicznie mówionego słowa przy pomocy technicznych środków i niezależnie od ruchu telekomunikacyjnego jest obecnie w przypadku podejrzenia popełnienia czynu katalogowego z § 100a StPO zasadniczo dopuszczalna. Mimo, iż

sformułowanie § 100a jest dość nieprecyzyjne, istnieje jednak daleko idący konsensus, że także ten przepis nie zezwala na różne sposoby kontroli w zakresie chronionym przez art. 13 GG mieszkań. Stanowisko to uzasadnia się przede wszystkim ze względu na szczególną, gwarantowaną konstytucyjnie, ochronę nienaruszalności mieszkania⁷⁵ oraz także historią powstania ustawy⁷⁶.

Przy okazji dyskusji na temat ustawy OrgKG ustawodawca odroczył wykraczający poza te ramy problem „małego” i „dużego podsłuchu”⁷⁷. Uchwałą z 04.06.1992 przedstawił jednak jasno, że ma zamiar prowadzenia dalszych narad, ażeby sprawdzić „możliwość i konieczność konstytucyjno-prawnie niepodważalnego i odpowiadającego potrzebom praktyki unormowania odnośnie zastosowania technicznych środków w mieszkaniach, celem wyjaśniania i ścigania przestępczości zorganizowanej”⁷⁸.

Także zatem po wprowadzeniu § 100c I ust. 2 StPO nie przerwano dyskusji polityczno-prawnej, która pod hasłem „zamach podsłuchowy / wielki podsłuch” weszła do powszechnego użytku językowego. Pytanie, jak daleko możliwa jest techniczna kontrola mówionego słowa także wewnątrz mieszkania, pozostaje w dalszym ciągu bez odpowiedzi.

a) Terminologia

Pojęcie „zamach podsłuchowy/wielki podsłuch” pojawia się po raz pierwszy w r. 1977 w związku ze skandalem podsłuchowym Traube⁷⁹. Tygodnik 'Spiegel' odkrył w lutym tego roku, że w 1976 r. członkowie wywiadu umieścili w mieszkaniu naukowca, fizyka jądrowego, Traube, aparat podsłuchowy⁸⁰. Ponieważ podejrzewano Traube o poparcie dla terrorystów, wyrazili na tę akcję zgodę ówcześni odpowiedzialni, mianowicie Federalny Minister Maihofer i Prezydent Federalnego Urzędu do Spraw Ochrony Konstytucji Meier. Termin „zamach podsłuchowy/wielki podsłuch” wywodzi się z opublikowanych podówczas urzędowych dokumentów⁸¹ i nie był więc początkowo właściwie żadnym politycznym terminem w ustach krytyków metod policyjnych⁸².

W toku aktualnej dyskusji polityczno-prawnej pod pojęciem „wielkiego podsłuchu” w przeciwieństwie do „małego podsłuchu”, przy którym dokonuje się tylko zapisu słowa, które jest wypowiedzane w obecności tajnego agenta, rozumie się kontrolowane wybadanie przebiegu życia w mieszkaniu przez organy ścigania⁸³.

Do tych celów stoi w międzyczasie do dyspozycji cały szereg możliwości. Z zewnątrz można podsłuchiwać rozmowy w domach przy pomocy mikrofonów kierunkowych. Nawet przy zamkniętych oknach jest to dziś możliwe przy zastosowaniu akustycznych konwerterów bądź noś-

ników interferencyjnych, które rejestrują wywołane przy pomocy fal dźwiękowych wstrząsy szyb okiennych i zamieniają je ponownie w sygnały akustyczne⁸⁴.

Zwolennicy „wielkiego podsłuchu” widzą w nim wypróbowany środek w walce policji przeciwko tzw. przestępczości zorganizowanej”. Ten różnorodny fenomen socjologiczno-kryminalny uniknął jednak dotąd wystarczającego pod względem naukowym zdefiniowania⁸⁵. Wspólna grupa robocza Konferencji Ministrów Spraw Wewnętrznych i Sprawiedliwości usiłuje ująć zorganizowaną przestępczość jako „nakierowane na zysk i władzę określone, planowe, popełnianie czynów przestępnych, które jako pojedyncze lub w całości mają poważne znaczenie, jeśli więcej niż dwóch uczestników na dłuższy lub nieokreślony czas działa wspólnie na zasadach podziału pracy:

1. Stosując zawodowe lub podobne do handlowych struktury,
2. Posługując się przemocą lub innymi nadającymi się do zastraszenia środkami, lub
3. Poprzez wpływ na politykę, środki masowego przekazu, administrację publiczną, wymiar sprawiedliwości i gospodarkę. Termin ten nie obejmuje terrorystycznych czynów bezprawnych”⁸⁶.

To bardzo otwarte sformułowanie potwierdza wyraźnie trudności praktycznego pojęciowego rozgraniczenia, pozwala jednak subsumować tak różne społeczne stany faktyczne jak włoska/amerykańska mafia lub neapolitańska Camorra, aż po „frankfurcką mafię zajmującą się prawami jazdy”.

Już z powodu tego niejasnego terminologicznego punktu zaczepienia należy być ostrożnym, jeśli tak silna ingerencja w prawa obywatelskie, jak „wielki podsłuch” ma odnosić się terminologicznie do tak jeszcze niejasnych fenomenów, jak „przestępczość zorganizowana”.

b) *De lege ferenda*: Problem efektywności i zgodności z konstytucją „wielkiego podsłuchu”

Kontrola słowa mówionego przy pomocy środków technicznych wewnątrz mieszkań do celów prewencyjnych jest już możliwa przy respektowaniu warunków określonych przez ustawy krajowe dla policji i urzędów ochrony konstytucji poszczególnych landów, ale także zgodnie ze zmienionymi w 1990 r. ustawami związkowymi dla Federalnego Urzędu do Spraw Ochrony Konstytucji, dla wywiadu wojskowego jak i wywiadu federalnego na podstawie przepisu art. 13 III GG⁸⁷.

W centrum współczesnej dyskusji polityczno-prawnej znajduje się pytanie, czy „wielki podsłuch” należy oprócz tego wprowadzić w celu

ścigania karnego. W tym miejscu należy rozróżniać dwa punkty widzenia: czy taka ustawowa nowelizacja jest z punktu widzenia możliwie efektywnego ścigania karnego sensowna i czy byłaby w dalszym ciągu w ogóle prawnie dopuszczalna.

Jeśli chodzi o konieczność wprowadzenia „wielkiego podsłuchu”, to jego zwolennicy powołują się na rosnącą liczbę popełnionych w sposób zorganizowany czynów przestępnych i ciągle rosnący, stojący za tym potencjał władzy. „Przestępczość zorganizowana” zagraża w końcu stanowi państwa prawa⁸⁸. W związku z tym często odsyła się najczęściej do skutecznej praktyki przede wszystkim w USA⁸⁹. Faktycznie jednak operuje się tam tym instrumentem bardzo wstrzemięźliwie. Według informacji FBI⁹⁰ w r. 1991 zaledwie w 45 przypadkach miało miejsce zastosowanie mikrofonów, według innych danych⁹¹ przeprowadzono 62 „wielkich podsłuchów” mieszkań.

Niezależnie od praktyki w innych państwach, w Niemczech natomiast, nawet ten najgorszy „zorganizowany przestępca” w międzyczasie, i to najpóźniej po tej długotrwałej dyskusji publicznej, zastanowi się, i to być może kilkakrotnie, czy ma odbyć konspiracyjne spotkanie we własnym mieszkaniu, czy też nie wybrać lepiej inne, trudniejsze do podsłuchu miejsce⁹².

Także z punktu widzenia efektywnej ochrony praw podstawowych należałoby uprawiać ustawową wstrzemięźliwość w związku z możliwym wprowadzeniem „wielkiego podsłuchu” do k.p.k. (StPO).

Według interpretacji BVerfG (Federalnego Trybunału Konstytucyjnego) zakres ochronny art. 13 GG (Ustawy Zasadniczej) należy pojmować szeroko⁹³. Pod pojęciem „mieszkanie” należy rozumieć każde nie przeznaczone do powszechnego użytku pomieszczenie, które jest miejscem pobytu i działania człowieka⁹⁴. To, że „wielki podsłuch” narusza zakres ochronny art. 13 GG, nie jest w literaturze sporne⁹⁵. Także zgodnie z opinią BVerfG zgodnie z art. 13 GG musi pozostać każdemu człowiekowi do wyłącznej jego dyspozycji prywatna sfera, która jest wyłączona z państwowej ingerencji⁹⁶, i dokładnie tym obszarem jest mieszkanie prywatne.

Zgodnie z tym nie powinno także być obojętne, czy mieszkanie może być naruszone przestrzennie przez nieupoważnionych, lub czy naturalna ochrona mieszkania (miru domowego) może być przełamana w drodze podsłuchu i wbrew woli upoważnionego, przy pomocy środków technicznych⁹⁷.

Odnosnie „małego podsłuchu” można mimo to rozważyć, czy nie wchodzi w grę zgoda na podsłuch zainteresowanego. Jest on jednakże i

tak wprowadzony w błąd przez legendę tajnego agenta co do osoby, którą on faktycznie wpuścił do swego mieszkania. Ta sytuacja jest podobna do uchylającego bezprawność czynu przyzwolenia w prawie karnym, które tylko wtedy jest skuteczne, jeśli nie jest uzyskane w drodze oszustwa⁹⁸. Tak więc uchylające bezprawność czynu zezwolenie jest w przypadku „małego podsłuchu” wykluczone⁹⁹.

Dyskutuje się ponadto, czy kontrolę prywatnie wygłoszonego słowa w mieszkaniach nie da się uzasadnić tym, że traktuje się podsłuch jako „akustyczną rewizję” zgodnie z ustawowym ograniczeniem prawa podstawowego z art. 13 II GG¹⁰⁰. Szczególnie tajemniczość tego środka, w przeciwieństwie do rozpoznawalnej przez zainteresowanego rewizji mieszkania, przemawia przeciwko takiemu rozwiązaniu¹⁰¹.

Także art. 13 III GG nie jest dla „wielkiego podsłuchu” furtką otwartą do art. 13 I GG¹⁰². Zgodnie z tym przepisem wolno zastosować inne środki interwencji i ograniczenia tylko w celu odparcia bezpośredniego niebezpieczeństwa. Jeśli się właściwie pojmuje wolę ustawodawcy¹⁰³, która została wyrażona w ustawie o zwalczaniu przestępczości zorganizowanej (OrgKG), to w przypadku „wielkiego podsłuchu” chodzi w pierwszej kolejności o prawnokarny, represyjny aspekt zwalczania przestępczości.

W końcu nie wchodzi w rachubę ograniczenie art. 13 I GG przez immanentne bariery¹⁰⁴, ponieważ te można uwzględniać tylko w tych tekstach Konstytucji, gdzie gwarantowane są wyraźnie prawa podstawowe „nieograniczone”, jak np. w art. 4 I, II lub 5 III GG¹⁰⁵.

Obok możliwego naruszenia art. 13 I GG dyskutuje się w literaturze, czy przez wprowadzenie „wielkiego podsłuchu” nie narusza się jednocześnie podstawowego prawa do informacyjnego samookreślenia z art. 2 I w związku z art. 1 I GG¹⁰⁶. Według tej normy prawnej jednostka powinna zasadniczo sama decydować o ujawnieniu i wykorzystaniu danych osobistych¹⁰⁷. Do zakresu tej ochrony należy również to, że jednostka ma prawo wiedzieć, kto, kiedy i co dowie się na jej temat. Tak więc i zakres ochronny tego prawa podstawowego styka się z problemem „wielkiego podsłuchu”, poprzez który są zbierane informacje o zainteresowanym bez lub wbrew jego woli¹⁰⁸.

Wątpliwe jest tylko, czy prawo podstawowe o informacyjnym samookreśleniu nie ustępuje specjalnemu unormowaniu art. 13 I GG. BVerfG wyprowadza prawo do informacyjnego samookreślenia z ogólnego prawa osobowościowego, które zasadniczo tylko uzupełnia wyszczególnione osobno prawa podstawowe i jest brane pod uwagę tylko w przypadku, kiedy te specjalne prawa nie mogą być uwzględnione¹⁰⁹. Już art. 13 I GG

powinien gwarantować obszerną ochronę tajemnicy i obszaru komunikacyjnego, jakim jest mieszkanie. Zagadnienie konkurencji norm konstytucyjnych możemy tutaj pozostawić nie rozstrzygniętym¹¹⁰, ponieważ w rezultacie już na podstawie naruszenia art. 13 I GG ani „małego”, ani „wielkiego” podsłuchu nie wolno było na podstawie normalnej ustawy wprowadzać do k.p.k. (StPO)¹¹¹.

W ten sposób pozostaje tylko zmiana samej Konstytucji, celem zalegalizowania „wielkiego podsłuchu”. Od strony techniki ustawodawczej można by to dokonać drogą poszerzenia zakresu barier ograniczających zakres ochronny art. 13 III GG, przy czym jednak muszą być uwzględnione postawione odnośnie zmiany Konstytucji granice w art. 19 II i 79 III GG. Przede wszystkim jednak nie wolno naruszać ani zakresu prawa podstawowego z art. 13 I GG, ani nie może jednostka być zdegradowana wyłącznie do roli obiektu władzy państwowej¹¹².

Ale właśnie co najmniej tego należy się obawiać w przypadku „wielkiego podsłuchu”. Tutaj zainteresowany podlega środkom organu ścigania, których szczególnym znakiem jest poufność i które się właśnie przez to fundamentalnie różnią od innych ingerencji w prawa podstawowe - jak np. rewizja.

Odnośnie specjalnej ochrony komunikacji nieoficjalnej dochodzi jeszcze jeden element. W przypadku kontroli ruchu telekomunikacyjnego według § 100a StPO zainteresowany przekazuje informacje do publicznej sieci przekazywania danych i opuszcza tym samym komunikacyjnie swój własny pierwotny zakres. Przy podsłuchiowaniu niepublicznie wypowiedzianych słów w mieszkaniu odbiera się praktycznie tej podsłuchiwanej osobie ostatnią możliwość wycofania się na pozycję zaiste prywatnej komunikacji. Wzajemne obcowanie ludzi aż do najbardziej osobistych zakresów osobowych form wyrażania się, staje się przedmiotem wiedzy państwowej.¹¹³

W rezultacie, tajemna kontrola prowadzonych w mieszkaniach rozmów stanowi poważny zamach na podstawowe prawa człowieka celem zdobycia przez państwo informacji. „Wielki podsłuch” jest zamachem nie tylko na sferę prywatną, lecz wręcz ją likwiduje¹¹⁴. Jeśli bierze się poważnie nakaz możliwie jak najpełniejszej ochrony podstawowych praw konstytucyjnych, to również zmiana Konstytucji na korzyść „wielkiego podsłuchu” jest drogą niemożliwą do pójścia.

4. Podsumowanie

Podczas gdy fachowy świat nauk prawnych i polityczno-prawnie zainteresowana społeczność włożyła wiele wysiłku w rozpracowanie tego

problemu, wprowadzone jednocześnie tylnymi drzwiami nowe czyny katalogowe do § 100a StPO i poprzez zmianę § 3 G 10 oraz rozporządzenia o kontroli nowych urządzeń telekomunikacyjnych rozszerzano coraz bardziej możliwości kontroli dostępne organom ścigania. Pozostaje jednak wątpliwość co do wynikających z tych nowych regulacji dla praktyki ścigania karnego korzyści.

