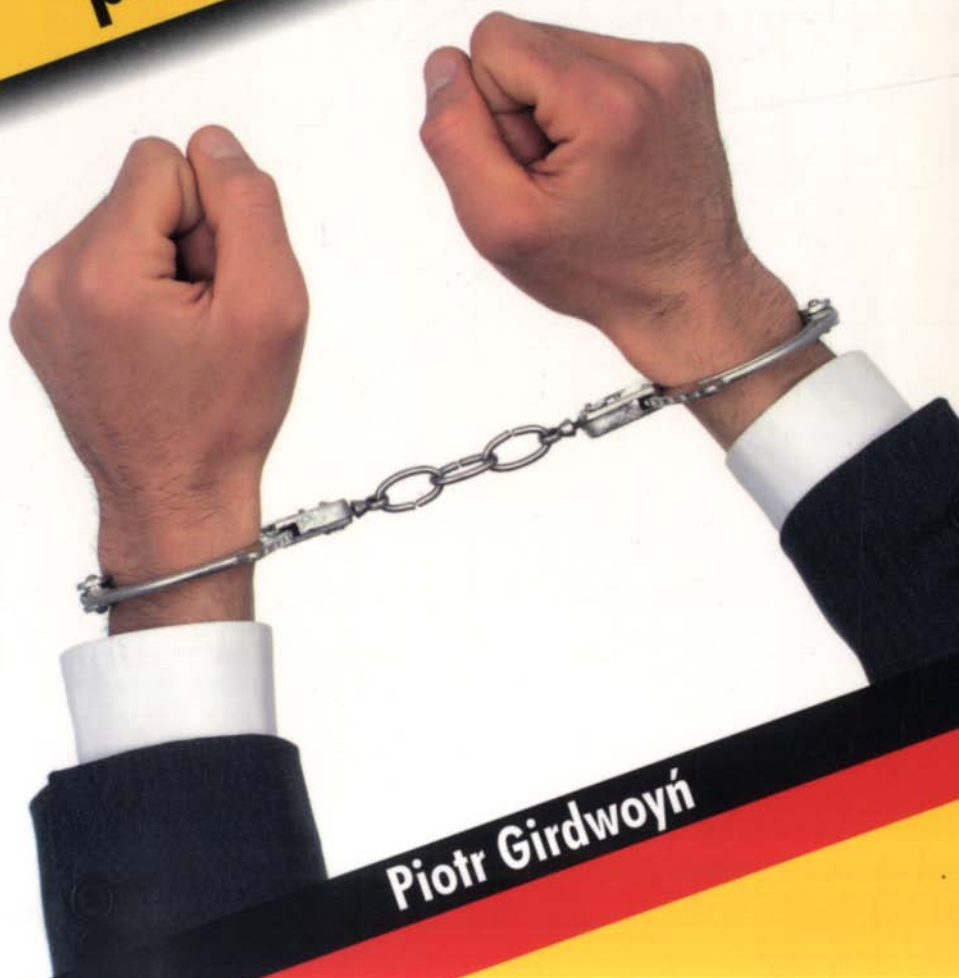


Zarys

niemieckiego

procesu karnego



Piotr Girdwoyń

Zarys
niemieckiego
procesu karnego

Piotr Girdwoyń

Zarys
niemieckiego
procesu karnego



Temida2
Białystok 2006

Rada programowa Wydawnictwa Temida 2:

Leonard Etel, Marian Grzybowski, Adam Jamróz, Dariusz Kijowski, Cezary Kosikowski, Adam Lityński, Emil Pływaczewski, Stanisław Prutis, Eugeniusz Ruśkowski, Walerian Sanetra, Halina Świączkowska, Bogdan Wierzbicki

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

ISBN 83-89620-18-9

Recenzent:

Piotr Kruszyński

Opracowanie graficzne i typograficzne:

Jerzy Banasiuk

Projekt okładki:

Andrzej Skarzyński

Redakcja techniczna:

Jerzy Banasiuk

Korekta:

Marian Suchożebrski

Wydawca: Temida 2

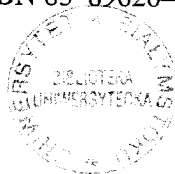
Przy wsparciu finansowym Wydziału Prawa i Administracji

Uniwersytetu Warszawskiego

Druk i oprawa: Podlaska Spółdzielnia Produkcyjno-Handlowo-Usługowa

Białystok, ul. 27 Lipca 40/3, tel./fax. (85) 675-48-02

<http://www.podlaska.com.pl>



294624

BIBLIOTEKA UNIWERSYTECKA
im. Jerzego Giedroycia w Białymstoku



FUW0205122

Spis treści

Wykaz skrótów 13

Od autora 15

Rozdział I

Zagadnienia wstępne 18

1. Historia niemieckiego procesu karnego 18

2. Źródła niemieckiego prawa karnego procesowego 20

3. Cele postępowania karnego 25

4. Przesłanki procesowe 30

Rozdział II

Zasady niemieckiego procesu karnego 34

1. Zasady związane z wszczęciem postępowania 35

a. Zasada ścigania z urzędu, oficjalności (Die Offizialmaxime) ... 35

b. Zasada skargowości (Der Anklagegrundsatz) 37

c. Zasada legalizmu (Das Legalitätsprinzip) 38

d. Zasada ustawowego sędziego (Der Grundsatz des gesetzlichen Richters) 39

2. Zasady związane z prowadzeniem postępowania 41

a. Zasada instrukcyjności (Das Instruktionsprinzip, der Ermittlungsgrundsatz, der Untersuchungsgrundsatz) 41

b. Zasada sądowego wysłuchania (Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs) 42

c. Zasada szybkości i koncentracji (Das Beschleunigungsgebot, die Konzentrationsmaxime) 43

3. Zasady postępowania dowodowego 46

a. Zasada bezpośredniości (Der Grundsatz der Unmittelbarkeit) . 46

51365/06p

b. Zasada swobodnej sędziowskiej oceny dowodów (Der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung)	48
c. Reguła in dubio pro reo i domniemanie niewinności (In dubio pro reo, Unschuldvermutung).....	50
4. Zasady formy postępowania	51
a. Zasada ustności (Das Mündlichkeitsprinzip).....	51
b. Zasada publiczności (Der Grundsatz der Öffentlichkeit)	52
c. Nakaz postępowania fair (Das Gebot eines fairen Strafverfahrens)	53

Rozdział III

Postępowanie przygotowawcze i pierwszoinstancyjne	55
1. Fazy i etapy procesu.....	55
2. Postępowanie przygotowawcze	56
3. Postępowanie przejściowe	66
4. Postępowanie główne. Rozprawa	69

Rozdział IV

Środki zaskarżenia i postępowanie odwoławcze	80
1. Zwyczajne środki zaskarżenia	80
a. Zażalenie (Beschwerde).....	82
b. Apelacja (Berufung)	84
c. Rewizja (Revision).....	88
d. Sprzeciw od nakazu karnego (Einspruch gegen den Strafbefehl)	97
2. Nadzwyczajne środki zaskarżenia	98
a. Wniosek o przywrócenie poprzedniego stanu (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand)	98
b. Wniosek o wznowienie postępowania (Wiederaufnahme des Verfahrens).....	100

c. Skarga konstytucyjna.....	106
d. Skarga do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka	106

Rozdział V

Struktura i właściwość sądów	108
1. Zasada sędziowskiego wymiaru sprawiedliwości. Niezawisłość sędziowska.....	108
2. Właściwość rzeczowa (sachliche Zuständigkeit).....	111
a. Amtsgericht	112
b. Sąd Krajowy (Landsgericht)	114
c. Wyższy Sąd Krajowy (Oberlandsgericht).....	117
d. Problem tzw. „ruchomej właściwości”	118
e. Właściwość szczególna z łączności spraw	119
3. Właściwość miejscowa (örtliche Zuständigkeit, Gerichtsstand) ..	119
a. Przesłanki zwyczajne	120
b. Przesłanki nadzwyczajne	121
4. Właściwość funkcjonalna (funktionelle Zuständigkeit)	122
a. Właściwość sądu odwoławczego.....	122
b. Właściwość szczególnych składów w ramach tej samej właściwości rzeczowej	124
c. Podział zadań wewnątrz składu orzekającego	125
d. Właściwość sędziego nadzorującego postępowanie przygotowawcze	125

Rozdział VI

Rola i zadania prokuratury	126
1. Organizacja prokuratury	126
2. Zasady funkcjonowania prokuratury	128
3. Kompetencje prokuratury	130

Organy policyjne	139
1. Krótka historia policji na ziemiach niemieckich.	139
2. Podstawy prawne i zakres kompetencji policji niemieckiej.	141
a. Federalne organy policyjne.....	142
b. Policje krajów związkowych	148
3. Kompetencje policjantów w zakresie stosowania środków przymusu bezpośredniego.....	151
4. Niemieckie organy policyjne a Europol	153

Obrońca w procesie karnym	156
1. Prawo do obrony.....	156
2. Stanowisko obrońcy w procesie karnym	157
a. Obrońca jako pomocnik oskarżonego (Beistand des Beschuldigten)	159
b. Obrońca jako organ wymiaru sprawiedliwości (Organ der Rechtspflege).....	160
3. Obrona niezbędna (notwendige Verteidigung) i obrona z urzędu (Pflichtverteidigung)	162
4. Uprawnienia obrońcy.....	164
a. Kontakt z oskarżonym	164
b. Udział w czynnościach postępowania	166
c. Składanie wniosków dowodowych.....	167
d. Dostęp do akt.....	167
e. Wnoszenie środków odwoławczych.....	169
f. Własne działania wykrywcze (eigene Ermittlungen).....	169
5. Nadużycie prawa do obrony	172

Środki przymusu (Zwangsmittel, Grundrechtseingriffe)	175
1. Pojęcie, cel i klasyfikacja środków przymusu	175
2. Środki pozbawiające wolności.....	177
a. Tymczasowe aresztowanie (Untersuchungshaft).....	177
b. Tymczasowe umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym lub zakładzie odwykowym (einstweilige Unterbringung).....	182
c. Ujęcie i zatrzymanie (vorläufige Festnahme)	182
d. Zarządzenie obserwacji psychiatrycznej (Unterbringung zur Beobachtung).....	185
3. Środki naruszające nietykalność cielesną	186
a. Badanie cielesne oskarżonego (körperliche Untersuchung) ...	187
b. Czynności dla celów rozpoznawczych (erkennungsdienstliche Behandlung)	188
c. Badanie cielesne innych osób (Untersuchung anderer Personen)	189
d. Badania DNA (DNA-Analyse)	190
4. Środki ograniczające prawo własności	194
a. Zatrzymanie rzeczy (Beschlagnahme).....	194
b. Przeszukanie (Durchsuchung)	198
5. Środki ograniczające inne prawa zasadnicze.....	202
a. Nadzór telekomunikacji (Die Überwachung der Telekommunikation).....	202
b. Tzw. „wielki” podsłuch (Der „große” Lauschangriff).....	205
c. Zastosowanie środków technicznych (Einsatz technischer Mittel).....	208
d. Użycie tajnych agentów (Einsatz Verdeckter Ermittler)	209
c. Pozostałe środki przymusu	212

Rozdział X

Postępowanie dowodowe w StPO	214
1. Zagadnienia ogólne	214
a. Główne zasady prawa dowodowego	214
b. Dowód w sensie ścisłym i swobodnym (Streng- und Freibeweis)	214
c. Ciężar dowodu (Beweislast)	216
2. Wniosek dowodowy (Beweisantrag)	218
a. Pojęcie i tryb składania	218
b. Przyczyny oddalenia wniosku dowodowego	220
3. Zakazy dowodowe (Beweisverbote)	225
a. Zakazy przeprowadzania dowodów (Beweiserhebungsverbote)	226
b. Zakazy wykorzystywania dowodów (Beweisverwertungsverbote)	227
4. Rodzaje dowodów	231

Rozdział XI

Oskarżony i jego przesłuchanie	232
1. Definicja oskarżonego	232
2. Przesłuchanie oskarżonego (główne zasady)	235
3. Warunki swobody wypowiedzi. Podstęp	239
4. Policyjne taktyki przesłuchania	242

Rozdział XII

Biegły i jego opinia	245
1. Uwagi wprowadzające	245
2. Pojęcie biegłego	245

3. Zadania biegłego	246
4. Pozycja prawna biegłego	247
5. Wybór i wyłączenie biegłego	249
6. Prawa i obowiązki biegłego	254
7. Biegli prywatni	255

Rozdział XIII

Świadek i jego zeznanie	257
1. Pojęcie świadka	257
2. Obowiązki świadka	259
a. Stawiennictwo	259
b. Złożenie zeznań	260
c. Przyrzeczenie	260
d. Prawdomówność	261
3. Prawo do odmowy zeznań	262
a. Osoby najbliższe	263
b. Osoby zobowiązane do zachowania tajemnicy	264
c. Osoby narażone na odpowiedzialność karną	267
4. Przebieg przesłuchania	267

Rozdział XIV

Dowody rzeczowe	272
1. Dowód z dokumentu (Urkundenbeweis)	272
a. Pojęcie dokumentu	272
b. Przeprowadzenie dowodu z dokumentu	274
c. Zakazy odczytania	274
2. Dowód z oględzin	275
a. Pojęcie oględzin	275

b. Oględziny sądowe.....	276
c. Oględziny pozasądowe	277
d. Przedmiot oględzin	279
Zakończenie	281
Bibliografia	
1. Literatura.....	283
2. Orzecznictwo	288
a. ETPC.....	288
b. Sądy niemieckie.....	288
3. Akty normatywne.....	294

Wykaz skrótów

AG	– Amtsgericht, sąd najniższego rzędu o nazwie nieprzetłumaczalnej
Beschl.	– Beschluss, postanowienie
BGH	– Bundesgerichtshof, Najwyższy Trybunał Związkowy, Sąd Najwyższy Republiki Federalnej Niemiec
BGHSt	– Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, nazwa publikowanego odrębnie orzecznictwa BGH w sprawach karnych
BVerfG	– Bundesverfassungsgericht, Federalny Sąd Konstytucyjny, Trybunał Konstytucyjny Republiki Federalnej Niemiec
BVerfGE	– Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, nazwa publikowanego odrębnie orzecznictwa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego
EKPC	– Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności
GG	– Grundgesetz, Konstytucja Republiki Federalnej Niemiec
LG	– Landsgericht, Sąd Krajowy
NJW	– Neue Juristische Wochenschrift (tytuł czasopisma)
NStZ	– Neue Zeitschrift für Strafrecht (tytuł czasopisma)
OLG	– Oberlandsgericht, Wyższy Sąd Krajowy
StGB	– Strafgesetzbuch, niemiecki kodeks karny
StPO	– Strafprozessordnung, niemiecki kodeks postępowania karnego
StV	– Strafverteidiger (tytuł czasopisma)
Urt.	– Urteil, wyrok

Pozostałe, rzadziej używane skróty wyjaśniono w tekście. W pracy częściowo przyjęto z konieczności niemiecką konwencję cytowania, polegającą na podawaniu tytułu lub rocznika czasopisma i pierwszej strony publikacji (bez odrębnego numeru czasopisma).

OD AUTORA

Wśród powodów napisania tej pracy należy wymienić trzy najważniejsze.

Po pierwsze: niemieckojęzyczna literatura i orzecznictwo stanowią trudną do przecenienia część dorobku europejskiej (kontynentalnej) doktryny prawnej; dorobku w naszym kraju być może znanego, lecz rzadko omawianego. W fazie planowania niniejszej książki z wielkim zdziwieniem skonstatowano brak polskiej przekrojowej i nieprzyczynkarskiej publikacji poświęconej tym zagadnieniom. Intencją piszącego było więc tę lukę nieco pomniejszyć. Jej uzupełnienie wymagałoby dzieła o niepomiernie większych rozmiarach.

Po drugie: analiza treści polskich ustaw karnych procesowych z lat 1928, 1969 i 1997 wraz z ich kolejnymi nowelizacjami prowadzi do nieuchronnego wniosku, że niemieckie prawo karne procesowe stanowiło i stanowi częstą inspirację dla rodzimego ustawodawcy. Wydawało się więc celowe przedstawienie ogólnych założeń systemu, z którego niekiedy zapożyczają się poszczególne instytucje (np. podstawę oddalenia wniosku dowodowego ze względu na to, że zmierza on do przewlekania postępowania), aby pokazać także ich zakotwiczenie oraz problemy, przed jakimi stanął zarówno niemiecki ustawodawca, jak też orzecznictwo. Być może przyczyni się to do uniknięcia podobnych błędów w Polsce.

Po trzecie: choć powód bardziej osobisty, lecz przez to nie mniej ważny, inspiracją do napisania tej książki były zainteresowania naukowe autora, których bezpośrednim źródłem stał się pobyt w Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht we Freiburgu dzięki stypendium w ramach Roman–Herzog–Forschungsprogramm, współfinansowanego przez Alexander von Humboldt Stiftung i Gemeinnützige Hertie Stiftung.

Intencją pracy było, zgodnie z jej tytułem, przedstawienie zarysu niemieckiego procesu karnego, bez nadmiernie szczegółowego wni-

kania w jego instytucje. Książka została pomyślana jako wprowadzenie w tematykę i ewentualnie zachęta do studiowania zagadnień w niej wspomnianych, a nie jako kompendium wiedzy. Być może czytelnikom pozostanie po jej przeczytaniu niedosyt (to nawet dobrze, bo jednym z jej celów jest rozbudzenie zainteresowań problematyką), lecz kryteria wyboru i kolejności zagadnień zostały starannie przemyślane. Układ pracy swobodnie nawiązuje do systematyki niemieckich publikacji przekrojowych i dąży także do odzwierciedlenia niemieckiego spojrzenia na niemiecki proces. W szczególności np. nie zagłębiono się w problematykę zasad procesowych w takim zakresie, jak czyni to większość polskich publikacji. Przyjęto podział zasad procesowych C. Roxina, odmienny od rodzimego, zdecydowano się na omówienie organów procesowych począwszy od sądu, jako że taką systematykę przyjmuje niemiecka ustawa konstytuująca ustrój sądów i prokuratur (*Gerichtsverfassungsgesetz*). Ze względu na jeden z naczelných celów niemieckiego procesu karnego – realizację państwowego roszczenia o ukaranie – jedynie śladowo wspomniano o szczególnych trybach oskarżenia, czy wreszcie szeroko potraktowano środki przymusu. Założeniem autora był trójpodział tematu, tj. na: zagadnienia ogólne (rozdziały 1–4), organy procesowe i ich uprawnienia (rozdziały 5–9) oraz postępowanie dowodowe (rozdziały 10–14).

Sprawą, o której nie sposób nie wspomnieć, są problemy terminologiczne. Stając przed koniecznością tłumaczenia niemieckich przepisów i pojęć można było wybrać dwie drogi: albo poszukiwać ich polskich odpowiedników, nawiązując do sformułowań rodzimego k.p.k., albo tłumaczyć w miarę możliwości dosłownie, podając z reguły niemiecki odpowiednik. Po namyśle wybrano tę drugą ewentualność, choć także nie bez wyjątków. Kierowano się bowiem tym, że język aktu normatywnego odzwierciedla założenia nie tylko ustawy, ale wręcz całego systemu prawnego. Posługiwanie się zatem polskimi odpowiednikami wypaczałoby treść niektórych przepisów. Tytułem przykładu należy wskazać choćby postanowienie sądu o otwarciu postępowania głównego (*Eröffnungsbeschluss*). W rodzimych warunkach postępowanie raczej się wszczyna, a nie otwiera; jednak czasownika *eröffnen* używa się choćby w odniesieniu do testamentu, który podlega (także na gruncie języka polskiego) otwarciu. Podobne problemy stwierdzono w od-

niesieniu do terminu *Hauptverhandlung*, który może być tłumaczony jako postępowanie główne i jako rozprawa. Na gruncie niemieckiego systemu rozróżnienie to nie jest tak precyzyjne, choć ustawa wyraźnie wskazuje, co może być przedmiotem rozpoznania sądu (i w jakim składzie się to dokonuje) *außer Hauptverhandlung*, czyli „poza postępowaniem”, tj. przed wszczęciem, po zakończeniu, ale także w jego trakcie, w czasie przerwy. Problemy sprawia także tłumaczenie jednego z podstawowych terminów: *Beschuldigter*, czyli nazwy podmiotu, który w myśl rodzimej terminologii może być osobą podejrzaną, podejrzanym a także oskarżonym. Ponieważ jednak dosłowne tłumaczenie (tj. obwiniony) wprowadzałoby dodatkowe niejasności w postaci skojarzeń z osobą występującą przed dawnym kolegium ds. wykroczeń, zdecydowano się na użycie terminu „oskarżony” rozumianego szeroko.

Ponieważ powyższe problemy są odwieczne, pozostaje wyrazić nadzieję, że nie przesłonią one głównego tematu.

ZAGADNIENIA WSTĘPNE

1. Historia niemieckiego procesu karnego

Początków kształtowania się niemieckiego procesu karnego należałoby szukać pod koniec X wieku wraz z pojawieniem się Świętego Cesarstwa Rzymskiego Narodu Niemieckiego. Zasady tego postępowania wywodziły się z prawa frankońskiego. Nie rozróżniano zatem odrębnych procedur w sprawach cywilnych i karnych, choć wykształciły się trzy rodzaje skarg: prywatne (*bürgerliche*), karne (*peinliche*) i tzw. mieszane (*gemischte*), przy pomocy których dochodzone zarazem zaspokojenia roszczenia, jak i ukarania sprawcy. Proces miał charakter skargowy, a postępowanie dowodowe sprowadzało się pierwotnie do przysięgi samotnej lub z współprzysiężnikami, a także sądów bożych. Począwszy od XIII wieku w Niemczech (i w całej Europie) oratoria stopniowo wychodziły z użycia (z wyjątkiem pojedynku sądowego), a w ich miejsce zaczęły się pojawiać świadectwa sądowe, dokumenty, także dowody rzeczowe np. z oględzin ciała.

Następujące w okresie schyłkowego średniowiecza rozdrobnienie terytorialne Niemiec przyczyniło się do wykształcenia wielu systemów prawnych, w dalszej konsekwencji również do pojawienia się tendencji ujednoczenia prawa. Jednym z takich pierwszych (i ważniejszych) źródeł ogólnoniemieckiego prawa karnego procesowego – być może nie ze względu na treść, ale na to, iż stało się ono później przedmiotem dysput, rozpraw i komentarzy – była *Constitutio Criminalis Carolina*, uchwalona przez Sejm Rzeszy i ogłoszona przez Karola V w r. 1532.¹ Wzorowana na ustawie biskupstwa bamberskiego ta krótka, bo licząca niewiele ponad 200 artykułów kodyfikacja m.in. prawa sądowego sta-

nowiła jedynie subsydiarne źródło, nadające się do stosowania w przypadkach nieuregulowanych przepisami miejscowymi.

Carolina przyjęła postępowanie inkwizycyjne (rozpowszechnione w owym czasie w miastach południowo-zachodnich Niemiec), utrzymując także elementy skargowości. Wystąpienie z oskarżeniem było prawem pokrzywdzonego (niekiedy wyłącznie tego podmiotu), w niektórych sprawach, tj. gdy chodziło o interes publiczny wnosił je oskarżyciel. Na podstawie *Caroliny* rozwinął się powszechny niemiecki proces karny oparty na zasadzie inkwizycyjności, przejawiającej się m.in. poprzez wdrożenie postępowania z urzędu, tajność, pisemność, łączenie w jednym ręku funkcji procesowych. Pierwsza jego faza – *inquisitio generalis* – wdrażana była przez sędziego w celu zebrania poszlak wystarczających do wszczęcia *inquisitio specialis*. Proces zasadniczo rozpoczynał się, kiedy sędzia (już to z własnych obserwacji, doniesienia, już to wskutek schwytania sprawcy *in flagranti delicto*) uzyskiwał informacje stanowiące dostateczną podstawę do procedowania. W fazie tej przesłuchiowano świadków (bez odbierania przysięgi), ewentualnie dokonywano oględzin. Nie zbierano natomiast informacji od podejrzanego. Jeśli informacje potwierdziły się, sędzia wszczywał inkwizycję szczególną dla zebrania dowodów popełnienia przestępstwa przez oskarżonego. Był on przesłuchiwany według specjalnego formularza. Jeżeli istniały przesłanki, sędzia wpieryw groził użyciem tortur, a następnie zarządzał ich zastosowanie. „Wydarte” w ten sposób informacje musiały być potwierdzone w toku normalnego przesłuchania. Równocześnie korzystano z innych dowodów, sprowadzających się do zeznań świadków lub zeznań zaprzysiężonych rzeczoznawców (np. medyków, których szczególnie cenił Fryderyk II Hohenstauf, zarządzający, aby nikt nie praktykował tej dyscypliny „zanim by najpierw był uznany świadectwem profesorów w Salerno po publicznej dysputacji”). Posługiwano się przy tym legalną teorią dowodową, początkowo tzw. pozytywną, a od XVIII w. – negatywną. Po zakończeniu inkwizycji sąd w ustawowym składzie wydawał wyrok, niekiedy przedtem przesłuchując oskarżonego (nie stanowiło to jednak reguły).

Zasady procesu inkwizycyjnego przetrwały w kodeksach: austriackim z 1803 i pruskim z 1805 r., choć oczywiście akty te zawierały postanowienia znacznie zmodyfikowane. Sprowadzały się one do tego, że badanie osoby oskarżonego odbywało się w dwóch fazach – używając

¹ K. Sójka-Zielińska: Historia prawa, Warszawa 1989, s. 188 i nast.

dzisiejszej terminologii: spontanicznej wypowiedzi oraz pytań szczegółowych. Obydwa kodeksy hołdowały zasadzie kolegialności składów orzekających, jak również dopuszczały (w różnym zakresie) środki odwoławcze od zapadłego wyroku. Najistotniejszą różnicę można było zauważyć w odniesieniu do pozycji obrońcy. W Austrii bowiem uważano, że funkcję obrończą z powodzeniem wykonuje bezstronny sędzia, w Prusach dopuszczano obrońcę z wyboru, a w sprawach gardołowych zachodziła wręcz obrona niezbędna (i to z urzędu).²

W okresie Wiosny Ludów zaczęły powoli zanikać relikty procesu inkwizycyjnego. I tak, w Prusach w 1846 roku wprowadzono udział prokuratora w rozprawie, ustność oraz jawność rozprawy głównej, a także zasadę skargowości i sądy przysięgłych (nowelizując ordynację z 1805 r.). W Austrii natomiast podstawowe reformy miały miejsce w latach 1848–50, kiedy to wprowadzono nową procedurę karną na wzór francuski. Przewidywała ona również model skargowy, postępowanie jawne, ustne, z udziałem przysięgłych w sprawach ciężkich zbrodni politycznych i kryminalnych. W procesie tym pojawił się prokurator oraz zasada swobodnej oceny dowodów. Reforma ta była krótkotrwała; już trzy lata później pojawiła się nowa procedura w całości nawiązująca do modelu inkwizycyjnego.

Ze względów politycznych ujednoczenie prawa karnego procesowego możliwe było dopiero po zjednoczeniu Niemiec. Udało się to 1 lutego 1877 roku, a *Strafprozessordnung* wraz z ustawą o ustroju sądów weszła w życie dwa lata później. Kodeks – w początkowej postaci składający się z 506 paragrafów wyrażał zasady tzw. procesu zreformowanego z silną przewagą skargowości. Wielokrotnie nowelizowane, wspomniane akty pozostają w mocy do dnia dzisiejszego.

2. Źródła niemieckiego prawa karnego procesowego

Mówiąc o źródłach niemieckiego prawa karnego procesowego należy mieć na myśli zarówno akty prawne zawierające przepisy procesowe, jak również te, z których wyinterpretowuje się znaczenie norm prawa postępowania karnego.

Można je podzielić na tzw. źródła podstawowe (centralne), akty regulujące pozycję poszczególnych uczestników postępowania, normujące koszty procesu, jak też odszkodowania dla osób dotkniętych skutkami postępowania, jak również z zakresu postępowania wykonawczego³.

W pierwszej kolejności należy więc wymienić wspomniany już kodeks postępowania karnego – *Strafprozessordnung* (StPO), funkcjonujący w ujęciu z 1987 roku, nowelizowany od czasu uchwalenia około 150 razy. Normuje on przede wszystkim prawa i obowiązki uczestników postępowania, jego przebieg, zasady postępowania odwoławczego, jak też wykonawczego. Bardzo istotne przepisy procesowe zawarte są w ustawie o ustroju sądów z 27 stycznia 1877 r. (w brzmieniu ustalonym w r. 1975) – *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG), regulującej m.in. strukturę prokuratury, właściwość rzeczową sądów oraz ich składy.

Nie sposób nie wymienić także Konstytucji RFN, do której postanowień wielokrotnie odwołuje się nie tylko *Bundesverfassungsgericht* (Federalny Trybunał Konstytucyjny). Najczęściej wymienia się następujące artykuły (w porządku numeracji w akcie):

- a. 20 ust. 3 – „Ustawodawstwo jest związane porządkiem konstytucyjnym, zaś władza wykonawcza i wymiar sprawiedliwości ustawą i prawem”⁴ – zasada państwa prawnego,
- b. 92 – „Władzę wymiaru sprawiedliwości powierza się sędziom; sprawują ją Federalny Trybunał Konstytucyjny, sądy federalne przewidziane w niniejszej Ustawie Zasadniczej oraz sądy krajowe” – sądowy wymiar sprawiedliwości,
- c. 97 – „(1) Sędziowie są niezawisli i podlegają tylko ustawie. (2) Sędziowie zawodowi powołani planowo na stałe mogą być wbrew swojej woli przed upływem okresu urzędowania zwolnieni albo czasowo pozbawieni swego urzędu względnie przeniesieni na inne stanowiska bądź w stan spoczynku tylko na mocy orzeczenia sądowego i tylko z przyczyn i formach prze-

³ H.H. Kühne: *Strafprozeßrecht*, Heidelberg 1999, s. 5 i nast.

⁴ Tłumaczenie przepisów Konstytucji RFN w wersji prezentowanej na stronie Ambasady Republiki Federalnej Niemiec w Polsce – <http://www.ambasadaniediec.pl>

widzianych w ustawach. W przypadku zmiany ustroju sądów lub ich okręgów sędziowie mogą być przeniesieni do innego sądu lub odsunięci od urzędowania, jednakże tylko z zachowaniem pełnego uposażenia” – zasada niezawisłości sędziowskiej,

- d. 101 – „(1) Sądy wyjątkowe są niedopuszczalne. Nikogo nie można pozbawić jego ustawowego sędziogo (2) Sądy dla poszczególnych dziedzin mogą być tworzone tylko na mocy ustawy” – tzw. prawo do ustawowego sędziogo,
- e. 103 ust. 1 – stanowiący: „Każdy ma prawo domagać się przed sądem wysłuchania go zgodnie z prawem” – prawo do sądu,
- f. 103 ust. 3 – „Nikt nie może być karany wielokrotnie za ten sam czyn” – zasada *ne bis in idem*,
- g. 104 – „(1) Wolność osoby może być ograniczona tylko na podstawie formalnej ustawy i tylko z zachowaniem form w niej przewidzianych. Nie wolno ani psychicznie, ani fizycznie znęcać się nad zatrzymanymi osobami. (2) O dopuszczalności i czasie trwania pozbawienia wolności może orzekać jedynie sędzia. W każdym przypadku pozbawienia wolności, nie opartym na zarządzeniu sędziogo, należy niezwłocznie uzyskać zarządzenie sędziowskie. Policji nie wolno z mocy własnej władzy trzymać nikogo we własnym areszcie dłużej niż do końca dnia po ujęciu. Szczegóły reguluje ustawa. (3) Każdego tymczasowo zatrzymanego na skutek podejrzenia popełnienia czynu karalnego należy najpóźniej w ciągu dnia po zatrzymaniu doprowadzić do sędziogo, który zobowiązany jest zawiadomić go o przyczynach zatrzymania, przesłuchać i umożliwić przedstawienie zastrzeżeń. Sędzia powinien niezwłocznie albo wydać pisemny nakaz aresztowania z uzasadnieniem albo zarządzić zwolnienie. (4) O każdym orzeczeniu sędziogo, dotyczącym zarządzenia albo przedłużenia pozbawienia wolności należy niezwłocznie powiadomić członka rodziny lub osobę zaufania oskarżonego” – pozbawienie wolności jedynie na podstawie decyzji sądu.

Nie sposób nie wspomnieć Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, a szczególnie jej art. 6, który na mocy art. 25 Konstytucji RFN stanowi część wewnętrznego porządku prawnego podobnie jak inne, mające pierwszeństwo przed ustawami „powszechne reguły prawa międzynarodowego” tworzące bezpośrednio prawa i obowiązki dla mieszkańców obszaru federalnego.

Wśród źródeł prawa wymienia się także inne ustawy szczególnie. Do najważniejszych należą następujące:

- a. Ustawa – przepisy wprowadzające kodeks postępowania karnego – *Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung* (EGStPO) z 1. lutego 1877 r.,
- b. Kodeks karny – *Strafgesetzbuch* (StGB) z 15. maja 1871 r. w brzmieniu z 1982 r., regulujący np. w § 77 i nast. tryb składania wniosku o ściganie,
- c. Kodeks postępowania cywilnego – *Zivilprozessordnung* (ZPO) z 12. września 1950 r. w brzmieniu z 1981 r., w zakresie np. przepisów o doręczeniach (§ 37 StPO) czy ustalania wysokości kosztów (§ 464b StPO),
- d. Ustawa o wykroczeniach – *Ordnungswidrigkeitengesetz* (OWiG) z 24. maja 1968 r. w brzmieniu z 1987 r., zawierająca przepisy w zakresie postępowania w sprawach o wykroczenia,
- e. Ustawa o sądach dla nieletnich – *Jugendgerichtsgesetz* (JGG) z 4. sierpnia 1953 r. w brzmieniu z 1974 r., regulująca właściwość sądów dla nieletnich, a także postępowanie wobec nieletnich i młodocianych,
- f. Ordynacja podatkowa – *Abgabenordnung* (AO) z 16. marca 1976 r. w brzmieniu z 2002 r., ustanawiająca szczególne postępowanie karne w sprawach podatkowych,
- g. Ustawa o sędziach – *Deutsches Richterrechtsgesetz* (DRiG) z 8. września 1961 r. w brzmieniu z 1981 r., precyzująca wyżej wspomniane zasady konstytucyjne,
- h. Ustawa o adwokataturze – *Bundesrechtsanwaltsordnung* (BRAO) z 1. sierpnia 1959 r. w brzmieniu z 1979 r., regulująca m.in. pozycję i zadania adwokatów,

- i. Ustawa o Federalnym Urzędzie Kryminalnym i współpracy Związku z Krajami Związkowymi w sprawach policyjnych – *Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten* (BKAG) z 7. lipca 1997 r. – konstruująca m.in. sposób przekazywania informacji przez organizacje policyjne poszczególnych krajów związkowych i rolę koordynacyjną *Bundeskriminalamtu*, jak też współpracę w zakresie prowadzenia laboratoriów i registrarur kryminalistycznych,
- j. Ustawa o Policji Federalnej – *Gesetz über die Bundespolizei* z 19. października 1994 r. regulująca pierwotnie straż graniczną (*Bundesgrenzschutz*), od 2005 r. w zmienionej nazwie,
- k. Ustawa o postępowaniu sądowym przy pozbawieniu wolności – *Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen* z 29 czerwca 1956 r., zawierająca w § 2 definicję „pozbawienia wolności”,
- l. Ustawa o odszkodowaniu za czynności w związku ze ściganiem – *Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen* (StrEG) z 8 marca 1971 r.,
- m. Ustawa o centralnym rejestrze i rejestrze wychowawczym – *Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister – Bundeszentralregistergesetz* (BZRG) z 18. marca 1971 r. w brzmieniu z 1984 r.,
- n. Ustawa o wykonaniu kary pozbawienia wolności i pozbawiających wolności środków poprawczych i zabezpieczających – *Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung – Strafvollzugsgesetz* (StVollzG) z 16. marca 1976 r.,
- o. Ustawa o międzynarodowej pomocy prawnej w sprawach karnych – *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen* (IRG) z 23. grudnia 1982 w brzmieniu z 1994 r.

Istotne znaczenie dla praktyki procesu karnego w Niemczech mają również akty podustawowe, wśród których do najważniejszych zaliczają się:

- p. Wytyczne w zakresie postępowania karnego i w sprawie wykroczeń – *Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren* – RiStBV z 1. lutego 1977 r. stanowiące odpowiednik regulaminu funkcjonowania jednostek prokuratury oraz sądów,
- q. Rozporządzenie w sprawie powiadomień w sprawach karnych – *Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen* (MiStra) – z 29. kwietnia 1998 r., przewidujące tryb i sposób przekazywania danych osobowych do uprawnionych podmiotów – dla innych celów, niż związane z postępowaniem karnym.

Obydwa akty zawierają przede wszystkim przepisy obowiązujące prokuraturę; niemniej formułujące zasady o istotnym znaczeniu także dla sądów.

Charakteryzując źródła prawa nie można nie wspomnieć o orzecznictwie sądowym. Oczywiście formalnie nie pełni ono roli prawotwórczej, lecz ze względu na swoje rozmiary (sądy opierają się przecież na tym samym akcie normatywnym od ponad wieku, co z naszej perspektywy trudno sobie wyobrazić), a także na reguły harmonizowania orzeczeń (o których będzie jeszcze mowa) stanowi nie tylko kapitalne źródło poznania prawa, lecz oddziałuje na organy procesowe mocą swojego autorytetu.

3. Cele postępowania karnego

Pojęcie celów postępowania karnego, mimo pozornej prostoty, ma wyjątkowo skomplikowaną naturę. Często mówi się, że ogólnym celem procesu karnego jest rozstrzygnięcie o przedmiocie procesu⁵ bądź osiągnięcie sprawiedliwości prawnomaterialnej oraz proceduralnej.⁶ To ostatnie pojęcie powstało właśnie w nauce niemieckiej i choć z pewnością proces winien być uczciwy, to jego rzetelność nie powinna być traktowana jako cel sam w sobie, jak to proponował N. Luhman.⁷

⁵ K. Marszał, S. Stachowiak, K. Zgryzek: *Proces karny*, Katowice 2005, s. 16.

⁶ S. Waltoś: *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2005, s. 20–21.

⁷ N. Luhman: *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied am Rhein–Berlin 1957, s. 123, za S. Waltoś: *Proces karny...*, *op. cit.*, s. 21.

Niezależnie od istnienia wielu ujęć i szkół można powiedzieć, że w Niemczech – w myśl zgodnych poglądów doktryny i orzecznictwa – podstawowe cele procesu sprowadzają się do następujących:

1. Ustalenie i realizowanie powstałego w konkretnym przypadku roszczenia państwa o ukaranie;
2. Zagwarantowanie praworządności postępowania;
3. Zapewnienie porządku prawnego.

Pierwsza z powyższych koncepcji była prezentowana również w polskiej doktrynie⁸; jednak w ostatnich czasach coraz rzadziej się ją przywołuje. Konstrukcję tę wywodzi się z czasów frankońskich, gdy dochodzenie sprawiedliwości karnej mogło zostać zrealizowane na drodze prywatnej – poprzez wróżdę (zemstę). Od zemsty takiej można było jednak wykupić się w drodze świadczenia pieniężnego; z drugiej strony organizacje państwowe od najdawniejszych czasów starały się monopolizować karanie, np. poprzez przymus pojednania⁹. Nie zmienia to jednak faktu, że u podstaw tej instytucji – według zwolenników prezentowanej koncepcji – leży roszczenie pokrzywdzonego, które z czasem w całości przeszło ze sfery prywatnej do publicznoprawnej. Konsekwentnie można więc powiedzieć, że jeśli pokrzywdzony nie ma możliwości własnoręcznie wymierzać sprawiedliwości i może się jedynie tego domagać, organizacji państwowej przyznać należy nie tylko uprawnienie, lecz wręcz obowiązek karania, kiedy tylko zachodzą ku temu przesłanki.

Ujęcie takie obecne jest w orzecznictwie niemieckim od dawna, a zakres **państwowego roszczenia** bywa używany jako miara dopuszczalnego naruszenia praw i wolności jednostki: „...pozbawienie wolności należy akceptować tylko wtedy i ewentualnie w takim zakresie, w jakim uzasadnione (*legitime*) roszczenie wspólnoty państwowej o pełne wyjaśnienie i szybkie ukaranie sprawcy nie może być inaczej zabezpieczone (*gesichert*), aniżeli przez tymczasowe aresztowanie podejrzanego”¹⁰. Konstrukcję tę z powodzeniem wykorzystu-

je się również w czasach współczesnych, m.in. zastosował ją też Sąd Konstytucyjny Berlina w 1993 r. w sprawie Honeckera, gdzie stwierdził, że postępowanie nie może „osiągnąć swojego celu, który polega na tym, aby zaspokoić uzasadnione roszczenie wspólnoty państwowej o pełne wyjaśnienie czynów ujętych w akcie oskarżenia i zarzucanych oskarżonemu, a także [jeśli zachodzą przesłanki – P.G.] – o osądzenie i skazanie go”¹¹.

Należy stwierdzić, że wskazana koncepcja jednego z głównych celów procesu wydaje się silnie zbieżna z ideą realizacji sprawiedliwości prawnomaterialnej i procesowej. Jeśli bowiem to państwo realizuje roszczenie, wówczas wydane orzeczenie powinno być nie tylko prawidłowe pod względem prawa karnego materialnego (*richtig*), ale również sprawiedliwe w sensie proceduralnym (*gerecht*). Jednym z głównych sposobów realizacji tego celu jest zapewnienie optymalnego funkcjonowania organów wymiaru sprawiedliwości. Federalny Trybunał Konstytucyjny w 1977 roku podkreślił w swoich rozważaniach, iż niezmiernie istotny jest „interes ogółu w zapewnieniu efektywnego wymiaru sprawiedliwości karnej (*funktionstüchtige Strafrechtspflege*), do którego zadań należy ściganie oraz karanie przestępstw – i którego organy, w ramach konkretnego przypadku, mają za zadanie stosować środki przymusu przyznane im przez ustawę”¹². Takie ujęcie determinuje położenie akcentu na zasady: legalizmu oraz oficjalności co najmniej tak silnego, jak na zasadę prawdy materialnej (przy mocno zaakcentowanej instrukcyjności), co stanowi jedną z istotniejszych konsekwencji prezentowanej tu koncepcji.

Inną – równie ważną konsekwencją – wydaje się ukształtowanie pozycji pokrzywdzonego, któremu przysługują ograniczone uprawnienia. Wprawdzie może on np. złożyć wniosek o ściganie (§ 77 i nast. StGB), złożyć zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa (§ 158 StPO) stać się oskarżycielem prywatnym (§ 374 i nast. StPO) lub posiłkowym (§ 395 i nast. StPO), jak również dochodzić od oskarżonego zaspokojenia roszczenia cywilnego wywołanego czynem zabronionym (§ 403 i nast. StPO), jednak do 1986 roku jego rola była właściwie marginal-

8 Por. np. S. Śliwiński: *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1959, s. 4.

9 K. Koranyi: *Powszechna...*, *op. cit.*, s. 88.

10 Tak BVerfG Beschl. z 3.05.1966, 1 BvR 58/66, BVerfGE 20, 49.

11 VerfGH Berlin z 12.1.1993, VerfGH 55/92, NJW 1993, 515.

12 BVerfG Beschl. z 24.05.1977, 2 BvR 988/75, BVerfGE 44, 353 (373/4).

na. Przeprowadzona we wspomnianym roku reforma niemieckiego postępowania karnego, wprowadziła prawa pokrzywdzonego m.in. do:

- 1) otrzymywania informacji o zakończeniu postępowania (§ 406d StPO),
- 2) ograniczone prawo wglądu do akt, tj. realizowane przez adwokata i tylko w odniesieniu do dokumentów przedkładanych sądowi, jak też dostęp do urzędowo zabezpieczonych dowodów (§ 406e StPO),
- 3) prawo do posiadania pełnomocnika (§ 406f StPO),
- 4) w odniesieniu do osób mających zdolność do bycia oskarżycielem posiłkowym – także do występowania z pełnomocnikiem przed wniesieniem skargi (§ 406g StPO), jak również do
- 5) bycia poinformowanym o przysługujących uprawnieniach (§ 406h StPO).

Uprawnienia te nie zmieniają faktu, że niemieckie postępowanie karne toczy się z urzędu, a organom procesowym przysługują szerokie kompetencje, szczególnie w zakresie decyzji o umorzeniu (por. rozdział o prokuraturze).

Charakterystyczne akcentowanie roli organów państwowych mogłoby prowadzić do nadużycia ich władzy, stąd już od dawna niemiecki Sąd Najwyższy akcentował, iż „nie jest zasadą kodeksu postępowania karnego, aby prawda miała być dochodzona za wszelką cenę”.¹³ Z wcześniej zacytowanej zasady państwa prawa (art. 20 ust. 3 GG) wynika, że organy wymiaru sprawiedliwości obowiązane są **działać praworządnie**, co jest jednym z celów postępowania karnego. Stanowi to cel szczególnie trudny do osiągnięcia, jako że – co podkreślają sami zwolennicy wskazanej koncepcji¹⁴ – proces, zgodnie zresztą z literą prawa, ma być zarazem skuteczny i gwarancyjny, rzetelny i efektywny, czego często pogodzić się po prostu nie da, choć oczywiście należy dążyć do zrównoważenia, a raczej odpowiedniego wyważenia praw i obowiązków poszczególnych jego uczestników, aby mimo wszystko udało się znaleźć kompromis. Także, o czym była już mowa, koncep-

cja sprawiedliwości proceduralnej jako celu samego w sobie, stała się przedmiotem krytyki i to zarówno doktryny, jak i orzecznictwa, w tym konstytucyjnego. Podkreśla ono, że wprowadzie interes ogółu w ściganiu przestępstw nie podlega wątpliwości, jednak sprawnie działające organy wymiaru sprawiedliwości muszą również respektować prawa obywatelskie (w tym prawo do swobodnego rozwoju osobowości), choćby z tego powodu, że w toku postępowania może okazać się, że oskarżony jest niewinny. Bez równoległej realizacji obu celów (i ewentualnego naruszenia praw obywatelskich tylko tam, gdzie jest to niezbędnie konieczne) nie ma praktycznie mowy o realizowaniu sprawiedliwości.¹⁵ Oczywiście rozważania te wydają się proste w teorii; natomiast w praktyce można spotkać się z o wiele bardziej skomplikowanymi stanami faktycznymi, związanymi choćby z zastosowaniem tymczasowego aresztowania, którego wprowadzie nie kwestionuje (jako zasady) ani Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, ani konstytucja RFN, ani tym bardziej StPO, lecz które przecież sprowadza się do pozbawienia wolności człowieka, o którego winie nie rozstrzygnięto.

Jeśli zatem system prawny nakazuje realizację bardzo trudno dających się pogodzić ze sobą zasad, wówczas szczególna rola przypada orzecznictwu i doktrynie. Powinny one zmierzać do wyjaśnienia, jak daleko ingerencja państwowa jest jeszcze dopuszczalna, jak należy rozumieć sformułowania ustawodawcy i w którym momencie opowiedzieć się po stronie jednej z wykluczających się reguł. To bardzo interesująca konsekwencja niemieckiego ujęcia praworządności, w której tworzeniu powinny brać udział nie tylko osoby stanowiące czy stosujące prawo.

Trzecim celem procesu, o jakim często wspomina się w doktrynie niemieckiej, jest **zapewnienie porządku prawnego**, czyli takiego zakończenia sprawy, które nie tylko wyraża właściwe (proceduralnie) i trafne (materialnie) zastosowanie konkretnego przepisu ustawy, ale które definitywnie – odwołując się do wcześniejszej koncepcji – zaspokaja państwowe roszczenie o ukaranie. Służy temu – podobnie jak w innych krajach – instytucja prawomocności orzeczeń.

13 BGH Urt. z 14.06.1960, 1 StR 683/59, BGHSt 14, 358, 365.

14 W. Beulke, Strafrecht, Heidelberg 2002, s. 3.

15 BVerfG Beschl. z 31.01.1973, 2 BvR 454/71, BVerfGE 34, 238, 248 i nast.

Oczywiście można wskazywać przypadki, gdy zapadłe już orzeczenie okazuje się nietrafne lub niesprawiedliwe (np. w świetle nowych okoliczności), a więc proces nie osiąga w pełni pierwszego lub drugiego z powyżej wymienionych celów głównych. Zadaniem organu stosującego prawo staje się wówczas zbadanie, czy ważniejsza jest realizacja porządku prawnego, czy też – zgodnie z przewidzianą w § 359 StPO zasadą dopuszczalności wznowienia postępowania wyłącznie na korzyść osądzonego, gdy pojawią się nowe okoliczności – istotniejsze wydają się względy ochrony praw jednostki. Jak można zauważyć, także i w odniesieniu do tego celu uwidacznia się charakterystyczna przeciwstawność interesów wspólnoty państwowej oraz obywatela. Prawomocność orzeczeń przyjęto jako regułę, co sugerowałoby przewagę interesu publicznego nad prywatnym; jednocześnie uwzględniono jednak wyrażoną w § 359 ust. 6 StPO zasadę, iż przyczyną wznowienia postępowania może być wyrok trybunału strasburskiego stwierdzający naruszenie Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, lub jej dodatkowych protokołów, a zapadły wyrok opiera się właśnie na tym naruszeniu. Jest to – jak się wydaje – przykład właściwego harmonizowania lub „wyważenia” sprzecznych interesów, które dominują w niemieckim postępowaniu karnym.

4. Przesłanki procesowe

Przez przesłanki procesowe (*Prozeßvoraussetzungen*, *Verfahrensvoraussetzungen*) rozumie się warunki dopuszczalności postępowania¹⁶, względnie wyrokowania. Podobnie jak w innych doktrynach różni się w Niemczech przesłanki pozytywne i negatywne; definiuje się także przeszkodę procesową jako istnienie przesłanki negatywnej (lecz już niekoniecznie brak dodatniej). Należy odróżnić od nich przesłanki czynności (*Prozeßhandlungsvoraussetzungen*) odnoszące się do konkretnych czynności postępowania, jak też warunki karalności czynu będące w polu zainteresowania prawa karnego materialnego.

Przesłanki procesowe powinny być badane na każdym etapie postępowania z urzędu, a przy ich ocenie nie ma obowiązku ścisłego sto-

sowania prawa dowodowego; wystarcza więc tzw. *Freibeweis*, czyli dowód w sensie swobodnym.¹⁷

Wśród najważniejszych przesłanek należy wymienić:

- a. Zasięg niemieckiej ustawy karnej materialnej i procesowej (a dokładnie podsiadłość niemieckim sądom – *deutsche Gerichtsbarkeit*). Z § 3 StGB wynika, że niemiecki kodeks karny obowiązuje w odniesieniu do czynów popełnionych na terytorium Republiki Federalnej Niemiec. W § 18–20 GVG uregulowano natomiast immunitet dyplomatyczny i konsularny, a także przysługujący reprezentantom innych państw i ich osób towarzyszących, przebywających na oficjalne zaproszenie RFN. Należy tu także wspomnieć o immunitacie parlamentarnym (art. 46 ust. 2 i 4 GG, 152a StPO),
- b. Dopuszczalność drogi sądowej w sprawie karnej zgodnie z § 13 GVG. Stosownie do tego przepisu wszystkie sprawy cywilne i karne, jeśli tylko z mocy przepisu szczególnego nie należą do właściwości innych organów bądź sądów administracyjnych, ewentualnie sądów szczególnych – winny być rozpatrywane przez sądy powszechne,
- c. Miejscową i rzeczową właściwość sądu, omówioną szczegółowo w rozdziale piątym,
- d. Zdolność do podejmowania czynności procesowych (*Verhandlungsfähigkeit*), czyli zdolność oskarżonego (*Beschuldigter*) do tego, aby zarówno poza postępowaniem, jak i w nim rozsądnie reprezentować swój interes, prowadzić obronę w rozsądny i zrozumiały sposób, składać wyjaśnienia i ustosunkowywać się do wypowiedzi¹⁸, przy czym przyjmuje się, iż u dorosłych ludzi brak tej zdolności związany jest z reguły z ciężkim defektem lub schorzeniem psychicznym albo fizycznym,¹⁹

17 „Postępowanie może być zasadniczo tylko wtedy prowadzone, jeśli się stwierdzi, że istnieją konieczne przesłanki i brak zarazem przeszkód procesowych, wymagane stwierdzenia czyni się w drodze dowodu swobodnego” – BGH Beschl. z 30.03.2001, StB 4 i 5/01, <http://www.hrr-strafrecht.de/> Co do samego pojęcia, por. rozdz. 10.

18 BVerfG Beschl. z 24.02.1995, 2 BvR 345/95, NJW 1995, 1951.

19 BVerfG Beschl. z 19.06.1979, 2 BvR 1060/78, NJW 1979, 2349, por. też BVerfG Beschl. z 20.09.2001, 2 BvR 1349/01, NJW 2002, 51.

16 H.H. Kühne: *Strafprozessrecht, op. cit.*, s. 274.

- e. Zdolność do ponoszenia kary (*Strafmündigkeit*), związana ze zdolnością do ponoszenia winy (*Schuldfähigkeit*), nabywaną – zgodnie z § 19 StGB – w wieku lat 14,
- f. Pozostawanie przez oskarżonego przy życiu. Choć zasada ta nie została uregulowana, przyjęło się, że śmierć głównego podmiotu procesu stanowi przeszkodę procesową,
- g. Istnienie wniosku przy przestępstwach wnioskowych (z możliwością przewyciężenia tej przeszkody, o czym będzie szczegółowo mowa w rozdziale następnym),
- h. Istnienie aktu oskarżenia,
- i. Brak zawisłości sprawy, rozpoczynającej się w momencie wydania postanowienia o otwarciu postępowania głównego (*Eröffnungsbeschluss*). Przy okazji warto wspomnieć, że brak tego postanowienia także stanowi przeszkodę procesową,
- j. Brak powagi rzeczy osądzonej – *ne bis in idem* (art. 103 ust. 3 Konstytucji), ewentualnie innego rodzaju skonsumowania państwowego roszczenia o ukaranie,
- k. Brak przedawnienia uregulowanego w § 78 i nast. StPO, a także amnestii czy abolicji.

Powyższe przesłanki należą do grupy niekwestionowanych. Obok nich w literaturze często wymienia się przeszkody tzw. kontrowersyjne, co do których istnienia nie ma pełnej zgodności. Należą do nich np.:

- a. Długotrwałość postępowania. Można bowiem przyjąć, że w procesach trwających kilka lub kilkanaście lat najwyraźniej odpadł społeczny interes ścigania, co może ewentualnie upoważniać organ procesowy do oportunistycznego umorzenia,
- b. Zbliżająca się śmierć oskarżonego. W procesie Honeckera Sąd Konstytucyjny Berlina posłużył się taką konstrukcją, zakazując kontynuacji postępowania.²⁰ Jednocześnie w dalszym orzecz-

nictwie wyraźnie stwierdzono, że sam podeszły wiek (uzasadniający rychłą śmierć oskarżonego) nie może być przyjęty jako przeszkoda procesowa.

Jednak najistotniejszym zagadnieniem wydaje się nie tyle klasyfikacja przesłanek, ile konsekwencje zaistnienia przeszkód procesowych. Zależą one przede wszystkim od stadium postępowania i przedstawiają się w bardzo konsekwentny sposób (z niewielkimi wyjątkami).

Stwierdzenie przeszkody procesowej w postępowaniu przygotowawczym powoduje konieczność umorzenia postępowania przez prokuraturę (§ 170 ust. 2 StPO), a jeśli przeszkoda daje się przewyciężyć – tymczasowego zawieszenia na zasadzie § 205 StPO. W postępowaniu przejściowym sąd – po uzyskaniu aktu oskarżenia – decyduje, czy wszcząć postępowanie główne i z urzędu bada istnienie przesłanek. Jeśli przeszkody nie można usunąć, postępowanie się umarza; w przeciwnym wypadku dochodzi do jego zawieszenia na podstawie wspomnianych wyżej przepisów. Jedyne w przypadku stwierdzenia niewłaściwości sąd obowiązany jest albo otworzyć (*eröffnen*) postępowanie przed innym sądem (względnie składem), albo przesłać do niego akta sprawy, na zasadzie § 209 i 209a StPO. W postępowaniu głównym konsekwencją stwierdzenia istnienia przeszkody dającej się usunąć stanowi przerwa lub odroczenie rozprawy (§ 228 StPO), choć możliwe jest także zawieszenie postępowania na podstawie § 205 StPO. Stwierdzenie przeszkody, która nie da się przewyciężyć, powoduje co do zasady umorzenie postępowania – postanowieniem, jeśli dzieje się to poza rozprawą główną (§ 206a StPO) i wyrokiem, jeśli ma to miejsce na rozprawie (§ 260 ust. 3 StPO, tzw. *Prozeßurteil*).

godności. Według wcześniejszych stanowisk nie można było np. zwolnić 82-letniego chorego sprawcy mimo odbycia przez niego 27 lat kary dożywotniego pozbawienia wolności, ze względu na nadzwyczajny ciężar jego winy (*extreme Schwere seiner Schuld*).

²⁰ BerlVerfGH Beschl. z 12.01.1993, VerfGH 55/92, NJW 1993, 515, 517. Jednocześnie berliński Sąd Konstytucyjny podzielił stanowisko BVerfG wyrażone m.in. w BVerfG Beschl. z 24.04.1986, 2 BvR 1146/85, NJW 1986, s. 2241 o ostrożnym, jakkolwiek stanowczym nakazie zwolnienia z aresztu człowieka cierpiącego na ciężką i nieuleczalną chorobę i znajdującą się w obliczu rychłej śmierci. Uznano to za konieczne ze względu na ochronę ludzkiej

ZASADY NIEMIECKIEGO PROCESU KARNEGO

Podobnie jak w innych doktrynach przez zasady procesowe rozumie się w Niemczech reguły normujące tok i kształt procesu karnego. Niektóre z nich wyrażone są wprost w przepisach, inne wyinterpretowuje się z szeregu norm, także pozakodeksowych. W świetle tych uwag i całej filozofii niemieckiej procedury karnej nie może ulegać wątpliwości, że systematyka zasad nieco odbiega od przyjętej w Polsce. Można je bowiem podzielić według czterech podstawowych kryteriów:¹

1. Zasady związane z wszczęciem postępowania:
 - a. Zasada ścigania przez państwo (ścigania z urzędu, oficjalności) – § 152 ust. 1 StPO,
 - b. Zasada skargowości – § 151 StPO,
 - c. Zasada obowiązku ścigania i oskarżania (legalizmu) – § 152 ust. 2 StPO,
 - d. Zasada „ustawowego sędziego” – art. 101 ust. 1 GG.
2. Zasady związane z prowadzeniem postępowania:
 - a. Zasada instrukcyjności (obowiązek wyjaśniania stanu rzeczy w duchu prawdy materialnej) – m.in. § 244 StPO,
 - b. Zasada sądowego wysłuchania – art. 103 ust. 1 GG,
 - c. Zasada szybkości, a w postępowaniu głównym – koncentracji – art. 20 ust. 3 GG i art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.
3. Zasady postępowania dowodowego:
 - a. Zasada instrukcyjności (ponownie),
 - b. Zasada bezpośredniości – §§ 226, 250, 261 StPO,

- c. Zasada swobodnej oceny dowodów – § 261 StPO,
- d. Reguła *in dubio pro reo* – art. 20 ust. 3 GG, art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, § 261 StPO.

4. Zasady formy postępowania:

- a. Zasada ustności – § 261 StPO,
- b. Zasada publiczności – § 169 zd. 1 GVG, art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

1. Zasady związane z wszczęciem postępowania

a. Zasada ścigania z urzędu, oficjalności (Die *Offizialmaxime*)

Zasada ścigania z urzędu (*Offizialmaxime*, *Offizialprinzip*, *Amtsgrundsatz*) obliuguje państwo do wszczęcia i prowadzenia postępowania niezależnie od woli i zachowania się pokrzywdzonego. Wynika ona, zdaniem niemieckiej doktryny, z § 152 zd. 1 StPO, według którego prokuratura jest obowiązana do wniesienia skargi. Całe dalsze postępowanie także obciąża wyłącznie organy państwowe, a nie poszczególnych obywateli, w tym pokrzywdzonego. Zgodnie z powyżej przedstawionymi celami niemieckiego postępowania karnego – z urzędu zatem (*ex officio*) realizowane jest przysługujące państwu (i tylko jemu) roszczenie o ukaranie. Dzisiejszy model stanowi zatem całkowite przeciwieństwo procesu dyspozycyjnego, charakterystycznego dla spraw cywilnych, a także procesów germańskich, w których dochodzeniem sprawiedliwości zajmował się sam pokrzywdzony bądź jego ród.

Od zasady oficjalności niemieckie prawo karne procesowe zna jedynie nieliczne wyjątki. Pierwszym z nich (i najdalej idącym) jest oczywiście postępowanie prywatnoskargowe (§ 374 StPO i nast.). Podobnie jak w polskim procesie pokrzywdzony może w przewidzianych przez ustawę wypadkach² wnieść prywatną skargę z pominięciem

¹ Tak C. Roxin: *Strafverfahrensrecht*, München 1998, s. 74.

² Np. naruszenie miru domowego – § 123 StGB, zniewaga – § 185 i nast. StGB, naruszenie tajemnicy korespondencji – § 202 StGB i in.

prokuratury. Co więcej, niemiecki kpk. przewiduje, iż temu ostatecznie organowi wolno wszcząć taką sprawę z urzędu tylko wtedy, kiedy wymagałby tego publiczny interes.³ Prokuratura nie ma obowiązku uczestniczenia w postępowaniu prywatnoskargowym, a często nie dociera do niej wręcz informacja o sprawie. Z drugiej jednak strony sąd może przekazać prokuraturze akta sprawy, kiedy uzna to za uzasadnione ze względu na potrzebę przejścia przez nią postępowania, a i sam organ ma prawo aż do chwili uprawomocnienia się wyroku złożyć jednoznaczne oświadczenie o woli włączenia się do sprawy. Za dorozumiane włączenie (przejęcie) uznaje się złożenie środka odwoławczego od zapadłego wyroku (§ 377 StPO). W takiej sytuacji kończy się oskarżycielski status pokrzywdzonego i co do zasady przestaje on być uczestnikiem procesu. Jeżeli wyraża wolę dalszego udziału, musi złożyć, zgodnie z § 396 StPO, wniosek o uznanie go za oskarżyciela posiłkowego; nie dzieje się tak w każdym razie z mocy ustawy. Rola organów państwowych w postępowaniu prywatnoskargowym jest więc mimo wszystko dość znacząca.

Druga grupa ograniczeń, jakich doznaje zasada oficjalności, wiąże się z kategoriami przestępstw wnioskowych (*Antragsdelikten*) oraz ściganych za zezwoleniem (*Ermächtigungsdelikten*). Warto je pokrótce przybliżyć ze względu na istniejące różnice w porównaniu do systemu polskiego.

Tzw. „czyste” (*reine*) przestępstwa wnioskowe (§ 77 StGB) to takie, w których wprawdzie można wszcząć i prowadzić postępowanie mimo braku odpowiedniego wniosku; niemożliwe jest natomiast wydanie wyroku (co wynika z z § 127 ust. 3 StPO). Postępowanie powinno być wówczas umorzone wobec braku istotnej przesłanki procesowej. Przestępstwa względnie wnioskowe (*relative Antragsdelikte*) rozumiane są także nieco inaczej niż w Polsce, tj. jako czyny, w których brak wniosku uprawnionej osoby może zostać zastąpiony decyzją prokuratury. Jeżeli właściwa prokuratura stwierdza, że szczególny publiczny interes wymaga, aby postępowanie było prowadzone, wszczyna się je i prowadzi z urzędu (np. w sprawie o nieumyślne uszkodzenie cia-

ła, § 230 StGB). Odrębną kategorię, zbliżoną do polskich przestępstw względnie wnioskowych, stanowią te czyny, których ściganie zależy od woli upoważnionej osoby (*Ermächtigungsdelikte*). Może być nią sam pokrzywdzony, jak np. w odniesieniu do znieważenia prezydenta RFN – § 90 StGB, czy innego organu konstytucyjnego – § 90 b StGB, ale także inny zainteresowany podmiot, jak rząd federalny przy przestępstwie zdrady tajemnicy państwowej w § 97 StGB. Bez upoważnienia zainteresowanych postępowanie nie może się toczyć.

b. Zasada skargowości (*Der Anklagegrundsatz*)

W doktrynie niemieckiej często przeciwstawia się (i słusznie) zasadę skargowości zasadzie inkwizycyjności, która przez wieki decydowała o kształcie procesu. Chociaż w naszych warunkach zwykło się negować inkwizycyjność kontradiktoryjnością, to niewątpliwie rozdzielenie funkcji oskarżycielskiej realizowanej przez prokuraturę i sądowniczej – przez niezawisły sąd, stanowi jedną z głównych zdobyczy rewolucji i wprowadzenia na wzór francuski liberalnego modelu procedury karnej, które następowało na ziemiach niemieckich stopniowo począwszy od 1848 roku.

Z zasady skargowości wynika bowiem, iż wszczęcie postępowania sądowego jest możliwe tylko wskutek wniesienia skargi, co dosłownie przewiduje § 151 StPO. Z wyjątkiem przestępstw prywatnoskargowych (por. wyżej) jedynie prokuraturze przysługuje takie uprawnienie. Niezwłocznie po otrzymaniu zawiadomienia o przestępstwie lub powzięcia w inny sposób podejrzenia jego popełnienia organ ten ma obowiązek zbadać stan rzeczy pod kątem ewentualnego wniesienia skargi, która może przybrać postać aktu oskarżenia (§ 170 StPO) lub wniosku o wydanie nakazu karnego w postępowaniu uproszczonym (§ 407 StPO).

Stosownie do § 200 ust. 1 StPO w akcie oskarżenia musi być wskazany m.in. oskarżony oraz zarzucany mu czyn, czas i miejsce jego popełnienia, ustawowe znamiona przestępstwa oraz kwalifikacja prawna. Ponadto powinny znaleźć się w nim również dowody, wskazanie właściwego sądu oraz obrońcy, a także ewentualnie inne dane.

³ Pojęcie „publicznego interesu” należałoby rozumieć tu identycznie jak w odniesieniu do podstawy umorzenia z § 153 StPO, omówionego w rozdziale dotyczącym kompetencji prokuratora.

Sąd jest związany treścią skargi. Zgodnie bowiem z treścią § 155 StPO zarówno orzeczenie, jak i wyjaśnianie stanu rzeczy obejmuje jedynie czyn zarzucany i osoby oskarżone, choć sąd może dokonywać samodzielnych ustaleń.

Kiedy w czasie postępowania sądowego wyjdą na jaw nowe okoliczności, nieuwjęte w akcie oskarżenia i skutkujące jedynie zmianą kwalifikacji prawnej, sąd zwraca uwagę na to oskarżonemu, a także daje mu czas na przygotowanie obrony. Kiedy natomiast miałyby nastąpić wyjście poza podstawę faktyczną, wtedy prokuratura może albo rozszerzyć oskarżenie (nawet ustnie), a sąd – o ile tylko jest właściwy i po uzyskaniu zgody oskarżonego – włącza je do postępowania, również umożliwiając oskarżonemu przygotowanie się do obrony (§ 266 StPO).

c. Zasada legalizmu (Das Legalitätsprinzip)

Wprawdzie doktryna niemiecka stoi na stanowisku, że w procesie karnym tego kraju dominuje zasada legalizmu, jednak bliższe przyjrzenie się różnorodnym możliwościom umorzenia postępowania przez prokuraturę pozwalają na stwierdzenie, że w rzeczywistości mamy do czynienia z modelem mieszanym.

Zasada legalizmu, obligująca prokuraturę do prowadzenia postępowania przygotowawczego i wniesienia skargi publicznej, wyrażona jest dobitnie w § 152 ust. 2 StPO, który nakłada na ten organ obowiązek „o ile inaczej nie regulują tego przepisy ustawowe, występowania przeciwko wszystkim podlegającym ściganiu czynom, o ile tylko istnieją ku temu wystarczające rzeczywiste podstawy”. Orzecznictwo wyprowadza z tego przepisu przymus ścigania (*Verfolgungszwang*) niezależnie od osoby mu podlegającej⁴, niekiedy także wiąże się z zasadą legalizmu przymus składania skargi (*Anklagezwang*), choć to jest już mniej jednoznaczne, co potwierdza sam urząd federalnego Prokuratora Generalnego.⁵ Paragraf 170 StPO wyraźnie jednak nakazuje wniesienie aktu oskarżenia, o ile istnieją stosowne przesłanki. Obowiązek ściga-

nia rozciąga się także na władze i urzędników policji, jeśli tylko działają oni w postępowaniu przygotowawczym.

Można uznać, że zasada legalizmu w takim kształcie współgra z założeniami państwowego monopolu ścigania i karania. Jeśli bowiem państwo przejmuje na siebie całość działań śledczych, musi konsekwentnie występować przeciwko każdemu podejrzanemu, niezależnie od jego pozycji i statusu. W praktyce jednak nie zawsze tak się dzieje, a to ze względu na regulacje kodeksowe kształtujące rozległe kompetencje prokuratury. Dość powiedzieć, że może ona umorzyć postępowanie, mimo istniejącego podejrzenia i to w stopniu uzasadniającym wniesienie aktu oskarżenia, co szczegółowo zostanie przedstawione poniżej.

d. Zasada ustawowego sędziego (Der Grundsatz des gesetzlichen Richters)

Zgodnie z art. 101 GG sądy wyjątkowe są niedopuszczalne, właściwość sądów powszechnych może być tworzona bądź zmieniana jedynie na mocy ustawy i nikt nie może być pozbawiony tzw. „ustawowego sędziego” (*gesetzlicher Richter*). Pojęcie to – być może obce rodzimej doktrynie – zostało dobrze zdefiniowane przez postanowienie pełnego składu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego: „Wynikający z art. 101 ust. 1 zd. 2 nakaz, aby z góry było ustalone, jaki sędzia występuje w jakim postępowaniu, oznacza jedynie, że ustawa określa właściwy sąd a ponadto w jego obrębie także właściwy skład orzekający ze względu na wewnętrzny podział zadań. Nie potrzeba natomiast wyinterpretowywać z tego przepisu, którzy konkretni sędziowie zasiądą w określonym składzie orzekającym, o ile tylko zostanie na podstawie tego przepisu sprawdzone, czy prezes nie działa samowolnie w ramach przyznanego mu uznania”.⁶ Zasada ta zatem chroni obywateli nie tylko przed sądami specjalnymi (w tym doraźnymi), ale i przed dowolnym wyznaczaniem składów w konkretnej sprawie.

4 BVerfG Beschl. z 23.07.1982, 2 BvR 8/82, NStZ 1982, 430, por też: <http://www.drsp.net>; BGH Urt. z 21.04.1988, III ZR 255/86, NJW 1989, 96, 97.

5 <http://www.generalbundesanwalt.de/ermitteln.php>

6 Pl. BVerfG Beschl. z 8.04.1997 1 PBvU 1/95, (przedłożony przez 1. Izbę w sprawie 1 BvR 1644/94 z 10.08.1995), <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr>

Orzecznictwo konstytucyjne dostrzega jednak dalej idące konsekwencje tej normy. Przyznaje bowiem obywatelowi *quasi* roszczenie (dosł. *der „Anspruch“ des Bürgers*) o właściwego dla jego sprawy sędziego, jak również przewiduje, iż wspomniana norma konstytucyjna „zakazuje nie tylko innym władzom państwowym pozbawiać obywatela <<jego>> sędziego [...]. Art. 101 ust. 1 zd. 2 zawiera także nakaz dla ustawodawcy uregulowania sędziowskiej właściwości tak jednoznacznie, jak to tylko możliwe w normach o charakterze ogólnym”.⁷ Konieczna jest więc bardzo precyzyjna, choć abstrakcyjna regulacja, jaki sąd ma prowadzić konkretną sprawę. Ponadto, zgodnie z § 6 StPO, sąd na każdym etapie postępowania ma obowiązek sprawdzania swojej właściwości rzeczowej. Szczegółowe jej zasady zostaną omówione w rozdziale dotyczącym sądownictwa; w tym miejscu warto wskazać, iż dopuszczalne i praktykowane kryteria właściwości nie zawsze muszą być czytelne i jednoznaczne dla obywatela. Jednym z nich bowiem może być np. oczekiwany przez prokuraturę wymiar kary. Z gwarancyjnego punktu widzenia zatem istotnego znaczenia nabiera okoliczność, jakie przesłanki decydują o rzeczywistym „pozbawieniu ustawowego sędziego”.

Przede wszystkim nie może być to zwykła pomyłka, gdyż „stosownie do przyjętej linii orzecznictwa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego [...] każdy może być pozbawiony prawa do ustawowego sędziego przez czynności, zaniechania czy decyzje sądu, jeśli są samowolne, a nie tylko omyłkowe”⁸ (*rechtsirrtümlich*). O wiele trudniejszym zadaniem wydaje się natomiast określenie pozytywnych przesłanek naruszenia charakteryzowanego uprawnienia. Federalny Sąd Najwyższy wymienia tu „obiektywną samowolę” (*objektive Willkür*), której przejawem może być np. „niewłaściwe uznanie swojej właściwości przez sąd wyższej instancji oparte na niezwiązanych ze sprawą lub oczywiście niedających się obronić przesłankach”.⁹ Poszczególne przypadki mogą jednak rodzić więcej wątpliwości, a orzecznictwo dotyczące prawa do ustawowego sędziego przyznaje, że dokładne określenie granic tego uprawnienia stanowi trudne zadanie.

7 BVerfG Beschl. z 3.12.1975, 2 BvL 7/74, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr>

8 BVerfG Beschl. z 10. 10. 2001, 2 BvR 1620/ 01, <http://www.lexetius.com>

9 BGH Urt. z 22.04.1997, 1 StR 701/96, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr>

2. Zasady związane z prowadzeniem postępowania

a. Zasada instrukcyjności (*Das Instruktionsprinzip, der Ermittlungsgrundsatz, der Untersuchungsgrundsatz*)

Jedną z konsekwencji silnej roli instytucji państwowych w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości karnej stanowi także kształt postępowania dowodowego. W przeciwieństwie do procesu cywilnego, podporządkowanego zasadzie, w myśl której to strony w dużym zakresie decydują o tym, jakie okoliczności zostaną przedstawione sądom do rozstrzygnięcia i przy pomocy jakich dowodów się to stanie¹⁰, sądy karne, jak również organy prowadzące postępowanie przygotowawcze mają obowiązek wyjaśniania i badania stanu rzeczy z urzędu. Zasada ta – w różnorodnych aspektach – wynika z szeregu przepisów kodeksu. I tak stosownie do § 160 ust. 2 StPO *in principio* – prokuratura ma obowiązek wyjaśniać okoliczności nie tylko obciążające, ale także służące do odciążenia, co pośrednio wynika z zasady inkwizycyjności. Organy policyjne mają znikome własne kompetencje procesowe, a te, które im przysługują wynikają z prowadzenia przez „władze i urzędników policji” (§ 161 StPO) postępowania przygotowawczego w zakresie zleconym przez prokuraturę. Można więc uznać, że obowiązek wszechstronnego wyjaśniania rzeczywistości z pewnością spoczywa na policjantach; obiektywizm wydaje się jednak o tyle trudny do realizacji, o ile mają oni pozycję formalnie niesamodzielną.

Wątpliwości takie nie dotyczą, rzecz jasna, sądów. Wprawdzie – jak to już było pokazane – są one związane skargą, lecz zgodnie z § 155 ust. 2 StPO *in principio* w granicach skargi sądy są „uprawnione i obowiązane do samodzielnej działalności”. Ponadto według § 244 ust. 2 StPO sąd z urzędu przeprowadza postępowanie dowodowe dla wykrycia prawdy, rozciągające się na wszelkie okoliczności i środki dowodowe, które mają znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

W niemieckim procesie karnym obowiązuje zasada prawdy materialnej, tj. konieczność wyjaśnienia rzeczywistego stanu rzeczy, której jednak poświęca się stosunkowo mało uwagi. Na mocy tej zasady sąd nie jest związany ani własnymi ustaleniami, które poczynił otwierając

10 Por. § 139 ZPO.

postępowanie główne (§ 264 ust. 2 StPO), ani – tym bardziej – przyznaniem się oskarżonego, ocenianym w pełni swobodnie (§ 261 StPO). Podobnie oskarżony nie musi wносить o przeprowadzenie dowodów odciążających, gdyż jest to obowiązkiem sądu z urzędu.

b. Zasada sądowego wysłuchania (Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs)

Przewidziana w cytowanym powyżej art. 103 ust. 1 GG zasada gwarantuje każdemu podlegającemu jurysdykcji niemieckich sądów, że przed rozstrzygnięciem jego sprawy zostanie wysłuchany przez sędziego. *Bundesgerichtshof* stwierdził, że poprzez tę regułę „zapewnia się jedynie, że z jednej strony sąd weźmie pod uwagę wywody stron i uczyni je podstawą decyzji, z drugiej – że tylko te okoliczności będą przezeń brane pod rozwagę, co do których uczestnicy postępowania mieli możliwość zajęcia stanowiska”.¹¹ Omawiana zasada obowiązuje zarówno w postępowaniu cywilnym, jak i karnym, zalicza się ją do fundamentów, na których opiera się m.in. niemiecki wymiar sprawiedliwości.¹² Słusznie zauważa się, że uprawnienie to „przysługuje każdemu, kto staje przed sądem Republiki Federalnej Niemiec, niezależnie od tego, czy to osoba fizyczna, czy prawna, podmiot prawa wewnętrznego czy obcego”.¹³

Konsekwentnie orzecznictwo wyinterpretowało z zasad sądowego wysłuchania szereg reguł, wśród których za najważniejsze uznać należy¹⁴:

- Gwarancję odpowiedniego sposobu wysłuchania,
- Gwarancję zapewnienia czasu na przygotowanie się do wysłuchania,
- Gwarancję wysłuchania nie tylko co do okoliczności faktycznych, ale także prawnych,

- Zakaz wyrokowania w oparciu o fakty nieznanne oskarżonemu (tj. takie, z którymi nie miał szansy się zapoznać i wypowiedzieć),
- Obowiązek stworzenia optymalnej komunikacji między sądem a oskarżonym.

W trosce o prawidłowy i szybki tok postępowania sąd z jednej strony ma obowiązek zagwarantować jedynie warunki do realizacji samego uprawnienia oraz czuwać nad tym, aby (w szczególności) oskarżony miał okazję wypowiadać się w swojej sprawie, z drugiej – ma przeciwdziałać nadużyciom i obstrukcji ze strony oskarżonego. Wprawdzie zgodnie z § 230 ust. 1 StPO postępowanie główne nie może się toczyć w nieobecności oskarżonego, kiedy natomiast nieobecność ta nie jest dostatecznie usprawiedliwiona można zarządzić doprowadzenie. Chociaż oskarżonego nie można usunąć z sali rozpraw, to gdy sam się wydalil po wypowiedzeniu się na temat zarzutów, a sąd nie uznał jego dalszej obecności za niezbędną, można doprowadzić postępowanie do końca (§ 231 StPO). W wyjątkowych przypadkach, zdarzających się coraz powszechniej, tj. np. umyślnego i zawinionego (*vorsätzlich und schuldhaft*) wprawienia się oskarżonego w stan wykluczający jego udział w procesie lub usunięcia go z sali ze względu na nieliczące z powagą zachowanie (§ 231a i § 231 b StPO) – dopuszcza się, oczywiście, prowadzenie postępowania w nieobecności głównego podmiotu procesu. Podobne regulacje przewidują także kodeksy innych krajów i nie uważa się ich za naruszenie prawa do sądowego wysłuchania, ściśle powiązanego z prawem do obrony materialnej.

c. Zasada szybkości i koncentracji (Das Beschleunigungsgebot, die Konzentrationsmaxime)

Zasada ta należy do grupy nieskodyfikowanych, choć podstawowych reguł rządzących niemieckim postępowaniem karnym. Wprawdzie ma ona bardzo istotne znaczenie tak dla oskarżonego, jak i dla ogółu społeczeństwa, jednak nie powinna stanowić celu samego w sobie, w szczególności realizowanego z pogwałceniem zasady prawdy.

11 BGH Beschl. z 11.06.2002, X ZB 27/01, <http://www.rws-verlag.de/bgh-free>

12 BVerfG Beschl. z 15.08.96 2 BvR 2600/95, NJW 1996, 3202.

13 BVerfG Beschl. z 8.11.1960. 2 BvR 177/60, BVerfGE 12, 6, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr>

14 Por. H.H. Kühne: *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, s. 113.

Zdaniem niemieckiej doktryny oraz orzecznictwa zasada szybkości postępowania, nakazująca zakończenie go w „stosownym” (rozsądnym) terminie – *innerhalb einer angemessener Frist* – wynika zarówno z art. 2 ust. 2 zd. 2 GG („Wolność osobista jest nienaruszalna”) i cytowanego art. 20 ust. 3 GG¹⁵ oraz art. 6 EKPC. Obowiązuje ona wszystkie organy procesowe i we wszystkich stadiach postępowania – począwszy od policji, która niezwłocznie po pierwszej interwencji winna przekazać informację prokuraturze (§ 163 ust. 2 StPO). Oskarżony musi być w rozsądnym terminie poinformowany o zarzucie, jak również możliwie szybko przesłuchany przez sąd decydujący o jego dalszym losie. W szczególności przepis ten znajduje zastosowanie w odniesieniu do pozbawienia wolności (zastosowania aresztu tymczasowego), gdyż z przewidzianego m.in. w art. 2 ust. 2 zd. 2 GG uprawnienia wynika konieczność jak najmniej uciążliwego dla oskarżonego przedłużania aresztu, a co za tym idzie – podejmowania wszelkich czynności postępowania w możliwie krótkim czasie¹⁶, począwszy od pierwszego przesłuchania po aresztowaniu, a skończywszy na wyrokowaniu.

Definicja rozsądnego/stosownego terminu budzi wiele wątpliwości, a przede wszystkim rodzi pytania o jego granice. Według stanowiska niemieckiego SN termin rozpoczyna się w momencie, gdy podejrzany poweźmie wiadomości o prowadzonych czynnościach postępowania (co wiąże się z innym niż w Polsce trybem uzyskiwania tego statusu) i kończy wraz z wydaniem prawomocnego wyroku. Przy ocenie „rozsądnosci” należy brać pod uwagę nie tylko interwał czasowy, ale również takie czynniki jak: ciężar i rodzaj zarzutu, przebieg i złożoność postępowania, sposób i rodzaj prowadzonego postępowania przygotowawczego, a także samo zachowanie się podejrzanego.¹⁷ Także orzecznictwo sztrasburskie nie przychodzi z pomocą w określeniu dokładnych granic czasowych, choć z pewnością procesy trwające w całości ponad 17 czy 10 lat¹⁸, jak również ponad 3 lata w jednej in-

stancji¹⁹ zostały uznane za przewlekłe i godzące w uprawnienia z art. 6 EKPC.