Jest natomiast rzeczą pewną, że ograniczono niniejszym znacznie konstytucyjnie chronione prawa obywateli. Można mieć tylko nadzieję, że oczekiwany wyrok BVerfG w sprawie głównej przeciwko § 3 G 10 przyczyni się do wyjaśnienia granicy dopuszczalnych środków podsłuchu i konstytucyjnie chronionej sfery indywidualnej.

Przypisy:

1. *Por. Eisenberg*, NJW 1993, 1033 i n.
2. *Raum/Palm*, JZ 1994, 447; konkretnie na ten temat jeszcze *Sieber*, JZ 95, 758 i n.
3. BGBl I 1992, 1302.
4. BGBl I 1994, 3186.
5. BGBl I 1995, 722.
6. *Por. na ten temat dowody zmian u Kleinknecht/Meyer-Goßner*, 42.wyd. 1995 r., s. XXXVII i n.
7. BGHSt 31, 296, 298; 31, 304, 306; *LR/Schäfer*, 24. wyd. 1988 r., § 100a/1.
8. *SK/Rudolphi*, 12. dostawa, październik 1994 r., § 100a/1.
9. Za tym *Kleinknecht/Meyer-Goßner* § 100 a/2; inny pogląd *SK/Rudolphi* § 100a/4, który ten termin chce odnieść tylko do telefonów i dalekopisów, ale nie do telegramów, a także nie do radionamierników lub telefonów kontrolnych, celem zidentyfikowania uczestnika rozmowy telefonicznej.
10. Tak w rezultacie także *KK/Nack*, 3. wyd. 1993, § 100a/2; *por. także BVerfGE* 46, 120, 143.
11. *SK/Rudolphi* § 100a/5.
12. Inny pogląd *Malek* NJ 92, 242.
13. *Por. odnośnie wszystkiego Fox c't 7/95 s. 72 i n.; Pfeiffer/Diesler/Kauß* CHIP 8/95 s. 48 i n.
14. *Fox c't 7/95 s. 17.*
15. *Fox op. cit. s 73.*
16. *Fox op. cit. s 76.*
17. *LR/Schafer* § 100a/18 przeciwnie, potwierdza dopuszczalność takiego ustalenia miejsca w ogóle, jednakże bez zajmowania się specjalnie problemem telefonów bezprzewodnikowych.

18. Der Spiegel 33/95 z 14.08.1995, s. 17: „Im eigenen Netz”. Te przypadki różnią się od możliwości sędziowskiego wniosku o informację według § 12 FAG, ponieważ ten przepis zezwala na późniejszą informację odnośnie ruchu telefonicznego obwiniętych, por. na ten temat *KK/Nack* § 100a/4.

19. BGHSt 31, 296, 298; 31, 304, 306; *LR/Schäfer* § 100a/5 z dalszymi dowodami. Sporne jest natomiast, czy § 100a StPO także może służyć w celu zapobiegania niebezpieczeństwom, por. na ten temat *SK-Rudolphi* § 100a/3a z dalszymi dowodami.

20. *SK/Rudolphi* § 100a/2.

21. *SK/Rudolphi* § 100a/3 z dal. dow.

22. Uchwała z 05.07.1995, syg. akt 1 BvR 2226/94.

23. BVerfG, s.6 wyroku.

24. Op. cit., s. 9 n.

25. Op. cit. s. 12.

26. Op. cit. s. 13, 17.

27. Op. cit. s.15, 19.

28. Op. cit. s. 13.

29. Całkiem przeważająca opinia, por. *SK/Rudolphi* § 100a/10; *Kleinknecht/Meyer-Goßner* § 100a/4; inny pogląd jeszcze *Suppert*, Studien zur Notwehr und notwehrähnlichen Lage, s. 243, który powołując się na § 34 StGB chce poszerzyć katalog deliktów.

30. Por. *Knig/Seitz* NStZ 1995, 4.

31. BGHSt 32, 10, 16.

32. *Lehmann* ArchPF 1979, 10; *Welp*, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, s. 55, przyp. 41.

33. BGH 5 StR 9/80 z 26.02.1980; *LR/Schäfer*, § 100a/12.

34. *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 100a/6.

35. *Schlüchter*, StPO, 2. wyd. 1983, Das Strafverfahren, nr 349.

36. Por. na ten temat *Kleinknecht/Meyer-Goßner* § 100a/7.

37. Za tym *KK/Nack* § 100a/8; *LR/Schäfer* § 100a/14; przeciwko *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 100a/4.

38. *LR/Schäfer*, § 100a /20.

39. *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 100a/11.

40. *KK/Nack*, § 100a/10.

41. *KK/Nack* §, 100a /14 z dalszymi dowodami; bliżej *Rudolphi*, Schaffstein-FS, s. 433 i n.

42. *SK-Rudolphi*, § 100a/21; inny pogląd *Lehmann* ArchPF 1979, 16.

43. BGHSt 33, 347, 349; *Roxin* § 34 C IV 3c z dalszymi dowodami.

44. *SK/Rudolphi*, § 100a/19, *LR/Schäfer* § 100a/26.

45. *KK/Nack*, § 100a/11.

46. BGHSt 33, 347, 350.

47. BGHSt 33, 347, 349.

48. *LR/Schäfer*, § 100a/27.
49. BGHSt 27, 135, 136.
50. BGHSt 27, 135, 136.
51. *SK/Rudolphi*, § 100a/23. Por. odnośnie wprowadzenia tego „transformowanego środka dowodowego” także *LR/Schäfer*, § 100a/27.
52. OLG Hamburg NJW 1973, 157 i n.
53. *Schroeder*, JR 1973, 252 i n.; *Weber*, NJW 1973, 1056 i n.; *Rudolphi*, Schaffstein-FS, s. 449 i n.
54. BGHSt 28, 122, 124.
55. BGHSt 26, 298, 303 i n.
56. BGHSt 28, 122, 125.
57. *LR/Schäfer*, § 100a/31.
58. BGHSt 26, 298, 303.
59. *RießJR* 1983, 126; *KK/Nack*, § 100a/21.
60. *SK/Rudolphi* § 100a /24 z dalszymi dowodami.
61. Por. na ten temat tylko *Kleinknecht/Meyer-Goßner* § 264/2 z dalszymi dowodami.
62. BHSt 28, 122, 125 i n.
63. Por. *Kleinknecht/Meyer-Goßner* § 100a/16.
64. *Welp*, Jura 1981, 478.
65. *Welp*, op. cit.; tak również *SK-Rudolphi*, § 100a/25.
66. BGHSt 29, 23, 24; inny pogląd *Vogel*, NJW 1979, 2524.
67. *SK/Rudolphi*, § 100a/30.
68. BGHSt 26, 298, 303; 32, 68, 70; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 100a/21 z dalszymi dowodami.
69. *LR/Schäfer*, § 100a/41.
70. *LR/Schäfer*, § 100a/43; por. tam również przyp. 110 do BGHSt 31, 304, 308.
71. BGHSt 32, 68, 70 i n.
72. *KK/Nack*, § 100a/25.
73. BGHSt 31, 296, 297 i n.
74. BGHSt 34, 39, 50; por. na ten temat *Bottke*, Jura 87, 356; K per JZ 90, 422.
75. *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 100c/5 z dalszymi dowodami; por. do art. 13 GG także BVerGE 32, 54, 73; 75, 318, 328.
76. *KK/Nack*, § 100c/3.
77. Por. szczególnie odnośnie „małego podsłuchu” *Frister*, StV 1933, 151 i n.
78. Tekst wydrukowany BR-Drs. 388/92.
79. Por. na ten temat *Kutscha*, NJW 1994, 85.
80. Spiegel nr. 10 z 28.02.1977; nr 11 z 07.03.1977.
81. Zob. wydrukowane w Spieglu 11/1977, s.19 materiały ministerstwa.
82. Tak jednak jeszcze *Zachert*, DRiZ 1992, 355.

83. Takie są sformułowania u *Raum/Palm*, JZ 1994, 447.
84. *Hammer*, Verdeckte Ermittlungen im *Strafprozeß*, s. 16.
85. *Eisenberg*, NJW 1993, 1033 i n.; *Hassemer*, DRiZ 1992, 357.
86. Nr 2 wspólnych wskazówek Ministrów/Senatorów Sprawiedliwości lub Spraw Wewnętrznych poszczególnych ziem na temat współpracy przy ściganiu zorganizowanej przestępczości, MinBl. NW 1990, 1721.
87. Por. co do sytuacji np. w Hesji § 15 HSOG; ponadto w prawie federalnym § 9 III ustawy o ochronie Konstytucji (BVerfSchG), § 5 MAD-G, § 3 BND-G; bliżej na ten temat *Kutscha*, NJW 1994, 85; *Guttenberg*, NJW 1993, 567.
88. *Zachert*, DRiZ 1992, 355.
89. Odnośnie tamtejszych ustawowych podstaw bliżej *Raum/Palm* JZ 1994, 448 n.
90. BT-Drs. 12/4405/4.
91. *Lisken*, ZRP 1993, 122.
92. W wyniku tak również *Eisenberg*, NJW 1993, 1039.
93. BVerfG 32, 54, 70.
94. BVerfG 32, 54, 72.
95. Ze względu na ZRP 1992, 244; w wyniku tak także *Krey/Haubrich*, JR 1992, 309 (312); *Eisenberg*, NJW 1993, 1037.
96. BVerfG 27, 1, 6.
97. Tak już *de Lazzer/Rohlf* JZ 1977, 208 n.
98. *Eisenberg*, NJW 1993, 1038.
99. Ze względu na ZRP 1992, 245.
100. *Kamlah*, DV 1970, 46.
101. *Kutscha*, NJW 1994, 87 z dalszymi dowodami.
102. Ze względu na ZRP 1992, 245; *Krey/Haubrich*, JR 1992, 313.
103. Por. uzasadnienie Rady Federalnej (Bundesratu) do projektu OrgKG BT-D 11/7663, s.31.
104. Por. na ten temat *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II, 10. wyd. 1994, nr. 280.
105. *Eisenberg* NJW 1993, 1038.
106. *Raum/Palm* JZ 1994, 452.
107. BVerfGE 65, 1, 43.
108. W ten sposób również *Raum/Palm*, JZ 1994, 452.
109. Na ten temat zasadniczo np. BVerfGE 60, 215, 229 n.
110. Por. odnośnie stanu sporu także *Aulehner*, CR 1993, 454 n.
111. W rezultacie również *Eisenberg*, NJW 1993, 1038.
112. BVerfGE 30, 1, 24 n.
113. Podobnie *de Lazzer/Rohlf*, JZ 1977, 210.
114. Tak również *Raum/Palm*, JZ 1994, 45

PROBLEMY PODSŁUCHU W PROCESIE KARNYM

Na wstępie chciałbym przedstawić kilka uwag o charakterze ogólniejszym.

Stosowanie podsłuchu urasta współcześnie do ważnego problemu społecznego i politycznego, mogącego ograniczyć coraz szerzej i głębiej sferę prywatności poszczególnych obywateli.

Szybki rozwój nowoczesnych urządzeń oraz wszelkiego rodzaju środków inwigilacji, szczególnie ustnych przekazów informacji, zwiększają możliwość podsłuchu.

Stanowi to pokusę przechwytywania ustnych informacji przez osoby, do których nie jest ona adresowana, a więc do ingerencji w życie prywatne innych osób.

Podsłuch jest także formą pracy organów państwowych. Stanowi ona jedną z ważnych metod pracy organów ścigania karnego, za pomocą której możliwe jest wykrywanie i zbieranie dowodów w odniesieniu do konkretnego, popełnionego przestępstwa, wykrycie sprawcy i postawienie go w stan oskarżenia.

Problem ten posiada również drugą stronę medalu. Przechwytywanie w sposób potajemny informacji oznacza jednocześnie wkraczanie w chronioną prawem prywatność określonej osoby, ingerowanie w jej prawa obywatelskie. Mamy tutaj do czynienia z kolizją między interesem społeczeństwa, które musi bronić się przed przestępstwami, stosując nowoczesne urządzenia dla ich wykonywania, zbierania dowodów oskarżenia oraz powstrzymywania przed popełnieniem przestępstwa, a interesami jednostki, aby jej życie prywatne było chronione. Tak więc w każdym państwie prawa, w tym i w Polsce, ustawodawca wążąc obie te sfery musi zdecydować, czy i w jakim zakresie dopuścić ingerencję w prawo do prywatności, mając na uwadze zachodzące tutaj zależności. Zwiększenie uprawnień bowiem w sferze ingerencji odbywa się kosztem uszczuplenia prawa do prywatności i odwrotnie. Stąd też tak ważne staje się wyraźne i precyzyjne uregulowanie dopuszczalności rodzaju i zakresu ingerencji przez kogokolwiek w prywatność obywatela. To stwierdzenie ma szczególne znaczenie w Polsce, która dokonuje transformacji dotąd obowiązującego prawa, pochodzącego z okresu przed przełomem z 1989 r.

Najważniejszymi podmiotami wkraczającymi w prywatność życia poszczególnych obywateli są organy państwowe. Ustawodawca ważyąc prawo do prywatności z potrzebą ingerencji w jej zakres przez organy państwowe, powinien zdecydować, czy i w jakim zakresie taką ingerencję dopuścić. Na ogólne pytanie, czy w określonym ustawodawstwie zamieścić uprawnienie organów państwowych do ingerencji w sferę prawa do prywatności, a więc w sferę praw obywatelskich w ogóle, trzeba odpowiedzieć pozytywnie. Wydaje się, że lepiej w oznaczonym zakresie taką ingerencję dopuścić, ustanawiając odpowiednie warunki legalności takiej ingerencji, gdyż w przeciwnym razie można się obawiać, że organy państwowe będą to czyniły w sposób tajny i nielegalny. Natomiast regulując zakres tej ingerencji ustawodawca powinien dokładnie rozważyć obie strony medalu, uwzględniając także istniejące standardy międzynarodowe.

Z kolei należy zwrócić uwagę na najważniejsze problemy prawne podsłuchu telefonicznego.

Najogólniejszym przepisem w prawie polskim dotyczącym interesującego nas zagadnienia jest zapis konstytucji. Art. 87 ust. 2 zdanie pierwsze stanowi, że zapewnia się tajemnicę korespondencji.

Przepisy o podsłuchu w prawie polskim zamieszczono w Kodeksie postępowania karnego oraz w ustawach policyjnych.

W Kodeksie postępowania karnego z 1989 r. odpowiedni przepis zawiera art. 198 k.p.k. Stanowi on w § 1, że „Urzędy państwowe, telekomunikacyjne, kolejowe i celne oraz instytucje żeglugi wodnej i powietrznej są obowiązane wydać sądowi lub prokuratorowi na ich żądanie korespondencję i przesyłki, mające znaczenie dla toczącego się postępowania; tylko sąd lub prokurator mają prawo je otwierać”.

Uprawnienie do decydowania o zastosowaniu utrwalenia treści rozmów telefonicznych powierzono sądowi lub prokuratorowi. Oznacza to, że w postępowaniu przygotowawczym, w którym prokurator jest *litis dominis*, uzyskał on samodzielne uprawnienie do stosowania tego środka ograniczeń praw obywatelskich. Jeśli się do tego doda spostrzeżenie, że podsłuch telefoniczny jest z reguły stosowany w postępowaniu przygotowawczym, to staje się oczywiste, że prokurator stał się *de facto* zasadniczym organem uprawnionym do zarządzenia stosowania podsłuchu telefonicznego w ogóle.

Zażalenie na postanowienie prokuratora o zastosowaniu podsłuchu telefonicznego rozpoznaje prokurator nadrzędny. W czasie trwania postępowania przygotowawczego tylko na niektóre postanowienia prokuratura zażalenie przysługuje do sądu, jeżeli ustawa tak wyraźnie stanowi. Do

tych ostatnich kategorii nie należy postanowienie prokuratora o zarządzeniu podsłuchu telefonicznego. Mamy więc tutaj do czynienia ze stanem prawnym, w którym ingerencji w prawa obywatelskie dokonuje prokurator bez sądowej kontroli. Ten stan prawny nie czyni zadość nawet minimalnym wymaganiom w tym zakresie, wynikającym z Europejskiej konwencji praw człowieka.

To uregulowanie nasuwa uwagę jeszcze ogólniejszą. Stan prawny, w którym stosowanie podsłuchu telefonicznego pozostaje praktycznie w ręku prokuratora powoduje, że do sądu nie docierają sprawy z tego zakresu w czasie trwania postępowania przygotowawczego. To pewnie wyjaśnia fenomen, że orzeczenia Sądu Najwyższego odnoszące się do podsłuchu telefonicznego należą do rzadkości.

W tym przedmiocie brak jest także wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego, gdyż obowiązujący system prawny w Polsce nie przewiduje indywidualnej skargi do Trybunału Konstytucyjnego w razie naruszenia praw obywatelskich.

To wszystko razem powoduje, że orzecznictwo sądowe w Polsce nie wykształciło kierunków interpretacji art. 198 k.p.k.

Analizowany przepis art. 198 k.p.k. nie wprowadza żadnych ograniczeń co do jego stosowania ze względu na rodzaj i wagę popełnionego przestępstwa. Jedynie w literaturze podnoszono potrzebę ograniczenia stosowania podsłuchu telefonicznego tylko do spraw ze względu na charakter i wagę popełnionego przestępstwa¹. De lege lata podsłuch telefoniczny może być więc legalnie zainstalowany w każdej sprawie, bez względu na rodzaj i wagę popełnionego przestępstwa, co do którego sprawa się toczy.

Przytoczony przepis art. 198 k.p.k. niestety nie określa także odrębnego terminu dla czasu stosowania podsłuchu telefonicznego. Pozostawia to dużą swobodę prokuratorowi w postępowaniu przygotowawczym co do czasu trwania podsłuchu telefonicznego. Jedynym ograniczeniem w tym zakresie są terminy przewidziane dla śledztwa i dochodzenia. Obecny stan prawny również w tym zakresie nie odpowiada minimalnym standardom międzynarodowym.

Cel stosowania podsłuchu telefonicznego został określony w art. 198 § 1 k.p.k. bardzo lakonicznie. Utrwalenie treści rozmów telefonicznych - według tego przepisu - może nastąpić wtedy, kiedy to ma znaczenie dla toczącego się postępowania. W literaturze podejmowane były próby zacieśnienia tego warunku do możliwości stosowania podsłuchu telefonicznego, gdy istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo uzyskania w ten sposób dowodów przestępstwa bądź realizacji innych zadań postępowania.

nia przygotowawczego, wyrażonych w art. 261 k.p.k. W przeciwnym razie trzeba by się zgodzić - ze względu na brzmienie tego przepisu - na jego stosowanie w sytuacjach nie mających uzasadnienia w celach prowadzonego postępowania karnego, a jedynie na zasadzie, że być może coś z tego wyniknie².

Przytoczony przepis nie przewiduje też chociażby minimalnego progu jego zastosowania, kiedy np. wyczerpano inne możliwości dowodowe.

Z treści art. 198 k.p.k. wynika, że przewidziany w nim podsłuch telefoniczny może być zarządzony po wszczęciu postępowania karnego, w czasie jego trwania, zarówno w fazie postępowania *in rem*, jak i w czasie ścigania imiennego określonej osoby.

Przepis art. 198 k.p.k. nie ogranicza zainstalowania podsłuchu tylko na linii telefonicznej należącej do oskarżonego. Nie ulega wątpliwości, że mogą być w ten sposób rejestrowane rozmowy wychodzące z aparatu oskarżonego, jak i do niego kierowane. Przepis ten nie zawiera ograniczeń co do stosowania podsłuchu telefonicznego co do innych osób. Na podstawie tego przepisu możliwe jest więc rejestrowanie rozmów telefonicznych z wybranej przez prokuratora linii, byleby to miało miejsce w ramach konkretnego procesu i dla tego procesu miało znaczenie. Przepis ten przy zachowaniu podanych warunków pozwala więc na instalację podsłuchu telefonicznego także w stosunku do osób trzecich.

Na podstawie wydanego postanowienia utrwalania treści rozmów dokonują pracownicy wyznaczeni przez dyrektora okręgowego urzędu telekomunikacyjnego. Unormowanie to jest zapewne związane z tym, że do niedawna była to jedyna instytucja i w dodatku państwowa zajmująca się telekomunikacją w kraju. W nowych warunkach wielości sektorów w obrębie telekomunikacji unormowanie to uznać należy za anachroniczne.

To unormowanie może także nasuwać wątpliwości co do obiektywizmu tych osób, nie będących organami państwa, które dokonują utrwalania rozmów. Wreszcie choć przyjmujemy, że rejestrując, osoby te nie powinny zapoznawać się z treścią utrwalanej rozmowy, to jednak nie da się wykluczyć tego, że gdy czynią to pod pretekstem weryfikowania technicznej sprawności urządzenia.

Na żądanie sądu lub prokuratora urząd telekomunikacyjny przesyła odpowiednio zabezpieczone materiały zawierające utrwalone treści rozmów telefonicznych. Tylko sąd lub prokurator mają prawo je otwierać lub zarządzić ich odtworzenie. Z odtworzenia zapisu treści rozmowy telefonicznej, jak i ze zniszczenia tego zapisu sporządza się protokół (art. 198 § 3 k.p.k.). Co taki protokół powinien zawierać, reguluje rozporządzenie wykonawcze³. W razie potrzeby do protokołu należy wciągnąć treść od-

tworzonego zapisu w całości lub w części mającej znaczenie dla toczącego się postępowania.

Dowodem z podsłuchu telefonicznego może być zatem sama taśma z zarejestrowaną rozmową, z której dowód przeprowadza się przez oględziny lub też protokół sporządzony z odtworzenia dokonanego zapisu. Jeżeli jednak treść protokołu może wzbudzić wątpliwości, to pozostaje możliwość przeprowadzenia dowodu z oględzin taśmy magnetofonowej.

Wykorzystanie utrwalonego na taśmie magnetofonowej materiału jest w zasadzie możliwe w sprawie, w której podsłuch był zarządzony. Uzyskane za jego pomocą informacje, mające znaczenie dla innych spraw, np. w dowodach popełnienia innego przestępstwa, mogą być także wykorzystane w innych sprawach.

Zarejestrowany materiał może być wykorzystany, jeżeli został uzyskany w sposób legalny przy zachowaniu warunków określonych w ustawie. Nielegalność uzyskanego materiału może być wynikiem niedopuszczalności podsłuchu w ogóle lub w danych warunkach, albo też wynikać z innych zakazów, np. immunitetu określonej osoby. Jeżeli chodzi o wartość dowodową taśmy magnetofonowej, to jest to odrębny problem, który tutaj pomijamy⁴.

Zarejestrowany zapis magnetofonowy nie mający znaczenia dla sprawy podlega jak najwcześniejszemu zniszczeniu.

Wskazane wyżej niedoskonałości dotychczasowego uregulowania stara się wyeliminować projekt kodeksu postępowania karnego z 1995 r.⁵. W projekcie tym kontrolę i utrwalanie rozmów wyodrębniono do osobnego rozdziału (rozdział 25). Proponowane zmiany dotyczą następujących kwestii:

Po pierwsze, procesowa kontrola i utrwalanie treści rozmów może być zarządzane tylko w celu wykrycia i uzyskania dowodów dla toczącego się postępowania lub zapobieżenia popełnieniu nowego przestępstwa.

Po drugie, kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych są dopuszczalne, gdy toczące się postępowanie lub uzasadniona obawa popełnienia nowego przestępstwa dotyczy taksatywnie wyliczonych przestępstw, w tym zabójstwa, uprowadzenia osoby, wymuszenia okupu itd.

Po trzecie, kontrolę i utrwalanie rozmów telefonicznych zarządza sąd na wniosek prokuratora. Tylko w wypadkach nie cierpiących zwłoki kontrolę i utrwalanie rozmów może zarządzić prokurator, który jednak jest obowiązany uzyskać w ciągu 5 dni zatwierdzenie postanowienia przez sąd. Trzeba wobec tego przyjąć, że w razie nie zatwierdzenia postano-

wienia przez sąd lub po upływie tego terminu, postanowienie prokuratora upada.

Po czwarte, kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych są dopuszczalne w stosunku do pokrzywdzonego lub innej osoby, z którą się może kontaktować oskarżony albo która może mieć związek ze sprawcą lub grożącym przestępstwem.

Po piąte, instytucje oraz podmioty prowadzące działalność w dziedzinie poczty i telekomunikacji są obowiązane, stosownie do postanowienia sądu lub prokuratora, do pomocy policji w zakładaniu i usuwaniu urządzeń służących do kontroli rozmów telefonicznych oraz do wydawania utrwalonych zapisów.

Po szóste, kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych mogą być wprowadzone najwyżej na okres 3 miesięcy, z jednoczesną możliwością jednorazowego przedłużenia na okres dalszych 3 miesięcy.

Po siódme, ogłoszenie postanowienia o kontroli i utrwalaniu treści rozmów telefonicznych osobie, której ono dotyczy może być odroczone na czas niezbędny ze względu na dobro sprawy.

Po ósme, na postanowienie dotyczące kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych służy zażalenie.

Po dziewiąte, kontrola powinna być zakończona niezwłocznie po ustaniu przyczyn, dla których została ona zastosowana, najpóźniej jednak z upływem okresu, na który została wprowadzona. Utrwalone treści rozmów telefonicznych, które nie mają znaczenia dla postępowania karnego podlegają niezwłocznemu zniszczeniu.

Po dziesiąte, projekt kodeksu postępowania karnego rozszerza możliwość odpowiedniego stosowania przepisów o kontroli i utrwalaniu treści rozmów telefonicznych na kontrolę oraz utrwalanie przy użyciu środków technicznych treści wszelkich przekazów informacji innych niż rozmowy telefoniczne.

Projektowana regulacja podsłuchu zdaje się w pełni odpowiadać standardom międzynarodowym, a zwłaszcza wynikającym z Europejskiej konwencji praw człowieka⁶.

Na koniec należy wspomnieć o kontroli i utrwalaniu rozmów, które są dokonywane poza procesem karnym, ze względu na możliwość wprowadzenia do procesu karnego uzyskanego w ten sposób materiału.

Po wielu miesiącach dyskusji na temat braku wystarczających uprawnień Policji do skutecznego zwalczania przestępczości, dokonano zmian w ustawie o Policji. W myśl zasady cel uświęca środki, zmiany obejmują także podsłuch telefoniczny. W myśl znowelizowanego art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji⁷ w ramach wykonywania czyn-

ności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych przez Policję w celu zapobieżenia lub wykrycia wymienionych w tym przepisie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, Minister Spraw Wewnętrznych, po uzyskaniu zgody Prokuratora Generalnego, może zarządzić na czas określony stosowanie środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób tajny informacji oraz utrwalenie dowodów. Zarządzenie tych czynności jest możliwe pod warunkiem, że inne środki okazały się bezskuteczne albo gdy zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne do wykrycia przestępstwa, ujawnienia jego sprawców oraz ujawnienia i zabezpieczenia dowodów.

Powołany przepis nie czyni różnicy pomiędzy podsłuchem telekomunikacyjnym i podsłuchem inwigilacyjnym.

Przewidziana w tym przepisie kontrola ze strony Generalnego Prokuratora jest iluzoryczna, skoro Generalnym Prokuratorem jest Minister Sprawiedliwości, należący do tej samej ekipy rządzącej. Nie przewidziano natomiast kontroli sądowej podsłuchu stosowanego w ramach powołanego art. 19 ustawy o Policji.

Problem podsłuchu tego rodzaju nie jest społecznie bagatelny, skoro według informacji Ministra Sprawiedliwości - Prokuratora Generalnego takich zarządzeń na tle poprzedniej, węższej regulacji wydano ponad tysiąc w skali jednego roku. Ustawa Policyjna nie reguluje kwestii wprowadzenia do procesu karnego uzyskanego w ten sposób materiału. Należy tutaj stosować ogólne reguły, co powoduje, że materiał ten może być wprowadzony do procesu karnego w postaci np. taśmy magnetofonowej, jeżeli uzyskany został w sposób legalny.

Podobnie należy rozstrzygnąć kwestię wprowadzenia do procesu karnego materiału pochodzącego z podsłuchu dokonanego przez funkcjonariuszy Urzędu Ochrony Państwa oraz przez wojskowe służby informacyjne, chociaż co do uprawnień tych ostatnich, Prokurator Generalny wystąpi do trybunału Konstytucyjnego o udzielenie powszechnie obowiązującej wykładni, czy i pod jakim warunkiem służby te mogą w sposób tajny rejestrować rozmowy.

Przypisy:

1. Zob. *M. Taras*: O dopuszczalności i legalności podsłuchu telefonicznego. *Annales UMCS, Sectio G*, Lublin 1961, s. 52 i 59; *J. Praśnik*: „Zatrzymanie korespondencji i przesyłek pocztowych oraz utrwalanie treści rozmów telefonicznych w trybie art. 198 K.p.k., „Problemy Praworządności” 1983, s. 21; *M. Lipczyńska*: Kontrola rozmów telefonicznych jako środek uzyskania dowodu w procesie karnym. „Problemy Kryminalistyki” 1977, nr 9-10, s. 628.

2. Zob. *K. Dudka*: Kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych w projekcie Kodeksu postępowania karnego z 1991 r., „Palestra” 1994, nr 7-8, s. 130.
3. Dz.U. z 1983 r., Nr 27, poz. 133.
4. Na ten temat zobacz: *T. Nowak*: Dowód z dokumentu w polskim procesie karnym, Warszawa 1982, s. 145.
5. Projekt Kodeksu postępowania karnego. Redakcja luty 1995 r.
6. Zob. *P. Hofmański*: Konwencja Europejska a prawo karne. Toruń 1995, s. 319-322; *D. Gajdus, B. Gronowska*: Stosowanie podsłuchu telefonicznego w ocenie Europejskiej Konwencji i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, „Palestra” 1994, nr 11, s. 121-123.
7. Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. Nr 30, poz. 179 z późn. zmianami).