Upływający, a właściwie przedłużający się czas trwania postępowania nie może być jednak traktowany jako przeszkoda procesowa uzasadniająca umorzenie postępowania w drodze wyroku na podstawie § 260 ust. 3 StPO. Starsze orzecznictwo dyskutowało, czy przedłużający się czas postępowania mógłby być brany pod uwagę jako okoliczność łagodząca, konieczna do wzięcia pod uwagę przy wymiarze kary, co ostatecznie nie zostało potwierdzone.²⁰ Jednak w nowszych wyrokach przyjęto linię, w myśl której w szczególnie uzasadnionych przypadkach zbyt długie, ekstremalne przeciąganie postępowania i wiążące się z nim obciążenia oskarżonego pozwalałyby na przypuszczenie, iż społeczny interes ścigania najwidoczniej odpadł, a w wyjątkowych wypadkach możliwe byłoby umorzenie postępowania na podstawie § 153 ust. 2 StPO²¹ albo § 206a ust. 1 StPO. Linia ta zgodna jest w zasadzie z orzecznictwem sztrasburskim.

Z zasadą szybkości łączy się nierozzerwalnie zasada koncentracji (*Konzentrationsmaxime*), według której postępowanie karne (sądowe) stanowi nierozzerwalną całość. Musi ono toczyć się w miarę możliwości nieprzerwanie, a zarządzona przerwa co do zasady powinna trwać do 10. dni. Wynika to z konieczności zapewnienia właściwego wpływu przebiegu rozprawy na skład orzekający, tj. niedopuszczenia do zatarcia się wrażenia usłyszanych słów w umysłach sędziów, co w zasadzie zgadza się z twierdzeniami psychologii sądowej, iż najlepszym okresem do przesłuchiwanie świadka jest czas między 2. a 8. dniem od zdarzenia, gdyż wówczas posiada on największą zdolność odpamiętania.²²

Przy dłuższych przerwach, tj. jeśli w wyznaczonym terminie rozprawa nie może się odbyć, konieczne jest jej odroczenie i prowadzenie od nowa.

15 BVerfG Beschl. z 6.06.2001, 2 BvR 828/01, za: <http://www.bverfg.de/entscheidungen> - gdzie Federalny Trybunał Konstytucyjny uznał, iż wskutek przedłużania postępowania przez Sąd Krajowy w Regensburgu/Ratyzbonie doszło do naruszenia właśnie art. 2 ust. 2 zd. 2 GG w związku z zasadą państwa prawa.

16 BVerfG Beschl. 13.9.2001 2 BvR 1316/01, <http://www.bverfg.de/entscheidungen>

17 BGH Beschl. 3 StR 39/01 z 29.03.2001, NSLZ-RR 2001, 294.

18 *Eckle v. Niemcy* – orzeczenie z 15.07.1982, A. 51, skarga 8130/78, gdzie skarżący podnosił opieszałość sądów w Kolonii (10 i pół roku) oraz Trewirze (17 lat).

19 *Deumeland v. Niemcy* – orzeczenie z 29.05.1986, A. 100, skarga 9384/81.

20 BGH Ur. z 10.11.1999, 3 StR 361/99, NJW 2000, 748.

21 BGH Ur. z 9.12.1987, 3 StR 104/87 BGHSt 35, 137, 141.

22 I. Kurcz: Pamięć, uczenie się, język. w: T. Tomaszewski (red.): Psychologia ogólna, Warszawa 1992, t. 3, s. 17.

3. Zasady postępowania dowodowego

a. Zasada bezpośredniości (Der Grundsatz der Unmittelbarkeit)

Zgodnie z zasadą bezpośredniości – obowiązującą jedynie w trakcie postępowania głównego – sąd ma w sposób możliwie prosty i bezpośredni kontaktować się z zaistniałą rzeczywistością, gdyż rozstrzyga na podstawie przekonania opartego na przebiegu postępowania (§ 261 StPO). Do tego jest konieczne przede wszystkim, aby przez cały czas postępowania, do momentu ogłoszenia wyroku, wszyscy członkowie składu, jak również przedstawiciel prokuratury, byli obecni w sposób nieprzerwany (§ 226 StPO). Nieobecność choćby jednego sędziego w czynności powoduje konieczność prowadzenia rozprawy od początku. Dlatego właśnie w przypadkach dłuższych procesów przewiduje się powoływanie sędziów uzupełniających – zarówno zawodowych, jak i ławników (§ 192 ust. 2 GVG), którzy wstępują w prawa i obowiązki członków składu orzekającego na mocy decyzji (nawet dorozumianej) przewodniczącego.²³

Inny aspekt zasady bezpośredniości stanowi również to, że przed sądem muszą być powoływane dowody możliwie najbliższe zdarzeniu. Odnosi się to przede wszystkim do dowodów osobowych, w szczególności świadków: jeśli organ procesowy ma wybór, winien powołać tego świadka, który uczestniczył w zdarzeniu w możliwie najbliższy sposób, tj. np. naoczny przed świadkiem ze słyszenia. Co do tego ostatniego bowiem istnieją fundamentalne pytania o wiarygodność: „w przypadku świadka ze słyszenia istnieje najpierw ogólnie podwyższone niebezpieczeństwo zniekształcenia lub fragmentaryczności w relacjonowaniu okoliczności, które mu zostały przekazane od osoby, na której wiedzy [zeznanie – P.G.] bazuje. Im większa liczba ogniw pośrednich, tym mniejsza wartość dowodowa zeznania. Już tylko to skłania do ostrożności”.²⁴ Warto jednak zauważyć, że świadkowie ze słyszenia też mogą dostarczać dowodów bezpośrednich; jednak jedynie w zakresie tego, co sami usłyszeli (treści rozmowy, warunków itp.).

Sąd może więc opierać się na świadkach ze słyszenia, jednak jako „jednej z form <<dowodu pośredniego>> – dopuszczalnego przez StPO środka dowodowego, którego przeprowadzenia i oceny należy dokonać na podstawie §§ 244 ust. 2 i 261 StPO”.²⁵

Konsekwentniej urzeczywistnia się natomiast zasada bezpośredniości w odniesieniu do stosunku pomiędzy dowodami osobowymi a z dokumentu. Jeżeli bowiem zachodzi możliwość przeprowadzenia dowodu w drodze przesłuchania konkretnej osoby, należy ją przesłuchać, a czynność ta nie może zostać zastąpiona wcześniejszym protokołem lub inną wypowiedzią pisemną (§ 250 StPO). Można w ogóle mówić o pierwszeństwie w przeprowadzaniu dowodów osobowych przed dokumentami, jak również (co wydawać się może bardziej kontrowersyjne) przed dowodem z oględzin.²⁶

Odczytanie wcześniejszych wypowiedzi w miejsce przesłuchania dopuszczalne jest, kiedy m.in.:

- a. świadek, biegły lub współoskarżony zmarł, zapadł na chorobę psychiczną lub nie jest możliwe ustalenie miejsca jego pobytu,
- b. stawieniu się świadka, biegłego lub współoskarżonego w postępowaniu głównym stoi na przeszkodzie trwająca dłuższy lub trudny do oszacowania czas choroba, niepełnosprawność lub inne niedające się usunąć przyczyny,
- c. obecność świadka lub biegłego w czasie postępowania głównego ze względu na znaczne oddalenie i znaczenie wypowiedzi nie będzie wymagana,
- d. prokurator, obrońca i oskarżony zgodzą się na to (§ 251 ust. 1 StPO).

Mogą być również odczytane na podstawie § 256 StPO m.in.:

- a. pisma zawierające świadectwo lub opinię organu władzy publicznej lub biegłego, którzy zostali zaprzrzeczeni w celu wydawania opinii określonego rodzaju,
- b. zaświadczenia lekarskie dotyczące uszkodzeń ciała (z wyjątkiem ciężkich),

²³ W polskich warunkach wywodzi się to niekiedy z zasady niezmienności składu orzekającego.
²⁴ BGHSt 17, 382 [385], 1962, za: BGH Ur. z 18.05.2000, 4 StR 647/99, BGHSt 46, 73, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr>

²⁵ BVerfG Beschl. z 26.05.1981, 2 BvR 215/81, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr>
²⁶ L. Meyer–Goßner, Strafprozessordnung. Kommentar, München 2003, s. 882.

- c. zaświadczenia lekarskie o pobraniu prób krwi,
- d. protokoły, jak też zawierające się w dokumentach oświadczenia organów państwa o czynnościach postępowania, o ile nie miały one za przedmiot przesłuchania.

b. Zasada swobodnej sędziowskiej oceny dowodów (Der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung)

Zasada ta sprowadza się do tego, iż o wynikach postępowania dowodowego sąd rozstrzyga według swojego swobodnego przekonania, wytworzonego na podstawie całości postępowania (§ 261 StPO). Wspomina się niekiedy o „prawdzie sądowej” jako tym, o czym sędzia jest w pełni przekonany na podstawie postępowania głównego, przeprowadzonego na zasadach: bezpośredniości oraz ustności.²⁷

Sędziowskiego przekonania nie należy rozumieć jako pewności matematycznej, niewątpliwie wykluczającej możliwość innego przebiegu zdarzenia²⁸; pojawianie się bowiem teoretycznych i wyłącznie hipotetycznych założeń, że zdarzenie mogło przebiegać w inny sposób nie uniemożliwia wydania wyroku skazującego. Przekonanie wprowadzone swobodnie – nie może być jednak zupełnie dowolne; sędzia bowiem musi przestrzegać reguł wiedzy, praw logiki i zasad doświadczenia życiowego.²⁹ Sędzia nie jest więc w żadnym stopniu związany przepisami przewidującymi, pod jakimi warunkami miałby uznawać poszczególne fakty za udowodnione bądź nieudowodnione.

Odstępstwo od ustawowej teorii dowodowej, silnie zakorzenionej w prawie niemieckim, stanowi jedno z większych osiągnięć nowożytnej niemieckiej myśli prawnej. Nie znaczy to, że dawna koncepcja odeszła całkowicie w niepamięć. Jako jeden z relikwów uznaje się np. tzw. dowód prawdy z wyroku w § 190 StGB (przy przestępstwie zniewagi) lub § 274 StPO przewidujący, iż przebieg postępowania głównego może być udowodniony jedynie na podstawie protokołu, a jego podważenie dopuszczalne jest wyłącznie w przypadku zarzutu fałszerstwa. Inne niewątpliwie ograniczenie zasady swobodnej oceny dowodów sta-

nowią zakazy dowodowe – w większości analogiczne jak w warunkach rodzimych, stąd nie widać potrzeby ich bliższego charakteryzowania.³⁰ Oto najczęściej cytowane:

- 1) zakaz opierania się na wyrokach zatartych, lub takich, które powinny zostać zatarte (§ 51 BZRG³¹),
- 2) zakaz wykorzystywania na niekorzyść milczenia oskarżonego³² (przy czym częściowe milczenie może być wykorzystane jako wskazujące na poszukiwanie dowodów³³),
- 3) zakaz wykorzystywania na niekorzyść zmiany zachowania oskarżonego polegającej na składaniu odmiennych wyjaśnień; w szczególności twierdzenie, iż na czas popełnienia przestępstwa oskarżony dysponuje alibi, nawet jeżeli okaże się fałszywe stanowi dopuszczalny sposób obrony, natomiast brak alibi lub jego nieudanie się nie może być żadnym dowodem sprawstwa oskarżonego³⁴,
- 4) zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji dla oskarżonego z milczenia świadków uprawnionych do nieskładania zeznań (z podobnie „czujnym” podejściem do ich częściowego milczenia).

Doktryna i orzecznictwo niemieckie wychodzą więc ze słusznego założenia, iż korzystanie ze swoich praw przez uczestnika procesu nie może być następnie zinterpretowane na jego niekorzyść; w szczególności odnosi się to do oskarżonego. Nie zmienia to jednak faktu, że całe postępowanie karne oparte jest na zasadzie swobodnej oceny dowodów.

³⁰ W polskich warunkach analogiczne zakazy dowodowe postrzegane są raczej jako wyjątki lub ograniczenia od zasady prawdy materialnej.

³¹ Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister z 18. marca 1971, tj. BGBl 1984 I 1229

³² Tak wielokrotnie, np.: BGH Beschl. z 19. 1. 2000, 3 StR 531/99, <http://www.lexetius.com>

³³ Tak wielokrotnie wypowiadał się zarówno Federalny Sąd Najwyższy, jak i Trybunał Konstytucyjny, por. np. BVerfG Beschl. z 29.11.2004, 2 BvR 1034/02, <http://www.bverfg.de/entscheidungen>

³⁴ Tak też wielokrotnie, np.: BGH Beschl. z 05.01.2000, 3 StR 560/99, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr>

²⁷ *Ibidem*, s. 929.

²⁸ BGH Urt. z 11.11.1966, 4 StR 387/66, NJW 1967, 359, 360.

²⁹ BGH Beschl. z 19.12.1995, 4 StR 170/95, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>

c. Reguła *in dubio pro reo* i domniemanie niewinności (*In dubio pro reo*, *Unschuldvermutung*)

Reguła *in dubio pro reo* – nieskodyfikowana i wynikająca z art. 6 EKPC – przejawia się zarówno w tym, iż wyrok skazujący może być wydany wobec winnego oskarżonego, jak również, że jego wina musi być udowodniona w sposób przewidziany ustawą, co bezpośrednio przewiduje art. 20 ust. 3 GG. Z cytowanej powyżej treści § 261 StPO wynika, iż podstawą wyroku skazującego może być wyłącznie przekonanie składu orzekającego. Jeśli natomiast pojawiają się wątpliwości w postaci bardziej uprawdopodobnionej niż tylko hipotetyczne przypuszczenia (te bowiem mogą zaistnieć praktycznie w każdym przypadku) – i nie dają się one usunąć zgodnie z zasadą instrukcyjności, powinien zapaść wyrok uniewinniający. Zgodnie ze stanowiskiem niemieckiego Sądu Najwyższego zasada ta rozciąga się również na okoliczności wpływające na wymiar kary.³⁵

Nie ma natomiast pełnej jasności co do tego, jak *in dubio* działa w odniesieniu do innych okoliczności, szczególnie co do przesłanek bądź przeszkód procesowych. W kluczowym w tej materii wyroku BGH wypowiedział się w sposób następujący: „Postępowanie może być prowadzone zasadniczo tylko wtedy, kiedy zostanie stwierdzone, że istnieją konieczne przesłanki procesowe i nie sprzeciwiają się mu procesowe przeszkody [...] Jeśli po wyczerpaniu wszelkich możliwości poznawczych pozostaje nadal wątpliwe, czy przeszkoda procesowa występuje, czy nie, należy wg przeważającej opinii rozważyć według rodzajów przeszkód i przesłanek”.³⁶

Starsze orzecznictwo, jeszcze z lat 50-tych³⁷, wychodziło ze stanowiska, w myśl którego w razie wątpliwości co do uprzedniego skazania za ten sam czyn nie można było prowadzić postępowania jedynie, jeśli udowodniono istnienie wcześniej zapadłego wyroku. Począwszy od końca lat 60-tych podejście sądu się zmieniło. Obecnie nie ma właściwie wątpliwości co do tego, iż działa tu reguła *in dubio*. „Co innego

jednak, jeżeli istnienie przeszkody procesowej w postaci innego rodzaju zawisłości sprawy nie może zostać objaśnione na podstawie akt, lecz zależy od okoliczności, które dotyczą konkretnego zarzucanego czynu. Ich stwierdzenie musi być przedmiotem ścisłego dowodu w postępowaniu głównym”.³⁸ Z pewnością natomiast wątpliwości na korzyść oskarżonego należy rozstrzygnąć w zakresie przedawnienia, jak również istnienia wniosku o ściganie.³⁹

Trudno jest jednak – w ocenie samych sądów – pokusić się o bardziej generalną regułę, stąd też każdy przypadek powinien być rozstrzygany z należytą starannością, czemu służą m.in. poniżej omawiane reguły harmonizacji orzeczeń.

O zasadzie domniemanie niewinności wspomina się natomiast w doktrynie niemieckiej zwykle właśnie w kontekście jej pokrewnych zagadnień, w tym w szczególności przy okazji omawiania reguły *in dubio pro reo*.⁴⁰ Według tego poglądu reguła *in dubio* nie odnosi się do oceny dowodów, ale stanowi swoistą wskazówkę dla sędziego przy rozstrzygnięciu⁴¹, niewątpliwie pokrewną domniemaniu niewinności. Niezależnie od wątpliwości, jakie może wzbudzać ten pogląd, należy stwierdzić, że i współczesna nauka niemieckiego procesu karnego zauważa trudności w rozdzieleniu sedna (*Kernbestand*) obu reguł.⁴² Być może stanowi to przyczynę, dla której rozważania poświęcone tej właśnie zasadzie nie są specjalnie oryginalne i częste (przynajmniej w porównaniu do innych zagadnień). Być może zresztą zasada ta wydaje się po prostu jasna i niewątpliwa.

4. Zasady formy postępowania

a. Zasada ustności (*Das Mündlichkeitsprinzip*)

Zasada ustności wynika również z cytowanego powyżej § 261 StPO. Zgodnie z nią podstawą rozstrzygnięcia może być tylko to, co zostało wypowiedziane w całym postępowaniu głównym. Wyrok zatem

38 *Ibidem*

39 W. Beulke: *Strafprozessrecht*, op. cit., s. 15.

40 Por. Przegląd starszej literatury w: P. Kruszyński: *Zasada domniemanie niewinności w polskim procesie karnym*, Warszawa 1983, s. 65 i nast.

41 W. Stree: *In dubio pro reo*, Tübingen 1962, s. 56.

42 C. Roxin: *Strafverfahrensrecht*, op. cit., 1998, s. 75.

35 BGH Beschl. z 12.09.2000, 4 StR 305/00, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>

36 BGH Beschl. z 30.03.2001, StB 4 i 5/01, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>

37 BGH Ur. z 9.10.1952, 4 StR 124/52; Ur. z 19.02.1954 – 2 StR 581/53 cytowane przez: BGH Beschl z 30.03.2001 StB 4 i 5/01, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>

może się opierać wyłącznie na tym, co mogli usłyszeć w procesie: sąd, oskarżony, jego obrońca, prokurator i publiczność. Charakterystyczne dla dawniejszej procedury: tajność i pisemność nie są do pogodzenia z zasadą praworządnego państwa, a podstawowe zalety postępowania ustnego sprowadzają się do większej społecznej kontroli nad działalnością organów wymiaru sprawiedliwości (komentowanie wyroków w prasie, jak również dyskusje nad toczącym się postępowaniem), a także do większej zrozumiałości procesu dla samego oskarżonego.

Z zasadą ustności ściśle koresponduje sygnalizowane wcześniej, przy omawianiu bezpośredniości, odczytywanie dokumentów procesowych. Stosownie do § 249 ust. 1 StPO odczytaniu podlegają dokumenty i inne zapiski stanowiące dowody w sprawie, w szczególności m.in. wcześniej wydane wyroki, wyciągi z rejestrów, ksiąg parafialnych i akt stanu cywilnego, jak również protokoły z oględzin sądowych. Można natomiast odstąpić od odczytania, jeśli sędziowie (zawodowi i ławnicy) znają treść dokumentu, a pozostali uczestnicy mieli możliwość zapoznania się z jego treścią. Z reguły nie odczytuje się dokumentów, które uczestnikom postępowania sąd każe przygotować na piśmie (oświadczenia, pytania) – § 257a StPO, jak również istnieje możliwość zastąpienia zeznań odczytaniem ich treści w postępowaniu przyspieszonym (§ 420 StPO), co może być słusznie krytykowane, jako ograniczające prawo do obrony.

b. Zasada publiczności (Der Grundsatz der Öffentlichkeit)

Niemieckie postępowanie karne (główne) co do zasady jest jawne, o czym stanowi § 169 GVG: „Postępowanie przed składem orzekającym jest jawne włącznie z ogłaszaniem wyroków i postanowień. Nagrywanie dźwięku i obrazu w drodze przekazu telewizyjnego lub filmowego dla celów powszechnego prezentowania lub opublikowania ich treści jest niedopuszczalne”. Jawność, podobnie jak ustność, jest narzędziem kontroli społecznej nad organami wymiaru sprawiedliwości. Może być ona jednak ograniczana z ważnych względów i to zarówno prywatnych, jak i publicznych:

- 1) postępowanie główne może być w całości lub w części utajnione, jeśli dotyczy umieszczenia oskarżonego w zakładzie psychiatrycznym lub odwykowym (§ 171a GVG),
- 2) jawność może być wyłączona, jeżeli uzasadniają to względy ochrony praw uczestników postępowania dotyczących ich życia prywatnego, tj. o ile publiczne ogłaszanie faktów związanych z czynem naruszałoby takie prawa, a zarazem interes publiczny nie przeważałby nad prywatnym (§ 171b GVG),
- 3) sąd może wyłączyć jawność w całości lub w części, jeśli:
 - a) istniałoby zagrożenie ujawnienia tajemnicy państwowej, naruszenia porządku publicznego lub dobrych obyczajów;
 - b) istniałoby zagrożenie dla życia, zdrowia lub wolności świadka lub innej osoby;
 - c) sprawa dotyczyłaby istotnej tajemnicy handlowej, zawodowej, wynalazczej czy podatkowej, przez których publiczne wyjawienie naruszałoby wymagające ochrony prywatne interesy (o ile przeważałyby one nad korzyściami z opublikowania okoliczności);
 - d) zostałaby ujawniona prywatna tajemnica, której nieuprawnione upublicznienie przez świadka lub biegłego zagrożone jest karą;
 - e) przesłuchiwana jest osoba poniżej 16 lat (§ 172 GVG).

Oczywiście względy te nie utajniają ogłoszenia wyroku, które jest bezwarunkowo jawne. Jeśli istnieją powody przewidziane w § 171b i 172 GVG sąd może wyłączyć jawność w odniesieniu do całości lub części przytoczenia uzasadnienia (§ 173 GVG).

c. Nakaz postępowania fair (Das Gebot eines fairen Strafverfahrens)

Wprawdzie klasyfikacja zaprezentowana na wstępie niniejszego rozdziału nie ujmowała zasady postępowania fair, jednak warto

POSTĘPOWANIE PRZYGOTOWAWCZE I PIERWSZOINSTANCYJNE

poświęcić nieco uwagi regule, która wprawdzie nie została skodyfikowana, lecz jej znaczenie wydaje się trudne do przecenienia. Zasadę tę w Niemczech rozumie się jako konsekwencję zasady państwa prawa⁴³, głęboko zakotwiczoną w innych przepisach konstytucyjnych, jak również wynikającą z postanowień EKPC.⁴⁴

Bardziej szczegółowe rozważania nad zastosowaniem zasady fair są isticie salomonowe. Podkreśla się jej niezaprzeczalną ważność, a zarazem twierdzi, że nadmierne stosowanie blokuje możliwość zastosowania słusznych przepisów prawa pozytywnego, co nie chroni wartości, na których strażą ma stać prawo⁴⁵, a zatem wykroczenie przeciwko zasadzie fair nie stanowi przeszkody procesowej.⁴⁶

Z tego względu konsekwencje zasady fair przyjęło się interpretować raczej wąsko i niewątpliwie należą do nich w szczególności:

1. Prawo oskarżonego do korzystania z pomocy zaufanego obrońcy,
2. Prawo do milczenia,
3. Prawo do przeprowadzania przez oskarżonego dowodów odciążających,
4. Prawo oskarżonego do możliwie bezpośredniego zadawania pytań policyjnemu informatorowi powołanemu na świadka.

Z powyższego wynika jednoznacznie, że rozważania nad zakresem zasady postępowania fair w procesie niemieckim przypominają nieco założenia amerykańskiego modelu *due process*. Zagadnienia te będą dogłębniej przedstawiane przy okazji omawiania pozycji oskarżonego.

1. Fazy i etapy procesu

Zgodnie z regulacjami StPO niemieckie postępowanie karne, podobnie zresztą jak polskie, dzieli się na poszczególne stadia. Proces rozpoczyna się – oczywiście – postępowaniem przygotowawczym (*Ermittlungsverfahren, Vorverfahren*) koncentrującym się wokół kwestii, czy istnieje wystarczające podejrzenie, że konkretna osoba popełniła czyn zabroniony. Postępowanie prowadzone przez prokuraturę może się zakończyć:

- umorzeniem (*Einstellung*) na podstawie § 170 ust. 2 StPO,
- umorzeniem (oportunistycznym) zgodnie z § 153 i nast. StPO, albo
- wniesieniem skargi publicznej (*Erhebung der öffentlichen Klage*) przewidzianym w § 170 ust. 1 StPO.

Jeśli skarga publiczna (akt oskarżenia lub wnioski o wydanie nakazu karnego) została wniesiona do sądu, rozpoczyna się postępowanie przejściowe (*das Zwischenverfahren* – § 199 i nast. StPO, jedynie w odniesieniu do aktu oskarżenia). Sąd właściwy dla późniejszej rozprawy głównej bada, czy należy otwierać główne postępowanie, tj. czy jego zdaniem istnieje wystarczające podejrzenie popełnienia przez oskarżonego czynu zarzucanego. Jeżeli nie zachodzą takie przesłanki, wydaje się postanowienie o nieotwieraniu postępowania głównego (§ 204 StPO). W przeciwnym wypadku sąd otwiera postępowanie główne stosownym postanowieniem (*Eröffnungsbeschluss*, § 203, 207 StPO).

Decyzja ta rozpoczyna postępowanie główne (*Hauptverfahren* §§ 213 i nast. StPO), które dzieli się na fazy: przygotowawczą (§ 213

43 BVerfG Beschl. z 26.05.1981, 2 BvR 215/81, BVerfGE 57, 250, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr>

44 BVerfG Beschl. z 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>

45 BGH Urt. z 21.07.1994, 1 StR 83/94, BGHSt 40, 211, gdzie niemiecki SN uznał, że mimo skorzystania przez osoby najbliższe oskarżonemu z prawa do odmowy zeznań możliwe jest odtworzenie nagrań ich głosów poczynionych przez agenta policyjnego. Uzasadnieniem takiego stanowiska była m.in. niezaczeplność procesowa i stwierdzenie, że „Działanie całości regulacji StPO jest wyrazem konstytucyjnego porządku”.

46 BGH Urt. z 17.06.1996, 5 StR 121/96, BGHSt 42, 191, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr>

i nast. StPO) i właściwą (rozprawa §§ 226 i nast. StPO). Postępowanie kończy się wydaniem wyroku (§ 260 StPO). Od zapadłych orzeczeń może nastąpić odwołanie, wszczynające postępowanie odwoławcze (*Rechtsmittelverfahren* §§ 296 i nast.). Po uprawomocnieniu się wyroku następuje postępowanie wykonawcze (*Vollstreckungsverfahren* §§ 449 i nast. StPO), które leży w gestii prokuratury.

2. Postępowanie przygotowawcze

Po reformach w 1974 roku zmienił się w sposób zasadniczy model niemieckiego postępowania przygotowawczego. Zlikwidowano śledztwo prowadzone przez sędziego śledczego (jednym z poważniejszych argumentów była przewlekłość postępowania) i pozostawiono jednolitą formę dochodzenia, której główny podmiot stanowi prokuratura, a wydzieleni urzędnicy policyjni pełnią rolę służebną. Funkcjonariusze ci dysponują dwoma rodzajami uprawnień: pierwotnymi, swoistymi (główne w sferze zatrzymania i czynności identyfikacyjnych) oraz pochodnymi – procesowymi, kiedy działają niejako w zastępstwie prokuratury lub sędziego nadzorującego postępowanie.¹ Po zlikwidowaniu funkcji sędziego śledczego wprowadzono bowiem czynności sądowe i nadzór głównie w zakresie stosowania środków przymusu. Zagadnienia te zostaną szczegółowo omówione w dalszej części pracy.

Zgodnie z zasadą legalizmu prokuratura obowiązana jest rozpocząć postępowanie, o ile tylko uzasadniają to wystarczające faktyczne przesłanki, mające charakter obiektywny i niezależne w zasadzie od swobodnego uznania. Postępowanie może być wszczęte albo wskutek złożenia zawiadomienia bądź wniosku, albo z urzędu.

Zawiadomienie (*Strafanzeige*) może być złożone w formie pisemnej albo ustnej (także przez telefon) i dostarczone prokuraturze, sądowi najniższej instancji (*Amtsgericht*) lub władzom bądź urzędnikom policji (§ 158 StPO). Jeśli ma ono postać ustną, musi zostać udokumentowane, z reguły poprzez zapisanie. Treść zawiadomienia nie podlega ścisłej regulacji, winno ono jednak zawierać opis stanu rzeczy, który

zdaniami składającego powinien skłonić organy ścigania do wszczęcia postępowania. Szczególną postać obowiązkowego zawiadomienia przewiduje § 159 StPO nakazujący urzędnikom policyjnym oraz gminnym natychmiastowe zawiadomienie prokuratury lub sądu, jeśli zaistnieją odpowiednie podstawy aby przypuszczać, że konkretna osoba nie zmarła śmiercią naturalną, albo jeśli znaleziono zwłoki o nieustalonej tożsamości.

Wniosek o ściganie natomiast definiuje się jako wyraźne lub dające się wyinterpretować oświadczenie uprawnionej osoby o treści, iż życzy ona sobie rozpoczęcia postępowania. Pamiętając o wyżej wspomnianej klasyfikacji przestępstw wnioskowych zauważyć należy, że osobami uprawnionymi do złożenia wniosku są:

1. Pokrzywdzony – w odniesieniu do wszelkich przestępstw wnioskowych.
2. Jeśli pokrzywdzony nie żyje, a ustawa tak stanowi, prawo to przechodzi na małżonków, partnerów życiowych², jak również dzieci. Jeśli pokrzywdzony nie miał ani małżonka, ani partnera, ani potomstwa, względnie osoby te zmarły przed upływem terminu do złożenia wniosku, uprawnienie to uzyskują rodzice, a jeśli i ci nie żyją – rodzeństwo i wnuki. Jeśli krewny/powinowaty uczestniczył w czynie, bądź ustało jego powinowactwo – nie nabywa on uprawnienia z mocy ustawy, podobnie jak w przypadku, gdy przejście uprawnienia sprzeciwiałoby się wyraźnie oświadczonej woli pokrzywdzonego.
3. Jeśli uprawniony, a więc także wstępujący w prawa pokrzywdzonego, ma ograniczoną zdolność do czynności prawnych (lub w ogóle jej nie ma), wówczas uprawnienie przysługuje w zależności od materii: jego ustawowym przedstawicielom lub osobie uprawnionej do sprawowania opieki nad uprawnionym (§ 77 StGB).
4. Przełożony (w odniesieniu do wybranej kategorii czynów), przy czym:

¹ Na temat modelu postępowania por. np.: C. Kulesza: Sędzia śledczy w modelu postępowania przygotowawczego na tle prawno porównawczym, Białystok 1991, s. 47–60

² Tj. homoseksualnych konkubentów, z którymi zawarto związek partnerski na podstawie Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft z 16.02.2001. BGBl I 2001, 266.

- a. Jeśli ścigany na wniosek przełożonego czyn został popełniony przez lub przeciwko:
 - osobie piastującej urząd,
 - osobie zobowiązanej do służby publicznej,
 - żołnierzowi Bundeswehry,

wówczas uprawniony do złożenia wniosku jest ten przełożony, któremu wyżej wymieniona osoba podlegała w czasie czynu.

- b. W odniesieniu do zawodowego sędziego uprawniony jest ten, kto sprawuje nad nim służbowy nadzór. Dla żołnierzy przełożonym takim jest ten, kto sprawuje nadzór dyscyplinarny.
- c. W przypadku osoby piastującej urząd lub obowiązanej do służby publicznej, która nie ma lub nie miała przełożonego, wniosek może złożyć instytucja (*Dienststelle*), dla której pracował. Jeśli osoba ta kieruje instytucją, wówczas uprawnienie przechodzi na państwowy organ nadzoru.
- d. W odniesieniu do członków rządu federalnego uprawniony jest rząd federalny; analogicznie dzieje się w rządzie kraju związkowego (§ 77a StGB).

Treść § 160 StPO przewiduje ponadto obowiązek podjęcia czynności, jeśli prokuratura poweźmie podejrzenie o popełnieniu czynu zabronionego nie tylko wskutek zawiadomienia czy wniosku, ale także uzyskania wiadomości „w inny sposób” na ten temat (wszczęć postępowania z urzędu). Najczęściej, jeśli nie liczyć uzyskania danych przez samą prokuraturę, dzieje się tak ze względu na informacje obowiązkowo przekazywane przez formacje policyjne. Analogiczna zasada obowiązuje również w przypadku czynności sądowych. Jeśli działający w postępowaniu sędzia uzyska dane, które w jego ocenie nakazywałyby wszczęć postępowania – winien jest sprawę przekazać do prokuratury. Jedynie w wyjątkowych wypadkach (§ 165 StPO), kiedy prokurator jest „nieosiągalny” (*nicht erreichbar*) i w niebezpieczeństwie popadnięcia w zwłokę, sędzia może zarządzić poszczególne czynności postępowania bez stosownego wniosku (*Antrag*). Działa wówczas jako tzw. *Notstaatsanwalt*.

Godne uwagi wydaje się natomiast unikanie przez niemieckiego ustawodawcę stopniowania podejrzenia³, determinującego granice poszczególnych stadiów postępowania przygotowawczego. Prowadzenie postępowania przeciwko konkretnej osobie staje się możliwe tylko wtedy, gdy istnieje odpowiednie „podejrzenie początkowe” (*Anfangsverdacht*), rozumiane jako „wystarczające rzeczywiste punkty zaczepienia” (*zureichende tatsächliche Anhaltspunkte* – por. § 152 ust. 2 StPO), czyli konkretne, a nie tylko hipotetyczne okoliczności, które wskazują na możliwość udziału konkretnej osoby w czynie zabronionym. Jednak moment pojawienia się *Anfangsverdacht*, podobnie jak innych stopni podejrzenia, stanowi przede wszystkim jedną z przesłanek dopuszczalności stosowania środków przymusu. Z reguły wiąże się to z uznaniem konkretnej osoby za podejrzanego i nabyciem przez nią odpowiednich uprawnień; nie dzieje się tak jednak automatycznie, o czym będzie jeszcze mowa. Możliwe natomiast jest prowadzenie postępowania *in rem*, tj. bez skonkretyzowanego podejrzenia przeciw osobie.

Prokuratura prowadząca postępowanie ma obowiązek wyjaśniania stanu faktycznego – zarówno na korzyść, jak i niekorzyść podejrzanego. W tym celu podejmuje następujące czynności:

- 1) przesłuchanie podejrzanego,
- 2) przesłuchanie świadków i biegłych,
- 3) inne czynności nienazwane,
- 4) składanie wniosków o dokonanie czynności sądowych w postępowaniu przygotowawczym.

Zgodnie z treścią § 163a StPO podejrzanego należy przesłuchiwać najpóźniej przed zakończeniem postępowania, chyba że dokonano by umorzenia. Przesłuchanie w sprawach prostszych może się ograniczać do odebrania pisemnych wyjaśnień. W trakcie czynności przesłuchiwany może wnieść o przeprowadzenie dowodów odciążających i do wniosku tego należy się przychylić, jeśli w uznaniu prokuratury cho-

³ Nie jest to do końca prawda. O zwykłym podejrzeniu (*Verdacht*) mówi § 160 StPO. W odniesieniu do naruszenia tajemnicy korespondencji § 100a StPO przewiduje konieczność istnienia „podejrzenia uzasadnionego określonymi okolicznościami” (*durch bestimmte Tatsachen begründeter Verdacht*), przesłanką do zastosowania aresztu tymczasowego z § 112 ust. 1 jest „mocne podejrzenie” (*dringender Verdacht*), wreszcie wszczęć postępowania głównego może nastąpić wg § 203 StPO, jeśli istnieje „wystarczające podejrzenie” (*hinreichender Verdacht*).

dzi o dowody istotne. W przeciwieństwie np. do czynności policyjnych podejrzany ma obowiązek stawić się na wezwanie prokuratury. Przed pierwszym przesłuchaniem należy go pouczyć zarówno o treści zarzutu, jak i o tym, jakie przepisy karne mogły być naruszone, a także o przysługującym prawie do milczenia i korzystania z pomocy obrońcy (§ 136 StPO). Przy każdym przesłuchaniu sądowym oraz gdy podejrzany składa wnioski dowodowe – sędzia jeśli uzna je za istotne – winien się do nich przychylić, o ile należałoby się obawiać utraty dowodów lub przeprowadzenie wnioskowanej czynności mogłoby uzasadniać uwolnienie podejrzanego spod zarzutów (§ 166 StPO). Szczegółowe informacje na temat praw podejrzanego i taktyki jego przesłuchania zostały przedstawione w rozdz. 11.

Biegli i świadkowie są również zobowiązani do stawiennictwa i odpowiednio złożenia opinii lub zeznań (§ 161a ust. 1 StPO). Ich szczegółowe uprawnienia i obowiązki przedstawiono w rozdz. 12 i 13.

W nauce niemieckiej mówi się niekiedy o tzw. generalnej klauzuli śledczej – *Ermittlungsgeneralklausel*, czyli dorozumianym uprawnieniu prokuratury (w węższym zakresie również wykonującej powierzone uprawnienia policji) do podejmowania wszelkich czynności dozwolonych przez prawo w celu realizowania swoich ustawowych zadań⁴. Według bowiem § 161 StPO „W celach wymienionych w § 160 ust. 1 do 3 prokuratura jest uprawniona do żądania informacji od wszelkich władz/urzędów (*Behörde*) i do prowadzenia czynności śledczych wszelkiego rodzaju – samodzielnie lub za pomocą władz i urzędników służby policyjnej, o ile inne ustawowe przepisy nie regulują inaczej jej kompetencji. Władze i urzędnicy służb policyjnych są obowiązani wykonywać formalne prośby lub polecenia (*Ersuchen, Auftrag*) prokuratury i w tym przypadku również przysługuje im prawo żądania informacji od wszelkich władz/urzędów”.

Mimo silnej pozycji prokuratury w niemieckim postępowaniu przygotowawczym sprawuje się nad nim kontrolę sądową, wykonywaną przez sędziego nadzorującego postępowanie przygotowawcze – *Ermittlungsrichter*, o którym literalnie wspomina m.in. § 21e ust. 1

GVG. Zadanie to należy niemal zawsze do właściwości sądu najniższego rzędu (*Amtsgericht*)⁵, w którego rejonie ma się dokonać konkretna czynność (§ 162 StPO). Kontrolna rola sędziego polega głównie na sprawdzeniu, czy wnioskowana czynność w konkretnych okolicznościach zdarzenia jest ustawowo dopuszczalna (§ 162 ust. 3 StPO).

Czynności sądowe w postępowaniu przygotowawczym ograniczają się do dwóch podstawowych sfer:

- 1) zarządzenia zastosowania środków przymusu,
- 2) przeprowadzenia czynności dowodowych.

W odniesieniu do pierwszej kategorii należy zauważyć, że znaczna liczba środków przymusu⁶ może być zastosowana wyłącznie wskutek decyzji sędziowskiej. Należą do nich w szczególności:

- tzw. „wielki podsłuch” – *grosser Lauschangriff* § 100c ust 1 pkt 3 StPO, polegający na nagrywaniu i odsłuchiwaniu treści rozmów prowadzonych w mieszkaniu prywatnym,
- zatrzymanie rzeczy w pomieszczeniach redakcji, wydawnictwa, drukarni czy placówce radiowej – § 98 ust. 1 zd. 2 StPO,
- pozbawienie prawa jazdy jako środek zapobiegawczy – *vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis* – § 111a StPO,
- tymczasowe aresztowanie – § 112 i 125 StPO.

Spora część czynności wkraczających w prawa obywatelskie może być zarządzona przez prokuraturę lub służby policyjne, zwłaszcza wobec niebezpieczeństwa wynikającego ze zwłoki. Należą do nich m.in.:

- *Beschlagnahme*, czyli odpowiednik zatrzymania rzeczy; zgodnie z § 98 StPO zarządza je sędzia, a w niebezpieczeństwie zwłoki – prokuratura lub funkcjonariusze śledczy (*Ermittlungspersonen*)⁷,
- *Postbeschlagnahme* – zatrzymanie przesyłki pocztowej (§ 99 StPO), dopuszczalne jedynie na mocy decyzji sędziego lub –

⁵ Z wyjątkiem spraw, w których jako pierwsza instancja występuje *Oberlandsgericht* lub *Bundesgerichtshof*, gdzie – zgodnie z § 169 StPO – działa właściwy sędzia jednego lub drugiego sądu.

⁶ Pojęcie to zostało zdefiniowane w rozdz. 9.

⁷ Por. definicja w rozdziale 7.

⁴ Por. R. Hefendehl: Die neue Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO: Segen oder Fluch?, StV 2001, s. 700, 706.

tylko i wyłącznie – prokuratury w niebezpieczeństwie zwłoki (§ 100 StPO),

- *Überwachung der Telekommunikation* – nadzór nad telekomunikacją, polegający na odsłuchiwaniu i nagrywaniu informacji przekazywanych drogą telekomunikacyjną⁸ (§ 100a StPO) – dopuszczalny jedynie wskutek zarządzenia sędziego, a w przypadku zwłoki – także prokuratury, przy czym to ostatnie staje się bezskuteczne po trzech dniach, o ile nie zostanie potwierdzone przez sędziego (§ 100b StPO),
- *Einsatz technischer Mittel* – zastosowanie tzw. środków techniki operacyjnej, w tym np. urządzeń utrwalających obraz lub dźwięk poza mieszkaniem prywatnym, wymienionych w § 100c StPO; mogą być one zarządzane co do zasady przez sąd, w razie niebezpieczeństwa zwłoki – przez prokuraturę lub funkcjonariuszy śledczych, z ograniczeniami kompetencji tych ostatnich w odniesieniu do szczególnie dolegliwych środków,
- *Durchsuchung* – przeszukanie, które co do zasady zarządza sędzia, w niebezpieczeństwie zwłoki także prokuratura lub policja; przeszukanie w celu schwytania osoby podejrzanej (w stopniu uzasadniającym tymczasowe aresztowanie) o przestępstwa: tworzenia lub udziału w związku terrorystycznym (§ 129a StGB), tworzenia lub udziału w związku przestępnym lub związku terrorystycznym zagranicznym (§ 129b StGB) może być zarządzane wyłącznie przez sędziego lub prokuratora (w razie niebezpieczeństwa zwłoki) – § 105 StPO.

Odrębną kategorię stanowi natomiast zastosowanie tajnego agenta (*verdeckter Ermittler, VE*) – § 110a StPO. Z reguły decyzję podejmują służby policyjne, które muszą uzyskać zgodę prokuratury. Jeśli natomiast czynność ta skierowana jest przeciwko konkretnej osobie lub agent miałby wkroczyć do mieszkania niedostępnego powszechnie, konieczne staje się uzyskanie zgody sędziego, a w razie niebezpieczeństwa zwłoki – prokuratury (§ 110b StPO).

Drugim powodem przeprowadzenia czynności sądowej w postępowaniu przygotowawczym może być chęć bądź konieczność utrwalenia dowodu na użytek postępowania głównego. Prokuraturze przysługuje duża swoboda w tym zakresie. Podjęcie sądowej czynności wydaje się potrzebne w szczególności, gdy czynności nie będzie można później powtórzyć lub nie będzie takiej konieczności (por. przesłanki zawarte w § 251 StPO). Nie bez znaczenia wydaje się uwzględnienie wniosku przesłuchiwanego (także podejrzanego) w tej materii. Warto przy tym zauważyć, że wyjaśnienia podejrzanego złożone w czasie sądowego przesłuchania w postępowaniu przygotowawczym mogą być odczytane w późniejszych stadiach postępowania (§ 254 StPO).

Postępowanie przygotowawcze kończy się wraz z wniesieniem odpowiedniej skargi lub poprzez umorzenie. Jeśli prokuratura zamierza wnieść skargę, wówczas powinna poczynić o tym stosowną wzmiankę w aktach (§ 169 StPO). Działanie to ma bardzo istotną konsekwencję; od tej chwili bowiem obrońcy nie można odmówić wglądu w akta (§ 147 ust. 2 StPO).

Skarga może przybrać postać aktu oskarżenia lub wniosku o wydanie nakazu karnego.

W akcie oskarżenia należy zawrzeć w szczególności (§ 200 StPO, 110 RiStBV):

1) opis sprawy, tj.:

- a) dane oskarżonego w postaci personaliów (obecnych i rodowych), zawodu, adresu, stanu cywilnego, miejsca i daty urodzenia, obywatelstwa, a w przypadku niepełnoletnich także nazwisk i adresów ustawowych przedstawicieli, jeśli podejrzany znajduje się w areszcie, należy wskazać jego miejsce i czas trwania,
- b) wskazanie obrońcy,
- c) opis czynu zarzucanego, wskazanie czasu i miejsca jego popełnienia, ustawowe znamiona przestępstwa oraz proponowaną kwalifikację prawną,
- d) w odniesieniu do przestępstw wnioskowych – wskazanie na istnienie wniosku lub okoliczności, dla których mimo jego braku postępowanie może być prowadzone,

⁸ Por. definicja zawarta w § 3 *Telekommunikationsgesetz* (Ustawa o telekomunikacji) z 22.06.2004, BGBl I 1190.

- e) wskazanie na możliwość ograniczenia ścigania ze względu na uregulowanie § 154a StPO,
- 2) wskazanie adresata, tj. wskazanie właściwego sędziego (w postępowaniu przed AG) lub sądu i oznaczenie izby bądź składu, w szczególności jeśli miałby być rozszerzony (por. uwagi w rozdziale o sądach);
- 3) inne istotne informacje, tj.:
 - a. wykaz świadków i innych dowodów do przeprowadzenia,
 - b. opis dotychczasowego wyniku postępowania, a także wskazanie wszelkich okoliczności mających wpływ na rodzaj i wymiar kary głównej i kar dodatkowych (z wyjątkiem skargi wnoszonej przez sędziego nadzorującego postępowanie przygotowawcze, chyba że stan faktyczny lub kwalifikacja prawna jest skomplikowana),
- 4) formalny wniosek o wszczęcie postępowania głównego wiencząca całość.

W sprawach występków, w których właściwy jest sąd najniższego rzędu (*Amtsgericht*), prokuratura może złożyć wniosek o wydanie nakazu karnego (*Strafbefehl*) bez potrzeby przeprowadzania postępowania głównego, stanowiący szczególną postać publicznej skargi. Wniosek (§ 409 StPO), podobnie jak akt oskarżenia, winien być sporządzony w sposób prosty i czytelny, ponadto jego forma ma stanowić projekt orzeczenia, a zatem musi zawierać także proponowane rozstrzygnięcie o karze i innych konsekwencjach uznania za winnego w postaci:

- 1) kary grzywny – § 40 StGB, szczególnej kary upomnienia przewidzianej w § 59 StGB *Verwarnung mit Strafvorbehalt*, zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych – *Fahrverbot* z § 44 StGB, kilku rodzajów przepadku rzeczy przewidzianych w § 73 i nast. StGB, podania wyroku do publicznej wiadomości, jak również nałożenia kary pieniężnej na osobę prawną lub stowarzyszenie (§ 30 OWiG),
- 2) odebrania prawa jazdy na okres do 2 lat,
- 3) odstąpienia od wymierzenia kary, lecz również,

- 4) kary pozbawienia wolności na okres do 1 roku – pod warunkiem, że będzie ona zawieszona, a oskarżony ma obrońcę.

Jeżeli oskarżony był już wcześniej przesłuchiwany, nie istnieje obowiązek ponownego przeprowadzania tej czynności przed wydaniem nakazu (§ 407 ust. 3 StPO). Adekwatny wniosek musi być poparty żądaniem uwzględnienia przedkładanego projektu orzeczenia. Oskarżonemu w dwutygodniowym terminie od doręczenia nakazu przysługuje sprzeciw. Może być on złożony pisemnie lub ustnie przed właściwym sądem i dopuszczalne jest ograniczenie go do konkretnych zarzutów, ma więc charakter odformalizowany (§ 410 StPO). Niezaskarżenie nakazu powoduje jego uprawomocnienie, uwzględnienie sprzeciwu powoduje otwarcie postępowania głównego.

Kiedy natomiast prokuratura dochodzi do wniosku, że wyniki dotychczasowego postępowania nie uzasadniają wniesienia skargi, umarza postępowanie informując o tym podejrzanego, jeśli był w tym charakterze przesłuchiwany lub postanowiono o jego tymczasowym aresztowaniu, względnie wnioskował o taką informację lub jest to uzasadnione innymi względami (§ 170 ust. 2 StPO). Podobny obowiązek poinformowania istnieje wobec osoby składającej zawiadomienie, rozpoczynające postępowanie przygotowawcze (§ 158 StPO). Gdy prokuratura nie podejmie czynności lub po przeprowadzeniu postępowania przygotowawczego umarza je, wówczas ma obowiązek poinformować zawiadamiającego wraz z podaniem uzasadnienia. Pokrzywdzonego należy pouczyć o możliwości i trybie (terminie) zaskarżenia decyzji (§ 171 StPO).

Możliwość taka, tj. postępowanie w sprawie wymuszenia skargi (*Klageerzwingungsverfahren*), wzmacnia słabą pozycję pokrzywdzonego w procesie. W terminie 2 tygodni od uzyskania informacji o umorzeniu postępowania podmiotowi temu przysługuje prawo zaskarżenia decyzji do prokuratora nadzrędnego. Jeśli po wydaniu kolejnego rozstrzygnięcia pokrzywdzony nadal nie zgadza się ze sposobem zakończenia postępowania, w terminie miesiąca od uzyskania wiadomości o decyzji ma prawo żądać skierowania sprawy do sądu. Niepoinformowanie przez prokuraturę o terminie do złożenia zażalenia (niezależnie czy pierwszego, czy drugiego rodzaju) zawieszka bieg terminu. W zażaleniu (obowiązuje tu przymus adwokacki) skierowanym

do właściwego sądu należy podać zarówno okoliczności uzasadniające wniesienie publicznej skargi, jak też wnioskowane dowody. Środek odwoławczy nie jest jednak dopuszczalny w odniesieniu do spraw ściganych wyłącznie z oskarżenia prywatnego, albo jeśli prokuratura odstępuje od ścigania ze względów oportunistycznych (szczegółowy katalog – por. § 172 StPO ust. 2 *in fine*).

Sąd może zażądać od prokuratury akt postępowania, jak również dopuścić do udziału wnioskodawcę. Organ ten może przeprowadzać czynności dowodowe samodzielnie, lub w drodze pomocy sądowej, bądź sędziego delegowanego. Jeśli i sąd nie znajdzie podstaw do wniesienia publicznej skargi, odrzuca wniosek, o czym informuje wnioskodawcę, prokuraturę oraz podejrzanego. W takiej sytuacji wszczęcie postępowania możliwe jest wyłącznie na podstawie nowych okoliczności. Gdy sąd – po obligatoryjnym wysłuchaniu (*Anhörung*) podejrzanego – uzna wniosek za uzasadniony, wówczas decyzja ta wiąże prokuraturę, która w zasadzie nie może już umorzyć postępowania. Tryb zaskarżenia wydaje się więc dość prosty i czytelny, choć pozycję niemieckiego pokrzywdzonego trudno uznać za znaczącą.

Postępowanie może być umorzony albo ze względu na brak podstaw do wniesienia skargi (zbadany stan rzeczy nie wyczerpuje znamion czynu zabronionego, brakuje podstaw do prowadzenia postępowania przeciwko konkretnej osobie lub istnieją przeszkody procesowe, ewentualnie brakuje przesłanek procesowych), albo ze względów oportunistycznych. O pierwszych już wspomniano, drugie zostały omówione w rozdziale dotyczącym prokuratury.

3. Postępowanie przejściowe

Cel postępowania przejściowego sprowadza się do sądowej, a więc niezawisłej choć niejawnej kontroli zasadności skargi publicznej (z wyjątkiem wniosków o wydanie nakazu karnego) wniesionej przez prokuraturę.

Badaniem tej kwestii zajmuje się co do zasady sąd właściwy dla późniejszego postępowania głównego. Może jednak uznać się za niewłaściwy i odpowiednio:

- a) jeżeli uzna za właściwy sąd niższego rzędu w swoim okręgu, a zachodzą pozostałe przesłanki – otworzyć postępowanie główne przed sądem niższym lub też
- b) kiedy uznaje za właściwy sąd wyższego rzędu w okręgu, do którego należy – przekazać akta sprawy do rozstrzygnięcia temu sądowi za pośrednictwem prokuratury (§ 209 StPO).

Ze względu na swoistą cechę struktury sądów, tzw. izby o szczególnej właściwości (por. niżej) – np. *Schwurgericht*, czyli tzw. sąd przysięgłych⁹ – zwykły (§ 74 ust. 2 GVG) i tzw. wspólny (§ 74d GVG), izba ochrony państwa (*Staatschutzkammer* – § 74 a GVG), izba gospodarcza (§ 74 c GVG), a także w pewnym zakresie izba ochrony nieletnich¹⁰ (*Jugendschutzkammer* – § 74b StPO) – może nastąpić przekazanie sprawy do wyspecjalizowanej izby tego samego rzędu, stosownie do § 209 StPO.

Postępowanie rozpoczyna się z chwilą wpłynięcia aktu oskarżenia do sądu. Podejrzanym nabywa status *Angeschuldigter*, który trwa przez całe postępowanie przejściowe. Sprowadza się on do uzyskania większych uprawnień niż w postępowaniu przygotowawczym. W szczególności przewodniczący informuje oskarżonego o treści aktu oskarżenia i przysługującym mu uprawnieniu do składania w określonym terminie wniosków dowodowych, jak również zarzutów przeciwko otwarciu postępowania głównego (§ 201 ust. 1 StPO). W przypadku istnienia przesłanek obrony niezbędnej (§ 140 StPO), gdy oskarżony działa bez obrońcy, przewodniczący ustanawia go w tym właśnie momencie (§ 141 StPO).

Wnioski dowodowe oraz dowody przeprowadzane przez sąd z urzędu mogą tyczyć jedynie okoliczności istotnych z punktu widzenia decyzji, jaka ma być podjęta, tj. postanowienia o otwarciu lub nieotwieraniu postępowania (§ 203 StPO, § 204 StPO). Decyzje sądu w tej fazie postępowania dowodowego są niezaczeplalne (*unanfechtbar*); od-

⁹ Jest to w rzeczywistości szczególna izba właściwa w kategorii ok. 30 najpoważniejszych czynów wymienionych głównie w § 74 GVG.

¹⁰ Zgodnie z § 26 GVG rozstrzyga ona w sprawach, w których dziecko lub nieletni jest pokrzywdzonym lub bezpośrednio narażonym na niebezpieczeństwo, jak też w sprawach dorosłych oskarżonych o naruszenie przepisów służących ochronie młodzieży lub jej wychowaniu. Prokuratura wnosi sprawę przed tę izbę, jeśli w postępowaniu będzie się przysłuchiwać nieletnich świadków lub z innych szczególnych względów uzna to za uzasadnione.

nosi się to także do zarzutów, które może podnieść oskarżony (§ 201 ust 2 StPO, § 202 zd. 2 StPO).

Po kontroli aktu oskarżenia i ewentualnym przeprowadzeniu wyżej opisanego postępowania sąd postanawia o:

- 1) otwarciu postępowania głównego,
- 2) nieotwieraniu postępowania,
- 3) zawieszeniu (dosł. tymczasowym umorzeniu – *vorläufige Einstellung*) postępowania,
- 4) umorzeniu postępowania ze względów oportunistycznych.

Wszczęcie postępowania głównego następuje, gdy oskarżony dosł. „wydaje się wystarczająco podejrzany” – *hinreichend verdächtig erscheint* (§ 203 StPO). Pojęcie to definiuje się w ten sposób, iż istnieje prawdopodobieństwo (niższe niż np. przy stosowaniu tymczasowego aresztowania), że oskarżony popełnił czyn i że zostanie za niego skazany.¹¹ Wydaje się wówczas postanowienie o otwarciu postępowania głównego (*Eröffnungsbeschluss* – § 207 StPO), zezwalając na oskarżenie. Warto zauważyć, że sąd poprzez to postanowienie władny jest poczynić zmiany w akcie oskarżenia, np. co do kwalifikacji prawnej lub wyłączenia niektórych zarzutów (§ 207 ust. 2 pkt 1–4 StPO), a precyzyjnie rzecz biorąc to prokuratura sporządza nowy akt oskarżenia o treści wskazanej w postanowieniu, jeśli zmiany dotyczą istotnych elementów. Sądu nie wiążą wnioski prokuratury (§ 206 StPO). W postanowieniu rozstrzyga się także z urzędu o zastosowaniu albo przedłużeniu tymczasowego aresztowania lub stosowanego tytułem środka zapobiegawczego umieszczenia w zakładzie opieki zdrowotnej (*einstweilige Unterbringung* – § 126 a StPO). Orzeczenie jest w zasadzie niezaskarżalne¹² i rozpoczyna kontradyktoryjną rozprawę główną. Dalsze umorzenie postępowania może nastąpić jedynie wtedy, gdy ujawni się przeszkoda procesowa (§ 206a StPO) lub zmieni się stan prawny w sposób korzystny dla oskarżonego, tj. czyn zarzucony przestanie być karalny (§ 206b StPO). W obydwu tych wypadkach

sąd orzeka postanowieniem. Kwestią o dużym znaczeniu praktycznym, a zarazem wywołującą kontrowersje, są konsekwencje braku postanowienia o otwarciu lub stwierdzenie jego istotnych wad. Przyjmuje się, że brak orzeczenia stanowi przeszkodę procesową raczej niemożliwą do przewyciężenia; jego wady należy oceniać pod kątem konkretnego przypadku.

Z treści § 204 StPO wynika, iż postanowienie o nieotwieraniu postępowania może być uzasadnione okolicznościami prawnymi lub faktycznymi, czyli np. sąd dochodzi do wniosku, że czyn opisany w akcie oskarżenia w ogóle nie wyczerpuje znamion czynu zabronionego, nie zachodzi wystarczające prawdopodobieństwo popełnienia go przez oskarżonego, bądź też zaistniały przeszkody procesowe. Postanowienie takie może zaskarżyć prokuratura, po jego uprawomocnieniu się dopuszczalne jest wniesienie skargi jedynie na podstawie ujawnienia się nowych okoliczności względnie dowodów (§ 211 StPO).

Gdy sąd stwierdzi nieobecność oskarżonego lub inną leżącą po jego stronie przeszkodę uniemożliwiającą prowadzenie postępowania głównego – może zawiesić postępowanie, a przewodniczący wydaje odpowiednie zarządzenia zabezpieczające dowody (§ 205 StPO). Na etapie postępowania przejściowego możliwe staje się także umorzenie postępowania ze względów oportunistycznych, omówione w rozdziale poświęconym prokuraturze.

4. Postępowanie główne. Rozprawa

Aby zapewnić prawidłowy tok postępowania głównego, należy podjąć czynności przygotowawcze, których zarządzenie spoczywa na przewodniczącym. Po pierwsze: podmiot ten wyznacza termin rozprawy (§ 213 StPO). Dość jednoznacznie uważa się, że sędziemu przysługuje w tym zakresie swoboda decyzji, przy czym powinien kierować się zarówno zasadą szybkości, jak i zdrowym rozsądkiem; zarządzenia tego właściwie nie można zaskarżyć. W następnej kolejności wydaje się wezwania dla uczestników procesu (§ 214 ust. 1 StPO), przy czym mogą one dotyczyć także późniejszych terminów, o ile należałoby przyjąć, iż postępowanie główne rozciągnie się w czasie (§ 214 ust. 2 StPO). Wzywający (którym nb. może być także prokuratura – por.

11 Por. M. Lemke; K. Julius; Ch. Krehl; H.J. Kurth; E.Rautenberg; D.Temming: Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, Heidelberg 2001, s. 699.

12 Zgodnie z § 210 ust. 1 StPO nie może go zaskarżyć oskarżony, kwestią sporną pozostaje, czy może tak uczynić prokuratura.

§ 214 ust. 3 StPO) musi mieć jednak na względzie, że między doręczeniem wezwania (oskarżonemu) a terminem rozprawy powinien upłynąć przynajmniej tydzień; w przeciwnym bowiem wypadku oskarżony może domagać się przerwy w celu prawidłowego przygotowania się do obrony (§ 217 StPO). Oskarżonego odpowiadającego z wolnej stopy wzywa się pisemnie z zaznaczeniem, że w razie nieusprawiedliwionej nieobecności może nastąpić zatrzymanie lub doprowadzenie. Jeśli natomiast podmiot ten odpowiada nie z wolnej stopy, obwieszcza się mu termin rozprawy na zasadzie § 35 StPO, jednocześnie zapytując, czy i jakie wnioski chciałby złożyć w celu swojej obrony (§ 216 StPO). Najpóźniej jednocześnie z wezwaniem należy doręczyć oskarżonemu postanowienie o otwarciu postępowania głównego (§ 215 StPO).

Obrońcę ustanowionego przez sąd wzywa się zawsze; natomiast obrońcę z wyboru – jeżeli informacja o nim została przekazana sądowi (§ 218 StPO).

Podmiotem odpowiedzialnym za dostarczenie dowodów rzeczowych na salę sądową jest prokuratura, choć jej zadania może wykonać również sąd (§ 214 ust. 4 StPO). Oskarżonemu przysługuje prawo złożenia wniosku dowodowego o wezwanie konkretnych osób lub sprowadzenie przedmiotów. Żądania te muszą zawierać uzasadnienie, przynajmniej poprzez podanie jaka okoliczność i przy pomocy jakiego środka ma być udowodniona. Jeśli sąd dopuści wnioski, przekazuje informacje o nich prokuraturze (§ 219 StPO). W przypadku oddalenia wniosku o wezwanie konkretnej osoby oskarżonemu przysługuje prawo do samodzielnego jej wezwania; co więcej – osoba taka ma obowiązek się stawić, o ile zagwarantuje się jej zwrot kosztów i ewentualne odszkodowanie (§ 220 StPO). Instytucja ta wydaje się warta uwagi, jako że stanowi zarówno wyraz kontrydiktoryjności, jak i społecznej kontroli nad organami wymiaru sprawiedliwości.

W fazie przygotowawczej postępowania głównego mogą być wyjątkowo przeprowadzone czynności dowodowe w postaci przesłuchania świadka lub biegłego, którzy z powodu choroby lub innej niedającej się usunąć przeszkody nie będą w stanie przez dłuższy lub niemożliwy do określenia czas pojawić się w postępowaniu głównym, względnie stoi temu naprzeciw znaczne oddalenie świadka bądź biegłego od miejsca rozprawy. Dopuszcza się dla tego celu tzw. komisaryczne przesłu-

chanie (*kommissarische Vernehmung*) dokonywane przez sędziego delegowanego lub w drodze pomocy sądowej (§ 223 StPO).

Rozprawa rozpoczyna się wywołaniem sprawy, po czym przewodniczący sprawdza obecność na sali oskarżonego i jego obrońcy, świadków, biegłych, a także dostarczenie dowodów rzeczowych (§ 243 ust. 1 StPO). Świadków i biegłych poucza się następnie o ciężących na nich obowiązkach, po czym ci pierwsi opuszczają salę rozpraw. Następuje przesłuchanie oskarżonego co do właściwości osobistych (§ 243 ust. 2 StPO), mające na celu nie tylko stwierdzenie tożsamości, ale również wnioskowanie na temat istnienia przeszkód procesowych. Oskarżony ma w zasadzie obowiązek podać swoje personalia; jeśli jednak uchyliła się od tego, sąd ma prawo na zasadzie swobodnej oceny dowodów przyjąć dane zebrane w postępowaniu przygotowawczym. Sąd zapytuje następnie oskarżonego o stosunki osobiste, w szczególności wykształcenie, zawód, zajęcie, stosunki rodzinne i majątkowe, które mają służyć ewentualnemu wyjaśnieniu (lub wzbudzeniu) wątpliwości np. co do poczytalności, poziomu umysłowego itp. Ponieważ jednak dane te mogą rzutować na ocenę postawy oskarżonego, nie mogą być wykorzystane przez sąd przy ocenie dowodów (co może nastęrczać sporych praktycznych trudności). Oskarżony wprawdzie powinien podać te informacje, lecz jeśli tak nie uczyni sąd ma obowiązek ustalić wskazane okoliczności w inny sposób.

Po zebraniu danych osobopoznawczych od oskarżonego następuje odczytanie aktu oskarżenia (§ 243 ust. 3 StPO). Zarówno sam oskarżony, jak i sędziowie ponownie uzyskują (tym razem ustną informację) na temat zarzucanego czynu, przy czym sformułowany w akcie oskarżenia termin *Angeschuldigter* zostaje zastąpiony mianem *Angeklagter* (status oskarżonego zmienia się bowiem dość istotnie). Po odczytaniu odpis aktu oskarżenia może być dostarczony ławnikom.

Następnie informuje się oskarżonego o przysługującym mu prawie do tego, aby składać wyjaśnienia lub też skorzystać z prawa do milczenia. Pouczenie nie musi następować z dosłownym cytowaniem tekstu ustawy; niekiedy mówi się wręcz, że bardziej powinno być nakierowane na zrozumienie przez oskarżonego. Kolejny etap stanowi przesłuchanie oskarżonego w sprawie (§ 243 ust. 4 StPO), w trakcie którego powinno się stworzyć mu okazję do tego, aby mógł odnieść się do sfor-

mułowanych w akcie oskarżenia zarzutów.¹³ Bliższe informacje na temat przesłuchania oskarżonego znajdują się w rozdziale 11.

Po przesłuchaniu oskarżonego rozpoczyna się postępowanie dowodowe, stanowiące sedno całego postępowania karnego¹⁴ (również opisane szczegółowo poniżej). W tym miejscu wystarczy wskazać, że zgodnie z zasadą instrukcyjności przewodniczący ma zarówno prawo, jak i obowiązek przeprowadzania dowodów według swobodnego uznania określonego celem wyjaśnienia danej sprawy, przy oczywistym uwzględnieniu wniosków dowodowych zarówno prokuratury, jak i oskarżonego lub jego obrońcy.

Zgodnie z § 238 StPO zarówno kierowanie postępowaniem, przesłuchanie oskarżonego, jak i przeprowadzanie dowodów odbywa się przez przewodniczącego, od którego zarządzeń przysługuje odwołanie do całego składu. Jedynie w wyjątkowych wypadkach niemiecka ustawa przewiduje pierwszoinstancyjną właściwość całego składu w kwestiach porządkowych. Są to: rozstrzygnięcie wniosku o wyłączenie sędziego (§ 27 ust. 1 StPO), ponaddziesięciodniowa przerwa lub odroczenie postępowania głównego (§ 228 ust. 1 StPO) i oddalenie wniosku dowodowego (§ 244 ust. 6 StPO).

W trakcie postępowania dowodowego przewodniczący zezwala innym członkom składu orzekającego, jak również prokuraturze, obrońcy i samemu oskarżonemu na zadawanie pytań (§ 240 StPO) – bezpośrednio innym uczestnikom procesu, w szczególności źródłom dowodowym.¹⁵ Przewodniczący władny jest uchylić pytanie nieodpowiednie (*ungeeignet*)¹⁶ lub niezwiązane ze sprawą (§ 241 ust. 2 StPO); nie może natomiast odebrać prawa do zadawania pytań w ogóle, nawet jeśli doszedłby do wniosku, że strona dąży do nadużycia tego uprawnienia. W takim wypadku może jedynie poprosić o listę pytań na piśmie.

Bardzo ciekawą instytucję reguluje § 239 StPO. Jest to tzw. przesłuchanie krzyżowe (*Kreuzverhör*), polegające na tym, iż – oczywiście za zgodą przewodniczącego oraz na wspólny wniosek prokuratury i obrońcy – każda ze stron przesłuchuje w pierwszej kolejności świadków i biegłych, o których powołanie wniosła. Dopiero po zakończeniu tej czynności przewodniczący ma prawo sam zadawać pytania źródłom dowodowym. Jednak praktyczne znaczenie tej czynności komentatorzy określają jednomyślnie: „Z tej możliwości, wzorowanej na procesie anglo-amerykańskim, nie czyni się właściwie żadnego użytku”¹⁷, co pokazuje, iż martwe przepisy znajdują się w każdym porządku prawnym.¹⁸

Po przeprowadzeniu każdego dowodu, w tym i przesłuchaniu każdego współoskarżonego – każdy z pozostałych, zgodnie z zasadą sądownego wysłuchania, powinien być zapytany, czy chciałby złożyć wyjaśnienia odnośnie do treści dokonanej czynności. Na żądanie prokuratury i obrońcy również te podmioty mogą się wypowiedzieć na temat konkretnych okoliczności (§ 257 ust. 1 i 2 StPO), co stanowi dobitny wyraz kontradiktoryjności postępowania.

Po zakończeniu postępowania dowodowego najpierw prokuratura, a potem oskarżony względnie jego obrońca uzyskują prawo głosu dla zaprezentowania mów końcowych (*Schlussvoträge, Schlussplädoyers* – § 258 ust. 1 StPO). Zakończenie postępowania dowodowego powinno być dokonane w sposób jednoznaczny przez przewodniczącego (choć wystarcza, aby tylko dał on do zrozumienia, że dalsze dowody nie będą przeprowadzane), a następnie sąd ma obowiązek zagwarantować obu stronom, a szczególnie obrońcy czas na przygotowanie się do końcowego wystąpienia.¹⁹ Do wygłaszania mów końcowych uprawnieni są także: oskarżyciel posiłkowy (§ 397 ust. 1 StPO) oraz prywatny (§ 385 ust. 1 StPO). Warty podkreślenia wydaje się fakt, że ani kodeks, ani

13 BGH Beschl. z 14.02.1990 3 StR 426/89, <http://www.recht.com>

14 H.H. Kühne: *Strafprozessrecht, op. cit.*, s. 300.

15 *Expressis verbis* bowiem zabronione jest bezpośrednio wzajemne zadawanie sobie pytań przez współoskarżonych.

16 Tj. np. takie, które były już wcześniej postawione i uzyskano na nie jednoznaczną odpowiedź, pytania zawierające sugestię lub przewidziane w § 68a StPO.

17 L. Meyer–Goßner, *Strafprozessordnung...*, *op. cit.*, s. 815.

18 Do tego stopnia, że jeden z autorów nazywa tę instytucję *gesetzliche Totgeburt* – por. T. Weigend: *Wechselverhör in der Hauptverhandlung?*, „*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*” 1988, 734.

19 BGH Beschl. z 21.03.1989, 5 StR 120/88, <http://www.recht.com>. Nieudzielenie głosu obrońcy, jak też niezagwarantowanie mu czasu na przygotowanie się może być skutecznym zarzutem rewizyjnym.

w zasadzie orzecznictwo nie przewiduje ścisłej kolejności wystąpień – poza zachowaniem następujących zasad:

- a) prokuraturze przysługuje prawo do repliki (rozcigające się także na pozostałych oskarżycieli),
- b) oskarżony ma zagwarantowane prawo do ostatniego słowa i to zarówno po wystąpieniu oskarżycieli (§ 258 ust. 2 StPO), jak i własnego obrońcy (§ 258 ust. 3 StPO).

Jeśli sąd zdecyduje o ponownym otwarciu postępowania dowodowego (a może tak uczynić nawet w sposób nieformalny) – po jego zakończeniu ma ponownie udzielić głosu stronom.

Kolejny i ostatni etap postępowania głównego stanowi narada, głosowanie i ogłoszenie wyroku (§ 260 StPO). W naradzie i głosowaniu mogą brać udział (jednak za wyraźnym zezwoleniem przewodniczącego) osoby zatrudnione w sądzie i zdobywające w nim wykształcenie prawnicze (ale nie studenci prawa odbywający praktyki²⁰), jak również tzw. naukowy personel pomocniczy (*wissenschaftliche Hilfskräfte*) – § 193 ust. 1 GVG. Również, co szczególnie wydaje się warte podkreślenia, mogą być obecni sędziowie zawodowi, prokuratorzy i adwokaci zagraniczni, jak też prawnicy–cudzoziemcy odbywający przy konkretnym sądzie staż naukowy. Muszą oni jednak złożyć wniosek o zobowiązanie do zachowania tajemnicy i dopiero po tym fakcie, jak również po uzyskaniu zgody przewodniczącego, są dopuszczani do pokoju narad (§ 193 ust. 2 GVG). Naradą kieruje przewodniczący, stawia pytania i zbiera głosy (§ 194 GVG). Sąd rozstrzyga – o ile ustawa nie stanowi inaczej – bezwzględną większością głosów (§ 196 ust. 1 GVG). Jednakże niekorzystna dla oskarżonego decyzja dotycząca kwestii winy i prawnych następstw czynu musi być podjęta większością dwóch trzecich głosów (§ 263 ust. 1. StPO). Zgodnie z ust. 2 i 3 cytowanego paragrafu kwestia winy (*Schuldfrage*) obejmuje także takie przewidziane przez ustawę okoliczności, które wyłączają karalność, jak też mają wpływ na zmniejszenie lub zwiększenie wymiaru kary, lecz nie zawiera w sobie przesłanek przedawnienia. Przez użyty w tym paragrafie termin „prawne następstwa czynu” (*Rechtsfolgen der Tat*) należy rozumieć nie tylko zastosowanie sankcji karnej, ale także kwalifika-

cję lżejszego bądź ciężkiego przypadku, odstąpienie od wymierzenia kary, zastosowanie aresztu tymczasowego czy np. wymierzenie krótkoterminowej bezwzględnej kary pozbawienia wolności z § 47 StGB. We wszystkich tych przypadkach obowiązuje kwalifikowana większość głosów. Jeśli natomiast w innych kwestiach wyłonią się więcej niż dwa stanowiska, spośród których żadne nie może uzyskać wymaganej większości, wówczas dodaje się do głosów najmniej korzystnych dla oskarżonego najbardziej do nich zbliżone aż do uzyskania potrzebnej przewagi. Od tej reguły obowiązuje właściwie tylko jeden wyjątek, tj. w kwestii kary przy 2 różnych stanowiskach *ex lege* zwycięża łagodniejsze (§ 196 ust. 3 GVG). Jak więc widać, głos przewodniczącego nie jest decydujący, również z jednym wyjątkiem, tj. parzystego składu (2 sędziów zawodowych i 2 ławników), w którym wymagana jest zwykła większość głosów. Jeśli głosowanie daje wynik remisowy, wówczas rozstrzygające znaczenie ma stanowisko przewodniczącego.

Sąd jest zobowiązany do głosowania każdej istotnej kwestii, a żaden sędzia nie może powstrzymać się od udziału w nim ze względu na to, iż w poprzednich głosowaniach znalazł się w mniejszości (§ 195 GVG – np. odnośnie do winy, a następnie kary). Kolejność oddawania głosów przewidziano w § 197 GVG i przedstawia się ona wg następujących zasad:

- 1) sędziowie głosują według długości stażu – od najkrócej pełniącego funkcję, do mającego największe doświadczenie,
- 2) w przypadku równego stażu sędziów zawodowych i w odniesieniu do ławników kryterium kolejności jest wiek (od najmłodszego do najstarszego),
- 3) ławnicy zawsze oddają głosy przed sędziami zawodowymi,
- 4) sprawozdawca (w wyższej instancji, jeśli taka jest) głosuje pierwszy, a przewodniczący – ostatni.

Narada i głosowanie nad wyrokiem są tajne i nieprotokołowane (§ 43, § 45 ust. 1 zd. 2 StPO). Bezpośrednio po nich następuje ogłoszenie wyroku.²¹ Wyrok zapada w imieniu narodu (§ 268 ust. 1 StPO). Składa się on z 2 części: rozstrzygnięcia (*Urteilsformel*) i uzasadnie-

20 Tak BGH Beschl. z 30.03.1995, 4 StR 33/95, NJW 1995, 2645.

21 BGH Beschl. z 9.06.1987, 1 StR 236/87, <http://www.recht.com>

nia (*Urteilsgründe*); obie muszą być zakomunikowane ustnie, przy czym uzasadnienie może ograniczyć się do przytoczenia najistotniejszych treści (§ 268 ust. 2 StPO). Na pierwszą część wyroku skazującego składają się – zgodnie z § 260 ust. 4 StPO – prawny opis czynu (*rechtliche Bezeichnung*) z jego kwalifikacją prawną, wskazaniem formy winy itp. Jeśli czyn jako typ przestępstwa zdefiniowany został w ustawie – należy podać w opisie ów termin. Jeśli orzeczono karę pieniężną, w pierwszej części wyroku podaje się liczbę i wysokość stawek dziennych, a jeśli zastosowano inną karę lub środek, także należy określić ich wymiar, względnie informację o odstąpieniu od wymierzenia kary. W pozostałej części kształt tego fragmentu wyroku skazującego pozostaje do uznania sądu (§ 260 ust. 4 StPO *in fine*).

W przypadku wyroku uniewinniającego, który zapada gdy udowodniona zostanie niewinność oskarżonego, lub nie da się udowodnić jego winy, formuła ta jest znacznie uproszczona i sprowadza się w zasadzie do stwierdzenia: *Der Angeklagte wird freigesprochen* (oskarżony jest uniewinniony). W szczególności nie istnieje potrzeba dokładnego opisu czynu. Podobnie krótszą formułą odznacza się wyrok umarzający postępowanie ze względu na istnienie przeszkody procesowej (por. § 260 ust. 3 StPO).

Między *Urteilsformel* a uzasadnieniem winny być podane przepisy prawne, które znalazły zastosowanie jako prawna podstawa rozstrzygnięcia. Odnosi się to również do uniewinnienia na podstawie § 20 StGB (niezdolność do ponoszenia winy ze względu na chorobę psychiczną lub inne analogiczne zaburzenie), a także do wyroków umarzających postępowanie.

Uzasadnienie wyroku – niejako w przeciwieństwie do jego pierwszej części – zostało bardzo szczegółowo opisane przez ustawodawcę w § 267 StPO.

W wyroku skazującym muszą się znaleźć w pierwszej kolejności uznane za udowodnione okoliczności decydujące o zaistnieniu znamion przestępstwa. O ile stan faktyczny został udowodniony przy pomocy innych okoliczności, o tyle winny one zostać przytoczone (§ 267 ust. 1 zd. 1 i 2 StPO). Oznacza to konieczność określenia czasu i miejsca czynu, jak też innych okoliczności niezbędnych do zidentyfikowa-

nia czynu. Powinno się je podać w syntetycznej, jakkolwiek nie tabelarycznej formie – w taki sposób, aby osoba obeznana z prawem karnym potrafiła odtworzyć na podstawie treści uzasadnienia stan faktyczny²². Również znamiona strony podmiotowej (*innerer Tatbestand*) muszą być precyzyjnie i jednoznacznie przedstawione.

Konieczny element uzasadnienia wyroku skazującego stanowi odniesienie się do treści przeprowadzonych dowodów. Niewłaściwe i błędne jest poprzestanie wyłącznie na przytoczeniu wyjaśnień oskarżonego, tudzież zeznań świadków; należy je ocenić²³, w szczególności, dłaczego jednym dano wiarę, a innym nie. Zasada ta dotyczy przede wszystkim ewentualnego przyznania się oskarżonego, o którym ponadto musi być wyraźna i jednoznaczna wzmianka.

Szczególne zasady obowiązują także przy powoływaniu się na opinię biegłego. Ten ostatni podmiot – jak od wielu lat podkreśla orzecznictwo – powołany jest do udzielenia odpowiedzi na konkretne pytania, a nie zastępowania sędziego w rozstrzygnięciu²⁴, a zatem w uzasadnieniu sąd nie może jedynie wzmiankować o przyłączeniu się do opinii. Jeśli sąd zamierzałby po prostu powołać się na jej wnioski, musi przynajmniej przytoczyć najistotniejsze punkty rozważań biegłego²⁵. Jedynie w odniesieniu do opinii dotyczących stężenia alkoholu we krwi możliwe jest podanie wyłącznie wartości liczbowej. Bardzo ciekawie orzecznictwo odnosi się do poszczególnych metod identyfikacyjnych, wychodząc z założenia, że w stosunku do technik zakorzenionych w praktyce (np. daktyloskopia, oznaczenie grup krwi²⁶) wystarcza jedynie powołanie się na wnioski biegłego; nie obejmuje to np. opinii pismoznawczej oraz badań antropologicznych. Jeśli badania opierają się na metodzie niedostatecznie wypróbowanej lub kontrowersyjnej, sąd wprawdzie może oprzeć się na niej, lecz powinien szczególnie wnikliwie rozważyć (niekiedy mówi się wręcz, iż winien spojrzeć na sprawę z perspektywy sądu odwoławczego) wszelkie za i przeciw metody. Jeśli natomiast sąd decyduje się nie opierać na takiej opinii, wi-

22 L. Meyer-Goßner, Strafprozessordnung..., *op. cit.*, s. 967.

23 BGH Ur. z 29.09.1999, 2 StR 218/99, NSiZ 2000, 48.

24 BGH Ur. z 4.03.1997, 1 StR 657/96, <http://www.recht.com>

25 BGH Beschl. z 22.11.2001, 4 StR 481/01, <http://www.recht.com>

26 BGH Ur. z 27.11.1999, 3 StR 241/99, <http://www.recht.com>

nien przedstawić w skróconej formie jej wnioski oraz wyjaśnić dlaczego przyjął odmienne stanowisko. Podobnie rzecz wygląda, kiedy sąd odrzuca jedną z konkurencyjnych opinii w sprawie.

Uzasadnienie wyroku skazującego musi ponadto obejmować przytoczenie (przepisów) ustawy karnej, jak również okoliczności wpływających na wymiar kary (§ 267 ust. 3 StPO), których nie może zastąpić proste wyliczenie przepisów wspomniane powyżej jako jeden z niezbędnych elementów wyroku. Gdy ustawa uzależnia złagodzenie kary od istnienia okoliczności wypadku mniejszej wagi, należy podać, dlaczego taka kwalifikacja została przyjęta, ewentualnie dlaczego sąd nie uwzględnił wniosku o tej treści, który został złożony w postępowaniu. Analogicznie konieczne jest przytoczenie, dlaczego nie zakwalifikowano sprawy jako przypadku szczególnie ciężkiej wagi, o ile występują tego fakultatywne przesłanki. Podobnie również należy podać uzasadnienie dla zawieszenia wykonania kary, odstąpienia od jej wymierzenia czy też zastosowania wspomnianej wcześniej sankcji z § 59 StGB.

W odniesieniu do wyroków uniewinniających z przyczyn faktycznych (tj. gdy sprawca nie popełnił czynu), konieczne trzeba podać w uzasadnieniu zarzut z aktu oskarżenia, a następnie omówić dowody, również starannie i wyczerpująco. Jeśli natomiast okazuje się, że sprawca popełnił czyn niestanowiący przestępstwa, musi być on precyzyjnie opisany bez konieczności szczegółowego przytaczania dowodów, za to z wyjaśnieniem dlaczego przyjęto taką właśnie kwalifikację.

Jeżeli wszyscy uprawnieni do zaskarżenia wyroku zrezygnują z realizacji tego uprawnienia, bądź też w terminie na to przeznaczonym nie wpłynię żaden wniosek, można – gdy ustawa nie przewiduje inaczej – sporządzić tzw. skrócone uzasadnienie wyroku, sprowadzające się w zasadzie wyłącznie do przytoczenia uznanych za udowodnione okoliczności decydujących o zaistnieniu znamion przestępstwa oraz zastosowanych przepisów ustawy. W przypadku orzeczenia kar pieniężnych możliwe jest np. powołanie się wprost na akt oskarżenia, a w zakresie dalszej części uzasadnienia sądowi przysługuje swobodne uznanie (§ 267 ust. 4 StPO). W odniesieniu do wyroku uniewinniającego skrócone uzasadnienie może sprowadzać się wyłącznie do określenia, czy

uniewinnienie nastąpiło ze względu na nieudowodnienie sprawstwa, czy ze względu na niekaralność sprawcy.