SYNTEZA Z NIEMIECKIEGO PUNKTU WIDZENIA

Poza nami znajduje się jedna z najbardziej treściwych konferencji, w jakiej kiedykolwiek miałem okazję brać udział. W przeciągu pięciu dni byliśmy świadkami 19 referatów i 11 dyskusji; i w żadnym z nich nie chodziło o ograniczone problemy specjalne, lecz prawie zawsze o podstawowe problemy aktualnej przestępczości i jej zwalczania. Moje podsumowanie obejmuje więc 30 jednostek referatowych i dyskusyjnych, i gdybym chciał każdej z nich poświęcić tylko 2 minuty, przekroczyłbym z pewnością przeznaczony na moje wystąpienie czas. Muszę więc Państwo prosić o wyrozumiałość za to, iż zrezygnuję w dalekiej mierze z przedstawiania poszczególnych referatów, które i tak będą w całej rozciągłości drukowane i że w pozostałej części tylko poprzez migawkowe uwagi nawiążę do naszych bardzo zróżnicowanych wyników prac i dyskusji. Trudno będzie dziś o tak wczesnej porze dokonać więcej.

I. Podstawowe referaty wprowadzające, których przedmiotem było skonfrontowanie prawa i procesu karnego z nowymi formami i technikami przestępczości, zawdzięczamy kolegom Buchale i Hirschowi. Oba referaty koncentrowały się przede wszystkim wokół problemu, czy tradycyjne pojmowanie prawa karnego, jako naruszenie dobra prawnego *zezwała jeszcze na adekwatne pojmowanie współczesnej przestępczości i współczesnego ustawodawstwa*. Problemem szczególnym było zagadnienie, czy rozszerzenie zakresu stosowania konstrukcji abstrakcyjnych deliktów zagrożenia da się pogodzić z myśleniem w kategorii dóbr prawnych. Dyskutowany był również problem rozsądnego granic indywidualnej przypisywalności czynu przez wprowadzenie nowej formy odpowiedzialności przedsięwzięcia.

Obszerna wymiana poglądów przyniosła zgodność w stosunku do najważniejszych rezultatów. Nikt z uczestników spotkania nie chciał, tak jak to proponował Stratenwerth w zakresie „zabezpieczenia przyszłości przez prawo karne”, zrezygnować z pojęcia dobra prawnego i uznać za konieczne wprowadzenie w to miejsce całkiem nowych dogmatycznych konstrukcji; ponieważ odnośnie takiego „prawa karnego przyszłości” brak jest dotąd nadającej się do dyskusji koncepcji. Nikt też nie chciał podążać śladem teorii Hassemersa, według której te nowe formy przestę-

pczości ze względu na brak naruszenia dobra prawnego należy wyłączyć z prawa karnego i włączyć do zakresu wyposażonego w mniejsze gwarancje prawne prawa interwencyjnego. Przeciwno temu przemawia już to, że sama tylko zmiana etykiety nie dostarcza legitymacji do redukcji gwarancji prawnych; jeśli jednak inne nazewnictwo oznacza pomniejszenie oceny społecznej w stosunku do wyrządzonego zła, byłoby to jednak w odniesieniu do niebezpiecznych form współczesnego szkodnictwa społecznego zupełnie nieodpowiednie.

Istotnym rezultatem dyskusji było to, iż usiłowano właśnie przez rozpracowywanie pojęcia dobra prawnego pokonać nowoczesne formy zjawiskowe przestępczości przy pomocy środków prawnych. W tym należy przyznać rację krytykom, że nowoczesne ustawodawstwo często podaje niejasne pojęcia ogólne jako dobra prawne i także przez abstrakcyjne delikty zagrożenia bez konkretnego związku z dobrem prawnym nadwęża w sposób skłaniający do refleksji reguły karania w państwie prawa.

Pan Buchała przedstawił nam z grubsza polskie ustawodawstwo odnośnie prawa karnego gospodarczego przestępczości zorganizowanej, ochrony środowiska naturalnego i przestępczości związanej z narkotykami oraz podobnie jak Pan Hirsch zajął się bliżej problematyką abstrakcyjnych deliktów zagrożenia.

Bardziej prawidłowa jest jednak ocena różnicująca. Abstrakcyjne delikty zagrożenia są uzasadnione tam, gdzie ryzyko abstrakcyjnego zagrożenia w każdej chwili może zamienić się w naruszenie (np. nietrzeźwość w ruchu drogowym). Mogą one również i tam być uzasadnione, gdzie są zakamuflowanymi deliktami naruszenia (np. w przypadku zanieczyszczenia ziemi, powietrza i wody). Tutaj problem leży w tym, czy takie zanieczyszczenie faktycznie spowodowało widoczną szkodę i czy ta szkoda, przy uwzględnieniu zasady subsydiarności, uzasadnia karalność. Największe zastrzeżenia budzą w końcu abstrakcyjne delikty zagrożenia tam, gdzie ujmują odległe czynności przygotowawcze. Tak się dzieje w prawie karnym o narkotykach; Pan Buchała dostarczył na to wywierające głębokie wrażenie przykłady. W tym zakresie należy ograniczyć nadmierną kryminalizację. Jednak tutaj, podobnie jak w przypadku wszystkich form zjawiskowych abstrakcyjnych deliktów zagrożenia, można zauważyć, że pojęcie dobra prawnego wcale nie zawodzi, lecz przeciwnie jest niemalże instrumentem do oddzielania ustawodawczego ziarna od plew.

Wszyscy mówcy wykazali zgodność - także w późniejszym przebiegu konferencji - w żądaniu karalności przedsiębiorstw, która może się okazać szczególnie skutecznym środkiem w walce z przestępczością w zakresie prawa karnego gospodarczego i ochrony środowiska naturalne-

go. Trudności i problemy sporne odnosiły się tutaj bardziej do konkretnego ukształtowania przepisów w poszczególnych przypadkach. Tego zagadnienia nie mogliśmy bliżej przedyskutować, ponieważ nie mieliśmy własnych referatów na ten temat. Można postawić pytanie, czy prawo karne przedsiębiorstw faktycznie jest właściwym prawem karnym, ponieważ jego główne kategorie, jak „czyn” i „wina” można przenieść na przedsiębiorstwa tylko w zmodyfikowanym znaczeniu. Ale to są problemy drugorzędne, ponieważ poddanie sankcjonowaniu przedsiębiorstw w każdym razie jest konieczne i możliwe, a dla jego systemowego przyporządkowania teoretycznie możliwe są różne rozwiązania.

II. Drugie posiedzenie robocze poświęcone było przestępstwu ciągłemu. W znakomitych referatach, których tutaj nie mogę powtórzyć, panowie Geppert i Wąsek poinformowali nas o sytuacji prawnej w naszych państwach. W Niemczech odznacza się ona (podobnie jak poprzednio w Szwajcarii) odstąpieniem orzecznictwa od tej konstrukcji, podczas gdy Polska w dalszym ciągu ustawowo uznaje przestępstwo ciągłe w podobnych warunkach, jak wcześniej niemieckie orzecznictwo i przewiduje je także w nowym polskim projekcie k.k.

W dyskusji przeważał sceptycyzm odnośnie przestępstwa ciągłego. Powiedzenie Arzta: „Przestępczość gospodarcza nie może być pokonana bez konstrukcji przestępstwa ciągłego”, pozostało stwierdzeniem osamotnionym. Niemieccy uczestnicy wyrazili całkowite zadowolenie z pożegnania się orzecznictwa z przestępstwem ciągłym, a polscy mówcy krytykowali liczne niedokładności ich projektu i brakującą siłę przekonania wszystkich propozycji reform; tym samym podążali śladem linii naznaczonej przez ich przedmówców.

Osobiście także podzielam krytykę konstrukcji przestępstwa ciągłego, którą z dwóch powodów uważam za nieudany wynalazek: po pierwsze, jej warunki są zbyt niedokładne i nadają się do manipulacji, jak właśnie to potwierdza chaos wcześniejszego niemieckiego orzecznictwa i polska krytyka odnośnie wszystkich propozycji reform. Po drugie, - co już Pan Amelung podobnie określił - przestępstwo ciągłe jest nieudolnym usiłowaniem, próbującym jednym pojęciem rozwiązać pięć całkiem różnych problemów, które występują w związku z seryjnymi czynami bezprawnymi: przedawnienie, wymiar kary, konkretność oskarżenia, pojęcie czynu w sensie procesualnym i prawomocność. Tego rodzaju potencjał problemów do rozwiązania nie da się ująć jednym pojęciem. Przeciwnie, trzeba te problemy rozwiązywać indywidualnie, ażeby dojść do rzeczowego rozwiązania.

Jednakże nie wolno nie zauważać, że rezygnacja z konstrukcji przestępstwa ciągłego w Niemczech stworzyła wiele nowych problemów, które czekają na rozwiązanie; to przedstawił bardzo wyraźnie Pan Geppert, a co również podkreślił Pan Wąsek, który mimo wszystkich podkreślonych właśnie przez niego trudności, chce utrzymać konstrukcję przestępstwa ciągłego. Chciałbym dorzucić jedno pytanie, które nie było tematem naszych rozmów: czy rezygnacja z przestępstwa ciągłego, które początkowo miało ułatwić orzecznictwu pracę, nie doprowadzi do wzrostu liczby załatwionych spraw drogą porozumień i tym samym do jeszcze mniejszego stopnia wykrywalności rzeczywistych stanów faktycznych?

III. Trzecie posiedzenie robocze zajmowało się aktualnymi problemami przestępczości gospodarczej. Pani Górniok i Pan Lampe zgodnie informowali o znacznym wzroście przestępczości gospodarczej w naszych krajach. W Polsce jest to skutek przejścia do gospodarki rynkowej, która otwiera wiele nowych możliwości popełnienia deliktów i to jest dość zrozumiałe; zadziwiające jest raczej, że zjawiska kryminalne nie wpłynęły istotnie na gospodarczy rozwój Polski. Odnosnie Niemiec Pan Lampe sprowadza rozpowszechnianie się przestępczości gospodarczej do gospodarczej walki konkurencyjnej, do pomniejszenia etycznych oporów, wyrafinowania i fantazji sprawców odnośnie popełniania i zacierania ich czynów, a przede wszystkim do zorganizowanych form przestępczości. Istnieje niebezpieczeństwo, że tej formy przestępczości nie da się zwalczyć przy pomocy środków państwowo-prawnych. Mimo tego nie wolno z nich właśnie rezygnować. Jako terapię na to zjawisko poleca on odpowiedzialność przedsiębiorstwa: punktem zaczepienia ma być dla niej odpowiedzialność przedsiębiorstwa za braki organizacyjne, które mają być powiązane ze skutkiem przez związek ryzyka. Ponadto był za odwróceniem ciężaru dowodowego w przypadku zorganizowanej przestępczości, czyli za ograniczeniem zasady *in dubio pro reo*.

Pani Górniok przedstawiła raczej bardziej optymistyczny obraz. Była zdania, że ustawa o ochronie obrotu gospodarczego, o której mówił obszernie Pan Buchała, w większości jest skuteczna i wiąże nadzieję ze specjalizacją organów ścigania w zakresie przestępczości zorganizowanej, z precyzyjnymi ustawami, które jasno, bez tworzenia szarej strefy, rozróżniają pomiędzy karalnością i bezkarnością, z wysokimi wymaganiami odnośnie profesjonalizacji osób kierujących życiem gospodarczym i z eliminacją przestępców z zakresów ich działalności.

Dyskusja nie dostarczyła żadnych decydujących aspektów. Osobiście skłaniam się bardziej w kierunku pozycji Pani Górniok i widzę te dotąd nierozwiązane problemy mniej w przestępczości gospodarczej niż w prze-

stępczości zorganizowanej, która jest tylko specjalną formą zjawiskową przestępczości gospodarczej, i która jednak wykracza daleko poza jej zakres. Problemy prawne przestępczości zorganizowanej leżą jednak przede wszystkim w zakresie prawa procesowego, które dopiero wczoraj było przedmiotem dyskusji.

Jeśli chodzi o materialne prawo karne gospodarcze, to uważam zarówno ustawę polską o ochronie obrotu gospodarczego, jak również obie niemieckie ustawy do zwalczania przestępczości gospodarczej, przy uwzględnieniu słusznej krytyki w stosunku do poszczególnych aspektów, której i tak nie może uniknąć żadna nowa ustawa, za wielce obiecujący krok we właściwym kierunku. Ta mała cyfra skazań w Niemczech, o której mówił Pan Lampe, nie może co do tego mylić. Po pierwsze, nie można tym przepisom odmówić znacznego oddziaływania prewencyjnego, ponieważ każde odpowiednie naruszenie prawa może zrujnować przedsiębiorstwo gospodarcze. I po drugie, nowe ustawy przysparzają często praktyce w pierwszej kolejności trudności w ich stosowaniu, przy czym nie pozostają na dłuższą metę bez skutku. W każdym razie strach przed prokuratorem u wszystkich niemieckich przedsiębiorstwach jest duży i umacnia mnie w nadziei, że prawo karne może być tutaj skutecznym środkiem kontroli społecznej. Tylko, jak już wspomniano, przestępczość zorganizowana to już inna strona medalu.

IV. Tym samym przechodzę do aktualnego stanu zwalczania prania brudnych pieniędzy, które teraz w rzeczywistości ma wiele istotnych momentów wspólnych z przestępczością zorganizowaną. Tym problemem zajmowało się nasze czwarte posiedzenie robocze, którego referentami byli Pan Arzt i Pan Pływaczewski. Szwajcaria, Niemcy i Polska mają już przepisy karne przeciwko praniu brudnych pieniędzy, które mają pomóc urzędom dotrzeć do brudnych pieniędzy, pochodzących z przestępczości zorganizowanej i poprzez nie dotrzeć do przestępczych nabywców tych pieniędzy. Odnosnie różnic pomiędzy pojedynczymi regulacjami, których teksty leżą przed nami, nie mogę aktualnie się w nie wgłębiać. Ale z żadnego z tych wymienionych krajów nie dotarły do nas dotąd informacje o zabezpieczeniu większych sum pieniędzy lub o większej liczbie skazań. Często bywa z tego wyciągany wniosek, że przepisy te są bezskuteczne i tym samym okazałoby się ponownie, że powitana z taką nadzieją broń w walce przeciwko zorganizowanej przestępczości jest niepowodzeniem.

Ocena ta wydaje mi się przedwczesną, ponieważ dysponujemy jeszcze za małym doświadczeniem w zakresie stosowania tego przepisu. Jeśli otrzymujemy dotychczas od banków tylko nieliczne meldunki, które doprowadzają do skazań bądź konfiskaty, to zjawisko to może mieć jednak

różne przyczyny: część piorących brudne pieniądze mogła przenieść swoją działalność do innych krajów o mniej skutecznie zwalczających proceder prania brudnych pieniędzy. Inna część przeszła do innych form prania brudnych pieniędzy, które nie zwracają uwagi banków, a które najpierw należałoby odkryć; Pan Lilie potwierdził mi po naszym posiedzeniu, że takie metody faktycznie istnieją. Trzecia ich część być może konspiruje z bankami lub ich urzędnikami. W tym zakresie istnieje duże zapotrzebowanie na badania empiryczne.

Chciałbym jednak podkreślić jeden punkt, który już wymienili Panowie Arzt i Pływaczewski: że ta dla nas święta tajemnica podatkowa stanowi zasadniczą przeszkodę w zwalczaniu prania brudnych pieniędzy. Pan Pływaczewski powiedział, że: „Tajemnica bankowa paraliżuje gotowość zgłaszania przestępstw” i proponuje jej poluzowanie, także Pan Arzt nie widział potrzeby uznania tajemnicy bankowej w stosunku do urzędów finansowych.

Faktycznie nie istnieje żaden przemawiający ze tym argument, który byłby do zaakceptowania. Jeśli, o czym jestem przekonany, większa część ludności chce zachować tajemnicę bankową, to ma to swoje uzasadnienie w dążeniu, by te małe uchylenia się od podatku, które popełnia także normalny obywatel, usunąć z pola widzenia urzędu finansowego. Gdyby jednak wszystkie konta były dostępne dla urzędu skarbowego od samego początku, można by obserwować bez trudu właśnie te wielkie potoki pieniędzy, walka z praniem brudnych pieniędzy byłaby skuteczniejsza, a tego małego człowieczka można by w zamian za jego drobne uchylenia podatkowe usatysfakcjonować obniżką podatku. Osobiście jestem za zniesieniem tajemnicy bankowej w stosunku do urzędu finansowego! Wówczas walka z praniem brudnych pieniędzy będzie skuteczniejsza, a co najmniej efektywniejsza niż dziś.

V. Piąte posiedzenie, którego podstawą tworzyły referat Pana Rogalla i poświęcony problemowi przyczynowości i przypisywalności wkład dyskusyjny Pani Puppe, dotyczyło prawa karnego ochrony środowiska naturalnego. Polski referat Pana Radeckiego nie mógł niestety być przedstawiony i dlatego nie może tu być uwzględniony.

Niemieckie ustawodawstwo odnośnie prawa karnego ochrony środowiska cieszy się złą opinią. Uchodzi za nieefektywne, a przede wszystkim pod względem społecznym niewyważone, ponieważ obejmuje bagatelne naruszenia pojedynczych osób, które wyleją jakiś tam kubeł brudnej wody, natomiast nie inkryminuje te wielkich obciążeń przemysłowych, które są kryte zezwoleniami państwowymi. Pan Rogall, który sam brał udział w procesie ustawodawczym, bronił energicznie niemieckich regulacji jako

umiarkowanych i porządných i przepowiadał im nawet znaczną efektywność pod warunkiem wprowadzenia, również przez niego żądanej, karalności przedsiębiorstwa. W pozostałej części zmniejszanie legalnych obciążeń środowiska nie jest zadaniem prawa karnego, tak że koniecznie wskazana jest surowa akcesoryjność administracyjna. Mimo, że Pan Rogall wystąpił z tymi тезami w prowokacyjnej formie przeciwko panującemu w Niemczech naukowemu trendowi, nie napotkał w dyskusji na żaden sprzeciw, po części być może dlatego, że przekonał słuchaczy, albo dlatego że byli za bardzo przestraszeni, bądź zmęczeni po jedzeniu. Nie potrafię przedstawić tu tej dyskusji. Mimo to polecam Państwu do dalszego przemyślenia tezę Pana Rogalla, że ustawodawstwem o ochronie środowiska nie zamierzano osiągnąć wielkiego wzmocnienia ochrony środowiska i że można mówić o wielkim jego sukcesie, ponieważ przyczyniło się faktycznie do ochrony środowiska, chociaż w niewielkim stopniu.

Pani Puppe zajmowała się, szczególnie w prawie karnym ochrony środowiska, trudnym problemem przyczynowości i przypisywalności i swoją tezę, że tylko niekorzystną zmianę obiektu ochronnego należy traktować jako kauzalną, poparała przykładami z prawa karnego o ochronie środowiska. Następnie zajęła się trudnymi problemami, które powstają w związku z tym, że ustawy, od których zależą niektóre skutki, są często niedokładnie znane lub że przyjmuje się kauzalność, chociaż nie potrafi się wymienić tego właściwego kauzalnego elementu. To są problemy, które również występują poza prawem karnym ochrony środowiska, np. w znanych niemieckiemu orzecznictwu rozstrzygnięciach odnośnie conterganu i aerozolu do skóry, na które Pani Puppe się powołała.

Głębsza dyskusja na temat tego bardzo skomplikowanego problemu nie doszła do skutku ze względu na brak czasu. Można się sprzeczać na taki czy inny temat. Jedno jest pewne, że prawnokarne instrumenty teorii przyczynowości i przypisywalności odnośnie deliktów środowiskowych nie zawiodły, lecz że to właśnie one są kamieniem probierczym i zarazem polem ich zachowania. Jest rzeczą naturalną, że nowe zakresy karalności stawiają nowe wymagania, także odnośnie teorii ogólnych prawa karnego oraz wymagają ich udoskonalenia i ewentualnie modyfikacji. Ale na tym właśnie polega podnieta dogmatyki prawnokarnej, że każdy nowy zakres problemowy zmusza do precyzowania jej teoretycznych podstaw.

VI. I tak dotarliśmy do końca części prawnokarnej-materialnej; ponieważ szóste posiedzenie, na którym Pan Sieber miał mówić na temat „przestępczości komputerowej”, nie odbyło się ze względu na chorobę prelegenta. Jednak ten bardzo instruktywny referat przygotowany przez

Pana Siebera, będzie się znajdował w mającym się ukazać opracowaniu zbiorczym z naszej konferencji.

Następnie pojawiły się na porządku obrad nowe tendencje w zakresie kryminologii. Niestety Pan profesor Hotyst nie mógł przebywać wśród nas, tak że jego ogólny przegląd nie mógł być przedstawiony ani dyskutowany. Pan Schneider ograniczył swój referat do nowego tematu kryminologii: przestępstw z nienawiści (tak określanych w Ameryce). Jest to tylko jedna z licznych nowych form zjawiskowych przestępczości, lecz okazała się ona tak interesująca, że spowodowała szczególnie żywą dyskusję.

Fenomen tego zjawiska polega na tym, że grupy młodych mężczyzn poniżej 30-tego roku życia, nie należąc do sprężystej organizacji, tylko z samej nienawiści, a więc bez konkretnego zewnętrznego powodu, dopuszczają się gwałtów przeciwko bezbronnym ofiarom, które oni uważają ze względu na rasę, przynależność etniczną, religię lub także tylko z powodu ułomności bądź seksualnej odmienności za mało wartościowe. Pan Schneider opisał nam różne motywy tych przestępstw z nienawiści: skłonność do sensacji, uczucia zagrożenia, niewłaściwie rozumiana idea uwolnienia świata od zła lub także nacisk innej grupy; Prelegent przedstawił nam także liczne amerykańskie hipotezy wyjaśniające.

Przedmiotem dyskusji były liczne konkretne problemy, które wymienię w tym miejscu tylko hasłowo: porównanie ze zbrodniami rasowymi nazistów, ponieważ te były sterowane przez państwo, a przestępstwa z nienawiści wychodzą tylko z określonych grup marginesowych społeczeństwa. Pojęcie „przestępstwo z nienawiści” określa te wspomniane już zjawiska raczej niedokładnie; ponieważ nie chodzi tu o przypadek nienawiści w stosunku do konkretnego człowieka, lecz o nienawiść abstrakcyjną, odnoszącą się do konkretnej cechy skądinąd nieznanego osoby; w innych przypadkach, jak np. w razie bicia osób starych lub bezbronnych, trudno właściwie mówić o nienawiści, lecz raczej tylko o wyładowaniu przeróżnych agresji. Zgodność panowała w stosunku do tego, że w tym zakresie istnieje jeszcze olbrzymie zapotrzebowanie na badanie i różnicowanie.

Brak jednomyślności panował co do problemu, czy przestępczość motywowana nienawiścią stanowi szczególne wyzwanie dla prawa karnego i czy powinna lub może być zwalczana przy pomocy przepisów karnych zapobiegających na wzór podjudzania przeciwko innemu narodowi (§ 130 k.k.- StGB). Pan Amelung uważa, że w Niemczech już sobie poradzono z tym problemem - w co ja wątpię. Pan Arzt patrząc na Szwajcarię zwrócił uwagę, iż niekiedy także te grupy ofiar (np. nielegalni imi-

granci) nadwężają zdolność do tolerancji społeczeństwa; podobnie wypowiadał się Pan Lampe. Inni, jak np. prelegent i ja reprezentowaliśmy stanowisko usilnego zwalczania przestępczości z nienawiści, jednak bez zamiaru popierania ustawodawstwa szczególnego w tym zakresie. Wszystkie te różnice poglądów dowodzą tylko naukowych braków w wyjaśnieniu problemu, co jest dość normalne w stosunku do nowych form zjawiskowych przestępczości. Wskazują jednak one również na to, iż delikty przeciwko życiu i zdrowiu, które w stosunku do nowych form przestępstw bez użycia przemocy, jak np. prawo karne gospodarcze i przeciwko środowisku naturalnemu, są często spychane na dalsze pozycje, lecz mają niesłabnące znaczenie również dla nowych form przestępczości. Także pod tym względem klasyczne prawo karne jest w dalszym ciągu aktualne.

VII. Przedmiotem kolejnego, siódmego posiedzenia roboczego była przestępczość związana z narkotykami, która jest blisko związana z przestępczością zorganizowaną i razem z nią stanowi największy problem współczesnego prawa karnego. Pan Dannecker i Pan Filar opisali obszernie faktyczny rozwój konsumpcji narkotyków i stan ustawodawstwa w Niemczech i w Polsce. Obraz rzeczywistości jest dziś bardzo podobny w obu krajach; przynajmniej w zakresie narkotyków, jak Pan Filar sarkastycznie zauważył, Polska jest wiernym członkiem Unii Europejskiej i Nato.

W dyskusji zadziwiająco mało miejsca poświęcono legitymacji ustawodawstwa w sprawie narkotyków. Wprawdzie wielu uczestników (Pani Puppe, Pan Dannecker, Pan Hirsch) podkreśliło, że w zakresie prawa karnego związanego z narkotykami w dalszym ciągu państwo postępuje paternalistycznie i robi wyjątki od pozostałych przypadków bezkarności samonarażania się. Tłumaczone to jest wielkim niebezpieczeństwem związanym z konsumpcją narkotyków, którego pojedyncza osoba nie jest w stanie prawidłowo ocenić. Tylko Pan Wąsek przedstawił konstytucyjne zastrzeżenia przeciwko tego rodzaju paternalizmowi, który narusza prawo do prywatności. Także zróżnicowane podejście do miękkich i twardych narkotyków nie znalazło w przeważającej mierze żadnego poklasku. Pan Dannecker uważał, że faktu, iż miękkie narkotyki świadczą przygotawcze usługi do przerzucenia się na twarde nie da się zanegować, a Pani Puppe była zdania, iż psychiczna, jeśli jeszcze nie fizyczna, zależność w przypadku miękkich narkotyków, jest już dostatecznie złym zjawiskiem; ponadto terapia w tym zakresie mogła być wymuszona tylko przy pomocy sankcji karnych. Wskazówka Pana Schroedera, że przestępczość związana z narkotykami wywołuje z kolei znaczną przestępczość związaną ze

zdobyciem środków koniecznych do nabycia narkotyków, została zaniegowana przez Pana Danneckera w odniesieniu do miękkich narkotyków, a uwaga Pana Filara, że nie wystarczy miejsca w więzieniach, aby pomieścić wszystkich, którzy weszli w konflikt z prawem w związku z narkotykami, nie wywołała większego niepokoju.

W tym zakresie dyskusja odzwierciedlała kontrowersyjne skłaniające się raczej w kierunku wzmożonej karalności, a więc poglądów, które przeważają również w społeczności. W tym miejscu nie mogę wygłosić wykładu uniwersyteckiego, chciałbym jednak przynajmniej postawić pytanie, jaki praktyczny pożytek właściwie przynosi nasze aktualne prawo karne związane z narkotykami. Nie zdołało przeszkodzić rozszerzaniu się konsumpcji narkotyków i nie zdoła tego osiągnąć także i w przyszłości. Sposoby zachowania się, które odbywają się za zgodą wszystkich uczestników, są bowiem prawie że niedostępne ingerencji prawa karnego; pokazała to bardzo wyraźnie, mimo że w innym zakresie, nieefektywność wszystkich przepisów karnych przeciwko przerywaniu ciąży. W przeciwieństwie do tego prawo karne związane z narkotykami wywołało mnóstwo nieradosnych zjawisk lub je znacznie umożliwiło: mianowicie całą przestępczą subkulturę z jej wszystkimi niebezpieczeństwami, nie dającą się zanegować przestępczość związaną ze zdobyciem środków na nabycie narkotyków, dodatkową stygmatyzację, która jest wynikiem karania uzależnionych od narkotyków i w końcu cały szereg nowych, w najwyższym stopniu problematycznych, karno-procesowych zdobyczy, takich jak tajni agenci, świadkowie koronni i podsłuchy, które z kolei same są przedmiotem kontrowersyjnych tematów naszego kolokwium. Nie chciałbym przesądzać o wynikach, ale czy nie należałoby jeszcze raz przemyśleć całej państwowej polityki odnośnie środków odurzających, przynajmniej w zakresie miękkich narkotyków? Ostatecznie nauczyliśmy się żyć z alkoholem.

VIII. Cztery tematy karno-procesowe, którym poświęciliśmy ostatni dzień naszego kolokwium, dotyczyły w przeważającej mierze problemów powstałych w związku z przestępczością zorganizowaną. Rozpoczęło się od ochrony świadków, odnośnie której Pan Gössel i Pan Hofmański przedstawili bardzo szczegółowe relacje. Obszerne przedstawienie sytuacji prawnej przez obu prelegentów było tym ważniejsze, że niemieckie regulacje są nowe, a polskie w większości nawet całkiem nowe i jeszcze nie weszły w życie. Rezultat ogólny, który został potwierdzony przez dyskusję, pokazał, że nowe polskie prawo z jego ochroną świadków, przede wszystkim przez anonimowość świadków, idzie znacznie dalej niż ostrożnie wyważone prawo niemieckie.

Dyskusja nie dostarczyła jednoznacznych wyników i nie mogła też tego dokonać, ponieważ szczególnie polskie unormowania muszą dopiero jeszcze zdać egzamin. Obok ostrożnej akceptacji (przede wszystkim przez Pana Hofmańskiego) wystąpiła ostra krytyka, przede wszystkim ze strony Pana Grajewskiego i Pana Kruszyńskiego. Obawiam się, że nie dojdzie tu nigdy do jednomyślności, ponieważ problematyka ta leży w obszarze konfliktowym pomiędzy badaniem prawdy, a ochroną osobistą i każdy zysk w jednym z tych zakresów musi być okupiony stratą w drugim. Im mniej wiemy na temat świadka, jego osobowości, jego środowiska i poprzedniego stylu życia, tym mniejsza jest jego wiarygodność i tym łatwiej można dojść do błędnych rezultatów. Nie wiemy nawet, czy niepewność odnośnie wiarygodności zeznania zwiększa niebezpieczeństwo nieuzasadnionych uniewinnień lub bezpodstawnych skazań; prawdopodobnie występują oba te przypadki. Także odnośnie pytania, w jakim stopniu może być ograniczona obrona przez daleko idącą ochroną świadka i w jakim stopniu może obrona tę ochronę pominąć - Pan Kruszyński, Pan Wąsek i Pan Waltoś powiedzieli istotne rzeczy na ten temat - nie możemy jeszcze dziś dokładnie wiedzieć. Pan Gössel przyznał się nawet otwarcie, że on w ogóle nie wie, w jaki sposób należy zapewnić skuteczną ochronę świadka, bez istotnego naruszenia zasady bezpośredniości i zasady inkwizycyjności.