Wyrok ogłaszany jest publicznie niezwłocznie po zakończeniu narady i nie później niż w jedenastym dniu po jej zakończeniu; w przeciwnym wypadku postępowanie główne należy prowadzić od początku (§ 268 ust. 3 StPO).

ŚRODKI ZASKARŻENIA I POSTĘPOWANIE ODWOŁAWCZE

Podobnie jak w innych systemach, również w niemieckim postępowaniu karnym dzieli się środki zaskarżenia (*Rechtsbehelfe*) na zwyczajne i nadzwyczajne. Do pierwszej grupy należy zaliczyć:

- a) zażalenie (*Beschwerde*) – w kilku postaciach, regulowane w § 304 i nast. StPO,
- b) apelację (*Berufung*) – przewidzianą w § 312 i nast. StPO,
- c) rewizję (*Revision*) – opisaną w § 333 i nast. StPO,
- d) sprzeciw od nakazu karnego – ujęty w § 410 StPO.

Pierwsze trzy nazywane są również środkami odwoławczymi (*Rechtsmittel* – § 296 StPO).

Wśród nadzwyczajnych środków zaskarżenia należy natomiast wymienić:

- a) wniosek o przywrócenie poprzedniego stanu/terminu (*Wiedereinsetzung in den vorigen Stand* – § 44 StPO),
- b) wniosek o wznowienie postępowania (*Wiederaufnahme des Verfahrens* § 359 StPO),
- c) skargę konstytucyjną (art. 93 ust. 1 pkt 4a GG), a dodatkowo także,
- d) skargę do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

1. Zwyczajne środki zaskarżenia

Środki odwoławcze (*Rechtsmittel*) w odróżnieniu od pozostałych środków zaskarżenia działają dewolutywnie, tj. przenoszą postępowanie do organu wyższej instancji. W zasadzie również wywierają skutki suspensywne. Jedynie w odniesieniu do zażalenia ustawodawca wyraź-

nie przewidział, iż nie zawiesza ono wykonania kwestionowanego rozstrzygnięcia (§ 307 ust. 1 StPO), choć zarówno sądowi odwoławczemu, jak i pierwszoinstancyjnemu podmiotowi, który wydał zaskarżone orzeczenie, przysługuje prawo do wstrzymania jego wykonania (§ 307 ust. 2 StPO). Sprzeciw wobec nakazu karnego nie ma charakteru dewolutywnego i powoduje rozpoznanie sprawy przez sąd tego samego rzędu w trybie zwykłym (§ 411 StPO).

Do złożenia środków odwoławczych są uprawnieni:

- a) prokuratura w szerokim zakresie, tj. zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego (§ 296 ust. 2 StPO),
- b) oskarżony – praktycznie bez ograniczeń,
- c) jego przedstawiciele ustawowi – również wbrew woli oskarżonego (§ 298 StPO),
- d) obrońca oskarżonego, o ile nie działa wbrew jego wyraźnie oświadczonej woli (§ 297 StPO),
- e) oskarżyciel prywatny (§ 390 ust. 1 StPO) i w ograniczonym zakresie także
- f) oskarżyciel posiłkowy (§ 395 ust. 4 StPO).

Termin do złożenia środków zaskarżenia wynosi z reguły tydzień; jedynie w odniesieniu do sprzeciwu są to dwa tygodnie, a „proste” zażalenie (*einfache Beschwerde*) można wnieść w każdym czasie. Wszystkie te środki składa się do *iudex a quo* przez oświadczenie do protokołu lub pisemnie.

Dopuszczalne jest zarówno wycofanie środka odwoławczego (§ 302 ust. 1 StPO) czy sprzeciwu (§ 411 ust. 3 StPO), jak też rezygnacja z wniesienia środka odwoławczego przed upływem terminu, o ile jest ona jednoznaczna, pozbawiona zastrzeżeń i jasna. Jedynie wycofanie środka odwoławczego złożonego na korzyść oskarżonego przez prokuraturę wymaga zgody tego ostatniego, podobnie jak do wycofania środka przez obrońcę konieczne jest wyraźne upoważnienie (§ 302 StPO). W pewnych przypadkach niezbędna staje się także zgoda przeciwnika procesowego (§ 303 StPO).

a. Zażalenie (Beschwerde)

Zażalenie (*Beschwerde*) przysługuje przeciwko:

- a. wszelkim postanowieniom wydawanym przez sądy w pierwszej instancji lub wskutek wniesienia apelacji (*Berufung*);
- b. zarządzeniom (*Verfügungen*) przewodniczącego, sędziego w postępowaniu przygotowawczym, sędziego delegowanego lub działającego w drodze pomocy sądowej, jeśli tylko ustawa wyraźnie nie wyłącza możliwości zaskarżenia (§ 304 ust. 1 StPO).

Na gruncie StPO można mówić o trzech rodzajach zażaleń:

- a. prostym (bezterminowym) – *einfache Beschwerde*,
- b. natychmiastowym (możliwym do wniesienia w określonym terminie) – *sofortige Beschwerde*,
- c. dalszym (środek odwoławczy od decyzji organu rozpatrującego zażalenie) – *weitere Beschwerde*.

Zażalenie ma charakter dewolutywny, lecz jedynie wyjątkowo jego wniesienie obligatoryjnie tamuje wykonanie skarżonego orzeczenia.¹ Uprawnionymi do złożenia tego środka są (obok wymienionych powyżej na zasadach ogólnych) także świadkowie, biegli i inne osoby, których prawa zostały naruszone wskutek wydania konkretnego orzeczenia (§ 304 ust. 2 StPO).

Prawo do składania zażaleń podlega ograniczeniom nie tylko o charakterze podmiotowym, ale także przedmiotowym. I tak, w szczególności nie podlegają zaskarżeniu orzeczenia sądu „przygotowujące wyrok” (*Entscheidungen der erkennenden Gerichte, die der Urteilsfällung vorausgehen* – § 305 StPO), tj. pozostające w wewnętrznym rzeczowym związku z końcowym orzeczeniem i poprzedzające je czasowo, np. w zakresie dopuszczenia dowodów. Z kategorii tej wyraźnie wyłączono postanowienia w przedmiocie aresztowania, umieszczenia w zakładzie opieki zdrowotnej tytułem środka zapobiegawczego, zatrzymania rzeczy, pozbawienia prawa jazdy, tudzież wykonywania zawodu

(stosowanych jako środki zapobiegawcze), zastosowania środków porządkowych lub środków przymusu (§ 305 StPO).

Druga grupa ograniczeń postępowania odwoławczego obejmuje sądy wyższego rzędu. W ogóle niedopuszczalne są zażalenia na postanowienia i zarządzenia niemieckiego Sądu Najwyższego. Odnosi się to także do wyższych sądów krajowych (*Oberlandsgerichte*) działających jako sądy pierwszej instancji, z wyjątkiem niektórych orzeczeń, np. w przedmiocie:

- a. aresztowania, umieszczenia w zakładzie opieki zdrowotnej, umieszczenia na obserwacji psychiatrycznej, zatrzymania rzeczy, przeszukania;
- b. oddalenia wniosku o otwarcie postępowania głównego, albo umorzenia postępowania ze względu na przeszkodę procesową;
- c. zarządzenia postępowania głównego w nieobecności oskarżonego (§ 304 ust. 4 StPO).

Jeżeli sędziowie wyżej wymienionych sądów działają jako sędziowie nadzorujący postępowanie przygotowawcze, na ich zarządzenia obejmujące czynności wymienione w punkcie a. (z wyjątkiem, oczywiście umieszczenia na obserwacji psychiatrycznej) zażalenie przysługuje.

Trzecia grupa ograniczeń prawa do zażalenia związana jest z wartością pieniężną naruszenia praw osoby trzeciej. Dopuszczalne są bowiem jedynie środki odwoławcze, jeśli wartość kosztów, zobowiązania lub koniecznych wydatków nałożonych poprzez skarżone orzeczenie przekracza 100 (lub w niektórych wypadkach 50 – por. § 464b StPO) euro.

Zażalenie składa się ustnie do protokołu lub na piśmie do sądu, który wydał zaskarżone orzeczenie (§ 306 ust. 1 StPO). Nie istnieje konieczność uzasadniania tego środka odwoławczego. Tzw. zażalenie proste może wpłynąć w każdym czasie; zażalenie natychmiastowe charakteryzuje się koniecznością złożenia go w terminie 1 tygodnia od ogłoszenia orzeczenia (§ 311 ust. 2 StPO). Jeśli sąd pierwszej instancji (sędzia wydający zarządzenie) uzna zażalenie zwykle za uzasadnione, ma prawo zmienić wydane orzeczenie; w przeciwnym wypadku

¹ Dzieje się tak np. w odniesieniu do zarządzenia przez sąd obserwacji psychiatrycznej – § 81 ust. 4 StPO.

jest obowiązany niezwłocznie, a najpóźniej przed upływem trzech dni przekazać sprawę instancji odwoławczej – § 306 ust. 2 StPO. Zmiana orzeczenia nie dotyczy zażalenia natychmiastowego, chyba że chodzi o naruszenie prawa do wysłuchania przez sąd (§ 311 ust. 3 StPO).

Instancja odwoławcza może albo stwierdzić brak przesłanek zażalenia i uznać jego niedopuszczalność, albo uznać zasadność i podjąć stosowną decyzję merytoryczną. Postępowanie w tej materii odbywa się pisemnie, choć dopuszcza się wysłuchanie prokuratury (§ 309 ust. 1 i 2 StPO). Jedynie wyjątkowo wyższa instancja może przekazać sprawę ponownie do niższej (np. gdy zaskarżone orzeczenie wydał niewłaściwie obsadzony skład).

Wyjątkowo także dopuszczalne jest tzw. dalsze zażalenie, czyli środek prawny w postępowaniu zażaleniowym. Można je złożyć jedynie od postanowień odwoławczych sądu krajowego i sądu wyższego krajowego, dotyczących aresztowania i stosowanego tytułem środka zapobiegawczego – umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym lub zakładzie odwykowym (§ 310 StPO). Stanowią one zarazem ostateczną możliwość zaskarżenia orzeczenia.

W odniesieniu do zażalenia nie obowiązuje zakaz *reformationis in peius*.

b. Apelacja (Berufung)

Zgodnie z treścią § 312 StPO apelacja stanowi środek prawny od pierwszoinstancyjnych wyroków sądów najniższego rzędu – *Amtsgericht* – i to zarówno orzekających w składzie jednoosobowym, jak i ławniczym. W odróżnieniu od rewizji (*Revision* – por. następny podrozdział) przyjęcie lub uwzględnienie apelacji oznacza konieczność zbadania zapadłego orzeczenia tak pod kątem merytorycznym, jak i formalnym. W postępowaniu apelacyjnym można przeprowadzać nowe dowody i ustalać na nowo stan faktyczny (por. § 323 ust. 3 StPO). Sąd odwoławczy – sąd krajowy (tzw. mała izba) – orzeka w składzie 1 sędziego zawodowego i 2 ławników, względnie 2 sędziów zawodowych i 2 ławników.

W sprawach drobniejszych², jak również przy uniewinnieniu, albo umorzeniu postępowania, jeżeli prokuratura wniosowała o karę majątkową w wymiarze nie więcej niż 30 stawek dziennych, apelacja musi zostać formalnie przyjęta (§ 313 ust. 1 StPO). Postanowienie w tym przedmiocie wydaje sąd wyższego rzędu. Jest ono właściwie niezaczeplalne³ i nie wymaga uzasadnienia o ile apelacja zostaje przyjęta (§ 322a StPO). Podstawową przesłankę dopuszczalności stanowi okoliczność, iż środek nie jest oczywiście bezzasadny (*nicht offensichtlich unbegründet* – § 313 ust. 2 StPO). Pojęcie to należy do najbardziej kontrowersyjnych nie tylko w doktrynie i orzecznictwie niemieckim. Rozwija się je wskazując najczęściej, iż chodzi o skargę, w odniesieniu do której dla każdej osoby obeznanej z prawem staje się jasne bez potrzeby szczegółowego sprawdzania, że zarzuty nie uzasadniają środka odwoławczego. Standard ten (osoby obeznanej z prawem i stwierdzającej istnienie bądź nieistnienie konkretnego stanu rzeczy) wydaje się szczególnie godny uwagi także w rodzimym orzecznictwie.

Apelację uprawniony składa w terminie 1 tygodnia od ogłoszenia wyroku (przy nieobecności – od daty doręczenia) do sądu, który wydał zaskarżone orzeczenie. Złożenie może nastąpić na piśmie lub ustnie do protokołu (§ 314 ust. 1 StPO), a zachowanie terminu skutkuje suspensywnością (§ 316 ust. 1 StPO), jak również powoduje konieczność dostarczenia skarżącemu wyroku wraz z uzasadnieniem (§ 316 ust. 2 StPO, pkt. 154 RiStBV). Sama apelacja wprawdzie nie musi być uzasadniona, lecz niemiecki kodeks postępowania karnego w § 317 przewiduje dodatkowy tydzień po upływie terminu określonego w § 314 i § 316 StPO na zmaterializowanie skargi (faktyczne wniesienie), a zatem – ewentualnie – na sporządzenie jej uzasadnienia, choć literalnie przepisy o nim nie wspominają.

Co ciekawe, zaskarżenie wyroku pierwszej instancji nie musi konieczne precyzyjnie oznaczać rodzaju skargi – i to według zasad orzecznictwa BGH, który dopuścił możliwość dopiero późniejszego wyboru środka zaskarżenia. Jeżeli po upływie miesięcznego terminu na

2 Tj. np. gdy wyrok opiewa na karę grzywny w wymiarze nie więcej niż piętnaście stawek dziennych, jako kara główna lub dodatkowa.

3 Z wyjątkiem przewidzianym w § 322 ust. 2 StPO. Można bowiem zaskarżyć w drodze natychmiastowego zażalenia postanowienie o odrzuceniu apelacji ze względów formalnych.

sporządzenie uzasadnienia rewizji (§ 345 StPO) nadal nie można określić, z jakim środkiem prawnym mamy do czynienia, wówczas należy traktować go jako apelację.⁴ Konsekwentnie także od początku lat 50-tych w orzecznictwie panuje pogląd o dopuszczalności – pod warunkiem zachowania odpowiednich terminów – zmiany rodzaju środka odwoławczego z apelacji na rewizję.⁵ Sam kodeks nie wyklucza także kombinacji apelacji z wnioskiem o przywrócenie poprzedniego stanu w przypadku wyroku wydanego w nieobecności oskarżonego (§ 315 StPO).

Apelacja może być ograniczona do poszczególnych kwestii, a przy braku szczegółowego oznaczenia uważa się ją za wniesioną co do całości orzeczenia (§ 318 StPO). Kryterium dopuszczalności ograniczeń stanowi jednak możliwość wydzielenia skarżonych kwestii z całości orzeczenia – bez potrzeby kontrolowania go w pozostałym zakresie.⁶ Najczęściej występujące w praktyce przypadki sprowadzają się do następujących:

- a. zaskarżenie wyroku przez jednego ze współoskarżonych,
- b. zaskarżenie wyroku co do wymiaru kary,
- c. zaskarżenie wyroku co do pojedynczych kar (np. wyłącznie pozbawienia wolności).

Nie wyczerpuje to, oczywiście, katalogu możliwych zarzutów.

Sąd pierwszej instancji kontroluje jedynie, czy apelacja została złożona w terminie, a jeśli stan ten nie zachodzi – wydaje postanowienie o odrzuceniu skargi jako niedopuszczalnej. W terminie tygodnia od doręczenia postanowienia skarżącemu przysługuje specjalny środek odwoławczy, tj. wniosek o rozpatrzenie kwestii przez sąd odwoławczy; skarga ta nie ma charakteru suspensywnego.

Po upływie terminu przewidzianego w § 317 StPO przesyła się akta sprawy prokuraturze (działającej przy sądzie pierwszej instancji), która – o ile zaskarżyła wyrok – doręcza oskarżonemu pisemną informację o złożeniu środka odwoławczego (§ 320 StPO). Następnie akta przesyła się do prokuratury działającej przy sądzie odwoławczym. Jednostka

ta w ciągu tygodnia przekazuje właściwemu przewodniczącemu (§ 321 StPO). Sąd odwoławczy wstępnie kontroluje apelację i może ją oddalić postanowieniem (zaskarżalnym), o ile skarga nie spełnia kryteriów formalnych. W przewidzianych prawem przypadkach wydaje się następnie (niezaczepialne) postanowienie w przedmiocie przyjęcia apelacji.

W postępowaniu odwoławczym w zakresie nieuregulowanym stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące postępowania głównego (§ 332 StPO). W szczególności w wezwaniu należy pouczyć oskarżonego o skutkach jego nieobecności (§ 323 StPO). Zależą one od tego, kto złożył środek odwoławczy. W odniesieniu do apelacji pochodzącej od nieobecnego oskarżonego sąd orzeka wyrokiem (§ 322 ust. 1 zd. 2 StPO) o odrzuceniu środka odwoławczego (§ 329 ust. 1 StPO). Jeżeli natomiast skarga pochodzi od prokuratury, postępowanie może być prowadzone w nieobecności oskarżonego i nie wymaga się jego zgody w przypadku ewentualnego wycofania środka odwoławczego.

W postępowaniu apelacyjnym można przeprowadzać nowe dowody (§ 323 ust. 3 StPO). Wzywanych poprzednio przesłuchiwanym świadków i biegłych można pominąć, jeśli ich ponowne przesłuchanie wydaje się niekonieczne (§ 323 ust. 2 StPO). Przy ustalaniu listy osób wezwanych należy natomiast mieć na względzie osoby wymienione przez oskarżonego w uzasadnieniu do apelacji (jeśli takowe istnieje – § 323 ust. 4 StPO). W postępowaniu dowodowym dopuszcza się odczytywanie dokumentów, a protokoły zeznań świadków i opinie biegłych złożone w postępowaniu pierwszej instancji nie mogą być odczytywane bez zgody prokuratury i oskarżonego, chyba że danego źródła nie wezwano, względnie nie złożono wniosku o jego wezwanie (§ 325 StPO). Po zakończeniu postępowania dowodowego następują mowy końcowe, w których wypowiadają się prokuratura, oskarżony i jego obrońca, przy czym skarżącemu zawsze przysługuje pierwszeństwo, a oskarżonemu – ostatnie słowo (§ 326 StPO).

W wyroku sąd odwoławczy może albo przychylić się do stanowiska sądu pierwszej instancji, lecz na podstawie własnych ustaleń (uznając apelację za dopuszczalną lecz bezzasadną i orzekając przy tym od-

⁴ Por. przegląd orzecznictwa w OLG Hamm Beschl. 4 Ss 284/99, <http://www.burhoff.de>

⁵ Por. BGH Beschl. z 3. 12. 2003, 5 StR 249/03, <http://www.lexetius.com>

⁶ BGH Beschl. z 15.05.2001, 4 StR 308/00, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr>

miennie o kosztach), albo orzec odmiennie merytorycznie.⁷ W obydwu więc sytuacjach następuje uchylenie wyroku sądu niższego w całości bądź w części (§ 328 StPO). W 1987 roku zlikwidowano możliwość uchylenia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpatrzenia, obecnie dzieje się tak jedynie w przypadku błędnego przyjęcia właściwości przez sąd niższego rzędu (§ 328 ust. 2 StPO).

W postępowaniu apelacyjnym obowiązuje zakaz *reformationis in peius*. Stosownie bowiem do § 331 StPO wyrok nie może nakładać na oskarżonego bardziej niekorzystnych niż w pierwszej instancji skutków prawnych (*Rechtsfolgen*), jeżeli środek odwoławczy pochodzi wyłącznie od oskarżonego, jego przedstawiciela ustawowego, lub został złożony przez prokuraturę na korzyść oskarżonego. Nie dotyczy to jednak zarządzenia umieszczenia w zakładzie ochrony zdrowia psychicznego lub placówce odwykowej (§ 331 ust. 1 i 2 StPO).

c. Rewizja (Revision)

Rewizja stanowi środek odwoławczy od wszystkich pierwszoinstancyjnych wyroków (a więc wydawanych przez *Amtsgericht*, Sąd Krajowy – *Landgericht* i Wyższy Sąd Krajowy – *Oberlandsgericht*), jak również od wyroków wydanych w postępowaniu apelacyjnym (§ 333 StPO). Ustawodawca nie ogranicza uprawnień skarżącego i każdy wyrok zaczepialny apelacją może być również zaskarżony rewizją, tzw. skokową (*Sprungrevision* – § 335 ust. 1 StPO). Jej dopuszczalność nie zależy od ewentualnego przyjęcia apelacji (§ 313 StPO).

Równoległe wniesienie przez jednego z uczestników rewizji, a przez innego – apelacji powoduje, że tę pierwszą skargę (o ile została złożona w terminie i przewidzianej prawem formie) do momentu wycofania drugiej lub uznania jej za niedopuszczalną traktuje się jako apelację. Jednocześnie przeciwnikowi procesowemu należy dostarczyć odpis skargi wraz z uzasadnieniem. Wyrok zapadły w postępowaniu apelacyjnym można zaskarżyć rewizją (§ 335 ust. 3 StPO).

Wskutek wniesienia rewizji (w przeciwieństwie do apelacji) sąd wyższego rzędu nie bada stanu faktycznego, a jedynie koncentruje się

na odpowiedzi na pytania, czy zaskarżony wyrok zapadł zgodnie z przepisami procedury, jak również czy prawidłowo zastosowano przepisy prawa karnego materialnego. W zależności od rodzaju wyroków właściwość sądów rewizyjnych przedstawia się w sposób następujący:

- a. w odniesieniu do wyroków apelacyjnych sądów krajowych, pierwszoinstancyjnych wyroków sądów najniższego rzędu (*Amtsgericht* – rewizja skokowa) oraz pierwszoinstancyjnych wyroków Sądów Krajowych przy zarzutach dotyczących wyłącznie naruszenia normy prawnej prawa krajowego (a nie federalnego) – rozstrzyga Wyższy Sąd Krajowy (*Oberlandsgericht*) w składzie trzech sędziów zawodowych (§ 116 ust. 1 GVG, § 122 ust. 1 GVG)⁸;
- b. co do pierwszoinstancyjnych wyroków Sądów Krajowych, jeśli nie należy to do kompetencji OLG, jak również w zakresie pierwszoinstancyjnych wyroków Wyższych Sądów Krajowych – rozstrzyga Federalny Sąd Najwyższy w składzie 5 sędziów (§ 130 GVG, § 139 ust. 1 GVG).

Podobnie jak pozostałe środki odwoławcze, rewizja składana jest w sądzie wydającym zaskarżony wyrok, do protokołu lub na piśmie – w terminie tygodnia od ogłoszenia wyroku. Analogicznie bieg terminu w przypadku ogłoszenia wyroku w nieobecności oskarżonego rozpoczyna się z datą doręczenia mu orzeczenia (§ 341 StPO). Wniesienie skargi w terminie powoduje wstrzymanie wykonania zaskarżonego wyroku, a także – jeśli wcześniej to nie nastąpiło – konieczność doręczenia skarżącemu wyroku wraz z uzasadnieniem (§ 343 StPO). W odróżnieniu jednak od dotychczas przedstawionych środków odwoławczych wnioskodawca musi szczegółowo wyjaśnić, w jakim zakresie zaskarża wyrok i domaga się jego uchylenia, jak również dostarczyć uzasadnienie wniosków (§ 344 ust. 1 StPO). Z uzasadnienia musi wynikać, czy zarzuca się naruszenie przepisów procedury karnej czy innej gałęzi prawa, a w pierwszej kolejności powinny być podane przynajmniej okoliczności uzasadniające wspomniane braki (§ 344 ust. 2 StPO). Nie istnieje konieczność wskazywania poszczególnych

⁷ Jeśli nie liczyć wcześniej wspomnianego oddalenia środka odwoławczego wyrokiem.

⁸ Jedynie w Bawarii obowiązuje nieco inna zasada, jako że instancję odwoławczą stanowi tam Krajowy Sąd Najwyższy. W dniu 30. czerwca 2006 r. kończy on swoją działalność.

środków dowodowych, ani nawet dokładnego powoływania się na akta sprawy; niemniej zarzuty nie mogą być zbyt ogólne, np. iż nie przesłuchano „różnych świadków”, wywierany był „duży nacisk” na ławników czy wreszcie miała miejsce niewłaściwa obsada „pewnej części” składu orzekającego.⁹ Zarzuty muszą przybrać postać twierdzenia i nie mogą być jedynie hipotetyczne.

Z tymi podwyższonymi wymaganiami wobec rewizji koresponduje treść § 345 StPO. Przedstawienie uzasadnionych wniosków następuje w terminie miesiąca od upływu terminu na złożenie środka odwoławczego lub doręczenia wyroku z uzasadnieniem (gdyby dokonało się ono później) – § 345 ust. 1 StPO. Oskarżony może wnieść rewizję na dwa sposoby. Pierwszy z nich stanowi dostarczenie skargi w formie pisemnej, podpisanej koniecznie przez obrońcę lub adwokata, drugi – złożenie przez oskarżonego posiadającego obrońcę odpowiedniego oświadczenia do protokołu (§ 345 ust. 2 StPO). Przymus adwokacki ma w zamierzeniu stanowić gwarancję poprawności formalnej i merytorycznej czynności, choć w praktyce niekoniecznie spełnia swoje zadania. Już z treści cytowanego przepisu wynika, że rewizja musi być jedynie podpisana przez adwokata lub obrońcę, choć orzecznictwo dość jednoznacznie twierdzi, że podpisujący ponosi pełną odpowiedzialność za treść środka odwoławczego.¹⁰ Pod rygorem niedopuszczalności środka w uzasadnieniu winny znaleźć się zarzuty co do braków przeprowadzonego postępowania.¹¹

Podstawowy i wyłączny zarzut rewizyjny stanowi oparcie wyroku na naruszeniu przepisu ustawy (*das Urteil beruht auf einer Verletzung des Gesetzes* – § 337 ust. 1 StPO), polegające na niezastosowaniu lub błędnym zastosowaniu normy prawa (§ 337 ust. 2 StPO). Pod pojęciem „ustawy” rozumie się prawo powszechnie obowiązujące (§ 7 EGStPO). Zbiór ten obejmuje nie tylko przepisy stanowione przez Związek i Kraje Związkowe, ale także normy zwyczajowe – wewnętrzne, jak też wynikające z umów międzynarodowych, o ile tylko stanowią część wewnętrznego porządku prawnego. Niekiedy wspomina się o koncepcji,

w myśl której nieuzasadniona byłaby rewizja od wyroku opierającego się wprawdzie na naruszeniu normy („ustawy”), lecz naruszenie to w żaden sposób nie zmieniałoby sytuacji skarżącego – np. błędne zastosowanie przepisów porządkowych.¹² Nie wnikając w szczegóły tej idei, trzeba wskazać na dwie grupy podstaw rewizyjnych, tj. złamanie prawa procesowego lub innej normy prawnej (§ 344 ust 2 StPO). Naruszenie przepisów proceduralnych może przejawiać się zaistnieniem bezwzględnych (§ 338 StPO) lub względnych przyczyn odwoławczych (§ 337 StPO). Stwierdzenie pierwszych zwalnia sąd rewizyjny od poszukiwania związku przyczynowego między naruszeniem a treścią wyroku, czego nie można powiedzieć o drugiej grupie przyczyn.

Kryterium zaliczenia danej normy jako należącej do procedury nie stanowi umieszczenie jej w konkretnej ustawie, lecz cel, dla którego została ustanowiona. Jeśli określa ona sposób, w jaki sędzia jest powoływany i dochodzi do wydania wyroku, należy uznać ją za proceduralną¹³; w innym przypadku – trzeba zaliczyć do innej gałęzi prawa, określanej mianem *sachliches Recht*. Przez to ostatnie pojęcie (dosł. prawo merytoryczne, rzeczowe) należy rozumieć wszelkie przepisy „nieproceduralne” czy właściwie „pozaproceduralne”. Do zarzutów merytorycznych należą więc w szczególności np.: naruszenie zasad rozumowania i doświadczenia życiowego przy wyrokowaniu, złamanie reguły *in dubio pro reo*, czy też niewłaściwe zinterpretowanie milczenia oskarżonego lub skorzystania przez osobę najbliższą z prawa do nieskładania zeznań.¹⁴

Naruszenie normy proceduralnej może polegać na tym, że ustawowo przewidziana czynność w ogóle nie została przeprowadzona, została błędnie przeprowadzona, ewentualnie w ogóle była niedopuszczalna.¹⁵ Naruszenie przepisu musi być udowodnione i to z reguły na podstawie protokołu. W odniesieniu do pewnej kategorii czynności (istotnych w postępowaniu z punktu widzenia zachowania m.in. zasady państwa praworządnego, tzw. *wesentliche Fürmlichkeiten*) dowodzenie wbrew

9 Por. przegląd niewłaściwych zarzutów w: L. Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung...*, *op. cit.*, s. 1135.

10 BGH Beschl. z 13.06. 2002, 3 StR 151/02, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr>

11 BGH Urt. z 25.03.1998, 3 StR 686/97, NJW 1998, 2229.

12 H.H. Kühne, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, s. 454.

13 BGH Urt. z 24.03.1964, 3 StR 60/63, NJW 1964, 1234.

14 Por. przegląd innych stanów w: L. Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung...*, *op. cit.*, s. 1105.

15 BGH MDR 1981, 157, za: L. Meyer-Goßner: *Strafprozessordnung*, *op. cit.*, s. 1106.

treści protokołu staje się dopuszczalne wyłącznie poprzez podniesienie zarzutu fałszerstwa – § 274 StPO. W pozostałym zakresie dopuszcza się swobodę wyboru sposobu środka. Dzieje się tak np. przy udowodnieniu niedozwolonej metody przesłuchania w postaci choćby podstępu.¹⁶ W doktrynie i orzecnictwie podkreśla się, iż przy badaniu naruszenia przepisu proceduralnego nie obowiązują reguła *in dubio pro reo*.¹⁷

Nie da się tego natomiast powiedzieć odnośnie do istnienia związku przyczynowego między naruszeniem a treścią zaskarżonego wyroku, co winno być udowodnione przy względnych przyczynach odwoławczych. Uznaje się, że rewizję należy uwzględnić, kiedy tylko nie można wykluczyć, że skazanie nie nastąpiłoby, gdyby nie popełniono błędu. Wystarcza zatem możliwość¹⁸ (byłoby nie była „czysto teoretyczna”¹⁹) związku przyczynowego.

Szczególnie istotne naruszenia norm proceduralnych nie wymagają udowodnienia ich wpływu na treść wyroku. Są to tzw. bezwzględne przyczyny odwoławcze (*absolute Revisionsgründe* – § 338 pkt 1–8 StPO) sprowadzające się do następujących:

- 1) sąd rozpoznający sprawę nie był należycie obsadzony; jeśli zgodnie z § 222a w postępowaniu konieczne było podanie informacji o obsadzie składu, to zarzut można zgłaszać wyłącznie w enumeratywnie wymienionych przypadkach,
- 2) w wydawaniu wyroku brał udział sędzia lub ławnik podlegający wyłączeniu z mocy ustawy,
- 3) w wydawaniu wyroku brał udział sędzia lub ławnik po tym, jak został wyłączony na wniosek, przy czym wniosek albo został uznany za uzasadniony, albo bezpodstawnie oddalony,
- 4) sąd nieprawidłowo uznał swoją właściwość,
- 5) postępowanie główne toczyło się w nieobecności prokuratury lub innej osoby, której udział jest konieczny na podstawie ustawy,

16 BGH Urt. z 24.02.1976, 1 StR 764/75, NJW 1976, 977, 978.

17 Por. lit. wskazana w: W. Beulke, *Strafprozeßrecht, op. cit.*, s. 295.

18 Por. np. OLG Hamm Beschl. z 3.12.2002, 3 Ss 1025/02 i orzeczenia tam wskazane, <http://www.burhoff.de>

19 Por. BGH Urt. z 6.08.1987, 4 StR 333/87, NJW 1988, 1223.

- 6) wyrok został wydany na podstawie ustnego postępowania, w którym naruszono przepisy o jawności,
- 7) wyrok nie zawiera uzasadnienia lub nie zachowano terminu przewidzianego w § 275 ust. 1 zd. 2 i 4 StPO na dołączenie go do akt,
- 8) w jednym z kluczowych dla rozstrzygnięcia momentów postępowania niedopuszczalnie ograniczono obronę poprzez postanowienie sądu.

Warto poświęcić nieco uwagi powyższym podstawom.

Niewłaściwa obsada sądu jako bezwzględna przyczyna odwoławcza stanowi zarówno rozwinięcie konstytucyjnego prawa do ustawowego sędziego, jak i ustawowych norm dotyczących sędziów (DRiG). Kluczowym elementem do zbadania pozostaje tu samowola w zakresie np. obsady składu, częściowo także podziału zadań, ale także braki leżące po stronie samych sędziów – np. nieobecność, brak wzroku, słuchu, zdolności mowy, a także brak uwagi czy wręcz niezdolność do rozstrzygnięcia spowodowana zaśnięciem.

Zgodnie z § 22 StPO sędzia ulega wyłączeniu z mocy ustawy, jeżeli jest albo był:

- a) pokrzywdzonym w sprawie,
- b) małżonkiem, partnerem, opiekunem lub kuratorem oskarżonego (nawet pomimo ustania wskazanego stosunku),
- c) wobec oskarżonego lub pokrzywdzonego krewnym lub powinowatym w linii prostej, a w linii bocznej – krewnym do trzeciego bądź powinowatym do drugiego stopnia (także pomimo ustania pokrewieństwa lub powinowactwa),
- d) w sprawie urzędnikiem prokuratury, policji, pełnomocnikiem pokrzywdzonego lub obrońcą,
- e) przesłuchiwany w sprawie jako świadek lub biegły.

Sędzia wyłączany musiałby brać udział bezpośrednio w wydawaniu wyroku, a nie np. zarządzeń przygotowujących postępowanie główne. W tym ostatnim przypadku możliwe byłoby skorzystanie z następnej przesłanki.

Sędzia może być wyłączony na wniosek prokuratury, oskarżyciela prywatnego, jak również oskarżonego ze względu na to, że istnieje podstawa uzasadniająca wątpliwości co do jego bezstronności (§ 24 StPO). Brak właściwej decyzji – mimo istnienia podstaw – oznacza bezpodstawne odrzucenie wniosku.

Niewłaściwość sądu obejmuje nieprawidłowe przyjęcie właściwości miejscowej, rzeczowej lub szczególnej (por. niżej) w odniesieniu do sądów tego samego szczebla. Właściwość rzeczowa sprawdzana jest z urzędu (§ 6 StPO), a zatem niesamowolne rozstrzygnięcie sądu wyższego jest w zasadzie nieszkodliwe.

W odniesieniu do nieobecności w trakcie postępowania orzecznictwo nieco odstąpiło od pierwotnego brzmienia przepisu. Przyjęto bowiem, że uzasadnia rewizję jedynie brak obowiązkowej obecności wskazanych podmiotów w trakcie istotnych części postępowania głównego (bei einem wesentlichen Teil der Hauptverhandlung)²⁰, do których zalicza się m.in.: przesłuchanie oskarżonego co do jego osoby i w sprawie, odczytanie aktu oskarżenia, postępowanie dowodowe. Za nieistotne w sensie przyczyn odwoławczych poczytuje się np. wywołanie świadków lub biegłych. Nie chodzi w tym miejscu zresztą o przedstawianie bogatej kazuistyki, lecz o zwrócenie uwagi na okoliczność, że ta z zasady bezwzględna przyczyna (podobnie jak wymienione w punkcie 6 i 8) staje się właściwie względna. Koniecznie bowiem trzeba w odniesieniu do nieujętych w definicji orzeczniczej „mniej istotnych” stanów faktycznych wymienionych w § 338 pkt. 5, 6 i 8 udowodnić związek między naruszeniem przepisów a wydanym wyrokiem.

Także złamanie przepisów o jawności postępowania podlega orzeczniczemu relatywizowaniu, choćby poprzez dopuszczenie możliwości opuszczania sali przez wybrane osoby na prośbę przewodniczącego.²¹

Bezwzględny charakter przyczyny odwoławczej w postaci niezachowania terminów dla przedstawienia lub dołączenia do akt uzasadnienia wyroku nie podlega dyskusji, czego nie da się powiedzieć o ostatnim wymienionym w przepisie członie alternatywy. Tu już dosłowne brzmienie ustawy stanowiącej o naruszeniu obrony „w jednym

z kluczowych dla rozstrzygnięcia momentów postępowania” właściwie pozbawia przyczynę cechy bezwzględności.

Dotychczasowe rozważania dotyczyły naruszenia prawa procesowego. Jednak – jak to już wskazywano – rewizja może zarzucać obrazę innych przepisów (§ 344 ust. 2 StPO). Kontrola nie ogranicza się tu wyłącznie do tego, czy prawidłowo zastosowano prawo materialne. Stwierdzone uchybienia muszą mieć wpływ na treść wyroku już z samej swojej istoty. Wśród najważniejszych kwestii z zakresu *sachliches Recht* należałoby w szczególności wymienić prawidłowość:

- a) oceny przestępności czynu,
- b) subsumcji i szeroko rozumianej kwalifikacji prawnej,
- c) rodzaju i wymiaru kary,
- d) wyroku (jasność, spójność, pełność),
- e) rozumowania przyjętego przy wyrokowaniu (zastosowanie zasad wiedzy i doświadczenia życiowego, a także reguły *in dubio pro reo*),
- f) prawnych aspektów oceny dowodów (np. gdy dowód oceniono w sprzeczności z jego treścią).

Pierwszy etap postępowania rewizyjnego stanowi wstępna kontrola przez *iudex a quo* pod kątem zachowania terminu i innych kryteriów formalnych. Po ewentualnym stwierdzeniu braków sąd wydaje postanowienie o niedopuszczalności skargi (§ 346 ust. 1 StPO), na które przysługuje specjalny środek odwoławczy w postaci żądania rozstrzygnięcia przez sąd rewizyjny (§ 346 ust. 2 StPO). Po spełnieniu natomiast warunków formalnych rewizję doręcza się przeciwnikowi procesowemu. Ma on tydzień na złożenie swojego pisemnego stanowiska, przy czym oskarżony może je podyktować do protokołu w siedzibie sądu (§ 347 ust. 1 StPO). Po upływie terminu lub po uzyskaniu odpowiedzi na rewizję prokuratura przesyła dokumentację sprawy do sądu rewizyjnego (§ 347 ust. 2 StPO). Sąd wyższej instancji, o ile nie stwierdzi swojej niewłaściwości (§ 348 StPO), ponownie bada przesłanki skargi odwoławczej i może wydać postanowienie o jej niedopuszczalności (§ 349 ust. 1 StPO). W odróżnieniu od postępowania apelacyjnego na uzasadniony wniosek prokuratury sąd rewizyjny może postanowić

20 BGH Urt. z 16.05.1990, 2 StR 637/89, <http://www.recht.com>

21 BGH Urt. z 11.05.1988, 3 StR 566/87, NJW 1989, 465.

o oddaleniu rewizji, jeśli jednogłośnie uzna ją za oczywiście bezzasadną (*offensichtlich unbegründet*) – § 349 ust. 2 StPO.

Prokuratura sporządzając wniosek przekazuje go także skarżącemu (wraz z podaniem uzasadnienia). Ma on dwa tygodnie na dostarczenie pisemnej odpowiedzi, przedkładanej następnie sądowi rewizyjnemu.

W formie postanowienia sąd rewizyjny może umorzyć postępowanie ze względów oportunistycznych (z wyjątkiem § 153a StPO), a także uchylić wyrok sądu niższej instancji, kiedy jednomyślnie uzna za uzasadnioną rewizję złożoną na korzyść oskarżonego (§ 349 ust. 4 StPO). W innych wypadkach sąd orzeka wyrokiem.

Rozprawa odwoławcza toczy się według następujących zasad. Po pierwsze: należy zakomunikować oskarżonemu i jego obrońcy czas i miejsce rozprawy (§ 350 ust. 1 StPO). Oskarżony, o ile odpowiada z wolnej stopy, ma prawo osobistego udziału w czynnościach, jak również może być reprezentowany przez obrońcę zaopatrzonego w pisemne pełnomocnictwo (§ 350 ust. 2 StPO). Oskarżony pozbawiony wolności, który nie będzie obecny na rozprawie, jak również nie posiada obrońcy może w terminie tygodnia od poinformowania go o terminie postępowania (oraz o przysługujących mu prawach) złożyć wniosek o ustanowienie obrońcy z urzędu, a żądaniu temu przewodniczący powinien wyjść naprzeciw (§ 350 ust. 3 StPO).

Rozprawa rozpoczyna się od wystąpienia sędziego sprawozdawcy, który referuje całość dotychczasowego postępowania, tj. także przytacza i analizuje treść skargi rewizyjnej oraz zaskarżony wyrok. W zasadzie nie przeprowadza się dowodów (jedynie wyjątkowo mogą być przesłuchiwani świadkowie np. dla wyjaśnienia okoliczności, od których zależy istnienie przesłanek procesowych); natomiast udziela się głosu stronom. Jako pierwszy przemawia skarżący, a następnie prokuratura, obrońca i wreszcie oskarżony, któremu zawsze przysługuje ostatnie słowo (§ 351 ust. 2 StPO).

Po zakończeniu przewodu następuje narada i głosowanie. W jego wyniku możliwe są następujące rozstrzygnięcia:

a) oddalenie rewizji jako niedopuszczalnej – kiedy sąd dojdzie do wniosku, że zostały naruszone przepisy o złożeniu skargi,

- b) oddalenie rewizji jako bezzasadnej – jeśli skarżony wyrok okazuje się w pełni poprawny,
- c) umorzenie postępowania zgodnie z § 260 ust. 3 StPO, tj. ze względu na brak przesłanki procesowej,
- d) uchylenie wyroku, jak też ustaleń co do okoliczności faktycznych, które poczyniono z naruszeniem przepisów (§ 353 ust. 1 i 2 StPO).

Co do zasady – następnie sąd rewizyjny przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania innemu składowi orzekającemu sądu, który wydał zaskarżone orzeczenie lub innemu sądowi tego samego rzędu w kraju związkowym. W odniesieniu do orzeczeń *Oberlandsgerichtu* sprawa trafia do innego składu (senatu).

Sąd otrzymujący sprawę jest związany ustaleniami poczynionymi przez sąd wyższego rzędu w takim zakresie, w jakim były one podstawą uchylenia wyroku (§ 358 ust. 1 StPO). Ponadto nowy wyrok nie może pogarszać sytuacji oskarżonego co do rodzaju i wymiaru kary, jeśli z rewizją wystąpił oskarżony, albo została ona złożona na korzyść przez jego przedstawiciela ustawowego, bądź prokuraturę. Jedyne wyjątki stanowi umieszczenie w zakładzie psychiatrycznym lub odwykowym (§ 358 ust. 2 StPO).

Kiedy sąd rewizyjny uchyla zaskarżony wyrok ze względu na braki pozaformalne (*sachlich-rechtliche Mängel*) może wyjątkowo orzec samodzielnie i to w szczególności uniewinniając oskarżonego, o ile pozwalają na to pełne i bezbłędne ustalenia faktyczne (§ 354 ust. 1 StPO). Samodzielnie sąd ten także orzeka o umorzeniu postępowania ze względu na istnienie przeszkód procesowych i w innych, nielicznych wypadkach wymienionych w ustawie.

d. Sprzeciw od nakazu karnego (Einspruch gegen den Strafbefehl)

Od wydanego nakazu karnego oskarżonemu przysługuje sprzeciw w terminie dwóch tygodni od doręczenia orzeczenia. Składa się go w formie pisemnej w sądzie wydającym nakaz lub ustnie do protokołu w siedzibie sądu (§ 410 ust. 1 StPO). Dopuszcza się częściowe za-

skarżenie nakazu (§ 410 ust. 2 StPO), tj. zarówno w odniesieniu do pojedynczych czynów, jak i poszczególnych postanowień orzeczenia. Nakaz nie wywiera skutków dewolutywnych. Złożenie go po terminie lub uznanie go z innych względów za niedopuszczalny skutkuje wydaniem (zaskarżalnego) postanowienia. Jeżeli natomiast sąd uwzględni sprzeciw, wyznacza jednocześnie termin postępowania głównego (§ 411 ust. 1 StPO). Przebiega ono w zasadzie w kształcie przewidzianym dla normalnego postępowania głównego, przy czym dopuszczalne są wyjątki od zasady bezpośredniości poprzez zastępowanie treści zeznań, wyjaśnień i opinii odczytaniem ich protokołów (§ 420 ust. 1 StPO w zw. z § 411 ust. 2 StPO). Postępowanie kończy się wydaniem wyroku (§ 411 ust. 4 StPO), a do jego ogłoszenia można jeszcze wycofać sprzeciw (§ 411 ust. 3 StPO). W postępowaniu nie obowiązuje zakaz *reformationis in peius*. Nakaz niezaskarżony uprawomocnia się i traktowany jest jak wyrok (§ 410 ust. 3 StPO).

2. Nadzwyczajne środki zaskarżenia

a. Wniosek o przywrócenie poprzedniego stanu (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand)

Zgodnie z jednomyślnym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa wniosek o przywrócenie poprzedniego stanu, przysługujący w przypadku niezawinionej utraty terminu (§ 44 StPO), należy do kategorii nadzwyczajnych środków zaskarżenia. Po jego uwzględnieniu postępowanie bowiem cofa się i może przebiegać w całkowicie odmienny sposób, aniżeli związany z konsekwencjami niedotrzymania terminu.²² Wniosek taki nie wywiera ani skutków dewolutywnych, ani suspensywnych²³, nie zaskarża także decyzji organu procesowego ani pod kątem merytorycznym, ani tym bardziej formalnym. Przywrócenie stanu poprzedniego może jednak w znaczny sposób zmieniać sytuację w procesie, jako że zapadłe później wyroki i postanowienia, jak również inne decyzje – konsekwentnie tracą moc.

22 BGH Beschl. z 21.12.1973, 1 StR 267/72, NJW 1973, 521.

23 Choć zgodnie z § 47 ust. 2 StPO sąd rozpoznający wniosek może wstrzymać wykonanie zapadłych później decyzji.

Przesłanki dotyczące uwzględnienia omawianego wniosku przedstawiają się w następujący sposób:

- a. Złożenie wniosku w terminie tygodnia od ustania przeszkody do sądu, przed którym powinna zostać dokonana czynność lub do sądu rozstrzygającego o wniosku (§ 45 ust. 1 StPO). Co do zasady jest nim sąd właściwy dla danej czynności (§ 46 ust. 1 StPO), lecz teoretycznie może się np. zdarzyć, iż wniosek zostanie złożony dopiero w postępowaniu rewizyjnym, a wówczas będzie decydował właśnie ten sąd.
- b. Wprawdzie przepis literalnie nie przewiduje potrzeby uzasadnienia wniosku, jednak wspomina się w nim, iż we wniosku lub w postępowaniu dotyczącym wniosku należy uwiarygodnić okoliczności na jego uzasadnienie (*Die Tatsachen zur Begründung des Antrags sind bei der Antragsstellung oder im Verfahren über den Antrag glaubhaft zu machen* – § 45 ust. 2 StPO). Orzecznictwo – w tym także konstytucyjne – bardzo wyraźnie podkreśla, iż standard uwiarygodnienia, szczególnie dla oskarżonego, nie powinien być nadmiernie wysoki²⁴, tj. wystarczy, aby wnioskodawca podał sądowi przynajmniej prawdopodobne powody dla uznania, iż niedotrzymanie nastąpiło w sposób niezawiniony. Najczęściej wymienia się wśród nich: opóźnienia pocztowe²⁵, nieobecność w miejscu procesu²⁶ i działalność przedstawicieli, pomocników i pełnomocników procesowych, a także pracowników np. kancelarii adwokackiej, których opieszałość co do zasady nie może obciążać oskarżonego²⁷. W odniesieniu do innych osób, których działalność spowodowała niezachowanie terminu, konieczne jest wykazanie należytej staranności przy ich doborze i nadzorze.
- c. Dokonanie zaległej czynności przed upływem terminu do złożenia wniosku o przywrócenie poprzedniego stanu. Podkreśla

24 BVerfG, z 10.05.1998, 2 BvR 1753/97, <http://www.bverfg.de/entscheidungen>

25 BayOBLG Beschl. z 20.12.1977, RReg 2 Z 95/77, NJW 1978, 1488.

26 Choć to bardzo kontrowersyjny powód, a orzecznictwo bardzo kazuistycznie ocenia powody i rodzaje nieobecności – por. M. Lemke (i in.): *Heidelberger Kommentar, op. cit.*, s. 110.

27 BGH Beschl. z 5.02.2002, 5 StR 617/01, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr>

się przy tym, iż dopełnienie czynności może spowodować przywrócenie poprzedniego stanu z urzędu.

Wniosek o przywrócenie poprzedniego stanu składa się w formie pisemnej lub ustnie do protokołu. Ze względów powyżej wskazanych wniosek musi zawierać datę ustania przeszkody. Jeśli istnieją wątpliwości co do zachowania terminu, należy tę kwestię zinterpretować na korzyść wnioskodawcy.²⁸ Uwzględnienie wniosku nie podlega zaskarżeniu (§ 46 ust. 2 StPO), natomiast jego odrzucenie może być zaskarżone zażaleniem w terminie 1 tygodnia (§ 46 ust. 3 StPO), chyba że chodzi o rozstrzygnięcie BGH (§ 304 ust. 4 StPO).

b. Wniosek o wznowienie postępowania (Wiederaufnahme des Verfahrens)

Wniosek o wznowienie postępowania jest jedną z najistotniejszych możliwości wzruszenia zapadłego prawomocnego orzeczenia (w warunkach niemieckich – przede wszystkim wyroku).²⁹ Instytucja ta w zamierzeniu ma służyć eliminowaniu błędnych wyroków i pełnić funkcję harmonizującą między zapewnieniem porządku prawnego a realizacją sprawiedliwości. Wniosek nie ma charakteru suspensywnego, choć sąd może zarządzić uchylenie lub przerwę w wykonaniu orzeczonej kary lub środka karnego (§ 360 StPO).

Niemiecki kodeks postępowania karnego rozróżnia między podstawami wznowienia postępowania na korzyść i na niekorzyść oskarżonego. Te pierwsze można ująć syntetycznie w następujący sposób:

- a) nieprawdziwy lub sfalszowany dokument,
- b) fałszywe: zeznania lub opinia biegłego,
- c) karalne naruszenie obowiązków służbowych,
- d) uchylenie wyroku cywilnego,
- e) nowe okoliczności lub dowody,
- f) decyzja ETPC.

²⁸ BGH Beschl. z 2.09.1960, 4 StR 311/60, NJW 1960, 2202.

²⁹ O ile nie umarza on postępowania na podstawie § 260 ust. 3 StPO. Zakres zastosowania instytucji wznowienia w odniesieniu do postanowień należy do bardziej kontrowersyjnych zagadnień i nie będzie tu omawiany. Możliwe jest także np. wznowienie postępowania zakończonego wydaniem prawomocnego nakazu karnego – por. § 373 a StPO.

W myśl pierwszej przesłanki podstawę do wznowienia postępowania stanowi to, iż dokument uznany w postępowaniu głównym za prawdziwy i użyty na niekorzyść oskarżonego okazał się nieautentyczny lub sfalszowany (§ 359 pkt 1 StPO). Fałsz ocenia się na podstawie znamion czynu z § 267 StGB. Nieautentyczny albo sfalszowany dokument musi być przedłożony w sposób niezamierzony (nie chodzi tu więc np. o podstęp), a jego treść winna być zaliczona do materiału dowodowego w taki sposób, aby nie można było wykluczyć, że negatywnie wpłynęła na wyrok wydany względem oskarżonego.

Kolejna podstawa do wznowienia postępowania polega na tym, że świadek lub biegły w składanym na niekorzyść oskarżonego zeznaniu względnie opinii w sposób zamierzony lub wskutek niedbalstwa (*vorsätzlich oder fahrlässig*) naruszył obowiązek wynikający z przyrzeczenia lub jest winny umyślnego złożenia niezaprzeczonego fałszywego zeznania/opinii (§ 359 pkt 2 StPO). Na równi z biegłym odpowiada tłumacz (§ 191 GVG); przyjmuje się ponadto, iż przyczyną wznowienia może być analogicznie umyślne lub niedbałe odczytanie zeznań (opinii).

Prawomocnie zakończone postępowanie może być wznowione, jeżeli w wydawaniu wyroku brał udział sędzia lub ławnik winny karalnego naruszenia swoich obowiązków służbowych, o ile naruszenie to nie zostało spowodowane przez skazanego (§ 359 pkt 3 StPO). Czyn zabroniony sędziego zawodowego lub ławnika musi być popełniony w związku z prowadzonym postępowaniem, w którym zapadł skarżony wyrok, poza tym nie może on być spowodowany przez skazanego. Pozwala to wyłączyć spod wznowienia na korzyść oskarżonego np. orzeczenia sędziów przez niego przekupionych.

Wznowienie na podstawie uchylenia wyroku odnosi się do sytuacji, w których wyrok cywilny, na którym opierało się orzeczenie w sprawie karnej, zostało prawomocnie uchylone. Przez „wyrok cywilny” (*zivilgerichtliches Urteil*) rozumie się wyroki sądów cywilnych, pracy, administracyjnych i innych, z wyłączeniem decyzji administracyjnych oraz wyroków karnych. Uchylenie oznacza odpowiednie orzeczenie wydane w postępowaniu o wznowienie postępowania cywilnego (§ 578 i nast. ZPO).

Najistotniejszy i w praktyce najczęstszy powód wznowienia postępowania karnego stanowi przesłanka *de novis*. Ustawa przewiduje konieczność zaistnienia nowych okoliczności faktycznych lub dowodów, które samodzielnie lub w zestawieniu z wcześniej podnoszonymi dowodami mogą być wykorzystane do:

- a) uniewinnienia oskarżonego,
- b) podjęcia – dzięki zastosowaniu łagodniejszego przepisu – decyzji w zakresie:
 - zmniejszenia kary, albo
 - środków poprawczych lub zabezpieczających i dodatkowo w sposób istotny odmiennie (§ 359 pkt 5 StPO).

Pod pojęciem okoliczności należy rozumieć konkretne zdarzenia z przeszłości lub teraźniejszości, dające się udowodnić w sposób określony przepisami prawa karnego procesowego. Nie można zaliczyć do tej grupy zmian bądź nowelizacji ustaw czy linii orzeczniczej. Dowody rozumie się w sensie ścisłym (por. rozdz. 10). „Nowość” dowodów lub okoliczności przejawia się w tym, że zaistniały dopiero po wydaniu wyroku, nie były wcześniej znane sądowi, albo też nie wykorzystano ich w procesie.³⁰

Ostatnią przesłankę wznowienia postępowania na korzyść oskarżonego stanowi okoliczność, że Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził naruszenie Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, a wyrok opiera się na tym naruszeniu.

Wznowienie postępowania na niekorzyść oskarżonego następuje, gdy spełniona zostanie jedna z następujących przesłanek:

- a) nieprawdziwy lub sfałszowany dokument,
- b) fałszywe: zeznania lub opinia biegłego,
- c) karalne naruszenie obowiązków służbowych,
- d) wiarygodne przyznanie się uniewinnionego.

Pierwsze trzy przesłanki są właściwie analogiczne do poprzednio omówionych. Postępowanie wznowia się więc, jeśli: dokument uznany w postępowaniu głównym za prawdziwy i użyty na korzyść oskarżone-

go okazał się nieautentyczny lub sfałszowany (§ 362 pkt 1 StPO), świadek lub biegły w składanym na korzyść oskarżonego zeznaniu, względnie opinii w sposób zamierzony lub wskutek niedbalstwa (*vorsätzlich oder fahrlässig*) naruszył obowiązek wynikający z przyrzeczenia lub jest winny umyślnego złożenia niezaprzeczonego fałszywego zeznania/opinii (§ 362 pkt 2 StPO) i w wydawaniu wyroku brał udział sędzia lub ławnik winny karalnego naruszenia swoich obowiązków służbowych (§ 362 pkt 3 StPO).

Wobec braku przesłanki *de novis* szczególna rola przypada ostatniej, tj. sprowadzającej się do wiarygodnego przyznania się osoby uniewinnionej dokonanego zarówno przed sądem, jak i poza nim. Podkreśla się, że musi nastąpić jednoznaczne przyznanie się do popełnienia czynu, obejmujące wszystkie jego znamiona, a nie tylko pojedyncze okoliczności. Nie wymaga się natomiast potwierdzenia winy. Wypowiedź może nastąpić przed sądem: karnym, cywilnym bądź innym, jak również w prywatnej rozmowie. Wiarygodność przyznania się jest oceniana z wykorzystaniem zasad rozumowania i doświadczenia życiowego.

Sprawę o wznowienie postępowania rozpoznaje inny sąd (o tej samej właściwości rzeczowej), niż ten, co do którego orzeczenia złożono środek (§ 140a GVG w zw. z § 367 ust. 1 StPO). Wyznacza się go na poziomie Sądu Wyższego Krajowego. Ustawa dopuszcza złożenie wniosku w sądzie, którego orzeczenie się zaskarża, przy czym winien jest on przekazać sprawę właściwemu organowi.

W pierwszej fazie postępowania (*Aditionsverfahren*) rozstrzyga się o dopuszczalności wniosku. Przede wszystkim sprawdza się, czy w piśmie zostały podane: podstawa prawna wznowienia oraz środki dowodowe (§ 366 ust. 1 StPO). Wniosek bowiem musi wskazywać zarówno zaskarżany wyrok, jak i sprecyzowane żądanie, a także dostateczne oznaczenie dowodów. Brak przewidzianej przepisami formy, podstawy prawnej czy wreszcie nieodpowiedniość środków dowodowych powodują oddalenie wniosku (§ 368 ust. 1 StPO). Sąd kontroluje, czy zachodzą ogólne przesłanki wznowienia wymienione w §§ 359 i 362 StPO, jak również bada przesłanki szczególne z § 363 StPO.³¹

³¹ Według tego przepisu nie jest dopuszczalne wznowienie postępowania w celu orzeczenia innej kary na podstawie tego samego przepisu ustawy, ani złagodzenie kary na podstawie zmniejszonej zdolności do ponoszenia winy przewidzianej w § 21 StGB.

³⁰ Por. OLG Düsseldorf Beschl. z 23.06.1986, 2 Ws 414/86, NJW 1987, 2030.

Jeżeli dochodzi do pozytywnych konkluzji, doręcza pismo przeciwnikowi procesowemu i określa mu termin do wypowiedzenia się, po czym wydaje postanowienie o dopuszczeniu wniosku.

Rozpoczyna się w ten sposób postępowanie, w którym bada się zasadność wniosku (*Probationsverfahren*). W konieczności sąd zleca jednemu sędziemu przeprowadzenie dowodów co do istnienia podstaw wznowienia postępowania (§ 369 ust. 1 StPO), przy czym swobodnemu uznaniu pozostawiono potrzebę odbierania przyrzeczenia od świadków i biegłych (§ 369 ust. 2 StPO). Oskarżony, jego obrońca, a także prokuratura mają prawo udziału w postępowaniu na warunkach przewidzianych w § 369 ust. 3 StPO. Po jego zakończeniu wzywa się prokuraturę i oskarżonego do złożenia wypowiedzi, chociaż w zasadzie należy wysłuchać wszystkie osoby uprawnione do udziału w postępowaniu dowodowym. Wreszcie sąd wydaje orzeczenie w przedmiocie zasadności wniosku.

Należy go oddalić jako nieuzasadniony (i to bez ustnego podawania powodów), kiedy w opinii sądu zaprezentowane przez stronę okoliczności nie znajdują „dostatecznego potwierdzenia” (*genügende Bestätigung*), lub też wprawdzie zaistniały przesłanki z § 359 pkt 1 lub 2 StPO albo § 362 pkt 1 lub 2 StPO, jednak należy wykluczyć, aby tego rodzaju działalność miała wpływ na orzeczenie (§ 370 ust. 1 StPO). Użyty przez ustawodawcę termin „dostateczne potwierdzenie” według jednomyślnego stanowiska doktryny jest równoważny z „wystarczającym podejrzeniem” z § 170 ust. 1 StPO, uzasadniającym wniesienie aktu oskarżenia. Niejednoznacznie przedstawia się w tej materii zastosowanie reguły *in dubio pro reo*; podkreśla się jednak, że istnienie tylko zwykłych wątpliwości (*bloße Zweifel*) co do prawidłowości zapadłego prawomocnego orzeczenia nie może uzasadniać wznowienia postępowania.

Postanowienie o oddaleniu skargi może być zaskarżone zażaleniem w terminie tygodniowym (§ 372 StPO). Po uznaniu wniosku za uzasadniony sąd zarządza ponowne postępowanie główne (§ 370 ust. 2 StPO). Z tą chwilą ustają skutki poprzednio wydanego orzeczenia, a dalsze wykonywanie kary staje się niedopuszczalne. Własność przedmiotów skonfiskowanych przechodzi z powrotem na poprzednich właścicieli, a skazanemu przysługują wcześniejsze uprawnienia. Dopuszcza

się zastosowanie środków przymusu, jednak muszą zostać ponownie wydane odpowiednie postanowienia.³²

Wznowione postępowanie główne nie ma na celu zbadania zasadności ani prawidłowości poprzednio wydanego wyroku, toczy się niejako w oderwaniu od niego i nie jest ani ograniczone podstawą wznowienia, ani ewentualnie badaniem nowych dowodów i okoliczności. Sąd rozpatruje sprawę na nowo, wszelako w zakresie przedstawionym w postanowieniu o wznowieniu.³³ Jedynie przy wznowieniu postępowania rewizyjnego nie wolno przytaczać nowych zarzutów. Proces przebiega odpowiednio według zasad przewidzianych dla postępowania głównego, włącznie np. z ponownym wzywaniem świadków i odbieraniem od nich przyrzeczenia.

Na marginesie warto podkreślić, że sąd może wydać wyrok uniewinniający bez wszczynania postępowania. Pierwszy przypadek dotyczy zmarłego oskarżonego.³⁴ Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego sąd obligatoryjnie albo uniewinnia oskarżonego, albo oddala wniosek (§ 371 ust. 1 StPO). Uniewinnienie bez postępowania dopuszczalne jest także w innych sytuacjach; jednak jeżeli wniesiono skargę publiczną, oprócz konieczności istnienia wystarczających dowodów, potrzebna także staje się zgoda prokuratury (§ 371 ust. 2 StPO).

W zapadłym wyroku albo utrzymuje się w mocy dotychczasowe orzeczenie, albo uchylając je sąd orzeka odmiennie w sprawie (§ 373 ust. 1 StPO). Obowiązuje przy tym zakaz *reformationis in peius*, tj. wcześniejszy wyrok nie może być zmieniony na niekorzyść oskarżonego ani co do rodzaju, ani co do wymiaru skutków prawnych dla oskarżonego, jeśli wniosek o wznowienie postępowania pochodzi:

- a) wyłącznie od samego skazanego,
- b) od prokuratury i został wniesiony na jego korzyść,
- c) od przedstawiciela ustawowego oskarżonego i został wniesiony na korzyść oskarżonego.

³² M. Lemke (i in.): Heidelberger Kommentar, *op. cit.*, s. 1345.

³³ BGH Urt. z 9.05.1963, 3 StR 19/63, NJW 1963, 1364.

³⁴ Okoliczność, że skazany nie żyje, podobnie jak fakt wykonania kary nie stanowi przeszkody dla złożenia wniosku o wznowienie – por. § 361 ust. 1 StPO.

Przepis ten nie obejmuje umieszczenia w zakładzie psychiatrycznym lub ośrodku odwykowym (§ 373 ust. 2 StPO) tak więc sąd stwierdzając niepoczytalność oskarżonego może go uniewinnić i nakazać umieszczenie w odpowiednim zakładzie opieki zdrowotnej.

c. Skarga konstytucyjna

Na mocy art. 93 ust. 1 pkt. 4a GG Federalny Trybunał Konstytucyjny orzeka w sprawie skarg konstytucyjnych, „które mogą być wniesione przez każdego, kto jest przekonany, że zostało naruszone przez władzę publiczną któreś z jego praw zasadniczych lub któreś z jego praw zawartych w art. 20 ust. 3, 33, 38, 101, 103 i 104”. Z postanowieniem tym koresponduje treść § 79 BVerfGG.³⁵ Zgodnie z nim samoistną podstawę do wznowienia postępowania karnego może stanowić odpowiednie orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Ten nadzwyczajny środek odwoławczy można zastosować, jeśli wyrok w sprawie karnej opiera się na:

- a. normie niezgodnej z konstytucją, lub stosownie do § 78 BVerfGG uznanej za nieważną (nichtig), albo
- b. wykładni uznanej za niezgodną z konstytucją.

Wznowienie przebiega na zasadach przewidzianych w StPO.

d. Skarga do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Podobnie jak w innych krajach, które ratyfikowały Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, w Niemczech dopuszczalne jest wniesienie skargi przed Europejski Trybunał Praw Człowieka, o ile spełnione są przesłanki ogólne: *ratione personae, materiae, loci, temporis*, a także wykorzystano wszystkie środki odwoławcze przewidziane prawem wewnętrznym, a skarga została wniesiona w terminie półrocznym od czasu podjęcia ostatecznej decyzji. Lektura orzeczeń pozwala stwierdzić, że w sprawach przeciwko Niemcom Trybunał wyartykułował wiele istotnych zasad, np. co do:

- 1) ograniczonej odpowiedzialności państwa za uniemożliwienie prawa do sądu przy zaniedbaniu ze strony skazanego,³⁶
- 2) zindywidualizowanej formy publicznego ogłoszenia orzeczenia,³⁷
- 3) nieistotności wyrażania przez przewodniczącego składu nieformalnej opinii co do kwalifikacji prawnej czynu,³⁸
- 4) konieczności ponoszenia kosztów obrony – także obrońcy ustanowionego z urzędu wbrew woli oskarżonego,³⁹
- 5) czasu trwania postępowania karnego, w szczególności wliczania do niego także postępowania odwoławczego,⁴⁰
- 6) prawa do bezpłatnej pomocy tłumacza.⁴¹

Jeżeli ETPC stwierdzi naruszenie Konwencji lub jej protokołów, a wyrok opiera się na tym naruszeniu – orzeczenie sztrasburskie staje się samoistną podstawą do wznowienia postępowania karnego na korzyść skazanego (§ 359 pkt 6 StPO).

35 Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) z 12. marca 1951 w ujęciu z 11. sierpnia 1993 (BGBl I s. 1473) z późn. zm.

36 Hennings v. Niemcy, orzeczenie z 19.12.1992, A251–A, skarga 12129/86.

37 Axen v. Niemcy, orzeczenie z 8.12.1983, A.72, skarga 8273/78.

38 Colak v. Niemcy, orzeczenie z 6.12.1988, A.147, skarga 9999/82.

39 Croissant v. Niemcy, orzeczenie z 25.09.1992, A.237–B, skarga 13611/88, por. też Pakelli v. Niemcy, orzeczenie z 25.04.1983, A.64, skarga 8398/78.

40 Eckle v. Niemcy, por. przyp. 32.

41 Luedicke, Belkacem i Koç v. Niemcy, orzeczenie z 28.11.1978, A.29, Öztürk v. Niemcy, orzeczenie z 21.02.1984, A. 73, skarga 8544/79.

STRUKTURA I WŁAŚCIWOŚĆ SĄDÓW

1. Zasada sędziowskiego wymiaru sprawiedliwości. Niezawistość sędziowska

Wymiar sprawiedliwości, stosownie do postanowień Konstytucji RFN, może być sprawowany jedynie przez „ustawowego sędziego”. Pojęcie to zostało zdefiniowane w rozdziale drugim; w tym miejscu wypada jedynie powtórzyć, że niedopuszczalne są sądy specjalne tworzone w drodze pozaustawowej, a właściwość i struktura sądownictwa, jak podkreśla to Federalny Trybunał Konstytucyjny, należy do tych sfer funkcjonowania państwa, których prawidłowości, a przede wszystkim jasności obywatel może i powinien się domagać.

Zgodnie z § 1 DRiG wymiar sprawiedliwości, a właściwie władza orzecznicza (*rechtsprechende Gewalt*) sprawowana jest przez sędziów zawodowych (*Berufsrichter*) oraz tzw. sędziów honorowych (*ehrenamtliche Richter*), których w sądach karnych określa się mianem ławników (*Schöffe*) – § 45a DRiG.

Sędzią może być jedynie obywatel Niemiec w sensie art. 116 GG, dający gwarancję przestrzegania porządku konstytucyjnego, spełniający odpowiednie warunki edukacyjne oraz dysponujący konieczną „kompetencją społeczną” (§ 9 DRiG). Przesłanki wykształcenia obejmują: ukończenie uniwersyteckich studiów prawniczych, zdanie tzw. egzaminu I stopnia, odbycie 2-letniej służby przygotowawczej zakończonej egzaminem II stopnia (§ 5 DRiG). Z obowiązku tego zwolnieni są jedynie profesorowie zwyczajni nauk prawnych pracujący na uniwersytetach (§ 7 DRiG).

Sędziowie, jak podkreśla to art. 97 ust. 1 GG, są niezawisli i podlegają tylko ustawie (co zostało powtórzone w § 25 DRiG). Z zasadą

koresponduje zakaz łączenia tej funkcji z wykonywaniem zadań w ramach władzy ustawodawczej bądź wykonawczej (§ 4 ust. 1 DRiG). Nie należą do tej sfery m.in.: administrowanie sądami, wykonywanie działalności naukowo-badawczej lub szkoleniowej, jak również powinności wynikające z przepisów ustawy. Ciekawie przedstawia się nakaz wynikający z § 38 DRiG, stanowiący, że „sędzia zarówno przy wykonywaniu swego urzędu, jak i poza nim – w tym w działalności politycznej – winien zachowywać się w taki sposób, aby zaufanie do jego niezawisłości nie zostało narażone na niebezpieczeństwo”. Sędziemu nie wolno w szczególności wydawać prywatnych opinii prawnych, ani udzielać płatnych porad prawnych (§ 41 ust. 1 DRiG), z małym odstępstwem dla profesorów prawa lub nauk politycznych. W niewielkim zakresie sędzia może także pełnić funkcję arbitra (§ 40 DRiG).

Szczególną gwarancję niezawisłości stanowi tryb przenoszenia sędziów, uregulowany przez art. 97 ust. 2 GG: „sędziowie zawodowi powołani planowo na stałe mogą być wbrew swojej woli przed upływem okresu urzędowania zwolnieni albo czasowo pozbawieni swego urzędu, względnie przeniesieni na inne stanowiska bądź w stan spoczynku tylko na mocy orzeczenia sądowego i tylko z przyczyn i formach przewidzianych w ustawach. W przypadku zmiany ustroju sądów lub ich okręgów sędziowie mogą być przeniesieni do innego sądu lub odsunięci od urzędowania, jednakże tylko z zachowaniem pełnego uposażenia.” Przeniesienie wbrew woli sędziego lub zwolnienie z urzędu może nastąpić w czterech podstawowych wypadkach (§ 30 DRiG):

- a. jako efekt postępowania przeciwko sędziemu o naruszenie przepisu ustawy zasadniczej lub porządku konstytucyjnego kraju związkowego (art. 98 ust. 2 i 5 GG),
- b. po zakończonym postępowaniu dyscyplinarnym,
- c. w interesie wymiaru sprawiedliwości,
- d. przy zmianie organizacji sądów.

Sędziowie mogą wykonywać swój urząd dożywotnio (*auf Lebenszeit*), na czas określony (*auf Zeit*), na okres próbny (*auf Probe*) lub „na mocy delegacji” (*kraft Auftrags*) – § 8 DRiG. Podstawową (i docelową) formę stanowi mianowanie dożywotnie, które może nastąpić po trzech latach wykonywania funkcji sędziego (§ 10 ust. 1

DRiG). Mianowanie na czas określony (*Ernennung auf Zeit*) zachodzi wyłącznie w enumeratywnie wymienionych w ustawie przypadkach obejmujących zarówno przesłanki objęcia urzędu, jak i zakres zadań (§ 11 DRiG). Osoba kwalifikująca się do mianowania dożywotniego lub do pełnienia urzędu prokuratorskiego może uzyskać nominację sędziowską na maksymalnie pięcioletni okres próbny, po którym następuje mianowanie dożywotnie na sędziego lub powołanie na stanowisko prokuratora (§ 12 DRiG). W okresie tym sędzia wykonuje swoje zadania jedynie w sądzie, organach administracji wymiaru sprawiedliwości lub w prokuraturze (§ 13 DRiG). Dożywotnio lub na czas określony mianowany urzędnik państwowy może uzyskać nominację „na mocy delegacji”, jeśli następny etap będzie stanowiło mianowanie dożywotnie (§ 14 DRiG). Sędzia taki zachowuje swój dotychczasowy urząd, jak też uposażenie (§ 15 ust. 1 DRiG). Maksymalnie po dwóch latach sędzia taki albo zostaje mianowany dożywotnio, albo zostaje przedstawiony kolegium wyborczemu sędziów (*Richterwahlausschuß*). Jeśli sędzia sprzeciwi się własnej nominacji, wówczas kończy się jego służba (§ 16 ust. 1 DRiG).

Wymiar sprawiedliwości sprawują także ławnicy. Zgodnie z § 31 GVG urząd ten ma charakter honorowy (*Ehrenamt*) i może być sprawowany jedynie przez obywatela Niemiec, za wyjątkiem m.in.: prezydenta, członków rządu federalnego i krajowego, urzędników, którzy mogą być przeniesieni w stan spoczynku, sędziów, prokuratorów, adwokatów i notariuszy, funkcjonariuszy policji i innych urzędników związanych z wykonywaniem wyroków, duchownych i członków stowarzyszeń religijnych obowiązanych do wspólnotowego życia (§ 34 ust. 1 GVG). Powołania w charakterze ławnika mogą uniknąć (jeśli wyrażają taką wolę) m.in. deputowani do Bundestagu, Bundesratu, Parlamentu Europejskiego i odpowiednich izb parlamentów krajowych, osoby będące już ławnikami, lekarze, dentyści, pielęgniarki, pielęgniarze i położne, aptekarze samodzielnie prowadzący apteki, osoby które uprawdopodobnią, iż wykonywanie urzędu utrudni im w szczególności sposób bezpośrednią, osobistą opiekę nad rodziną, osoby po 65. roku życia (§ 35 GVG).

Niezdolnymi do objęcia urzędu ławnika są:

- a) prawomocnie skazani za umyślne przestępstwo na karę pozbawienia wolności powyżej 6 miesięcy, lub jeśli w wyroku orzeczono utratę zdolności do objęcia urzędu,
- b) osoby, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze o przestępstwo, za które można orzec utratę zdolności do objęcia urzędu (§ 32 GVG).

Nie można także powołać w charakterze ławnika osoby, która:

- a) w momencie rozpoczęcia okresu urzędowania¹ nie ukończyła 25 lat,
- b) ukończyła 70 rok życia lub ukończyłaby go przed zakończeniem kadencji,
- c) w momencie wciągnięcia jej na listę kandydatów zamieszkuje krócej niż rok w danej gminie,
- d) ze względów zdrowotnych nie mogłaby sprawować urzędu,
- e) znajduje się w stanie upadłości majątkowej (§ 33 GVG).

Ławnicy stosownie do dosłownego brzmienia ustawy są niezawisli na równi z sędziami zawodowymi (§ 45 ust. 1 DRiG). Przed upływem kadencji mogą być oni odwoływani jedynie z przyczyn wskazanych w ustawie, a wbrew swojej woli – na mocy orzeczenia sądu (§ 44 ust. 2 GVG). Wykreślenie z listy dokonuje się w przypadku nastąpienia lub ujawnienia przyczyn niezdolności do sprawowania urzędu, albo nastąpienia lub ujawnienia okoliczności uniemożliwiających powołanie (§ 52 ust. 1 GVG). Może też być dokonane na wniosek ławnika (§ 52 ust. 2 GVG).

2. Właściwość rzeczowa (*sachliche Zuständigkeit*)

Właściwość rzeczową (*sachliche Zuständigkeit*) wyrażającą się w pytaniu, jakiego rzędu sąd ma rozstrzygać sprawę w pierwszej instancji określa GVG – stosownie do § 1 StPO. Zgodnie z § 6 StPO musi być ona sprawdzana z urzędu przez sąd na każdym etapie postępowania jako jedna z jego przesłanek. Sąd nie może uznać się za niewłaści-

¹ Wybory są organizowane co 4 lata – por. § 40 ust. 1 GVG.

wy z powodu tego, że sprawa winna być rozpatrzona przez sąd niższego rzędu (§ 269 StPO). Wskazana okoliczność nie może także stanowić zarzutu rewizyjnego, chyba że – co od dawna podkreśla orzecznictwo – właściwość sądu wyższego rzędu byłaby całkowicie bezpodstawna, a więc samowolna i przez to pozbawiająca obywatela prawa do ustawowego sędziego.²

W zależności od rodzaju sprawy (jak też innych czynników) w pierwszej instancji może być właściwy sąd najniższego rzędu – *Amtsgericht*, *AG*, Sąd Krajowy – *Landsgericht*, *LG*, albo Wyższy Sąd Krajowy – *Oberlandsgericht*, *OLG*.

a. *Amtsgericht*

Zgodnie z § 24 ust. 1 GVG właściwość *Amtsgerichtu* określono negatywnie, tj. sprawa rozpoznawana jest przez ten sąd, jeśli **nie zachodzą** następujące okoliczności:

- 1) sprawa należy do wyłącznej właściwości Sądu Krajowego – działającego jako sąd przysięgłych (§ 74 GVG), lub specjalna izba ochrony państwa (§ 74a GVG),
- 2) sprawa należy do właściwości Wyższego Sądu Krajowego (§ 120 GVG),
- 3) należałoby oczekiwać kary pozbawienia wolności powyżej 4 lat, albo umieszczenia oskarżonego w szpitalu psychiatrycznym zastosowanego samoistnie, obok wymierzenia kary lub jako środek zabezpieczający,
- 4) prokuratura wnosi o rozpoznanie sprawy przed Sądem Krajowym ze względu na jej szczególne znaczenie.

Pierwsze dwie przesłanki wydają się oczywiste; wyjaśnienia mogą wymagać dwie następne. Spodziewany wymiar kary stanowi kryterium nie tylko właściwości rzeczowej sądu, lecz i jego składu. Prokuraturze pozostawia się wybór sądu i to ona musi określić spodziewany wymiar kary, kierując się standardem prawdopodobieństwa analogicznego do wydania postanowienia o otwarciu postępowania głównego – *hinrei-*

chender Tatverdacht z § 203 StPO. *Amtsgericht* nie może skazać na więcej niż cztery lata pozbawienia wolności, ani orzec o umieszczeniu w szpitalu psychiatrycznym (§ 24 ust. 2 StPO). Przesłanka szczególnego znaczenia sprawy zalicza się do tzw. ruchomej właściwości (*bewegliche Zuständigkeit*). Mamy z nim do czynienia, gdy przypadek wyróżnia się spośród masy pozostałych analogicznych spraw ze względu na okoliczności faktyczne lub prawne, polegające np. na skali naruszenia prawa, jak również – co bardzo ciekawe – przyjęciu interesu mediów i publiczności.³

Omawiany sąd może działać w dwóch składach: jednego sędziego oraz składu ławniczego. W **składzie jednoosobowym** *Amtsgericht* rozstrzyga w większości spraw o występki, w których jest właściwy, tj.:

- a) w postępowaniu prywatnoskargowym, jeśli skargę wnosi i popiera tylko oskarżyciel prywatny (§ 374 StPO); w przeciwnym wypadku właściwość określa się na zasadach ogólnych,
- b) jeśli oczekiwany wymiar kary nie przekracza 2 lat pozbawienia wolności (§ 25 GVG).

Oczywiście oczekiwania prokuratury nie zawsze muszą się spełnić. Gdy tak się nie dzieje, sądy w odpowiedni sposób stosują omówione przy okazji postępowania przejściowego zasady przekazywania sprawy na podst. § 209 StPO. Warto jednak podkreślić, że skład jednoosobowy może rozstrzygać wszelkie sprawy, w których *AG* jest właściwy i wydaniu wyroku nie sprzeciwia się, że dopiero na rozprawie wyjdą na jaw okoliczności uzasadniające wymiar kary powyżej dwóch lat. Nie wchodzi wówczas w grę ani przekazanie sprawy składowi ławniczemu ze względu na wcześniejsze zbyt niskie oczekiwanie w zakresie kary, ani tym bardziej podnoszenie takiego zarzutu w rewizji.

Podstawowy skład ławniczy *Amtsgerichtu*, to jeden sędzia zawodowy jako przewodniczący (nie może nim być osoba w pierwszym roku okresu próbnego) oraz dwóch ławników – § 29 ust. 1 GVG. Jednak na wniosek prokuratury w momencie wydania postanowienia o otwarciu postępowania głównego (lub sądu wyższego, jeśli otwiera on postępowanie przed *Amtsgerichtem*) można postanowić o rozszerzeniu składu

2 BGH Beschl. z 26.09.2001, 2 StR 340/01, <http://www.hrr--strafrecht.de/hrr>

3 BGH Ur. z 12.02.1998, 4 StR 428/97, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr>

o dodatkowego sędziego zawodowego, jeśli z okoliczności sprawy wynika, iż jest to potrzebne (§ 29 ust. 2 GVG). Przy ocenie nieodzowności czwartego sędziego nie ma decydującego znaczenia zawilość sprawy. „Rozszerzony” Amtsgericht proceduje więc w parzystym składzie 2+2.

Ławnikom, o ile ustawa nie stanowi inaczej, przysługują takie same prawa, jak sędziom zawodowym, w szczególności ich głos jest równoważny i biorą udział w naradzie nad wyrokiem. Zgodnie jednak z § 30 ust. 2 GVG wszystkie orzeczenia zapadające poza postępowaniem głównym, czyli nie tylko przed wszczęciem oraz po zakończeniu, ale także w trakcie przerwy w rozprawie, jeżeli tylko nie ma potrzeby wszczyniania postępowania ustnego – wydają wyłącznie sędziowie zawodowi. Orzeczenia te to np. zarządzenie przeszukania, zatrzymania rzeczy czy postanowienie o tymczasowym aresztowaniu.

Ze względu na postanowienie § 25 GVG można powiedzieć, że skład ławniczy orzeka w zakresie średniej przestępczości (spodziewane zagrożenia karą 2–4 lata pozbawienia wolności). Jego właściwość rzeczowa nie została uregulowana pozytywnie, lecz negatywnie, tj. sąd ławniczy orzeka, gdy nie wystarcza właściwość 1 sędziego. Jeżeli jednak od początku sprawy w rachubę wchodzi tylko kara 2 lat pozbawienia wolności, wówczas prowadzenie jej przez sąd ławniczy może być poczytane za pozbawienie prawa do ustawowego sędziego.

b. Sąd Krajowy (Landsgericht)

Począwszy od szczebla Sądów Krajowych, aż po Federalny Sąd Najwyższy pojawia się rozróżnienie sędziów na: prezesa (*der Präsident*), spełniającego dodatkowo funkcje administracyjne, tzw. sędziów przewodniczących (*Vorsitzende Richter*) – z urzędu kierujących postępowaniem głównym oraz pozostałych sędziów, członków składu orzekającego (§ 21f GVG). Sędziowie LG – z wyjątkiem prezesa – mogą jednocześnie sprawować urząd sędziów Amtsgerichtu (§ 59 ust. 2 GVG).

W sądach krajowych tworzy się izby: cywilne i karne (*Strafkammern* – § 60 GVG). Podstawowy skład w sprawach karnych to tzw.

wielka izba (*grosse Strafkammer*)⁴ składająca się z trzech sędziów zawodowych i dwóch ławników (§ 76 ust. 1 GVG), choć w postanowieniu o otwarciu postępowania głównego może ona zmniejszyć skład do rozmiaru 2+2, jeżeli nie działa jako tzw. sąd przysięgłych, albo ze względu na okoliczności sprawy obecność trzeciego sędziego nie wydaje się niezbędna (§ 76 ust. 2 GVG).

Właściwość rzeczowa wielkiej izby ukształtowana została również negatywnie i obejmuje następujące sprawy (§ 74 ust. 1 GVG):

- a. zbrodnie, w których nie jest właściwy ani Amtsgericht ani Sąd Wyższy Krajowy,
- b. inne przestępstwa (występki), w których należałoby oczekiwać kary wyższej niż 4 lata, ewentualnie umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym orzkanego już to samoistnie, już to obok kary, względnie jako środek zabezpieczający,
- c. wszystkie zbrodnie i występki, w których prokuratura wniosła sprawę przed LG ze względu na jej szczególne znaczenie.

W zakresie wydzielonych spraw w pierwszej instancji właściwe są tzw. szczególne wielkie izby, tj. sąd przysięgłych, izba ochrony państwa, izba gospodarcza. Charakteru takiego nie ma izba ochrony nieletnich, choć stanowi ona również wyspecjalizowaną jednostkę administracji wymiaru sprawiedliwości.

Tzw. sąd przysięgłych (*Schwurgericht*) to tradycyjna nazwa wielkiej izby sądu krajowego właściwej dla 25 najpoważniejszych czynów enumeratywnie wymienionych w § 74 ust. 2 GVG. Katalog ten obejmuje m.in. morderstwo, zabójstwo, zgwałcenie ze skutkiem śmiertelnym, uszkodzenie ciała ze skutkiem śmiertelnym, wzięcie zakładnika ze skutkiem śmiertelnym, spowodowanie eksplozji jądrowej itp. Proceduje ona zawsze w składzie trzech sędziów zawodowych i dwóch ławników, a w przypadku sporu kompetencyjnego przysługuje jej pierwszeństwo z mocy ustawy (§ 74e GVG). Warto podkreślić raz jeszcze, że w procesie niemieckim nie istnieją sędziowie przysię-

⁴ „Mała izba” czyli *kleine Strafkammer* to skład sądu krajowego rozpoznającego apelację od wyroku Amtsgerichtu. Co do zasady tworzy go 1 sędzia zawodowy i 2 ławników (§ 76 ust. 1 GVG), z możliwością przybrania drugiego sędziego zawodowego (apelacja od wyroku składu rozszerzonego – § 76 ust. 3 GVG).

gli, choć tradycja pielęgnuje tę nazwę na oznaczenie izby rozpatrującej sprawy o najpoważniejsze czyny.

Izbę ochrony państwa (*Staatschutzkammer*) tworzy się w sądach krajowych, w których okręgu ma siedzibę wyższy sąd krajowy (§ 74a ust. 1 GVG). W pierwszej instancji jest ona właściwa dla zbrodni przeciwko pokojowi i konstytucyjnym podstawom państwa, tj. czynom enumeratywnie wymienionym w przepisie.⁵ Jej właściwość miejscowa pokrywa się z właściwością sądu wyższego rzędu (§ 74 ust. 4 GVG).

Właściwość trzeciej izby szczególnej – gospodarczej (*Wirtschaftsstrafkammer*) obejmuje czyny zabronione z zakresu m.in. prawa patentowego, wzorów użytkowych, spółek, prawa bankowego i wielu innych ustaw wymienionych w § 74c ust. 1 GVG, o ile przy orzekaniu konieczna jest szczególna znajomość reguł życia gospodarczego. Ze względu na zasadę szybkości rządu krajów związkowych zostały upoważnione do całkowitej lub częściowej zmiany właściwości miejscowej izb gospodarczych poprzez przekazanie im (wszystkich bądź niektórych) spraw z okręgów innych sądów krajowych (§ 74c ust. 3 i 4 GVG).

W sprawach czynów osób dorosłych, w których pokrzywdzonymi lub bezpośrednio zagrożonymi są dzieci lub nieletni (*Jugendliche*, czyli osoby między 14 a 18 rokiem życia⁶), jak również w zakresie naruszenia przepisów służących ochronie młodzieży lub jej wychowaniu, obok sądów powszechnych są właściwe sądy dla nieletnich (*Jugendgerichte*, *Jugendschutzgerichte*) – § 26 ust. 1 StPO. Na poziomie LG mogą być wyodrębnione specjalne izby ochrony nieletnich (*Jugendschutzkammer*), które tworzą wyspecjalizowani w tej problematyce sędziowie. Do spraw z zakresu § 26 ust. 1 GVG powołuje się także specjalnych ławników (*Jugendschöffen*). Izba nie ma charakteru szczególnego, jej istnienie uwarunkowane jest przede wszystkim potrzebami praktyki.

5 Chyba że prokurator generalny przejmie sprawę do samodzielnego prowadzenia z wyjątkiem wskazanym w § 74a ust. 2 GVG.

6 Por. § 1 ust. 2 ustawy z 4. sierpnia 1953 o sądach dla nieletnich – *Jugendgerichtsgesetz* (JGG), BGBl I 1953, 751.

c. Wyższy Sąd Krajowy (Oberlandsgericht)

Wyższy Sąd Krajowy również tworzą: prezes, przewodniczący i sędziowie (§ 115 GVG), przy czym w sądzie tym w zasadzie zasiadają wyłącznie sędziowie mianowani dożywotnio. Składy orzekające noszą miano *Senate* (§ 116 ust. 1 GVG), co można by przetłumaczyć jako „wyższe izby”, choć z pewnością to przekład daleki od doskonałości. Dodatkowo ustanawia się w OLG sędziów nadzorujących postępowanie przygotowawcze, który to urząd mogą pełnić także sędziowie innych Wyższych Sądów Krajowych, właściwych miejscowo w sprawie. Sędziowie ci sprawują kontrolę nad postępowaniem przygotowawczym, w którym OLG jest właściwy rzeczowo.

Izby wyższe orzekają w pierwszej instancji w składzie trzech lub pięciu zawodowych sędziów, w zależności przede wszystkim od stadium postępowania. Przed wszczęciem postępowania głównego OLG orzeka zawsze w składzie trzyosobowym (włącznie z przewodniczącym – § 122 ust. 1 GVG). Postanowienie o wszczęciu postępowania głównego wydaje skład pięcioosobowy, przy czym określa się także, czy sprawa będzie dalej rozpoznawana przez trzech, czy przez pięciu sędziów; przybranie dwóch dodatkowych może się okazać niezbędne ze względu na obszerność lub złożoność sprawy (§ 122 ust. 2 GVG).

W pierwszej instancji Wyższy Sąd Krajowy, w którego okręgu znajduje się siedziba rządu kraju związkowego, właściwy jest w pierwszej kolejności w sprawach enumeratywnie wymienionych w § 120 ust. 1 GVG czynów przeciwko państwu i porządkowi konstytucyjnemu, tj. m.in.: wywołania wojny napastniczej (*Friedensverrat* – § 80 StGB), zdrady głównej (*Hochverrat* – § 81 StGB) czy zamachu na organ lub przedstawiciela obcego państwa (§ 102 StGB). OLG w pierwszej instancji rozpoznaje dodatkowo sprawy, w których prokurator generalny przejmie ściganie ze względu na szczególne znaczenie, a badane czy-
ny:

- a. są objęte właściwością *Staatschutzkammer* Sądu Krajowego,
- b. stanowią: morderstwo (§ 211 StGB), zabójstwo (§ 212 StGB) oraz tworzenie i udział w związku terrorystycznym (§ 129a StGB), jeżeli można powiązać czyn ten z działalnością organi-

zacji działającej w całości lub w części poza krajem i mającej na celu popełnianie czynów zabronionych tego rodzaju,

c. należą do enumeratywnie wymienionych w § 120 ust. 2 pkt. 3 GVG, skierowanych przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu (m.in. morderstwo, zabójstwo, sprowadzenie pożaru w dużych lub szczególnie dużych rozmiarach, także ze skutkiem śmiertelnym, spowodowanie eksplozji jądrowej itp.), o ile czyny te mogłyby:

- ✓ naruszyć istnienie lub zewnętrzne względnie wewnętrzne bezpieczeństwo Republiki Federalnej Niemiec,
- ✓ podważyć lub zniszczyć porządek konstytucyjny, albo pozbawić go znaczenia,
- ✓ naruszyć bezpieczeństwo stacjonujących w RFN wojsk NATO lub państw–członków sojuszu (§ 120 ust. 2 GVG).

d. Problem tzw. „ruchomej właściwości”

Z opisanych powyżej zasad wynika, iż przynajmniej w odniesieniu do dwóch sytuacji kryteria właściwości rzeczowej nie zawsze są precyzyjnie ustalone, tj. z ustawy literalnie nie wynika, jaki sąd będzie rozpatrywał konkretną sprawę. Przypadki te należą do tzw. ruchomej właściwości (*bewegliche Zuständigkeit*). Chodzi tu o możliwości decyzji prokuratury w sprawie wniesienia sprawy przed *Landsgericht* zamiast przed *Amtsgericht* oraz niejako odpowiadającej jej decyzji prokuratora generalnego o przejęciu ścigania szczególnie poważnych przestępstw powodujących zmianę właściwości sądów.⁷

Od okresu Republiki Weimarskiej krytykowano te rozwiązania; w nowszych czasach zastanawiając się nad ich zgodnością z konstytucyjną zasadą prawa do ustawowego sędziego. Ostatecznie jednak niemiecki Trybunał Konstytucyjny uznał, że nie zachodzi sprzeczność

⁷ Jeśli OLG stwierdzi, że nie zachodzi przypadek szczególnego znaczenia, przekazuje sprawę odpowiedniemu *Amts-* lub *Landsgerichtowi* – § 120 ust. 2 *in fine* GVG.

tych rozwiązań z ustawą zasadniczą⁸, a jako argumenty przytacza się następujące twierdzenia:

- a. Prokuraturze nie przysługuje uznaniowość, gdyż jeśli odpowiednie przesłanki zostałyby spełnione, wówczas należy wnieść sprawę przed sąd wyższy,
- b. Decyzja prokuratury podlega wszechstronnej i nieograniczonej kontroli sądowej, i to dopiero sąd decyduje o tym, gdzie sprawa ostatecznie będzie rozpatrywana.

e. Właściwość szczególna z łączności spraw

Łączność spraw, zgodnie z postanowieniami § 3 StPO, może być albo podmiotowa (kilka czynów tego samego sprawcy), albo przedmiotowa (jeden czyn popełniony przez kilka osób, odpowiedzialność podżegaczy, pomocników czy popleczników). Ze względów ekonomicznych sprawy te mogą i powinny być rozpatrywane przez jeden sąd, co może rodzić pytania o właściwość rzeczową. Ustawodawca niemiecki przewidział w tym zakresie następujące reguły. Sprawy należące do właściwości różnych sądów mogą być połączone i rozpatrzone przez sąd najwyższego rzędu (§ 2 zd. 1 StPO). Kiedy natomiast do rozpatrzenia powołane byłyby izby szczególne Sądu Krajowego, sprawa może zostać połączona i prowadzona przez izbę, której przysługuje pierwszeństwo. Porządek ten kształtuje się następująco: sąd przysięgłych, izba gospodarcza, izba ochrony państwa (§ 74e GVG).

3. Właściwość miejscowa (*örtliche Zuständigkeit, Gerichtsstand*)

Jak było już wspomniane, prawo do ustawowego sędziego nakłada na ustawodawcę obowiązek dokładnego określenia także właściwości miejscowej, czyli wybrania spośród równorzędnych sądów właściwych rzeczowo – tego, przed którym będzie się toczył proces. Właściwość miejscową sąd bada z urzędu do momentu wydania postanowienia o wszczęciu postępowania głównego. Do chwili rozpoczęcia przesłuchania oskarżonego w sprawie (*Vernehmung zur Sache* – por. rozdz.

⁸ BVerfGE Urt. z 19.03.1959, 1 BvR 295/58, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr>

11) może on zgłosić odpowiedni zarzut, a sąd winien wówczas ogłosić swoją niewłaściwość, stosownie do § 16 StPO.

Przesłanki określenia właściwości miejscowej można podzielić na zwyczajne i nadzwyczajne. W takim porządku zostaną one omówione.

a. Przesłanki zwyczajne

W pierwszej kolejności właściwy jest ten sąd, w którego okręgu popełniono czyn zabroniony (§ 7 ust. 1 StPO). Zgodnie z definicją zawartą w § 9 ust. 1 StGB miejsce popełnienia czynu to każdy wycinek przestrzeni, na którym sprawca działał albo w przypadku zaniechania – był obowiązany działać, jak też miejsce, w którym nastąpił skutek należący do znamion czynu zabronionego, lub miał nastąpić według wyobrażenia sprawcy. Przepisy StPO regulują ponadto „latającą właściwość” przestępstw popełnionych z użyciem druku (*fliegender Gerichtsstand der Presse*).⁹ W odniesieniu do czynów popełnionych z użyciem pisma drukowanego właściwy miejscowo jest sąd, w którego okręgu pismo się ukazało. Tylko sprawę zniewagi, o ile ściga się ją w trybie prywatnoskarbowym, rozpoznawać może także sąd, w którego okręgu pismo zostało rozpowszechnione, o ile ponadto na tym terenie osoba znieważona mieszka lub ma miejsce stałego pobytu (§ 7 ust. 2 StPO).

Przy braku możliwości ustalenia właściwości według powyższych reguł, postępowanie powinien prowadzić organ, w którego okręgu oskarżony posiada miejsce zamieszkania (*Wohnsitz*) w momencie wniesienia skargi (§ 8 ust. 1 StPO). W sprawie oskarżonego niezamieszkałego na obszarze objętym działaniem niemieckiej ustawy karnej właściwość przechodzi na sąd, w którego okręgu posiada on miejsce pobytu (*gewöhnlicher Aufenthalt*), tj. gdzie dobrowolnie zatrzymał się na stałe lub na dłuższy czas, nawet z przerwami, bez zamiaru posiadania tam miejsca zamieszkania (§ 8 ust. 2 *in principio* StPO). Gdy i tego nie da się tego ustalić, sprawę rozpoznaje sąd ostatniego znanego miejsca zamieszkania oskarżonego (§ 8 ust. 2 *in fine* StPO). Jedyne wobec urzędników niemieckich korzystających z prawa eksterytorialności lub znajdujących się za granicą przyjmuje się właściwość sądu ich miejsca zamieszkania, niezależnie od powyższych kryteriów, a jeśli

nie mają miejsca zamieszkania – sądu, w którego okręgu znajduje się siedziba rządu (§ 11 ust. 1 StPO).

Wreszcie trzecią przesłankę stanowi miejsce ujęcia podejrzanego (§ 9 StPO). Przez ujęcie lub schwytanie (*Ergreifung*) rozumie się każde dokonane dla celów procesowych uprawnione i uzasadnione zatrzymanie (*Festnahme*) podejrzanego, dokonane zarówno przez funkcjonariuszy odpowiednich organów, jak i osoby prywatne, tzw. ujęcie obywatelskie, a dosłownie zatrzymanie tymczasowe – *vorläufige Festnahme* z § 127 StPO.

W odniesieniu do przestępstw popełnionych na pokładzie statków morskich lub powietrznych noszących niemiecką banderę (lub odpowiednie oznaczenia lotnicze) właściwy miejscowo jest sąd, w którego okręgu znajduje się port macierzysty statku albo port, do którego statek zawinie po dokonaniu czynu (§ 10 ust. 1 i 2 StPO). Sprawy o czyny przeciwko środowisku popełnione na morzu (§ 324 – 330d StGB) rozpatruje sąd w Hamburgu (§ 10a StPO).

Przy spełnianiu przez kilka sądów powyższych przesłanek to prokuratura decyduje, przed który z nich należałoby wnieść skargę. Gdy wniesiono ją do kilku organów, powinien ją rozpatrzeć ten, który jako pierwszy wyda postanowienie o wszczęciu postępowania. Sąd wyższego rzędu może jednak zdecydować o przekazaniu sprawy innemu niższemu sądowi (§ 12 StPO).

b. Przesłanki nadzwyczajne

W odniesieniu do spraw z łączności w sensie § 3 StPO, właściwy miejscowo staje się każdy sąd, który procedowałby na zasadach ogólnych (tj. § 7–11 StPO) w sprawie choćby pojedynczego czynu (§ 13 ust. 1 StPO). W takiej sytuacji prokuratura winna dokonać połączenia spraw (wnosząc skargę przed jeden organ), a jeżeli tak się nie stanie, sądy mogą zawrzeć odpowiednie porozumienie w tym zakresie (§ 13 ust. 2 StPO). W razie jego braku na wniosek prokuratury lub oskarżonego sąd nadrzędny nad konkurującymi decyduje o tym, czy i w jakim zakresie ma nastąpić połączenie i który sąd winien rozpoznać sprawę.

Określanie właściwości przez sąd nadrzędny występuje jeszcze w kilku wypadkach, tj.:

⁹ L. Meyer-Goßner, Strafprozessordnung..., *op. cit.*, s. 73.

- a) kiedy nie można określić właściwości miejscowej na podstawie przytoczonych powyżej zasad – BGH wyznacza sąd właściwy (§ 13a StPO),
- b) w odniesieniu do sporów kompetencyjnych pozytywnych decyduje wspólny sąd wyższego rzędu, a jego wskazanie ma charakter wiążący (§ 14 StPO); analogiczna zasada obowiązuje w odniesieniu do sporu negatywnego (§ 19 StPO),
- c) jeśli z przyczyn prawnych lub faktycznych nie można prowadzić sprawy w sądzie właściwym lub zagrażałoby to publiczności bezpieczeństwu – sąd bezpośrednio nadrzędny przekazuje sprawę innemu sądowi równorzędnemu (§ 15 StPO).

4. Właściwość funkcjonalna (funktionelle Zuständigkeit)

Właściwość funkcjonalna nie została w ogóle wspomniana w ustawie karnej procesowej. Pod tym pojęciem – w polskiej doktrynie definiowanym jako uprawnienie sądu do dokonywania określonych czynności postępowania karnego¹⁰ – w Niemczech rozumie się właściwie wszelkie kwestie w zakresie właściwości, których nie można rozwiązać poprzez odwołanie się do właściwości rzeczowej lub miejscowej, a w szczególności:

- a) właściwość sądu odwoławczego,
- b) właściwość szczególnych składów w ramach t.s. właściwości rzeczowej,
- c) podział zadań w obrębie składu orzekającego,
- d) właściwość sędziego nadzorującego postępowanie przygotowawcze.¹¹

a. Właściwość sądu odwoławczego

Sąd Krajowy, jako sąd odwoławczy, rozpatruje w pierwszej kolejności apelacje (*Berufung*) od wyroków Amtsgerichtu działającego za-

równy w składzie 1-osobowym, jak i ławniczym (§ 74 ust. 3 GVG). Orzeka wówczas tzw. mała izba karna (*kleine Strafkammer*), czyli jeden sędzia zawodowy i dwóch ławników. Podobnie jak w pierwszej instancji nie decydują oni w kwestiach rozstrzyganych poza postępowaniem głównym (*außerhalb Hauptverhandlung* § 76 ust. 1 zd. 2 GVG). Do orzekania o apelacji od wyroku rozszerzonego składu ławniczego (2+2) dobiera się drugiego sędziego zawodowego, przy czym poza postępowaniem głównym rozstrzyga wyłącznie przewodniczący (§ 76 ust. 3 GVG).

W postępowaniu zażaleniowym co do zasady rozstrzyga natomiast wielka izba, do której można odwołać się od zarządzeń przewodniczącego i postanowień Amtsgerichtu (§ 73 GVG). Ponieważ z reguły zapadają one poza postępowaniem głównym, także w trybie odwoławczym nie uczestniczą ławnicy, choć formalnie mają do tego prawo.

Jak już poprzednio wskazywano, Wyższy Sąd Krajowy jako instancja odwoławcza może rozpatrywać rewizję od:

- 1) niezaskarżalnych apelacją wyroków Sądu Krajowego,
- 2) wyroków apelacyjnych małej i wielkiej izby karnej,
- 3) pierwszoinstancyjnych wyroków wielkiej izby karnej, o ile zarzuca się im wyłącznie naruszenie prawa krajowego (§ 121 ust. 1 pkt 1 GVG).

Ponadto OLG orzeka w sprawach zażaleń na orzeczenia Sądu Krajowego wydane przez sędziów zawodowych poza rozprawą. Sąd ten proceduje zawsze w składzie trzech sędziów zawodowych.

Bardzo ciekawą instytucję przewidziano w § 121 ust. 2 GVG. Wyższy Sąd Krajowy, chcący w swoim orzeczeniu odstąpić od zasad zawartych w orzeczeniach innego OLG lub BGH, winien przedłożyć sprawę temu sądowi. Uregulowanie to, niekiedy krytykowane m.in. ze względu na zarzuty utrwalania systemu precedensowego, ma zapewnić jednolitość linii orzecznictwa, która jest niewątpliwie pożądana.

Ostatnią instancją odwoławczą stanowi *Bundesgerichtshof*. Również w tym sądzie składy orzekające noszą miano „wyższych izb” (*Senate*), ich liczbę określa federalny minister Sprawiedliwości (§ 130 ust. 1 GVG).

¹⁰ T. Grzegorzczak, J. Tylman: Polskie postępowanie karne, Warszawa 2005, s. 211.
¹¹ W. Beulke: Strafprozessrecht, *op. cit.*, s. 21.

Zgodnie z § 135 ust. 1 GVG *Bundesgerichtshof* rozstrzyga w zakresie rewizji od pierwszoinstancyjnych wyroków Wyższych Sądów Krajowych oraz – o ile te ostatnie nie są właściwe – także od pierwszoinstancyjnych wyroków Sądów Krajowych. Dodatkowo rozpatruje on niektóre zażalenia wymienione w § 135 ust. 2 GVG. Izby BGH procedują w składzie pięciu sędziów zawodowych, w wyjątkowych wypadkach – w składzie trzyosobowym.

Warto poświęcić nieco uwagi organizacji wewnętrznej BGH. W jego ramach tworzy się tzw. wielkie senaty (*große Senate*): dla spraw cywilnych i dla spraw karnych (§ 132 ust. 1 GVG). Wielki Senat ds. Karnych składa się z prezesa i po dwóch członków poszczególnych senatów karnych (§ 132 ust. 5 GVG). Wielkie senaty mogą obradować wspólnie jako tzw. zjednoczone wielkie senaty (*vereinigte große Senate*). Ma to istotne znaczenie w przypadku, gdyby skład orzekający zamierzał odstąpić od linii orzecznictwa prezentowanej przez inny organ BGH. Schemat ten przedstawia się następująco:

- a. jeśli „zwykły” senat karny chciałby orzec odmiennie niż inny „zwykły” senat karny lub Wielki Senat ds. Karnych, zwraca się do Wielkiego Senatu ds. Karnych,
- b. jeśli „zwykły” senat cywilny orzekałby odmiennie niż „zwykły” senat karny albo Wielki Senat ds. Karnych, a także jeżeli „zwykły” senat karny zmieniałby linię przyjętą przez „zwykły” senat cywilny albo Wielki Senat ds. Cywilnych, jak również gdy „zwykły” senat odstępowałby od linii przyjętej przez Zjednoczone Wielkie Senaty – zwracają się do Zjednoczonych Wielkich Senatów.

b. Właściwość szczególnych składów w ramach tej samej właściwości rzeczowej

Zagadnienie to zostało omówione przy okazji właściwości rzeczowej z łączności spraw. Poszczególnym składom przysługuje pierwszeństwo (*Vorrang*) i tak np. zawsze w pierwszym rzędzie właściwy staje się sąd przysięgłych.

c. Podział zadań wewnątrz składu orzekającego

Problem ten – zdaniem sporej części niemieckiej doktryny – należy widzieć z perspektywy właściwości funkcjonalnej. Na mocy § 238 StPO na przewodniczącym spoczywa kierowanie postępowaniem, przesłuchanie oskarżonego oraz przeprowadzanie dowodów. Szereg innych przepisów, częściowo już zacytowanych przy okazji omawiania np. przebiegu postępowania, dokładnie określa zadania przewodniczącego oraz rolę pozostałych członków składu orzekającego.

d. Właściwość sędziego nadzorującego postępowanie przygotowawcze

Właściwość sędziego nadzorującego obejmuje czynności sądowe w postępowaniu przygotowawczym, tj. przede wszystkim zarządzanie zastosowania środków przymusu (*Zwangsmittel*) oraz zabezpieczenie dowodów (np. przesłuchanie podejrzanego, którego protokół może być następnie odczytany – § 254 StPO, także przesłuchanie świadka lub biegłego z analogiczną możliwością – § 251 StPO).

ROLA I ZADANIA PROKURATORY

Z przedstawionych powyżej uwag na temat toku postępowania karnego wynika niezbicie wiodąca rola prokuratury w całym postępowaniu karnym, poczynwszy od jego wszczęcia, a skończywszy na wykonaniu wyroku. Organowi temu przysługują uprawnienia nieporównywalne z polskim odpowiednikiem. Konieczne więc wydaje się omówienie wpieryw organizacji, następnie zasad funkcjonowania prokuratury i przedstawienie jej uprawnień, a przede wszystkim tak charakterystycznych dla niemieckiej regulacji kompetencji w zakresie umarzania postępowania.

1. Organizacja prokuratury

Warto zauważyć, że ustawodawca niemiecki, w przeciwieństwie do polskiego, używa terminu *Staatsanwaltschaft* podkreślając, że w procesie działa instytucja, a nie pojedynczy prokurator.¹ Co do zasady zgodnie z § 141 GVG prokuratura istnieje „przy sądzie”² w każdej instancji. Oczywiście nie znaczy to, że poszczególne jednostki nie mogą spełniać swoich zadań na potrzeby kilku sądów, choć z reguły ma to miejsce na najniższym poziomie organizacji wymiaru sprawiedliwości (*Amtsgericht*) i niekiedy pozostawione jest regulacji prawa krajowego. Prokuratura, podobnie jak wiele innych instytucji Republiki Federalnej Niemiec, działa zarówno na szczeblu federalnym, jak i krajowym (landowym), co wynika m.in. z art. 74 ust. 1 pkt. 1 GG, na mocy którego prawo i postępowanie karne należy do materii konkurencyjnego ustawodawstwa, podzielonego między Związek i Kraje Związkowe.

1 Por. słuszne uwagi dotyczące odmiennej filozofii w polskim procesie karnym: S. Waltoś: *Proces karny...*, *op. cit.*, s. 165.

2 Dosl.: *Bei jedem Gericht soll eine Staatsanwaltschaft bestehen.*

Wśród organów federalnych przy BGH funkcjonuje Prokuratura Związkowa (*Bundesanwaltschaft*), na której czele stoi *Generalbundesanwalt*, organ odrębny od ministra Sprawiedliwości³, pełniący funkcję zwierzchnika innych prokuratorów federalnych. Zadania *Bundesanwaltschaft* polegają na występowaniu przed sądem w sprawach właściwych dla BGH (a więc głównie w trybie odwoławczym) oraz realizowaniu funkcji oskarżycielskiej przed wyższymi sądami krajowymi (*Oberlandsgerichte* – OLG) działającymi w pierwszej instancji. Warto zauważyć, iż prokuratura federalna w ogóle nie prowadzi spraw w zakresie pospolitej przestępczości. *Bundesanwaltschaft* i prokuratury krajowe są właściwie od siebie niezależne.⁴ Jednakże dla celów ochrony prawnej w zakresie ponadkrajowym powołano na mocy porozumień ministrów sprawiedliwości krajów związkowych dwa federalne organy wykonujące funkcje ścigania w zakresie przestępstw, w których może oskarżać Prokuratura Związkowa. Są to:

1. *Zentralstelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung von NS-Verbrechen in Ludwigsburg* – zajmująca się badaniem i wyjaśnianiem przestępstw z użyciem przemocy, popełnionych na tle narodowosocjalistycznym; nie ma ona jednak kompetencji oskarżycielskich i po zakończeniu postępowania przekazuje akta do prokuratury właściwej ze względu na miejsce zamieszkania podejrzanego.
2. *Zentrale Beweismittel- und Dokumentationsstelle der Landesjustizverwaltungen und der Generalstaatsanwaltschaft in Braunschweig*, która dokumentuje czyny zabronione (z użyciem przemocy), popełnione przez organy państwowe byłej Niemieckiej Republiki Demokratycznej.

W każdym Kraju Związkowym⁵ przy Wyższych Sądach Krajowych działa prokuratura krajowa, składająca się z Prokuratora Generalnego Krajowego (*Generalstaatsanwalt*) i podległych mu prokuratorów

3 Zarówno związkowy Prokurator Generalny, jak i prokuratorzy federalni powoływani są na wniosek federalnego ministra Sprawiedliwości przez Prezydenta Niemiec, po uzyskaniu zgody Bundesratu.

4 Poza przewidzianym w § 142a ust. 1 GVG *in fine* uprawnieniem Związkowego Prokuratora Generalnego do określenia właściwości prokuratora krajowego w przypadku sporu kompetencyjnego.

5 Nieco odmiennymi zasadami rządzi się prawo bawarskie.

(§ 142 ust. 1 pkt. 2 GVG). Do jej zadań należy przede wszystkim prowadzenie spraw z zakresu ochrony państwa (*Staatschutzdelikte*), o ile zostaną one powierzone tej jednostce przez federalną Prokuraturę Generalną (§ 142a ust. 2 StPO). Poza tym prokuratorzy Prokuratury Generalnej Krajowej reprezentują oskarżenie przy rozpatrywaniu środków odwoławczych przed OLG, czyli głównie rewizji.

Przy Sądach Krajowych funkcjonuje kierownik prokuratury (*leitender Oberstaatsanwalt*) z podległymi mu prokuratorami. Ze względu na ścisłe powiązanie właściwości prokuratury i sądów można powiedzieć, że właśnie na tym poziomie organizacji prokuratura niemiecka spełnia najwięcej zadań. Wykonuje ona bowiem funkcje we wszystkich sprawach rozpatrywanych przez LG w pierwszej lub drugiej instancji.

Na poziomie najniższym (*Amtsgerichte*) teoretycznie, w myśl zasady wyrażonej w § 142 ust. 1 pkt 3 GVG, winna funkcjonować *Amtsanwaltschaft*, której kompetencje są jednak bardzo ograniczone i sprowadzają się głównie do wykonywania funkcji prokuratorskich w drobnych sprawach, należących do właściwości jednoosobowego składu. Z tego względu dość często zdarza się, że zadania te przejmuje prokuratura działająca przy sądach krajowych.

2. Zasady funkcjonowania prokuratury

Do pełnienia urzędu prokuratorskiego niezbędne są kwalifikacje identyczne z sędziowskimi, przewidziane w § 122 DRiG (z niewielkimi wyjątkami dla oskarżycieli publicznych występujących przed AG). Podstawowe reguły funkcjonowania niemieckiej prokuratury są zbieżne z obowiązującymi w Polsce, dlatego można poprzestać na ich krótkiej charakterystyce. Do najważniejszych zaliczają się: zasada indyferencji (ustawowego przedstawicielstwa każdego prokuratora), dewolucji i substytucji oraz hierarchicznego podporządkowania.

Zgodnie z § 144 GVG, jeśli prokuratura danego sądu składa się z kilku urzędników, wówczas wszyscy podwładni kierownika działają jako jego przedstawiciele i są z mocy ustawy uprawnieni do podejmowania wszelkich czynności bez konieczności uzyskania szczególnego upoważnienia. Oznacza to, że nawet czynność przedsięwzięta

wobec podmiotu zewnętrznego (np. umorzenie postępowania) wbrew wewnętrznym poleceniom jest skuteczna.

Analogicznie wygląda również prawo dewolucji i substytucji. Na mocy § 145 GVG kierownicy prokuratur działających przy OLG i LG są uprawnieni prowadzić wszelkie czynności przed sądami swojej właściwości miejscowej⁶ aż do przejęcia całej sprawy. Ze względu na rozdział funkcji prokuratorskich i ministerialnych – kompetencja ta nie przysługuje ministrom sprawiedliwości (federalnemu i związkowym). Mogą oni natomiast skorzystać z przewidzianego dla kierowników prokuratur prawa substytucji i przekazać sprawę do prowadzenia innym prokuratorom lub wręcz całym jednostkom.⁷

Stosownie do § 146 GVG prokuratorzy mają obowiązek stosować się do poleceń służbowych (*Weisungsrecht*) swoich zwierzchników, którymi są:

- a. Federalny minister Sprawiedliwości wobec Federalnego Prokuratora Generalnego i innych prokuratorów federalnych,
- b. Krajowy minister Sprawiedliwości względem wszystkich prokuratorów krajowych,
- c. Kierownicy prokuratur działających przy OLG i LG względem wszystkich prokuratorów w danym okręgu (w tym również – co nie wynika wprost z przepisu – związkowy Prokurator Generalny wobec prokuratorów federalnych).

Wobec takiego modelu podporządkowania, szczególnie na linii minister sprawiedliwości–prokurator, istotnym a zarazem trudnym problemem stają się granice prawa do wydawania poleceń.⁸ Nie ulega wątpliwości, iż wiążące są jedynie wskazania zgodne z prawem – tj. nie mogą one np. zmierzać do niezastosowania się do zasady legalizmu (§ 152 ust. 2 StPO i § 170 StPO), czy ścigania osoby niemającej nic wspólnego ze sprawą.⁹ Polecenia ministra Sprawiedliwości oprócz

⁶ Właściwość miejscowa sądów i prokuratur pokrywa się (z nielicznymi wyjątkami w postępowaniu wykonawczym) – por. § 143 ust. 1 GVG.

⁷ L. Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung...*, op. cit., s. 1600.

⁸ Problem komplikuje się dodatkowo ze względu na tryb powoływania i odwoływania Krajowych Prokuratorów Generalnych, którzy w pięciu Krajach Związkowych mogą być przeniesieni przez władze polityczne w stan spoczynku.

⁹ To ostatnie zachowanie jest wręcz stypizowane jako przestępstwo. Paragraf 344 StGB reguluje je jako tzw. *Verfolgung Unschuldiger*, czyli dosł. „ściganie niewinnego”.

wskazanej już substytucji, w zasadzie mogą dotyczyć wyłącznie sprawowania urzędu prokuratorskiego, a nie ingerencji w konkretną sprawę. Odnosnie np. oceny dowodów i wymiaru następstw prawnych czynu (niezwykle istotnych ze względu na szerokie kompetencje prokuratury do umorzenia postępowania) przyjmuje się, że prokurator niebędący bezpośrednim przełożonym i nieuczestniczący w sprawie nie może wydawać wiążących poleceń prowadzącemu sprawę, choć i od tej reguły dałoby się wskazać wyjątki.

Prokurator samodzielnie nie rozstrzyga o niezgodności polecenia z prawem, ma obowiązek dwukrotnego zgłaszania wątpliwości. W pierwszej kolejności powinien zwrócić się do bezpośredniego przełożonego, a jeżeli polecenie zostanie utrzymane w mocy, lecz prowadzący sprawę w dalszym ciągu żywiłby wątpliwości co do jego legalności, odwołuje się do następnego w hierarchii prokuratora. Jeżeli decyzja nie zostanie zmieniona, podwładny musi ją wykonać, chyba że samo działanie jest karalne, narusza porządek publiczny, względnie godność ludzką.¹⁰ W przypadkach szczególnie konfliktowych należałoby oczekiwać od przełożonych umiejętnego posłużenia się zasadami dewolucji i substytucji.

3. Kompetencje prokuratury

Kompetencje prokuratorów niemieckich są oczywiście zbliżone do uprawnień ich polskich odpowiedników, choć należy zauważyć, że *Staatsanwaltschaft* przysługuje większa władza dyskrecyjna, czemu odpowiada więcej zadań do spełnienia. Niemiecka prokuratura bowiem jest nie tylko gospodarzem postępowania przygotowawczego (*Herrin des Ermittlungsverfahrens*, przy czym przysługują jej dość szerokie kompetencje w zakresie umorzenia postępowania), ale ma obowiązek wnosić i popierać oskarżenie przed sądem (w ramach tzw. *Zwischen- i Hauptverfahren*); ponadto z tytułu § 451 StPO jest ona organem wykonawczym, a niekiedy na mocy prawa krajowego przysługuje jej również prawo łaski. Abstrahując od dwóch ostatnich uprawnień, które

wykraczają poza tematykę niniejszej książki, warto się przyjrzeć pozostałym sferom działalności omawianego organu.

Zgodnie z § 152 ust. 1 StPO to właśnie prokuraturze przysługuje wyłączna kompetencja wnoszenia skargi publicznej. Prokuratura – podobnie jak w Polsce – jest związana zasadą obiektywizmu, tj. ma obowiązek wyjaśniania okoliczności zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego. Winna ona również troszczyć się o dowody, w stosunku do których istnieje groźba utraty lub zniknięcia (§ 160 ust. 2 StPO). W odniesieniu do dowodów istotnych z punktu widzenia następstw prawnych czynu, czego ustalenie stanowi również jeden z celów niemieckiego postępowania przygotowawczego, możliwe jest skorzystanie z pomocy sądu (§ 160 ust. 3 StPO).

Dla realizacji tych celów prokuratura ma prawo domagać się informacji od wszystkich władz publicznych, jak również prowadzić dochodzenia wszelkiego rodzaju – samodzielnie lub przez specjalnie do tego celu powołane instytucje – formacje i urzędników policyjnych, o ile przepisy szczególne nie stanowią inaczej (*Ermittlungsgeneralklausel* – § 161 ust. 1 zd. 1 StPO). Nawet w zakresie uzyskania danych osobowych stwierdzono wyraźnie (§ 160 ust. 4 StPO), że czynność ta jest niedopuszczalna tylko wtedy, kiedy przepis prawa federalnego lub krajowego wyraźnie tak stanowi.

W toku postępowania przygotowawczego prokuratura przesłuchuje świadków i biegłych (§ 161a StPO). Przed wniesieniem aktu oskarżenia należy również przesłuchać podejrzanego (§ 163a StPO), choć swoistą cechą niemieckiej procedury stanowi możliwość zrezygnowania z tej czynności przy jednoczesnym umorzeniu postępowania¹¹. Jeżeli prokuratura uzna za stosowne przeprowadzenie czynności sądowej w postępowaniu przygotowawczym, wówczas zwraca się do właściwego sądu (zwykle *Amtsgericht*) z odpowiednim wnioskiem, który jest rozpatrywany przez sędziego nadzorującego postępowanie (§ 162 StPO). Dotyczy to przede wszystkim zastosowania środków przymusu (*Zwangmaßnahmen, Grundrechtseingriffe*).¹²

¹⁰ W. Beulke: *Strafprozessrecht, op. cit.*, s. 42.

¹¹ Por. bliżej rozdział 11.

¹² W polskiej doktrynie rozumianych *sensu largo*.

Wymienione uprawnienia różnią się od rodzimych właściwie jedynie szczegółami. Istotna natomiast różnica między kompetencjami polskiej i niemieckiej prokuratury istnieje w zakresie możliwości umorzenia postępowania.

Jak już wspomniano, wprowadzie model niemieckiego procesu holduje zasadzie legalizmu, istnieje w nim jednak wiele rozwiązań pozwalających na oportunistyczne umorzenie postępowania, spośród których zostaną omówione jedynie najistotniejsze.¹³

Pierwszą z nich (i najstarszą¹⁴) stanowi umorzenie ze względu na znikomość znaczenia sprawy (*Einstellung wegen Geringfügigkeit* – § 153 StPO). Przesłanki zastosowania tej instytucji kształtują się w sposób następujący:

- a. **Umorzeniu w tym trybie podlegają jedynie występki¹⁵,**
- b. **Wina podejrzanego byłaby oceniona jako niewielka** (*die Schuld des Täters wäre als gering anzusehen*). Przesłanka ta oznacza, że po pierwsze – niemożliwe jest umorzenie na podstawie § 153 StPO postępowania, w którym po stronie sprawcy zachodzą okoliczności wyłączające winę, po drugie – co może być nawet bardziej interesujące – kwestia jej stopnia¹⁶ w ogóle nie musi być udowodniona; wystarczy odpowiednie prawdopodobieństwo, iż takiej oceny dokonano by w postępowaniu sądowym.¹⁷ „Niewielki” stopień winy oznacza, że w porównaniu z występkami takiego samego rodzaju – w konkretnym przypadku należałoby ją ocenić jako znacznie poniżej przeciętnej.
- c. **Brakuje publicznego interesu ścigania.** Wydaje się, że o istnieniu tego rozstrzygają względy zarówno ogólnie – jak i szcze-

gólnoprewencyjne, a także związane z osobą pokrzywdzonego. Co ciekawe, praktycznie wszyscy komentatorzy¹⁸ podkreślają, że prokurator (któremu w tej materii przyznaje się stosunkowo szeroki zakres uznaniowości) stwierdzający zaistnienie hipotetycznie niewielkiego stopnia winy oraz brak interesu publicznego nie tylko może, ale wręcz musi (i to wbrew literalnemu brzmieniu przepisu¹⁹) umorzyć postępowanie. Z oczywistych przyczyn § 153 StPO nie ma zastosowania w trybie prywatnoskargowym, chyba że wszczęto je ze względu na ochronę interesu społecznego.

Decyzja o umorzeniu na podstawie § 153 StPO w zasadzie jest podejmowana przez prokuratora za zgodą sądu; jednakże w odniesieniu do czynów o bardzo niskim zagrożeniu karą (do 1 miesiąca lub 5 stawek dziennych grzywny), ewentualnie takich, które spowodowały niewielką szkodę (do 50 euro) o umorzeniu postanawia wyłącznie prokurator. Warto zauważyć, iż w opinii większości autorów niemieckich do umorzenia w tym trybie nie wymaga się zgody podejrzanego, a z treści przepisów wynika, iż nie musi być on nawet przesłuchany. Trzeba jednak dodać, że postanowienie o umorzeniu nie stanowi prawomocnego zakończenia sprawy i to nawet wtedy, kiedy dokonuje się za zgodą sądu. W każdym momencie możliwe jest podjęcie postępowania, nawet bez konieczności pojawienia się nowych dowodów lub okoliczności.

Pół wieku młodszą instytucję stanowi bardziej zbliżone do polskiego warunkowego umorzenia postępowania – tzw. umorzenie po spełnieniu nałożonych obowiązków (*Einstellung nach Erfüllung von Auflagen* – § 153a StPO). Najistotniejszą różnicę w odniesieniu do poprzednio charakteryzowanego sposobu zakończenia postępowania stanowi fakt, iż w tym trybie wprawdzie istnieje publiczny interes w ściganiu, lecz zostaje on wyeliminowany poprzez nałożenie na sprawcę (i spełnienie przez niego) określonych obowiązków i poleceń. W szczególności przesłanki zastosowania § 153a StPO kształtują się następująco:

13 Dokładniejszy przegląd starszej i nowszej literatury oraz orzecznictwa dotyczącego problematyki oportunistycznego umorzenia postępowania w Niemczech można znaleźć np. w: J. Krümpelmann, J.: Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff, Berlin 1966; M. Sabrotzky: Die außergerichtliche Erledigung von Strafsachen durch die gemeindlichen Schiedsstellen in den neuen Bundesländern und durch den Conciliateur in Frankreich, Frankfurt/M. 1997, por. też.: J. Tylman: Oportunizm w postępowaniu karnym RFN, „Nowe Prawo” 10–12/1989.

14 Instytucję tę wprowadzono do StPO w 1924 r.

15 Zgodnie z § 12 ust. 2 StGB są to czyny zagrożone dolną karą pozbawienia wolności poniżej 1 roku lub grzywną.

16 Ocenianego na podstawie ogólnych przesłanek, czyli § 46 ust. 2 pkt 2 StGB.

17 Por. M. Lemke (i in.): Heidelberg Kommentar, *op. cit.*, s. 567.

18 Wyczerpujący przegląd literatury i orzecznictwa podaje P. Rieß (red.): Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Grosskommentar (Löwe/Rosenberg), Berlin 1997.

19 Ustawodawca używa bowiem czasownika „können” czyli „móc”.

a. Odnosi się ono również jedynie do postępowań o występki.

b. Ciężar winy sprawcy nie sprzeciwia się umorzeniu. Podobnie jak w przypadku poprzednim musi zaistnieć wystarczające podejrzenie sprawstwa (prawdopodobieństwo skazania). Umorzenie w trybie § 153a StPO może dotyczyć również tzw. średniej przestępczości, o czym świadczy słynna już decyzja LG w Bonn w tzw. aferze Kohla/CDU.²⁰

c. Nałożone na podejrzanego (oskarżonego) zobowiązania i powinności są takiego rodzaju, że eliminują społeczny interes ścigania. Prokuratura może nakazać oskarżonemu w szczególności²¹ :

- naprawić szkodę,
- spełnić świadczenie pieniężne na rzecz instytucji pożytku publicznego lub do kasy państwowej,
- wykonać pracę powszechnie użyteczną,
- stosować się do obowiązku alimentacyjnego w określonej wysokości,
- dołożyć troski w zakresie pojednania się sprawcy z ofiarą,
- uczestniczyć w szkoleniu dotyczącym zasad jazdy samochodem (w przypadku osób, którym zarzuca się przestępstwo drogowe).

Taki zakres może być, rzecz jasna, modyfikowany stosownie do uznania prokuratora, któremu pozostawia się dużą, choć nie pełną swobodę decyzji. Obowiązki nakładane na podejrzanego muszą pozostawać w ścisłym związku z czynem, nie mogą obchodzić regulacji innych dziedzin prawa (np. wpłata do kasy państwowej z pominięciem świadczeń alimentacyjnych) i wreszcie muszą spełniać wymagania

20 Beschl. des Landgerichts Bonn v. 28.02.2001 Az. 27 AR 2/01 umarzające postępowanie na podst. § 153a StPO w sprawie nieprawidłowego księgowania przez CDU blisko 2 mln marek składek partyjnych. W ramach nałożonych obowiązków oskarżony musiał w sumie wpłacić 300.000 marek (po połowie do kasy państwowej i na rzecz podmiotu zajmującego się zwalczaniem mukowiscydozy), co pozwala dostrzec zastosowanie również w sprawach poważniejszych.

21 Katalog obowiązków nie jest zamknięty dopiero od 1999 r., kiedy to znowelizowano omawiany przepis, wprowadzając ustawę o ugodzie między sprawcą a ofiarą (*Gesetz zur strafrechtlichen Verankerung des Täter-Opfer-Ausgleichs* z 20.12.1999, BGBl 1999 I, 2491).

konstytucyjności.²² Choć teoretycznie możliwe wydaje się połączenie kilku obowiązków, dominuje wpłata na cele państwowe lub ogólnoużyteczne.²³

Z literalnego brzmienia przepisu wynika konieczność uzyskania każdorazowej zgody sądu; w praktyce jednak wymagana jest ona głównie w odniesieniu do uczestnictwa w seminarium z zakresu ruchu drogowego, jak również obowiązków niewymienionych w przepisie, przez co zwiększa się (nie zawsze w sposób właściwy) uprawnienia prokuratury. W postanowieniu określa się czas, sposób i zakres spełniania ww. powinności. W zależności od rodzaju mogą one trwać do 3, 5, 6 bądź nawet 12 miesięcy. Decyzja o umorzeniu (i wymiar obowiązków) uzależnione są dodatkowo od zgody podejrzanego, która stanowi element konieczny. Podmiotowi temu przysługuje również uprawnienie do wnioskowania, i to nawet w czasie trwania „okresu próby”, o zmianę zakresu czy też rodzaju świadczeń do spełnienia.

Najistotniejszą konsekwencją omawianej instytucji stanowi jednakże umorzenie postępowania, początkowo nieprawomocne (*vorläufige*), choć decyzji nie może zaskarżyć ani podejrzan, ani pokrzywdzony.²⁴ Po spełnieniu obowiązków powstaje jednak przeszkoda procesowa, polegająca na częściowym skonsumowaniu skargi. Postępowanie może być wznowione jedynie, gdy okaże się, że czyn stanowił zbrodnię. Analogiczna konsekwencja ma miejsce, jeżeli podejrzan, choćby częściowo nie spełni obowiązków. Wówczas dodatkowo nie przysługuje mu zwrot poniesionych nakładów, co również literalnie wynika z § 153a StPO.

Niemiecka prokuratura władna jest dodatkowo umorzyć postępowanie, jeżeli zaistnieją przesłanki uprawniające sąd do odstąpienia od wymierzenia kary (za zgodą sądu – § 153b StPO), popełnionych poza granicami obowiązywania *Strafprozessordnung* tj. przez oso-

22 Cytowany już wcześniej W. Beulke (*Strafprozessrecht, op. cit.*, s. 175) sarkastycznie zauważa, że mimo takiej redakcji § 153a StPO „prokuratorowi (wciąż jeszcze) nie wolno nakazać [podejrzanemu – P.G.] umycia samochodu czy skoszenia trawy”. W praktyce można orzec np. w stosunku do osób podejrzanych o przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu pracę społeczną w szpitalu, hospicjum czy np. co do sprawców przestępstw przeciwko środowisku – w instytucji zajmującej się ochroną tego ostatniego.

23 Świadczenia w 1989 wyczerpywały 98% wszystkich nałożonych obowiązków – M. Lemke (i in.): *Heidelberger Kommentar, op. cit.*, s. 579.

24 Tak BVerfG Beschl. z 5.11.2001, 2 BVR 1551/01, <http://www.bverfge.de/entscheidungen>

by lub w warunkach, w których krzyżuje się właściwość sądów kilku krajów (samodzielna kompetencja; szczegółowy przegląd stanów faktycznych oraz przesłanek – § 153c StPO), ze względów politycznych, tj. jeśli postępowanie zagrażałoby interesom Republiki Federalnej Niemiec lub innym publicznym interesom (wąsko określona kompetencja Związkowego Prokuratora Generalnego – § 153d StPO²⁵). Ustawodawca niemiecki przewidział również umorzenie absorpcyjne, któremu warto poświęcić nieco uwagi.

Jak podkreśla się powszechnie, z zasady legalizmu wynika konieczność ścigania wszystkich czynów konkretnego sprawcy. Jednocześnie już w 1984 roku Bundesgerichtshof zauważył, że jeśli zostaną spełnione cele postępowania poprzez trafne zastosowanie kary przewidzianej w prawie materialnym za jedno z przestępstw popełnionych przez oskarżonego, proces może zostać uproszczony²⁶ poprzez umorzenie postępowania w odniesieniu do innych czynów lub ich fragmentów. Co do zasady owo „uproszczenie” może przebiegać dwupostaciowo. W przypadku kilku czynów jednego sprawcy, prokuratura, a po wniesieniu skargi – właściwy sąd może umorzyć postępowanie co do czynów nie mających istotnego wpływu na wymiar kary lub takich, w stosunku do których nie należałoby się spodziewać wydania wyroku w rozsądnym terminie (§ 154 StPO²⁷). W odniesieniu do kilku zachowań sprawcy składających się na jeden czyn w rozumieniu § 264 StPO można ograniczyć – w zasadzie pod analogicznymi warunkami – ich ściganie, o czym należy poczynić stosowną wzmiankę w aktach. Nie wyłącza to późniejszej możliwości rozszerzenia ścigania, nawet na etapie postępowania sądowego (§ 154a StPO).

Scharakteryzowane powyżej sposoby zakończenia postępowania nie wyczerpują, rzecz jasna, wszelkich czynności, które może podjąć niemiecka prokuratura, choć zakres oportunistycznych praktyk²⁸ budzi niewątpliwe zdziwienie, zwłaszcza że tamtejsza doktryna i orzecznictwo dość konsekwentnie bronią tezy o obowiązywaniu zasady lega-

lizmu. Umorzenie, a właściwie odstąpienie od wniesienia skargi może nastąpić m.in. gdy oskarżony ze względu na popełniony czyn ma zostać wydany do innego kraju, ewentualnie podlega odpowiedzialności przed międzynarodowym trybunałem (§ 154b StPO). W odniesieniu do przestępstw wymuszania z § 240 i 253 StGB w postaci grożenia ujawnieniem popełnienia przestępstwa prokuratura może odstąpić od ścigania czynu objętego szantażem, kiedy ze względu na jego ciężar nie zachodzi potrzeba naprawienia szkody (§ 154c StPO). Kiedy wniesienie skargi o występki zależy od rozstrzygnięcia kwestii przez sąd cywilny lub administracyjny, prokuratura może wyznaczyć termin na uzyskanie odpowiedzi i przy jej braku także umorzyć postępowanie karne (§ 154d StPO).

Na etapie postępowania głównego i odwoławczego kompetencje niemieckiej prokuratury wyglądają stosunkowo podobnie do polskich; wywodzą się bowiem z tej samej koncepcji. Stosownie do § 226 StPO urzędnik prokuratury musi być obecny nieprzerwanie przez cały czas postępowania głównego. Prokuratura odczytuje akt oskarżenia (*Anklageschrift*), podczas postępowania dowodowego przysługuje jej prawo do zadawania pytań (§ 240 StPO), jak również składania wniosków dowodowych (§ 244 StPO), a także – na zakończenie postępowania dowodowego – wygłoszenia mowy końcowej. Prokuratura może również złożyć środek odwoławczy i to nawet na korzyść oskarżonego (§ 296 StPO). Zagadnienia te były omawiane już wcześniej.

Charakterystyczną cechą niemieckiego Kodeksu postępowania karnego jest również uregulowanie w tym akcie przepisów w zakresie wykonywania kary (księga VII) wraz z umieszczeniem w nim zasady, iż postępowanie wykonawcze jest realizowane przez prokuraturę jako stosowny organ władzy (§ 451 StPO). Przedstawianie jednak w tym miejscu szczegółowych zasad tego postępowania i dokładnych kompetencji prokuratury nie mieści się w temacie książki. Jako ciekawostkę z kryminalistycznego punktu widzenia należałoby wskazać leżące w kompetencji Związkowego Prokuratora Generalnego prowadzenie – stosownie do § 492 StPO specjalnego rejestru (*SISY – länderübergreifendes staatsanwaltliches Vefahrensregister*), w którym zawiera się m.in. dane dotyczące podejrzanego, aktualne miejsce składowania i sygnaturę akt, informacje o samym zdarzeniu, zarzutach i inne.

25 W odniesieniu do tego stanu faktycznego możliwe jest odstąpienie od ścigania – na wniosek Związkowego Prokuratora Generalnego, przy czynnym żalu sprawcy (§ 153e StPO).

26 Bogate orzecznictwo prezentuje L. Meyer-Göfner, *Strafprozessordnung...*, *op. cit.*, s. 620.

27 W tekście przepisu przesłanki umorzenia przedstawiają się w sposób bardziej skomplikowany, jednak przytoczono tu zaledwie najbardziej charakterystyczne elementy instytucji.

28 Por. S. Waltoś: *Proces karny...*, *op. cit.*, s. 117, gdzie podane są dane liczbowe.

Podsumowując powyższe rozważania trudno nie zgodzić się z tymi niemieckimi autorami, którzy – mówiąc ogólnie o pozycji prokuratury w systemie organów państwa – używają sformułowań nieostrych: *Zwischenrolle*²⁹ czy *Doppelrolle*³⁰. Struktura i zasady funkcjonowania pozwalałyby zaliczyć prokuraturę do organów władzy wykonawczej; z drugiej jednak strony ukształtowanie zadań prokuratury, określenie granic (nie)zależności, obowiązek obiektywizmu podczas podejmowania czynności śledczych, a w szczególności szerokie kompetencje w zakresie umorzenia postępowania – pozwalają zaliczyć ją do grona organów wymiaru sprawiedliwości.³¹

29 Tak np. wielokrotnie H.H. Kühne, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*
30 Tak K. Peters: *Strafprozess*. Ein Lehrbuch, Heidelberg 1985.
31 C. Roxin: *Strafprozeßrecht*, München 1997, s. 10.

ORGANY POLICYJNE

O ile struktura oraz właściwość sądów i prokuratury zostały uregulowane centralnie na poziomie przepisów federalnych, o tyle działalność policji pozostawała przez długie lata domeną poszczególnych Krajów Związkowych. Sytuacja ta miała swoje uzasadnienie historyczne. Dlatego też rozważania o współczesnym modelu tej formacji powinny być poprzedzone krótkim wstępem dotyczącym przeszłości.

1. Krótka historia policji na ziemiach niemieckich

Używany m.in. przez Xenofonta termin *politeia* znaczył w przybliżeniu tyle, co całokształt spraw *polítēs* – obywatela. Za pośrednictwem łacińskim upowszechnił się w językach europejskich, w których jeszcze w XVIII w. mianem policji zwykło się określać stan bezpieczeństwa czy ładu panujący na określonym terenie, utożsamiając go niekiedy z porządkiem publicznym.¹ W II połowie XV wieku w Norymbardze i Würzburgu² ukazały się pierwsze akty prawne określające, jak winni zachowywać się obywatele, aby w mieście istniała policja, czyli dobre porządki.

Wzmiankowana *gute Policey* obejmowała ogromny zasięg spraw, spośród których dzisiaj większość należałoby zakwalifikować do materii prawa administracyjnego, tj.: monopole, cła, miary i wagi, ceny, zasady wykonywania zawodu (przepisy cechowe), religię, obyczajowość, a także zagadnienia prywatnoprawne, jak np. zasady zawierania umów czy prawo spadkowe. Wszystkie te sprawy podlegały władzy policyj-

1 Por. np. P. Blickle, P. Kissling, H. Schmidt: *Gute Policey als Politik im 16. Jahrhundert*, Frankfurt 2003.
2 F.-L. Knemeyer: *Von der Hoheitspolizei zur Bürgerpolizei* http://www.polizei.bayern.de/bpp/Blickpunkt/6_2001/vortrag_knemeyer.pdf; cytaty z historycznych aktów normatywnych w tym podrozdziale zaczerpnięto z ujęcia przedstawionego w niniejszym artykule.

nej przysługującej księciu w ramach absolutnego władztwa – *ius polittiae*.

Wraz z pojawieniem się ustroju absolutystycznego i rosnącego oporu przeciwko niemu termin „policja” zaczął nabierać nieco pejoratywnego zabarwienia, przynajmniej w oczach tych, którzy z aparatem policyjnym mieli do czynienia. Począwszy od okresu napoleońskiego policja, rozumiana już jako resort, zaczęła uzyskiwać pozycję zbliżoną do współczesnej, a do jej zadań zaczęto zaliczać stosowanie prawa, w szczególności wiążącego się z ochroną przed niebezpieczeństwem. Nie może więc dziwić fakt, że formacja ta miała za zadanie np. gaszenie pożarów czy prowadzenie przytułków dla bezdomnych.

Nowoczesne określenie zadań policji na ziemiach niemieckich nastąpiło w Landrechcie Pruskim w 1794 r., który w § 10 ust. 2. pkt. 17 mówił: „Konieczne urządzenie dla utrzymania publicznego spokoju, bezpieczeństwa i porządku, jako też dla uniknięcia niebezpieczeństw *publico* lub poszczególnych obywateli składa się na urząd policji (*Amt der Polizei*)”. Regulacja nie rozróżniała poszczególnych uprawnień, wyposażając policję pruską w bardzo szerokie i dorozumiane kompetencje.

Zupełnie inny model rozwinął się w połowie XIX wieku w Bawarii, gdzie poszczególne uprawnienia i obowiązki funkcjonariuszy (rozumiane wąsko i precyzyjnie) złożyły się na wydany w 1861 r. policyjny kodeks karny (*Polizeistrafgesetzbuch*). Obydwa akty różniły się właściwie sposobem ujęcia uprawnień, gdyż zakres uznaniowości decyzji funkcjonariuszy był w obydwu stosunkowo szeroki. Nie zmienia to faktu, że dyskusje nad właściwym określeniem kompetencji policji trwały w doktrynie niemieckiej do lat 30-tych XX w., a ujednoczenie prawa policyjnego (bo sprawy te wciąż pozostają materią regulowaną przez kraje związkowe) nastąpiło dopiero kilkadziesiąt lat po II wojnie światowej.

W Niemczech lat 30-tych XX w. zwyciężyła koncepcja pruska domniemanych szerokich kompetencji policji przejawiająca się w tekście pruskiej ustawy o administracji policji (*Polizeiverwaltungsgesetz*) z 1931 r., która w § 14 stanowiła: „Organy policji mają w ramach obowiązujących ustaw podejmować działania niezbędne we-

dług obowiązkowego (*pflichtgemäß*) uznania, aby chronić jednostki i zbiorowość przed zagrożeniami dla bezpieczeństwa publicznego i porządku”. W duchu tej klauzuli generalnej wkrótce przydano formacji specjalne zezwolenia i kompetencje, stopniowo rozszerzane po 1933 roku.

Po drugiej wojnie światowej nastąpiło tzw. „odpolicyjnienie” (*Entpolizeilichung*) państwa, polegające na demokratyzacji, decentralizacji oraz demilitaryzacji tej formacji. Ograniczono jej rolę właściwie do wykonywania poleceń prokuratorskich. Mocarstwa okupacyjne nie zgodziły się na powstanie federalnej służby policyjnej; dlatego powołano odrębne formacje w poszczególnych krajach związkowych, zezwalając przy tym na posiadanie i używanie broni, które stało się nieodzowne. Jednak bardzo szybko, bo już w 1951 roku okazało się, że w tak dużym państwie, zwłaszcza o strukturze federacyjnej, konieczne było istnienie formacji związkowej, co poskutkowało utworzeniem *Bundsgrenzschutzu* – Federalnej Straży Granicznej, przemianowanej w 2005 r. na *Bundespolizei* – Policję Federalną.

Począwszy od końca lat 60-tych XX w. pojawiły się tendencje zjednoczeniowe, które zaowocowały wydaniem w dn. 25. listopada 1977 roku dokumentu wzorcowego dla wszystkich formacji policyjnych poszczególnych Krajów Związkowych, rozpoczynając ogólnoniemiecką unifikację prawa policyjnego. Dziś jest ono właściwie jednolite, choć nieuregulowane jednym aktem prawnym.

2. Podstawy prawne i zakres kompetencji policji niemieckiej

Jak już wspomniano powyżej, zgodnie z § 160 StPO prokuratura prowadzi swoje czynności samodzielnie, bądź – jeżeli nie jest w stanie fizycznie zrealizować przyznanych jej zadań – poprzez funkcjonariuszy śledczych. W Niemczech nie wykształciła się, jak np. w Belgii czy Francji, odrębna policja sądowa (*policie judiciaire*) zajmująca się zbieraniem dowodów i wykonywaniem czynności wyłącznie na użytek toczącego się postępowania karnego, zadania takie – zgodnie z treścią § 161 StPO – spoczywają na całej formacji. Stosownie do art. 30, 70 i nast. GG organizacja policji należy do kompetencji Krajów Związkowych,

które wydają w tym celu właściwe ustawy o różniących się niekiedy nazwach (Bayerisches Polizeiorganisationsgesetz, Polizeigesetz des Landes Nordrhein–Westfalen), lecz zbieżnej treści.

Równolegle działają nieliczne, choć istotne **federalne organy policyjne**, spełniające początkowo zadania wyspecjalizowane, obecnie coraz bardziej ogólne.

Wśród organów federalnych należy wymienić w szczególności:

- a. Policję Federalną – *Bundespolizei*,
- b. Federalny Urząd Kryminalny – *Bundeskriminalamt*,
- c. Urząd Ochrony Konstytucji – *Bundesamt für Verfassungsschutz*.

a. Federalne organy policyjne

Działająca przez ponad 50 lat Straż Graniczna (*Bundesgrenzschutz*) uzyskiwała na mocy kolejnych nowelizacji ustawy³ dodatkowe uprawnienia, wykraczające poza pierwotną ochronę granicy. Wreszcie 30 czerwca 2005 roku ogłoszono ustawę o zmianie nazwy tej formacji na Policję Federalną. Tak więc *Bundespolizei* działa w strukturach administracji federalnej i stanowi „policję związku w zakresie kompetencji ministerstwa spraw wewnętrznych” (§ 1 BPolG). Oznacza to bardzo szeroki zakres zadań, do których należą m.in.

- policyjna ochrona granicy państwa (także granicy morskiej na Morzu Północnym i Bałtyku),
- policyjna ochrona kolei,
- ochrona bezpieczeństwa w ruchu lotniczym,
- utrzymanie i przywracanie bezpieczeństwa na pokładzie niemieckich samolotów,
- ochrona organów konstytucyjnych Związku i federalnych ministerstw,
- zadania natury policyjnej w ramach stanu wyjątkowego i stanu obrony,

- współpraca w wykonywaniu zadań natury policyjnej za granicą z ramienia ONZ, UE, UZE oraz innych organizacji międzynarodowych,
- udzielanie wsparcia policji w niemieckim Bundestagu,
- pomoc na rzecz MSZ w zakresie ochrony niemieckich placówek dyplomatycznych i konsularnych za granicą,
- wspieranie Federalnego Urzędu Kryminalnego w zakresie ochrony osobistej członków organów konstytucyjnych oraz radiotechniki,
- wspieranie policji Krajów Związkowych przy akcjach nadzwyczajnych,
- pomoc przy usuwaniu skutków katastrof oraz w szczególnie ciężkich nieszczęśliwych wypadkach wraz z wykorzystaniem środków ratownictwa lotniczego.

Przy wykonywaniu swoich zadań *Bundespolizei* może podejmować działania niezbędne do odparcia niebezpieczeństwa (§ 14 ust. 1 BPolG). Ustawa, jako wyznacznik legalności działań funkcjonariuszy, rozróżnia dwa rodzaje niebezpieczeństw: zwykłe i szczególne. To pierwsze polega na zagrożeniu dla bezpieczeństwa lub porządku publicznego w zakresie zadań formacji; drugie natomiast – winno być skierowane przeciwko ważnemu dobru prawnemu, jak np.: istnieniu państwa, życiu, zdrowiu, wolności, istotnym wartościom majątkowych (*wesentliche Vermögenswerte*), bądź innym dobrom chronionym prawem karnym o istotnym znaczeniu dla ogółu (§ 14 ust. 2 BPolG).

Funkcjonariusze winni stosować się do zasady proporcjonalności, tj. spośród możliwych do użycia środków należy wybrać najmniej zagrażający zarówno jednostce, jak i ogółowi (§ 15 ust. 1 BPolG). Działania wobec osób wolno podejmować wyłącznie przeciwko tym, którzy spowodowali niebezpieczeństwo „zwykłe” (§ 17 ust. 1 BPolG), a także – po spełnieniu dodatkowych kryteriów – ich opiekunom czy zleceniodawcom.

Wobec innych osób funkcjonariusze *Bundespolizei* mogą podejmować działanie o tyle, o ile:

- a) należy odeprzeć szczególne niebezpieczeństwo,

3 *Gesetz über den Bundesgrenzschutz (Bundesgrenzschutzgesetz – BGSG)* z 19. października 1994, BGBl I, 2978.

- b) środki „zwykłe”, tj. skierowane wobec osób wymienionych w § 17 i 18 ustawy nie mogą być zastosowane lub nie przyniosą efektu,
- c) *Bundespolizei* nie może w ogóle lub w danej chwili odeprzeć niebezpieczeństwa,
- d) nie spowoduje to istotnego zagrożenia dla tych osób lub naruszenia ich ważnych obowiązków (§ 20 BPolG).

W ramach swoich działań funkcjonariusze mogą uzyskiwać dane osobowe poprzez czynności np. legitymowania nie tylko przy kontroli granicznej, ale i w 30-kilometrowej strefie nadgranicznej, a także poza nią, jeśli spełnione są odpowiednie przesłanki (§ 23 BPolG). Dopuszczalne jest używanie przez nich sprzętu rejestrującego obraz (§ 27 BPolG), a także wykonywanie identyfikacyjnych zdjęć osób, daktyloskopowanie, pomiary, rejestrowanie właściwości ciała oraz nagrywanie głosu za wiedzą zainteresowanego (§ 24 ust. 3 BPolG). W szczególnie uzasadnionych przypadkach *Bundespolizei* ma prawo dokonywać tzw. długotrwałej obserwacji, zastosowania środków techniki operacyjnej dla sporządzenia zapisu obrazu lub dźwięku wypowiedzi niepublicznych (por. rozdział 9), jak również posłużyć się osobami nienależącymi do formacji, których współpraca z organami ścigania nie jest jawna (§ 28 ust. 2 BPolG).

Bundespolizei może wezwać konkretną osobę, co do której należy przypuszczać, iż posiada ona informacje niezbędne dla wykonywania zadań tego organu. W pewnych przypadkach możliwe staje się przymusowe doprowadzenie takiego podmiotu (§ 25 ust. 3 BPolG) za zgodą sądu. Policja federalna dysponuje dalej sięgającymi uprawnieniami niż formacje krajowe – zwłaszcza w zakresie stosowania środków pozbawiających wolności. Dla odparcia niebezpieczeństwa *Bundespolizei* może bowiem tymczasowo wydalic osobę z miejscowości lub zabronic jej wjazdu (§ 38 BPolG). Formacji tej przysluguje także prawo do zatrzymania (*Gewahrsam* – § 39 BPolG), jeżeli:

- a) ze względu na ochronę życia lub zdrowia osoby jest to niezbędne, w szczególności jeśli znajduje się ona w stanie oczywiście wyłączającym swobodę woli (*in einem die freie Wil-*

lensbestimmung ausschließenden Zustand) lub w sytuacji krytycznej (*in hilfloser Lage*),

- b) jest to konieczne dla zrealizowania uprawnienia z § 38 BPolG,
- c) jest to konieczne dla zapobieżenia bezpośrednio zagrażającemu popełnieniu albo kontynuacji czynu karalnego lub wykroczenia o istotnym znaczeniu dla ogółu⁴; w szczególnych wypadkach możliwe staje się także zatrzymanie nieletniego bądź osoby przebywającej w sposób nieuprawniony poza zakładem penitencjarnym.

We wszystkich tych przypadkach wymaga się niezwłocznego orzeczenia sądowego co do dopuszczalności i czasu trwania środka (§40 BPolG). Jako dodatkowe środki przymusu możliwe do zastosowania przez *Bundespolizei* należy wymienić przeszukanie osób, rzeczy i mieszkań (§ 43 – §46 BPolG), jak też zatrzymanie rzeczy (§ 47 BPolG).

Główne zadanie działającego na podstawie uchwalonej w 1951 roku (i wielokrotnie od tego czasu nowelizowanej) ustawy *Bundeskriminalamt* sformułowano w następujący sposób: „Związek utrzymuje Federalny Urząd Kryminalny dla [zapewnienia – P.G.] współpracy Związku i Krajów Związkowych w sprawach kryminalnopolicyjnych”⁵. Współdziałanie to przejawia się w koordynacji pracy Landeskriminalamtów (Krajowych Urzędów Kryminalnych) tworzonych przez poszczególne kraje związkowe. BKA zajmuje się przede wszystkim zwalczaniem przestępczości transkrajowej i transgranicznej, prowadzi centralne zbiory informacji i bazy danych. Oprócz tego – zgodnie z § 3 ust. 1 BKAG – jest on zarazem narodowym centrum Interpolu.

Do własnych śledczych kompetencji BKA należy wąski zakres spraw. Wykonuje on bowiem normalne zadania policyjne w odniesieniu do następujących spraw (§ 4 ust. 1 BKAG):

- a) międzynarodowy zorganizowany handel bronią, amunicją, materiałami wybuchowymi, środkami odurzającymi, jak również

⁴ Dosl.: um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern.

⁵ Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten (Bundeskriminalamtgesetz – BKAG) § 1 pkt 1, BGBl. 1997 I, 1650.

międzynarodowe zorganizowane wytwarzanie i puszczenie w obieg fałszywych pieniędzy, a więc spraw, które dla wyjaśnienia wymagają **prowadzenia działań za granicą**, jak również inne sprawy związane z tego rodzaju działalnością, włącznie ze zorganizowanym praniem pieniędzy na międzynarodową skalę,

b) enumeratywnie wymienione czyny przeciwko życiu, zdrowiu czy wolności wymierzone w prezydenta republiki, członków rządu federalnego, parlamentu, trybunału konstytucyjnego, oficjalnych gości organów konstytucyjnych RFN z innych krajów lub szefów i członków akredytowanych przedstawicielstw dyplomatycznych, jeśli należy przyjąć, iż sprawca działań z motywów politycznych, a czyn narusza interesy wewnętrzne lub międzynarodowe⁶,

c) sprawy międzynarodowych zorganizowanych czynów:

- z § 129a StGB (tworzenie lub udział w związku terrorystycznym) także § 129b StGB (tworzenie lub udział w związku przestępnym i terrorystycznym za granicą),
- z § 105 i 106 StGB (zmuszanie organów konstytucyjnych, jak też prezydenta i członków organów konstytucyjnych) w odniesieniu do organów i urzędników federalnych, jak również czyny z nimi powiązane,

d) tworzenie i wspieranie związku terrorystycznego i czyny z tym związane, jeśli sprawa dotyczy działalności za granicą i nie została określona właściwość miejscowa, tj. nie toczy się postępowanie przed organami obcymi,

e) sabotaż komputerowy (§ 303b StGB), jeśli istnieją rzeczywiste podstawy, aby przyjąć, że czyn godzi w:

- wewnętrzne lub zewnętrzne bezpieczeństwo Republiki Federalnej Niemiec,
- kluczowe dla życia instytucje i stanowiska, w przypadku których wyłączenia lub zniszczenia należałoby się oba-

wiać istotnego zagrożenia dla zdrowia lub życia ludzi, albo których funkcjonowanie jest niezbędne dla istnienia społeczeństwa.

Przy tym należy pamiętać, że prokuratura w porozumieniu z BKA może mu przekazać czynności innej właściwej jednostki policyjnej. Działalność wskazana w pkt. a, b oraz c i wymaga zgody federalnego ministra spraw wewnętrznych.

Ponadto BKA uzyskuje pełną kompetencję policyjną, jeśli zwróci się do niego z takim wnioskiem odpowiedni organ Kraju Związkowego, federalny minister spraw wewnętrznych po powiadomieniu tegoż, albo z wnioskiem (ewentualnie poleceniem) wystąpi prokurator generalny (§ 4 ust. 2 BKAG). BKA uzyskuje wówczas prawo do wydawania poleceń krajowym urzędowi kryminalnym.

W innym przypadku BKA ma prawo wysłać swoich funkcjonariuszy dla wsparcia zabiegów policyjnych do policji krajowych nie tylko na ich życzenie, ale również z własnej inicjatywy, jeśli mogłoby to być użyteczne dla postępowania (§ 17 ust. 1 BKAG). Funkcjonariusze BKA nie uzyskują wówczas żadnego zwierzchnictwa nad policją krajową, są podporządkowani miejscowo i rzeczowo właściwym władzom krajowym.

Nie do pominięcia pozostaje rola BKA jako wiodącej placówki kryminalistycznej, tak w dziedzinie techniki, jak i taktyki. Zgodnie z § 2 ust. 6 BKAG jednostka ta ma za zadanie m.in. utrzymywać instytucje służące **wszelkim** [podkr. P.G.] rodzajom badań kryminalistycznych, prowadzić działalność analityczną i statystyczną w celu obserwacji rozwoju przestępczości, a także badać i rozwijać policyjne metody działania służące zwalczaniu przestępczości. Dodatkowo BKA należy do wąskiej grupy instytucji ustawowo uprawnionych do wykonywania opinii na zlecenie organów wymiaru sprawiedliwości (§ 2 ust. 7 BKAG). Od 1997 r. podlega mu także ochrona świadków (§ 6 BKAG).

W ścisłym funkcjonalnym związku z BKA pozostaje działalność Urzędu Ochrony Konstytucji (*Bundesamt für Verfassungsschutz*), powołanego dla „ochrony wolnościowego demokratycznego porządku ustrojowego, istnienia i bezpieczeństwa Związku oraz Krajów Zwią-

⁶ Dodatkowo BKA pełni rolę ochrony osobistej członków rządu federalnego i oficjalnych gości państwowych – § 5 BKAG.

zkowych” (§ 1 BVerfSchG⁷). Urzędowi temu przysługują dość wąskie kompetencje w zakresie wkraczania w sferę praw i wolności obywatelskich (np. subsydiarny podsłuch obwarowany dodatkowymi zastrzeżeniami – § 9 ust. 2 BVerfSchG), jego główne zadanie sprowadza się do zbierania i analizy informacji, w tym przede wszystkim ogólnodostępnych, a także otrzymanych od uprawnionych do ich uzyskiwania innych organów państwowych.

Urząd Ochrony Konstytucji ma na gruncie § 20 BVerfSchG obowiązek przekazywać prokuraturze ewentualnie organom policyjnym zdobyte przez siebie informacje, kiedy istnieje uzasadnione podejrzenie (*tatsächliche Anhaltspunkte*), że jest to konieczne dla przeszkodzenia lub ścigania przestępstw przeciwko państwu (*Staatschutzdelikten*). Do kategorii tej należą następujące czyny:

- a) wymienione w §§ 74a i 120 GVG (wspomniane powyżej),
- b) inne czyny, jeśli tylko ze względu na określenie ich celu, motywu sprawcy lub jego związku z organizacją przestępną istnieje uzasadnione podejrzenie (*tatsächliche Anhaltspunkte*), iż wymierzone są one m.in. w wolnościowy demokratyczny porządek ustrojowy, istnienie lub bezpieczeństwo Federacji lub kraju, czy wreszcie zagraniczne interesy Republiki Federalnej Niemiec.

Formacje policyjne (a tym bardziej prokuratura) mogą same zwracać się do Federalnego Urzędu Konstytucji o takie informacje. Ze względu na rodzaj działalności, dane wędrują najczęściej do Federalnego lub Krajowego Urzędu Kryminalnego.

b. Policje krajów związkowych

Ponieważ sprawy bezpieczeństwa wewnętrznego nie należą do wyłącznej domeny federacji (z wyjątkiem współpracy Związku i Krajów w dziedzinie policji kryminalnej – art. 73 ust. 10 pkt a GG), system niemiecki nawiązuje do modelu zdecentralizowanego, tj. formacje po-

licyjne stworzone przez poszczególne kraje są od siebie względnie niezależne, choć działają na podstawie ujednoczonego prawa. Działalność prewencyjna policji, tj. np. sposób organizacji służby, patroli czy innych czynności prewencyjnych, jako materia bezpieczeństwa i porządku publicznego, uregulowana jest właśnie przez przepisy krajowe, dopuszczające autonomię. Działalność represyjna natomiast, tj. uprawnień procesowe funkcjonariuszy, wynikające z powszechnie obowiązującego kodeksu postępowania karnego, zostały skodyfikowane i obowiązują niezależnie od rodzaju i właściwości miejscowej konkretnej policji.

Klucz do zrozumienia pozycji niemieckiej policji w postępowaniu karnym stanowi pojęcie śledczego pomocnika prokuratury (*Ermittlungsperson*), którym to mianem zastąpiono dawnego „urzędnika pomocniczego prokuratury” (*Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft*), użyte przez ustawodawcę w § 152 ust. 1 GVG. Funkcjonariuszom zaliczającym się do tej kategorii przysługują zdecydowanie większe uprawnienia procesowe niż pozostałym urzędnikom. Ustawa formułuje jedynie zasady generalne, jakie winni oni spełniać, pozostawiając szczegółły odpowiednim władzom Krajów Związkowych (rządom lub zgromadzeniom deputowanych – § 152 ust. 2 GVG). W myśl tych reguł funkcjonariuszem śledczym może być osoba pozostająca w służbie publicznej, która ukończyła 21 lat i przynajmniej dwa lata sprawuje swój urząd. Krajowe akty prawne zwykle definiują tę kategorię szeroko, zaliczając do niej także funkcjonariuszy służb oraz straży: podatkowych, granicznych, leśnych, rybackich, niekiedy prokuratorów innych krajów związkowych. W samej policji pozycję *Ermittlungsperson* z reguły uzyskuje się wraz z odpowiednim stopniem bądź stanowiskiem, niekiedy wyłączając spod tej kategorii (i słusznie) osoby pełniące funkcje biegłych.⁸

Policja w systemie niemieckim, podobnie jak w polskim, należy do resortu spraw wewnętrznych, podczas gdy prokuratura – podlega

⁷ Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz (Ustawa o współpracy Związku i Krajów Związkowych w zakresie ochrony konstytucji oraz o Urzędzie Ochrony Konstytucji) z 20. grudnia 1990, BGBl I 1990, 2954, 2970.

⁸ Tak np. w Hesji, gdzie kompetencje uzyskują w policji kryminalnej następujący funkcjonariusze: Kriminaloberrat, Kriminalrat, Erster Kriminalhauptkommissar, Kriminalhauptkommissar, Kriminaloberkommissar, Kriminalkommissar, Kriminalhauptmeister, Kriminalobermeister, Kriminalmeister – por. § 1 Verordnung über die Hilfsbeamtinnen und Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft z 15. marca 1996, GVBl. I, 114.

ministerstwu sprawiedliwości. Aby jednak zagwarantować możliwość efektywnego działania prokuraturze § 161 ust. 1 StPO zapewnia jej prawo do wydawania wiążących poleceń (Weisungsbefugnis) wszystkim funkcjonariuszom policji. Funkcjonariusze śledczy mają obowiązek **wykonywać** polecenia (den Anordnungen der Staatsanwaltschaft Folge zu leisten) właściwej miejscowo prokuratury i jej urzędników (§ 152 ust. 1 GVG). Pozostali funkcjonariusze, jak można wnosić z treści § 162 ust. 1 StPO, powinni się natomiast **dostosowywać** do poleceń (dem Ersuchen der Staatsanwaltschaft zu genügen), przez co kładzie się akcent na brak bezpośredniej służbowej podległości.

Można byłoby więc sądzić, że uprawnienia procesowe policji w Niemczech stanowią pochodną pozycji prokuratury wykonującej swoje zadania samodzielnie lub „przez organy i funkcjonariuszy służb policyjnych” (§ 161 ust. 1 StPO). Jednak zgodnie z § 163 ust. 1 zd. 1 StPO policja ma swoje własne zadania: „Organ i urzędnicy policyjni wykrywają czyny zabronione (*haben Straftaten zu erforschen*) i podejmują wszelkie czynności niecierpiące zwłoki (*treffen alle keinen Aufschub gestattenden Anordnungen*), aby zapobiec „zaciemnieniu się” sprawy (*um die Verdunkelung die Sache zu verhüten*).⁹ Dla tego celu są oni upoważnieni zwracać się do wszelkich władz o informacje, a w niebezpieczeństwie zwłoki również żądać informacji, jak również podejmować czynności wszelkiego rodzaju w postępowaniu (*vornehmen Ermittlungen jeder Art*), o ile inne ustawowe przepisy nie stanowią inaczej. Przyjęto w ten sposób – w reformie StPO z 1999 r. – tzw. śledczą klauzulę generalną (*Ermittlungsgeneralklausel*), odchodząc ostatecznie od wspomnianego na wstępie historycznego modelu bawarskiego, kierując się ponownie ku rozwiązaniom wywodzącym się z ustawodawstwa pruskiego. Motywem przyświecającym ustawodawcy była pragmatycznie uwarunkowana potrzeba walidacji mniej dotkliwych naruszeń praw i wolności obywatelskich dokonanych przez funkcjonariuszy służb porządku publicznego, konieczna ze względu na zaostrzającą się walkę z przestępczością. Jednocześnie bardzo sil-

nie zaakcentowano zasadę przekazywania wszelkich materiałów sprawy prokuraturze, ewentualnie sędziemu nadzorującemu postępowanie, jeśli zajdzie taka potrzeba (§ 163 ust. 2 StPO), co ma stanowić przeciwwagę i środek kontroli działań policyjnych. Po drugie: uprawnienia formacji policyjnych nie obejmują szczególnie dotkliwych środków przymusu. Przy ocenianiu ich legalności i zasadności należy badać, czy zostały spełnione kryteria przewidziane w przepisach szczególnych. Warto wymienić te kompetencje, odsyłając w razie potrzeby do rozdz. 9, gdzie przedstawiono opis poszczególnych środków.