Wszystkie te niejasności polegają na tym, że mamy tu do czynienia z nowym tematem, terrą incognitą. Potrzebujemy dziesięciu lat praktycznych doświadczeń, ażeby móc zakoncipować co najmniej teoretycznie w perfekcyjny sposób właściwe wyrównanie interesów. Pracujmy więc dalej nad tym tematem, oceniamy praktyczne doświadczenia następnych lat i spotkajmy się ponownie na rozmowy!

IX. Na dziewiątym posiedzeniu roboczym Pan Lilie referował problematykę tajnych informantów, podczas gdy paralelny referat Pana Bulsiewicza został przedłożony tylko na piśmie, jednak można się było z nim zapoznać. Pan Lilie przedstawił nową, wprawdzie bardzo fragmentaryczną regulację, jaka w niemieckim kodeksie postępowania karnego normuje problem tajnych agentów, równie dokładnie jak i praktykę w przypadku zastosowania nie będących państwowymi urzędnikami tajnych informatorów, których status nie znalazł dotąd regulacji prawnej i w stosunku do których nie można zastosować przepisów o tajnych agentach. Jego referat ogniskował się na żądaniu ustawowej regulacji także w stosunku do zastosowania tajnych informatorów. W polskim prawie stan tej problematyki jest podobny, jak można się było zorientować na podstawie referatu Pana Bulsiewicza.

W dyskusji uznano ogólnie za uzasadnione wołanie o ustawową regulację zastosowania tajnych informatorów. Niejasne i sporne pozostało jednak pytanie, jak ma taka regulacja konkretnie wyglądać; także prelegent nie posiadał konkretnej odpowiedzi na to pytanie. Wymiana poglądów dotyczyła przede wszystkim tego, czy i ewentualnie jak dalece ma się zezwolić tajnemu informatorowi zdobywanie od obwinionego, przez uprzednie wprowadzenie go w błąd, informacji, których nie uzyskanoby w drodze przesłuchania, ze względu na przysługujące obwinionemu prawo odmowy zeznań. Z jednej strony zwracano na to uwagę, że jeśli tego rodzaju zachowanie zostanie dozwolone, cały nasz system praw obwinionego (prawo odmowy zeznań, prawo do konsultacji z obrońcą, zakaz wprowadzania w błąd) razem z zasadą *nemo-tenetur* zawali się. Do tego nie wolno dopuścić. Ten punkt widzenia uzyskał wielokrotnie brawa. Zwracano jednak także i na to uwagę, że bez użycia wprowadzających w błąd tajnych informatorów w wielu przypadkach nie będzie w ogóle możliwe złapanie sprawców (Pan Schroeder). Pani Puppe była zdania, że ten cały kompleks problemowy, który obraca się wokół zasady *nemo-tenetur*, musi być na nowo przemyślany. Na tym przykładzie widać, w jakim stopniu nowe formy przestępstw i dopasowane do nich środki ich zwalczania (w tym przypadku: przestępczość zorganizowana i jej zwalczanie przy pomocy szpiclów) wystawiają podstawowe zasady naszego procesu karnego na twardą i dotąd jeszcze nieznaną próbę.

Wydaje mi się, że największą nadzieję budzi pogląd, który wprowadził do dyskusji Pan Amelung, a który i ja reprezentuję: mianowicie, że tajni informatorzy w przypadku działalności prewencyjnej, która przebiega poza procesowym prawem karnym, mogą skorzystać z o wiele dalej idących uprawnień, aniżeli w razie ścigania już dokonanych czynów bezprawnych, odnośnie których k.p.k. (StGB) reguluje konformistycznie państwowe upoważnienia do ingerencji w §§ 136, 136a i na podstawie innych przepisów, w taki sposób w stosunku do praw podstawowych człowieka, że nie mogą one być ignorowane również przez tajnych informatorów. To jednak jest wielki zakres problemowy, przy którego naukowym opracowaniu stoimy jeszcze tak samo na początku, jak w przypadku wspomnianej już ochrony świadka.

X. Następnie mieliśmy dziesiąte posiedzenie robocze. Odnosiło się ono do problematyki świadka koronnego, o której Pan Gropp i Pan Waltoś doskonale nas poinformowali i to zarówno w stosunku do aktualnie obowiązującego prawa niemieckiego, jak i odnośnie polskiego projektu ustawy o świadku koronnym. Obydwaj prelegenci omówili dokładnie zarzuty przeciwko instytucji świadka koronnego i potraktowali je bardzo

poważnie. Obydwa wypowiedzieli się ostatecznie za tym, aby co najmniej raz dokonać próby z tym rozwiązaniem.

Również w dyskusji można było odczuć dużą dozę sceptycyzmu w stosunku do świadka koronnego. Za zdecydowanym odrzuceniem wypowiedział się tylko Pan Kruszyński i być może jeszcze Pan Hirsch i Pan Filar. Większość uczestników dyskusji koła swoje niemiłe uczucie nadzieją na rezultaty przy zwalczaniu przestępczości. Sam chciałbym poddać rozważde, czy rozróżnianie pomiędzy działalnością prewencyjną i represyjną, za którym opowiedziałem się już w przypadku tajnych informatorów, nie przyniosłoby i tu pozytywnych rezultatów. A rozumiem to w następujący sposób.

Jeśli idzie tylko o ukaranie za już popełniony czyn, uważam to faktycznie za demoralizujące, tzn. z punktu widzenia etyczno-prawnego za bardzo wątpliwe, kiedy państwo paktuje z jednym z przestępców, ażeby ukarać innego. Przestępca jako partner organów ścigania zaciera fronty i mąci poczucie świadomości prawnej. Również nie brzmi to szczególnie szczęśliwie, jeśli jeden ze sprawców może powiedzieć, że w razie potrzeby jest w stanie zawsze jeszcze zdradzić swoich kompanów, tak że dokonując czynu bezprawnego nie popełnia wielkiego ryzyka. Do tego dochodzi problem niewiarygodności zeznań świadka koronnego. Jeśli się żąda, tak jak to już Pan Gropp wspomniał, dodatkowych środków dowodowych, aby usunąć zastrzeżenia w stosunku do wiarygodności, to można z niego od razu zrezygnować. Krótko mówiąc: nie mam dobrego o tym zdania, aby przestępców integrować do aparatu ścigania karnego przy pomocy regulacji o świadku koronnym.

Inaczej wygląda sprawa, kiedy zeznanie świadka koronnego zapobiega przyszłemu czynom. Niemieckie regulacje wymieniają ten przypadek wyraźnie obok odkrycia czynu bezprawnego. W tym przypadku uważam, że należy świadkowi koronnemu istotnie zaproponować nagrodę. Wniosek ten wynika w prostego wyważenia interesów w sensie stanu wyższej konieczności. Jeśli można uratować życie ludzkie i to tylko drogą złagodzenia kary lub odstąpienia od wymiaru kary, to musi to zgodnie z ogólnymi zasadami prawa nastąpić. W tym przypadku jest to już nie tyle problem moralności, przymusu wynikającego z sytuacji i w rezultacie dobrego, służącego zachowaniu prawa czyn. Także argument wiarygodności jest w przypadku prewencyjnego świadka nieistotny, ponieważ i tak się okaże, czy on swoim zeznaniem zapobiegł czynom bezprawnym.

Moje podsumowanie brzmi następująco: zagadnienie regulacji o świadku koronnym dotyczy nie tylko, jak się często sądzi, płaszczyzny

empirycznej. Także od strony prawnej ta materia jest jeszcze nie całkiem zbadana.

XI. W ten sposób docieram do naszego jedenastego i ostatniego posiedzenia roboczego. Jego przedmiotem były środki podsłuchu, a szczególnie wielki podsłuch (zamach podsłuchowy). Referentami byli Pan Meurer i Pan Marszał. Musimy być szczególnie wdzięczni obu panom, że wyjaśnili nam gruntownie ten niezwykle skomplikowany stan prawny w obu państwach; trudno pomyśleć o lepszym wprowadzeniu do problematyki „prawa podsłuchu” odnośnie naszych obu krajów. Pomimo tego audytorium - już chyba ze względów czasowych - nie było w stanie omówić szczegółów. Zamiast tego debata koncentrowała się na „wielkim podsłuchu”, a więc na tajnym pilnowaniu mieszkań. To nie jest żadnym nadzwyczajnym zjawiskiem, ponieważ ten „wielki podsłuch” w Niemczech już od lat jest jednym z najbardziej spornych tematów polityczno-prawnych; również w polityce ogólnej problem ten odgrywał znaczącą rolę.

Jak można było oczekiwać, naprzeciwko siebie, także w dyskusji, stali przeciwnicy i zwolennicy. Pan Gössel dał się poznać jako ostrożny zwolennik wielkiego podsłuchu, a Pan Arzt ostrzegał nas przed moralną arogancją w stosunku do zachodnich państw, dla których ta forma wyjaśniania stanu faktycznego uchodzi za oczywistą. Pan Meurer, Pan Amelung i Pan Rogall przedstawili zastrzeżenia.

Jest interesujące, że rozróżnienie pomiędzy kontrolą dla celów prewencyjnych i represyjnych leży już u podstaw niemieckiego obowiązującego prawa, jak to Pan Meurer bardzo wyraźnie unaoczniał. Co się jednak dotyczy totalnej kontroli w celach represyjnych, to chciałbym przyłączyć się do negatywnego stanowiska Pana Meurera. Pytanie, czy wielki podsłuch narusza godność ludzką, można pominąć. Mimo wszystko cywilizowane państwo powinno każdemu człowiekowi przyznać prawo do prywatności, a prawo to nie jest respektowane, jeśli wszystko, co on w swoim mieszkaniu robi i mówi, jest kontrolowane przez państwo. Tego wielkiego podsłuchu nie można, jeśli się go dopuszcza, ograniczyć do pomieszczeń konspiracyjnych, ponieważ każde pomieszczenie, łącznie z sypialnią, może być użyte do rozmów na temat zachowania przestępnego. Należy również zwrócić uwagę na to, że przez kontrolę charakteru urzędowego nabierają nie tylko ważne informacje z punktu widzenia prawa karnego, lecz wszystkie prywatne i nawet intymne wypowiedzi. Jeśli się chce w ogóle przyznać człowiekowi prawa do sfery wyłączonej spod kontroli państwa, to trzeba zabronić tego rodzaju ingerencji. Jeśli ktoś nie chce przyznać takiego prawa przestępcy, to musi uwzględnić fakt, że wiele

rzekomo podejrzanych jest bez winy, a mimo to także mogą stać się ofiarami takich metod.

Wątpię także w to, że wielki podsłuch jest tą cudowną bronią, za jaką jest kreowany. Można go, o ile wiem, unieszkodliwić przez techniczne urządzenia i można również prowadzić konspiracyjne rozmowy poza mieszkaniem. Pan Gössel jest wprawdzie zdania, że na to są przestępcy za głupi; ale przeczy temu fakt, że często podkreśla się szczególną inteligencję sprawców przestępczości zorganizowanej. Jestem więc zdania, że się w ogóle nie opłaca, tak bardzo fundamentalnego prawa, jakim jest sfera prywatna, likwidować ze względu na wątpliwe efekty dochodzenia.

XII. W ten sposób dotarłem do końca mojego długiego podsumowania i tym samym do końca naszego kolokwium. Muszę stwierdzić, że nauczyłem się wiele i rzadko czułem się tak dobrze na jakimś kolokwium, jak na tym. W imieniu nas wszystkich chciałbym podziękować naszym organizatorom, Panom Hofmańskiemu i Pływaczewskiemu, jak również wszystkim mówcom, ze szczególnym podkreśleniem polskich, którzy nie tylko dali nam do dyspozycji swoją wielką wiedzę fachową, tak że mogliśmy w dodatku dzięki nim wzbogacić naszą wiedzę, ale którzy wzięli na siebie także wielki dodatkowy trud, przemawiać do nas po niemiecku. Dziękujemy więc polskim koleżankom i kolegom także za przyjazną atmosferę, poczucie bezpieczeństwa, spokój pracy i piękno natury, którymi nas otoczyli i które uczyniły te nasze wspólnie spędzone dni niezapomnianym przeżyciem! Podziękowaniem tym chciałbym objąć wszystkie współpracowniczki i wszystkich współpracowników naszych polskich kolegów, którzy przez swój niestrudzony udział uczynili w ogóle możliwym, że wszystko odbyło się w luźnej atmosferze, przyjemnie i z pożytkiem. Wracamy do domu z uczuciem wielkiej wdzięczności i zadowolenia i już teraz cieszymy się na następne spotkanie!

SYNTEZA Z POLSKIEGO PUNKTU WIDZENIA

(zagadnienia materialnoprawne)

Wywód przeprowadzony przez C. Roxina w treści dokonanego przezeń podsumowania sprawia, że powinienem właściwie już tylko milczeć. Tak dogłębna analiza wyników naszego kolokwium, którą właśnie usłyszeliśmy czyni moje wystąpienie zbędnym. Z drugiej jednakże strony nie zostałem zwolniony przez organizatorów z powierzonego mi zadania pomimo ograniczeń czasowych, jakim podlegamy. Dlatego też mógłbym służyć za przykład klasycznej kolizji obowiązków, jako że w takiej właśnie sytuacji się znalazłem. Żałuję, że zagadnienie kolizji obowiązków nie stanowiło przedmiotu naszych dyskusji.

Próbując rozwiązać ową kolizję powinności pragnę krótko, ze strony polskiej, poruszyć niektóre tylko zagadnienia. Choć jest to zadanie zaszczycające to jednakże wcale nie łatwe. Podsumowanie bowiem nie może sprowadzać się do prostego powtórzenia lecz stanowić musi z konieczności wybór z problematyki, która została tutaj omówniona. Każdy jednakże wybór - czego jestem świadom - oznacza pewną, nieuniknioną arbitralność, dla której proszę o wyrozumiałość.

Oba referaty wprowadzające prof., prof. H.J. Hirscha i K. Buchały zwracają w punkcie wyjścia wywodów uwagę na stały, wyraźnie współcześnie widoczny w Niemczech i w Polsce przyrost przepisów prawno-karnych. Prof. Buchała dał jednocześnie wyraz krytyce i obawom jakie wywołuje rozszerzanie się w ustawodawstwie przestępstw z zustrakcyjnego narażenia. Jak podkreślił jednakże w swoim referacie prof. Hirsch: za kategorią określaną jako przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia kryją się w istocie konkretne zachowania ryzykowne. Autor stwierdził jednocześnie, że możliwe jest dalsze konturowanie pojęcia dobra prawnego. Na tej problematyce skoncentrowała się część dyskusji. Nie wydaje mi się aby tezy obu głównych referentów pozostawały we wzajemnej opozycji. Chodzi bowiem o polskie doświadczenia z okresu politycznego ideologizowania prawa karnego. Jako student prawa dowiadywałem się z podręczników że pojęcia dobra prawnego uwzględnia całokształt stosunków społecznych, ekonomicznych i politycznych ustanowionych przez panującą klasę polityczną. Jasnym jest jakie konkretne zagrożenia stwa-

rzać mogą przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia jeżeli zorientowane są na ochronę tak definiowanego dobra prawnego. Z tego względu stanowisko prof. Buchały wydaje mi się tak samo zasadne jak sformułowana przez prof. Hirscha teza, według której nasze dzisiejsze prawnokarne instrumentarium z pojęciami dobra prawnego oraz tzw. przestępstwami z abstrakcyjnego narażenia nie znajduje, jak dotąd, racjonalnej alternatywy.