3. Kompetencje policjantów w zakresie stosowania środków przymusu bezpośredniego

Z analizy przepisów StPO wynikają następujące uprawnienia przysługujące **wszystkim** funkcjonariuszom policji:

- a. wykonanie zdjęć, pobranie odbitek linii papilarnych, a także dokonanie pomiarów i podobnych czynności (*ähnliche Maßnahmen*) wobec podejrzanego dla celów postępowania karnego lub ze względów służbowych – § 81b StPO,
- b. wykonanie zdjęć, filmów i zastosowanie środków technicznych dla celów obserwacyjnych w szczególnie określonych wypadkach – § 100 c ust. 1 pkt 1 StPO,
- c. ujęcie stosownie do § 127 ust. 1 StPO (ujęcie obywatelskie – *vorläufige Festnahme*),
- d. przesłuchanie stawiających się z własnej woli i zdolnych do wypowiedzi podejrzanych, świadków i biegłych – § 163a StPO,
- e. stwierdzenie tożsamości (*Identitätsfeststellung*) osoby podejrzanej, także połączone z jej zatrzymaniem w przypadku, gdyby tożsamość nie mogła być stwierdzona lub zaistniałyby istotne trudności – § 163b ust. 1 StPO,
- f. stwierdzenie tożsamości osoby niepodejrzanej, jeśli służy to wyjaśnieniu sprawy – § 163b ust. 2 StPO.

Policjanci działający **jako funkcjonariusze śledczy** są uprawnieni (w miejsce prokuratora lub sędziego nadzorującego postępowanie i to tylko w niebezpieczeństwie zwłoki grożącej utratą dowodów) do:

⁹ Warto zwrócić uwagę na to stwierdzenie. Z gramatycznej wykładni wynika bowiem, że funkcjonariusze mają przede wszystkim zapobiegać „zaciemnieniu się” sprawy, gdyż jej wyjaśnianiem zajmuje się prokuratura. Ustawodawca nie jest jednak bardzo konsekwentny, a w praktyce policja uzyskuje silniejszą pozycję, niż to wynika z przepisów.

- a) zarządzenia zabiegów na ciele (włącznie z pobraniem krwi) względem podejrzanego – § 81a ust. 2 StPO,
- b) zarządzenia zabiegów na ciele świadka – § 81c ust. 5 StPO,
- c) zatrzymania rzeczy (*Beschlagnahme*) – § 98 ust. 1 StPO,
- d) przeszukania, z wyjątkiem określonym w § 103 ust. 1 zd. 2 StPO (przeszukanie mieszkań w budynku w celu ujęcia osoby podejrzanego o popełnienie przestępstwa udziału w związku przestępnym lub terrorystycznym) – § 105 ust. 1 StPO,
- e) tzw. „małego” podsłuchu (*kleiner Lauschangriff* – § 100c ust. 1 pkt 2 StPO), polegającego na nagrywaniu niepublicznie wypowiedzianych słów poza mieszkaniem prywatnym podejrzanego – § 100d ust. 1 pkt 1 StPO,
- f) ustawienia posterunków kontrolujących (*Kontrollstellen*) tożsamość poruszających się – dla celów wyjaśnienia przestępstw udziału w związku przestępnym lub terrorystycznym – § 111 ust. 2 StPO,
- g) zarządzenie poszukiwania oskarżonego i wydanie listu gończego (*Ausschreibung zur Fahndung*) – § 131 ust. 1 StPO.

Kompetencje te nie zostały więc określone wąsko. Należy przy tym pamiętać, iż zgodnie z zasadą wyrażoną w § 161 ust. 2 StPO pochodzące z lub spoza mieszkania informacje odnoszące się do osób, uzyskane wskutek zastosowania w niejawnym postępowaniu środków technicznych na podstawie przepisów policyjnych (*auf polizeirechtlicher Grundlage*) mogą być wykorzystane dla celów dowodowych tylko z zastosowaniem konstytucyjnej zasady proporcjonalności¹⁰ i tylko jeśli właściwy sąd uzna legalność takich zabiegów. Sądowa kontrola czynności policyjnych wkraczających w sferę wolności i praw obywatelskich wydaje się godna pochwały.

Rola niemieckiej policji w postępowaniu karnym ma sprowadzać się do tego, że funkcjonariusze zazwyczaj uzyskują pierwszy kontakt ze sprawą i powinni zebrać jak najwięcej informacji, a następnie przekazać ją prokuraturze, która przejmuje kierownictwo nad postępowaniem. Względy finansowe, kadrowe i organizacyjne (uniwersalne dla

organów ścigania w wielu krajach, prawdopodobnie jedynie poza systemami totalitarnymi) powodują, że praktyka niekiedy wygląda zupełnie inaczej. Niemiecka policja często prowadzi sprawę aż do wniesienia aktu oskarżenia, a prokuratura ma jedynie słabe pojęcie o osobowych i rzeczowych źródłach dowodowych, a także podjętych czynnościach technicznych, co znacznie utrudnia, żeby nie powiedzieć marginalizuje jej rolę jako *Herrin des Ermittlungsverfahrens*. Niemniej modelowo – jak już było to wspomniane – policja posiada uprawnienia procesowe jedynie „w zastępstwie” prokuratury lub sędziego nadzorującego postępowanie.

4. Niemieckie organy policyjne a Europol

Podpisanie traktatu o Unii Europejskiej z Maastricht z dn. 7 lutego 1992 przesądziło o powołaniu Europol Drugs Unit, który rozpoczął działalność na początku stycznia 1994 roku. Do kompetencji tej jednostki należały przede wszystkim: wymiana i analiza informacji oraz wywiad, w przypadku gdy dotyczyły one dwóch lub więcej Państw Członkowskich, jak również wspomaganie krajowych organizacji policyjnych, względnie innych agencji zwalczających przestępczość narkotykową. Z czasem jednak właściwość EDU rozszerzyła się dodatkowo na: nielegalny handel substancjami radioaktywnymi i nuklearnymi, przemyt ludzi i przestępczość obejmującą tajne sieci imigracyjne, nielegalny handel środkami transportu, włącznie z zaangażowanymi organizacjami przestępczymi oraz związanymi z tym operacjami prania brudnych pieniędzy. Nic więc dziwnego, że konieczne stało się nowe ustrukturalizowanie organizacji. W konsekwencji istnienie EDU zakończyło się wraz z rozpoczęciem działalności Europolu. Podpisana w Brukseli 26. lipca 1995 roku Konwencja o Europolu¹¹ weszła w życie po ratyfikacji we wszystkich państwach członkowskich w dn. 1 października 1998. W Niemczech ratyfikacja nastąpiła na mocy ustawy z grudnia 1997 EuropolG.¹²

11 Convention Based on Article K.3 of the Treaty on European Union, on the Establishment of a European Police Office (Europol Convention).

12 Gesetz zu dem Übereinkommen vom 26. Juli 1995 auf Grund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über die Errichtung eines Europäischen Polizeiamts (Europol-Gesetz), BGBl 1997 II 2153.

10 Dotyczy to nienaruszalności mieszkania określonej w art. 13 GG.

W porównaniu z pierwotnymi zadaniami EDU za podstawowe cele działalności Europolu uznano poprawę skuteczności i współpracy między właściwymi władzami Państw Członkowskich w zapobieganiu i zwalczaniu terroryzmu, nielegalnego handlu narkotykami i innych poważnych form przestępczości międzynarodowej¹³. Przebiega to wszędzie tam, gdzie istnieją faktyczne oznaki działania zorganizowanej struktury przestępczej oraz dwa lub więcej Państw Członkowskich zostało dotkniętych wspomnianymi formami przestępczości w sposób wymagający wspólnego działania Państw Członkowskich ze względu na skalę, znaczenie i konsekwencje tych przestępstw.¹⁴

Na mocy Art. 2 § 1 ustawy ratyfikacyjnej niemiecką jednostką narodową w sensie art. 4. Konwencji a zarazem właściwą władzą w myśl art. 19 ust. 1 tego aktu jest *Bundeskriminalamt*. To do niego spływają informacje z zewnątrz i z wewnątrz kraju (dostarczane przez krajowe urzędy kryminalne – por. art. 2 § 2 i 3 EuropolG).

Przystąpienie do konwencji o Europolu wywołało w Niemczech falę polemik nad sensownością tego kroku.¹⁵ W dyskusji podkreślano najczęściej argumenty z zakresu suwerenności wewnętrznych organów ścigania. Po pierwsze: jeżeli Europolowi przyznano prawo do wspierania pracy śledczej krajowych organów ścigania, którego pierwszy etap stanowią: uzyskiwanie, obróbka i przekazanie danych osobowych, jak również rezultatów tego procesu, to należy uznać, iż zostały naruszone kompetencje niemieckiej prokuratury zobowiązanej m.in. do prowadzenia wewnętrznej bazy danych (wspomnianej wcześniej SISY).

Druga grupa argumentów koncentruje się na odpowiedzialności (a raczej jej braku) zarówno samej organizacji, jak i jej członków.

13 Za „inne poważne formy przestępczości międzynarodowej” uznano początkowo te, w których właściwa była EDU. Jednocześnie stwierdzono, że najpóźniej w ciągu dwóch lat od wejścia w życie konwencji, Europol ma zająć się również przestępstwami popełnionymi lub takimi, które mogą zostać popełnione, w ramach działań terrorystycznych wymierzonych przeciwko życiu, zdrowiu, wolności lub mieniu. W rzeczywistości rozszerzenie kompetencji nastąpiło znacznie wcześniej. Już bowiem w Decyzji Rady z 3 grudnia 1998 stwierdzono, że: „Europol posiadać będzie prawo zajmowania się przestępstwami przeciwko życiu, zdrowiu, wolności osobistej lub mieniu, popełnionymi lub takimi, których popełnienie jest prawdopodobne podczas działań terrorystycznych” – Decyzja Rady z dnia 3 grudnia 1998 r. polecająca Europolowi objęcie działalnością przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu, wolności osobistej lub mieniu, popełnionych lub takich, których popełnienie jest prawdopodobne podczas działań terrorystycznych (1999/C 26/06) – Dz.U.UE C z dnia 30 stycznia 1999 r.

14 Art. 2.1. Konwencji o Europolu.

15 W. Dicke: EUROPOL – Wieviel Immunität darf es sein?, Deutsche Polizei 03/1998, 17.

Europol inspirujący i koordynujący część działań wykrywczych w rzeczywistości nie odpowiada za akcje policji narodowych. Dodatkowo zważywszy, że funkcjonariusze Europolu posiadają cywilny i karny immunitet za działalność związaną z wykonywaniem swojej funkcji,¹⁶ a organizacja nie jest nikomu podporządkowana – praktycznie nie ma nad nią żadnej kontroli. Wydaje się, że o ile z pierwszym argumentem można polemizować, o tyle drugiemu stanowisku trudno nie przyznać racji.

16 M. Boese: Die Immunität von Europol – ein unterschätztes Verfolgungshindernis?, NJW 1999, 2416.

OBRONCA W PROCESIE KARNYM

1. Prawo do obrony

Zasada prawa do obrony w niemieckim porządku prawnym nie została wyrażona wprost w kodeksie postępowania karnego. Jej istnienie wynika natomiast zarówno z art. 6 ust. 3 EKPC, jak i stanowiącej jeden z zasadniczych celów postępowania karnego, wielokrotnie podkreślanej przez Federalny Trybunał Konstytucyjny zasady równości broni (*Waffengleichheit*).¹ Także zawarte w StPO uprawnienia i obowiązki oskarżonego (bliżej omówione w rozdz. 11) pozwalają mówić o jego podmiotowej, a nie przedmiotowej pozycji.

Podobnie do innych systemów, doktryna i orzecznictwo niemieckie czynią rozróżnienie między prawem do obrony materialnej (*materielle*) i formalnej (*formelle Verteidigung*). Ten pierwszy rodzaj sprowadza się do działalności sądów i prokuratury, które powinny wyjaśniać zarówno okoliczności obciążające, jak i odciążające (por. § 160 ust. 2 StPO, § 244 ust. 2 StPO). Stanowisko takie, nieco odmienne od np. polskiego², nie powinno dziwić, jeśli pamięta się o stojącej u podstaw regulacji niemieckiej koncepcji państwowego roszczenia o ukaranie, rola innych uczestników postępowania sprowadza się do pomocy w wyjaśnianiu stanu faktycznego. Obronę formalną zapewnia natomiast działalność obrońcy, tj. specjalnie powołanego podmiotu, który dba o interesy oskarżonego. Jego pozycja prawna w systemie niemie-

1 Por. K. Gaede, *Verfahrensverzögerung durch zur Zurückweisung führende staatliche Verfahrensfehler und Detailprüfung des Beschleunigungsgebots in Haftsachen*, *Höchststrichterliche Rechtsprechung Strafrecht* 12/2005., 411, 412.

2 Zgodnie z którym przez obronę materialną rozumie się działalność wszystkich uczestników postępowania służącą temu, aby oskarżony nie poniósł kary niesłusznie lub w nadmiernym wymiarze – por. T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2005, s. 148. Por. też: P. Kruszyński, *Prawo podejrzanego do obrony w nowym kpk*, w: *Nowa kodyfikacja karna. Zagadnienia węzłowe*, Warszawa 1997.

ckim wydaje się szczególnie złożona; dlatego powinna zostać omówiona szerzej.

2. Stanowisko obrońcy w procesie karnym

Obroncą w procesie karnym może być co do zasady wyłącznie adwokat dopuszczony do występowania przed niemieckimi sądami lub wykładowca prawa w niemieckiej szkole wyższej (§ 138 ust. 1 StPO).

Pierwsze kryterium spełniają osoby posiadające zdolność do wypełniania urzędu sędziowskiego według DRiG lub wypełniające przesłanki wymienione w ustawie o działalności europejskich adwokatów w Niemczech³ (§ 4 BRAO). Dopuszczenie następuje na wniosek zainteresowanego (§ 6 ust. 1 BRAO). Decyzję podejmuje odpowiedni organ krajowej administracji wymiaru sprawiedliwości po zasięgnięciu opinii prezydium miejscowej izby adwokackiej, ewentualnie także opinii wyznaczonego lekarza (§ 8, 8a BRAO). Odmowa dopuszczenia może nastąpić wyłącznie z powodów przewidzianych w ustawie (§ 6 ust. 2 BRAO) zakazujących zezwolenia wnioskodawcy, który:

- 1) utracił prawa zasadnicze w wyniku orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (§ 13 pkt 1 BVerfGG⁴ w zw. z art. 18 GG),
- 2) w wyniku skazania w procesie karnym stracił zdolność do obejmowania urzędów publicznych,
- 3) prawomocnym wyrokiem został usunięty z adwokatury, a od uprawomocnienia się orzeczenia nie minęło jeszcze osiem lat,
- 4) został prawomocnie zwolniony z urzędu w postępowaniu przeciwko sędziemu naruszającemu prawo (art. 98 GG) lub wykluczony ze służby w wymiarze sprawiedliwości w wyniku postępowania dyscyplinarnego,
- 5) umyślnie (*schuldig*) dopuścił się zachowania pozwalającego uznać go za niegodnego wykonywania zawodu adwokata,

3 *Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland* z 9. marca 2000, BGBl. I., 182.

4 Ustawa z 12 marca 1951 o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, BGBl 1951 I, 243.

- 6) w sposób zabroniony występuje przeciwko wolnościowemu i demokratycznemu ustrojowi,
- 7) ze względów zdrowotnych nie jest nie tylko przejściowo w stanie wykonywać zawód adwokata w sposób przewidziany przepisami,
- 8) wykonuje działalność, której nie da się pogodzić z zawodem adwokata, w szczególności ze stanowiskiem niezależnego organu wymiaru sprawiedliwości, albo która może godzić w zaufanie do jego niezależności,
- 9) znajduje się w stanie upadłości majątkowej,
- 10) jest sędzią, urzędnikiem, żołnierzem zawodowym lub służby zasadniczej, chyba że pełni funkcję obrońcy honorowo lub dopuszczalność łączenia zadań wynika z przepisów szczególnych (§ 7 BRAO).

Przez „wykładowców prawa” uprawnionych do wykonywania zawodu obrońcy należy rozumieć zatrudnionych na pełnym etacie profesorów, profesorów honorowych i privatdocentów, którzy przynależą do niemieckiego uniwersytetu lub odpowiadającej mu szkoły wyższej prawa i prowadzą tam lub mają prawo prowadzić wykłady z dziedziny prawa⁵.

Uprawnieni obydwu rodzajów muszą być ponadto dopuszczeni przez administrację krajową do występowania przed konkretnym sądem powszechnym (§ 18 BRAO). Zakaz może być wydany jedynie wtedy, gdy wnioskodawca w okresie ostatnich pięciu lat był zatrudniony w okręgu konkretnego sądu krajowego jako sędzia lub dożywotnio mianowany urzędnik, albo jeśli żąda on dopuszczenia do występowania przed OLG przed upływem pięcioletniego okresu wykonywania zawodu adwokata przed LG lub AG (§ 20 ust. 1 BRAO). Przesłanki niedopuszczenia nie może natomiast stanowić okoliczność, iż w danej jednostce administracyjnej nie istnieje potrzeba działania większej liczby adwokatów (§ 20 ust. 2 BRAO).

Skomplikowaną pozycję procesową obrońcy wyznaczają w uproszczeniu dwa przepisy: § 137 ust. 1 zd. 1 StPO oraz § 1 BRAO. Według

pierwszej normy oskarżony w każdym stadium postępowania ma prawo korzystać z pomocy obrońcy (*Der Beschuldigte kann sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes einer Verteidigers bedienen*). Drugi przepis stanowi, iż adwokat jest niezależnym organem wymiaru sprawiedliwości (*Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege*).

a. Obrońca jako pomocnik oskarżonego (Beistand des Beschuldigten)

Kluczem do zrozumienia funkcji obrońcy jako pomocnika oskarżonego⁶ wydaje się termin *Beistand*, na gruncie języka niemieckiego rozumiany jako: pomoc, wsparcie, pomocnik, pomocnik oskarżonego w procesie, pomocnik przydzielony jednemu z rodziców samotnie stojących przed sądem opiekuńczym, sekundant w pojedynku, a także współprzysiężnik.⁷ W myśl tej koncepcji proces karny stanowi swojego rodzaju walkę pomiędzy oskarżycielem a oskarżonym, który z reguły nie dysponuje konieczną wiedzą z zakresu prawa i możliwościami technicznymi czy finansowymi porównywalnymi z pozostającymi w dyspozycji organów państwowych. Obrona zatem sprowadza się do odpierania ataku (*Angriff*) oskarżyciela, a obrońca jest przy tym jakby sekundantem, fachowym i niezależnym wsparciem.⁸ W ograniczonym zakresie może także pełnić rolę pełnomocnika (np. przy reprezentowaniu oskarżonego nieobecnego w postępowaniu głównym – § 234 StPO), lecz nie stanowi to jego naczelnego zadania sprowadzającego się do udzielania pomocy i wsparcia.⁹ Analogiczną rolę pełnią również małżonek lub partner życiowy oskarżonego, względnie jego ustawowy przedstawiciel, którzy uzyskują status pomocnika (*Beistand*) z mocy prawa, podobnie jak uprawnienie do udziału w postępowaniu głów-

⁶ Koncepcja ta dominuje w stanowiskach doktryny niemieckiej, austriackiej i szwajcarskiej, por. bliżej P. Kruszyński: Stanowisko prawne obrońcy w procesie karnym, Białystok 1990, s. 13.

⁷ G. Wahrig (red.), Wörterbuch der deutschen Sprache, Nördlingen 2000, s. 156.

⁸ W. Krekeler: Strafrechtliche Grenzen der Strafverteidigung, w: P. Cramer, S. Cramer (red.): Anwalts-Handbuch Strafrecht, Köln 2002, s. 3.

⁹ OLG Celle Ur. z 31.05.1988, 1 Ss 117/88, NSZ 1988, 426.

⁵ Por. W. Zimmerling: Die Rechtsprobleme der Rechtsprofessoren, <http://www.zimmerling.de>

nym¹⁰, a także do wysłuchania na żądanie. Liczbę obrońców z wyboru kodeks ograniczył maksymalnie do trzech (§ 137 ust. 1 zd. 2 StPO).¹¹

W ramach swoich zadań obrońca ma przede wszystkim informować oskarżonego o przysługujących mu prawach i ciężących obowiązkach, reprezentować go, podnosić okoliczności świadczące na korzyść klienta, a także dokonywać czynności procesowych już to w miejsce, już to obok niego, realizując własne uprawnienia związane ze szczególną pozycją, jaką spełnia. Kompleks tych powinności decyduje o dostrzeganiu w niemieckim prawie roli obrońcy jako pomocnika oskarżonego, a zatem podmiotu realizującego swoje zadania w celu zapewnienia rzetelnego działania organów procesowych.

b. Obrońca jako organ wymiaru sprawiedliwości (Organ der Rechtspflege)

Z drugiej strony cytowany § 1 BRAO nakłada na obrońcę ważne zadania publiczne (choć już niepaństwowe). Nie ulega bowiem wątpliwości, iż proces karny toczy się w interesie ogółu obywateli, a obrońca jednostronnie dbając o rzetelność prowadzonego postępowania pełni także ważną społeczną rolę. Będąc organem wymiaru sprawiedliwości obrońca narażony jest jednak na permanentny konflikt między interesem ogółu (a więc także wymierzenia sprawiedliwej kary za popełnione czyny) a dobrem oskarżonego. Doktryna niemiecka wypracowała kilka teorii próbujących wyznaczyć w związku z tym pole jego dopuszczalnego działania, bez naruszania niekiedy sprzecznych interesów.

Pierwsza z nich, tzw. *eingeschränkte Organtheorie*¹² sprowadza się do założenia, iż funkcja obrońcy jako organu wymiaru sprawiedliwości nie powinna istotnie ograniczać funkcji pomocnika, a zatem wykonywanie jego roli winno zawierać się między skutecznością obrony (*Effektivität der Verteidigung*) a „sednem” efektywności wymiaru sprawiedliwości (*Kernbereich der Effektivität der Rechtspflege*).

10 W postępowaniu przygotowawczym zależy to od uznania sędziego – por. § 149 ust. 3 StPO.

11 Z drugiej strony § 146 StPO zakazuje obrońcy bronić równocześnie, tj. w jednym postępowaniu kilku oskarżonych o popełnienie tego samego czynu, jak też kilku oskarżonych o popełnienie różnych czynów, jeśli postępowanie przeciwko nim zostało połączone.

12 W. Beulke: *Der Verteidiger im Strafverfahren. Funktionen und Rechtsstellung*, Frankfurt am Main 1980, s. 50 i nast.

W uproszczeniu można więc przyjąć, że uprawnione interesy oskarżonego przeważają nad ogólnymi interesami publicznymi i dopiero fundamentalne względy wymiaru sprawiedliwości mogą uzasadniać odstąpienie od działania na korzyść oskarżonego, które nigdy nie może być realizowane za wszelką cenę.

W myśl drugiej koncepcji, tzw. teorii przedstawicielstwa interesów stron (*Parteiinteressenvertretertheorie*)¹³ zakres obrony wyznacza w pełni autonomiczna wola oskarżonego. Obrońca jedynie pomaga w osiągnięciu wyznaczonego celu, a zakres jego działań pokrywałby się z tym, co dozwolone klientowi. W skrócie mówiąc, jeśli ustawodawca – kształtujący przecież także system wymiaru sprawiedliwości – uznaje pewne zachowania oskarżonego za dopuszczalne, a obrońcę czyni jego pomocnikiem, nie sposób stawiać temu ostatniemu zarzutów z maksymalnie efektywnego wykonywania swoich zadań. Słabość tej teorii objawia się choćby w konieczności zaakceptowania dopuszczalności kłamstw adwokata.

Trzecia teoria wiąże zakres dopuszczalności działań obrońcy z treścią art. 2 ust. 1 GG: „Każdy ma prawo do swobodnego rozwoju swej osobowości, dopóki nie narusza praw innych oraz nie wykracza przeciwko konstytucyjnemu porządkowi oraz nakazom moralności”. Choć niewątpliwie atrakcyjna, sprawia ona jednak najwięcej wątpliwości interpretacyjnych. Należałoby bowiem każdorazowo oceniać „wątpliwe” zachowanie obrońcy przez pryzmat zasad konstytucyjnych, co choćby ze względu na niezbędny poziom ich ogólności spowalniałoby, a praktycznie eliminowałoby możliwość szybkiej reakcji.

Jedną z konsekwencji postrzegania pozycji obrońcy jako organu wymiaru sprawiedliwości stanowi przewidziana w § 138a ust. 1 StPO instytucja wyłączenia obrońcy od udziału w postępowaniu. Zgodnie z tym przepisem obrońca podlega wyłączeniu, jeśli jest podejrzany w stopniu mocnym (*dringend*) lub wystarczającym do wszczęcia postępowania głównego o to że:

a) uczestniczył w czynie, o który toczy się postępowanie,

13 H. Ostendorf: *Strafvereitelung durch Strafverteidigung. Zur Diskussion um Gründe und Leitbild berufsmäßiger Strafverteidigung*, NJW 1978, 1349.

- b) nadużył stosunków z odpowiadającym z wolnej stopy oskarżonym w celu popełnienia czynu zabronionego albo istotnego zagrożenia bezpieczeństwa zakładu wykonawczego,
- c) popełnił czyn, który w wypadku skazania oskarżonego stanowiłby poplecznictwo (*Begünstigung* – § 257 StGB i *Strafvereitelung* – § 258 StGB), lub paserstwo (*Hehlerei* – § 259, § 260 StGB).

W sprawach o przestępstwa dotyczące udziału w związku przestępnym lub terrorystycznym, obrońca ulega wyłączeniu przy niższym stopniu podejrzenia o zaistnienie okoliczności wymienionych w punktach a) oraz b) (§ 138a ust. 2 StPO). Dodatkowo w postępowaniach prowadzonych przez Izbę Ochrony Państwa LG lub przed OLG w odniesieniu do tzw. *Staatsschutzdelikten*, obrońca podlega wyłączeniu, jeśli istnieje uzasadnione przypuszczenie (*auf Grund bestimmter Tatsachen die Annahme begründet ist*), że jego działalność sprawdziłaby zagrożenie dla bezpieczeństwa Republiki Federalnej Niemiec (§ 138b StPO). Postępowanie takie toczy się przed OLG lub Sądem Najwyższym (§ 138c StPO).

3. Obrona niezbędna (notwendige Verteidigung) i obrona z urzędu (Pflichtverteidigung)

Prawo do obrony formalnej przysługuje wszystkim obywatelom i w odniesieniu do każdej sprawy. Jednak ustawodawca decyduje się w niektórych przypadkach uzasadnionych względami podmiotowymi lub przedmiotowymi na przekształcenie prawa w obowiązek. W sprawach szczególnie poważnych lub dotyczących oskarżonych o zmniejszonej zdolności do reprezentowania własnych interesów ma miejsce tzw. *notwendige Verteidigung*, czyli w myśl polskiej terminologii – obrona niezbędna. Oskarżony musi występować z obrońcą, choć może on pochodzić z wyboru. Kiedy natomiast oskarżonemu brakuje środków na obrońcę z wyboru, a jednocześnie zachodzi obrona niezbędna – ustanawia mu się tzw. obrońcę obowiązkowego (*Pflichtverteidiger*), czyli – nawiązując do rodzimej terminologii – obrońcę z urzędu. Rozróżnienie to ma istotne znaczenie.

Obrona niezbędna w postępowaniu karnym zachodzi z mocy ustawy, gdy (§ 140 ust. 1 StPO):

- a) postępowanie w pierwszej instancji toczy się przed Sądem Krajowym lub Wyższym Sądem Krajowym,
- b) oskarżonemu zarzuca się zbrodnię,
- c) w postępowaniu może zostać orzeczony zakaz wykonywania zawodu,
- d) oskarżony przynajmniej trzy miesiące na mocy sądowego postanowienia był pozbawiony wolności, a od jego zwolnienia nie upłynęły dwa tygodnie¹⁴,
- e) przy sporządzaniu opinii na temat stanu psychicznego oskarżonego wchodzi w rachubę zarządzenie obserwacji w szpitalu psychiatrycznym na podstawie § 81 StPO,
- f) postępowanie będzie dotyczyć środka zabezpieczającego,
- g) dotychczasowy obrońca został wyłączony z postępowania wskutek wydania odpowiedniego orzeczenia.

Przewodniczący, działając na wniosek albo z urzędu (*von Amts wegen*), może również ustanowić obrońcę niezbędnego, jeżeli ze względu na ciężar zarzucanego czynu, złożoność stanu faktycznego lub prawnego konieczny wydaje się udział obrońcy lub staje się oczywiste, iż oskarżony nie może się sam bronić (§ 140 ust. 2 StPO). Ten ostatni stan faktyczny zachodzi np. w odniesieniu do analfabetów, upośledzonych umysłowo, a także w innych przypadkach pozostawionych do uznania sądowni.

Kiedy zachodzą przesłanki z art. 140 ust. 1 lub 2 StPO, a oskarżony nie ma obrońcy, przewodniczący właściwego sądu ustanawia mu obrońcę obowiązkowego (*Pflichtverteidiger*), zwanego w Polsce obrońcą z urzędu. Konieczna wydaje się tu dygresja rozwiewająca wątpliwości językowe. Obrońcą obowiązkowym może być bowiem obrońca niezbędny albo z mocy ustawy, albo ustanowiony wcześniej przez przewodniczącego z urzędu (*ex officio, von Amts wegen*) ze względu np. na wagę sprawy czy właściwości oskarżonego. Tak więc każdy obrońca

¹⁴ Nie jest to jednak do końca zgodne z Europejską Konwencją Praw Człowieka – por. wyrok. ETPC z 25.03.1999, 31195/96, Nicolava, NJW 2000, s. 2883.

obowiązkowy (w myśl polskiej terminologii – z urzędu) jest obrońcą niezbędnym, nie każdy obrońca niezbędny jest obrońcą ustanowionym z urzędu przez przewodniczącego. Ustanowienie obrońcy obowiązkowego może mieć miejsce już w postępowaniu przygotowawczym, jeżeli prokuratura przypuszcza, że w postępowaniu głównym będzie zachodził przypadek obrony niezbędnej (§ 141 ust. 3 StPO).

Chociaż główną przyczyną, dla której oskarżony występuje bez obrońcy stanowi ubóstwo, to nawet fakt dysponowania przez podsądnego odpowiednimi środkami materialnymi nie pozbawia go prawa do posiadania obrońcy obowiązkowego.¹⁵ Przepis bowiem nie uzależnia uprawnienia od stanu majątkowego, lecz od faktycznego braku pomocnika procesowego.

Obrońcę ustanawia się w miarę możliwości z listy adwokatów dopuszczonych do reprezentacji przed sądem właściwym w sprawie, a oskarżonemu należy umożliwić w określonym terminie wskazanie konkretnej osoby. Jeżeli nie sprzeciwiają się temu ważne względy, wybranego adwokata ustanawia się obrońcą obowiązkowym (§ 142 ust. 1 StPO). Stosunek ten może zostać rozwiązany. Według § 143 StPO jedyną przyczynę stanowi fakt ustanowienia obrońcy z wyboru, który przyjmie zlecenie. Jednak doktryna i orzecznictwo rozszerzają katalog przyczyn odwołania obrońcy obowiązkowego o tzw. ważny powód. Może on w szczególności polegać albo na tym, że oskarżony złoży oświadczenie o utracie zaufania do obrońcy¹⁶, albo obrońca z tych samych powodów wniosie o rozwiązanie stosunku.¹⁷

4. Uprawnienia obrońcy

a. Kontakt z oskarżonym

Zgodnie z § 148 ust. 1 StPO podejrzanemu (również jeśli nie odpowiada on z wolnej stopy) zezwala się na swobodny ustny lub pisemny kontakt z adwokatem. W postępowaniach o przestępstwa udziału w związku terrorystycznym (§ 129a StGB), gdy oskarżony nie pozo-

staje na wolności, kontakt pisemny podlega ograniczeniu, tj. wszelkie pisma i inne przedmioty przekazywane między adwokatem a jego klientem muszą być przedłożone sędziemu. W takim wypadku również rozmowa między stronami stosunku obrończego może odbywać się jedynie w obecności osoby trzeciej w celu zapobieżenia przekazywaniu pisemnych informacji lub przedmiotów (§ 148 ust. 2 StPO). Dodatkową gwarancją swobody kontaktu w postępowaniu przygotowawczym stanowi także zakaz zatrzymania zapisków i pism wymienianych między oskarżonym a obrońcą (§ 97 ust. 1 pkt 1 StPO).

Ustawodawstwo niemieckie dopuszcza kontakt obrońcy z podejrzanym bezpośrednio po nabyciu przez niego tego statusu, lecz w zasadzie nie przewiduje obecności adwokata w trakcie policyjnego przesłuchania klienta. Dla zapewnienia równowagi podejrzanemu nie ma obowiązku stawienia się na wezwanie policji. Doktryna wspomina natomiast o prawie do konsultacji z obrońcą przed lub w trakcie czynności (*das Recht der Verteidigerkonsultation*). O uprawnieniu tym podejrzanego informuje się po przedstawieniu zarzutu, a jeśli pragnie on skorzystać z przywileju, umożliwia się mu rozmowę z adwokatem bez świadków. W zasadzie nie wolno kontynuować czynności, jeśli podejrzanemu wyrazi wolę konsultacji prawnej, chyba że policjant wykaże, iż – pomimo dostatecznych starań – nie było możliwe skontaktowanie się z obrońcą.¹⁸ Niezachowanie obowiązku poinformowania o przysługujących podejrzanemu prawach w trakcie przesłuchania jest przesłanką niemożności wykorzystania dowodowego wyjaśnień podejrzanego.¹⁹

Na mocy § 136 StPO, przy pierwszym sądowym przesłuchaniu podejrzanego (przepis ten stosuje się również do przesłuchań prokuratorskich), należy go pouczyć o sytuacji prawnej i wskazać, że w świetle przepisów ma prawo zarówno wypowiedzieć się co do zarzutów, milczeć, jak również w każdym momencie przesłuchania zażądać kontaktu z obrońcą. Jeżeli oskarżony zamierza rozpocząć wyjaśnienia, lecz przedtem poradzić się obrońcy, należy przerwać przesłuchanie i wolno je wznowić dopiero po konsultacji. W toku dalszego przesłuchania

15 L. Meyer-Goßner: Strafprozessordnung, op. cit., s. 547.

16 BGH, Urt. z 21.03.1979, 2 StR 453/78, BVerfGE 39, 238, 244.

17 BGH Urt. z 26.08.1993, 4 StR 364/93, BGHSt 39, 312.

18 Powstający w przeciwnym wypadku zakaz dowodowy jest o tyle względny, iż zależy od tego, czy oskarżony lub jego obrońca podniosą taką okoliczność w toku rozprawy głównej. Por. M. Wehrauch: Verteidigung im Ermittlungsverfahren, Heidelberg 1997, s. 97.

19 Por. wyrok BGH z 29.10.1992, 4 StR 126/92 LG Frankenthal, NJW 1993, 338.

prokuratorskiego i sądowego obrońca ma prawo udziału w czynności, ze wszystkimi z tego faktu płynącymi konsekwencjami, m.in. obowiązkiem stawiennictwa (§ 163a ust. 3 StPO, § 168c ust. 1 StPO).

b. Udział w czynnościach postępowania

Jak już wspomniano wyżej, obrońca ma prawo udziału w każdym sądowym oraz prokuratorskim przesłuchaniu podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym. Podobnie dzieje się w odniesieniu do sądowych przesłuchań świadków i biegłych (§ 168c ust. 2 StPO), a także sądowych oględzin (§ 168d ust. 1 StPO). Uprawnionego należy zawiadomić o terminie czynności, lecz ustawa dopuszcza odstępstwo, jeśli zagrażałoby to wynikom postępowania przygotowawczego. Obrońcy nie przysługuje natomiast roszczenie o zmianę terminu czynności (§ 168c ust. 5 StPO).

Szersze uprawnienia uzyskuje obrońca w związku z dowodem z opinii biegłego. Na mocy § 73 StPO wybór powoływanych biegłych i określenie ich liczby należy do kompetencji organu prowadzącego postępowanie. W postępowaniu przygotowawczym z mocy ustawy prokurator²⁰ przed wyborem biegłego daje obrońcy okazję do zajęcia stanowiska w tej kwestii. Do tego celu może być nawet ustanowiony obrońca tzw. obowiązkowy (z urzędu) – jeśli zachodzą warunki obrońcy niezbędnej.²¹ Zapytany obrońca może zgłaszać sprzeciw, swoje propozycje lub inne zastrzeżenia. W postępowaniu sądowym zasięgnięcie takiej opinii nie jest konieczne, ale „warte polecenia”²², m.in. z chęci uniknięcia następczego wyłączenia biegłego na wniosek stron. Rozwiązanie to zasługuje na uwagę także w polskich warunkach.

W postępowaniu głównym, na rozprawie, obrońcy przysługuje właściwie nieograniczone prawo do udziału w czynnościach.

c. Składanie wniosków dowodowych

Chociaż nie zostało to literalnie wyrażone w StPO, w myśl jednoznacznego orzecznictwa BGH obrońcy przysługuje prawo do składania wniosków dowodowych.²³

d. Dostęp do akt

W praktyce niemieckiej obrońca (i tylko on, gdyż podejrzany nie ma takiej możliwości²⁴) uzyskuje szerszy dostęp do akt zazwyczaj w związku z dokonaniem czynności sądowej w postępowaniu przygotowawczym. Z przepisu § 147 ust. 1 StPO wynika, iż obrońca jest uprawniony *ex lege* przeglądać akta, którymi dysponuje sąd (niezależnie od tego, czy na trwałe, czy tylko do dokonania jednorazowej czynności), lub które byłyby przedstawione sądowi w przypadku wniesienia aktu oskarżenia. Co ciekawe, adwokat może również – co do zasady – już od momentu ustanowienia w sprawie zapoznawać się z dowodami rzeczowymi (§ 147 ust. 4 StPO)²⁵, w tym także w obecności podejrzanego lub innego adwokata.²⁶

Przed zakończeniem postępowania przygotowawczego, a właściwie z rozpoczęciem rozprawy prawo wglądu może być jednak znacznie ograniczone. Przedmiotowa decyzja podejmowana jest w zależności od stadium – przez prokuraturę do momentu wpłynięcia skargi do

23 BGH Ur. z 10.04.1953, 1 StR 145/53, NJW 1953, 1314.

24 Jednak na mocy postanowienia można wydać oskarżonemu występującemu bez obrońcy odpisy lub kopie przynajmniej części akt, jeśli nie są zagrożone cele postępowania i nie sprzeciwiają się temu ważne interesy osób trzecich (§ 147 ust. 7 StPO).

25 Dowody rzeczowe w rozumieniu tego przepisu to wszystkie pozostające w urzędowym władaniu posiadane obiekty zabezpieczone podczas oględzin. Zbiory dokumentów, nagrania audio i wideo, programy komputerowe itp., niezależnie od tego, czy zostały sporządzone dla celów toczącego się postępowania, czy znalezione podczas oględzin (przeszukania), zalicza się do pojęcia akt.

26 Por. OLG Köln Beschl. z 30.09.1994 2 Ws 400/94, „Strafverteidiger” 1995, 12 dotyczące możliwości odsłuchiwania taśm nagranych w trakcie kontroli korespondencji (podsluchu telefonu) podejrzanego. Sąd uznał, że obrońca niedysponujący dostatecznymi wiadomościami w zakresie oceny materiału dowodowego (w konkretnej sprawie chodziło o rozpoznanie głosów w nagraniu i przypisanie kwestii poszczególnym rozmówcom) – może i powinien przybrać sobie do tej czynności pomocnika w postaci klienta lub innego obrońcy. Obrońca ma ułatwiony dostęp do dowodów rzeczowych, mimo że pozostają one pod władzą sądu, również w ten sposób, iż możliwe jest przesłanie tychże do sądu właściwego według siedziby kancelarii – tak LG Heilbronn Beschl. z 23.02.1988, 1 Qs 101/88, „Strafverteidiger” 1988, 293.

20 Pkt. 70.1 RiStBV.

21 E. Müller: Über Probleme des Sachverständigenbeweises im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren, w: Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Gerhard Lüke zum 70. Geburtstag, Saarbrücken, 1997, s. 497.

22 Tak to sformułowało orzecznictwo niemieckie. Por. BGH Ur. z 2.07.1986, 3 StR 87/86, „Strafverteidiger” 1986, 465, por. też BGH Ur. z 20.12.1983, 5 StR 763/82, „Strafverteidiger” 1984, 114.

sądu (także kiedy sprawa została umorzona). Od tej chwili decyduje przewodniczący (§ 147 ust. 5 StPO).

Przed zakończeniem postępowania przygotowawczego dostęp do akt lub do dowodów rzeczowych może zostać całkowicie wyłączony, jeśli mógłby zagrozić celom postępowania (§ 147 ust. 2 StPO). Zagrożenie takie nie może być jednak interpretowane abstrakcyjnie, np. iż w przypadku ujawnienia treści dokumentacji wyjdzie na jaw ogólna taktyka oskarżenia, oskarżony będzie wywierał nacisk na świadków czy nawet ze względu na to, że akta zawierają treści tajne.²⁷ Przykładem uzasadnienia odmowy prawa wglądu z powodu realnego zagrożenia celów postępowania jest np. okoliczność łatwo zresztą dająca się z akt wyinterpretować, że następną czynnością postępowania będzie przeszukanie mieszkania lub tymczasowe aresztowanie podejrzanego.

Do wglądu udostępnia się, co również warto odnotować, już dokumentację pierwszych, policyjnych czynności, niezależnie od tego, w jakiej formie została sporządzona i czy wyniki działań organów ścigania są istotne z punktu widzenia obrony. Orzecznictwo uznało również za wchodzące w skład akt, a zatem dostępne, również tzw. *Spurenakten*, czyli dokumenty sporządzone w postępowaniu co najmniej *in rem*, których zawartość winna mieć znaczenie dla stwierdzenia popełnienia zarzucanego oskarżonemu czynu oraz jego następstw prawnych. Tajnością obejmuje się natomiast podręczne akta prokuratury.

Ustawowo jawne wewnątrznie są protokoły czynności, w których strona miała prawo brać udział. Wyrażona przez § 147 ust. 3 StPO i interpretowana rozszerzająco przez orzecznictwo zasada stanowi, że nie można zabronić wglądu w akta czynności, w której obrońca brał udział (nawet bezprawnie) lub miał taki obowiązek, a opinie biegłego nie mogą być utajnione nawet w zakresie, w jakim odnoszą się do informacji zdobytych przez policję w sposób niejawną.

Po uzyskaniu zezwolenia adwokat ma prawo otrzymania kopii akt, jak również wzięcia ich do kancelarii, a nawet do domu.²⁸ Uprawnienie to, uzależnione od złożenia stosownego wniosku, nie dotyczy, oczywiście

27 M. Lemke (i in.): Heidelberg Kommentar, *op. cit.*, s. 571.

28 *Ibidem*, s. 569.

ście, dowodów rzeczowych niepodlegających w ogóle wydaniu, a decyzja w przedmiocie wydania akt obrońcy jest niezaskarżalna (§ 147 StPO ust. 4).

Warto zauważyć, że według niemieckiego orzecznictwa dopuszcza się, aby obrońca przekazywał oskarżonemu kopie i wyciągi z akt, nawet jeżeli istnieje niebezpieczeństwo, że podejrzaný wykorzysta znajdujące się tam informacje do popełnienia nadużyć²⁹. Zabronione jest natomiast przekazanie oryginałów akt. Obrońca nie może żądać wypożyczenia: kopii, odpisów, fotografii, duplikatów dowodów rzeczowych, jeżeli w ten sposób treść informacyjna śladów uległaby naruszeniu. Nie może ich, oczywiście, również wypożyczać w postępowaniu jurysdykcyjnym.

Trzeba jednak przyznać, że mimo szeroko określonych gwarancji, praktyka niemiecka wskazuje na raczej ograniczony dostęp do całości akt, przynajmniej do momentu zakończenia postępowania przygotowawczego.³⁰ W postępowaniu sądowym ograniczenia takie znikają.

e. Wnoszenie środków odwoławczych

Zgodnie z treścią § 297 StPO obrońca ma prawo składać wyłącznie środki odwoławcze na rzecz oskarżonego, jednak nie wbrew jego woli. Ustawodawca niemiecki stoi na stanowisku prymatu woli oskarżonego i jeśli ten nie potwierdzi zamiaru odwoływania się, jak również jeżeli poprzez rezygnację z prawa zaskarżenia wyrok zdążył się już uprawomocnić, skarga taka staje się bezskuteczna (*unwirksam*).³¹

f. Własne działania wykrywcze (eigene Ermittlungen)

Prowadzenie przez obrońcę własnych działań mających na celu zebranie informacji o sprawie będącej przedmiotem postępowania organów wymiaru sprawiedliwości należy do działań szczególnie kontro-

29 BGH Urt. z 03.10.1979 3 StR 264/79, NJW 1980, 64, 65, dotyczący (sic!) dopuszczalnych działań obrońcy w procesach o terroryzm, a więc przestępstwo, co do którego ustawa przewiduje daleko idące obostrzenia w zakresie np. kontaktu podejrzanego z obrońcą. Od tej zasady już wcześniej przewidywano wyjątki – BGH Beschl. 29.05.1963 6 BJs 497/62, StB 5/63, NJW 1963, 1462.

30 F. Künigk: Prozessführung und Strafverteidigung, Stuttgart (i in.) 1979, s. 171.

31 BGH Beschl. z 9.11.1977, 3 StR 454/77, NJW 1978, 330.

wersyjnych i skomplikowanych tak pod względem prawa, jak i etyki zawodowej. Zachowanie to, wywodzące się naturalnie z zasad procesu anglo-amerykańskiego, z trudem daje się przyswoić w krajach prawa stanowionego, w których dodatkowo silną pozycję zajmuje prokuratura. Jednak doktryna niemiecka, której jednym z prekursorów był W. Beulke postulujący uznanie wręcz specjalnej funkcji wyjaśniającej adwokata³², nie ma praktycznie już dziś wątpliwości co do tego, iż obrońca ma prawo, a nawet obowiązek do prowadzenia własnych czynności wyjaśniających.³³ Ideę tę zaakceptowało ponad 50 lat temu również orzecznictwo BGH podkreślając, że wyjaśnienie okoliczności odciążających stanowi jedno z głównych zadań obrońcy.³⁴ Tego rodzaju opinie spotyka się właściwie we wszystkich współczesnych źródłach.³⁵

Prawo obrońcy do zbierania informacji nie wyklucza osobistego działania podejrzanego (oczywiście odpowiadającego z wolnej stopy). Stanowisko takie także obecne było w praktyce wymiaru sprawiedliwości od dawna, m.in. w 1925 roku Sąd Rzeszy wypowiedział się w następujący sposób: „Jak prokuratura uprawniona i zobowiązana jest sprawę wyjaśnić i każdego o jego wiedzę wypytać lub polecić wypytać, tak również podejrzanym ma prawo zbierać materiał, którego potrzebuje do swojej obrony”.³⁶

Najtrudniejsze do zaakceptowania i teoretycznie najbardziej podatne na nadużycia zachowania obrońcy prowadzącego własne czynności wyjaśniające wiążą się z kontaktem ze świadkami i potencjalnymi świadkami, jak również z biegłymi. Formuluje się w tej materii szereg zaleceń i wskazówek taktycznych, i to mimo dość rygorystycznej regulacji prawnomaterialnej. Niedozwolone oddziaływanie na świadka może dotyczyć zarówno metody, jak i celu. Niedopuszczalne są: podstęp, zastraszenie bądź przymus.³⁷ Za bezdyskusyjnie zabronio-

ne uznaje się nakłanianie świadków do złożenia zeznań fałszywych³⁸, jak również nawet podtrzymywanie ich w takim postanowieniu.³⁹ Ten szczególny typ poplecznictwa – *Strafvereitelung* (§ 258 StPO) ma charakter skutkowy. Jako ewenement na skalę międzynarodową należy natomiast potraktować dopuszczenie, choć przy zachowaniu najwyższej ostrożności, zawarcia pozasądowej ugody przewidującej zapłatę świadkowi przez oskarżonego określonej kwoty za złożenie szczerych zeznań odciążających, ale tylko w ramach istniejącego uprzednio długu (i wyłącznie do jego wysokości).⁴⁰

W niemieckim procesie cywilnym nieuwzględnienie przez sąd opinii prywatnej uznawane jest za naruszenie przepisów o konieczności wyjaśnienia przez sąd rzeczywistego stanu rzeczy.⁴¹ W odniesieniu natomiast do procesu karnego sytuacja wygląda nieco inaczej. Da się zaobserwować niechęć biegłych do współpracowania z obrońcą, motywowana tym, iż biegli często uważają się za podmioty niezależne i pozostające jedynie w dyspozycji organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Sporządzanie opinii (tzw. przedopinii – *das Vorgutachten*) lub udzielanie informacji (wyrażanie tendencji – *die Tendenzäußerung*) na wyraźne, nawet niekiedy dość natarczywe zlecenie osoby prywatnej (obrońcy) jest traktowane jako nielicujące z etosem biegłego, który nie powinien być stronnicy.⁴²

Z drugiej jednak strony już w samym kodeksie postępowania karnego dają się dostrzec elementy kontrydiktoryjnej oceny dowodu z opinii biegłego. Obok wspomnianej powyżej zalecanej konsultacji w zakresie osoby biegłego bardzo ciekawą instytucję przewiduje § 168d ust. 2 StPO. Jeżeli do oględzin sądowych przybiera się biegłych, to podejrzanym ma prawo wnioskować, aby do udziału w czynności wezwać również ekspertów proponowanych przez niego jako biegłych w postępowaniu głównym. Ich prawa i obowiązki omówiono szerzej w rozdziale 12.

32 W. Beulke, *Der Verteidiger...*, *op. cit.*, s. 44.

33 Por. R. Hamm, I. Lohberger, *Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger*, München 2002, s. 82 i lit. tam cyt.

34 „Ciężar jego [tj. obrońcy] działalności polega [...] przede wszystkim na wyjaśnianiu okoliczności łagodzących”, BGHSt. 2, 378.

35 Por. B. Kramer, *Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts*, Stuttgart–Berlin 1999, s. 72 i lit. tam cyt.

36 RG Urt. z 21.04.1925 g. Sch. U. Gen. I 159/25, „Entscheidungen des Reichgerichts in Strafsachen”, 59, 174.

37 W. Krekeler, *Strafrechtliche Grenzen der Verteidigung*, NSTZ 1989, 150.

38 M. Wehrauch: *Verteidigung...*, *op. cit.*, s. 76.

39 M. Baumann, *Eigene Ermittlungen des Verteidigers*, Baden–Baden 1999, s. 130.

40 BGH Beschl. z 09.05.2000 1 Str 106/00 LG Augsburg, NJW 2000, 2435, por. tez: A. Schöнке, H. Schröder (red.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2001, teza 20 do § 258, 2006.

41 BGH Urt. z 11.05.1993, VI ZR 243/92 München, NJW 1993, s. 2382.

42 Por. H. Dachs, *Handbuch des Strafverteidigers*, Köln 1999, s. 205.

5. Nadużycie prawa do obrony

Stanowisko obrońcy w dzisiejszym kształcie niemieckiego postępowania karnego należy do najtrudniejszych zagadnień nauki dotyczącej procesu. Obowiązki i uprawnienia wynikające z funkcji organu wymiaru sprawiedliwości oraz pomocnika oskarżonego często stają w sprzeczności wobec siebie. Także przepisy prawa karnego (*Strafvereitelung*) w istotny sposób ograniczają działalność adwokata. Z drugiej jednak strony interesy oskarżonego chronione są dość mocno treścią prawa do obrony materialnej realizowanej przez sąd i prokuraturę. Wszystko to powoduje, że jednym z ciekawszych zagadnień nie tylko od strony teoretycznej, ale o bardzo istotnych praktycznych konsekwencjach staje się pytanie o możliwość nadużycia uprawnień procesowych, w szczególności związanych z prawem do obrony.⁴³

W pierwotnej redakcji StPO w ogóle nie pojawiała się idea nadużycia uprawnień (w doktrynie niemieckiej odnoszonego przede wszystkim do: składania wniosków dowodowych, wnoszenia o wyłączenie organu oraz zadawania pytań) przez oskarżonego lub obrońcę. W jednym ze swoich wyroków wydanym w 1888 roku Reichsgericht twierdził: „obowiązujący kodeks postępowania karnego nie przyznaje sędziemu uprawnienia oddalenia składanych przez oskarżonego kolejnych wniosków dowodowych, jeśli ich przedmiot wydaje się istotny, tylko dlatego, że taka metoda obrony prowadzi do kolejnych rozpraw, przedłuża postępowanie i ma na celu odwleczenie wydania końcowego orzeczenia”.⁴⁴ Jednakże już cztery lata później sąd, prawdopodobnie na skutek wzmagającej się aktywności adwokatów zachęconych poprzednim stanowiskiem, zaznaczył możliwość innego podejścia do zagadnienia i zmienił nieco przyjętą linię rozumowania: „Okoliczność, iż oskarżony składa coraz to nowe wnioski dowodowe i w ten sposób przeciąga postępowanie, jest z pewnością stanem niedobrym, który wprawdzie daje się wyraźnie odczuć, jednak ze względu na to, że chodzi o zagwarantowanie najważniejszego spośród praw stron oraz że

należy unikać każdej możliwości ograniczenia poważnie wykonywanej obrony – nie ma tu decydującego znaczenia”.⁴⁵ W 1905 roku zdecydowano po raz pierwszy, że odebranie oskarżonemu prawa do zadawania pytań z powodu nadużycia uprawnienia jest niedopuszczalne, ponieważ na podstawie § 241 ust. 2 StPO można jedynie uchylić poszczególne pytania. Należy jednak przez to rozumieć, że orzeczenie o takiej treści zapadło w niższej instancji. Ślady niedopuszczalnej praktyki w postaci nadużycia uprawnienia do wyłączenia poszczególnych podmiotów (w konkretnej sprawie chodziło o powołanie na świadka oskarżyciela) znajdują się w następującym orzeczeniu Reichsgerichtu z 1908 r.: „Nie może być mowy o tym, aby oskarżonemu przysługiwało uprawnienie do całkowitego lub tylko czasowego wyłączenia organu upoważnionego według stosownych przepisów do prowadzenia sprawy i rozstrzygania w niej – jeśli [oskarżony– P.G.] miałby to uczynić w drodze procesowo niedopuszczalnego wniosku, tj. poprzez wykonywanie jedynie rzekomego, w rzeczywistości nieistniejącego uprawnienia procesowego, a więc poprzez użycie pozoru (*Schein*) takiego prawa”.⁴⁶ Równocześnie wykorzystywanie prawa do składania wniosków dowodowych do celów pozaustawowych stało się prawdopodobnie tak nagminne, że zajęło się nim Ministerstwo Sprawiedliwości Rzeszy. W wydanym komentarzu stwierdza się m.in.: „Postępowanie karne nie może być wykorzystywane przez jego uczestników w celach niewłaściwych. Musi istnieć środek, który zapobiegnie składaniu wniosków dowodowych służących jedynie wzbudzaniu sensacji, robieniu reklamy czy też wyrządzaniu dolegliwości osobom trzecim, które ośmieszane są przed organami wymiaru sprawiedliwości”.⁴⁷ Ostatecznie dyskusja ta zakończyła się w 1926 r. nowelizacją przepisów zezwalającą na oddalenie wniosku dowodowego z powodu tego, iż zmierza on do przeciągania postępowania. Jednak ogólne podstawy oddalenia wniosku doczekały się skodyfikowania dopiero w czerwcu 1935 r. Na podstawie tych przepisów na początku lat 60-tych BGH uznał wnioski do-

43 Por. co do szczegółowych granic prawa: G. Brei, Grenzen zulässigen Verteidigerhandelns, München 1991, s. 109 i nast., zob. też P. Kruszyński: Stanowisko prawne..., *op. cit.*, s. 69 i nast.

44 RG II Strafsenat Ur. 19.11.1885 2844/85 LG Naumburg, „Entscheidungen der Reichsgerichts”, t. 13, 153.

45 RG II Strafsenat Ur. 27.11.1891 2871/91 LG I Berlin, „Entscheidungen der Reichsgerichts”, t. 22, 236.

46 RG V Strafsenat Ur. 9.12.1908 V 455/08 LG Köln, „Entscheidungen der Reichsgerichts”, t. 42, 4. Orzeczenie to bardzo wyraźnie nawiązuje do cywilistycznej koncepcji nadużycia prawa.

47 Za: RG II Strafsenat Ur. 8.06.1931 II 511/31 LG I Berlin, „Entscheidungen der Reichsgerichts”, t. 65, 306.

wodowe niezmiernie do wykrycia prawdy za niedopuszczalne ze względu na treść § 244 ust. 3 zd.1 StPO. Zdecydowano się na przyjęcie koncepcji, iż w konkretnym przypadku nie ma związku między treścią wniosku a kwestią winy i okolicznościami prawnymi.⁴⁸ W tym samym czasie okrzepła idea nadużycia uprawnienia do składania wniosku dowodowego (najczęściej przytaczana w niemieckich publikacjach jako sposób nadużycia uprawnienia procesowego) poprzez dążenie do wyłączenia w ten sposób organu procesowego – np. powołanie w charakterze świadka członka składu orzekającego, oświadczającego, że nie ma o zdarzeniu pojęcia. W cytowanej sprawie BGH stwierdził wyraźnie, że zachodzi „wystarczający powód uznania, iż dzieje się to wyłącznie po to, aby wykluczyć sędziego i przeszkodzić sądowi w sprawowaniu jego obowiązków”, co powoduje, iż wniosek jest z mocy prawa niedopuszczalny.

Jednoznaczne i coraz ostrzejsze stanowiska BGH nie przeszkodziły niemieckim adwokatom w rozwijaniu praktyki obrony totalnej, szczególnie w związku z procesami w Stammheim. Praktyki te doprowadziły do licznych nowelizacji prawa karnego materialnego i procesowego, które weszły w życie z dniem 01.01.1975 (znane również jako *lex Baader–Meinhof*) i znacznie ograniczyły możliwości obrońcy zarówno co do przedłużania procesu, jak również kontaktu z podejrzanym.

48 BGH Urt. 12.12.1961 – 3 StR 35/61 LG München, BGHSt 17, 28, 35. W tezie wyroku stwierdzono, że „jest niedopuszczalne przeprowadzanie dowodu, który nie przyczynia się do wyjaśnienia prawdy i nie należy do istoty sprawy”.

ŚRODKI PRZYMUSU (ZWANGSMITTEL, GRUNDRECHTSEINGRIFFE)

1. Pojęcie, cel i klasyfikacja środków przymusu

W doktrynie niemieckiej brakuje jednomyślności co do terminu, którym należałoby określić przysługujące państwu w każdym stadium postępowania karnego uprawnienia do wkroczenia w sferę praw i wolności jednostki w celu zabezpieczenia dowodów, a przez to służących zapewnieniu właściwego toku procesu¹ (a nie np. karaniu²). Równolegle używa się określeń: *Zwangsmittel*, *Zwangsmassnahmen*³, czyli środki przymusu oraz *Grundrechtseingriffe*⁴ – ingerencje w prawa fundamentalne. Niekiedy zresztą łączy się obie kategorie.⁵

Różnica między tymi określeniami może wydawać się z pozoru subtelna, ma jednak charakter zasadniczy. O ile bowiem pojęcie przymusu kojarzy się nieuchronnie ze stosowaniem siły fizycznej, o tyle w odniesieniu do niektórych środków (np. kontrola korespondencji) ów aspekt „siłowy” staje się mniej widoczny. Z pewnością bardziej wyraziste jest wówczas drugie określenie.

Nie chcąc zagłębiać się w spory terminologiczne i pozostając przy funkcjonującym również w rodzimej doktrynie pojęciu środków przymusu *sensu largo*, należy jednak wskazać, że każdy z nich faktycznie ingeruje w jedno lub kilka praw zasadniczych wymienionych w rozdziale pierwszym niemieckiej konstytucji, takich jak np.:

- 1 H.H. Kühne, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, s. 2.
- 2 K. Amelung, K. Marszał: *Stosowanie środków przymusu w procesie karnym. Problem karnoprocesowych ograniczeń praw obywatelskich*, Katowice 1990, s. 71.
- 3 *Ibidem*
- 4 H. Rüping, *Das Strafverfahren*, München 1997, s. 69.
- 5 Por. K. Malek, W. Wohlers, *Zwangsmassnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren*, Heidelberg 2001.

- a) prawo do swobodnego rozwoju osobowości, dopóki nie narusza to praw innych (swoboda działalności – art. 2 ust. 1 zd. 1 GG),
- b) prawo do nietykalności cielesnej (art. 2 ust. 2 zd. 1 GG),
- c) prawo do wolności osobistej (art. 2 ust. 2 zd. 2 GG),
- d) prawo do tajemnicy korespondencji, poczty i telekomunikacji (art. 10 ust. 1 GG),
- e) swoboda wyboru miejsca pobytu (art. 11 ust. 1 GG),
- f) swoboda wyboru zawodu i miejsca pracy (art. 12 ust. 1 GG),
- g) prawo do nienaruszalności mieszkania (art. 13 ust. 1 GG),
- h) ochrona prawa własności (art. 14 ust. 1 GG).

Wkroczenie przez władzę publiczną w wymienione powyżej sfery wolności dozwolone jest wyłącznie na podstawie ustawy, jak też niekiedy w dodatkowo sprecyzowanych okolicznościach.⁶ Doktryna i orzecznictwo zgodnie przyznają, iż ingerencja władzy nie może wykraczać poza cele danej czynności i winna być proporcjonalna do ciężaru czynu.⁷ Można więc mówić o zasadzie proporcjonalności (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), która wprawdzie nie ma rangi konstytucyjnej, ale przewija się na tyle często w ustawach⁸, a co ważniejsze – zakorzeniła się tak głęboko w praktyce, iż nie ma wątpliwości co do jej obowiązywania.

O podjęciu ingerencji powinien zdecydować organ sądowy. Ze względów praktycznych sama ustawa przewiduje odstępstwa od tej zasady, pozwalając na przykład na uzyskanie sądowego zatwierdzenia czynności już po jej dokonaniu (zazwyczaj gdy zwłoka groziłaby utratą dowodów), albo przenosząc kompetencje do zarządzenia środków przymusu na organy administracyjne: prokuraturę lub policję.⁹ Choć te ostatnie przypadki należą do nielicznej grupy (bo regułę, zwłaszcza przy ingerencjach w wolność osobistą, stanowi orzeczenie sądu)

to uprawnienia organów ścigania wydają się całkiem spore, o czym będzie mowa przy okazji charakteryzowania poszczególnych instytucji.

Ostatnią cechą środków przymusu stanowi to, że przesłanką ich zarządzenia musi być istnienie podejrzenia, a więc uzasadnienie faktyczne popełnienia czynu zabronionego. Znakomita większość ingerencji kieruje się przeciwko podejrzanemu, choć można wskazać także czynności ograniczające prawa osób trzecich.

Przeгляд środków przymusu należy rozpocząć od sięgających najdalej, tj. tymczasowego aresztowania, tymczasowego umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym lub zakładzie odwykowym, zatrzymania oraz zarządzenia obserwacji psychiatrycznej. W drugiej kolejności zostaną przedstawione czynności naruszające nietykalność cielesną, tj. badanie cielesne podejrzanego oraz innych osób, tzw. czynności dla celów rozpoznawczych (m.in. daktyloskopowanie) oraz badania DNA. Dalej istotne wydaje się przytoczenie podstaw prawnych i zasad stosowania środków skierowanych (głównie) przeciwko prawu własności, tj. zatrzymania rzeczy i przeszukania. Do ostatniej grupy zaliczono czynności z reguły zarządzane przez organy ścigania (pod kontrolą sądową) dla wzmocnienia podejrzenia i nierzadko związane z zastosowaniem środków technicznych.

2. Środki pozbawiające wolności

a. Tymczasowe aresztowanie (Untersuchungshaft)

Zgodnie z treścią § 112 StPO przesłanki tymczasowego aresztowania przedstawiają się, jak następuje:

- a. Może być ono zastosowane wyłącznie przeciwko podejrzanemu, jeśli istnieje „mocne podejrzenie” (*dringend verdächtig*) popełnienia przez niego czynu, tzn. konkretne okoliczności ustalone w postępowaniu świadczą o tym, że podejrzany jest sprawcą, współsprawcą ewentualnie pomocnikiem, względnie usiłował popełnić czyn, a prawdopodobieństwo takiej hipotezy przekracza poziom wymagany dla wszczęcia postępowania głównego (§ 203 StPO);

6 Np. wyłączenia można dokonać wyłącznie na podstawie ustawy, dla dobra ogółu i za odszkodowaniem – art. 14 ust 3 GG.

7 Por. np.: BVerfG Beschl. z 10. 07.1963, 1 BvR 790/58, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr>

8 Por. np. w § 112 ust. 1 in fine StPO, gdzie zawarto zakaz orzekania tymczasowego aresztowania, jeśli byłoby to „ponad miarę” (*außer Verhältnis*) np. w odniesieniu do znaczenia czynu i oczekiwanej kary.

9 K. Amelung, K. Marszał, Stosowanie środków..., *op. cit.*, s. 99 i nast.

- b. Zastosowanie aresztu nie przekracza proporcji (*nicht außer Verhältnis steht*) do znaczenia sprawy, oczekiwanej kary lub innego środka. Federalny Trybunał Konstytucyjny tak rozwinął znaczenie tej normy: „naruszenie wolności jest tylko wtedy i o tyle dopuszczalne, o ile roszczenie wspólnoty państwowej o pełne wyjaśnienie sprawy i rychłe ukaranie sprawcy nie może być inaczej zabezpieczone jak przez tymczasowe aresztowanie podejrzanego”;¹⁰
- c. Spełniona została jedna z przesłanek szczególnych wymienionych w § 112 ust. 2 StPO, tzn. w świetle zebranych informacji;
- zostanie stwierdzone, iż podejrzany uciekł lub się ukrywa (*Flucht*),
 - analiza okoliczności konkretnego przypadku prowadzi do wniosku, iż istnieje niebezpieczeństwo ucieczki podejrzanego (*Fluchtgefahr*),
 - zachowanie podejrzanego uzasadnia mocne podejrzenie, iż będzie on:
 - ✓ niszczył, zmieniał (*verändern*), usuwał, ukrywał lub fałszował dowody,
 - ✓ wpływał w niedozwolony (*unlaut*) sposób na współpodejrzanych, świadków lub biegłych,
 - ✓ namawiał do takiego zachowania osoby trzeciej, co zagraża utrudnieniem wyjaśnienia prawdy w postępowaniu przygotowawczym (*Verdunkelungsgefahr*).

W odniesieniu do niemal wszystkich podanych przesłanek jednym z głównych warunków dopuszczalności aresztowania staje się wysoki stopień podejrzenia, przez co ustawodawca wskazuje na ostateczność tego środka przymusu i konieczność dogłębnej analizy materiałów sprawy. Wskazane kryteria mogą jednak zostać znacznie złagodzone, szczególnie w sprawach o poważne czyny. Niemiecki kodeks postępowania karnego wyróżnia dwa podstawowe typy szczególnych przesłanek aresztowania.

10 BVerfG Beschl. z 27.07.1966, 1 BvR 296/66, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr>

Pierwszy z nich odnosi się do najpoważniejszych enumeratywnie wymienionych przestępstw, tj. udziału w związku przestępnym lub terrorystycznym, a także skierowanych przeciwko życiu i zdrowiu. Istnienie mocnego podejrzenia popełnienia tych czynów uzasadnia zastosowanie tymczasowego aresztowania bez koniecznego spełnienia się szczegółowych przesłanek wymienionych powyżej w punkcie c. (§ 112 ust. 3 StPO). Niewątpliwie przepis ten wyłącza zasadę proporcjonalności, gdyż uzasadnieniem dla zastosowania środka przymusu staje się w tym przypadku niemal wyłącznie ciężar czynu.

Drugą szczególną podstawę tymczasowego aresztowania przewiduje § 112a StPO. Jego *ratio legis* to ochrona ogółu przed dalszymi czynami niebezpiecznych (zwykle seryjnych) sprawców. Obok wysokiego stopnia podejrzenia, dopuszczalność tego środka przymusu uzasadniona jest od rodzaju czynu (enumeratywnie wymienione przestępstwa seksualne¹¹ oraz powtarzane lub kontynuowane czyny w sposób ciężki naruszające porządek prawny, np. podpalenie, uszkodzenie ciała, ciężki przypadek kradzieży czy zawodowe paserstwo¹²), a także od istnienia okoliczności uzasadniających niebezpieczeństwo, że podejrzany przed osądzeniem będzie nadal popełniał czyny danego rodzaju lub kontynuował działalność, o którą jest podejrzewany. Areszt ma wówczas charakter prewencyjny¹³, stosuje się go dla uniknięcia dalszego łamania prawa.

Z drugiej strony w sprawach drobnych, tj. zagrożonych karą pozbawienia wolności do 6 miesięcy lub grzywną do 180 stawek dziennych w ogóle nie można powoływać się na niebezpieczeństwo mataczenia (*Verdunkelungsgefahr*), a środek przymusu może być zastosowany ze względu na niebezpieczeństwo ucieczki jedynie wtedy, kiedy oskarżony wcześniej już (co najmniej raz) uciekł, ukrył się lub podjął przygotowania do ucieczki, nie ma stałego miejsca zamieszkania lub pobytu, albo nie podał, względnie podał fałszywe dane personalne (§ 113 ust. 2 StPO). Subsydiarność tego środka przejawia się także w możli-

11 Z rozdziału 13. StGB: *Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung* (dosł. przeciwko samostanowieniu seksualnemu).

12 W odniesieniu do tej kategorii czynów dodatkową przesłankę stanowi wysokość oczekiwanej kary przekraczającej 1 rok pozbawienia wolności.

13 Jest to w pełni zgodne z Konstytucją RFN, por. BVerfG Beschl. z 15.12.1965, 1 BvR 513/65, NJW 1966, 243, 244.

wości uchylecia wykonania nakazu aresztowania. Obligatoryjnie następuje ono, gdy środek przymusu orzeczono wyłącznie ze względu na niebezpieczeństwo ucieczki, a możliwe do zarządzenia mniej dotkliwe czynności dostatecznie uzasadniają oczekiwanie, że cel aresztu zostanie osiągnięty pomimo jego niewykonania¹⁴. W szczególności można nakazać (§ 116 ust. 1 StPO):

- a) meldowanie się o oznaczonej porze przed sędzią, w jednostce organów ścigania lub innej instytucji,
- b) pozostawanie w miejscu zamieszkania lub pobytu, albo na innym oznaczonym terenie i dozwolić na jego opuszczanie wyłącznie za zgodą odpowiedniego organu,
- c) poruszanie się poza własnym mieszkaniem jedynie w towarzystwie wskazanej osoby,
- d) złożenie odpowiedniego zabezpieczenia przez podejrzanego lub inną osobę.¹⁵

Kiedy podstawę aresztowania stanowiło wyłącznie niebezpieczeństwo mataczenia (*Verdunkelungsgefahr*) oraz mniej dotkliwe środki dostatecznie uzasadniają oczekiwanie istotnego zmniejszenia tego zagrożenia, wykonanie nakazu może być uchylone przy jednoczesnym orzeczeniu obowiązku powstrzymania się od kontaktu ze współoskarżonymi, świadkami lub biegłymi (§ 116 ust. 2 StPO).

Wspomniany powyżej nakaz aresztowania (*Haftbefehl*) w postaci pisemnej wydaje oczywiście sędzia (art. 104 ust. 2 GG). Warto jednak wskazać na dobrą praktykę *mündliche Verhandlung*, czyli umożliwienia prokuratorze i podejrzanemu (jego obrońcy) zajęcia stanowiska i podjęcia decyzji przez sędziego po kontradiktoryjnym postępowaniu. W nakazie określa się podejrzanego, czyn o który jest podejrzywany (z podaniem czasu i miejsca jego popełnienia), a także ustawowe znamiona oraz kwalifikację prawną. Dodatkowo musi być podana pod-

14 Częściowo odnosi się to także do podstawy aresztowania z § 112a StPO. Wykonanie nakazu może być uchylone, jeśli istnieje dostatecznie uzasadnione oczekiwanie, że podejrzanym będzie wykonywał nałożone obowiązki i w ten sposób cel środka zostanie osiągnięty – por. § 116 ust. 3 StPO.

15 W grę wchodzi poręczenie majątkowe w postaci gotówki, papierów wartościowych lub przedmiotu złożonego w zastaw, albo poręczenie przez właściwe osoby (*Bürgschaft geeigneter Personen*) – osobiste lub także majątkowe. Por. § 116a ust. 1 StPO.

stawa prawna aresztowania, jak też okoliczności uzasadniające ją oraz przyjęte podejrzenie, o ile nie narusza się w ten sposób przepisów z zakresu bezpieczeństwa państwa (§ 114 ust. 2 StPO). Jeżeli nakaz został wydany w nieobecności podejrzanego, obwieszcza się jego treść (§ 35 ust. 1 StPO). O ile także zachodzi potrzeba i spełnione są odpowiednie przesłanki, nakazuje się poszukiwanie (§ 131 StPO).

Podejrzanym schwytanym na podstawie nakazu musi być niezwłocznie przekazany do dyspozycji właściwego sędziego¹⁶, który najpóźniej następnego dnia przesłuchuje go, dając okazję do przytoczenia okoliczności odciążających i podejmuje stosowną decyzję. Jeżeli areszt zostanie utrzymany, poucza się podejrzanego o przysługujących mu prawach (§ 115 ust. 4 StPO).

Przy samym aresztowaniu, a zatem albo w chwili fizycznego ujęcia, albo po wydaniu nakazu wobec zatrzymanego, zapoznaje się go z treścią dokumentu. Podejrzanym ma prawo do otrzymania poświadczającego odpisu nakazu (§ 114a StPO), a także wskazania osoby zaufanej, która zostanie zawiadomiona o aresztowaniu, jak też o każdorazowym przedłużeniu tego środka (§ 114b ust. 1 StPO).

Maksymalny czas trwania aresztu nie został określony przez przepisy niemieckiego postępowania karnego. W § 121 ust. 1 StPO mówi się jednak o tym, że dopóki nie został wydany wyrok skazujący na karę lub środek pozbawiający wolności, wykonywanie aresztu powyżej sześciu miesięcy co do tego samego czynu może być utrzymane tylko wtedy, gdy szczególna trudność lub zakres postępowania, albo inny ważny powód uniemożliwiają wydanie wyroku i uzasadniają przedłużenie stosowania tego środka przymusu. O przedłużeniu decyduje Wyższy Sąd Krajowy (§ 121 ust. 2 StPO), który bezwarunkowo nie może przedłużyć aresztu ponad 1 rok, jeżeli jego podstawą był § 112a StPO (areszt prewencyjny – § 122a StPO).

Jedną z gwarancji unikania nadmiernie długich aresztowań stanowi przysługujące osadzonemu w każdym czasie prawo do sądowej kontroli podstaw stosowania aresztu, ewentualnie uchylecia jego wy-

16 Z reguły jest to właściwy miejscowo sędzia AG, a po wniesieniu publicznej skargi sąd właściwy do rozpoznania skargi (§ 125 StPO). W § 115b StPO przewidziano możliwość doprowadzenia podejrzanego przed innego sędziego, jeśli z przyczyn obiektywnych właściwy organ nie mógłby spełnić swoich obowiązków.

konania (*Haftprüfung* – § 117 ust. 1 StPO). Po przekroczeniu trzech miesięcy aresztu następuje kontrola podstaw z urzędu, ponadto aresztowanemu, na wniosek jego lub prokuratury przysługuje wówczas obrońca obowiązkowy (§ 117 ust. 4 i 5 StPO).

b. Tymczasowe umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym lub zakładzie odwykowym (einstweilige Unterbringung)

Tymczasowe umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym lub zakładzie odwykowym (§ 126a StPO) jest środkiem o charakterze zbliżonym do prewencyjnego tymczasowego aresztowania. Jego przesłanki przedstawiają się następująco:

- a) istnieją uzasadnione powody (*dringende Gründe*) dla przyjęcia, że:
 - popełniono czyn zabroniony w stanie niezdolności lub zmniejszonej zdolności do ponoszenia winy (§ 20 i 21 StGB) lub
 - w postępowaniu zostanie orzeczone umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym (§ 63 StGB) lub w zakładzie odwykowym (§ 64 StGB);
- b) względy publicznego bezpieczeństwa wymagają odizolowania sprawcy.

Sąd odpowiednio stosując przepisy o tymczasowym aresztowaniu (§ 126a ust. 2 StPO) wydaje nakaz umieszczenia (*Unterbringungsbe-fehl*), powiadamiając jednocześnie przedstawiciela ustawowego pod-sądnego.

Umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym lub odwykowym nie jest obligatoryjne; podejrzany może zostać tymczasowo aresztowany, chociaż względy humanitarne i medyczne nakazywałyby korzystanie z tego właśnie środka wobec osób, co do których poczytalności istnieje wątpliwość.

c. Ujęcie i zatrzymanie (vorläufige Festnahme)

Z punktu widzenia ochrony praw człowieka ideałem byłoby, aby każde faktyczne pozbawienie wolności orzekane było przez niezawisły

organ sądowy. W praktyce jednak nie jest to zawsze możliwe, a często także celowe. Schwytywanie sprawcy *in flagranti delicto*, zatrzymanie przez policję osoby stwarzającej niebezpieczeństwo np. utraty życia lub zdrowia swojego lub innych osób stanowią takie przykłady. Niemal każde ustawodawstwo przewiduje uprawnienie do krótkotrwałego pozbawienia wolności dla dostarczenia osoby podejrzanej do właściwych organów w celu wydania odpowiedniego orzeczenia.

W Niemczech rolę taką spełnia tzw. tymczasowe zatrzymanie uregulowane w § 127 StPO. Przewidziane zostały tam dwie możliwości: tzw. zatrzymanie obywatelskie („*Jedermann*”–*Festnahmerecht*) oraz prawo policji i prokuratury do zatrzymania osoby, wobec której istnieją przesłanki do wydania nakazu aresztowania, ewentualnie umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym lub zakładzie odwykowym.

Każdy uprawniony jest do ujęcia, bez zarządzenia sądowego, osoby schwytej na gorącym uczynku lub w pościgu (*auf frischer Tat betroffen oder verfolgt werden*), jeżeli istnieje podejrzenie jej ucieczki lub nie można ustalić jej tożsamości (§ 127 ust. 1 zd. 1 StPO).

Na tej podstawie może być więc ujęty tylko ten, kto znajduje się albo w trakcie urzeczywistniania czynu, albo na miejscu zdarzenia, albo w jego bezpośrednim otoczeniu. Zwrot „w trakcie pościgu” oznacza, iż sprawca oddała się z miejsca zdarzenia. Przez długi czas zastanawiano się nad tym, czy warunek legalności zatrzymania stanowi jedynie mocne podejrzenie¹⁷, czy też czyn powinien być rzeczywiście popełniony.¹⁸ Ostatecznie druga koncepcja wydaje się dominować, choćby z tego względu, że w myśl pierwszej pozbawiałoby się niesłusznie ujmowanego niewinnego obywatela prawa do obrony koniecznej (legitymując każdy zamach na wolność).

Niebezpieczeństwo ucieczki zachodzi natomiast wtedy, kiedy z zachowania ujętego racjonalnie można wywnioskować, iż umknąłby wymiarowi sprawiedliwości, o ile nie zostałby zatrzymany. Nie należy mylić tej przesłanki z *Fluchtverdacht* uzasadniającą tymczasowe aresztowanie. Na niemożliwość zidentyfikowania mogą się powoływać jedynie osoby prywatne; urzędnicy mają obowiązek ustalania tożamo-

17 BGH Ur. z 18.11.1980, VI ZR 151/78, NJW 1981, 745.

18 OLG Hamm Ur. z 1.08.1972, 3 Ss 224/72, NJW 1972, 1826.

ści w sposób przewidziany odrębnymi przepisami (por. § 163b ust. 1 StPO) i jeśli dana osoba się wylegitymuje, przesłanka odpada.

Chociaż § 127 ust. 1 StPO literalnie przyznaje jedynie prawo do pozbawienia wolności konkretnej osoby, niemniej w orzecznictwie twierdzi się, iż nie stanowi pogwałcenia uprawnienia wyrażonego w tym przepisie zastosowanie siły fizycznej, o ile dokonano go z zachowaniem zasady proporcjonalności i konieczności dla osiągnięcia celów ujęcia. W jednej ze spraw BGH uznał za uprawnione fizyczne schwytywanie i obezwładnienie poprzez powalenie na ziemię, ale już nie np. przyduszanie.¹⁹ Podobnie dopuszcza się grożenie bronią, oddawanie strzałów ostrzegawczych, lecz już nie celowanie do uciekającego podejrzanego.²⁰

Prokuratura i wszyscy funkcjonariusze policji (nie tylko funkcjonariusze śledczy) są uprawnieni w razie niebezpieczeństwa zwłoki (*bei Gefahr im Verzug*) do ujęcia i zatrzymania osoby, jeżeli zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o tymczasowym aresztowaniu lub tymczasowym umieszczeniu w szpitalu psychiatrycznym albo zakładzie odwykowym (§ 127 ust. 2 StPO). „Niebezpieczeństwo zwłoki” należy do pojęć szczególnie kontrowersyjnych i poddających się każdorazowej ocenie na podstawie okoliczności sprawy. Najczęściej przyjmuje się, że zachodzi ono wtedy, kiedy oczekanie na wydanie stosownego postanowienia zagrażałoby ujęciu.²¹

Od 1997 roku prokuratura i policja mają ponadto prawo zatrzymania osób na gorącym uczynku lub w pościgu, kiedy prawdopodobne jest niezwłoczne rozstrzygnięcie w postępowaniu przyspieszonym, a na podstawie okoliczności sprawy należy się obawiać, że podejrzany będzie starał się uchylić od wymiaru sprawiedliwości (§ 127b ust. 1 StPO).

Niezależnie od podstawy prawnej zatrzymania, schwytanego należy doprowadzić niezwłocznie (najpóźniej następnego dnia po zatrzymaniu) przed właściwego miejscowo sędziego AG, który dokonuje przesłuchania na podstawie § 115 ust. 3 StPO, opisanego przy okazji

19 BGH Urt. z 10.02.2000, 4 StR 558/99, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/>

20 BGH Urt. z 18.11.1980, VI ZR 151/78, *op. cit.*

21 L. Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung...*, *op. cit.*, s. 483.

tymczasowego aresztowania (§ 128 ust. 1 StPO). Sędzia zarządza zwolnienie, jeżeli uzna zatrzymanie za nieuzasadnione, a w przeciwnym wypadku zwraca się do prokuratury, względnie (kiedy nie jest to możliwe) samodzielnie wydaje nakaz aresztowania (§ 128 ust. 2 StPO).

d. Zarządzenie obserwacji psychiatrycznej (*Unterbringung zur Beobachtung*)

Kolejny pozbawiający wolności środek przymusu ukierunkowany wężej niż powyżej omówione, tj. praktycznie wyłącznie dla celów dowodowych, stanowi zarządzenie obserwacji psychiatrycznej. Dla przygotowania opinii o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego sąd po wysłuchaniu biegłego²² i obrońcy może zarządzić umieszczenie oskarżonego w publicznym szpitalu psychiatrycznym i poddanie go obserwacji stosownie do § 81 ust. 1 StPO.

Ze względu na wagę naruszenia praw zasadniczych ustawodawca przewiduje szereg dodatkowych przesłanek, które muszą być spełnione. Po pierwsze: umieszczenie może zostać zarządzone wobec osób mocno podejrzanych o popełnienie czynu (*der Tat dringend verdächtig*), o ile nie przekraczałoby to proporcji (*außer Verhältnis*) do znaczenia czynu i oczekiwanej kary lub innego środka (§ 81 ust. 2 StPO). Nakaz szczególnego zachowania proporcjonalności wielokrotnie powtarzał Federalny Trybunał Konstytucyjny.²³ Po drugie: w postępowaniu właściwy staje się sąd, który decydowałby o wydaniu postanowienia otwierającego postępowanie główne, a na postanowienie o umieszczeniu przysługuje natychmiastowe zażalenie o skutku suspensywnym (§ 81 ust. 3 i 4 StPO). Podejrzanemu przysługuje ponadto obrońca obowiązkowy (§ 140 ust. 1 pkt 6 StPO).

Czas obserwacji nie może przekroczyć 6 tygodni (§ 81 ust. 5 StPO).

Formułowana w trakcie obserwacji opinia ma na celu wyłącznie zbadanie zdolności do ponoszenia winy wymienianej w § 20 i 21 StGB, jak również ewentualnie zdolności procesowej konkretnej oso-

22 Obligatoryjnie – psychiatry lub neurologa, por. OLG Frankfurt Beschl. z 24.11.1966, 3 Ws 558/66, NJW 1967, 689.

23 BVerfG Beschl. z 9.10.2001, 2 BvR 1523/01, NJW 2002, 283.

by, a w przypadku nieletnich i młodocianych – stopnia ich dojrzałości. Nie jest natomiast dopuszczalne umieszczenie konkretnej osoby w celu zbadania jej wiarygodności czy zrekonstruowania przejściowych zaburzeń świadomości wskutek konsumpcji alkoholu czy leków.

Biegły może przeprowadzać wywiad z osadzonym, lecz nie ma prawa przymuszać do udzielania odpowiedzi.²⁴ Brak współpracy ze strony pacjenta uznaje się powszechnie za przesłankę do zakończenia środka. Przepis nie zawiera kompetencji co do ewentualnych dalszych zabiegów z osobą umieszczoną w szpitalu. Może być ona więc jedynie pozbawiona wolności i obserwowana, przy czym podkreśla się wyraźnie, że jej sfera intymna musi być nadal chroniona.²⁵ Wobec osadzonego można jedynie podejmować bezpieczne zabiegi (np. pomiar ciśnienia krwi, EKG), ewentualnie czynności lecznicze, o ile zajdzie taka potrzeba. Zastosowanie innych środków przymusu naruszających nietykalność cielesną (np. opisane poniżej badanie ciała, pobranie krwi itp.) dopuszcza się wyłącznie w trybie przewidzianym przez przepisy StPO.

3. Środki naruszające nietykalność cielesną

Zarówno podejrzany, jak i świadkowie stanowią bardzo ważne źródło dowodowe w systemie niemieckiego postępowania karnego. W pewnych przypadkach jednak nie ich wiedza czy treści intelektualne, jakie mogą prezentować, lecz właściwości fizyczne ciała mają istotne znaczenie dla toczącego się postępowania. Przy braku zgody uprawionych Strafprozessordnung przewiduje możliwość naruszenia ich nietykalności cielesnej dla celów toczącego się postępowania. Spośród wymienionych w tym rozdziale środków największe znaczenie z kryminalistycznego punktu widzenia należy przypisać badaniom DNA, co do których znowelizowano ustawę w sierpniu 2005 roku. Rozważania wypadają zacząć jednak od najbardziej ogólnego i dotkliwego zabiegu – badania cielesnego.

24 BGH Urt. z 6.09.1968 4 StR 339/68, NJW 1968, 2297.

25 H.H.: Kühne: Ausschluß der Öffentlichkeit im Strafverfahren. Anhörung medizinischer und psychologischer Sachverständiger, NJW 1971, s. 227.

a. Badanie cielesne oskarżonego (körperliche Untersuchung)

Badanie cielesne oskarżonego może być zarządzone dla stwierdzenia okoliczności istotnych (*von Bedeutung*) dla postępowania (§ 81a ust. 1 zd. 1 StPO). Ich istnienie musi być jednak wcześniej uprawdopodobnione (*Anhaltspunkte*). Czynność ma więc charakter dowodowy, a nie wykrywczy. Zabieg ten służy zapoznaniu się z budową ciała osoby badanej lub jego poszczególnych części, ewentualnemu stwierdzeniu ciał obcych w naturalnych otworach, lecz także psychicznego stanu badanego czy prawidłowości jego odruchów i – o ile to możliwe – sfery psychicznej.

Bez zgody podejrzanego dopuszcza się pobranie próbek krwi, jak też inne zabiegi (*körperliche Eingriffe*), o ile wykonywane są przez lekarza zgodnie ze wskazaniami wiedzy medycznej, służą celom postępowania, a ponadto nie należy się obawiać szkody na zdrowiu (§ 81a ust. 1 zd. 2 StPO). Pod pojęciem „innego zabiegu” należy rozumieć w szczególności sytuację, gdy „pobiera się naturalne składniki ludzkiego ciała (*Körprebestandteile*), jak krew, płyny ustrojowe, nasienie, moczu lub kiedy do ciała wprowadza się obce substancje, bądź po prostu wnika się (*eingreifen*) w otoczone włosami lub mięśniami wnętrze organizmu”.²⁶ Już choćby na podstawie tej definicji widać, że niekiedy trudno określić, czy mamy do czynienia z badaniem, czy z przeszkaniem. Zgodnie ze stanowiskiem większości doktryny decyduje to, czy badane są właściwości organizmu (tkanek), co pozwala określić czynność mianem badania, czy też szuka się określonych przedmiotów ukrytych w ciele, co konstytuuje przeszkanie. Oczywiście, niezależnie od tego, wszelkie zabiegi powinny przebiegać z zachowaniem reguł § 81a ust 1 StPO. Ponadto z zasady *nemo se ipsum* wynika, że podejrzany nie ma obowiązku czynnie współdziałać z lekarzem przeprowadzającym badanie, a jedynie znosić (*dulden*) jego czynności. Tak więc w szczególności nie ma on obowiązku dmuchać w alkomat, lecz nie może sprzeciwić się pobraniu krwi na zawartość alkoholu etylowego.

26 Orzecznictwo sformułowało także szereg kazuistycznych wytycznych dotyczących poszczególnych rodzajów badań. – por. L. Meyer-Goßner, Strafprozessordnung..., *op. cit.*, s. 256–257.

Zarządzenie badań cielesnych należy do kompetencji sędziego, a gdy zwłoka szkodziłaby celom postępowania, może tak uczynić prokurator lub funkcjonariusze śledczy (§ 81a ust. 2 StPO).

Kodeks a także orzecznictwo starają się chronić oskarżonego przed nadmiernym stosowaniem przymusu i naruszaniem godności osobistej. Stosownie do znowelizowanego § 81d StPO, jeżeli badanie cielesne miałoby naruszyć poczucie wstydu (o czym współdecyduje badany), wówczas ma go dokonać osoba tej samej płci albo lekarz lub lekarka. Gdy wymaga tego uzasadniony interes, wówczas należy pozytywnie odpowiedzieć na żądanie zbadania przez lekarza konkretnej płci. Badany ma prawo dodatkowo domagać się obecności jednej osoby zaufanej. Zasady te obowiązują także w odniesieniu do badań, na które dana osoba wyraziła zgodę. Orzecznictwo dodatkowo podkreśla, że o ile oskarżony nie przeciwstawia się samemu badaniu, a jedynie nie chce, aby dokonywał go konkretny lekarz, należy doprowadzić go do kolejnego właściwego i osiągalnego lekarza lub szpitala.²⁷

Krew, komórki czy inny materiał biologiczny pobrany od oskarżonego mogą być wykorzystane jedynie dla celów postępowania, w którym zarządzono zabieg, lub postępowania z nim związanego. Niezwłocznie należy je zniszczyć, kiedy tylko przestaną być potrzebne (§ 81a ust. 3 StPO).

b. Czynności dla celów rozpoznawczych (erkennungsdienstliche Behandlung)

O ile jest to konieczne dla przeprowadzenia postępowania lub służby rozpoznawczej (*Zwecke des Erkennungsdienstes*)²⁸, można od podejrzanego pobierać odfitki linii papilarnych oraz wykonywać zdjęcia, nawet wbrew jego woli, jak również dokonywać pomiarów i innych podobnych czynności stosownie do § 81b StPO. W odniesieniu do osoby niemającej jeszcze statusu podejrzanego należy wpierrw ustalić jej tożsamość na podstawie § 163b ust. 1 StPO (por. niżej). Przez wspomniane „podobne czynności” (*ähnliche Maßnahmen*) należy ro-

27 OLG Dresden Beschl. z 1.08.2001, 3 Ss 25/01, NJW 2001, 3643.

28 A zatem także dla realizacji prewencyjnych zadań policji.

zumieć działania odmienne od wskazanych w § 81a StPO. Mogą one dotyczyć całego ciała, lub jego poszczególnych części (np. pobranie odfitek dłoni, uszu, czerwieni wargowej, fotografia kończyn itp.). Nie mieszczą się natomiast w tej kategorii pomiary ciśnienia krwi, tętna czy rejestracja oddechu w celu późniejszego udowodnienia stanu pobudzenia oskarżonego.

Zarządzenie w tej materii podejmuje prokuratura lub funkcjonariusze śledczy, a po wniesieniu skargi publicznej – sąd właściwy dla rozstrzygnięcia sprawy. Do wykonania zabiegów uprawnieni są natomiast wyłącznie funkcjonariusze policji kryminalnej.²⁹ Ze względu na mniejsze naruszenie praw zasadniczych uznaje się, że § 81b StPO stanowi sam w sobie podstawę do zastosowania środków przymusu bezpośredniego dla celów przeprowadzenia zabiegów, o których w nim mowa. Dlatego możliwe i dopuszczalne jest przymusowe uczesanie, zabiegi z zarostem oskarżonego dla celów okazania czy przyciśnięcie siłą dłoni lub palców oskarżonego dla prawidłowego zdaktyloskopowania go.³⁰

c. Badanie cielesne innych osób (Untersuchung anderer Personen)

Pamiętając o definicjach przytoczonych w punktach a. i b. należy przedstawić warunki legalności badań i zabiegów, którymi można objąć także osoby inne niż oskarżony. Podmioty te muszą spełniać podstawowy warunek w postaci zdolności do bycia świadkiem (*als Zeuge in Betracht kommen* – tzw. *Zeugengrundsatz* § 81c ust. 1 zd. 1 StPO). Nie oczekuje się od nich składania zeznań, ani nawet wiadomości o sprawie, w szczególności mogą być to np. niemowlęta, osoby o dużym upośledzeniu psychicznym, czy pokrzywdzeni, którzy w momencie czynu byli nieprzytomni itd. Nie wymaga się od tych podmiotów zgody na badanie i zabiegi; przy wzbranianiu się od spełnienia obowiązku mogą zostać nałożone na nich kary pieniężne (§ 70 StPO), a w szczególnych przypadkach wręcz przymus bezpośredni (§ 81c ust. 6 StPO). Dodatkowe kryterium dopuszczalności badań cielesnych osób trzecich

29 OLG Düsseldorf Beschl. z 8.07.1959, 2 Ws 88/59, NJW 1959, 1790; OVG Münster Ur. z 24.06.1972, IV A 292/71, NJW 1972, 2147.

30 BGH Ur. z 09.04.1986, 3 StR 551/85, BGHSt 34, 45.

stanowi wymagana dla wyjaśnienia prawdy niezbędność stwierdzenia, czy na ich ciele znajduje się konkretny ślad lub następstwo czynu (tzw. *Spurengrundsatz* – § 81c ust. 1 *in fine* StPO).

Badania w kierunku stwierdzenia pochodzenia lub pobrania krwi mogą być dokonywane, jeżeli nie należałoby się obawiać szkody dla zdrowia badanego, a ponadto zabieg, obligatoryjnie wykonywany przez lekarza, byłby nieodzowny dla wyjaśnienia prawdy (tzw. *Aufklärungsgrundsatz* – § 81c ust. 2 StPO). Uważa się powszechnie, że w obowiązku poddania się tym zabiegom mieści się także konieczność znoszenia czynności przewidzianych w § 81b StPO, o ile spełnione są przesłanki, czyli przyczynia się to do wyjaśnienia prawdy.

Świadkom uprawnionym do odmowy zeznań przysługują analogiczne prawa do swobodnej dowodowej dyspozycji ciałem, w szczególności do odmowy poddania się wskazanym zabiegom (§ 81c ust. 3 StPO). Powinni być oni poinformowani o takiej możliwości (§ 52 StPO), niezależnie od uprawnień w związku z przesłuchaniem. Tryb zarządzenia omawianych badań jest identyczny jak w odniesieniu do oskarżonego.

d. Badania DNA (DNA-Analyse)

Przez dość długi czas od upowszechnienia się w praktyce śledczej badań DNA zastanawiano się w doktrynie niemieckiej nad tym, czy badania te mieszczą się w przewidywanym w § 81a StPO pobraniu krwi. W końcu – ze względu na ich bardzo wysoką wartość diagnostyczną oraz dowodową – zdecydowano się znowelizować przepisy i wprowadzono odpowiednią regulację. Równocześnie orzecznictwo wyraźnie zaakcentowało, że badania genetyczne dają jedynie statystyczne prawdopodobieństwo, nie stanowią „superdowodu” i w żadnym wypadku nie uzasadniają odstąpienia od przeprowadzenia innych środków dowodowych.³¹

Materia ta ze względu na swą aktualność (ostatnia nowelizacja weszła w życie 1. listopada 2005 r.)³² oraz znaczenie wymaga szerszego potraktowania.

Stosownie do § 81e StPO na materiale uzyskanym w drodze pobrania od oskarżonego lub innych osób (§ 81a ust. 1 i § 81c StPO), a także ujawnionym, zabezpieczonym bądź pobranym (§ 81c ust. 2 StPO) mogą być przeprowadzone badania molekularno-genetyczne (*molekulargenetische Untersuchungen*), o ile jest to konieczne dla stwierdzenia pochodzenia lub okoliczności, czy znalezione ślady pochodzą od oskarżonego czy też pokrzywdzonego. Dopuszcza się przy tym także oznaczenie płci, lecz żadne inne okoliczności nie mogą być ustalone, a badania mierzące w tym kierunku są niedopuszczalne z mocy ustawy. W szczególności może to dotyczyć np. ustalenia rasy czy typowania kraju pochodzenia podejrzanego.

Bez pisemnej zgody badanego środek ten może być zarządzony jedynie przez sąd, a w przypadku niebezpieczeństwa zwłoki także przez prokuraturę lub funkcjonariuszy śledczych (§ 81f ust. 1 StPO; w poprzednim stanie prawnym zarządzał je sędzia). Osoba wyrażająca zgodę na pobranie materiału musi być pouczona, do jakich celów informacje te zostaną wykorzystane. W celu wykonania badań powołuje się w formie pisemnej biegłych spełniających szczególne kryteria niezależności. Powinni oni należeć do kategorii tzw. biegłych instytucjonalnych (por. rozdział 12), albo być zobowiązanymi do wydawania opinii ze względu na zajmowany urząd lub zobowiązanie ustawowe. Nie może istnieć ponadto łączność ani podległość służbowa pomiędzy organem prowadzącym postępowanie bądź jego jednostką a placówką, z której pochodzą eksperci. Mają oni obowiązek takiego zorganizowania czynności badawczych, aby wykluczyć badania niedopuszczalne, jak też nie dopuścić do uzyskania informacji przez osoby trzecie. Przekazuje im się zresztą materiał do badania bez oznaczenia personaliów, adresu czy daty urodzenia osoby, od której go pobrano.

Ciekawą ewentualność przewiduje także § 81g StPO dopuszczający pobranie materiału od podejrzanego o popełnienie poważnego przestępstwa dla przyszłych celów identyfikacyjnych, a więc niejako pre-

31 BGH Urt. z 12.08.1992, 5 StR 239/92, NJW 1992, 2976.

32 Por. L. Senge, Die Neuregelung der forensischen DNA-Analyse, NJW 2005, 3028–3033.

wencyjnie. Podejrzanemu musi być postawiony zarzut popełnienia przestępstwa szczególnego znaczenia (*von erheblicher Bedeutung*)³³ lub skierowanego przeciwko samostanowieniu seksualnemu. Można od takiej osoby pobrać materiał do celów identyfikacji w przyszłych postępowaniach karnych (*zur Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren*), jak też dla zachowania profilu jej DNA oraz określenia płci, jeżeli ze względu na rodzaj lub sposób popełnienia czynu, osobowość sprawcy lub innych szczególnych okoliczności istnieje powód do przyjęcia, że w przyszłości będzie prowadzone przeciwko niemu postępowanie o poważne przestępstwo. W jednej z ostatnich nowelizacji ustawodawca dodał, iż recydywa może być zrównana ze znamieniem „powagi” czynu. Dopuszczalność zatem uzależniono od istnienia negatywnej prognozy. Okoliczności uzasadniające zastosowanie tego środka muszą być szczegółowo i wyczerpująco przytoczone w pisemnym postanowieniu.

Podobnie jak w poprzednim przypadku, pobrane komórki mogą służyć wyłącznie celom wymienionym w przepisie, a badania w innym kierunku są niedopuszczalne. Analogicznie także pobranie materiału bez pisemnej zgody podejrzanego może być zarządzane wyłącznie przez sąd, przy obawie zwłoki – na mocy decyzji prokuratury lub funkcjonariuszy śledczych. Kompetentny do zarządzania samych badań tego rodzaju jest wyłącznie organ sądowy. Osoba wyrażająca zgodę na badanie musi być pouczona, do jakich celów zostaną wykorzystane uzyskane informacje.

Powyższe reguły dotyczą również osób prawomocnie skazanych, jak też takich, które ze względu na rozmaicie uwarunkowany brak zdolności do ponoszenia winy nie zostały wciągnięte do odpowiedniego rejestru skazanych. Uzyskane w ten sposób profile przechowuje się w prowadzonej od kwietnia 1998 centralnej bazie danych genetycz-

33 Przesłpstwa szczególnego znaczenia, to kategoria czynów określanych w krajowych ustawach o publicznym bezpieczeństwie i porządku. Według np. § 13 ust. 3 heskiej ustawy należą do nich zaliczyć zbrodnie i występki, które w konkretnym przypadku w sposób szczególny naruszają porządek prawny, o ile: kierują się przeciwko życiu i zdrowiu lub wolności osoby, jak również przeciw istotnym wartościom rzeczowym a także majątkowym; są popełniane w zakresie niedozwolonego obrotu bronią lub środkami odurzającymi, fałszerstwa pieniędzy lub papierów wartościowych lub ochrony państwa, albo są popełniane dla zarobku, w sposób notoryczny, seryjny, zorganizowany lub w grupie (*bandenmäßig*).

nych BKA. Mogą być one przekazywane za granicę dla celów postępowania karnego.

Przez długi czas kontrowersje wywoływała legalność tzw. testów masowych, w których poddawano badaniom szeroki krąg osób. Wobec braku jakiegokolwiek regulacji w tej materii przyjmowano, iż dobrowolne dostarczenie tkanek nie może być uznane za niedopuszczalne. Doprowadziło to rychło do niewłaściwej praktyki wzywania ludności do współdziałania, a wobec osób odmawiających udziału – uznawania za podejrzanych i pobierania od nich materiału na podst. § 81 a StPO. Praktyka ta była przedmiotem uwagi Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, który stwierdził, że ze względu na brak podejrzenia konkretyzującego się wokół danej osoby, nie może ona zostać uznana za podejrzaną nawet jeżeli odmówi oddania krwi.³⁴ Mówiąc nieco kolokwialnie: orzeczenie to nie rozwiązywało problemu. Nadal nie było wiadomo, czy badania przesiewowe są legalne, a jeśli tak, to w jakim zakresie. Jedyna reguła, jakiej dopracowała się doktryna, stanowiła, że krąg osób do badania nie mógł być nieograniczony.

W listopadzie 2005 roku wprowadzono nowy § 81h StPO regulujący tę materię. Obecnie zatem badania takie prowadzi się, kiedy konkretne okoliczności uzasadniają podejrzenie, że została popełniona zbrodnia przeciwko życiu, nienaruszalności cielesnej (rozd. 17 StGB), wolności osobistej lub samostanowieniu seksualnemu. Od osób posiadających określone cechy przypuszczalnie odpowiadające tym, które charakteryzują sprawcę, można (za ich pisemną zgodą):

- a) pobrać materiał biologiczny, a następnie
- b) poddać go badaniom genetycznym w celu ustalenia profilu i płci oraz
- c) porównać wyniki z posiadanymi profilami materiału uzyskanego ze śladów,

jeżeli jest to nieodzowne do stwierdzenia, czy ślady pochodzą od którejś z osób, a środek nie przekracza proporcji (*nicht außer Verhältnis steht*) do ciężaru czynu, w szczególności ze względu na liczbę objętych nim osób.

34 BVerfG Beschl. z 2.08.1996, 2 BvR 1511/96, NJW 1996, 3071.

Takie badanie może być zarządzone wyłącznie przez sąd w formie pisemnej. W postanowieniu należy wskazać cechy, jakim mają odpowiadać osoby badane, bez konieczności ich wcześniejszego przesłuchania. Pobranie i analizę przeprowadza się stosując odpowiednio § 81f i § 81g StPO, a osoby im poddane muszą być pouczone o prawie do wyrażenia zgody. Trzeba je także poinformować, że materiał genetyczny po zbadaniu zostanie natychmiast zniszczony i nie będzie przechowywany w bazie BKA dla wykorzystania w przyszłych postępowaniach karnych.

4. Środki ograniczające prawo własności

Ingerencja władzy państwowej w celu wyegzekwowania właściwego toku postępowania, w szczególności dla uzyskania dowodów w sprawie, niekoniecznie musi być skierowana przeciwko wolności. Niekiedy lepsze dla postępowania efekty przynosi wkroczenie w prawo własności, omówione na podstawie dwóch podstawowych środków, tj. zatrzymania rzeczy (*Beschlagnahme*) i przeszukania (*Durchsuchung*).

a. Zatrzymanie rzeczy (*Beschlagnahme*)

Niemiecki StPO przewiduje kilka rodzajów zatrzymania rzeczy (*Beschlagnahme*), różniących się celami. Należy wśród nich wyróżnić:

- a) zatrzymanie rzeczy – zabezpieczenie (*Sicherstellung*) dowodów w sprawie, które ma zapobiec ich utracie, a w konsekwencji służyć zapewnieniu prawidłowego toku postępowania – § 94 StPO,
- b) zatrzymanie rzeczy, które mogą podlegać przepadkowi (§ 73 StGB) lub odebraniu (§ 74 StGB) – § 111b StPO,
- c) zatrzymanie prawa jazdy, będące w istocie środkiem zapobiegawczym (§ 111a StPO), które wyjątkowo przebiega w trybie § 94 StPO,
- d) zatrzymanie korespondencji (*Postbeschlagnahme*) – § 99 StPO.

Przedmioty, które mogą mieć znaczenie jako środki dowodowe, należy wziąć w przechowanie lub zabezpieczyć w inny sposób (§ 94 ust. 1 StPO). Jeżeli zatem rzecz znajduje się we władztwie konkret-

nej osoby gotowej rozstać się z nią dobrowolnie, wówczas dopuszczalne staje się jej przyjęcie, którego mogą dokonać właściwie wszyscy funkcjonariusze organów ścigania, a także wymiaru sprawiedliwości. W przeciwnym wypadku, ze względu na to, że posiadacze opisanych przedmiotów mają obowiązek ich wydania (§ 95 ust. 1 StPO), konieczne staje się odebranie z możliwością zastosowania kar porządkowych lub środków przymusu wymienionych w § 70 StPO. Przedmiot może zostać fizycznie odebrany albo zabezpieczony poprzez zapieczętowanie, odgrodenie, jak również wydanie stosownych zakazów wstępu.

Zatrzymanie rzeczy następuje na podstawie orzeczenia sędziego³⁵, w niebezpieczeństwie zwłoki także prokuratury lub funkcjonariuszy śledczych, chyba że chodzi o wkroczenie do redakcji, wydawnictwa, drukarni lub rozgłośni chronionych szczególnie ze względu na konstytucyjną zasadę wolności prasy (art. 5 ust. 1 GG). W odniesieniu do postanowień nie pochodzących od organu sądowego zarządzający ma obowiązek w ciągu trzech dni zwrócić się do niego o zatwierdzenie, kiedy przy czynności nie był obecny właściciel lub posiadacz rzeczy, ani jego dorosły krewny, bądź osoba obecna wyrażała swój wyraźny sprzeciw. Osoba, w której władaniu rzecz się znajdowała, ma prawo zawsze domagać się rozstrzygnięcia sądowego, o czym zresztą powinna być pouczona (§ 98 ust. 2 StPO). Po wniesieniu skargi prokuratura albo funkcjonariusze śledczy dokonujący czynności powinni jedynie zawiadomić sąd oraz przekazać mu przedmioty.

Jedną z miar zachowania zasady proporcjonalności (odnoszącej się także do tego środka) przy zatrzymaniu rzeczy są zakazy konfiskaty. Pierwsza ich grupa chroni właściwie interes publiczny. Wyłączone od zatrzymania są bowiem akta i inne dokumenty pisane, w odniesieniu do których najwyższa władza w resorcie (względnie deputowany do Bundestagu lub zgromadzenia krajowego) stwierdzi, iż ujawnienie ich zawartości byłoby poczynione ze szkodą dla Związku lub Kraju Związkowego (§ 96 StPO). W procesie karnym nie istnieje prawny mechanizm przekazania takich przedmiotów w bezpośrednie władztwo

35 Właściwy jest z reguły sędzia Amtsgerichtu, w którego rejonie ma siedzibę prokuratura.

sądu zobowiązanego do zachowania tajemnicy, aby osoby trzecie nie uzyskały wiadomości na temat zawartości dokumentacji.³⁶

Drugą grupę stanowią dokumenty o treści związanej z istnieniem zakazów dowodowych. Stosownie do § 97 ust. 1 StPO zatrzymaniu nie podlegają:

- a. Pisemna korepondencja między oskarżonym a osobami uprawnionymi w myśl § 52 lub § 53 ust. 1 zd. 1 punkty 1 do 3b StPO do odmowy zeznań (por. bliżej rozdział 13).
- b. Notatki osób wymienionych w § 53 ust. 1 zd. 1 punkty 1 do 3b StPO dotyczące informacji powierzonych im przez podejrzanego lub innych okoliczności, na które rozciąga się prawo do odmowy zeznań,
- c. Inne przedmioty, włącznie z wynikami badań lekarskich (w tym także np. zdjęcia rentgenowskie), których treść lub zawartość chroni prawo do odmowy zeznań osób wymienionych w § 53 ust. 1 zd. 1 punkty 1 do 3b StPO.

Zakaz ten jest skuteczny, o ile przedmioty znajdują się we władztwie uprawnionego.

Dodatkowo nie wolno zatrzymywać rzeczy, na które rozciąga się prawo odmowy zeznań lekarzy, dentystów, psychoterapeutów (także dziecięcych i młodzieżowych), aptekarzy i położnych, o ile posiadają je uprawnione placówki (tj. szpitale, poradnie itp.) – § 97 ust. 2 StPO. Co ciekawe, według literalnego brzmienia przepisu nie jest chroniona tajemnica obrończa, choć w praktyce – według powszechnego mniemania – nie wolno zatrzymywać prowadzonej przez adwokata dokumentacji sprawy. Wyinterpretowuje się to jednak raczej z § 148 StPO.

Zakazy zatrzymania ze względu na ochronę prawa do odmowy zeznań przestają być skuteczne w odniesieniu do osób podejrzanych o współudział, poplecznictwo czy paserstwo, jak również co do przedmiotów nabytych w drodze czynu zabronionego, użytych przy jego popełnieniu lub z niego pochodzących. Trzeba zwrócić uwagę, co często podkreślają sami niemieccy komentatorzy, że powyższemu systemowi wymykają się np. prywatne zapiski oskarżonego czynione na użytek

toczącego się procesu. Nie sposób zaliczyć ich do korespondencji, chociaż wykorzystaniu takich dokumentów sprzeciwia się zasada *nemo se ipsum accusare tenetur*. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że z reguły wpiery konieczne staje się zapoznanie z treścią pisma, aby można było stwierdzić istnienie zakazu jego zatrzymania (a zatem także wykorzystania zawartych tam informacji).

Szczególny zakaz zatrzymywania rzeczy rozciąga się na materiały prasowe. Nie wolno bowiem w ogóle zatrzymywać pism, nagrań dźwięku i obrazu, nośników informacji i innych przedmiotów znajdujących się we władztwie osób wymienionych w § 53 ust. 1 zd. 1 pkt. 5 StPO (tj. mówiąc w uproszczeniu osób zawodowo zajmujących się dziennikarstwem) lub będących w posiadaniu redakcji, wydawnictwa, drukarni lub rozgłośni – jeżeli objęte są prawem odmowy zeznań. Wkroczenie władzy państwowej w sferę wolności prasy staje się dopuszczalne jedynie wtedy, gdy nie przekracza proporcji względem znaczenia sprawy, a wyjaśnienie rzeczywistego stanu rzeczy, jak też wykrycie miejsca pobytu sprawcy w inny sposób byłoby niemożliwe lub istotnie utrudnione (§ 97 ust. 5 StPO).

Druga grupa przedmiotów podlegających zatrzymaniu to rzeczy, które mogą podlegać przypadkowi lub odebraniu (§ 111b StPO). Przypadek (*Verfall*) orzekany jest przez sąd wobec skazanego, który osiągnął korzyść z czynu zabronionego, o ile nie uniemożliwia się w ten sposób zaspokojenia powstałego wskutek czynu roszczenia pokrzywdzonego (§ 73 ust. 1 StGB). Odebranie natomiast (*Einziehung*) dotyczy przedmiotów uzyskanych z przestępstwa, użytych lub przeznaczonych do jego popełnienia (§ 74 ust. 1 StGB). Jeżeli istnieją podstawy do przyjęcia, że spełnione zostaną przesłanki powyższych artykułów, wskazane rzeczy podlegają zatrzymaniu w trybie szczegółowo opisanym w § 111c StPO.

Blankiet prawa jazdy podlega zatrzymaniu jako dokument na podstawie § 94 ust. 3 StPO, jak też może zostać wydane orzeczenie o tymczasowym pozbawieniu prawa jazdy rozumianego jako uprawnienie do kierowania pojazdami (*vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis*), co stanowi swoisty środek zapobiegawczy z § 111a StPO. W pierwszym przypadku z reguły zatrzymuje je policja drogowa, kiedy np. istnieje niebezpieczeństwo dalszej jazdy w stanie nietrzeźwym. Druga

36 BGH Ur. z 11.02.2000, 3 StR 377/99, NJW 2000, 1661.

ewentualność wymaga wydania postanowienia organu sądowego uzasadnionego istnieniem mocnych podstaw do przypuszczenia, że zostanie orzeczone pozbawienie prawa jazdy (§ 69 StGB). Z praktycznego punktu widzenia warto zauważyć, że zatrzymaniu podlegają nie tylko niemieckie dokumenty, ale także wystawione przez odpowiednie organy państw członkowskich Unii Europejskiej lub zrzeszonych w Europejskim Obszarze Gospodarczym, o ile jego właściciel posiada miejsce zamieszkania na terenie RFN.

Ostatni przypadek zatrzymania odnosi się do przesyłek pocztowych i telegramów znajdujących się we władztwie osób lub przedsiębiorstw świadczących profesjonalnie usługi pocztowe lub telekomunikacyjne, ewentualnie współdziałających z nimi (§ 99 StPO). Muszą być one wyraźnie zaadresowane do podejrzanego lub w świetle istniejących okoliczności należy przyjąć, że pochodzą od niego lub są dlań przeznaczone, a ich treść ma znaczenie dla postępowania. Uprawnienie do zarządzenia zatrzymania przysługuje sędziemu, a w niebezpieczeństwie zwłoki także prokuratorze. Otwarcia przesyłki może dokonać tylko sędzia, który jedynie w wyjątkowych przypadkach może je przekazać prowadzącemu postępowanie przygotowawcze. Bez wyraźnej decyzji prokuratura ma obowiązek przekazywać nieotwarte przesyłki do sądu.

b. Przeszukanie (Durchsuchung)

Pod pojęciem przeszukania rozumie się poszukiwanie osób, dowodów, jak również przedmiotów, które wchodzi w rachubę jako podlegające przepadkowi lub odebraniu. Obiektem przeszukania mogą być zarówno mieszkania prywatne, inne pomieszczenia, rzeczy ruchome, jak też osoby. Niemiecki kodeks postępowania karnego przewiduje różne podstawy dla przeszukań dokonywanych u podejrzanego i u osób trzecich.

Zgodnie z § 102 StPO u podejrzanego o sprawstwo, udział w czynie, poplecznictwo lub paserstwo może być przeprowadzone przeszukanie:

- a) mieszkania bądź innych pomieszczeń, jak również
- b) jego osoby, a także

c. rzeczy do niego należących zarówno w celu jego schwywania (tzw. *Ergreifungsdurchsuchung*), jak również wtedy, kiedy należy przypuszczać, że przeszukanie doprowadzi do znalezienia środków dowodowych (*Ermittlungsdurchsuchung*).

Przeszukane mogą być więc mieszkanie oraz inne pomieszczenia, których podejrzewany jest właścicielem, jak i które posiada niezależnie od tytułu i wyłączności. W szczególności – na podstawie tego artykułu – dopuszcza się przeszukanie miejsca pracy czy prowadzenia działalności zawodowej lub gospodarczej. Celem przeszukania osoby jest poszukiwanie śladów bądź przedmiotów na i pod ubraniem, a także na powierzchni ciała oraz w jego naturalnych otworach, bez dokonywania zabiegów medycznych (realizowanych w ramach innego, wcześniej omawianego środka, tj. badania cielesnego). Jednoznacznie przyjmuje się, że § 102 StPO zawiera zezwolenie użycia przymusu bezpośredniego w celu wyegzekwowania środka, czyli np. upoważnienie do otwarcia ust siłą w celu sprawdzenia zawartości jamy ustnej.

W odniesieniu do innych osób (§ 103 StPO) środek ten dopuszczalny jest tylko dla celów schwywania podejrzanego, znalezienia śladów lub zatrzymania konkretnych przedmiotów i tylko wtedy, gdy istnieją okoliczności, z których należałoby wnosić, że poszukiwana osoba, ślad lub rzecz znajduje się w przeszukiwanym pomieszczeniu.³⁷ Ustawodawca poczynił tradycyjny już wyjątek dla poszukiwania osób podejrzanych o popełnienie przestępstw z § 129a i § 129b StGB. Prawdopodobne przebywanie podejrzanego w budynku upoważnia do wydania postanowienia o przeszukaniu wszystkich znajdujących się w nim pomieszczeń, także mieszkań prywatnych.

Wkroczenie w prawa osób trzecich, zgodnie zresztą z zasadą proporcjonalności, wymaga istnienia bardziej konkretnych podstaw, aniżeli tylko ogólna perspektywa znalezienia jakichkolwiek dowodów. Przepis ten nastrocza także wątpliwości natury konstytucyjnej, ze względu na to, iż wyraźnie stanowi się w nim uprawnienie wyłącznie do przeszukiwania pomieszczeń i budynków (*Räume, Gebäude*) nie wspominając o rzeczach, a przede wszystkim osobach. Uzasadnianie dopusz-

³⁷ Nie dotyczy to pomieszczeń, w których schwytano podejrzanego, lub w których przebywał on w trakcie pościgu.

czalności tego ostatniego środka *a maiori ad minus* zezwoleniem na badanie cielesne osób trzecich (§ 81c StPO)³⁸ wydaje się mocno kontrowersyjne.³⁹

Stosownie do art. 13 ust. 2 GG przeszukanie może być zarządzone tylko przez sędziego, a w niebezpieczeństwie zwłoki także przez organy powołane do tego ustawą i przeprowadzone tylko w sposób tam określony. Uszczegółowiający tę regulację § 105 ust. 1 StPO przewiduje, iż przeszukanie u osoby podejrzanej może być dokonane na podstawie decyzji sędziego, w niebezpieczeństwie zwłoki także prokuratury lub funkcjonariuszy śledczych. Policja i analogiczne organy nie mają natomiast uprawnienia do samodzielnego przeszukania u osób niepodjętych; nawet prokuraturze przysługuje ono tylko w wyjątkowych przypadkach. Według orzecznictwa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego przeszukanie stanowi na tyle głęboką ingerencję w prawa zasadnicze, że konieczne stało się zdefiniowanie zakresu pojęcia niebezpieczeństwa zwłoki (*Gefahr im Verzug*). Termin ten w odniesieniu do art. 13 ust. 2 GG należy rozumieć wąsko i decyzja sądowa ma stanowić regułę, a nie wyjątek. Przyjęcie „niebezpieczeństwa zwłoki” musi być uzasadnione okolicznościami ściśle odnoszącymi się do konkretnego przypadku. „Nie wystarczają czyste spekulacje, hipotetyczne rozważania lub oderwane od sprawy przypuszczenia oparte wyłącznie na kryminalistycznym doświadczeniu dnia codziennego” – stwierdził *Bundesverfassungsgericht*, dodając że wykładnia i zastosowanie omawianego pojęcia podlegają nieograniczonej sądowej kontroli.⁴⁰ W innym orzeczeniu Trybunał zwrócił uwagę na bardzo istotną kwestię okresu ważności postanowienia o przeszukaniu. Zależy on, oczywiście, przede wszystkim od okoliczności sprawy, lecz najpóźniej po upływie pół roku od wystawienia, dokument traci moc.⁴¹

Środek ten należy stosować z bardzo ścisłym przestrzeganiem zasady proporcjonalności, a nieuchronny zamach na prawa zasadnicze musi być nie tylko uzasadniony względami faktycznymi, ale także podlegać kontroli sądowej tak co do legalności, jak i natężenia przymusu.

38 L. Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung...*, *op. cit.*, s. 356–357.

39 C. Roxin: *Strafverfahrensrecht*, München 1998, s. 300.

40 BVerfG Ur. z 20. 02.2001, 2 BvR 1444/00, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/>

41 BVerfG Beschl. z 27.05.1997, 2 BvR 1992/92, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/>

Służą temu np. uregulowania dotyczące przeszukania niedostępnych powszechnie pomieszczeń w porze nocnej⁴², które można prowadzić wyłącznie przy schwytaniu na gorącym uczynku, w niebezpieczeństwie zwłoki, a także gdy chodzi o schwytanie zbiegłego więźnia (§ 104 ust. 1 StPO).

Przeszukanie lokali w nieobecności sędziego lub prokuratora wymaga obecności urzędnika gminnego lub dwóch dorosłych świadków przybranych zamieszkujących w gminie i niezwiązanych z organami ścigania. Posiadacz obiektu przeszukania jest oczywiście uprawniony do udziału w czynności (§ 106 ust. 1 StPO), a w razie jego nieobecności prawo przechodzi na dorosłego krewnego, osobę współzamieszującą lub sąsiada. Osobie takiej należy na żądanie po zakończeniu czynności udzielić pisemnej informacji o podstawie przeszukania (§ 107 StPO).

Nie ma w doktrynie i orzecznictwie niemieckim pełnej zgody co do skutków nieprzestrzegania tych zasad, w szczególności odpowiedzi na pytanie, czy ustalone z naruszeniem norm okoliczności mogą być wykorzystane w postępowaniu, czy też objęte są zakazem dowodowym. Większość doktryny i orzecznictwa przyznaje rację względem pragmatycznym, choć nie brakuje także stanowisk, że działanie takie stanowi nadużycie uprawnienia, tym bardziej że nienaruszalność mieszkania podlega – jak to zostało przedstawione powyżej – szczególnej ochronie.

Przepisy dotyczące omawianego środka przymusu nie zawierają regulacji odnoszących się do osób uprawnionych do odmowy zeznań. Oznacza to, iż co do zasady mogą one być przeszukiwane (podobnie, jak ich mieszkania, samochody itp.) Nie wyłącza to jednak wskazanych poprzednio zakazów konfiskaty, a zatem przedmioty w sposób wyraźny niepodlegające zajęciu nie mogą być zabezpieczone także podczas przeszukania.

Od tej reguły kodeks przewiduje kilka szczególnych wyjątków.

W czasie przeszukania mogą być znalezione przedmioty niemające związku z konkretną czynnością, lecz wskazujące na popełnienie in-

42 Tj. w godz. 21.00–4.00 w okresie od 1. kwietnia do 30. września i od 21.00 do 6.00 w pozostałej części roku.

nego czynu zabronionego. Należy je wziąć w przechowanie (§ 108 ust. 1 StPO). Jeśli czynności dokonuje policja lub analogiczny organ, za wiadami o tym prokuraturę. Jedyne znalezione podczas przeszukania przedmioty świadczące o dokonaniu przerwania ciąży nie mogą być użyte jako dowody w postępowaniu przeciwko pacjentce o czyn z § 218 StGB.

Do przeglądania dokumentów osoby, przeciwko której kieruje się przeszukiwanie, uprawnienie posiada jedynie prokuratura i funkcjonariusze śledczy, o ile dysponują wyraźnym zarządzeniem (§ 110 ust. 1 StPO). W pozostałym zakresie mogą oni zapoznawać się z treścią papierów, o ile zezwoli na to ich posiadacz; w przeciwnym wypadku powinni w obecności uprawnionego włożyć je do koperty, zalakować i przekazać uprawnionemu organowi.

5. Środki ograniczające inne prawa zasadnicze

Środki opisane w tym rozdziale godzą w wiele praw zasadniczych, m.in. nienaruszalność mieszkania, tajemnicę korespondencji czy prawo do swobodnego rozwoju osobowości. Ich cechą charakterystyczną stanowi to, że zawierają nieraz daleko posunięte upoważnienie dla państwa do uzyskania informacji o obywatelu. Dodatkowo z wieloma z nich wiąże się możliwość stosowania nowoczesnych technologii.

a. Nadzór telekomunikacji (Die Überwachung der Telekommunikation)

Przez „telekomunikację” należy rozumieć proces wysyłania, przekazywania i przyjmowania wiadomości w formie znaków, języka, obrazów lub dźwięków za pomocą urządzeń i systemów technicznych, które mogą wysyłać, przekazywać, przenosić, przyjmować, sterować lub kontrolować identyfikowalne elektromagnetyczne lub optyczne sygnały.⁴³

Pierwszą przesłankę zastosowania nadzoru stanowi fakt, iż konkretne okoliczności uzasadniają podejrzenie sprawstwa lub udziału

podjeźzanego w czynie należącym do zamkniętego katalogu przewidzianego w § 100a StPO. Znajdują się tam m.in. najpoważniejsze przestępstwa przeciwko pokojowi, bezpieczeństwu zewnętrznemu, obronności oraz demokratycznemu porządkowi państwa, bezpieczeństwu stacjonujących w Niemczech wojsk NATO, fałszowanie pieniędzy i papierów wartościowych, kwalifikowane wykorzystanie seksualne dzieci (także ze skutkiem śmiertelnym), rozpowszechnianie treści pornograficznych, przestępstwa przeciwko życiu, wolności, najpoważniejsze czyny przeciwko mieniu (w grupie zorganizowanej lub z zastosowaniem przemocy). Środek można zastosować także w odniesieniu do karalnego usiłowania. Obowiązuje jednak zasada subsydiarności (*Subsidiaritätsgrundsatz*), tj. dopuszcza się nadzór tylko wtedy, gdy wyjaśnienie rzeczywistego stanu rzeczy lub wykrycie miejsca pobytu podejrzanego w inny sposób byłoby niemożliwe lub znacznie utrudnione.

Nadzór telekomunikacji może być skierowany wyłącznie przeciwko oznaczonym osobom, tj. przeciwko podejrzanemu oraz podmiotom, co do których – na podstawie konkretnych okoliczności – należy przyjąć, że odbierają lub przekazują przeznaczone dla niego lub pochodzące od niego wiadomości. Kontrolą mogą być objęte także należące do osób trzecich połączenia, z których korzysta podejrzanym. Federalny Trybunał Konstytucyjny jednoznacznie podkreślił, iż omawiany środek może być zarządzone w odniesieniu do osób niepodjeźrzanych⁴⁴, choć w świetle przedstawionych powyżej zasad problematycznie rysuje się dopuszczalność wykorzystania uzyskanych informacji od uprawnionych do nieskładania zeznań.

Zgodnie z postanowieniami § 100b StPO zarządzenie zastosowania tego środka może być wydane w formie pisemnej przez sędziego, a w niebezpieczeństwie zwłoki także przez prokuraturę. To ostatnie traci moc, o ile w ciągu trzech dni nie uzyska sądowego potwierdzenia. W zarządzeniu należy podać personalia, numer telefonu lub inne dane połączenia telekomunikacyjnego podejrzanego, a także rodzaj, zakres i czas trwania środka, który nie może przekroczyć trzech miesięcy. Do-

44 BVerfG Urt. z 7.07.1970, 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 i 308/69, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr>

43 Tak § 3 pkt. 22 i 23 TKG.

puszcza się wielokrotne przedłużanie nadzoru, każdorazowo na okres maksymalnie trzech miesięcy, o ile nadal istnieją przesłanki i przyczyny (§ 100b ust. 2 StPO); w przeciwnym wypadku stosowanie środka musi zostać niezwłocznie zakończone.

Uzyskane informacje są objęte częściowym zakazem dowodowym. Dla celów innego postępowania karnego wolno bowiem wykorzystać jedynie zdobyte dane potrzebne do wyjaśnienia jednego z przestępstw wymienionych w § 100a StPO. W pozostałym zakresie nieistotne informacje należy bezzwłocznie i protokolarnie zniszczyć pod nadzorem prokuratury.

Jednocześnie z nadzorem telekomunikacji może zostać wydane w analogicznym trybie zarządzenie skierowane do podmiotów zajmujących się zawodowo świadczeniem usług telekomunikacyjnych lub współpracujących z nimi, na mocy którego winny one niezwłocznie przekazywać stosowne informacje niezbędne dla postępowania (§ 100g ust. 1 StPO). Chodzi tu przede wszystkim o numery telefonów i lokalizację urządzeń, z których i do których dokonuje się połączeń, czas ich rozpoczęcia i zakończenia, rodzaj usługi itp. (§ 100g ust. 3 StPO).

W odniesieniu do tego środka postanowiono wyraźnie, że nie dopuszczalne jest żądanie informacji o połączeniach wychodzących i przychodzących, które dotyczą osoby uprawnionej do nieskładania zeznań w myśl § 53 ust. 1 zd 1 pkt 1, 2 i 4 StPO, w zakresie tego prawa. Zakaz ten oczywiście nie obejmuje osób podejrzanych o udział w czynnie, a także o poplecznictwo bądź paserstwo (§ 100h ust. 2 StPO). Uzyskane informacje dotyczące osób mogą być wykorzystane w innym postępowaniu karnym jedynie w dwóch przypadkach. Pierwszy – to analogiczne do § 100a StPO spożytkowanie do ujawnienia i wykrycia przestępstw wymienionych w § 100g ust. 1 zd. 1 StPO. Jednak zgoda podejrzanego także konwaliduje dane normalnie objęte zakazem.

Przy przygotowaniu do zastosowania nadzoru telekomunikacji, jak też dla zatrzymania (§ 127 ust. 2 StPO) lub ujęcia sprawcy na podstawie nakazu aresztowania lub umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym mogą być ustalane numery kart i aparatów, jak również miejsce włączonego aparatu telefonii komórkowej (§ 100i ust. 1 StPO). Dopuszczalność tego środka uzależniona została od spełnienia przesłanek

z § 100a StPO i dodatkowo obwarowana klauzulą subsydiarności, zastrzeżoną w odniesieniu do ustalenia lokalizacji aparatu telefonicznego (z niewielką koncesją na rzecz ochrony policyjnego agenta). Środek można zarządzić na maksymalnie sześć miesięcy i przedłużać każdorazowo na maksymalnie taki sam okres, a dane objęte są zakazem dowodowym w zakresie niezwiązanym z prowadzonym postępowaniem.

b. Tzw. „wielki” podsłuch (Der „große” Lauschangriff)

Pojęcie podsłuchu – przyjęte i używane w innych krajach – w doktrynie i orzecznictwie niemieckim właściwie nie funkcjonuje⁴⁵. Na użytek m.in. dydaktyki często mówi się o tzw. zamachu bądź ataku podsłuchowym (*Lauschangriff*), tradycyjnie rozróżniając dwie jego postacie: wielką i małą – w zależności od tego, czy środek zastosowano w odniesieniu do mieszkania prywatnego, czy innego pomieszczenia, jak też ewentualnie od obecności policyjnego agenta.

Zgodnie z § 100c ust. 1 „wielki” podsłuch polega na zastosowaniu technicznych środków w celu przysłuchiwania się oraz nagrywania słów wypowiedzianych niepublicznie w mieszkaniu. Dopuszczalność tego – z wielu względów wyjątkowego środka przymusu – zależy od łącznego spełnienia czterech podstawowych przesłanek. Kształtują się one w następujący sposób:

- a) konkretne okoliczności uzasadniają podejrzenie, że dana osoba popełniła jedno z enumeratywnie wymienionych szczególnie ciężkich przestępstw, względnie dokonała karalnego usiłowania,⁴⁶
- b) czyn sam w sobie stanowi tzw. szczególnie ciężki przypadek,

45 G. Musialik–Dudzińska: Podmioty uprawnione do zarządzenia podsłuchu elektronicznego oraz forma i treść decyzji w tym przedmiocie na gruncie prawa niemieckiego, w: Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga Pamiątkowa ku czci prof. Kazimierza Marszałka, Katowice 2003, s. 287.

46 Kategoria szczególnie ciężkich przestępstw (§ 100c ust. 2 StPO) obejmuje kilkadziesiąt najpoważniejszych czynów zawartych m. in. w kodeksie karnym (m.in. przestępstwa przeciwko pokojowi, bezpieczeństwu państwa, tworzenie związków przestępczych i terrorystycznych, fałszowanie pieniędzy i papierów wartościowych, kart płatniczych i czeków, przeciwko seksualnemu samostanowieniu, rozpowszechnianie, wyrób i posiadanie treści pornograficznych z udziałem dzieci, morderstwo i zabójstwo, a także wybrane czyny przeciwko wolności, kradzież w grupie zorganizowanej, zawodowe paserstwo, rozbój, łapownictwo) oraz w ustawach o: postępowaniu w sprawie azylu, o prawie do pobytu, o broni, o kontroli broni i innych.

- c) istnieje odpowiednie prawdopodobieństwo (*tatsächliche Anhaltspunkte*) do przyjęcia, że poprzez podsłuch zostaną utrwalone wypowiedzi podejrzanego mające znaczenie dla wyjaśnienia stanu faktycznego lub wykrycia miejsca pobytu współpodejrzanego,
- d) wyjaśnienie okoliczności sprawy lub wykrycie miejsca pobytu współpodejrzanego w inny sposób byłoby nieproporcjonalnie utrudnione lub niemożliwe.

Podsłuch może być skierowany wyłącznie przeciwko podejrzanemu i zakłada się go w zasadzie w jego mieszkaniu. Lokale innych osób mogą być kontrolowane tylko wtedy, gdy na podstawie konkretnych okoliczności należy przyjąć, że podejrzanego w nich zatrzymał oraz zastosowanie środka u niego nie spełniłoby ustawowych celów. Legalność podsłuchu uwarunkowana została dodatkowo koniecznością istnienia odpowiedniego prawdopodobieństwa, że ze względu na rodzaj nadzorowanych pomieszczeń i osoby w nich się znajdujące, nie zostaną utrwalone wypowiedzi odnoszące się do sedna życia prywatnego (*Kernbereich privater Lebensgestaltung*). Do sfery tej, według stanowiska ustawodawcy, nie można zaliczyć rozmów prowadzonych w pomieszczeniach, w których wykonuje się zawód lub działalność gospodarczą, jak również wypowiedzi dotyczących dokonanych czynów zabronionych lub wskutek których popełnia się przestępstwo (§ 100c ust. 4 StPO).

Ze względu na zakres naruszenia praw zasadniczych przewidziano szczególny tryb zarządzenia zastosowania omawianego środka. Orzeka o tym działająca w składzie trzech sędziów zawodowych niezajmująca się postępowaniami karnymi izba Sądu Krajowego (*Statatsschutzkammer*) właściwa miejscowo dla okręgu Wyższego Sądu Krajowego, w którym ma siedzibę konkretna prokuratura (§ 74a ust. 4 GVG). W niebezpieczeństwie zwłoki postanowienie może być wydane przez przewodniczącego, lecz traci ono moc, jeśli w ciągu trzech dni nie zostanie potwierdzone przez kompetentny organ. Postępowanie toczy się na wniosek prokuratury (§ 100d ust. 1 StPO). Podsłuch może być zarządzony na maksymalnie miesięczny okres, z możliwością wielokrotnego przedłużenia zawsze w ramach wskazanego limitu.

Po przekroczeniu półrocznego okresu stosowania środka o kolejnym przedłużeniu decyduje Wyższy Sąd Krajowy.

Decyzja zapada zawsze w formie pisemnej, z koniecznym precyzyjnym przytoczeniem zarówno danych osoby, przeciwko której stosuje się środek, jak i miejsca, gdzie się tego dokonuje, a także podstaw prawnych i faktycznych rozstrzygnięcia, co odnosi się także do zarządzenia przedłużenia. Sąd sprawuje pełną kontrolę, tj. musi być informowany o rezultatach zarządzonych czynności i ma prawo (podobnie jak przewodniczący oraz prokuratura) nakazać ich zakończenie.

Podsłuch należy przerwać w momencie pojawienia się wypowiedzi dotyczących sedna prywatnego życia. Dane te podlegają niezwłocznemu i protokołarnemu skasowaniu, a uzyskane informacje nie mogą stanowić dowodu (§ 100c ust. 5 StPO). Bezwzględny zakaz dowodowy objęto treści wypowiedzi osób uprawnionych do odmowy zeznań na podstawie § 53 StPO; w odniesieniu do pozostałych podmiotów przyjęto wyjątkową dopuszczalność wykorzystania rezultatów, o ile nie sprzeciwia się temu szczególnie określona zasada proporcjonalności, tj. „po uwzględnieniu znaczenia leżącego u podstaw stosunku zaufania, nie pozostaje to ponad miarę w odniesieniu do interesu wyjaśnienia stanu rzeczy lub wykrycia miejsca pobytu podejrzanego”.⁴⁷ Zakazy te, podobnie jak przy innych środkach, nie obowiązują w stosunku do osób podejrzanych o współudział, jak też poplecznictwo czy paserstwo.

Kodeks przewiduje ponadto bardzo szczegółowe przesłanki innego niż tylko dla celów konkretnej sprawy wykorzystania uzyskanych informacji odnoszących się do osób. I tak na przykład: w innych postępowaniach karnych mogą być one bez zgody podsłuchiwanym osobom użyte tylko o tyle, o ile posłużą wyjaśnieniu stanu faktycznego sprawy o czyn z katalogu wymienionego w § 100c lub ustaleniu miejsca pobytu podejrzanego o jego popełnienie. Wolno je wykorzystywać także dla odparcia istniejącego zagrożenia życia, zdrowia lub wolności osoby, a także istnienia przedmiotów i urządzeń o wielkiej wartości niezbędnych dla zaopatrzenia społeczeństwa lub o wielkiej wartości kulturo-

⁴⁷ Wenn dies unter Berücksichtigung der Bedeutung des zugrunde liegenden Vertrauensverhältnisses nicht außer Verhältnis zum Interesse an der Erforschung des Sachverhalts oder der Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Beschuldigten steht – § 100c ust. 6 StPO.

wej albo budowli w sensie określonym w § 305 StGB oraz w innych przypadkach wymienionych w § 106 ust. 6 StPO.

Mimo znacznego stopnia ingerencji w prywatność, o czynnościach z § 100c StPO powiadamia się osoby nimi dotknięte, oczywiście z reguły po ich zakończeniu. Zgodnie z § 100d ust. 10 StPO osobie, której prawa zostały naruszone, przysługuje w terminie dwutygodniowym od powiadomienia prawo do sądowej kontroli podstaw zarządzenia czynności, jak również jej przebiegu. Sprawę rozpatruje sąd zarządzający czynność, a jego orzeczenie może zostać zaskarżone tzw. natychmiastowym zażaleniem.

Dodatkowy rodzaj kontroli, tym razem społecznej, decyzji o stosowaniu „wielkiego” podsłuchu stanowi obowiązek sporządzania przez prokuraturę corocznych raportów (§ 100e StPO). Podaje się w nich w szczególności: liczbę postępowań, w których orzeczono o stosowaniu tego środka przymusu, rodzaj czynu w odniesieniu do którego prowadzono działania, liczbę nadzorowanych pomieszczeń oraz osób, czas trwania, jak też (co szczególnie ciekawe) koszty całej operacji.

c. Zastosowanie środków technicznych (Einsatz technischer Mittel)

W ramach tego środka przymusu ustawa przewiduje możliwość stosowania trzech podstawowych sposobów działania poza mieszkaniem prywatnym i bez wiedzy osoby, przeciwko której są skierowane:

- a) rejestrowanie obrazu,
- b) inne określone czynności techniczne dla celów obserwacji,
- c) odsłuchiwanie i nagrywanie wypowiedzi niepublicznych z zastosowaniem odpowiednich środków.

Warunkiem legalności pierwszych dwóch zabiegów jest to, że mają one służyć do wyjaśnienia stanu rzeczy lub wykrycia miejsca pobytu podejrzanego, gdy postępowanie toczy się o przestępstwo szczególnej znaczenia (*Straftat von erheblicher Bedeutung*), a osiągnięcie celu czynności w inny sposób rokowałoby mniejszą nadzieję (*weniger erfolgversprechend*) lub byłoby utrudnione (§ 100f ust. 1 StPO). Dopuszczalność trzeciego środka (tzw. „małego” podsłuchu – *kleiner Laus-*

changriff, § 100f ust. 2 StPO) uzależnia się od istnienia konkretnych okoliczności uzasadniających podejrzenie popełnienia jednego z przestępstw wymienionych w § 100a StPO z równoczesnym zastrzeżeniem, iż wyjaśnienie okoliczności sprawy lub wykrycie miejsca pobytu podejrzanego w inny sposób byłoby niemożliwe lub w istotny sposób utrudnione. Przesłanki te stawiają zatem wyższe kryteria zarówno co do prawdopodobieństwa, jak i subsydiarności. Ustawodawca dokonuje zresztą dodatkowego rozróżnienia kryteriów środka stosowanego przeciwko podejrzanemu oraz innym osobom (§ 100f ust. 3 StPO).

Odpowiednie zarządzenie wydaje sędzia, w niebezpieczeństwie zwłoki także prokuratura i funkcjonariusze śledczy w trybie analogicznym jak przy nadzorze telekomunikacji. Uzyskane w trakcie czynności dane odnoszące się do osób mogą być wykorzystane w innych postępowaniach karnych tylko o tyle, o ile służą do wyjaśnienia czynów wymienionych w § 100a StPO.

d. Użycie tajnych agentów (Einsatz Verdeckter Ermittler)

Zgodnie z treścią § 110a ust. 2 StPO przez „tajnego agenta” (*Verdeckter Ermittler, VE*) należy rozumieć funkcjonariusza służb policyjnych, który zdobywa informacje pod przydzieloną, nałożoną na trwałe i zmienioną tożsamością, tzw. legendą, pod jaką może uczestniczyć w obrocie prawnym. Dla jej stworzenia i utrzymania dopuszcza się wystawienie, zmianę oraz posługiwanie się fałszywymi dokumentami.

Definicja ta budzi jednak kontrowersje⁴⁸, w szczególności przy rozróżnianiu między VE a tzw. NOEP, czyli *nicht öffentlich ermittelnde Polizeibeamter*, dosł. nieurzędowo wyjaśniający policjant, tj. działający w sposób niejawnny, lecz z reguły krótkotrwale. Trzeba jednak powiedzieć, że nawet w kluczowym w tej materii orzeczeniu *Bundesgerichtshof* zdefiniował pojęcie tajnego agenta w sposób nie do końca jednoznaczny, przynajmniej z punktu widzenia trwałości jego zadania. Można tam bowiem przeczytać: „Funkcjonariusz policji działa

48 C. Geisler: Verdeckte Ermittler und V-Personen im Strafverfahren, Wiesbaden 2001, s. 19 i nast.

jako tajny agent w sensie § 110a ust. 2 [StPO –P.G.], jeżeli przez dłuższy czas występując przy użyciu legendy pertraktuje z jedną lub wieloma osobami o nabyciu środków odurzających, z niektórymi kontrahentami może mieć jednak krótkotrwałe kontakty. [...] Decydujące jest natomiast, czy misja [funkcjonariusza –P.G.] obejmuje pojedyncze, nieliczne konkretnie określone czynności wyjaśniające czy też będzie konieczne wprowadzenie w błąd nieokreślonej liczby osób co do prawdziwej tożsamości policjanta działającego w sposób niejawni i czy ze względu na rodzaj i zakres misji można z góry przewidzieć, czy tożsamość funkcjonariusza będzie musiała być na trwale utrzymana w tajemnicy. Należy także kierować się tym, czy ogólny obrót prawny, jak również prawa podejrzanych w przyszłych postępowaniach karnych przez zastosowanie działającego w sposób niejawni funkcjonariusza policji mogą doznać więcej niż tylko nieistotnego ograniczenia”.⁴⁹ Sąd w tym samym wyroku wyłączył z tej kategorii funkcjonariuszy dokonujących odpowiednika zakupu kontrolowanego niemających poza tym nic wspólnego z prowadzonym postępowaniem.

Zastosowanie tajnych agentów do wyjaśnienia okoliczności sprawy staje się uprawnione, kiedy zachodzi odpowiednie podejrzenie (*zureichende tatsächliche Anhaltspunkte*), że zostało popełnione przestępstwo szczególnie znaczenia (*von erheblicher Bedeutung*):

- a) w zakresie niedozwolonego obrotu środkami odurzającymi lub bronią, fałszstwa pieniędzy lub papierów wartościowych,
- b) w zakresie ochrony państwa,
- c) dla celów zarobkowych lub popełniane notorycznie,
- d) przez członka grupy przestępczej lub w innej zorganizowanej formie.

Obowiązuje tu zwykła klauzula subsydiarności, tj. przesłankę pozytywną stanowi fakt, iż bez zastosowania agentów zbadanie stanu faktycznego byłoby niemożliwe lub istotnie utrudnione.

Środek ten dopuszcza się także w postępowaniach o zbrodnie, o ile na podstawie określonych okoliczności można przyjąć, że istnieje niebezpieczeństwo powtórzenia przestępstwa. W tym wypadku sub-

sydiarność rozumie się jako zezwolenie użycia agentów ze względu na znaczenie czynu poparte bezskutecznością innych zabiegów.

W odróżnieniu od pozostałych ingerencji w prawa zasadnicze, o zwykłym zastosowaniu tajnych agentów decyduje policja za pisemną i ograniczającą środek w czasie zgodą prokuratury (§ 110b ust. 1 StPO). W niebezpieczeństwie zwłoki funkcjonariusze mogą podjąć decyzję samodzielnie; jednak traci ona moc, a czynność należy zakończyć, kiedy w ciągu trzech dni zarządzenie nie zostanie potwierdzone przez uprawniony organ.

Jeżeli natomiast tajny agent występowałby w postępowaniu przeciwko konkretnemu podejrzanemu lub miałby wkroczyć do powszechnie niedostępnego mieszkania, wymagana staje się zgoda sędziego (§ 110b ust. 2 StPO). W niebezpieczeństwie zwłoki zarządzenie takie wydaje prokuratura, zwracając się do sądu o zatwierdzenie. Upływ trzydniowego terminu bez uzyskania potwierdzenia wywiera analogiczne skutki, jak w przypadku opisanym powyżej. Wkroczenie tajnego agenta do mieszkania staje się możliwe jedynie za spontanicznie wyrażoną, tj. niesprowokowaną zgodą posiadacza (§ 110c StPO). Osoby te muszą być później poinformowane o zastosowaniu środka (§ 110d ust. 1 StPO).

Dane agenta pozostają oczywiście tajne; mogą być utrzymane w tajemnicy nawet po zakończeniu postępowania. Sąd lub prokuratura mają jednak prawo żądać przekazania do swojej wiadomości tożsamości VE, chyba że jej wyjawienie groziłoby życiu, zdrowiu lub wolności funkcjonariusza, ewentualnie innej osoby, bądź też zagrażałoby w ogóle możliwości zastosowania agenta. Prowadzi to niekiedy do sporu – organy uprawnione do wydania zgody uzależniają swoją akceptację od uzyskania informacji, których nie chce podać policja. Zgodnie z orzecznictwem BGH sędzia musi wszechstronnie uzasadnić swoją zgodę⁵⁰, przez co sygnalizuje się konieczność zapoznania go przez funkcjonariuszy z materiałami sprawy w niezbędnym zakresie. Informacje uzyskane przez VE dotyczące osób mogą być wykorzystane w innych postępowaniach karnych tylko o tyle, o ile przyczyniają

49 BGH Urt. z 07.03.1995 1 StR 685/94, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>

50 BGH Beschl. z 23.03.1996, 1 StR 685/95, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>

się one do wyjaśnienia czynów wymienionych w § 110a ust. 1 StPO, o czym stanowi § 110e StPO.

c. Pozostałe środki przymusu

Pozostałe środki przymusu, choć godzą w prawa zasadnicze, czynią to w mniejszym zakresie; dlatego nie wydaje się konieczne opisywanie ich w obszerniejszy sposób.

Warto wśród nich wymienić np. uprawnienie prokuratury oraz funkcjonariuszy policji do podejmowania niezbędnych zabiegów w celu ustalenia tożsamości (*Identitätsfeststellung*) osoby podejrzewanej o popełnienie przestępstwa (§ 163b ust. 1 StPO). Może być ona w tym celu nawet zatrzymana, przeszukana, zdaktyloskopowana, fotografowana itp. Osobę niepodejrzaną wolno wylegitymować, lecz dopuszczalność przeszukania i czynności prowadzonych dla celów rozpoznawczych uzależniona została od jej woli (§ 163b ust. 2 StPO).

Kiedy zaistnieje odpowiednie podejrzenie (*zureichende tatsächliche Anhaltspunkte*) popełnienia przestępstwa szczególnego znaczenia, prokuratura, a w niebezpieczeństwie zwłoki funkcjonariusze śledczy mogą zarządzić tzw. długoterminową obserwację (*längerfristige Observation* – § 163f StPO), o ile wyjaśnienie okoliczności sprawy lub ustalenie miejsca pobytu sprawcy w inny sposób rokowałoby istotnie mniejsze nadzieje, albo byłoby istotnie utrudnione. Środek ten, polegający na czynieniu planowych spostrzeżeń przez funkcjonariuszy, może być realizowany w dwóch postaciach: ciągłej – trwającej ponad 24 godziny, lub przerywanej rozciągającej się na okres więcej niż dwóch dni, lecz nieprzekraczającej miesiąca (na co zgodę musi wydać sędzia). Obiektem czynności staje się podejrzany lub osoby z nim związane.

Strafprozessordnung zawiera nadto upoważnienie do obróbki danych osobowych już to uzyskanych w trakcie kontroli granicznej (tzw. *Schleppnetzfehndung* – § 163d StPO), drogowej (*Kontrollstellen* – § 111 StPO), już to pochodzących z innych źródeł niż resortowe (tzw. *Rasterfehndung* – § 98a StPO).

Katalog środków przymusu w niemieckim procesie wydaje się więc dość rozbudowany, a w tej pracy starałem się scharakteryzować jedynie najistotniejsze z nich. Próbując dokonywać własnej oceny, na-

leży zwrócić uwagę w pierwszej kolejności na bardzo istotne z gwarancyjnego punktu widzenia umieszczenie regulacji właśnie w kodeksie postępowania karnego. Uprawnienia organów procesowych (a w warunkach niemieckich także policji i analogicznych formacji) w zakresie stosowania przymusu należą bowiem do materii podstawowej. Bardzo charakterystyczna i niewątpliwie pożądana wydaje się silna kontrola sądowna poszczególnych czynności. Rozwiązanie to pozwala zharmonizować względy ekonomii procesowej i skutecznego ścigania z zapewnieniem praworządności. Uprawnienia organów władzy publicznej zostały przez niemieckiego ustawodawcę zrównoważone niemal wszechobecną, choć w różnym stopniu, zasadą proporcjonalności i subsydiarności. Można, oczywiście, dyskutować o szczegółach, jednak zabieg ten daje właściwą perspektywę, nakazując organom publicznym niemal każdorazowe wyważanie interesów. Praktyka stosowania tych przepisów wygląda mniej idealistycznie, lecz – ogólnie mówiąc rozwiązanie systemowe zawarte w StPO można określić mianem modelowego.

POSTĘPOWANIE DOWODOWE W StPO

1. Zagadnienia ogólne

a. Główne zasady prawa dowodowego

Niemieckie postępowanie karne oparte jest na zasadach: instrukcyjności, bezpośredniości, swobodnej sędziowskiej oceny dowodów oraz domniemaniu niewinności i wynikającej z niej regule *in dubio pro reo*.

Ponieważ wszystkie te terminy zostały wyjaśnione w rozdziale drugim, w tym miejscu wystarczy jedynie przypomnieć, że **instrukcyjność** przejawia się w spoczywającym na organach procesowych, a nie na stronach, obowiązku dopuszczania i przeprowadzania dowodów w celu wyjaśnienia wszelkich okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, o czym dosłownie wspomina § 244 ust. 2 StPO. Sąd na rozprawie musi w sposób **bezpośredni** zbierać informacje o stanie faktycznym, gdyż swoje rozstrzygnięcie wywodzi z przebiegu postępowania (*aus dem Inbegriff der Verhandlung*), na którego podstawie ocenia dowody według **swobodnego przekonania** (*nach seiner freien Überzeugung* – § 261 StPO). Z art. 20 GG oraz art. 6 EKPC wynika, że **skazany może zostać jedynie winny** oskarżony, a jego **wina musi być udowodniona** w sposób przewidziany ustawą.

b. Dowód w sensie ścisłym i swobodnym (Streng- und Freibeweis)

Koncepcja dowodu w sensie ścisłym i swobodnym znana jest polskiej doktrynie od dawna.¹ Według stanowisk niemieckich nale-

ży rozróżniać między podstawami rozstrzygnięcia w kwestii winy (*Schuldfrage*) oraz tzw. rodzaju i wysokości prawnych następstw czynu (*Strafffrage*) a przesłankami pozostałych decyzji organów procesowych.

Ustalane w trakcie rozprawy okoliczności kluczowe, tj. *Schuldfrage* i *Strafffrage* mogą być oparte jedynie na dowodach przeprowadzonych w sposób bardzo sformalizowany oraz sprecyzowany w ustawie, określanych mianem *Strengbeweis*. Ich katalog został zamknięty. Obejmuje on: świadków, biegłych, oględziny oraz dokumenty. Pozycja oskarżonego jako źródła dowodu w sensie ścisłym bywa niekiedy podważana², jako że jest on w pierwszej kolejności głównym podmiotem procesu obowiązany do znoszenia przymusu państwowego.³ Chociaż § 244 ust. 1 StPO stanowi dosłownie, że: „po przesłuchaniu oskarżonego przeprowadza się dowody”, ze względu na zasadę wyrażoną w § 261 tego aktu należy uznać wyjaśnienia za pełnoprawny środek dowodowy i to w sensie ścisłym.

W odniesieniu do pozostałych okoliczności ustawa nie wymaga zachowania aż tak daleko posuniętego formalizmu, a rozstrzygnięcia mogą opierać się na *Freibeweis*. Termin ten nie został sprecyzowany przez ustawodawcę; o takiej możliwości można wnosić np. z treści § 251 ust. 3 StPO przewidującego dopuszczalność odczytania protokołów przesłuchania, dokumentów i innych pism dla innych celów, niż bezpośrednio wydanie wyroku, w szczególności dla podjęcia decyzji o wezwaniu i przesłuchaniu dodatkowych osób. Na dowodach w sensie swobodnym można więc opierać:

- a) wszelkie rozstrzygnięcia zapadające poza rozprawą (także szerzej: przed wniesieniem skargi), tj. w szczególności co do dopuszczalności stosowania środków przymusu uzasadnionych odpowiednim stopniem podejrzenia,
- b) rozstrzygnięcia poczynione na rozprawie, byleby nie dotyczyły okoliczności bezpośrednio związanych z kwestią winy i praw-

cesie karnym, Lublin 1983.

² W ogóle nie wspomina o nim przy definicji dowodu w sensie ścisłym np. U. Eisenberg: *Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar*, München 2002, s. 76.

³ Tak C. Roxin: *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, s. 117, 196.

¹ Jednym z jej prekursorów był S. Śliwiński, por. np.: *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1959, s. 306. Por. też R. Kmiecik: *Dowód ścisły w pro-*

nych następstw czynu, np. w zakresie kwestii czysto proceduralnych.

Ta klasyfikacja ma doniosłe znaczenie teoretyczne; w praktyce pojawiają się wątpliwości głównie co do dwóch kwestii. Pierwszą z nich stanowi istnienie przesłanki procesowej. Większość doktryny, a także orzecznictwo BGH przyjmuje potrzebę ustalenia tego faktu w ramach dowodu swobodnego.⁴ Kontrowersyjnie ocenia się także zbieg kwestii czysto proceduralnej ze związaną bezpośrednio z winą i prawnymi następstwami czynu, tzw. okoliczności podwójnie istotne, tzw. *doppelrelevante Tatsachen*. Można do nich zaliczyć np. moment popełnienia czynu⁵ czy zastosowanie niedozwolonych metod przesłuchania.⁶ O ile w odniesieniu do tego ostatniego przykładu znakomita większość autorów przychyliła się do oceny w ramach *Freibeweis*, co oczywiście jest względniejsze dla osoby, wobec której zastosowano niedozwolone działania, o tyle przeciwnicy tej koncepcji podkreślają, iż chodzi tu w rzeczywistości o złamanie konstytucyjnej zasady państwa praworządowego, podlegającej udowodnieniu w sposób ścisły (rodzi bowiem odpowiedzialność karną). Co do okoliczności podwójnie istotnych panuje większa zgoda, tj. jeżeli dotyczą one *Schuldfragen* i *Straffragen*, należy zastosować zasadę ogólną.

c. Ciężar dowodu (Beweislast)

Rozkład ciężaru dowodu w procesie karnym należy w polskiej doktrynie do zagadnień rzadko omawianych i niezwykle kontrowersyjnych. Próbując przedstawić stanowiska niemieckie należy wprawdzie ustalić polską (niejednolitą) konwencję terminologiczną.

Przez formalny ciężar dowodowy najczęściej rozumie się obowiązek dowodzenia faktów w odniesieniu do okoliczności składających się na byt przestępstwa (niekorzystnych dla oskarżonego) spoczywający wyłącznie na oskarżycielu⁷ albo także na sędziu.⁸ Może być on tak-

4 Por. rozdz. 1.

5 Por. U. Eisenberg: *Beweisrecht...*, *op. cit.*, s. 78.

6 W. Beulke: *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, s. 101.

7 S. Glaser: *Polski proces karny w zarysie*, Kraków 1934, s. 191.

8 S. Śliwiński: *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1959, s. 299, S. Kalinowski: *Polski proces karny w zarysie*, Warszawa 1979, s. 170.

że pojmowany jako ustawowa powinność dowodzenia faktów zarówno korzystnych, jak i niekorzystnych dla oskarżonego, konsekwentnie dotycząca jedynie oskarżyciela publicznego i sądu.⁹ Spotyka się także zrównanie omawianego pojęcia z obowiązkiem dowodzenia faktów¹⁰, co uzasadnia przyjęcia, iż obciąża on także obrońcę w zakresie okoliczności korzystnych dla oskarżonego.¹¹

Całkowicie odrębne rozumienie formalnego ciężaru dowodu prezentują w Polsce M. Cieślak i S. Waltoś.¹² Według pierwszego autora pojęcie to przejawia się w dyrektywie: „staraj się udowodnić swoją tezę, gdyż jeśli jej sam nie udowodnisz (lub akcją swojego przedstawiciela procesowego), to nikt inny, a zwłaszcza organ procesowy nie będzie cię mógł w tym wyręczyć i teza twoja zostanie odrzucona”.¹³ Ujęcie to bardzo mocno nawiązuje do obecnej w doktrynie niemieckiej od dawna cywilistycznej koncepcji ciężaru procesowego. Rozumie się go jako obowiązek względem samego siebie, ciążący na stronie w jej własnym interesie¹⁴, polegający na konieczności wnoszenia i przeprowadzania dowodów w zakresie negowanego stanu rzeczy, dla odwrócenia groźących w przeciwnym wypadku ujemnych następstw procesowych.¹⁵ Doktryna niemiecka powszechnie i słusznie zaprzecza istnieniu tak rozumianego formalnego ciężaru dowodowego (zwanego *subjektive, formelle, prozessuelle, falsche Beweislast*, albo *Beweisführungslast*¹⁶) w tamtejszym postępowaniu karnym i to zarówno po stronie oskarżyciela, jak i obrońcy.¹⁷

Pozornie mniej wątpliwości budzi natomiast pojęcie materialnego ciężaru dowodu, czyli według polskiej doktryny powinności (ko-

9 M. Lipczyńska, A. Kordik, Z. Kegel, Z. Świada-Lągiewska: *Polski proces karny*, Warszawa-Wrocław 1971, s. 85.

10 A. Murzynowski, A.: *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 267, K. Marszał: *Prawo karne procesowe*, Warszawa 1988, s. 229.

11 Obydwaj autorzy rozumieją jednak inaczej pojęcie formalnego ciężaru dowodu. Por. M. Cieślak: *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, Warszawa 1955, s. 154, A także S. Waltoś: *Proces karny...*, *op. cit.*, s. 249.

12 S. Waltoś: *ibidem*, s. 249.

13 M. Cieślak: *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1971, s. 338.

14 Por. J. Goldschmidt: *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin 1925, s. 335 i nast.

15 H. J. Musielak, M. Stadler: *Grundfragen des Beweisrechts*, München 1984, s. 117.

16 Por. J. Bock: *Begriff, Inhalt und Zulässigkeit der Beweislastumkehr im materiellen Strafrecht*, Frankfurt/Main 2001, s. 26.

17 E. Schmidt: *Lehrkommentar zur StPO und GVG*, Göttingen 1964, s. 204.

gokolwiek) udowodnienia twierdzenia pod rygorem jego odrzucenia.¹⁸ W Niemczech materialny ciężar dowodu (synonimicznie nazywany *objektive, materielle Beweislast*, albo *Feststellungslast*) rozumie się w sposób zbliżony, tj. jako regułę pozwalającą sądowi postępować w przypadku *non liquet*, czyli ułatwiającą podjęcie decyzji, na czyją niekorzyść zalicza się nieudowodnienie spornej okoliczności (wiązącą z *in dubio pro reo*).¹⁹ Jednak i ta koncepcja znajduje swoich krytyków. Według E. Schmidta oskarżyciel publiczny w procesie karnym różni się od pozostałych podmiotów działających po stronie czynnej tym, iż wnosi swoją skargę w interesie publicznym, a jeden z naczelnych celów postępowania stanowi wykrycie prawdy wyjaśniające zasadność roszczenia o ukaranie. Nie można więc powiedzieć, aby prokuratura ponosiła niekorzyść w przypadku nieudowodnienia zarzutów przedstawionych w akcie oskarżenia. Każde praworzędne zakończenie sprawy, w szczególności prawomocny wyrok współtworzy przecież porządek prawny, na którego straży stoi m.in. ten organ.

Podsumowując te rozważania należy zwrócić uwagę na niezmiernie złożony charakter problemu, do którego rozwiązania jedynie częściowo przydatne bywają idee rodem z procesu cywilnego. Warto także powołać się na pragmatyczne stanowisko, że choć ani nauka prawa, ani orzecznictwo nie dopracowały się satysfakcjonującej definicji pojęcia ciężaru dowodu w procesie karnym, ma ono jednak duży walor praktyczny.²⁰

2. Wniosek dowodowy (Beweisantrag)

a. Pojęcie i tryb składania

Przez wniosek dowodowy (*Beweisantrag*) należy rozumieć poparte twierdzeniem o faktach żądanie uczestnika procesu dotyczące przeprowadzenia w określonej formie środka dowodowego na tę okoliczność.²¹ Może być ono postawione wprost lub w formie warunkowej,

np. uzależnione od przeprowadzenia lub treści innego dowodu²², albo uznania przez sąd określonego faktu za udowodniony (np. prawdziwość dokumentu). Teoria i orzecznictwo posługują się jeszcze dodatkowo terminem *Hilfsbeweisantrag* na określenie zazwyczaj stawianego w mowie końcowej obrońcy wniosku uwarunkowanego od treści hipotetycznego orzeczenia sądowego kończącego proces. O ile właściwie treść „zwykłego” wniosku może być swobodna, w tym zakresie obowiązują pewne ograniczenia.²³

Do składania wniosków dowodowych uprawnieni są: prokuratura, oskarżyciel prywatny (§ 385 ust. 1 StPO), oskarżyciel posiłkowy (§ 397 ust. 1 StPO), oskarżony (niezależnie od zdolności do czynności prawnych) i jego obrońca (również wbrew woli klienta), a także przedstawiciel ustawowy. Żądania te wnosi się w czasie rozprawy co do zasady ustnie, choć dopuszcza się formę pisemną, przy czym należałoby taki dokument odczytać. Zgodnie z panującą powszechnie opinią końcowy moment zgłaszania wniosków dowodowych stanowi rozpoczęcie ogłaszania wyroku, a więc można to zrobić nawet w chwili gdy w tym celu sąd wkracza na salę.²⁴ Osoba uprawniona może wniosek wycofać, jak również zrezygnować z przeprowadzenia dowodu, o który wniosła. Sąd winien wówczas rozważyć, czy nie dopuścić go z urzędu.

Obligatoryjnie zaprotokołowane wnioski (§ 273 ust. 1 StPO) rozstrzygane są przez przewodniczącego, który może je przyjąć i nakazać przeprowadzenie dowodu albo odrzucić. Pierwsza sytuacja zazwyczaj nie stwarza większych problemów; natomiast powody i podstawy oddalenia wniosku dowodowego zostały przez niemieckiego ustawodawcę uregulowane bardzo szczegółowo. Decyduje o tym sąd, wydając postanowienie wraz z uzasadnieniem (§ 244 ust. 6 StPO), w którym powinien wyczerpująco omówić prawne i faktyczne przesłanki rozstrzygnięcia. Kodeks przewiduje zamknięty katalog powodów, dla których można oddalić wniosek dowodowy, różnicując przesłanki bezwzględne oraz względne, w tym odnoszące się do wszystkich środków, a także swoiste dla poszczególnych rodzajów dowodów (np. z opinii biegłego lub z oględzin). Warto je pokrótce omówić.