Powstała jednak wątpliwość czy do owego koniecznego instrumentarium zaliczyć trzeba także konstrukcję przestępstwa ciągłego. Jak przedstawił to w swoim referacie Prof. Geppert za zaniechaniem posługiwania się konstrukcją czynu ciągłego wypowiedział się Sąd Najwyższy RFN w swojej uchwale z maja 1994 r. Autor przekonująco oceniał tezę uchwały wraz z jej uzasadnieniem. Prof. Wąsek wykluczył możliwość zrezygnowania z posługiwania się konstrukcją przestępstwa ciągłego, a to zasadniczo z dwu powodów: tradycji oraz zapotrzebowania praktyki. Odnosił się on jednocześnie krytycznie do rozwiązania projektu nowego polskiego k.k., które opiera się rozróżnieniu czynu ciągłego i ciągu przestępstw. Krytyczne opinie sformułowane zostały również w dyskusji. Można być pewnym, że pojęcie przestępstwa ciągłego pozostanie przedmiotem ciągłej dyskusji w kręgu polskie doktryny.

Jak wynika z referatów prof. Górniok i prof. Lampe, reforma polskiego prawa karnego zmierza do stworzenia takich środków zwalczania przestępczości gospodarczej, jakie przewiduje prawo niemieckie. W tym obszarze powinniśmy także w Polsce stworzyć podstawy prawne dla karania osób prawnych za przestępstwa dokonywane w toku działalności gospodarczej lub w celu osiągnięcia zysku. Jakkolwiek niemieckie gospodarce prawo karne stwarza nowe możliwości dla praktyki, to jednakże niemieccy koledzy wykazują mniejszy optymizm aniżeli polscy, gdy idzie o efektywność posługiwania się instrumentarium tej gałęzi prawa, co wyraźnie ukazała dyskusja. Rozwiązania prawnokarne w tym względzie postrzegamy w Polsce jako konieczne z powodu, że określają one co jest na pewno zabronione w wolnej gospodarce rynkowej. Chodzi zatem również o efekt socjopsychologiczny stanowienia norm prawnokarnych. Oczywiście nie może to być jedyny oczekiwany skutek jak wynika z referatów prof., prof. G. Arzta i E. Pływaczewskiego o zwalczaniu prania brudnych pieniędzy. W Polsce możemy jednak jak dotąd mówić bardziej właśnie o oczekiwanych aniżeli o realnych skutkach prawnokarnych zakazów. Dla skutecznego przeciwdziałania praniu pieniędzy wydaje się konieczne ograniczenia tajemnicy bankowej i podatkowej.

Przestępczość gospodarcza oraz przestępczość przeciwko środowisku dostarczają zastępczo dobrej pożywki w obszarach, na których formuło-

wane są żądania kryminalizacji. Powinno to skłaniać do ostrożności. W szczególności prawo karne ochrony środowiska było przedmiotem tworzenia mitów i jest tak częściowo i obecnie - jak ujął to prof. K. Rogall w swoim referacie.

Prof. I. Puppe uporządkowała w swoim opracowaniu o zagadnieniach przyczynowości pojęcia dogmatyczne co nie znaczy jednak, że dla polskich kolegów bezsporne są kwestie związku przyczynowego pojawiające się na gruncie prawnokarnych rozwiązań mających chronić środowisko naturalne.

O tym jak silnej inspiracji dostarczyć może kryminologia dogmatyki prawa karnego przekonała dyskusja nad referatem prof. H.J. Schneidera o przestępstwach z nienawiści. W dyskusji tej wyrażony został pogląd, że przemoc dokonywana przez sprawców motywowanych nienawiścią ma swe korzenie w obojętności, bierności i braku sprzeciwu innych. Może powinno to zobowiązywać nas do dalszych przemyśleń nad konstrukcją przestępstwa brania udziału w przestępnym zbiegowisku. Jeżeli bowiem z tłumu zgromadzonych dokonywane są wyrażające nienawiść akty przemocy, przy jednoczesnej bierności obecnych, to powstaje pytanie czy tej obojętności i zaniechania sprzeciwu nie powinniśmy ocenić w kategoriach ich karygodności. Według obowiązującego niemieckiego prawa karnego bierna obecność w tłumie, z którego dokonywane są akty przemocy nie wypełnia znamion brania udziału w przestępnym zbiegowisku. W tym samym kierunku zmierza rozwiązanie projektu nowego polskiego k.k. Może powinniśmy jednakże postawić pytanie, czy ludzka solidarność z oficerami nienawiści wyrażanej przez przemoc nie powinna zobowiązywać nas do prawnokarnej potępienia obojętności i bierności uczestników takich zdarzeń.

Wystąpienia problemowe prof. G. Danneckera oraz prof. M. Filara wywołały dyskusję nad ratio legis i konsekwencjami karalności posiadania narkotyków. Doświadczenia niemieckie powstałe na gruncie zwalczania przestępczości związanej z obrotem narkotykami oraz poglądy sformułowane przez prof. Danneckera mogą stanowić dla polskiego ustawodawcy istotną pomoc przy poszukiwaniu rozsądnych i dających się pragmatycznie zastosować rozwiązań prawnych. Prof. Filar ocenił sceptycznie projekty polskich rozwiązań prawnokarnych przewidujących karalność posiadanie narkotyków. Pomimo to prognozować można z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, że wkrótce także i w Polsce wprowadzony zostanie, pod wpływem nacisku ze strony organów ścigania, a także opinii publicznej prawnokarne zakaz samego posiadania narkotyków.

Na zakończenie nieniejszej próby syntetycznego ujęcia niektórych wątków naszego kolokwium, pragnę podzielić się myślą, jaka pojawiła się w dyskusji z dr. E. Weigend na temat naukowych rezultatów przeprowadzonych tutaj obrad: niemieccy i polscy teoretycy prawa karnego mogą różnić się sposobami myślenia i argumentacji, a także doświadczeniami, na których się opierają - jedno wydaje się pewne - reprezentują oni dziś ten sam system wartości, próbując określić środki prawnokarne dające wyraz tych wartości i służące ich ochronie.

SYNTEZA Z POLSKIEGO PUNKTU WIDZENIA

(zagadnienia karnoprocesowe)

I. Sprawozdanie obejmuje tylko procesową część kolokwium. Nie jestem jednakże oczywiście w stanie w krótkiej formie ukazać pełnej palety kwestii, myśli, koncepcji i propozycji przedstawionych w ramach posiedzeń roboczych od ósmego do jedenastego.

Najpierw kilka słów o koncepcji niniejszej prezentacji. Moim zadaniem jest, jeśli je dobrze rozumiem, przedstawienie stanowiska strony polskiej. To oczywiście nie oznacza, że zamierzam się ograniczyć wyłącznie do wypowiedzi polskich uczestników. Przeciwnie, uważam stanowisko naszych niemieckich gości wobec wspólnych lub też wyłącznie polskich problemów karnoprocesowych za szczególnie wartościowe. Natomiast nie będę w ramach mego podsumowania zajmować się wewnętrznienieckimi segmentami naszej debaty. Po prostu nie czuję się kompetentny, aby o tym mówić. W żadnym razie nie oznacza to jednak, że te fragmenty dyskusji nie były owocne dla polskich uczestników. Wprost przeciwnie! Przyniosły nam one znaczący pożytek, jako wzór najwyższego poziomu prawnodogmatycznej argumentacji.

Ponieważ referaty są publikowane w całości, nie widzę sensu wychodzenia poza samą tylko ich notyfikację. W ten sposób moje sprawozdanie jest świadomie ograniczone zasadniczo do przebiegu dyskusji.

Szczególnie warte uwagi było poszukiwanie paralel oraz różnic między polskimi a niemieckimi uregulowaniami. Wnioski, które z takiego zestawienia wynikają, mogą nie być pozbawione całkiem praktycznego znaczenia. Poszczególne wskazania mogłyby być wykorzystane w ramach następnych etapów obecnej zasadniczej reformy polskiego prawa karnego i prawa karnego procesowego. Wielu polskich uczestników należy do tych, którzy mogą całkiem bezpośrednio wpływać na ustawodawcę, ponieważ uczestniczą w pracach Komisji do Spraw Reformy Prawa Karnego.

Ostatnia uwaga dotyczy sposobu prezentacji. Ponieważ zamierzam skoncentrować się na poszczególnych problemach, nie zawsze sekwencja przedstawienia odpowiada kolejności wypowiedzi uczestników.

II. Ósme posiedzenie robocze było poświęcone problematyce ochrony świadka. Referaty, które zostały przygotowane przez Panów Gössela i Hofmańskiego, usystematyzowały środki ochrony świadka przewidziane w niemieckim i polskim porządku prawnym.

Zagadnienie systematyki środków ochrony świadka zostało rozwinięte w ramach dyskusji. W szczególności przyczynił się do tego Pan Rogall. Podkreślił on, że dla prawa niemieckiego szczególnie ważne znaczenie ma rozróżnienie między środkami ochrony świadka przewidzianymi w prawie karnym procesowym i środkami ochrony świadka wynikającymi z prawa policyjnego. Chociaż to rozróżnienie miałoby swoje uzasadnienie również na tle prawa polskiego, to jednak - moim zdaniem - ten aspekt systematyki środków ochrony świadka odgrywa u nas mniejszą rolę z powodu zasadniczej różnicy między obydwooma systemami prawnymi. Podczas gdy w Niemczech, z powodu federacyjnego porządku prawnego, prawo policyjne - w odróżnieniu od prawa karnego procesowego - należy w zasadzie do kompetencji ciał prawodawczych krajów związkowych, w Polsce zarówno ustawodawstwo karnoprosesowe, jak i policyjne znajdują się na tym samym legislacyjnym poziomie. Pozostałe aspekty systematyki środków ochrony świadka, rozważane przez Pana Rogalla zarówno na tle obowiązującego prawa niemieckiego, jak też w płaszczyźnie *legis ferendae*, mogłyby być wykorzystane także u nas. Należą do nich, na przykład, kryteria naruszonego dobra prawnego.

Ważnym punktem dyskusji był związek między uregulowaniem ochrony świadka a Europejską Konwencją Praw Człowieka, w szczególności w świetle orzecznictwa organów w Strasbourgu. Według Pana Rogalla, konieczna jest zgodność ewentualnych środków ochrony świadka z przepisami Konwencji. Kwestia tej zgodności była analizowana przez Pana Wąska na tle - wprowadzonej ustawą z 6 lipca 1995 r. - instytucji świadka anonimowego. Stwierdził on, że wprowadzenie to uregulowanie nie jest sprzeczne z Konwencją, to jednak leży na granicy zgodności z nią. W kwestii EKPC pan Gössel wyjaśnił, że - według panującego w Niemczech poglądu - Konwencja jest zwykłą ustawą w ramach porządku konstytucyjnego.

Przewidziana w wymienionej polskiej ustawie instytucja świadka anonimowego należała do najważniejszych punktów dyskusji w ramach tego posiedzenia. Obok wspomnianej uwagi dotyczącej zgodności tego uregulowania z EKPC, zauważył Pan Wąsek, że prawie niemożliwy jest zadowalający kompromis między uzasadnionymi interesami świadka, oskarżonego i wymiaru sprawiedliwości. Wyraził przy tym przypuszczenie, że unormowanie dotyczące świadka anonimowego może być zmie-

nione w ciągu kilku najbliższych miesięcy. Skrytykował również ustawodawcę za to, że regulacja niektórych kwestii stanowiących zwykłe materię ustawową została pozostawiona do unormowania w drodze rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości. Na koniec postawił pytanie, czy możliwe jest zdemaskowanie świadka *in cognito* w drodze przedłożonego sądowi wniosku o wezwanie na przesłuchanie osoby, która według przypuszczenia jest właśnie owym anonimowym świadkiem. W nawiązaniu do tego, Pan Waltoś wyraził pogląd, że taka możliwość istnieje i rozsądny obrońca powinien z niej skorzystać.

Kilka dalszych wątpliwości zostało podniesionych przez Pana Grajewskiego. Zwrócił on uwagę na to, że nowe unormowanie świadka *in cognito* jest związane z ograniczeniem praw obywateli oraz uczestników procesu karnego. Idąc dalej wywodził on, że przede wszystkim powinny być wykorzystane możliwości należące do normalnego instrumentarium każdej policji. Tymczasem można obecnie obserwować w Polsce minimalną aktywność policji, zwłaszcza w zakresie przestępstw wymuszania. Jego zdaniem, istnieje niebezpieczeństwo, że nowe uregulowanie instytucji świadka anonimowego może być wykorzystane do uchylania się od obowiązku składania zeznań. Poza tym mogą się pojawić fałszywi świadkowie. Na koniec podniósł problem wymogu zaufania i stwierdził, że wielu polskich policjantów, którzy w przeszłości byli związani z komunistycznym reżimem, nie zasługują dzisiaj na zaufanie.

Uregulowanie dotyczące świadka anonimowego zostało jeszcze ostrzej skrytykowane przez Pana Kruszyńskiego. Jako aktywny adwokat, zwrócił on uwagę na ograniczenie praw obrońcy. Wywodził, że - bez znajomości danych osobowych świadka - obrońca nie może spełniać swej głównej roli w procesie karnym. W nawiązaniu do tego, zauważył Pan Waltoś, że w przygotowaniu ustawy uczestniczyli przedstawiciele samorządu adwokackiego, którzy zwrócili uwagę na to, że w niektórych wypadkach właśnie znajomość przez obrońcę danych osobowych świadka może być niebezpieczna dla niego samego.

Poza sporem było to, że stopień zagrożenia ze strony zorganizowanej przestępczości zarówno w Niemczech (Pan Gössel), jak i w Polsce (Gościński) jest wciąż nieporównywalny z sytuacją w tym zakresie w USA, co powinno być ważnym czynnikiem przy rozważaniu celowości ewentualnego wprowadzenia - wzorowanego na amerykańskim modelu - programu ochrony świadków.

Pan Lampe przestrzegał przed tym, że wymóg ochrony świadków może prowadzić do nadużyć w działalności prokuratury.

Pan Geppert wskazał na to, kwestia poufności, odgrywająca ważną rolę zarówno w procesie karnym jak i w pracy policji, powinna znaleźć ustawowe uregulowanie.

Pan Arzt analizował, jak dalece poglądy polityczne, a więc prawicowa lub lewicowa orientacja, mogą wpływać na oceny dotyczące ochrony świadka.

III. Dziewiąte posiedzenie robocze dotyczyło problematyki osoby zaufanej. Pan Lillie przedstawił swój referat, podczas gdy z powodu nieobecności Pana Bulsiewicza jego referat został przez uczestników przeczytany. Być może okoliczność ta zdeterminowała przebieg dyskusji, która skoncentrowała się przede wszystkim na niemieckim referacie.