18 S. Waltoś: Proces karny..., *op. cit.*, s. 249.

19 M. Nierhaus: *Beweismaß und Beweislast. Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozeß*, München 1989, s. 38.

20 Por. Bock, J.: *Begriff, Inhalt...*, *op. cit.*, s. 38.

21 U. Eisenberg: *Beweisrecht...*, *op. cit.*, s. 112.

22 BGH Beschl. z 05.08.1982, 4 StR 401/82, NSZ 1982, 477.

23 BGH Urt. z 21.10.1994, 2 StR 328/94, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/>

24 Por. BGH Urt. z 17.02.2005, 4 StR 500/04, <http://www.hrr-strafrecht.de>

b. Przyczyny oddalenia wniosku dowodowego

Sąd oddala wniosek, jeżeli przeprowadzenie dowodu jest niedopuszczalne – § 244 ust. 3, zd. 1 StPO. Dzieje się tak w przypadku naruszenia zakazów dowodowych (por. następny ustęp), chęci udowodnienia okoliczności niemogących być przedmiotem dowodu (np. czy wyrok był wydany z powodów w nim wskazanych, czy z innych) lub stosowania środków dowodowych nieznanymi ustawie (przesłuchanie oskarżonego w charakterze świadka). Niedopuszczalność stanowi jedyną bezwzględną przyczynę oddalenia wniosku; przy pozostałych sądowni przysługuje zakreślona przepisami swoboda uznania.

Wniosek może zostać oddalony w szczególności, gdy przeprowadzenie dowodu jest zbędne ze względu na notoryjność (*Offenkundigkeit*) i to zarówno powszechną (*Allgemeinkundigkeit*), jak i urzędową (*Gerichtskundigkeit*). Niekiedy twierdzi się, że także wniosek o przeprowadzenie dowodu na okoliczność przeciwności faktu powszechnie znanego może być oddalony na tej samej podstawie, choć pogładowi temu, a szczególnie aprobowanej niekiedy dopuszczalności takiego działania w odniesieniu do faktów znanych urzędowo, można zarzucać niepoprawność. Notoryjność, jak się wydaje, przynajmniej w pewnych wypadkach, nie wyklucza przeprowadzenia przeciwdowodu.

Drugą podstawę fakultatywnego oddalenia może stanowić fakt, iż okoliczność podlegająca udowodnieniu nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia (*Bedeutungslosigkeit*). Zgodnie z orzeczeniem BGH zachodzi ona wtedy, gdy przedmiot dowodu pozostaje bez związku z przedmiotem procesu, lub mimo istnienia takiej relacji nie może on wpłynąć na treść końcowego orzeczenia.²⁵ Nieistotność może mieć charakter prawny lub faktyczny, co powinno znaleźć się w uzasadnieniu postanowienia o oddaleniu wniosku dowodowego²⁶, w którym sąd wyjaśnia, dlaczego uznał okoliczność za niemającą znaczenia.

Wniosek może być oddalony ze względu na to, iż okoliczność będąca jego przedmiotem została już udowodniona (*Erwiesensein*). Nie odnosi się to natomiast – i to w sposób absolutnie jednoznaczny – do przeciwności tego stanu rzeczy. Orzecznictwo jest słusznego zdania,

że w niemieckim systemie obowiązuje tzw. zakaz antycypacji dowodów – *Verbot der Beweisantizipation*.²⁷

Kolejna podstawa oddalenia sprowadza się do tego, że wnioskowany środek dowodowy jest całkowicie niewłaściwy (*völlige Ungeeignetheit*), czyli za jego pomocą nie da się w ogóle udowodnić prezentowanego twierdzenia. Typowe przypadki takiej podstawy to np. powoływanie biegłego nie dla celów uzyskania wiadomości specjalnych, lub świadka dotkniętego głuchotą na okoliczność zasłyszanych dźwięków. Warto zauważyć, że orzecznictwo prawidłowo zalicza do tej grupy także powoływanie biegłych dla przekazania wiadomości, co do których nie ma pewności w zakresie ich wiarygodności naukowej lub zgodności z doświadczeniem życiowym (np. z zakresu parapsychologii).²⁸

Oddalenie wniosku dowodowego może nastąpić także ze względu na nieosiągalność (*Unerreichbarkeit*) przeprowadzenia dowodu. Dzieje się tak najczęściej z powodu braku możliwości pojawienia się dowodu w sądzie, np. mimo podjętych zabiegów pozostaje nieznanne miejsce pobytu świadka, przebywa on za granicą, choruje – czy o ile zezwalają na to przepisy – jego dane zostały utajnione.

Omówione do tej pory podstawy oddalenia wniosku właściwie nie budzą większych kontrowersji i mają charakter dość uniwersalny. W niemieckiej systematyce przyczyn oddalenia wniosku dowodowego kolejne miejsce zajmuje jedna z najbardziej polemicznych i trudnych do stosowania instytucji – oddalenie ze względu na to, że wniosek został postawiony w celu przewleknięcia procesu (*Verschleppungsabsicht*). Warto poświęcić jej nieco więcej uwagi, m.in. ze względu na wprowadzenie analogicznej podstawy do rodzimego postępowania karnego.

Jedno z pierwszych orzeczeń BGH odnoszących się do tego zagadnienia przewidywało, że wniosek może być oddalony na tej podstawie wyłącznie wtedy, kiedy spełnione zostały łącznie dwa warunki:

27 D. Kleszczewski: Das System der Ablehnungsgründe der §§ 244 f. StPO – zugleich ein Beitrag zur Konnexität von Beweismittel und Beweistatsache, HRRS (Höchststrichterliche Rechtsprechung Strafrecht), 1/2004, s. 16 i nast.

28 BGH Beschl. z 21.02.1978, 1 StR 624/77, NJW 1978, 1207, W. Wimmer, Parapsychologen als Sachverständige? NJW 1976, 1131 i nast.

25 BGH Urt. z 28.06.1961, 2 StR 194/61, NJW 1961, 2070.
26 BGH Urt. z 12.06.1997, 5 StR 58/97, NJW 1997, 2764.

- a) przeprowadzenie dowodu nie wniesie w ocenie sądu niczego nowego do sprawy,
- b) wnioskodawca składa go wyłącznie z zamiarem przeciągnięcia postępowania.²⁹

Pierwsze kryterium dawało się ocenić w świetle przytoczonych powyżej zasad; co do drugiego natomiast stwierdzano natomiast trudności w zakresie ustalenia stanu faktycznego, dlatego też początkowo uznawano przepis za pozbawiony znaczenia. Jednak dość szybko okazało się, że norma ta stała się dla sądów wygodnym narzędziem pozwalającym znacznie skrócić postępowanie. Zmienił się w związku z tym kierunek orzecznictwa BGH. Stwierdzono, że wniosku nie wolno oddalić bez zbadania powodów, dla których został postawiony. Za konieczne uznano przynajmniej uzyskanie oświadczenia od wnioskodawcy. Jeżeli nie potrafił on podać sensownego uzasadnienia, a w świetle dostępnych informacji należało domniemywać, że wniosek nie przyniesie mu korzyści, wówczas alternatywnie można było zakwalifikować wniosek jako żądanie poszukiwania dowodu, albo oddalić go ze względu na zamiar przedłużania postępowania.³⁰

Po kilku latach orzecznictwo przeszło kolejną ewolucję, tym razem w kierunku stanowisk bardziej konserwatywnych. Uznano za dopuszczalne, choć w wyjątkowych wypadkach uzasadnionych okolicznościami sprawy, zadanie oskarżonemu przez sędziego pytania o źródło wiedzy na temat dowodu, którego znajomości wcześniej się wypierał. Brak odpowiedzi można było poczytać za poszlakę uzasadniającą uznanie wniosku za stawiany jedynie w celu przedłużenia postępowania.³¹ Ta „poszlakowa” interpretacja milczenia słusznie spotkała się z krytyczną oceną doktryny.³² Wkrótce znowu zmieniono linię orzeczniczą i stwierdzono, że przy ocenie zamiaru przedłużania postępowania trzeba kierować się całokształtem wcześniejszego zachowania się oskarżonego w postępowaniu.³³

29 BGH Urt. z 21.04.1982, 2 StR 657/81 SG Frankfurt, NJW 1982, 2201.

30 BGH Urt. z 06.12.1983, 5 StR 677/83 LG Berlin, „Strafverteidiger” 1985, 311.

31 BGH Urt. z 03.08.1988, 2 StR 360/88 LG Frankfurt/M., „Strafverteidiger” 1989, 234.

32 Frister, H.: Glosa do wyroku BGH z 03.08.1988, 2 StR 360/88 LG Frankfurt/M., „Strafverteidiger” 1989, s. 380 i nast.

33 BGH Urt. z 15.02.1990, 4 StR 658/89 LG Paderborn, „Strafverteidiger” 1990, 391.

Obecnie przesłanki oddalenia wniosku dowodowego ze względu na przedłużanie postępowania rozumiane są w praktyce niemieckiej dość wąsko. Można wniosek oddalić gdy:

- 1) sędzia jest przekonany, iż przeprowadzenie dowodu w żaden sposób nie przyniesie korzyści oskarżonemu,
- 2) wnioskodawca ma na celu wyłącznie przedłużenie postępowania na czas nieokreślony, o czym wnioskuje się na podstawie jego wcześniejszego zachowania, a ponadto można udowodnić, że oskarżony (lub obrońca) zdają sobie sprawę z niemożliwości przełomu w postępowaniu,
- 3) z przeprowadzeniem dowodu wiązałyby się obiektywnie istotne przedłużenie postępowania.³⁴

Nie można jednak odmówić przeprowadzenia dowodu ze względu na to, że środek dowodowy lub okoliczności do udowodnienia wysunięto zbyt późno (§ 246 ust. 1 StPO).

Ostatnim fakultatywnym i ogólnym powodem oddalenia wniosku dowodowego może być fakt, iż istotne podlegające udowodnieniu twierdzenie na korzyść oskarżonego można traktować, jak gdyby było prawdziwe (*Wahrunterstellung*). Przyczynia się to do zwiększenia szybkości postępowania, choć oczywiście nie powinna na tym ucierpieć (ponad miarę) zasada instrukcyjności.

Strafprozessordnung przewiduje jeszcze dodatkowe, swoiste przyczyny oddalenia wniosków dowodowych o powołanie biegłego oraz przeprowadzenie oględzin.

Wniosek o powołanie biegłego jako taki może zostać oddalony, kiedy sąd sam posiada wiadomości specjalne (§ 244 ust. 4 zd. 1 StPO). Źródło tych wiadomości nie ma większego znaczenia. Sąd może posiadać szczególne dodatkowe wykształcenie albo po prostu dysponować taką wiedzą np. hobbystycznie, albo wreszcie uzyskać ją z urzędu, tj. wskutek wcześniejszych zeznań świadków-biegłych³⁵, opinii (nawet jeśli ich nie podziela). Nie wolno jedynie obejść ścisłego dowodu

34 P. Greiser, H. Artkämper: *Die „gestörte” Hauptverhandlung – eine praxisorientierte Fallübersicht*, Bielefeld 2001, s. 148.

35 Co do definicji – por. rozdział 12.

z opinii biegłego, czyli konsultować się z ekspertem poza rozprawą.³⁶ Oddalając wniosek organ procesowy musi jednak wyraźnie zaznaczyć, z jakich powodów to czyni, w szczególności skąd czerpał wiadomości specjalne.

Wniosek o przesłuchanie kolejnego biegłego może być dodatkowo oddalony ze względu na to, iż poprzez wcześniejszą opinię (jedną lub kilka) udowodniono już przeciwieństwo stawianej obecnie tezy, chyba że:

- a) pojawią się wątpliwości co do wiadomości specjalnych wcześniejszego opiniodawcy,
- b) dotychczasowa opinia oparta była na nietrafnych rzeczywistych przesłankach,
- c) opinia zawierała sprzeczności,
- d) nowy biegły dysponuje metodami badawczymi wydającymi się przewyższać stosowane przez dotychczasowego opiniującego (§ 244 ust. 4 zd. 2 StPO).

Zasada ta właściwie stanowi odstępstwo od wspomnianego wcześniejszego zakazu antycypowania dowodów, jak również stanowi praktyczne narzędzie kontroli opinii. Znajduje ono swoje uzasadnienie, gdy przeciwieństwo zostało już udowodnione, ale **wyłącznie** przez dowód z biegłego, a nie z innych źródeł. Wątpliwości co do wiedzy specjalistycznej mogą pojawiać się wskutek np. niedostatecznie wyjaśnionej niezgodności stanowiska opiniodawcy z osiągnięciami danej dyscypliny, nieuzupełnionych braków metodologicznych opinii, nieuzasadnionego odstępstwa od przyjętych w danej dziedzinie kryteriów, czy wreszcie niewykazania koniecznych kwalifikacji biegłego.³⁷ Także co do zakresu i przedmiotu opinii sąd może i powinien wskazywać biegłemu, co ewentualnie należałoby ująć na nowo i dopiero po nieuczynieniu temu żądaniu zadość, podobnie jak po niewyjaśnieniu sprzeczności, dopuszczalne staje się przesłuchanie nowego eksperta. Ostatnia ewentualność ma charakter obiektywny, choć wydaje się także możliwe (i pożądane) wyjaśnienie z biegłym przed rozważeniem wezwania innego, dlatego zastosował konkretną metodę.

36 L. Meyer-Goßner, Strafprozessordnung..., *op. cit.*, s. 851–852.

37 U. Eisenberg: Beweisrecht..., *op. cit.*, s. 150.

Wniosek o przeprowadzenie oględzin może zostać oddalony, kiedy czynność ta w uznaniu sądu nie jest konieczna dla wyjaśnienia prawdy. Tę samą przesłankę wolno zastosować wobec przesłuchania świadka przebywającego za granicą (§ 244 ust. 5 StPO).

Powyższe zasady odnoszą się do wniosku dowodowego *in abstracto*. Jeśli jednak dowody znajdują się już na sali sądowej, obowiązuje regulacja § 245 StPO. Zgodnie z nim należy przeprowadzić dowód z wszystkich wezwanych przez sąd i obecnych świadków, a także biegłych, jak również sprowadzonych dowodów rzeczowych, chyba że jest to niedopuszczalne lub wskutek jednomyślnej rezygnacji z czynności prokuratury, oskarżonego i obrońcy. Sąd ma obowiązek przeprowadzić dowody (także pod warunkiem ich obecności lub dostarczenia) wnioskowane przez strony wyłącznie na ich wniosek. Obligatoryjnie oddala się go ze względu na niedopuszczalność, a fakultatywnie z powodu: notoryjności, wcześniejszego udowodnienia, nieistotności, niewłaściwości lub zamiaru przewleknięcia postępowania.

3. Zakazy dowodowe (Beweisverbote)

Jednym z głównych celów niemieckiego procesu karnego jest wyjaśnienie zaistniałego w przeszłości stanu rzeczy w celu rozstrzygnięcia o roszczeniu wspólnoty państwowej o ukaranie. Chociaż bez wykrycia prawdy nie da się tego osiągnąć, nie stanowi ona nadrzędnego celu postępowania. Proces poznawczy podlega szczególnym ograniczeniom, tj. ustalanie stanu faktycznego może się odbywać wyłącznie na podstawie informacji, przy pomocy środków, jak też tylko w sposób przewidziany ustawą. Niektóre z nich pozostają *ex lege* poza zasięgiem organu procesowego ze względu na istniejące zakazy dowodowe.

Literatura niemiecka nie dopracowała się powszechnie akceptowanej systematyki zakazów dowodowych. Najczęściej dzieli się je na dwie podstawowe grupy: odnoszącą się do przeprowadzania (*Beweiserhebungsverbote*) i wykorzystania (*Beweisverwertungsverbote*) dowodów.³⁸

38 C. Roxin: Strafverfahrensrecht, München 1997, s. 180.

a. Zakazy przeprowadzania dowodów (Beweiserhebungsverbote)

W ramach tej grupy można wyróżnić zakazy dowodzenia:

- a) określonych okoliczności (*Beweisthemaverbote*),
- b) przy zastosowaniu wybranych metod (*Beweismethodenverbote*),
- c) z użyciem konkretnego środka dowodowego (*Beweimittelverbote*),
- d) uzależnione od okoliczności sprawy, tzw. względne (*relative Beweisverbote*).³⁹

Niektóre okoliczności nie mogą być w ogóle przedmiotem dowodu. Należy do nich np. tajemnica państwowa⁴⁰ czy urzędowa, do momentu uzyskania zwolnienia z jej zachowania. Także tajemnica pokoju narad (*richterliche Beratungsgeheimnis* – § 43 i § 45 DRiG) czy zachowanie się podczas wyborów (art. 28 ust. 1 GG) zaliczają się do tej grupy i to w odróżnieniu od poprzednio wymienionych – bez możliwości jej przełamania. Przedmiotem dowodu nie mogą być wiążące ustalenia sądu, zarówno w karnym postępowaniu odwoławczym, kiedy strona zaskarża jedynie rozstrzygnięcie co do prawnych następstw czynu, jak i dokonane przez sąd cywilny (choć nie wynika to wprost z przepisów StPO). Nie wolno ponadto dowodzić np. wcześniejszego skazania po jego zatarciu.

Inny rodzaj zakazów dotyczy wyłącznie metody uzyskania informacji. Tak np. w odniesieniu do przesłuchania podejrzanego *expressis verbis* zabronione są: znęcanie się, męczenie, zabieg cielesny, podawanie środków medycznych, tortury, podsłuch, hipnoza, groźba zastosowania środka nieprzewidzianego w ustawie oraz składanie obietnic nieprzewidzianych w ustawie korzyści (§ 136a StPO). Zastosowanie tych środków w konsekwencji rodzi także absolutny zakaz wykorzystania informacji, o czym poniżej.

39 U. Eisenberg: *Beweisrecht...*, *op. cit.*, s. 172 i nast.

40 Zdefiniowana w § 93 ust. 1 StGB jako „okoliczności, tematy oraz informacje dostępne wyłącznie ograniczonemu kręgowi osób, które muszą być utrzymane w tajemnicy przed obcą władzą dla uniknięcia poważnych szkód dla zewnętrznego bezpieczeństwa Republiki Federalnej Niemiec”.

Niekiedy ustawa wyłącza możliwość korzystania z wybranych osobowych oraz rzeczowych środków dowodowych. Tytułem przykładu należałoby tu wskazać osoby uprawnione do nieskładania zeznań (§ 52 ust. 1 StPO, por. rozdział 13), które – o ile chcą skorzystać z tego przywileju – nie mogą być ani przesłuchane, ani zbadane wbrew swojej woli (§ 81c ust. 3 StPO), jak również ich korespondencja z oskarżonym wyłączona została spod zatrzymania do celów dowodowych (§ 97 ust. 1 StPO).

Ostatnią grupą zakazów w obrębie przeprowadzania dowodów są tzw. zakazy względne, których nie należy mylić z podobnym terminem funkcjonującym w rodzimej doktrynie.⁴¹ *Relative Beweisverbote*, które niekiedy w ogóle nie są zaliczane do omawianej grupy, to inaczej ograniczenia umożliwiające zarządzenie pozyskania dowodu od ściśle określonej osoby, albo przy pomocy konkretnej metody.⁴² Tytułem przykładu można wskazać wymienione w sposób enumeratywny w § 105 StPO obiekty mogące stanowić przedmiot przeszukania; czynność ta skierowana ku innym celom z pewnością musi zostać uznana za nielegalną.

b. Zakazy wykorzystywania dowodów (Beweisverwertungsverbote)

Zupełnie odmienną kwestię stanowi możliwość wykorzystania informacji (w szczególności jako podstawy orzeczenia) uzyskanych z naruszeniem przepisów w zakresie dopuszczalności dowodzenia. Zagadnienie staje się o tyle bardziej skomplikowane, że bezpośredni i niedoznający wyjątków zakaz ustawodawca sformułował jedynie w odniesieniu do stosowania niedozwolonych metod przesłuchania oskarżonego. Zgodnie z § 136 ust. 3 zd. 2 StPO wypowiedzi uzyskane w ten sposób „nie mogą być wykorzystane nawet za zgodą oskarżonego”. W rozdziale dotyczącym środków przymusu przedstawiono szereg zakazów częściowych, np. w odniesieniu do „wielkiego” podsłuchu oraz osób spoza grupy wymienionej w § 53 StPO dopuszczalność

41 Gdzie oznaczają one zakazy dające się usunąć, inaczej zakazy warunkowe – por. T. Grzegorzczak, J. Tyłman: *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2005, s. 428.

42 U. Eisenberg: *Beweisrecht...*, *op. cit.*, s. 175.

ocenia się z zastosowaniem zasady proporcjonalności, a więc nakazuje posługiwanie się kryteriami ocennymi. W innych przypadkach regulacja bywa jeszcze mniej konkretna, nie wspominając o tym, iż na gruncie niemieckiego prawa (podobnie zresztą jak polskiego) nie wykształciła się doktryna „owoców zatrutego drzewa”, a dotyczące w tej materii orzeczenia od dawna idą w dwóch przeciwnych kierunkach.⁴³

Z tego względu trudno byłoby sformułować generalną regułę. W doktrynie niemieckiej istnieją przynajmniej trzy główne teorie, których podstawowe założenia łatwiej będzie przedstawić na konkretnych przykładach, w odniesieniu do poszczególnych dowodów, a niekiedy wręcz czynności.⁴⁴

Wyjaśnienia podejrzanego niepouczonego o przysługującym mu prawie do milczenia w zasadzie nie mogą stanowić dowodu, chyba że da się stwierdzić, iż uprawnienie to było mu znane. Brak pouczenia o prawie do posiadania obrońcy (nawet dla konsultacji w związku z przesłuchaniem przez policję⁴⁵) stanowi przyczynę zakazu uwzględniania treści wyjaśnień, czego z kolei nie można powiedzieć o nieprzekazaniu informacji dotyczących: dostarczania informacji odciążających, prawa do wyjaśnień na piśmie czy pojednania z pokrzywdzonym.

Brak pouczenia osób najbliższych, tj. z kręgu wymienionego w § 52 ust. 1 StPO, o prawie do odmowy zeznań skutkuje zakazem wykorzystania ich zeznań. W odniesieniu do pozostałej grupy uprawnionych (§ 53, § 53a StPO) ustawa nie przewiduje takiego obowiązku, choć organ procesowy powinien zbadać, czy uprawniony jest świadomy swojego przywileju, a zatem trudno wymagać zakazu wykorzystania zeznania uzyskanego bez pouczenia. Obowiązek poinformowania dotyczy natomiast świadka, którego zeznania mogłyby narazić jego samego lub osobę najbliższą na ściganie ze względu na podejrzenie popełnienia przestępstwa lub wykroczenia (§ 55 ust. 2 StPO). Przeważająca większość autorów uważa jednak, że zeznania złożone mimo braku pouczenia mogą być wykorzystane, jako że nie narusza to w sposób istotny kręgu uprawnień oskarżonego, co stanowi ułkon w stronę tzw. teorii kręgu (*Rechtskreisstheorie*), zakazującej wykorzystywania tylko dowo-

dów istotnie ograniczających sedno uprawnień osoby zainteresowanej, a przede wszystkim głównego podmiotu procesu.

Zgodnie z § 252 StPO nie mogą być odczytane zeznania świadka, który dopiero w postępowaniu głównym korzysta z prawa do ich odmowy. Przepis ten interpretuje się rozszerzająco jako w ogóle zakaz wykorzystania wcześniej uzyskanych informacji. Zgodnie jednak ze stanowiskiem większości doktryny (ustawa precyzyjnie nie reguluje kwestii) zakaz ten nie obowiązuje wobec świadka korzystającego ze wspomnianego już uprawnienia z § 55 StPO. Takiemu ujęciu sprzeciwia się natomiast tzw. teoria celu ochrony (*Schutzzwecklehre*). Zgodnie z nią (w wielkim uproszczeniu) przepisy proceduralne chronią osoby w konkretnym celu. Jeżeli wykorzystanie dowodu naruszałoby ten cel, wówczas należy uznać je za niedopuszczalne. W tym konkretnym przypadku celem § 252 StPO wydaje się ochrona **każdego** świadka uprawnionego do nieudzielania informacji bez względu na przyczyny tego stanu, czemu sprzeciwiałoby się wyłączenie kategorii osób spełniających dyspozycję § 55 StPO.

Nie jest dopuszczalne wykorzystanie informacji zdobytych z (bezprawnego) zatrzymania rzeczy – korespondencji między oskarżonym a uprawnionymi do odmowy zeznań, a wręcz nie wolno na tę okoliczność przesłuchiwać świadków (np. policjantów), ani w ogóle wykorzystywać zdobytych w ten sposób materiałów do innych celów (np. jako materiał porównawczy w badaniach pismoznawczych).

Problematycznie rysuje się natomiast (ewentualny) zakaz wykorzystania dowodów uzyskanych z naruszeniem § 81 a StPO, tj. w szczególności poprzez dokonanie zabiegu (głównie pobranie krwi) przez osobę niebędącą lekarzem lub na skutek zarządzenia nieuprawnionego podmiotu. Z pewnością cel tego przepisu stanowią względy zdrowotne, jednak nie wolno wykorzystywać informacji płynących z samowolnego zarządzenia czynności lub w ogóle bez niego. W odniesieniu do nielegalnie przeprowadzonych badań DNA, ze względu na gwarancyjną i bardzo precyzyjną regulację kodeksową, kwestia ta staje się niepomniernie skomplikowana.

Duża grupa zakazów dowodowych związana jest z naruszeniem praw zasadniczych i przepisów konstytucyjnych. W stosunku do nich

43 Por. OLG Köln Beschl. z 15.12.1978, 3 Ws 234/78, NJW 1979, 1216.

44 Za: U. Eisenberg: Beweisrecht..., op. cit. s. 184 i nast.

45 BGH Urt. z 12.01.1996, 5 StR 756/94, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/>

łatwiej sformułować reguły ogólne, m.in. ze względu na istniejące orzecznictwo, co nie likwiduje jednak problemów natury praktycznej. Zgodnie z bardzo znanym postanowieniem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 31.01.1973 r.⁴⁶ zawierającym podstawy tzw. teorii trzech stopni lub sfer (*Dreistufen-, Dreisphärentheorie*), istnieją trzy różne poziomy prywatności człowieka chronione przez prawa zasadnicze. Pierwszy z nich, to sfera intymna (*Intimsphäre*), do której wstępu nie da się uzasadnić ani względami interesu ogółu, ani tym bardziej potrzebą ścigania czynów zabronionych. W procesie karnym jej ochrona wyraża się poprzez absolutne zakazy dowodowe (a właściwie jeden, wymieniony w § 136a StPO). Drugim stopniem prywatności objęte są zachowania człowieka jako członka większej społeczności. Z tego względu każdy ma obowiązek znosić działania państwa, które – jak stanowi cytowane orzeczenie – „zostały podjęte w przeważającym interesie ogółu przy ścisłym przestrzeganiu nakazu proporcjonalności, o ile nie ograniczają nietykalnej sfery życia prywatnego”. Większość zakazów uwarunkowanych zasadą proporcjonalności obejmuje właśnie tę sferę. W wielkim uproszczeniu mówiąc, dowody można wykorzystać, o ile czyni się to w interesie ogółu przekraczającym interes jednostki, a zarazem nie wkracza się w strefę zastrzeżoną. W trzeciej sferze mieszczą się natomiast ogólne społeczne kontakty jednostki, które nie wymagają ochrony, z tego też względu nie obowiązują w niej zakazy dowodowe.

Mimo niewątpliwej intelektualnej atrakcyjności naszkicowanej powyżej teorii, jak już sygnalizowano, jej praktyczne zastosowanie (zwłaszcza w odniesieniu do środkowej, najbardziej newralgicznej sfery) napotyka na znaczne trudności. Najlepszym przykładem może być tocząca się od wielu lat dyskusja nad dopuszczalnością wykorzystywania prywatnych dzienników, zapisków i notatek osoby, przeciwko której kieruje się czynność. W dyskusji tej podniesiono już chyba wszelkie argumenty, nie zapominając także – niestety – i o tym, że w niektórych przypadkach dowód taki bywa po prostu bardzo przydatny, łatwy do zdobycia i tani, co przewyższa wątpliwości natury moralnej.

4. Rodzaje dowodów

Według regulacji kodeksowej istnieją cztery rodzaje ścisłych dowodów, tzw. środków dowodowych (*Beweismittel*): świadek, biegły, oględziny oraz dokument. Zostaną one omówione w dalszej części pracy. Rozważania te uzupełniono także o rozdział dotyczący oskarżonego, którego wyjaśnienia bez wątpienia stanowią pełnoprawny i podlegający swobodnej ocenie dowód. Mówiąc o systemie dowodów w niemieckim procesie karnym, należy mieć także w pamięci dowody w sensie swobodnym, scharakteryzowane w rozdziale poświęconym środkiem przymusu.

46 BVerfG Beschl. z 31.01.1973, 2 BvR 454/71, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/>

OSKARŻONY I JEGO PRZESŁUCHANIE

Większość uprawnień i obowiązków oskarżonego w postępowaniu głównym, jak również w zakresie stosowania środków przymusu, została omówiona wcześniej. Dlatego w tym miejscu należy się skupić przede wszystkim na zdefiniowaniu tego podmiotu oraz przedstawieniu jego roli jako dowodu osobowego, a także sposobie uzyskiwania wyjaśnień, w szczególności ze wskazaniem niedozwolonych sposobów przesłuchania.

1. Definicja oskarżonego

Niemalą problem stwarza sama definicja oskarżonego¹ i przełożenie jej na polskie realia. W rodzimej terminologii procesowej, różniącej pomiędzy podejrzanym a osobą podejrzaną, oskarżonym i skazanym silnie wyrażają się poszczególne stadia procesu. Można powiedzieć, że nabycie przez konkretną osobę charakteru jednej z powyższych ról procesowych uzależnione jest przynajmniej od podjęcia przez organ procesowy formalnej czynności (wydanie orzeczenia, przesłuchanie w odpowiednim charakterze, bądź np. przeszukanie), a zatem ma charakter obiektywny.

Niemieckie prawo karne procesowe hołduje innej zasadzie. Tylko na gruncie językowym terminowi „podejrzanym” odpowiada ją co najmniej trzy określenia: *Beschuldigter*, *Angeschuldigter* i *Verdächtiger*. Pozornie mniej kłopotów sprawia określenie oskarżonego (*Angeklagter*), a najmniej – skazanego (*Verurteilter*). Jednakże w samej *Strafprozessordnung* brakuje konsekwencji w używaniu poszczególnych pojęć.²

1 Zgodnie z terminologią rodzimego kpk. także podejrzanego.
2 M. Lemke (i in.): *Heidelberger Kommentar*, *op. cit.*, s. 609.

Najszerzy zakres znaczeniowy posiada termin *Beschuldigter*. Mianem tym można określić osobę podejrzaną o sprawstwo czynu (*Tatverdächtiger*), przeciwko której prowadzi się prokuratorskie postępowanie z powodu istnienia podejrzenia popełnienia czynu zabronionego.³ Status ten trwa niemal przez cały proces – od pierwszych czynności postępowania przygotowawczego do wyrokowania.

Obok wspomnianego terminu funkcjonuje jeszcze pokrewny językowo *Angeschuldigter*, czyli osoba, przeciwko której została wniesiona publiczna skarga. W tej roli występuje on w postępowaniu przejściowym, w którym – jak wspomniano – wyjątkowo można przeprowadzać dowody⁴, w tym również przesłuchiwać oskarżonego, o ile wcześniej tego nie dokonano⁵. Dopiero gdy sąd postanowi o rozpoczęciu postępowania głównego, oskarżony nabywa status *Angeklagter*.⁶

Ponieważ przepisy StPO odnoszące się do sytuacji prawnej oskarżonego⁷ (o charakterze gwarancyjnym) najczęściej używają terminu *Beschuldigter*, w pierwszej kolejności należy sprecyzować, kiedy osoba nabywa ten status. Nie jest to jednak proste tym bardziej, że sam kodeks milczy w tej materii.

Pierwsze próby wskazania momentu nabycia praw i obowiązków podejrzanego opierały się na istnieniu podejrzenia – w umyśle osoby prowadzącej postępowanie przygotowawcze. W tym więc sensie podejrzanym byłby ten, którego faktycznie podejrzewa się o sprawstwo (*Verdächtiger*). W stosunkowo krótkim czasie odstąpiono od tej koncepcji, m.in. ze względu na treść § 60 pkt 2 StPO, przewidujące-

3 Tak wcześniejsze stanowiska BGH, np. BGH Urt. z 23.07.1986, 3 StR 164/86, NJW 1987, 1955.

4 Stosownie do § 202 StPO, przewidującego, iż przed postanowieniem w przedmiocie wszczęcia postępowania głównego (Hauptverfahren) można dla lepszego wyjaśnienia sprawy zarządzić przeprowadzenie poszczególnych dowodów („zur besseren Aufklärung der Sache einzelne Beweiserhebungen anordnen”).

5 Choć brak przesłuchania podejrzanego stanowi niedopełnienie obowiązku z § 163a StPO, nie musi być przyczyną odmowy otwarcia postępowania głównego. Sąd bowiem może przesłuchać podejrzanego w tej fazie postępowania, choć w doktrynie niemieckiej panują wątpliwości, czy przesłuchanie to może dotyczyć wszystkich, czy tylko wybranych okoliczności czynu (por. L. Meyer–Goßner, *Strafprozessordnung*..., *op. cit.*, s. 722). Warto zauważyć, że sama treść § 163a ust. 1 StPO przewiduje, iż podejrzanego należy przesłuchać najpóźniej przed zakończeniem postępowania, chyba że zostanie ono umorzone.

6 Por. § 157 StPO.

7 Ze względu na komplikacje terminologiczne postanowiono w dalszej części postługiwać się najszerszym znaczeniowo terminem „oskarżony”, chyba że dotyczyłoby to wyłącznie postępowania przygotowawczego.

go zwalnianie od przyrzeczenia zeznających w charakterze świadków osób, które są m.in. podejrzane (*verdächtig*) o popełnienie czynu czy poplecznictwo do niego. Ze względu na zakaz łączenia ról procesowych świadka i oskarżonego stanowisko to przestało obowiązywać.

Ostatecznie zatem BGH stwierdził, że za podejrzanego (*Beschuldiger*) należy uznawać osobę, która jest rzeczywiście podejrzewana o sprawstwo, ale ponadto musi zaistnieć konkretny akt woli organów procesowych, w którym zaznacza się w sposób wyraźny, iż organy ścigania zamierzają prowadzić postępowanie przeciwko podejrzanemu już w charakterze *Beschuldiger*⁸. Z reguły oznacza to wszczęcie postępowania przeciwko konkretnej osobie lub przesłuchanie jej w charakterze podejrzanego. Jednakże nowsze orzecznictwo stwierdza, że wystarczy podjęcie wobec konkretnej osoby czynności, z których w sposób jasny wynika, iż to właśnie przeciwko niej wszczęto (bądź prowadzi się) postępowanie.⁹ Można więc powiedzieć, że według obecnego ujęcia uzyskanie statusu podejrzanego uzależnione jest w większym stopniu od przesłanek obiektywnych.

Scharakteryzowane powyżej rozwiązanie nasuwa sporo wątpliwości związanych z zagwarantowaniem praw podejrzanego, w szczególności prawa do milczenia i zakazu *nemo se ipsum accusare tenetur* (§ 136 StPO), głównie w trakcie pierwszych czynności postępowania, na miejscu zdarzenia, nierzadko prowadzonych przez policję. Podobnie jak praktyce amerykańskiej rozwinęła się doktryna wyjątków od tzw. reguł Mirandy; również w Niemczech przyjmuje się, iż niekiedy oświadczenia osoby podejrzewanej nie są objęte gwarancjami procesowymi. Dotyczy to co najmniej dwóch sytuacji.

Po pierwsze: są to tzw. spontaniczne wyjaśnienia (*Spontanäußerungen*), tzn. składane z własnej woli, bez inicjatywy organów władzy publicznej. Przyjmuje się, że ze względu na oczywisty brak przesłanki prowadzenia postępowania przeciwko konkretnej osobie (brak aktywności organu procesowego) nie ma podstaw do przyznania jej praw podejrzanego.

8 Tak wielokrotnie twierdził BGH, ostatnio w postanowieniu z 15.09.2004, 1 StR 304/04, <http://www.bundesgerichtshof.de>
9 BGH Beschl. z 28.02.1997, StB 14/1996, NJW 1997, 1591.

Drugą możliwością jest działanie w ramach tzw. zapytania informacyjnego (*informatiorische Befragung*), w którym organy procesowe wprawdzie są aktywne, lecz nie kierując podejrzeń przeciw konkretnej osobie starają się zebrać informacje na temat czynu często zaraz po przybyciu na miejsce zdarzenia. Ze względu na brak wystarczającego konkretnego początkowego podejrzenia (*Anfangsverdacht*) nie może chodzić o przesłuchanie w charakterze podejrzanego.¹⁰ Dopiero od momentu, kiedy podejrzenie wystarczająco się skonkretyzuje (*hinreichend konkreter Anfangsverdacht*), w drodze wyraźnego lub dorozumianego aktu woli organów procesowych osoba nabywa omawiany status i możliwe staje się przesłuchanie.

Nabycie uprawnień i obowiązków podejrzanego może nastąpić więc w sposób konkludentny. Innymi słowy – osoba staje się *Beschuldiger* z chwilą, gdy przeciwko niej podejmuje się działanie dopuszczalne wyłącznie przeciwko temu uczestnikowi procesu – np.: zastosowanie tymczasowego aresztowania (§ 112 StPO i nast.); zatrzymanie przez policję lub prokuraturę, kiedy spełnione są przesłanki tymczasowego aresztowania (§ 127 ust. 2 StPO), czy wreszcie inne środki, np. zabiegi z § 81a i § 81 b StPO.

Ze względu na trudności w kontrolowaniu kluczowego w tej materii uznania prokuratury, twierdzi się, że osoba podejrzewana nabywa status podejrzanego z mocy prawa w momencie, kiedy samowolnie mu się go nie przyznaje w celu obejścia przepisów.¹¹ Jest to w istocie wyłom od nakreślonej wyżej zasady i zmiana kryteriów przyznania statusu podejrzanego z subiektywnych na obiektywne. Podkreśla się jednak słusznie, że uzasadniają ją względy ochrony praw jednostki.

2. Przesłuchanie oskarżonego (główne zasady)

Zgodnie z postanowieniami § 133 StPO podejrzanego należy wezwać na przesłuchanie w formie pisemnej, a w wezwaniu zaznacza się, iż w wypadku niestawiennictwa może zostać zarządzone doprowadzenie. Uprawnienie organów państwowych do zastosowania środków przymusu rozciąga się jednak wyłącznie na sąd i prokuraturę; ani

10 Tak wielokrotnie BGH, np.: BGH Beschl. z 15. 08.2001, 3 StR 187/01, <http://www.recht-in.de>
11 Tak M. Lemke (i in.): Heidelberger Kommentar, *op. cit.*, s. 459.

oskarżony, ani obrońca, jak również świadek bądź biegły nie mają obowiązku stawiania się na wezwanie funkcjonariuszy śledczych (co wynika z § 163a ust. 3 StPO). W komentarzach podkreśla się, że niezachowanie formy pisemnej (szeroko rozumianej – list, telegram, telefaks) nie wyłącza wprawdzie możliwości przesłuchania, ale niedopuszczalne byłoby wówczas zarządzanie doprowadzenia, choć nadal istnieje stosowny obowiązek po stronie podejrzanego.¹² W treści zawiadomienia winny znaleźć się: czas i miejsce przesłuchania, a także określenie jego charakteru oraz sprawy, w której dana osoba jest podejrzana.

Na początku pierwszego przesłuchania należy poinformować oskarżonego, jaki czyn mu się zarzuca i które przepisy kodeksu karnego mogą być zastosowane (§ 136 ust. 1 zd 1 StPO). Zasada ta jednak odnosi się wyłącznie do pierwszego sądowego przesłuchania podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym.¹³ W odniesieniu natomiast do przesłuchań policyjnych i prokuratorskich (§ 163 a ust. 4 zd. 1 StPO) nie istnieje wyraźna konieczność podawania spodziewanej kwalifikacji prawnej czynu, tylko wymaga się, aby został dokładnie sprecyzowany zarzut – przynajmniej do czasu rozpoczęcia składania wyjaśnień.

Niezależnie od stadium oskarżony musi być poinformowany o przysługujących mu prawach. Poucza się więc go, że:

1. zgodnie z prawem ma on wolność wyboru, czy składać wyjaśnienia, czy też nie wypowiadać się w sprawie,
2. w każdym czasie, również przed przesłuchaniem, może zasięgnąć rady wybranego przez siebie obrońcy,
3. może składać wnioski dowodowe dla celów odciążających (§ 136 ust. 1 zd. 2 i 3 StPO, w przesłuchaniu policyjnym i prokuratorskim § 163a ust. 4 zd. 2).

Oskarżony powinien być poinformowany o możliwości składania wyjaśnień na piśmie, kiedy ustawa daje taką możliwość (§ 136 ust. 1 zd. 4 StPO). Okoliczność taka zachodzi np. w „prostych sprawach” (*einfache Sachen*), kiedy to ustawodawca niemiecki wręcz zachęca do

12 *Ibidem*, s. 455.

13 Np. przesłuchanie przed sądem po zatrzymaniu w związku z wydaniem nakazu aresztowania (§ 115 StPO), czy przy orzeczeniu o umieszczeniu podejrzanego w zakładzie psychiatrycznym lub odwykowym jako swoisty środek zapobiegawczy (§126 a ust. 2 StPO).

odbierania wyjaśnień pisemnych¹⁴, co jednak nie może mieć miejsca przed sędzią (od tej zasady również orzecznictwo wyinterpretowało kilka wyjątków).

Przez długi czas toczyły się w doktrynie niemieckiej spory co do tego, jak odnosić się do wyjaśnień poczynionych bez uprzedniego pouczenia o przysługującym prawie do odmowy, tj. czy wolno je wykorzystywać, czy nie. Początkowo BGH uznawał przepis § 136 StPO za normę o charakterze porządkowym, której niezachowanie nie przekreślało wykorzystania dowodu uzyskanego przy niepouczeniu. Podkreślano, iż wyłącznie brak pouczenia o prawie do milczenia w fazie jurysdykcyjnej skutkuje zakazem dowodowym.¹⁵ Według nowszych, pragmatycznych poglądów wyjaśnienia podejrzanego „niepouczonego” należy uznawać za niemogące stanowić dowodu do momentu, gdy można wyjść z założenia, że podmiot ten zdaje sobie sprawę z przysługujących mu uprawnień.¹⁶ Jako dobry przykład przytacza się następujące stany faktyczne:

- 1) podejrzany ma obrońcę, który zgadza się na składanie wyjaśnień, a przynajmniej do zakończenia przesłuchania klienta nie sprzeciwia się temu;
- 2) podejrzany zna swoje prawa (co samo w sobie nie zwalnia z obowiązku pouczenia); w przypadku wątpliwości należy jednak przychylić się do ich nieznajomości;
- 3) nie da się wyjaśnić, czy podejrzanego pouczone o prawach czy nie.

14 Por. § 163a ust. 1 zd. 2 StPO. Przez sprawy „proste” należy rozumieć takie, w których stan faktyczny jest od początku jednoznaczny (por.: S. Wieszorek: Die schriftliche Äußerung, „Kriminalistik” 1/1981, s. 25). Komentarzy uważają możliwość składania wyjaśnień na piśmie za wyraz kompromisu między interesami śledztwa i ochroną praw podejrzanego – H.–J. Rudolphi (red.): Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Berlin 2001, komentarz do § 163a, s. 9 i nast. Doktryna niemiecka podkreśla, że na możliwość skorzystania z charakteryzowanego uprawnienia powinna wskazywać sama prokuratura lub policja i to również w bardziej skomplikowanych sprawach (gdzie jednak następnie należy przeprowadzić normalne przesłuchanie) – Por. R. Wassermann (red.): Reihe Alternativkommentare. Kommentar zur Strafprozessordnung, Neuwied–Berlin 1992, t. 2 cz. I, s. 830. Według stanowiska BGH należy dopuszczać do złożenia kompleksowych wyjaśnień pisemnych, gdy podejrzany posługuje się przy wyjaśnieniach licznymi notatkami – tak BGH z 6.11.1998. 3 StR 511/97, „Wistra. Zeitschrift für Wirtschafts- und Strafrecht” 1999, s. 67.

15 Tak BGH Beschl. z 14.05.1974, 1 StR 366/73, BGHSt 25, 331.

16 BGH Beschl. z 27.02.1992, 5 StR 190/91 BGHSt. 38, 220.

O ile pierwsze dwa stany faktyczne nie budzą większych wątpliwości (przynajmniej teoretycznie), o tyle ostatniemu, kontrowersyjnemu, można wiele zarzucić. Narusza się bowiem w ten sposób zasadę lojalności, a być może również i *in dubio pro reo*.

Problematicznie przedstawia się sytuacja, w której przy pierwszym przesłuchaniu zabraknie pouczenia i nastąpi ono dopiero w trakcie kolejnej czynności tego rodzaju. Nie jest bowiem pewne, na ile uzyskane wcześniej od podejrzanego informacje mogą być wykorzystane bez dodatkowych założeń. W zasadzie orzecznictwo BGH uznaje za możliwą ich „konwalidację” i uznanie *ex post* pierwszych wyjaśnień za dopuszczalne, pod warunkiem jednak niezwłocznego pouczenia przesłuchiwanego. Jednakże istnieją i takie orzeczenia, według których istnieje powinność, choć nie bezwzględna konieczność pouczenia kwalifikowanego, tj. z informacją, że dotychczasowe wyjaśnienia nie mogą być wykorzystane jako dowód.¹⁷

Zgodnie z § 136 ust. 2 StPO przesłuchanie powinno dać oskarżonemu okazję do tego, aby usunąć okoliczności uzasadniające podejrzenie, jak również, aby zwrócić uwagę na to, co świadczy na jego korzyść. Skonkretyzowaniem tej zasady jest regulacja § 163a ust. 2 StPO przewidująca, że jeśli podejrzany zgłasza w postępowaniu przygotowawczym wnioski dowodowe na swoją korzyść, wówczas należy je uwzględnić, o ile nie zachodzi szczególna przesłanka „braku istotności” (*wenn sie von Bedeutung sind*). Warto zauważyć, że uregulowanie to sprzyja w istotny sposób kontrydiktoryjności postępowania przygotowawczego.

Schemat przebiegu przesłuchania wydaje się dość typowy i wynika z tradycji. Na początku czynności zbiera się dane osobopoznawcze, na które wg przeważającej części doktryny nie rozciąga się zakres prawa do milczenia¹⁸, chyba że w konkretnym przypadku podanie danych osobowych byłoby sprzeczne z zasadą *nemo tenetur*. Po ustaleniu tożsamości następuje informacja o treści zarzutu. Przyjmuje się, że należy to uczynić w taki sposób, aby oskarżony mógł się bronić (a więc zrozumiałe i w sposób dostosowany do jego wieku i poziomu umysłowego).

17 Tak BGH Urt. z 22.02.1978, 2 StR 334/77, NJW 1978, 1390.

18 Por. wykaz literatury w: M. Lemke (i in.): Heidelbergger Kommentar, *op. cit.*, s. 460–461.

Jak już wspomniano, informacja o treści zarzutu w postępowaniu przygotowawczym nie musi koniecznie obejmować podstawy prawnej, ale dość jednogłośnie zaleca się, aby czynić tak przynajmniej jeśli podejrzany występuje bez obrońcy.

Kolejny etap przesłuchania stanowi informacja o prawach wynikających z § 136 StPO, po czym następuje odebranie wyjaśnień (*Vernehmung zur Sache*), jeśli oczywiście podejrzany nie korzysta z prawa do milczenia. Największe znaczenie w tej fazie ma zachowanie się przesłuchującego, czyli granice swobody wypowiedzi.

3. Warunki swobody wypowiedzi. Podstęp

Ze względu na istotne różnice w traktowaniu tego zagadnienia w Niemczech i w Polsce, wydaje się niezbędne przeprowadzenie krótkiej analizy porównawczej.

Do najczęściej wymienianych okoliczności wyłączających swobodę wypowiedzi zalicza się w polskiej doktrynie obok *explicite* wymienionych w art. 171 kpk. – m.in.: stosowanie przymusu absolutnego lub względnego¹⁹, przekraczanie uprawnień w zakresie stosowania środków przymusu bezpośredniego czy środków utrudniających możliwość swobodnego wyrażenia woli²⁰; wykorzystywanie czynników związanych z osobą przesłuchiwanego (choroba, upojenie alkoholowe, zatrucie itp.)²¹, także stanu zmęczenia²²; nadmierny pośpiech w trakcie czynności²³, przedłużanie czynności lub jej wielokrotne zarządzanie, wreszcie niezabronione wprost przez ustawę stosowanie podstępu, czyli wprowadzania w błąd przesłuchiwanego lub składanie mu niezasadnionych obietnic²⁴.

W warunkach niemieckich swoboda wypowiedzi, czyli wolność woli w zakresie podejmowania decyzji i działania (*Freiheit der Willenentschliessung und der Willenbetätigung*) nie może być ogra-

19 S. Waltoś: Swoboda wypowiedzi osoby przesłuchiwanej w procesie karnym, „Państwo i Prawo” 10/1975, s. 68–69.

20 M. Czekaj: Swoboda wypowiedzi oskarżonego, „Palestra” 7/1988 s. 89–90.

21 R. Łyczywek: Wypowiedzi w warunkach wyłączających ich swobodę (art. 157 § 2 kpk.), „Państwo i Prawo” 4/1974, s. 119.

22 T. Hanausek: Przemoc jako forma działania przestępnego, Kraków 1966, s. 165.

23 M. Lipczyńska: Polski proces karny. Zagadnienia ogólne, Warszawa 1986, t. I, s. 168.

24 Tak np.: P. Kruszyński: Prawo podejrzanego do obrony..., *op. cit.*, s. 123.

niczona przez: znęcanie się (*Misshandlung*), powodowanie nadmiernego zmęczenia (*Ermüdung*), zabiegi na ciele (*körperliche Eingriffe*), podawanie środków i podejmowanie zabiegów wpływających na stan psychiczny przesłuchiwanego (*Verabreichung von Mitteln; Maßnahmen, die das Erinnerungsvermögen oder die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten beeinträchtigen*), tortury (*Quälerei*), podstęp (*Täuschung*), hipnozę. *Expressis verbis* zabronione są: grożenie czynnością niedopuszczalną według przepisów StPO lub obietnica ustawowo nieprzewidzianej korzyści, jako że przymus może być stosowany wyłącznie w sytuacjach wprost przewidzianych przez prawo karne procesowe (§ 136a StPO). Warto zauważyć, że zakaz powyższy, z którego m.in. interpretuje się niedopuszczalność badań wariograficznych (ocenionych przez BGH dodatkowo jako procesowo nieprzydatne²⁵) obowiązuje w sposób bezwzględny, niezależnie od woli czy zgody samego przesłuchiwanego. Katalog czynności niedozwolonych, co podkreśla się ze szczególnym naciskiem także w podręcznikach kryminalistyki, nie ma charakteru zamkniętego.²⁶

Większość z tych niedopuszczalnych sposobów oddziaływania nie budzi kontrowersji lub została wyczerpująco omówiona w literaturze. Warto jednak skupić się nad wybranymi, przykładowymi ograniczeniami swobody – najtrudniejszymi w ocenie, bądź następczymi najwięcej trudności dowodowych.

Zalicza się do nich przedłużanie czynności lub jej wielokrotne zarządzanie w celu zmęczenia podejrzanego i uzyskania od niego wyjaśnień, w szczególności (samo)obciążających. W orzecznictwie niemieckim zabronione jest tylko ograniczanie wolności woli przez przesłuchanie prowadzące do wyczerpania siły woli lub przy wykorzystaniu takiego stanu psychicznego.²⁷ Według stanowiska polskiego SN wielokrotne, lecz nieuzasadnione wynikami postępowania przygotowawczego przesłuchiwanie tej samej osoby na tę samą okoliczność może być potraktowane jako wytworzenie warunków wyłączających

możliwość swobodnej wypowiedzi.²⁸ Wprawdzie SN posługiwał się swojego czasu pojęciem dozwolonego „utrudniania spontaniczności”²⁹ wypowiedzi, jednakże słusznie odstąpiono od tej idei.³⁰

Wydaje się, że również jako niedozwoloną praktykę należałoby potraktować spowodowane w celu skłonienia do wypowiedzi przekroczenie terminów przewidzianych w odrębnych przepisach, np. w odniesieniu do zatrzymania. Działanie takie wyczerpuje znamiona groźby czynnością nieprzewidzianą w StPO i jest według niemieckiego orzecznictwa niedopuszczalne.³¹

Również niedozwolone (i to bez najmniejszych wątpliwości) jest stosowanie przez przesłuchującego podstęp. Najtrudniejszym jednak problemem – i to nie tylko w warunkach niemieckich – pozostaje zdefiniowanie samej istoty zjawiska i określenie granicy oddzielającej działania (w tym pytania) podstępne od podchwytliwych, które przez znaczną część doktryny uznawane są za dopuszczalne.

Doktryna i orzecznictwo niemieckie za podstęp uznają w zasadzie każde świadome wprowadzenie w błąd przesłuchiwanego, w tym kłamliwe poinformowanie go, iż współpodejrzanym złożył obciążające wyjaśnienia lub że znaleziono obciążający dokument, a nie każdy podchwytliwy zabieg.³² Jednocześnie pragmatycznie akcentuje się niekiedy, że § 136a StPO nie zakazuje wykorzystywania samoistnego błędnego nastawienia przesłuchiwanego, jak również nie nakazuje wyjaśniania mu przyczyn jego błędu.³³

28 Tak wielokrotnie, począwszy od wyr. SN z 26.05.1981, IV KR 100/81, OSPIKA 7–8/1982, poz. 132 – wielokrotnie (i aprobująco) glosowany; np. S. Waltoś: „Państwo i Prawo” 6/1983, s. 138–140; Z. Świada–Łagiewska: OSPIKA 7–8/1983, s. 379–381.

29 Por. wyrok SN z 9.02.1981, II KR 5/81, OSNPG 8–9/1981 poz. 102, LEX nr 17326

30 Z. Doda, A. Gaberle: Dowody w procesie karnym. Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz, t. I, Warszawa 1995, s. 191.

31 BGH Urt. z 17.11.1989, 2 StR 48/89, „Strafverteidiger” 1992, 356.

32 Wyższy Sąd Krajowy we Frankfurcie w postanowieniu z 25.11.1997 poszedł jednak w swoim rozumowaniu jeszcze dalej i przyjął, że jeśli zaistnieją tylko ogólne i nieusprawiedliwiający przyjęcia uzasadnionego podejrzenia okoliczności, to zafalszowanie sytuacji przez przesłuchującego w postaci stwierdzenia, iż stan faktyczny zostanie przedstawiony prokuraturze, a przesłuchiwany miałby się liczyć z wydaniem nakazu aresztowania – jest nieuzasadnionym podstępem, jeśli u przesłuchiwanego (co miałyby być zamierzone przez przesłuchującego) zaistniałoby wrażenie, iż poprzez złożenie wyjaśnienia udałoby mu się uniknąć hipotetycznego nakazu aresztowania – por. OLG Frankfurt „Strafverteidiger” 1998, 119.

33 Tak R. Wassermann (red.) Reihe Alternativkommentare... op. cit., t. 2 cz. I, s. 449. Podobny pogląd można znaleźć w wyroku SN z 28.07.1977 r. III KR 188/77, OSNPG 12/1977, poz. 124., LEX nr 17016.

25 Por. bliżej na ten temat: E. Weigend: Dowód z badań poligraficznych w niemieckim i polskim procesie karnym u progu XXI wieku, w: Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga pamiątkowa ku czci prof. S. Waltośa, Warszawa 2000, s. 641 i nast.

26 H. Meyer, K. Wolf, R. Müller: Kriminalistisches Lehrbuch der Polizei, Hilden 2003, s. 371.

27 BGH Beschl.z 15.05.1992 3 StR 419/91, BGHSt 38, 291.

W warunkach rodzimych przez podstęp rozumie się zazwyczaj wprowadzenie osoby przesłuchiwanej w błąd lub czynienie jej niedozwolonych obietnic w celu uzyskania zeznań lub wyjaśnień o określonej treści.³⁴ Stanowi on niedozwoloną metodę i to mimo braku wyraźnego zakazu stosowania w przepisach proceduralnych.³⁵

Orzecznictwo niemieckie opracowało dodatkowo szeroką gamę przykładów działań podstępnych niepolegających na wypowiedziach. Za niedopuszczalne uznano m.in. ostentacyjne opuszczenie pokoju przez przesłuchującego w celu wytworzenia wrażenia, iż w tym momencie podejrzany może będąc niesłyszczanym komunikować się z innymi osobami, podczas kiedy w rzeczywistości było to nagrywane bez uprzedniego powiadomienia.³⁶ Sam fakt przesłuchania w określonym charakterze lub bez udzielenia stosownych informacji może być w opinii BGH uznany za podstępny. Analogicznie zakwalifikowano dokonane po znalezieniu zwłok przesłuchanie podejrzanego w rzekomej sprawie zaginięcia osoby, której zwłoki znaleziono³⁷ lub przesłuchanie podejrzanego w celu uzyskania od niego głosu do celów identyfikacyjnych (okazanie głosu) lub badań porównawczych, o ile jest ono dokonane wyłącznie z tej przyczyny³⁸.

4. Policyjne taktyki przesłuchania

Wobec skromnych kompetencji procesowych organów policyjnych w zakresie przesłuchania podejrzanego, kwestią o podstawowym znaczeniu staje się właściwe pod względem taktycznym, a zarazem gwarantujące praworządność ukształtowanie tej czynności.

W doktrynie niemieckiej zdecydowanie największy nacisk (i słusznie) kładzie się na fazę przygotowania do przesłuchania.³⁹ W jej trakcie

należy – zdaniem wielu autorów – nie tylko zastanowić się nad czasem i miejscem czynności, ale także sporządzić dokładny plan przesłuchania uwzględniający konkretne pytania. Nie wszystkie z nich są, oczywiście, dozwolone. Brodag wymienia np. pytania otwarte, zamknięte, sugerujące treść odpowiedzi, do wyboru, „nakierowujące” (*Lenkungsfragen*), „testujące” (*Testfragen*), „uderzające” (*Anstoßfragen*), „maskujące” (*Vorhaltefragen*)⁴⁰ i podchwytliwe. Podział ten daleki jest od poprawności logicznej; można mu stawiać zresztą wiele innych zarzutów, lecz nie ulega wątpliwości, że sama idea opracowywania zawczasu pytań jest słuszna.

Wspomniany autor przedstawia również kilka metod (taktyk) przesłuchania:

- 1) sondowanie – typowe przesłuchanie polegające na swobodnym stawianiu pytań i uzyskiwaniu odpowiedzi,
- 2) „wplątywanie” (*Festlegemethode*) – czyli bardzo szczegółowe przesłuchanie podejrzanego przy braku lub minimalnym udzieleniu informacji przez przesłuchującego; po zakończeniu wypowiedzi przesłuchiwanemu przedstawia się inne dowody – stojące w sprzeczności z jego wyjaśnieniami, polecane wobec przesłuchiwanym kłamiących,
- 3) przekonywanie – przy pomocy racjonalnych lub emocjonalnych argumentów, do zastosowania szczególnie wobec sprawców okazjonalnych lub sytuacyjnych,
- 4) zaskakiwanie – (*Überraschungsmethode*) polegające na postawieniu zarzutu, którego podejrzany się nie spodziewa (co jest możliwe zważywszy m.in. na wskazane powyżej zasady nabywania statusu podejrzanego), oczywiście po uprzednim pouczeniu o przysługujących prawach,

34 Tak np.: P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek: Kodeks postępowania karnego. Komentarz., t. I, Warszawa 1999, s. 638–639.

35 Co ciekawe, zakaz stosowania podstępu wprost istniał w pierwszych redakcjach projektu kpk., po czym go usunięto, m.in. ze względu na przewidywane trudności dowodowe. Por. T. Grzegorzczak: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Kraków 2001, s. 420.

36 W. Beulke: Die Vernehmung des Beschuldigten – Einige Anmerkungen aus der Sicht der Prozesswissenschaft, „Strafverteidiger” 1990, 184.

37 BGH Urt. z 31.05.1990, 4 StR 112/90, BGHSt 37, 48.

38 BGH Urt. z 24.02.1994, 4 StR 317/93 LG Saarbrücken BGHSt 40, 66–72.

39 Por.: H. Meyer; K. Wolf; R. Müller: Kriminalistisches Lehrbuch..., op. cit., R. Weihmann: Kriminalistik. Ein Grundriss für Studium und Praxis, Hilden 2002, W.–D. Brodag, Kriminalistik. Grundlagen der Verbrechenbekämpfung, Stuttgart 2001.

40 Wydaje się, że warto przybliżyć terminologię nieco obcą polskiemu czytelnikowi. Pytanie „nakierowujące” ma za zadanie skierować wyjaśnienia na określony temat, podczas gdy pytanie „uderzające” powinno skłonić przesłuchiwanego do zeznań/wyjaśnień w zakresie konkretnego stanu faktycznego. Pytania „testowe” mają za zadanie – zdaniem autora – sprawdzić, czy przesłuchiwany jest gotowy mówić prawdę, czy też ulega sugestii, względnie zamierza kłamać. Wreszcie pytania „maskujące” mają za zadanie właściwie wyeliminowanie sugestii (typowym przykładem jest prośba o pokazanie zachowania konkretnej osoby) – W.–D. Brodag, Kriminalistik. Grundlagen..., op. cit., s. 169–171.

BIEGŁY I JEGO OPINIA

- 5) „krzyżowy ogień pytań” (*Kreuzverhörmethode*) – czyli stawianie szybko po sobie następujących pytań dotyczących zarówno zarzucanego czynu, jak i okoliczności obojętnych (co jednak budzi na gruncie prawa niemieckiego wątpliwości co do legalności wskazanego zachowania),
- 6) „badanie” (*die abtastende Methode*) – przejawiające się w pouczeniu o innym zarzucie, niż rzeczywiście zamierzany; ma to w efekcie wprowadzić przesłuchiwanego w błąd co do wiedzy funkcjonariuszy⁴¹.

Inni autorzy dodają do tej klasyfikacji jeszcze:

- 7) „budowanie mostów” (*Brücken bauen*) – czyli odwoływanie się do honoru, godności, okazywanie współczucia,
- 8) „nie od razu Kraków zbudowano” (*Kein Baum fällt beim ersten Hieb*) – czyli cierpliwe i staranne przesłuchiwanie, a właściwie kilka pozornie rutynowych przesłuchań, połączone z prośbą w ostatnim o ustosunkowanie się do zaistniałych sprzeczności w połączeniu z konfrontacją z innym materiałem dowodowym,⁴² czy wreszcie,
- 9) tzw. przesłuchanie poznawcze (*das kognitive Interview*).⁴³

Metody te wydają się nie zawsze zgodne z przedstawionymi powyżej zasadami prowadzenia czynności przewidzianymi w StPO (w rzeczywistości jednak są one obudowane dodatkowymi założeniami, poprzednio przedstawiono jedynie najbardziej charakterystyczne cechy). Mając na uwadze właściwie wyłącznie wykrywcze znaczenie czynności policyjnych można chyba przyzwolić na większy stopień podchwytliwości podejmowanych działań, pamiętając o tym, iż postępowanie przygotowawcze na mocy StPO prowadzi wyłącznie prokuratura, zobowiązana do przestrzegania zasady lojalności procesowej. Nie zmienia to jednak faktu, iż daje się w praktyce niemieckiej zaobserwować większą swobodę wyboru taktyki przesłuchania, m.in. ze względu na liczne możliwości oportunistycznego umorzenia postępowania, czy nieprecyzyjną definicję samego podejrzanego.

41 *Ibidem* s. 175–176.

42 H. Meyer, K. Wolf, R. Müller, *Kriminalistisches Lehrbuch...*, *op. cit.*, s. 374–377.

43 R. Weihmann: *Kriminalistik. Ein Grundriss...*, *op. cit.*, s. 195.

1. Uwagi wprowadzające

Znaczenie dowodu z opinii biegłego we współczesnym świecie wydaje się być trudne do przecenienia. Literatura i orzecznictwo niemieckie zajmują się tym problemem często i chętnie; stąd w niniejszym rozdziale należy się skoncentrować jedynie na wybranych zagadnieniach. W pierwszej kolejności będą to: pojęcie i pozycja biegłego, tj. jego zadania wobec prokuratury i sądu, jak też różnice między biegłym a świadkiem, tzw. świadkiem–biegłym, osobą przybraną czy tłumaczem. Następnie zostaną przedstawione zasady wyboru i wyłączenia biegłego, a także jego prawa i obowiązki. Na koniec warto wspomnieć o instytucji biegłych prywatnych, stopniowo (aczkolwiek dynamicznie) rozwijającej się w niemieckiej praktyce.

2. Pojęcie biegłego

Niemiecki kodeks postępowania karnego wielokrotnie posługuje się pojęciem biegłego (*Sachverständiger*), nie zawierając szczegółowej definicji tego podmiotu. Ustawodawca słusznie pozostawił dookreślenie terminu orzecznictwu. Biegły w procedurze niemieckiej jest powoływany czy ustanawiany (*bestellen*) dla dostarczenia sądowi, prokuraturze lub funkcjonariuszom śledczym odpowiedzi na pytania istotne dla rozstrzygnięcia sprawy oraz wymagające wiadomości specjalnych. Niekoniecznie muszą to być informacje naukowe; dopuszcza się powoływanie w charakterze biegłych kupców bądź rzemieślników, wyjaśniających szczegółowe kwestie, np. prowadzenia ksiąg lub prawideł

sztuki.¹ Pozwala się również na ustanowienie biegłego w przedmiocie treści obcego prawa lub wewnętrznego prawa zwyczajowego.

Biegłym może być w zasadzie tylko osoba fizyczna. Wyjątkowo dopuszczalne są opinie specjalistycznych instytucji publicznych (*Fachbehörde*) i to raczej wyłącznie wtedy, gdy organ procesowy uzna dotychczasową opinię za niedostateczną, a przypadek należy do „ważniejszych”, tj. jest bardziej skomplikowany.² Warto wspomnieć, że do *Fachbehörde* należy z mocy ustawy np. *Bundeskriminalamt* opiniujący w zakresie techniki kryminalistycznej³, inne podmioty mogą wydawać opinie także na mocy decyzji organu prowadzącego postępowanie. Nie jest natomiast przyjęte ani dopuszczalne powoływanie w charakterze biegłych instytucji prywatnych, w tym: instytutów badania opinii publicznej, organizacji nadzoru technicznego, jak również prywatnych stowarzyszeń czy spółek.⁴

3. Zadania biegłego

Podstawowe zadanie biegłego w procedurze niemieckiej wyraźnie określił E. Eisenberg: „biegły współdziała [z sądem lub prokuraturą – P.G.] poprzez swoje wiadomości specjalne przy stworzeniu podstaw orzeczenia względnie przy rozstrzygnięciu faktu dowodowego”⁵; innymi słowy – podmiot ten wprowadza lub stosuje w procesie wiadomości specjalne.⁶ Zadanie to może być realizowane na co najmniej cztery sposoby:

- 1) wykonanie konkretnych czynności (*bloÙe Verrichtungen*), np. zrobienie zdjęć rentgenowskich czy pobranie krwi do celów identyfikacyjnych;
- 2) proste stwierdzenie okoliczności, dla których biegły został powołany i odpowiedź na postawione pytania, tj. np. określe-

1 L. Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung, op. cit.*, s. 233.

2 Tak dokładnie § 83 ust. 3 StPO.

3 Por. § 2 ust. 7 BKAG.

4 Tak wielokrotnie: K. Jessnitzer, G. Frieling: *Der gerichtliche Sachverständige. Ein Handbuch für die Praxis*, Köln 1992.

5 U. Eisenberg: *Beweisrecht...*, *op. cit.*, s. 587.

6 „Es handelt sich darum, dass er Sachkunde übermittelt oder anwendet oder beides tut” – tak wielokrotnie BGH określał zadania biegłego, począwszy od 1951 r.

nie zawartości alkoholu we krwi, stwierdzenie śladów trucizny w zwłokach, czy opis zdjęcia rentgenowskiego;

3. przedstawienie wiadomości specjalnych bez formułowania wniosków dotyczących konkretnego przypadku (w myśl polskiej terminologii – opinia abstrakcyjna), np. opis działania leków, wyjaśnienie przebiegu procesów produkcyjnych; do tej samej kategorii zaliczyć należy np. sporządzenie opinii na temat prawa zagranicznego (wewnętrznego prawa zwyczajowego);
4. sporządzenie opinii – uważane za najważniejszą funkcję eksperta.

Jak widać, zadania biegłego w procedurze niemieckiej są zakreślone szerzej, niż ma to miejsce w polskim k.p.k.; w szczególności podmiot ten częściowo realizuje funkcje w naszym procesie spełniane przez specjalistę.⁷

Oprócz zadań ogólnych, niemiecki kodeks postępowania karnego formułuje szereg zadań szczegółowych charakterystycznych dla konkretnych czynności postępowania (np. w trakcie oględzin i otwarcia zwłok uregulowanych w §§ 87–90 StPO), zagadnienia te zostały przedstawione w rozdziale ostatnim.

4. Pozycja prawna biegłego

Często akcentuje się, że biegły jest pomocnikiem sądu.⁸ Podmiot ten mieści się niewątpliwie w szerszej grupie uczestników postępowania pełniących wobec organu nim kierującego służebną rolę.

K. Peters, stosując przerośniętą, nazywa świadka oddalonym okiem (*erweiterte Auge*), a biegłego oddalonym mózgiem (*erweitertes Hirn*)

7 Podmiot taki w Niemczech ma bardzo ograniczone uprawnienia. Zgodnie z nielicznymi orzeczeniami biegły może wprawdzie zlecać poszczególne zadania swoim współpracownikom (np. laborantom czy technikom), jednakże nie może to ograniczać jego odpowiedzialności za treść opinii, ani tym bardziej nie wolno mu delegować prawa do wydania opinii na personel pomocniczy. Tacy quasi specjaliści dobierani są przez biegłego właściwie do czynności technicznych i pomocniczych. Odrębną kategorię stanowią osoby przybrane np. do oględzin, tzw. *Augenscheingehilfen*, których pozycja procesowa stanowi przedmiot sporu. Do ich wyboru, wyłączenia i obowiązku stawiennictwa stosuje się bowiem przepisy dotyczące biegłych, podczas gdy przesłuchuje się ich w charakterze świadków.

8 Por. np.: H. Dahs: *Handbuch...*, *op. cit.*, s. 139.

sędzię.⁹ Warto więc wniknąć w rozróżnienie pomiędzy pozycją biegłego, a innymi uczestników procesu, przede wszystkim – świadka, świadka–biegłego (kategoria nieznaną obecnemu polskiemu prawu, choć już nie doktrynie) czy tłumacza.

Od świadka biegły różni się w opinii doktryny głównie tym, że ekspert dostarcza dowodu na zlecenie organu prowadzącego postępowanie i wyłącznie ze względu na nie, podczas gdy świadek (z wyłączeniem osób przybranych, traktowanych w Niemczech również jako świadkowie) zeznaje na okoliczność faktów zaistniałych w przeszłości i poza postępowaniem.¹⁰ Ponadto biegłego, przynajmniej teoretycznie, można w procesie zastępować innym biegłym, podczas gdy nie można uczynić tak wobec świadka. Zagadnienie to nie budzi większych kontrowersji, dlatego nie widać potrzeby, aby je szczegółowo omawiać.

O wiele ciekawiej wyglądają różnice między biegłym a świadkiem–biegłym (*sachverständiger Zeuge*). Stosownie do § 85 StPO ten ostatni podmiot zeznaje co do okoliczności przeszłych, których stwierdzenie wymagało wiadomości specjalnych, lecz dokonano tego nie w związku z poleceniem sądu, prokuratora bądź funkcjonariuszy śledczych.¹¹ Wprawdzie z jednej strony spostrzeżenia świadka–biegłego nie byłyby możliwe bez posiadania przez niego wiadomości specjalnych, lecz podmiot ten zeznaje wyłącznie w zakresie poczynionych spostrzeżeń, a nie jedynie wiedzy i nie da się zastąpić.¹² Można więc powiedzieć, że to nie element wiedzy specjalnej determinuje szczególną pozycję biegłego, lecz fakt jego ustanowienia (powołania). Warto zauważyć, że trzeci ze wspomnianych podmiotów – osoba przybrana do oględzin (*Augenscheingehilfe*), funkcjonująca jako „zwykły” świadek, relacjonuje z kolei spostrzeżenia, które poczyniła bez wykorzystania wiadomości specjalnych, ale na polecenie organu prowadzącego postępowanie.

9 K. Peters: *Strafprozeßrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg 1985, s. 342.

10 U. Eisenberg: *Beweisrecht...*, *op. cit.*, s. 591.

11 § 85 StPO stanowi, że o ile w celu uzyskania dowodu co do przeszłych okoliczności lub stanów, do których stwierdzenia konieczna jest szczególna wiedza specjalna (*besondere Sachkunde*), należy przesłuchać osoby posiadające wiadomości specjalne (*sachkundige Personen*), stosuje się wówczas przepisy dotyczące dowodu ze świadka.

12 C. Roxin: *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, s. 340.

Jak się wydaje, świadek–biegły wyjątkowo może być dodatkowo przesłuchany w charakterze biegłego; w każdym razie dokonanie takiej czynności nie stanowi podstawy zaskarżenia zapadłego wyroku.¹³ Potrzeba dodatkowego przesłuchania wynika w zasadzie z treści zeznań i jest uzasadniona, jeśli tylko pierwsza czynność tego rodzaju ogniskuje się na wiadomościach specjalnych. I tak np. lekarz dokonujący sekcji zwłok bez polecenia właściwego organu może być przesłuchany jedynie w charakterze świadka, wiadomość na temat przyczyny śmierci musi być wprowadzona do procesu przez uzupełniające przesłuchanie w charakterze biegłego, którym może (i powinien) być ten sam medyk.

Tłumacz z kolei jest całkowicie odrębnym uczestnikiem postępowania, powoływany na podstawie § 185 GVG, do którego stosuje się częściowo przepisy o biegłym (głównie w zakresie wyłączenia – por. § 191 GVG). Po wyłączeniu tłumacza można go jednak przesłuchać w charakterze świadka–biegłego na okoliczność tłumaczonych zeznań. Podkreśla się, że od tłumacza (*Dolmetscher*) zajmującego się przekładem wypowiedzi uczestników procesu należy odróżniać tłumacza (*Übersetzer, Sprachkundige*) – używając polskiej terminologii – przysięgłego, tj. przekładającego treść dokumentów powstałych poza postępowaniem karnym lub odczytującego wcześniej wykonane tłumaczenia. Jeżeli działalność ta ma miejsce w trakcie postępowania głównego, wówczas tłumacz taki pełni rolę biegłego ze wszystkimi konsekwencjami.

5. Wybór i wyłączenie biegłego

Bardzo charakterystyczną cechą niemieckiego postępowania karnego stanowi wcześniej wspomniany fakt, iż jednym z powodów odwołania wniosku o powołanie biegłego może być posiadanie przez sąd wiadomości specjalnych. Konieczność ustanowienia eksperta wynika więc z subiektywnych, a nie obiektywnych przesłanek. Podlegają one kontroli, jako że ich niespełnienie może stanowić skuteczny zarzut rewizyjny.

13 Por. Przegląd orzecznictwa BGH w: *Deutsches Autorecht*, t. 98, s. 181.

Zgodnie z § 73 ust. 1 StPO wybór biegłych i określenie ich liczby dokonywane są przez sędziego, który w konsultacji z ekspertami określa im termin do wydania opinii. Kryteria wyboru stanowią przede wszystkim praktykowana dziedzina oraz zdolności (*Eignung*) eksperta do wykonania postawionych mu zadań. Specjalność ustala zawsze i tylko organ kierujący postępowaniem; nie ma możliwości powołania biegłego (*quasi* konsultanta) do stwierdzenia, jaki biegły powinien być powołany.¹⁴ Bogata literatura i orzecznictwo przedstawiają katalogi możliwych pytań oraz wątpliwości i specjalności ekspertów właściwych do ich objaśnienia.¹⁵

Osoba biegłego musi stwarzać gwarancję kompetentnego wykonania powierzonych zadań, pozostawiania do dyspozycji organu prowadzącego postępowanie i braku powodów uzasadniających wyłączenie. Biegły winien być wskazany z imienia i nazwiska (chyba że dotyczy to opinii ponownej lub sporządzanej nie przez osobę fizyczną) przez sędziego, prokuratora albo funkcjonariusza śledczego. Kompetencji wyznaczenia biegłego nie można delegować na inną osobę.¹⁶ Powołujący powinien w sposób wyraźny i sprecyzowany określić także zakres i przedmiot zadań, tj. w szczególności zadać pytania lub nakreślić problemy do rozwiązania. Warto zauważyć, że w myśl stosunkowo nowej linii orzecznictwa BGH sąd winien zorientować się, jaką szkołę w danej dyscyplinie biegły reprezentuje, aby odpowiednio dobrać np. pytania. Ekspert może jednak w razie potrzeby zwrócić uwagę, iż w świetle posiadanej przez niego wiedzy nie jest możliwe spełnienie wskazanych zadań. Często dotyczy to np. nalegania przez organ procesowy na podanie dokładnego (niekiedy liczbowego) prawdopodobieństwa wniosków. W takiej sytuacji dostosowanie się do wskazanych życzeń, wbrew możliwościom dyscypliny, skutkuje jednoznaczną błędnością opinii.

Również określenie liczby powołanych biegłych jest zadaniem organu prowadzącego postępowanie. Ani przepisy, ani orzecznictwo nie formułują w tym zakresie szczegółowych dyrektyw pozostawiając –

14 Tak wielokrotnie BGH, również OLG Koblenz, Verkehrsrechts-Sammlung, 36, 18.

15 U. Eisenberg: Beweisrecht..., *op. cit.*, s. 600 i nast.

16 L. Meyer-Goßner: Strafprozessordnung..., *op. cit.*, s. 233.

jak się wydaje, słusznie – tę kwestię swobodnemu uznaniu organów procesowych.

Co warto podkreślić: duża władza dyskrecjonalna nie wyłącza kontradyktoryjności postępowania. Nawet organ prowadzący postępowanie przygotowawcze przed wyborem biegłego daje obrońcy okazję do zajęcia stanowiska co do tej kwestii. W wypadkach obrony niezbędnej może być do tego celu ustanowiony obrońca z urzędu.¹⁷ Zapytany adwokat może zgłaszać sprzeciw, swoje propozycje lub inne zastrzeżenia. W postępowaniu sądowym zasięgnięcie takiej opinii nie jest konieczne, ale „warte polecenia”¹⁸, m.in. z powodu chęci uniknięcia następczego wyłączenia biegłego na wniosek stron.

Dodatkową gwarancję stanowi instytucja „prywatnego” wezwania biegłego przez oskarżonego lub jego obrońcę, stosownie do § 220 i § 38 StPO. Zwrot kosztów rodzi obowiązek stawiennictwa tego podmiotu, którego wypowiedzi włącza się do materiału dowodowego na zasadach przewidzianych w § 245 StPO.¹⁹

Powyżej nakreślonym uregulowaniom w zasadzie nie podlegają tzw. biegli instytucjonalni, ustanowieni urzędowo (*öffentlich bestellte Sachverständige*), czyli pełniący swoje funkcje na podstawie przepisów szczególnych prawa publicznego. Mogą być nimi zarówno osoby prywatne, jak i instytucje. Za najbardziej typowy przykład tego rodzaju ekspertów należy uznać np. lekarzy zatrudnionych w organach ścigania, czy np. kierowników uniwersyteckich katedr medycyny sądowej. Zgodnie z § 73 ust. 2 StPO „jeżeli tylko ustawa przewiduje konieczność powołania takiego biegłego, inna osoba może być wyznaczona w zamian, tylko wtedy, jeżeli uzasadniają to szczególne okoliczności. Wśród nich należy wymienić np. konieczność uzyskania bardzo wyspecjalizowanych wiadomości, które posiada biegły innego rodzaju.

Aby uzyskać pełniejszy obraz pozycji biegłego w niemieckiej procedurze karnej, warto przedstawić również tryb i powody jego wyłączenia.

17 E. Müller: Über Probleme des Sachverständigenbeweises im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren, w: *Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts*, Festschrift für Gerhard Lücke zum 70. Geburtstag, Saarbrücken, 1997, s. 497.

18 Tak to sformułowało orzecznictwo niemieckie. BGH Urt. z 2.07.1986, 3 StR 87/86, Strafverteidiger 1986, 465, por. też BGH Urt. z 20.12.1983, 5 StR 763/82, Strafverteidiger 1984, 114.

19 H.H. Kühne, Strafprozessrecht, *op. cit.*, s. 363.

czenia. Zgodnie z treścią § 74 StPO stosuje się odpowiednio przepisy o wyłączeniu sędziego, przy czym dopuszczalna jest kumulacja ról procesowych: biegłego oraz świadka.

Podstawowy powód wyłączenia omawianego podmiotu stanowi uniknięcie sytuacji, w których jego bezstronność narażona byłaby na szwank. Odesłanie do przepisów dotyczących sędziego powoduje, iż można wyróżnić obligatoryjne i fakultatywne przesłanki wyłączenia (odpowiednio: *zwingende* i *sonstige Gründe*). Do tych pierwszych (§ 22 pkt 1–4 StPO), w których biegły jest wyłączony z mocy ustawy (*Ausschluss*), należą:

- a) bycie pokrzywdzonym w sprawie;
- b) małżeństwo, partnerstwo, opieka nad oskarżonym lub pokrzywdzonym;
- c) powinowactwo albo pokrewieństwo w linii prostej z pokrzywdzonym, w linii bocznej – pokrewieństwo do 3. albo powinowactwo do 2. stopnia;
- d) występowanie w sprawie w charakterze urzędnika prokuratury lub policji, pełnomocnika pokrzywdzonego lub obrońcy oskarżonego.

Ze względu na swoją uniwersalność wskazane powody nie wzbudzają, jak się wydaje, większych kontrowersji. O wiele ciekawsze są natomiast przesłanki wyłączenia na wniosek (*Ablehnung*), tj. wynikające z obawy stronniczości. Doktryna i orzecznictwo dopracowały się interesującego i obszernego ich katalogu, który być może nadaje się do wykorzystania również w naszych warunkach. W myśl tych poglądów możliwe są następujące powody osłabiające zaufanie do bezstronności biegłego²⁰:

- a) wydanie przez biegłego opinii prywatnej dla pokrzywdzonego²¹, oskarżyciela posiłkowego²² lub dla zainteresowanej wyni-

20 W niemieckim procesie karnym (w przeciwieństwie np. do austriackiego) nie ma możliwości wyłączenia biegłego z powodów osłabiających zaufanie do jego wiedzy. Por. M. Lemke (i in.): Heidelberger Kommentar, *op. cit.*, s. 207. W przypadku zgłoszenia zarzutu stronniczości nie ma znaczenia, czy biegły faktycznie jest nieobiektywny, czy tylko istnieją powody uzasadniające taki brak obiektywizmu.