Pan Geppert podzielił się swoim wrażeniem, że zarówno w ustawodawstwie polskim jak i niemieckim uchylono się od zasadniczej kwestii, mianowicie kwestii merytorycznego uzasadnienia tego, czego w sposób odmienny mogą dokonywać ukryci agenci lub osoby zaufane. Wyraził również swój pogląd, że bez ustawowego uregulowania w tym zakresie nie można pójść dalej.

W centrum rozważań Pan Roxina było pytanie, czy uprawnienia osób zaufania wymagają regulacji. Ten problem był przez niego analizowany w świetle orzecznictwa Związkowego Sądu Najwyższego dotyczącego konsekwencji prawnych braku pouczenia oskarżonego o jego prawie do milczenia. W końcu swych rozważań sformułował tezę, że ustawowe uregulowanie zezwalające na wykorzystanie osób zaufanych nie wymaga - na gruncie bezpieczeństwa prawnego - w ogóle niczego, jeśli nie są również, przynajmniej w pewnych granicach, określone ich uprawnienia. Nakaz pouczenia o prawie do milczenia był również dyskutowany przez Panów Schroedera i Gössela.

Pan Rogall mówił o celu wprowadzenia regulacji dotyczącej osób zaufanych. Wskazał na to, że ci ludzie często byli traktowani jako niepewni. Pierwotnie chodziło więc praktycznie o zabezpieczenie wartości dowodowej takich zeznań. Wypowiedział się za stworzeniem ustawowej podstawy i rozważał, czy byłoby konieczne określenie także środków służących do umocowania tych ludzi.

Pan Amelung dokonał wyraźnego rozgraniczenia między prewencyjnymi i represyjnymi ekwiwalentami instytucji osób zaufanych. Jego zapatrywanie podzielił Pan Lillie, który podkreślił wagę tego rozgraniczenia.

Pan Waltoś wskazał na to, że w dotychczasowym polskim ustawodawstwie nie było praktycznie żadnej możliwości wykorzystania zeznań osób zaufanych w charakterze materiału dowodowego. Ustawa noweli-

zująca ustawę o policji stworzyła możliwość ujawnienia danych pozwalających na identyfikację osoby zaufanej. Przy okazji Pan Waltoś uczynił uwagę, że w polskich warunkach byłoby lepiej określać taką osobę jako tajnego agenta policji niż jako osobę zaufaną. Dzisiaj jest więc w Polsce alternatywa, a mianowicie albo przesłuchać tajnego agenta policji jako świadka in cognito, albo też ujawnić dane umożliwiające jego identyfikację.

IV. W ramach dziesiątego posiedzenia roboczego uczestnicy zajmowali się problematyką świadka koronnego. Referenci, którymi byli Panowie Gropp i Waltoś, przedstawili unormowanie świadka koronnego w obydwóch ustawodawstwach zarówno *de lege lata* jak i *de lege ferenda*.

Sporną była pewna systemowa kwestia, a mianowicie to, czy regulacja świadka koronnego należy do obszaru tzw. uzgodnień procesowych. Za tym sposobem systematyki wypowiedział się Pan Hirsch. Pan Gropp nie podzielił tego zapatrywania.

Regulacja świadka koronnego została oceniona przez uczestników w sposób zróżnicowany. Przeważał pogląd, że mimo wszystkich wątpliwości należy tę regulację zaakceptować. Wyjątek stanowiło stanowisko Pana Kruszyńskiego, który pryncypialnie wypowiedział się przeciwko instytucji świadka koronnego. Jego zdaniem regulacja świadka koronnego jest sprzeczna nie tylko z zasadą legalizmu, lecz także z zasadą sprawiedliwości. Poza tym prowadzi ona do demoralizacji.

Sprawiedliwościowy punkt widzenia został rozwinięty w ramach dyskusji. Pan Amelung był zdania, że w świetle ograniczenia regulacji świadka koronnego w Niemczech nie można byłoby podzielić argumentu podniesionego przez Pana Kruszyńskiego. Uznane przez prawo karne materialne wartości związane ze sprawiedliwością pozostają tu bowiem skuteczne. Natomiast, Pan Lampe sformułował następującą implikację: skoro regulacja świadka koronnego przyczyniła się nieco do „rozdzielczej” sprawiedliwości, to tym samym sprawiedliwościowy punkt widzenia jest całkiem uzasadniony.

Dyskusja ukazała związek regulacji świadka koronnego nie tylko ze stanem przestępczości, lecz także z polityczną sytuacją w państwie. Okazji do roztrząsania tej problematyki dostarczył ostatni fragment referatu Pana Waltośa. Porównał on rozmaite aspekty życia publicznego w Polsce w 1992 r., gdy został przygotowany pierwszy rządowy projekt ustawy o świadku koronnym, z aktualną sytuacją, w której podjęcie nowej inicjatywy ustawodawczej byłoby w pełni uzasadnione. Przemawia za tym stabilizacja państwa z jednej strony, zaś zagrożenie porządku prawnego przez zorganizowaną przestępczość z drugiej strony. Pan Hirsch, który

przywołał tę argumentację, był bardziej sceptyczny i doradzał ostrożność. Także Pan Wąsek nawoływał do ostrożności. Jednocześnie wyraził on przekonanie, że wykazujemy się taką ostrożnością przy wprowadzaniu regulacji świadka koronnego i wykażemy ją także przy stosowaniu w praktyce przyszłych przepisów. Wskazał też na to, że obecne zagrożenie nowej demokracji w Polsce jest wykorzystywane przez lewicowych i prawicowych populistów. Doprowadziło go to do wniosku, że powinniśmy coś uczynić dla wzmocnienia poczucia bezpieczeństwa społeczeństwa. Nie można jednak przy tym zapominać o tym, że instytucja świadka koronnego jest niebezpiecznym narzędziem.

Niektórzy dyskutanci wyodrębnili dwie płaszczyzny, a mianowicie regulację świadka koronnego jako taką oraz praktykę jej stosowania. Na podstawie informacji zaczerpniętych z obydwóch referatów stwierdził Pan Hirsch, że podczas gdy w Niemczech praktyczne znaczenie regulacji świadka koronnego ogranicza się do obszaru przestępczości związanej ze środkami odurzającymi, w Polsce ta regulacja w ramach postępowania przygotowawczego nie jest nieistotna. Postawił więc sobie pytanie, z czym jest to związane. Czy polega to tylko na tym, że w Polsce otwarto szerszy zakres stosowania tej instytucji, czy też wynika to z faktu, że polskiemu kodeksowi postępowania karnego nie jest znane umorzenie z powodów oportunistycznych. To pytanie nie spotkało się właściwie z odpowiedzią ze strony polskich uczestników kolokwium. Również Pan Pływaczewski odróżnił samą instytucję świadka koronnego od praktyki jej stosowania. Jego zdaniem instytucja świadka koronnego może stanowić skuteczną broń przeciwko zorganizowanej przestępczości. Przemawiają za tym pozytywne amerykańskie i włoskie doświadczenia. Co się tyczy przyszłej polskiej praktyki, był on jednak bardziej sceptyczny.

Pan Filar dokonał rozróżnienia między represyjnymi i prewencyjnymi systemami wymiaru sprawiedliwości i stwierdził, że w ramach represyjnie zorientowanego systemu wymiaru sprawiedliwości regulacja świadka koronnego jest pozbawiona sensu. Natomiast w ramach prewencyjnie zorientowanego systemu wymiaru sprawiedliwości należy rozważać kwestię jej efektywności.

Wskazany ostatni fragment referatu Pana Waltosia był też impulsem do rozważania koncepcji wprowadzenia uregulowania świadka koronnego na okres próbny. Pan Filar ocenił, że mogłoby to być trochę niebezpieczne. Natomiast Pan Dannecker wyraził swoją sympatię dla tej koncepcji i powołał się na dobre holenderskie doświadczenia w tym zakresie.

Pani Weigend zajęła się uregulowaniem art. 5 § 4 polskiej ustawy o ochronie obrotu gospodarczego i wyraziła pogląd, że regulacja ta umacnia przedstawione wątpliwości.

Posumowując dyskusję na ten temat obydwaj referenci wyrazili zapytrwanie, że -pomimo wszelkich wątpliwości i zastrzeżeń - regulacja świadka koronnego, jest niezbędnym elementem instrumentarium służącego do zwalczania przestępczości zorganizowanej .

V. Końcowe, jedenaste posiedzenie robocze miało za przedmiot kwestie karnoprosesowe środków podsłuchu. Problematyka ta została przedstawiona przez obydwóch referentów, a mianowicie Panów Meurera i Marszałę, na gruncie niemieckiego i polskiego ustawodawstwa. Fakt, że w dyskusji uczestniczyli wyłącznie niemieccy mówcy zdeterminował przebieg dyskusji, w której przeważały problemy wyłaniające się na tle niemieckiego ustawodawstwa i orzecznictwa. Można jednak odnotować także wypowiedzi wychodzące poza „wewnątrzniemiecki” krąg problemów.

Pan Amelung wskazał na to, jak wielką rolę przy zmianie klimatu politycznego odgrywa czynnik czasu. Na podstawie rozwoju niemieckiego ustawodawstwa od 1961 r. uczynił on uwagę, że system konstytucyjny może być praktycznie odwrócony bez rewolucji. Ta uwaga nada się do zastosowania również u nas, zwłaszcza w świetle zmian następujących od 1989 r..Należy podzielić pogląd wyrażony przez Pana Amelunga, że wspomniane konstytucyjnoprawne przesłanki są związane z problematyką tego posiedzenia roboczego.

Pewien fragment referatu Pana Marszałę stał się okazją do dyskusji na temat minimalnych międzynarodowych standardów wynikających z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Przyczyniły się do tego zwłaszcza wypowiedzi Panów Rogalla, Arzta i Amelunga.

VI. Nasza debata stanowi kontynuację tradycji wymiany myśli między niemieckim i polskimi profesorami prawa i postępowania karnego. Temat kolokwium pokazuje, jak szybko obie strony potrafią reagować na aktualne pilne problemy prawa karnego i prawa karnego procesowego. Mam nadzieję, że wynikające z naszej dyskusji rezultaty mogą się przyczynić do rozwiązania wspólnych konkretnych problemów zarówno ustawodawstwa jak i praktyki.

Lista uczestników

Prof. dr Knut Amelung

Technische Universität, Dresden

Prof. dr Gunther Arzt

Universität Bern

Prof. dr Günther Blau

Universität Bochum, Frankfurt a.M.

Prof. dr hab. Ewa Błachut

Uniwersytet Jagielloński, Kraków

Prof. dr hab. Kazimierz Buchała

Uniwersytet Jagielloński, Kraków

Prof. dr hab. Tadeusz Bojarski

Uniwersytet M. Curie-Skłodowskiej,
Lublin

Prof. dr hab. Andrzej Bulsiewicz

Uniwersytet Mikołaja Kopernika,
Toruń

Prof. dr hab. Marian Cieślak

Uniwersytet Gdański

Prof. dr hab. Zbigniew Ćwiąkalski

Uniwersytet Jagielloński, Kraków

Prof. dr Gerhard Dannecker

Universität Bayreuth

Prof. dr hab.

Krystyna Daszkiewicz

Uniwersytet Adama Mickiewicza,
Poznań

Prof. dr hab. Zbigniew Doda

Uniwersytet Jagielloński, Kraków

Prof. dr hab. Marian Filar

Uniwersytet Mikołaja Kopernika,
Toruń

Prof. dr hab. Andrzej Gaberle

Uniwersytet Jagielloński, Kraków

Prof. dr hab. Lech Gardocki

Uniwersytet Warszawski, Warszawa

Prof. dr Klaus Geppert

Freie Universität, Berlin

Prof. dr hab. Zbigniew Gostyński

Uniwersytet Śląski, Katowice

Prof. dr Karl Heinz Gössel

Universität Erlangen - Nürnberg

Prof. dr hab. Oktawia Górniok

Uniwersytet Śląski, Katowice

Prof. dr hab. Jan Grajewski

Uniwersytet Gdański

Prof. dr Walter Gropp

Universität Leipzig

Ewa Guzik

Uniwersytet Warszawski, Białystok

Prof. dr dr h.c. mult.

Hans Joachim Hirsch

Universität zu Köln/Martin

Luther Universität,

Halle-Wittenberg

Prof. dr hab. Piotr Hofmański

Uniwersytet Warszawski, Białystok

Prof. dr hab. Brunon Hołyst
Uniwersytet Łódzki

Prof. dr hab.
Bogusław Janiszewski
Uniwersytet Adama Mickiewicza,
Poznań

Prof. dr hab. Tomasz Kaczmarek
Uniwersytet Wrocławski

Ewa Kowalewska
Uniwersytet Warszawski,
Białystok

Prof. dr hab. Piotr Kruszyński
Uniwersytet Warszawski,
Warszawa

Dr Cezary Kulesza
Uniwersytet Warszawski, Białystok

Prof. dr hab. Witold Kulesza
Uniwersytet Łódzki

Prof. dr Ernst-Joachim Lampe
Universität Bielefeld

Prof. dr Hans Lilie
Martin Luther Universität,
Halle-Wittenberg

Sławomir Maciejewski
Uniwersytet Mikołaja Kopernika,
Toruń

Prof. dr hab. Kazimierz Marszał
Uniwersytet Śląski, Katowice

Dr Mirosława Melezini
Uniwersytet Warszawski, Białystok

Prof. dr Dieter Meurer
Philipps-Universität, Marburg

Sławomir Oliwniak
Uniwersytet Warszawski, Białystok

Prof. dr hab.
Emil W. Pływaczewski
Uniwersytet Warszawski, Białystok

Dr Wiesław Pływaczewski
Wyższa Szkoła Policji, Szczytno

Prof. dr Ingeborg Puppe
Rheinische-Friedrich-Wilhelms-
Universität, Bonn

Prof. dr hab. Wojciech Radecki
Polska Akademia Nauk, Wrocław

Prof. dr hab.
Aleksander Ratajczak
Uniwersytet Adama Mickiewicza,
Poznań

Prof. dr Klaus Rogall
Freie Universität, Berlin

Prof. dr, dr h.c. Claus Roxin
Universität München

Prof. dr, dr h.c. (PL)
Hans-Joachim Schneider
Westfälische Wilhelms-Universität,
Münster

Prof. dr
Friedrich-Christian Schroeder
Universität Regensburg

Prof. dr Ulrich Sieber
Universität Würzburg

Prof. dr hab.
Stanisław Stachowiak
Uniwersytet Adama Mickiewicza,
Poznań

Dr B. Grażyna Szczygieł
Uniwersytet Warszawski, Białystok

Prof. dr hab. Maria Szewczyk
Uniwersytet Jagielloński, Kraków

Prof. dr hab. Andrzej Szwarc
Uniwersytet Adama Mickiewicza,
Poznań

Tomasz Szczęsny Szymański
Uniwersytet Warszawski, Białystok

Prof. dr hab. Stanisław Waltoś
Uniwersytet Jagielloński, Kraków

Prof. dr hab. Andrzej Wąsek
Uniwersytet M. Curie-Skłodowskiej,
Katolicki Uniwersytet Lubelski,
Lublin

Dr Ewa Weigend
Max-Planck-Institut, Freiburg i. Br.

Dr Zbigniew Wrona
Uniwersytet Jagielloński, Kraków

Prof. dr hab. Kazimierz Zgryzek
Uniwersytet Śląski, Katowice

Prof. dr hab. Andrzej Zoll
Uniwersytet Jagielloński, Kraków