21 BGH Urz. 20.07.1965, 5 StR 241/65 NJW 1965, 2017.

22 OLG Hamm Urz. 03.09.1963, 4 Ss 683/63, Verkehrsrechts-Sammlung, 26, 365.

kiem postępowania firmy ubezpieczeniowej²³, przy czym okoliczność wydania opinii prywatnej na zlecenie oskarżonego nie osłabia zaufania²⁴;

- b) zatrudnienie w firmie będącej pokrzywdzonym²⁵ lub w firmie konkurencyjnej w stosunku do firmy, w której zatrudniony jest podejrzany²⁶;
- c) przebadanie podejrzanego bez jego zgody w obecności studentów²⁷ lub dokonanie wobec niego nieuprawnionych zabiegów na jego ciele (*körperliche Eingriffe*)²⁸;
- d) fakt leczenia ofiary (pokrzywdzonego)²⁹;
- e) ustne lub pisemne wypowiedzi świadczące o braku obiektywizmu biegłego, co może m.in. polegać np. na zadawaniu podchwytliwych pytań świadkowi składającemu zeznania odciążające oskarżonego³⁰ lub głoszenie przez eksperta, iż nie żywiłby on nadziei, aby względem oskarżonego „orzeczona została jedynie kara w zawieszeniu”³¹, jak również wydanie publikacji naukowej, która daje do zrozumienia, iż według mniemania biegłego oskarżony w sprawie gospodarczej powołujący się na brak zdolności procesowej jest symulantem³²;
- f) fakt uprawdopodobnionego przez dostępne podejrzanemu publikacje uczestnictwa w badaniach na ludziach w czasach narodowego socjalizmu i w wyborze psychicznie chorych do eutanazji³³; jest to wprawdzie argument ściśle związany z historią Niemiec, niemniej jednak z pewnością uczestnictwo biegłego

23 RG II Strafsenat Urz. 16.06.1938 2D 172/38, Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen 72, 251.

24 Wyrok OLG Koblenz z 23.05.1986 1 Ss 143/86, Verkehrsrechts-Sammlung 71, 200.

25 RG I Strafsenat Urz. 8.06.1924, I 309/24, Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen 58, 262.

26 RG V Strafsenat Urz. 23.12.1935, 5D 711/37, Juristische Wochenschrift 1938, 512

27 Stanowisko BGH podane w przeglądzie orzecznictwa w: Monatsschrift für deutsches Recht 1980, 456.

28 BGH Urz. 08.07.1955, 5 StR 233/55, NJW 1955, 1765.

29 BGH Urz. 26.07.1972, w przeglądzie orzecznictwa: Monatsschrift für deutsches Recht 1972, 925.

30 Hans OLG Hamburg Beschl. z 23.01.1986, I Ss 137/86, Strafverteidiger 1987, 142.

31 BGH Urz. z 6.11.1980, 4 StR 156/80, Strafverteidiger 1981, 55.

32 LG Köln Beschl. z 20.08.1981, 109–1/81, Strafverteidiger 1981, 540.

33 OLG Stuttgart Urz. z 16.06.1983, 2–1 StE 5/81, Strafverteidiger 1983, 361.

w działaniach łamiących prawa człowieka wszędzie rodziłby wątpliwości co do jego bezstronności;

g) przemilczanie odpowiedzi, które świadczą na korzyść podejrzanego, co skłania do przyjęcia, iż biegły w sposób stronniczy rozumie swoją misję³⁴.

6. Prawa i obowiązki biegłego

Ustawa niemiecka nie precyzuje ogólnych obowiązków biegłego; jedynie w § 75 StPO stanowi się, że podmiot powołany w tym charakterze sporządza opinię, jeżeli:

- a) należy do kategorii biegłych „urzędowych” i wydawanie opinii nakazane jest mu przez przepis szczególnie (w odniesieniu do lekarzy sądowych, także np. audytorów);
- b) uprawia zarobkowo naukę, sztukę lub rzemiosło, których znajomość stanowi przesłankę opiniowania (np. zawodowy kupiec), albo
- c) został urzędowo ustanowiony lub powołany do praktykowania nauki, sztuki lub rzemiosła (profesor uniwersytecki, lekarz, zrzeszony rzemieślnik);
- d) przed sądem oświadczy gotowość sporządzenia opinii.

Według doktryny obowiązek opiniowania nie dotyczy biegłych ustanawianych przez policję. Wskazana powinność ma charakter ściśle osobisty i obejmuje również: uzasadnioną potrzebami konieczność przestudiowania akt, przeprowadzenia badań i stawienia przed sądem. W największym skrócie, niemieckie ujęcie teorii opiniowania nakazuje trójczłonową budowę tego środka dowodowego, tj.

- 1) przedstawienie ogólnych zasad i praw obowiązujących w dyscyplinie, którą biegły reprezentuje,
- 2) stwierdzenie, czy istnieją okoliczności pozwalające na wydanie opinii (np. czy materiał nadaje się do identyfikacji),

³⁴ Stanowisko BGH podane w przeglądzie orzecznictwa: *Monatsschrift für deutsches Recht* 1975, 368.

3) ocena znaczenia tych okoliczności dla konkretnej kwestii dowodowej (interpretacja śladów – wnioski opinii)³⁵.

Formę pisemną opinii należy zachować na wyraźne żądanie sądu. W zakresie terminu do jej sporządzenia – stosownie do § 73 StPO zawiera się porozumienie pomiędzy organem kierującym postępowaniem a biegłym.

W przypadku niespełnienia wskazanego obowiązku biegły naraża się na sankcje przewidziane w § 77 StPO. Zgodnie z tym przepisem niestawiennictwo prawidłowo zawiadomionego lub (nieuzasadniona) odmowa sporządzenia opinii powoduje konieczność zwrotu kosztów, a także orzeczenie stosownej kary porządkowej. Jeśli biegły nadal się uchyla, kara może zostać nałożona ponownie. Analogiczne rozwiązanie przyjęto dla ekspertów przekraczających uzgodniony wcześniej termin.³⁶

Stosownie do § 76 StPO istnieją dwie kategorie powodów, które uprawniają biegłego do niezłożenia opinii. Pierwszą grupę stanowią okoliczności uprawniające świadka do nieskładania zeznań. Sąd może jednak zwolnić biegłego od wskazanego obowiązku również „z innych powodów”, wśród których orzecznictwo wymienia np. niedyspozycję spowodowaną podeszłym wiekiem, wyjątkowe trudności, obciążenie obowiązkami zawodowymi czy wreszcie ważne względy osobiste, które mogłyby wpłynąć na obiektywizm biegłego.³⁷

7. Biegli prywatni

Jak słusznie zauważa M. Baumann, dokonujący się postęp techniczny sprawia, iż w procesie coraz większą rolę zaczynają odgrywać zagadnienia z zakresu wiedzy specjalistycznej, a biegli i ich opinie zyskują na znaczeniu dla wyników sprawy³⁸. Nic więc dziwnego, iż zauważalne jest rosnące znaczenie również opinii prywatnych³⁹ w postępowaniach.

³⁵ Por. W. Beulke, *Strafprozessrecht, op. cit.*, s. 101.

³⁶ H.H. Kühne: *Strafprozessrecht, op. cit.*, s. 363.

³⁷ Por. G. Tondorf: *Der Psychologische und psychiatrische Sachverständige im Strafverfahren*, Heidelberg 2002, s. 70–71.

³⁸ M. Baumann: *Eigene Ermittlungen...*, *op. cit.*, s. 68.

³⁹ W. Bayerlein: *Praxishandbuch. Sachverständigenrecht*, München 2002, s. 169.

ŚWIADEK I JEGO ZEZNANIA

1. Pojęcie świadka

W niemieckim kpk. nie wyrażono wprost definicji świadka. Jednak przyjmuje się, że może nim być każdy, kto w postępowaniu toczącym się przeciwko innej osobie powinien przekazać w formie zeznań swoje spostrzeżenia dotyczące okoliczności sprawy.¹ Zdolność do bycia świadkiem (*Zeugnisfähigkeit*) posiada każdy człowiek niezależnie od zdolności do czynności prawnych, a zatem mogą być przesłuchiwane również małe dzieci lub osoby upośledzone psychicznie, o ile tylko mogą dostarczyć informacji i nie sprzeciwiają się temu względy medyczne czy psychologiczno-psychiatryczne.

Ciekawie ukształtowano w prawie niemieckim zakaz łączenia niektórych funkcji z rolą świadka w procesie. Na mocy § 22 pkt. 5 StPO sędzia ulega wyłączeniu z mocy ustawy, jeśli już został przesłuchany m.in. jako świadek, ale nie wtedy, gdy złożył pisemne oświadczenie na temat okoliczności zdarzenia będącego przedmiotem procesu, o których dowiedział się w związku z pełnieniem swojego urzędu.² Niepołączalność nie ma więc charakteru absolutnego, choć gdy sędzia zna z własnego doświadczenia okoliczności faktyczne, powinien zostać wyłączony na wniosek, co z kolei często bywało przedmiotem nadużyć ze strony oskarżonych w celu przedłużenia procesu. W efekcie zezwolono w takiej sytuacji sędziom na złożenie urzędowego oświadczenia, iż nie posiadają wiadomości na temat rozpatrywanej sprawy, które zapobiega nieuzasadnionym wnioskom.

1 BGH Urt. z 17.09.1982, 2 StR 139/82, NJW 1983, 126 i nast.

2 BGH Urt. z 28.01.1998, 3 StR 575/96, NJW 1998, 1234.

Institucja ta wydaje się współgrać zarówno z ogólnymi, jak i szczególnymi założeniami niemieckiej procedury karnej. Co do zasady dopuszcza ona bowiem „zawezwanie” dowodów przez oskarżonego w przypadku oddalenia takiego wniosku przez przewodniczącego (§ 220 StPO), pod warunkiem zwrotu kosztów (refundowanego następnie przez państwo, jeśli „zawezwanie” okazało się zasadne). W kwestiach szczegółowych (§ 168 d ust. 2 StPO) podejrzany może np. zawniekskować o przybranie do oględzin prowadzonych z udziałem biegłych również osób, o których powołanie w tym charakterze będzie wnioskował w postępowaniu sądowym. Uwzględnienie tego wniosku nadaje biegłym „prywatnym” pełne kompetencje. Natomiast jeżeli wskazane żądanie zostanie oddalone przez sędziego, podejrzany sam może zawezwać swoich biegłych. Ich udział w podejmowanych czynnościach na miejscu zdarzenia jest jak najbardziej dopuszczalny, jakkolwiek ograniczony. Osoby te mają prawo m.in. zadawania pytań biegłym oficjalnym, czynienia uwag i wniosków, naturalnie jeśli nie okaże się, że ich wiedza jest niewystarczająca lub przeszkadzają w czynnościach oficjalnych ekspertów (wówczas usuwa się je z miejsca oględzin).

Jednakże występowanie w charakterze biegłego prywatnego, jak można wnosić z ogólnego tonu literatury, jak też wypowiedzi publicystycznych – uchodzi jeszcze za niekoniecznie zgodne z etyką biegłego, zobowiązanego przecież do bezstronności. Wydaje się jednak, iż tendencja ta, nie tylko w Niemczech, będzie się rychło zmieniać. Nie podważa to jednak ogólnej zasady, że biegły może być (przynajmniej w procesie karnym) ustanowiony wyłącznie przez organ procesowy.

Możliwe jest natomiast (choć z reguły niecelowe i raczej niestosowane) łączenie funkcji świadka i oskarżyciela publicznego. Prokurator przed złożeniem zeznań, podobnie jak sędzia, urzędnik i inne osoby pozostające w służbie publicznej i zobowiązane do zachowania tajemnicy urzędowej, musi wypełnić przesłanki nałożone przez przepisy szczególne, m.in. uzyskać zezwolenie przełożonego (§ 54 ust. 1 StPO). Aby uniknąć konieczności oceny własnych zeznań przyjęto, że mowę końcową (przynajmniej jej część odnoszącą się do tego konkretnego dowodu) powinien wtedy wygłosić inny prokurator.

Nie ma ustawowych przeszkód, aby przesłuchać w charakterze świadka obrońcę oskarżonego. Ze względu na zamknięty katalog przyczyn wyłączenia tego podmiotu z postępowania (por. wyżej dot. wprowadzonego w połowie lat 70-tych XX w. § 138a StPO) jego przesłuchanie nie rozwiązuje stosunku obrończego, choć z pewnością sytuację tę trudno nazwać komfortową dla oskarżonego, a także dla samego adwokata. Jedynie na czas przesłuchania dotychczasowego obrońcy obowiązkowego sąd winien ustanowić nowego.

Oczywiście powyżej nakreślone przypadki zdarzają się w praktyce bardzo rzadko i zawsze rodzą szereg pytań, np. w zakresie zezwolenia na obecność na sali rozpraw przed przesłuchaniem, co stanowi jeden z głównych obowiązków tak prokuratora, jak i adwokata. Posługiwanie się zasadami indyferencji oraz udzielanie substytucji z reguły rozwiązuje takie problemy.

Świadkiem w sprawie może być także biegły, ze względu na wyrażoną regulację § 74 ust. 1 zd. 2 StPO. Niemiecki kodeks posługuje się także ciekawą instytucją świadka-biegłego, opisaną w rozdziale poprzednim.

Świadkiem nie może być oskarżyciel prywatny; można natomiast łączyć tę rolę z funkcją oskarżyciela posiłkowego, choć te rozwiązania bywają poddawane krytyce. Wytłumaczeniem czyni się fakt, iż oskarżyciel prywatny przejmuje także funkcje organów ścigania, podczas gdy posiłkowy działa zgodnie ze swoją nazwą (*Nebenkläger*) obok prokuratury.

Najwięcej kontrowersji budzi jednak możliwość łączenia funkcji świadka i współoskarżonego w procesie. Nie ulega wątpliwości,

że niedopuszczalne jest to w sprawie rozpatrywanej łącznie, gdyż obie role się wykluczają. Część doktryny uważa, że w takiej sytuacji należałoby wydzielić postępowanie do odrębnego prowadzenia, co jednak bywa słusznie krytykowane, głównie ze względu na możliwość nadużyć ze strony organów publicznych i manipulowanie postępowaniami (wyłączanie i łączenie) w celu obejścia zakazu. Rozwiązanie kompromisowe polega na przyjęciu dopuszczalności składania zeznań przez współoskarżonego, o ile jego sprawa została już zakończona, przynajmniej nieprawomocnie.³ Jednak nie da się w tej materii wyprowadzić zasady generalnej.

Przedmiot dowodu ze świadka stanowią poczynione osobiście, przeszłe i obecne, pozytywne bądź negatywne, zewnętrzne lub wewnętrzne, a także hipotetyczne okoliczności.⁴ Nie są nim natomiast mniemania, wnioski, prognozy, opinie czy oceny prawne, choć z pewnością można i należy zezwolić na formułowanie stwierdzeń mających znaczenie prawne, lecz nasuwających się i dostępnych wiedzy bądź wynikających z doświadczenia życiowego przeciętnego człowieka, jak np. ocena stanu zamroczenia alkoholowego osoby trzeciej, albo trybu życia czy prawdomówności.

2. Obowiązki świadka

a. Stawiennictwo

Zgodnie z § 48 StPO wezwanie świadka powinno zawierać informację m.in. o obowiązku stawiennictwa rozciągającym się na przesłuchanie prokuratorskie (§ 161a ust. 1 zd. 1 StPO) oraz sądowe. Jeśli prawidłowo zawiadomiony świadek nie pojawi się bez dostarczenia w przewidzianym czasie wystarczającego usprawiedliwienia, zgodnie z § 51 ust. 1 StPO obciąża się go wynikłymi stąd kosztami. W uzasadnionych wypadkach właściwy sędzia (w postępowaniu przygotowawczym – prokuratura) ma prawo nałożyć karę pieniężną, jak też zarządzić przymusowe doprowadzenie. Środki te mogą być powtarza-

3 W. Beulke, *Strafprozess, op. cit.*, s. 95.

4 E. Schmidt: Zur Problematik der Entziehung der Verteidigungsbefugnis, *NJW* 1963, s. 1753 i nast.

ne w razie wielokrotnej nieobecności. Ich uchylenie następuje wskutek usprawiedliwienia.

Od obowiązku stawiennictwa zwolniony jest jedynie prezydent RFN, którego przesłuchuje się w miejscu zamieszkania, a protokół z tej czynności podlega odczytaniu podczas rozprawy głównej (§ 49 StPO).

Deputowani do federalnych i krajowych parlamentów także muszą być przesłuchani poza siedzibą organów ścigania lub wymiaru sprawiedliwości, tj. w miejscu obrad (ale tylko w ich trakcie). Członków rządu federalnego i krajowego przesłuchuje się w siedzibie ich urzędów, a kiedy znajdują się poza nimi – w miejscu zamieszkania (§ 50 ust. 1 i 2 StPO). Jedynie zgoda przełożonych lub organu kolegiального zezwala na odstępstwo od tych zasad. Wzmiankowanych osób nie wzywa się do udziału w rozprawie głównej; natomiast protokoły sądowych przesłuchań podlegają odczytaniu.

b. Złożenie zeznań

Świadek ma obowiązek złożyć zeznanie, chyba że jest od tego zwolniony na podstawie przepisu szczególnego. Bezpodstawne uchylenie się od zeznań skutkuje w pierwszej kolejności obciążeniem wynikłymi stąd kosztami. W razie konieczności może być nałożona kara porządkowa, a także areszt (§ 70 ust. 1 StPO) – w wymiarze nie dłuższym niż do końca postępowania w danej instancji, a zarazem nieprzekraczającym sześciu miesięcy. Do zastosowania środków przymusu uprawniony jest właściwy sędzia, a w postępowaniu przygotowawczym prokuratura, z wyjątkiem postanowienia o aresztowaniu. W odróżnieniu od wymuszenia obowiązków stawiennictwa, wskazane środki, jeżeli zostały wyczerpane, nie mogą być powtórzone w tym lub innym postępowaniu mającym za przedmiot ten sam czyn (§ 70 ust. 4 StPO).

c. Przyrzeczenie

Regulacja § 59 StPO nie wymaga składania przyrzeczenia przez wszystkich świadków, uzależniając ten obowiązek w postępowaniu głównym od uznania sądu.⁵ Z mocy ustawy powinno to nastąpić w od-

⁵ W postępowaniu przygotowawczym przyrzeczenie można odebrać w niebezpieczeństwie zwłoki, gdy świadek prawdopodobnie nie będzie mógł wziąć udziału w rozprawie – por. § 62 StPO.

niesieniu do zeznań o decydującym znaczeniu (*wegen der ausschlaggebenden Bedeutung*) lub dla zapewnienia ich prawdziwości. W praktyce przyrzeczenie (lub jego odpowiednik) składają wszyscy świadkowie, także występujący w tej roli biegli oraz oskarżyciele posiłkowi. Czynią tak jednak dopiero po złożeniu zeznań.

Z obowiązku tego są zwolnione osoby, które:

- a. w momencie przesłuchania nie ukończyły szesnastego roku życia lub z powodu niedojrzałości, choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego nie zdają sobie sprawy ze znaczenia przyrzeczenia,
- b. są podejrzane o lub skazane za udział lub współudział w czynie będącym przedmiotem postępowania, a także poplecznictwo do niego oraz paserstwo (§ 60 StPO).

Zwolnieni z obowiązku składania zeznań na podstawie § 52 ust. 1 StPO mają również prawo odmówić złożenia przyrzeczenia, o czym powinni zostać poinformowani (§ 61 StPO).

Rota przyrzeczenia może zawierać odniesienia religijne (§ 64 ust. 1 StPO), lub być ich pozbawiona (§ 64 ust. 2 StPO). Jeżeli przyrzekający ze względów wyznaniowych lub innych oświadczy, iż nie chce złożyć przyrzeczenia, wówczas wystarczy wyraźnie wyartykułowane potwierdzenie (*Bekräftigung*) prawdziwości wypowiedzi w świadomości odpowiedzialności przed sądem (§ 65 StPO). O prawie wyboru roty przyrzekający powinien być pouczony na podstawie § 57 zd. 2 StPO.

Wyegzekwowanie omawianego obowiązku następuje w tym samym trybie, jak wymuszenie składania zeznań (§ 70 StPO).

d. Prawdomówność

Przed przystąpieniem do przesłuchania świadków skłania się do mówienia prawdy (*zur Wahrheit ermahnen*), wskazuje się na możliwość przyrzeczenia, jak również informuje o prawnokarnych następstwach złożenia nieprawdziwego lub niepełnego zeznania (§ 57 zd. 1 StPO). Schemat ten powtarza zasadnicza część roty przyrzeczenia lub potwierdzenia, w której zeznający zobowiązują się mówić według naj-

lepszej wiedzy wyłącznie prawdę (*reine Wahrheit*) niczego nie przemilczając.

Różnym postaciom złożenia fałszywych zeznań poświęcony został rozdz. 9 części szczególnej StGB. Zawiera on następujące przestępstwa:

- a. Złożenie bez przyrzeczenia fałszywego zeznania lub opinii przed sądem lub odpowiednim organem (także komisją śledczą zgromadzenia deputowanych) – *falsche uneidliche Aussage*, § 153 StGB,
- b. Złożenie fałszywego przyrzeczenia przed sądem lub innym organem uprawnionym do jego odebrania (krzywoprzysięstwo) – *Meineid*, § 154 StGB,
- c. Odpowiedniki krzywoprzysięstwa wynikające z przepisów szczególnych – *eidesgleiche Bekräftigungen*, § 155 StGB, *falsche Versicherung an Eides Statt*, § 156 StGB,
- d. Nieumyślne postacie krzywoprzysięstwa i jego odpowiedników – *fahrlässiger Falscheid*, *fahrlässige falsche Versicherung an Eides Statt*, § 163 StGB,
- e. Usiłowanie podżegania do przestępstw z § 153 i 156 – *Versuch der Anstiftung zur Falschaussage*, § 159 StGB,
- f. Nakłanianie do fałszywej wypowiedzi – *Verleitung zur Falschaussage*, § 160 StGB.

Jak więc widać, prawny obowiązek mówienia prawdy nie zależy od złożenia przyrzeczenia, tylko wynika z istoty pełnienia konkretnej roli w procesie.

3. Prawo do odmowy zeznań

Przy okazji charakteryzowania m.in. środków przymusu, a także zakazów dowodowych wspomniano o kilku kręgach osob uprawnionych do odmowy zeznań. Ustawodawca zezwolił wybranym kategoriom świadków na niewykonywanie ich obowiązków ze względu na stosunki osobiste, zawodowe lub grożącą odpowiedzialność karną. Okoliczności te mogą być przedmiotem uprawdopodobnienia w postaci zaprzyczonego zapewnienia świadka o ich istnieniu (§ 56 StPO).

a. Osoby najbliższe

Ratio legis zwolnienia osób najbliższych od obowiązku zeznania stanowią oczywiście względy ochrony życia prywatnego, chęć uniknięcia konieczności wyboru między spełnianiem pozostających ze sobą w konflikcie ról: członka rodziny oraz większej społeczności. Ustawodawca nie chce wkraczać w sferę intymną obywateli, niezależnie od ewentualnych korzyści dla wyjaśnienia prawdy, rozsądnie przypuszczając, że ze względu na proporcję dobra osoby bliskiej oraz wymiaru sprawiedliwości osoby najbliższe niekoniecznie będą realizowały obowiązki świadka.

Zgodnie z regulacją § 52 StPO do odmowy zeznań są uprawnione następujące podmioty:

- a) narzeczony albo narzeczona oskarżonego lub osoba tej samej płci, z którą wymienił on obietnicę założenia związku partnerskiego,
- b) małżonek oskarżonego, nawet pomimo ustania małżeństwa,
- c) homoseksualny konkubent (*Lebenspartner*) oskarżonego, także mimo zakończenia związku partnerskiego,
- d) krewny lub powinowaty w linii prostej, krewny w linii bocznej do trzeciego i powinowaty do drugiego stopnia.

Charakterystyczną cechą stanowi więc równouprawnienie partnerskich związków homoseksualnych z małżeńskimi, jak też uprzywilejowanie narzeczonych, względnie osób tej samej płci, wobec których oskarżony wzajemnie zobowiązał się do założenia związku partnerskiego. Przez narzeczeństwo należy rozumieć niekoniecznie ogłoszone publicznie, lecz wzajemne i przez obie strony poważnie traktowane przyrzeczenie zawarcia małżeństwa.⁶ Małżeństwo musi być zawarte na terenie RFN lub uznane za ważne przez niemieckie prawo; podobnie zresztą jak związek partnerski winien spełniać kryteria przewidziane przepisami. Do pokrewieństwa i powinowactwa stosuje się § 1589 i 1590 BGB.

⁶ BGH Urt. z 30.05.1972, 4 StR 180/72, NJW 1972, 1334.

Uprawnieni do nieskładania zeznań nieletni lub nieposiadający odpowiedniego rozeznania co do znaczenia prawa odmowy zeznań także ze względu na chorobę psychiczną lub upośledzenie umysłowe mogą być przesłuchiwanymi tylko wtedy, gdy są w stanie zeznawać oraz pod warunkiem, że wyrazi na to zgodę ich przedstawiciel ustawowy. Nie przysługuje mu jednak to prawo, gdy sam jest oskarżony. Również niebędące oskarżonym jedno z rodziców nie może wyrazić zgody na zeznawanie przez dziecko w odniesieniu do sprawy drugiego z rodziców, jeżeli obojgu przysługuje ustawowe przedstawicielstwo (§ 52 ust. 2 StPO).

Omawiana kategoria świadków (względnie przedstawicieli) musi być informowana o przysługującym jej uprawnieniu przed każdym przesłuchaniem. Może ona zrezygnować z tego przywileju, ale także wycofać rezygnację w trakcie czynności.

b. Osoby zobowiązane do zachowania tajemnicy

Kryterium zaliczenia konkretnych podmiotów do drugiej, niejednolitej grupy osób uprawnionych do nieskładania zeznań stanowi okoliczność wykonywanego przez nie zawodu lub funkcji związanej z koniecznością przestrzegania tajemnicy o charakterze publicznym lub prywatnym. Należą do nich, zgodnie z postanowieniami § 53 ust. 1 StPO:

- a. **Duchowni w zakresie tego, co zostało im powierzzone lub czego się dowiedzieli sprawując funkcje duszpasterskie** (*als Seelsorger*). Do kategorii tej należą duchowni kościołów chrześcijańskich oraz wszelkich innych uznanych przez państwo związków wyznaniowych, natomiast funkcje duszpasterskie obejmują całokształt działalności (włącznie ze spowiedzią), z wyjątkiem aktywności czysto charytatywnej, administracyjnej czy związanej jedynie okazjonalnie z wykonywaniem zawodu duchownego (co charakterystyczne dla warunków niemieckich).
- b. **Obrońcy oskarżonego w zakresie informacji powierzonych lub uzyskanych w tym charakterze.** Uprawnienie to obejmu-

je wszystkich obrońców niezależnie od sposobu ich ustanowienia.

- c. **Adwokaci i inni członkowie izb adwokackich, rzecznicy patentowi, notariusze, audytorzy, biegli rewidenci, doradcy podatkowi, lekarze, dentyści, psychologowie–psychoterapeuci, psychoterapeuci dziecięcy i młodzieżowi, aptekarze i położne w zakresie informacji powierzonych lub uzyskanych w tym charakterze.** Podstawowy warunek stanowi wpis na listę potwierdzający uprawnienia do wykonywania zawodu. Tajemnica w najszerszym zakresie obejmuje lekarzy, psychoterapeutów i personel medyczny; objęte są nią praktycznie wszelkie dane (włącznie z personaliami) zebrane podczas wywiadu, terapii czy zabiegów, jak też zebrane podczas badań czy obserwacji. Wężiej uregulowano uprawnienia zawodów prawniczych, wyłączając np. spod prawa do odmowy zeznań okoliczności, o jakich dowiadują się adwokaci będący członkami rad nadzorczych w spółce akcyjnej.
- d. **Członkowie lub osoby zatrudnione w oficjalnym punkcie doradczym dla ciężarnych⁷ w zakresie informacji powierzonych lub uzyskanych w tym charakterze.** Chodzi tu przede wszystkim o lekarzy, personel medyczny (korzystający ze zwolnienia opisanego w poprzednim punkcie) oraz pracowników socjalnych udzielających porad i zbierających informacje nie tylko dotyczące przebiegu ciąży, ale także warunków życiowych kobiety i jej otoczenia.
- e. **Doradcy w zakresie uzależnienia od środków odurzających w punkcie informacyjnym uznanym lub stworzonym przez organ lub osobę prawną, instytucję lub fundację prawa publicznego w zakresie informacji powierzonych lub uzyskanych w tym charakterze.** Warunek zwolnienia stanowi przynajmniej uznanie placówki przez osobę prawa publicznego, przywilej rozciąga się wyłącznie na informacje uzyskane w ramach działalności, tj. przede wszystkim porad co do uzależnienia i walki z nim, a nie wszystkich danych, z jakimi

7 Tj. działającym na podstawie szczególnej ustawy – *Schwangerschaftskonfliktgesetz*.

pracownicy się stykają. Warto zauważyć, że osoby zatrudnione w prywatnych instytucjach nie korzystają z tego dobrodziejstwa, co z funkcjonalnego punktu widzenia wydaje się niezrozumiałe.

f. **Deputowani do Bundestagu i parlamentów krajowych (obu izb) co do osób, które powierzyły im wiadomości jako członkom tych organów, jak również co do samych tych okoliczności.** W szczególności chodzi tu nie tylko o informacje uzyskane przez deputowanych przy okazji sprawowania mandatu, ale także powierzone przez innych posłów, członków rządu czy osoby prywatne.

g. **Osoby pracujące zawodowo lub współpracujące przy przygotowywaniu, produkcji lub rozpowszechnianiu dzieł drukowanych, programów rozgłośni, dzieł filmowych lub zatrudnionych w służących informowaniu lub tworzeniu opinii służb komunikacyjnych lub informacyjnych w zakresie informacji o osobie autora lub nadawcy artykułów lub dokumentów albo innego informatora, jak również o wiadomościach przekazanych im ze względu na ich działalność, o ich treści, jak też o treści samodzielnie zdobytych materiałów i spostrzeżeniach odnoszących się do ich zawodowej działalności.** Zasada ta stanowi jedną z wielu gwarancji bardzo silnie chronionej zasady wolności prasy, o której już kilkakrotnie wspomniano. Zakaz ten rozciąga się na działalność redakcyjną obejmującą artykuły, dokumenty, wiadomości i materiały.

Co ciekawe, jedynie deputowanych bezwarunkowo nie można zwolnić z zachowania tajemnicy (§ 53 ust. 2 StPO).⁸ Osoby wymienione w punktach a.–e. nie mogą zastrzekać się zakazem, gdy uzyskają zezwolenie od osoby, dla której korzyści wprowadzono w ustawie przywilej odmowy zeznań.⁹ Tajemnica dziennikarska przestaje obowiązywać z mocy ustawy, gdy zeznanie przyczyni się do wyjaśnienia zbrodni, przedmiot postępowania stanowią enumeratywnie wymienio-

ne poważne przestępstwa oraz wyjaśnienie stanu rzeczy lub wykrycie miejsca pobytu oskarżonego w inny sposób byłoby niemożliwe lub istotnie utrudnione. Mimo to jednak świadek może odmówić ujawnienia osoby autora lub nadawcy artykułów lub dokumentów, jak też innych informatorów i niektórych innych okoliczności.

Tajemnica, z niewielkimi wyjątkami, rozciąga się na personel pomocniczy ww. osób (§ 53a StPO). Szczególne uregulowania dotyczą także zwolnienia z tajemnicy sędziów, prokuratorów i urzędników służby publicznej (§ 54 StPO). Osób wymienionych w § 53 i 53a StPO nie poucza się o prawie do odmowy zeznań. Ustawodawca wyszedł z założenia, że pełnienie funkcji związanej z publicznym zaufaniem obliguje konkretną osobę do znajomości charakteryzowanej instytucji.

c. Osoby narażone na odpowiedzialność karną

Za kolejny powód dostatecznie uzasadniający odmowę zeznań, lecz już w węższym zakresie, tj. odpowiedzi na poszczególne pytania (*Auskunftsverweigerungsrecht*)¹⁰ uznano związane z takim zachowaniem zagrożenie ściganiem karnym przestępstwa lub wykroczenia świadka lub osoby mu najbliższej w sensie § 52 StPO (§ 55 ust. 1 StPO). O prawie takim przesłuchiwanego należy pouczyć. Przez zagrożenie ściganiem należy rozumieć nie tyle teoretyczną możliwość, lecz prawdopodobieństwo wszczęcia postępowania przygotowawczego.¹¹ Ze względu na podobieństwo do rodzimej regulacji nie wydaje się konieczne szczegółowe jej omawianie.

4. Przebieg przesłuchania

Świadkowie są przesłuchiwani pojedynczo w nieobecności zeznających później (§ 58 ust. 1 StPO). Jak już wcześniej wspomniano, przed samym przesłuchaniem należy przypomnieć świadkowi obowiązek zeznawania prawdy, ewentualnie wskazać na możliwość odebrania przyrzeczenia. W postępowaniu przygotowawczym prokuratura nie

⁸ L. Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung...*, op. cit., s. 177.
⁹ OLG Hamburg Beschl. z 29.12.1961, Ws 756/61, NJW 1962, 691.

¹⁰ Instytucję tę w Niemczech omawia się właśnie w ramach prawa do odmowy zeznań.
¹¹ OLG Hamburg Beschl. z 8.02.1984, 1 Ws 26/84, NJW 1984, 1635, BVerfG Beschl. z 6.02.2002, 2 BvR 1249/01, NJW 2002, 1411.

ma takiego uprawnienia, a zatem poprzestaje na przekazaniu informacji o powinnościach i uprawnieniach zeznającego (§ 161a ust. 1 StPO). Niepoinformowanie o treści § 57 StPO nie powoduje powstania zakazu wykorzystania dowodu.

Zgodnie z postanowieniem § 68 ust. 1 StPO przesłuchanie rozpoczyna się od zebrania danych osobopoznawczych świadka w postaci imion, nazwisk, wieku, stanowiska, wykształcenia i zawodu oraz miejsca zamieszkania.

Jeżeli istniałoby zagrożenie dla przesłuchiwanego lub innej osoby, można zezwolić świadkowi na podanie w to miejsce adresu miejsca pracy lub służby, bądź innego adresu, na który będą wysyłane wezwania. W postępowaniu głównym przy spełnieniu tych przesłanek przewodniczący zezwala na niepodawanie miejsca zamieszkania.

Kiedy zagrożenie staje się hipotetycznie większe, tj. upublicznienie tożsamości, miejsca zamieszkania lub pobytu świadka powodowałoby niebezpieczeństwo dla jego (bądź innej osoby) życia, zdrowia albo wolności, można zezwolić świadkowi na niepodawanie do protokołu informacji na temat swojej osoby albo posługiwanie się wcześniejszymi danymi (§ 68 ust. 3 StPO). Dokumentacja zawierająca dane przesłuchiwanego pozostaje w prokuraturze i dołącza się ją do akt dopiero, gdy zagrożenie minie. Świadek musi jednak na rozprawie głównej odpowiedzieć na ewentualne pytania, w jaki sposób nabył wiedzę o okolicznościach będących przedmiotem zeznania. Jedynie w razie konieczności można takiemu świadkowi zadawać pytania w celu zbadania jego wiarygodności, np. dotyczące jego stosunków z oskarżonym lub pokrzywdzonym.

Niemiecki kodeks nie przewiduje natomiast przesłuchania świadków na rozprawie głównej z zastosowaniem technicznych zabiegów maskujących, co teoretycznie dopuszczalne byłoby przy przesłuchaniu policyjnym. Świadek występujący przed sądem musi być osobiście obecny i widoczny¹², przynajmniej raz w ciągu całego postępowania,

12 D. Engels: Konsequenzen der BGH-Rechtsprechung zur Vernehmung von V-Männern, NJW 1983, 1530.

choć dopuszcza się niezbędne zabiegi techniczne w celu jego ochrony (zwłaszcza powtórnej wiktyimizacji), albo np. dokonania okazania¹³.

W postępowaniu przygotowawczym można bowiem nagrywać czynność na nośnikach obrazu i dźwięku (§ 58a StPO). Kodeks zaleca takie działanie w dwóch przypadkach: pokrzywdzonych w wieku poniżej 16 lat¹⁴ oraz osób, wobec których należałoby się obawiać, że nie będzie można przesłuchać ich na rozprawie, a nagranie jest nieodzowne dla wyjaśnienia prawdy. Wykorzystanie takiego nagrania zgodnie z § 58a ust. 2 StPO może nastąpić jednak tylko dla celów ścigania i tylko w takim zakresie, w jakim jest to nieodzowne dla wyjaśnienia prawdy o zdarzeniu (klauzula subsydiarności). Zasada ta nie dotyczy kontradiktoryjnych przesłuchań sądowych. Odtworzenie nagrania z przesłuchania świadka odbywa się z odpowiednim zastosowaniem przepisów o odczytaniu protokołu przesłuchania (§ 255a ust. 1 StPO). W postępowaniach o wymienione najpoważniejsze czyny przeciwko seksualnemu samostanowieniu, życiu, opiece i wolności, przesłuchanie świadka w wieku poniżej 16 lat może być zastąpione odtworzeniem jego wcześniej nagranych zeznań wyłącznie wtedy, kiedy w uprzednio podjętej czynności mieli możliwość wziąć udział oskarżony i jego obrońca (§ 255a ust. 2 StPO).

Drugą ewentualność uregulowano w § 168e StPO. W przypadku prawdopodobnego zagrożenia poważnym uszczerbkiem dla dobra świadka (*dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl des Zeugen*) przesłuchiwanego w obecności osób uprawnionych do udziału, jeżeli niebezpieczeństwa nie da się inaczej uniknąć, przewodniczący może zarządzić przeprowadzenie czynności z odosobnieniem świadka, tj. z zastosowaniem aparatury transmitującej obraz oraz dźwięk.

Przebieg przesłuchania „w sprawie” (*zur Sache*) reguluje § 69 StPO odpowiednio stosowany także w postępowaniu przygotowawczym. Zgodnie z tym przepisem świadkowi przed odebraniem zeznań

13 G. Decker, P. Kotz, W. Rubach: Die anwaltliche Tätigkeit in Strafsachen, Kissing 1993–2001, T. 4, rozdz. 6.10., s. 5.

14 Znajdują się one pod szczególną ochroną przepisów. Według np. § 241a StPO przesłuchania takich świadków dokonuje wyłącznie przewodniczący, za którego pośrednictwem można zadawać świadkowi pytania.

należy wskazać przedmiot sprawy i osobę oskarżonego. Następnie przesłuchiwanemu poleca się przekazanie, co jest mu wiadome w odniesieniu do tych zagadnień (tzw. *Bericht*). Świadek ma prawo do wypowiedzi spontanicznej, tj. nieprzerwanej pytaniami.¹⁵ Przy kolejnych przesłuchaniach natomiast faza ta może zostać ograniczona do odczytania poprzednich zeznań i pytania, czy podtrzymuje on wcześniejsze stanowisko.¹⁶ W dalszej części (*Verhör*) wolno zadawać pytania dla wyjaśnienia, uzupełnienia zeznania, jak też dla zbadania „podstawy, na której opiera się wiedza świadka” (*der Grund, auf dem das Wissen des Zeugen beruht*), a zatem, jak można mniemać, dla kontroli wypowiedzi.

Świadek podczas przesłuchania podlega ochronie. Istnieje wyraźny zakaz podejmowania wobec niego zabiegów z § 136a StPO charakteryzowanych przy okazji omawiania przesłuchania podejrzanego. Pytania, które mogłyby narazić na hańbę przesłuchiwanego lub osobę dla niego najbliższą w sensie § 52 ust. 1 StPO, albo dotyczące życia prywatnego mogą być stawiane tylko wtedy, kiedy jest to nieodzowne (§ 68a ust. 1 StPO). Pytania o uprzednią karalność wolno zadawać jedynie w razie konieczności, w szczególności dla podjęcia decyzji o odstąpieniu od zaprzyczenia lub dla oceny wiarygodności przesłuchiwanego.

Kiedy staje się oczywiste, iż świadek nie zdaje sobie sprawy z treści swoich uprawnień (np. w zakresie odmowy zeznawania), nie posiada pomocnika, a jego interesy nie mogą być chronione w inny sposób, na czas trwania przesłuchania za zgodą prokuratury można mu ustanowić na koszt państwa pomocnika procesowego będącego adwokatem (§ 68b StPO). W postępowaniach o zbrodnie i enumeratywnie wymienione cięższe występki, jak też popełnione w sposób zorganizowany ustanawia się go na wniosek świadka lub prokuratury, jeśli tylko spełnione zostały powyższe przesłanki.

Po zakończeniu przesłuchania świadek, o ile to wymagane, składa przyrzeczenie lub w inny sposób potwierdza prawdziwość swoich zeznań, po czym uzyskuje informacje na temat możliwości otrzymania

odszkodowania (*Entschädigung*) przewidzianego w przepisach szczególnych (§ 71 StPO). Co do zasady zwraca się mu koszty podróży, utraconego zarobku, a także inne niezbędne wydatki.

15 BVerfG Beschl. z 8.10.1974, 2 BvR 747/73, NJW 1975, 103–104.

16 Por. G. Strate, *Freie Beweiswürdigung und gebundene Beweiserhebung*, w: E.–W. Hanack, *Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am. 4. Juni 2002*, Berlin 2002, s. 613–614.

DOWODY RZECZOWE

W charakterystycznej dla *Strafprozessordnung* systematyce dowodów ścisłych znajdują się dodatkowo przepisy dotyczące dowodów rzeczowych i sposobów ich przeprowadzania. Jakkolwiek obejmują one wyłącznie odczytanie dokumentów i przeprowadzenie oględzin nie należy przez to rozumieć, że inne sposoby wyjaśniania stanu rzeczy (w szczególności kryminalistyczne metody identyfikacyjne) znajdują się poza sferą zainteresowania ustawodawcy. Wręcz przeciwnie – niemiecki kodeks postępowania karnego oraz inne ustawy w wielu miejscach wspominają o zastosowaniach techniki kryminalistycznej. Wprowadzanie płynących stąd informacji do procesu odbywa się jednak w opinii biegłego, a zatem przez dowód osobowy. W niniejszym rozdziale zostaną natomiast przedstawione tradycyjnie definiowane rzeczowe środki dowodowe (*sachliche Beweismittel*).

1. Dowód z dokumentu (Urkundenbeweis)

a. Pojęcie dokumentu

Zakres pojęcia dokumentu w procesie karnym odbiega od analogicznego używanego w § 267 StGB. W § 249 ust. 1 StPO ustawodawca używa terminu *Urkunden und andere als Beweismittel dienende Schriftstücke*, tj. dokumenty i inne pisma służące za środki dowodowe, sugerując istnienie różnicy między obiema kategoriami przedmiotów. W rzeczywistości rozróżnienie to pozostaje bez znaczenia, żaden z elementów koniunkcji nie występuje oddzielnie; dlatego w dalszej części, dla uproszczenia, używany będzie wyłącznie termin „dokument”. Należy przez niego rozumieć pismo każdego rodzaju¹, dające się od-

czytać i nadające się do tego, aby stanowiło dowód ze względu na swoją powszechnie zrozumiałą lub wymagającą interpretacji treść.² Nie mogą stanowić dokumentu zapisy sporządzone pismem skróconym bądź zaszyfrowanym, ani w języku obcym, gdyż do przekazania ich treści potrzebne są wiadomości specjalne wymagające opinii biegłego.³ Dopuszcza się dowodowy charakter kopii, odbitek, mikrofilmów i innych pochodnych form⁴, o ile zostały urzędowo poświadczona za zgodność z oryginałem. Ponieważ nie są one używane do badań kryminalistycznych, stanowisko takie nie powinno być oceniane negatywnie.

Oryginał dokumentu może być dodatkowo przedmiotem oględzin (i dalej badań kryminalistycznych) w celu potwierdzenia jego autentyczności, w szczególności występowania cech sfałszowania.

Przepis, nie zamykając katalogu, wymienia wśród przykładów dokumentów następujące kategorie:

- a. Wcześniej wydane wyroki karne (*früher ergangenen Strafurteile*). Równorzędnie traktuje się postanowienia oraz orzeczenia o umorzeniu postępowania przez prokuraturę, a także wyroki sądów cywilnych, administracyjnych i finansowych.
- b. Wyciągi z rejestrów karnych (*Straflisten*). Także ten termin interpretuje się szeroko słusznie zezwalając na odczytywanie informacji z *Bundes-*, *Vekrehrs-* i *Gewerbezentralregister*, a więc nie tylko w zakresie prawomocnych skazań oskarżonego i innych osób (np. świadków).
- c. Wyciągi z ksiąg kościelnych i akt stanu cywilnego (*Auszügen aus Kirchenbüchern und Personenstandsregistern*), głównie w zakresie potwierdzenia narodzin, małżeństwa lub śmierci.
- d. Protokoły oględzin sądowych (*Protokolle über die Einnahme des richterlichen Augenscheins*), o których będzie bliżej mowa w następnym podrozdziale.

² L. Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung...*, *op. cit.*, s. 877.

³ Warto zwrócić uwagę, że osoba zajmująca się tłumaczeniem może pełnić funkcję biegłego, kiedy tłumaczy treść np. dokumentu (*Übersetzer*) lub tłumacza (*Dolmetscher*) na podstawie § 185 GVG, kiedy przekłada w postępowaniu wypowiedzi uczestników procesu.

⁴ BGH Ur. z 22.06.1966, 2 StR 160/66, NJW 1966, 1719.

¹ Rozumienie odbiega więc od polskiej definicji zawartej w kk.

Z punktu widzenia przeprowadzania dowodu z dokumentem zrównano nagrania dźwięku i obrazu, które można odtworzyć, stosując odpowiednio przepisy o odczytaniu. Orzecznictwo dość kazuistycznie decyduje o tym, jakim pismom nadać charakter przedmiotu dowodu z dokumentu, zaliczając do nich np. protokół z badania zawartości alkoholu w oddechu, lecz już nie wydruk z urzędnia mierzącego tę wielkość. Przy tej okazji sformułowano ciekawe uogólnienie stwierdzając, że w myśl utrwalonego stanowiska BGH odczytaniu *in abstracto* podlega opis „procesu, którego wierne odtworzenie możliwe jest tylko przez osobę odbierającą go jednym lub kilkoma ze swoich pięciu zmysłów”.⁵

b. Przeprowadzenie dowodu z dokumentu

Zasadniczą formę przeprowadzenia dowodu z dokumentu stanowi jego odczytanie (*Verlesung*). Na zasadach ogólnych zarządza go przewodniczący, choć może być ono przedmiotem postanowienia sądu, nawet jeżeli nie zgłaszano wcześniej zastrzeżeń do rozstrzygnięcia organu jednoosobowego.⁶ Przewodniczący, wyznaczony przez niego członek składu orzekającego lub protokolant odczytują głośno treść dokumentu w całości lub w części (zawierającej elementy istotne z punktu widzenia postępowania). Czynność ta zgodnie z postanowieniami § 273 StPO musi być zaprotokołowana.

Od odczytania można odstąpić, jeżeli sędzia i ławnicy znają treść dokumentu, a pozostali uczestnicy postępowania mieli możliwość ją poznać. Od rozstrzygnięcia przez przewodniczącego prokuraturze, oskarżonemu i obrońcy przysługuje możliwość odwołania do całego składu. Odstąpienie oraz fakt odwołania także należy umieścić w protokole (§ 249 ust. 2 StPO).

c. Zakazy odczytania

Ustawa nie precyzuje dokładnie, kiedy należy przeprowadzić dowód z dokumentu; w związku z tym trzeba przyjąć, iż jest dopuszczalne, o ile przepis szczególny nie stanowi inaczej.

⁵ BGH Beschl. z 20.04.2004, 1 StR 145/04, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>
⁶ BGH Urt. z 19.12.1984, 2 StR 438/84, NJW 1985, 1848.

Przy okazji charakteryzowania zasady bezpośredniości przedstawiono przesłanki uzasadniające możliwość odczytania dokumentów w miejsce przeprowadzenia dowodów. Nie wolno natomiast odczytywać:

- a. Protokołów wcześniejszych przesłuchań z wyjątkiem sytuacji przewidzianych w § 251 StPO i § 253 oraz § 254 StPO (odczytanie zeznań świadka lub wypowiedzi biegłego poczynione dla przypomnienia lub wskutek sprzeczności z poprzednio złożonymi oraz dla celów przeprowadzenia dowodu na okoliczność przyznania się).
- b. Pisemnych oświadczeń (*schriftliche Erklärungen*), co do których panują kontrowersje. Z pewnością bowiem nie można odczytywać oświadczeń przygotowywanych przez obrońcę dla oskarżonego; w odniesieniu do pism tego ostatniego (np. pisemnych wyjaśnień) nie ma już tego zakazu.
- c. Problematicznie rysują się spisane treści z nagrań magnetofonowych: przyjmuje się, że można je odczytać w takim zakresie, w jakim dopuszczalne byłoby odtworzenie nagrania.
- d. Nie ma także zgody co do odczytywania dokumentów w języku obcym z jednoczesnym tłumaczeniem przez odczytującego.

2. Dowód z oględzin

a. Pojęcie oględzin

Oględziny (*Augenscheinbeweis*) polegają na poczynieniu zmysłowych spostrzeżeń o osobach lub rzeczach, nieuregulowany w formie innych dowodów osobowych lub rzeczowych.⁷ Ich celem, jak można wnosić z treści § 86 StPO, jest stwierdzenie okoliczności istotnych z dowodowego punktu widzenia, w szczególności śladów i cech charakterystycznych przedmiotu. Odgrywają bardzo istotną rolę, gwarantując zapewnienie realizacji zasady bezpośredniości. Z drugiej jednak strony nie nakazuje ona, jak można wnosić z analizy tekstu ustawy, konieczności zapoznania się z możliwie najbliższym rzeczowo elemen-

⁷ U. Eisenberg: *Beweisrecht...*, *op. cit.*, s. 899.

tem zdarzenia, jego miejscem czy przedmiotami, które tam znaleziono. Przeprowadzenie dowodu z oględzin, w przeciwieństwie do np. przesłuchania, może być zastąpione innymi czynnościami, przede wszystkim przesłuchaniami. Oczywiście nie powinno się z niego rezygnować, gdy wnioskuje o to strony.

b. Oględziny sądowe

Oględziny sądowe, jako dowód ścisły, dokonywane są przez wyznaczonego sędziego lub cały skład orzekający. Na wniosek prokuratury, oskarżonego i jego obrońcy, jak też z urzędu można zarządzić przyzwanie do czynności biegłego, który wspiera sąd swoimi wiadomościami specjalnymi – nie składając opinii. Poza medykami sądowymi niemiecki k.p.k. wspomina właściwie wyłącznie o chemiku, który winien zbadać zwłoki lub „podejrzane substancje” (*verdächtige Stoffe* – § 91 StPO) znalezione w ciele denata, kiedy zachodzi prawdopodobieństwo otrucia.

Podstawową przesłankę zarządzenia czynności stanowi obowiązek wyjaśnienia stanu rzeczy. Główne przyczyny, dla jakich sąd uczestniczy w oględzinach, to możliwość bliższego zetknięcia się z rzeczywistością i niepoprzestawanie na (często bardzo zawodnych) ludzkich relacjach, także oczekiwanie znalezienia lub potwierdzenia nowych dowodów.

Oględziny sądowe poza postępowaniem głównym przebiegają według postanowień § 86 StPO. Są one czynnością protokolowaną, a dodatkowo winno się sporządzić dokumentację rysunkową, fotograficzną itp. Wypowiedzi osób biorących udział mogą być zapisane, o ile służą lepszemu zrozumieniu przebiegu i wyników czynności.

Konsekwencją faktu sądowego charakteru czynności jest oczywiście wyraźne uprawnienie prokuratury, oskarżonego i jego obrońcy stron do udziału w niej (§ 168d ust. 1 StPO) na zasadach ogólnych, tj. z koniecznością zawiadomienia, ale także ograniczeniami, jakim podlega oskarżony odpowiadający nie z wolnej stopy. Dodatkowo podmiot ten może np. otrzymać nakaz opuszczenia miejsca, gdyby groziło to celom czynności (§ 168c ust. 3 StPO). Z drugiej jednak strony, kiedy w oględzinach uczestniczy biegły urzędowy, oskarżony i jego obroń-

ca mogą skorzystać z dobrodziejstwa oferowanego przez wspomniany już kilkakrotnie § 220 StPO zezwalający na wnioskowanie, a w przypadku jego bezskuteczności – wiążące wezwanie ekspertów, o których powołanie w charakterze biegłych mogą następnie wnioskować w postępowaniu głównym (§ 168d ust. 2 StPO). Oczywiście osoby te nie mogą przeszkadzać oficjalnie przyzwanemu biegłemu pod rygorem ich odsunięcia od czynności (§ 168 ust. 2 zd. 2 StPO). Organy procesowe mają prawo dopuszczenia do udziału w czynności także innych podmiotów. Najczęściej zaliczają się do nich funkcjonariusze policji czy innych służb, ale mogą być to np. osoby zamieszkałe w pobliżu i dobrze zorientowane w topografii miejsca.

Oględziny sądowe prowadzone w postępowaniu głównym odbywają się w sali rozpraw lub w miejscu, w którym sąd może podejmować czynność w postępowaniu także poza granicami swojego rejonu (§ 166 GVG). Ze względu na rygory rozprawy w czynności tej muszą brać udział wszyscy uprawnieni, choć mogą to robić sukcesywnie, a nie jednocześnie. Nie jest konieczne, aby między uczestnikami oględzin panowała jednomyślność co do treści spostrzeżeń zmysłowych, lecz sąd winien w razie potrzeby udzielać stosownych wyjaśnień, np. poprzez ustny opis przedmiotu przez przewodniczącego. Czynność ta musi być oczywiście protokolowana na zasadach ogólnych.

c. Oględziny pozasądowe

W doktrynie niemieckiej za oględziny pozasądowe uważa się czynność polegającą na zmysłowym zapoznaniu się z dowodami rzeczowymi poczynionym na polecenie sądu przez biegłego lub inną osobę, tzw. pomocnika (*Augenscheinsgehilfe*).

W pierwszym wypadku oględziny stanowią formę zapoznania się biegłego z przedmiotem poddanym badaniom i służą do zebrania spostrzeżeń na użytek formułowanej następnie opinii. Mieszczą się zatem w zadaniach biegłego. Oględziny prowadzone przez inne organy pomocnicze, w tym nawet przez prokuraturę są – rzecz jasna – dopuszczalne, ale podejmuje się je głównie w celu ustalenia, jakie czynności należałoby dalej wdrożyć, kogo przesłuchać w charakterze świadka,

a nie bezpośrednio dla uzyskania dowodu.⁸ Spostrzeżenia prowadzących mogą być włączane do procesu wyłącznie poprzez przesłuchanie prokuratora, policjanta czy innej osoby, a nie odczytanie sporządzonych przez nich notatek, które objęte zostało wyraźnym zakazem.⁹

Zasadniczą przesłankę dopuszczalności oględzin pozasądowych stanowi niemożność dokonania czynności sądowej, wynikająca ze względów prawnych lub faktycznych.¹⁰ Pierwsza sytuacja może zachodzić chociażby w odniesieniu do przedmiotów znajdujących się w miejscu niedostępnym (np. pod wodą), druga – w odniesieniu do ciała osoby odmiennej płci. Z drugiej strony, ze względu na możliwość zastępowania dowodów rzeczowych osobowymi, organ sądowy może po prostu uznać przeprowadzenie czynności za niecelowe, także dlatego że w konkretnym przypadku nie przyczynią się one do wyjaśnienia stanu rzeczy (zwłaszcza na etapie postępowania głównego).

Kontrowersyjnie przedstawia się kwestia uprawnienia oskarżonego i jego obrońcy do udziału w oględzinach pozasądowych. Z jednej strony StPO nie przyznaje im wyraźnie takiego prawa (w ogóle nie normując szczegółowo przebiegu tej czynności, podobnie jak innych dowodów w sensie swobodnym), z drugiej jednak należy stwierdzić, że oględziny pozasądowe przeprowadzane są przecież na zlecenie organu sądowego przez podmioty zobowiązane do zachowania obiektywizmu. Problem ma charakter znacznie szerszy i dotyczy w ogóle uprawnień *Augenscheinsgehilfe* do zarządzania poszczególnymi czynnościami, np. do przybrania biegłego. Nie wchodząc w skomplikowane rozważania doktrynalne należy powiedzieć, że ze względu na charakterystyczną pozycję prokuratury w niemieckim postępowaniu karnym, nie należałoby kwestionować jej kompetencji w zakresie kształtowania przebiegu omawianej czynności.

8 W odniesieniu do oględzin prokuratorskich lub policyjnych dosł.: „Derartige Maßnahmen liefern [...] keinen ‘vollen Beweis’”, H.–J. Rudolphi (red.): *Systematischer Kommentar...*, *op. cit.*, komentarz do § 86, s. 2.

9 M. Lemke (i in.): *Heidelberger Kommentar*, *op. cit.*, s. 242.

10 Samodzielnej działalności prokuratury lub policji polegającej na zmysłowym zapoznawaniu się z miejscem zdarzenia odmawia się niekiedy miana oględzin, nazywając ją *nichttrichterliche Besichtigung*. Por. L. Meyer–Goßner, *Strafprozessordnung...*, *op. cit.*, s. 286–287.

d. Przedmiot oględzin

Z § 86 StPO nie wynika, co może być przedmiotem oględzin. Ustawodawca pozostawił wykładnię orzecznictwu, które słusznie stwierdziło, że czynność ta może objąć wszelkie rzeczowe środki dowodowe, jakie sędzia uzna za wskazane dla stworzenia przekonania o stanie faktycznym.¹¹ Szczegółowe przepisy dotyczą jedynie oględzin (*Leichenschau*) i otwarcia zwłok (*Leichenöffnung*).

W razie podejrzenia przestępnego spowodowania śmierci (33 RiStBV) prokuratura, co stanowi regułę, lub wyjątkowo na jej wniosek – sędzia dokonuje oględzin zwłok. Czynność przebiega z udziałem lekarza, chyba że jest on zbędny ze względu na oczywistość wyjaśnienia stanu faktycznego (§ 87 ust. 1 StPO). Lekarz, który nie musi być specjalistą z zakresu medycyny sądowej, pełni rolę biegłego. O dokonaniu prokuratorskich oględzin zwłok czyni się wzmiankę w aktach; natomiast czynność sądowa wymaga sporządzenia protokołu.

Warunek konieczny precyzyjnie uregulowanego otwarcia zwłok stanowi obowiązek stwierdzenia czasu lub przyczyny śmierci, kiedy w rachubę wchodzi udział czynnika obcego w jej spowodowaniu.¹² Sekcję zarządza co do zasady sędzia; w przypadku, gdyby zwłoka zagrażała celom postępowania, uprawnienie to przechodzi na prokuratorę (§ 87 ust. 4 StPO). Czynność tę przeprowadzają dwaj lekarze, spośród których jeden musi być lekarzem sądowym¹³ lub kierownikiem publicznego instytutu medycyny sądowej albo patologii, względnie lekarzem w inny sposób upoważnionym do tego i posiadającym stosowną wiedzę. Lekarz, który leczył zmarłego, nie może dokonywać otwarcia zwłok, choć można go przybrać do czynności, w szczególności dla przytoczenia historii choroby. Prokuraturze przysługuje swobodne uznanie w zakresie udziału jej przedstawiciela zawsze mającego takie uprawnienie. Na wniosek prokuratury otwarcia zwłok dokonuje się w obecności sędziego (§ 87 ust. 2 StPO). Niezależnie od trybu przeprowadzania, z sekcji sporządza się protokół, a lekarzy zasadniczo przesłuchuje się w charakterze biegłych.

11 BGH Urt. z 12.08.1960, 4 StR 48/60, NJW 1960, 2156.

12 BVerfG Beschl. z 18.01.1994, 2 BvR 1912/93, NJW 1994, 783.

13 Definicja: OVG Berlin Urt. z 28.03.1960, OVG VI B 48/57, NJW 1961, 984.

Przed przystąpieniem do sekcji w postaci, o ile pozwala na to stan zachowania zwłok, otwarcia trzech jam ciała (§ 89 StPO), powinna zostać stwierdzona tożsamość zmarłego (§ 88 ust. 1 StPO). Dla tego celu dopuszcza się przesłuchanie osób, które mogły go znać, jak też podjęcie opisanych powyżej czynności dla celów rozpoznawczych, w szczególności także pobranie materiału do badań genetycznych. O ile w postępowaniu występuje już podejrzany, zwłoki powinny być mu okazane w celu rozpoznania (§ 88 ust. 2 StPO).

Dla celów przeprowadzenia czynności może być zarządzona ekshumacja (§ 88 ust. StPO).

ZAKOŃCZENIE

Na początku tej książki wspomniano o ogromie zagadnień, będących jej przedmiotem. Po dokonanych przeglądzie najważniejszych tematów liczbą pytań i problemów z nimi związanych nie zmniejsza się, a wręcz rośnie. To cecha charakterystyczna dla każdej gałęzi prawa – im bardziej się w nią zagłębiamy, tym więcej pojawia się wątpliwości. I choć nie sposób ich rozwiązać, to wartością samą w sobie staje się głębsza refleksja.

Jednym z zadań tej pracy było przekazanie odmiennego niż rodzime spojrzenia na proces karny obcego państwa. Zabieg ten może wydawać się kontrowersyjny, lecz zmiana perspektywy pozwala często dostrzec problemy, których na co dzień w odniesieniu do własnego prawa nie zauważamy lub nie poświęcamy im dostatecznej uwagi. Tytułem przykładu można wskazać tu regulację w zakresie badań DNA, znaczenie zasady prawdy i legalizmu, oddalenie wniosku dowodowego ze względu na przedłużanie postępowania, nadużycie uprawnień procesowych czy wreszcie granice ingerencji władzy publicznej w prawa jednostki. Nie należy uznawać rozwiązań niemieckich w tym zakresie za modelowe; warto jednak, także rozmyślając nad ewentualnymi nowelizacjami, zapoznać się z obcymi rozwiązaniami i ich uzasadnieniem.

Projektując reformy polskiego procesu karnego należałoby spojrzeć na dzieje *Strafprozessordnung*, nowelizowanej, choć obowiązującej od ponad wieku. Nieuchronnie musi pojawić się refleksja, że nie zawsze należy wprowadzać nową ustawę, kiedy stara nie wydaje się spełniać pokładanych w niej oczekiwań. Niektóre instytucje mogą i powinny być oczywiście wprowadzane lub likwidowane, lecz zmiana przepisów nie pociąga za sobą automatycznej zmiany mentalności i kultury prawnej. Tę bowiem w trudny do oszacowania sposób kształtuje także orzecznictwo, które ponadto przez twórczą jakkolwiek nie rewolucyjną wykładnię interpretuje normy w zmieniających się warun-

kach, co bardzo wyraźnie można dostrzec obserwując prace najpierw *Reichsgerichtu*, później *Bundesgerichtshofu*.

Mimo niechęci systemu kontynentalnego do pojęcia *precedensu*, metoda prawoporównawcza musi się odwoływać do niego. Bogactwo niemieckiego orzecznictwa, komentarzy i niemal ciągła, ponadstuletnia praktyka stanowią niewyczerpane źródło stanów faktycznych i rozważań prawnych. Temat z pewnością zasługuje więc na dalsze badania, choć dużą trudnością wydaje się odmienność siatki pojęciowej. Tym więc należałoby się zająć w pierwszej kolejności. Nie ulega wątpliwości, że przyczyni się to także do rozwoju systemu polskiego prawa karnego procesowego.

Bibliografia

1. Literatura

1. Amelung, K., Marszał, K. (red.): Stosowanie środków przymusu w procesie karnym. Problem karnoprosesowych ograniczeń praw obywatelskich, Katowice 1990
2. Baumann, M.: *Eigene Ermittlungen des Verteidigers*, Baden-Baden 1999
3. Bayerlein, W.: *Praxishandbuch. Sachverständigenrecht*, München 2002
4. Beulke, W.: *Der Verteidiger im Strafverfahren. Funktionen und Rechtsstellung*, Frankfurt am Main 1980
5. Beulke, W.: *Die Vernehmung des Beschuldigten – Einige Anmerkungen aus der Sicht der Prozesswissenschaft*, „Strafverteidiger“ 5/1990
6. Beulke, W.: *Strafprozessrecht*, Heidelberg 2002
7. Blickle, P. P. Kissling, H. Schmidt: *Gute Policey als Politik im 16. Jahrhundert*, Frankfurt 2003
8. Bock, J.: *Begriff, Inhalt und Zulässigkeit der Beweislastumkehr im materiellen Strafrecht*, Frankfurt/Main 2001
9. Boese, M.: *Die Immunität von Europol – ein unterschätztes Verfolgungshindernis?*, NJW 1999, 2416
10. Brei, G.: *Grenzen zulässigen Verteidigerhandelns*, München 1991
11. Brodag, W.-D.: *Kriminalistik. Grundlagen der Verbrechenbekämpfung*, Stuttgart 2001
12. Cieślak, M.: *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, Warszawa 1955
13. Cieślak, M.: *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1971
14. Czekał, M.: *Swoboda wypowiedzi oskarżonego*, „Palestra” 7/1988
15. Dahs, H.: *Handbuch des Strafverteidigers*, Köln 1999
16. Dicke, W.: *EUROPOL – Wieviel Immunität darf es sein?*, Deutsche Polizei 3/1998
17. Decker, G., P. Kotz, W. Rubach: *Die anwaltliche Tätigkeit in Strafsachen*, Kissing 1993–2001
18. Doda, Z.; Gaberle, A.: *Dowody w procesie karnym. Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz, t. I*, Warszawa 1995
19. Eisenberg, U.: *Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar*, München 2002

20. Engels, D.: Konsequenzen der BGH-Rechtsprechung zur Vernehmung von V-Männern, NJW 1983, 1530
21. Frister, H.: Glosa do wyroku BGH z 03.08.1988 – 2 Str 360/88 LG Frankfurt/M, „Strafverteidiger“ 9/1989
22. Gaede, K., Verfahrensverzögerung durch zur Zurückweisung führende staatliche Verfahrensfehler und Detailprüfung des Beschleunigungsgebots in Haftsachen, Höchststrichterliche Rechtsprechung Strafrecht 12/2005
23. Geisler, C.: Verdeckte Ermittler und V-Personen im Strafverfahren, Wiesbaden 2001
24. Glaser, S.: Polski proces karny w zarysie, Kraków 1934
25. Goldschmidt, J.: Der Prozess als Rechtslage, Berlin 1925
26. Greiser, P.; Artkämper, H.: Die „gestörte“ Hauptverhandlung – eine praxisorientierte Fallübersicht, Bielefeld 2001
27. Grzegorzczak, T.: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Kraków 2001
28. Grzegorzczak, T., J. Tylman: Polskie postępowanie karne, Warszawa 2005
29. Hamm, R.; Lohberger, I.: Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger, München 2002
30. Hanausek, T.: Przemoc jako forma działania przestępnego, Kraków 1966
31. Hefendehl, R.: Die neue Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO: Segen oder Fluch?, Strafverteidiger 6/2001
32. Hofmański, P.; Sadzik, E.; Zgryzek, K.: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 1999
33. Jessnitzer, K.; Frieling, G.: Der gerichtliche Sachverständige. Ein Handbuch für die Praxis, Köln 1992
34. Kalinowski, S.: Polski proces karny w zarysie, Warszawa 1979
35. Kleszczewski, D.: Das System der Ablehnungsgründe der §§ 244 f. StPO – zugleich ein Beitrag zur Konnexität von Beweismittel und Beweistatsache, Höchststrichterliche Rechtsprechung Strafrecht, 1/2004.
36. Kmiecik, R.: Dowód ścisły w procesie karnym, Lublin 1983
37. Knemeyer, F.L.: Von der Hoheitspolizei zur Bürgerpolizei http://www.polizei.bayern.de/bpp/Blickpunkt/6_2001/vortrag_knemeyer.pdf;
38. Koranyi, K.: Powszechna historia prawa, Warszawa 1976

39. Kramer, B.: Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, Stuttgart-Berlin 1999
40. Krekeler, W.: Strafrechtliche Grenzen der Strafverteidigung, w: P. Cramer, S. Cramer (red.): Anwalts-Handbuch Strafrecht, Köln 2002
41. Krekeler, W.: Strafrechtliche Grenzen der Verteidigung, NStZI 4/1989
42. Krümpelmann, J.: Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff, Berlin 1966
43. Kruszyński, P.: Prawo podejrzanego do obrony w nowym k.p.k. w: Nowa kodyfikacja karna. Zagadnienia węzłowe, Warszawa 1997
44. Kruszyński, P.: Stanowisko prawne obrońcy w procesie karnym, Białystok 1990
45. Kruszyński, P.: Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym, Warszawa 1983
46. Kühne, H.-H.: Ausschluß der Öffentlichkeit im Strafverfahren. Anhörung medizinischer und psychologischer Sachverständiger, NJW 1971, 227
47. Kühne, H.H.: Strafprozeßrecht, Heidelberg 1999
48. Kulesza, C.: Sędzia śledczy w modelu postępowania przygotowawczego na tle prawnoporównawczym, Białystok 1991
49. Kunigk, F.: Prozessführung und Strafverteidigung, Stuttgart (i in.) 1979
50. Kurcz, I.: Pamięć, uczenie się, język. w: T. Tomaszewski (red.): Psychologia ogólna, Warszawa 1992, t. 3
51. Lemke, M.; Julius, K.; Krehl, Ch.; Kurth, H.-J.; Rautenberg, E.; Temming, D.: Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, Heidelberg 2001
52. Lipczyńska, M.: Polski proces karny. Zagadnienia ogólne, Warszawa 1986
53. Lipczyńska, M.; Kordik, A.; Kegel, Z.; Świda-Łagiewska, Z.: Polski proces karny, Warszawa – Wrocław 1971
54. Lyczywek, R.: Wypowiedzi w warunkach wyłączających ich swobodę (art. 157 § 2 k.p.k.), „Państwo i Prawo” 4/1974
55. Malek, K., W. Wohlers, Zwangsmaßnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren, Heidelberg 2001
56. Marszał, K., S. Stachowiak, K. Zgryzek: Proces karny, Katowice 2005
57. Marszał, K.: Prawo karne procesowe, Warszawa 1988

58. Meyer, H.; Wolf, K. ; R. Müller: Kriminalistisches Lehrbuch der Polizei, Hilden 2003
59. Meyer-Goßner, L.: Strafprozessordnung. Kommentar, München 2003
60. Müller, E.: Über Probleme des Sachverständigenbeweises im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren, w: Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Gerhard Lücke zum 70. Geburtstag, Saarbrücken, 1997
61. Murzynowski, A.: Istota i zasady procesu karnego, Warszawa 1994
62. Musialik-Dudzińska, G.: Podmioty uprawnione do zarządzenia podsłuchu elektronicznego oraz forma i treść decyzji w tym przedmiocie na gruncie prawa niemieckiego, w: Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga Pamiątkowa ku czci prof. Kazimierza Marszała, Katowice 2003
63. Musielak, H., J.: Stadler, M.: Grundfragen des Beweisrechts, München 1984
64. Nierhaus, M.: Beweismaß und Beweislast. Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozeß, München 1989
65. Ostendorf, H.: Strafvereitelung durch Strafverteidigung. Zur Diskussion um Gründe und Leitbild berufsmäßiger Strafverteidigung, NJW 1978, 1349
66. Peters, H.: Strafprozeßrecht. Ein Lehrbuch, Heidelberg, 1985
67. Rieß, P. (red.): Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Grosskommentar (Löwe/Rosenberg), Berlin 1997
68. C. Roxin: Strafprozeßrecht, München 1997
69. Roxin, C.: Strafverfahrensrecht, München 1998
70. Rudolphi, H.-J. (red.) Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Berlin 2001
71. Rüping, H., Das Strafverfahren, München 1997
72. Sabrotzky, M.: Die außergerichtliche Erledigung von Strafsachen durch die gemeindlichen Schiedsstellen in den neuen Bundesländern und durch den Conciliateur in Frankreich, Frankfurt/M. 1997
73. Schmidt, E.: Lehrkommentar zur StPO und GVG, Göttingen 1964
74. Schmidt, E.: Zur Problematik der Entziehung der Verteidigungsbefugnis, NJW 1963, 1753
75. Schönke, A.; Schröder, H.(red.): Strafgesetzbuch. Kommentar, München 2001
76. Senge, L.: Die Neuregelung der forensischen DNA-Analyse, NJW 2005, 3028
77. Strate, G.: Freie Beweiswürdigung und gebundene Beweiserhebung, w: Hanack, E.-W.: Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002, Berlin 2002
78. Stree, W.: In dubio pro reo, Tübingen 1962
79. Śliwiński, S.: Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne, W-wa 1959
80. Tondorf, G.: Der Psychologische und psychiatrische Sachverständige im Strafverfahren, Heidelberg 2002
81. Tylman, J.: Oportunizm w postępowaniu karnym RFN, „Nowe Prawo” 10-12/1989
82. Wahrig, G. (red.), Wörterbuch der deutschen Sprache, Nördlingen 2000
83. Waltoś, S.: Proces karny. Zarys systemu, Warszawa 2002
84. Waltoś, S.: Swoboda wypowiedzi osoby przesłuchiwanej w procesie karnym, „Państwo i Prawo” 10/1975
85. Wassermann, R. (red. nac.) Reihe Alternativkommentare. Kommentar zur Strafprozessordnung, Neuwied-Berlin 1992
86. Weigend, E.: Dowód z badań poligraficznych w niemieckim i polskim procesie karnym u progu XXI wieku, w: Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga pamiątkowa ku czci prof. S. Waltosia, Warszawa 2000
87. Weigend, T.: Wechselverhör in der Hauptverhandlung?, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ 3/1988
88. Weihmann, R.: Kriminalistik. Ein Grundriss für Studium und Praxis, Hilden 2002,
89. Weihrauch, M.: Verteidigung im Ermittlungsverfahren, Heidelberg 1997
90. Wieszorek, S.: Die schriftliche Äußerung, „Kriminalistik” 1/1981, 25
91. Wimmer, W.: Parapsychologen als Sachverständige? NJW 1976, 1131
92. Zimmerling, W.: Die Rechtsprobleme der Rechtsprofessoren, <http://www.zimmerling.de>

2. Orzecznictwo

a. ETPC

- Axen v. Niemcy*, orzeczenie z 8.12.1983, A.72, skarga 8273/78
Colak v. Niemcy, orzeczenie z 6.12.1988, A.147, skarga 9999/82
Croissant v. Niemcy, orzeczenie z 25.09.1992, A.237–B, skarga 13611/88,
Deumeland v. Niemcy, orzeczenie z 29.05.1986, A. 100, skarga 9384/81
Eckle v. Niemcy – orzeczenie z 15.07.1982, A. 51, skarga 8130/78
Hennings v. Niemcy, orzeczenie z 19.12.1992, A251–A, skarga 12129/86
Luedicke, Belkacem i Koç v. Niemcy, orzeczenie z 28.11.1978, A.29,
Öztürk v. Niemcy, orzeczenie z 21.02.1984, A. 73, skarga 8544/79
Pakelli v. Niemcy, orzeczenie z 25.04.1983, A.64, skarga 8398/78

b. Sądy niemieckie

1. BayOBLG, Beschl. z 20.12.1977, RReg 2 Z 95/77, NJW 1978, 1488
2. BerlVerfGH, Beschl. z 12.1.1993, VerfGH 55/92, NJW 1993, 515
3. BGH, Beschl. z 2.9.1960, 4 StR 311/60, NJW 1960, 2202
4. BGH, Beschl. z 29.5.1963, 6 BJs 497/62, StB 5/63, NJW 32/1963, 1462
5. BGH, Beschl. z 21.12.1973, 1 StR 267/72, NJW 1973, 521
6. BGH, Beschl. z 14.5.1974, 1 StR 366/73, BGHSt, 25, 331
7. BGH, Beschl. z 9.11.1977, 3 StR 454/77, NJW 1978, 330
8. BGH, Beschl. z 21.2.1978, 1 StR 624/77, NJW 1978, 1207
9. BGH, Beschl. z 5.8.1982, 4 StR 401/82, NStZ 1982, 477
10. BGH, Beschl. z 9.6.1987, 1 StR 236/87, <http://www.recht.com>
11. BGH, Beschl. z 21.3.1989, 5 StR 120/88, <http://www.recht.com>
12. BGH, Beschl. z 14.2.1990, 3 StR 426/89, <http://www.recht.com>
13. BGH, Beschl. z 27.2.1992, 5 StR 190/91, BGHSt, 38, 220
14. BGH, Beschl. z 15.5.1992, 3 StR 419/91, BGHSt, 38, 291
15. BGH, Beschl. z 30.3.1995, 4 StR 33/95, NJW 1995, 2645
16. BGH, Beschl. z 19.12.1995, 4 StR 170/95, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>

17. BGH, Beschl. z 23.3.1996, 1 StR 685/95, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>
18. BGH, Beschl. z 28.2.1997, StB 14/1996, NJW 1997, 1591
19. BGH, Beschl. z 6.11.1998, 3 StR 511/97, „Wistra. Zeitschrift für Wirtschafts- und Strafrecht“ 1999, 67.
20. BGH, Beschl. z 5.1.2000, 3 StR 560/99, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr>
21. BGH, Beschl. z 19.1.2000, 3 StR 531/ 99, <http://www.lexetius.com>
22. BGH, Beschl. z 9.5.2000, 1 StR 106/00, NJW 2000, 2435
23. BGH, Beschl. z 12.9.2000, 4 StR 305/00, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr>
24. BGH, Beschl. z 29.3.2001, 3 StR 39/01, NStZ–RR 2001, 294
25. BGH, Beschl. z 30.3.2001, StB 4 i 5/01, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr>
26. BGH, Beschl. z 15.5.2001, 4 StR 306/00, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr>
27. BGH, Beschl. z 15.8.2001, 3 StR 187/01, <http://www.recht-in.de/hrr>
28. BGH, Beschl. z 26.9.2001, 2 StR 340/01, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr>
29. BGH, Beschl. z 22.11.2001, 4 StR 481/01, <http://www.recht.com>
30. BGH, Beschl. z 5.2.2002, 5 StR 617/01, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr>
31. BGH, Beschl. z 11.6.2002. X ZB 27/01, <http://www.rws-verlag.de/bgh-free/>
32. BGH, Beschl. z 13.6.2002, 3 StR 151/02, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr>
33. BGH, Beschl. z 3.12.2003, 5 StR 249/ 03, <http://lexetius.com>
34. BGH, Beschl. z 20.4.2004, 1 StR 145/04, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>
35. BGH, Beschl. z 15.9.2004, 1 StR 304/04, <http://www.bundesgerichtshof.de>
36. BGH, Urt. z 10.4.1953, 1 StR 145/53, NJW 1953, 1314
37. BGH, Urt. z 8.7.1955, 5 StR 233/55, NJW 1955, 1765
38. BGH, Urt. z 14.6.1960, 1 StR 683/59, BGHSt 14, 358, 365
39. BGH, Urt. z 12.8.1960, 4 StR 48/60, NJW 1960, 2156
40. BGH, Urt. z 28.6.1961, 2 StR 194/61, NJW 1961, 2070
41. BGH, Urt. z 12.12.1961, 3 StR 35/61, BGHSt t. 17, 28
42. BGH, Urt. z 9.5.1963, 3 StR 19/63, NJW 1963, 1364
43. BGH, Urt. z 24.3.1964, 3 StR 60/63, NJW 1964, 1234
44. BGH, Urt. z 20.7.1965, 5 StR 241/65, NJW 1965, 2017

45. BGH, Urt. z 22.6.1966, 2 StR 160/66, NJW 1966, 1719 i nast.
46. BGH, Urt. z 11.11.1966, 4 StR 387/66, NJW 1967, 359
47. BGH, Urt. z 6.9.1968, 4 StR 339/68, NJW 1968, 2297
48. BGH, Urt. z 30.5.1972, 4 StR 180/72, NJW 1972, 1334
49. BGH, Urt. z 24.2.1976, 1 StR 764/75, NJW 1976, 977
50. BGH, Urt. z 22.2.1978, 2 StR 334/77, NJW 1978, 1390
51. BGH, Urt. z 21.3.1979, 2 StR 453/78, NStZ 1981, 297
52. BGH, Urt. z 3.10.1979, 3 StR 264/79, NJW 1980, 64–65,
53. BGH, Urt. z 6.11.1980, 4 StR 156/80, StV 1981, 55
54. BGH, Urt. z 18.11.1980, VI ZR 151/78, NJW 1981, 745
55. BGH, Urt. z 21.4.1982, 2 StR 657/81, NJW 1982, 2201
56. BGH, Urt. z 17.9.1982, 2 StR 139/82, NJW 1983, 126
57. BGH, Urt. z 6.12.1983, 5 StR 677/83, StV 1985, 311
58. BGH, Urt. z 20.12.1983, 5 StR 763/82, StV 1984, 114
59. BGH, Urt. z 19.12.1984, 2 StR 438/84, NJW 1985, 1848
60. BGH, Urt. z 9.4.1986, 3 StR 551/85, BGHSt 34, 45
61. BGH, Urt. z 2.7.1986, 3 StR 87/86, StV 1986, 465
62. BGH, Urt. z 23.7.1986, 3 StR 164/86, NJW 1987, 1955
63. BGH, Urt. z 6.8.1987, 4 StR 333/87, NJW 1988, 1223
64. BGH, Urt. z 9.12.1987, 3 StR 104/87, BGHSt 35, 137
65. BGH, Urt. z 21.4.1988, III ZR 255/86, NJW 1989, 96
66. BGH, Urt. z 11.5.1988, 3 StR 566/87, NJW 1989, 465
67. BGH, Urt. z 3.8.1988, 2 StR 360/88, StV 1989, 234
68. BGH, Urt. z 17.11.1989, 2 StR 48/89, StV 1992, 356
69. BGH, Urt. z 15.2.1990, 4 StR 658/89, StV 1990, 391
70. BGH, Urt. z 16.5.1990, 2 StR 637/89, <http://www.recht.com>
71. BGH, Urt. z 31.5.1990, 4 StR 112/90, BGHSt t. 37, 48
72. BGH, Urt. z 12.8.1992, 5 StR 239/92, NJW 1992, 2976
73. BGH, Urt. z 29.10.1992, 4 StR 126/92, NJW 1993, 338
74. BGH, Urt. z 11.5.1993, VI ZR 243/92, NJW 1993, 2382
75. BGH, Urt. z 26.8.1993, 4 StR 364/93, BGHSt 39, 312
76. BGH, Urt. z 24.2.1994, 4 StR 317/93, BGHSt 40, 66

77. BGH, Urt. z 21.7.1994, 1 StR 83/94, BGHSt 40, 211
78. BGH, Urt. z 21.10.1994, 2 StR 328/94, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/>
79. BGH, Urt. z 7.3.1995, 1 StR 685/94, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>
80. BGH, Urt. z 12.1.1996, 5 StR 756/94, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/>
81. BGH, Urt. z 17.6.1996, 5 StR 121/96, BGHSt, 42, 191, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/>
82. BGH, Urt. z 4.3.1997, 1 StR 657/96, <http://www.recht.com>
83. BGH, Urt. z 22.4.1997, 1 StR 701/96, BGHSt 43, s. 53, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/>
84. BGH, Urt. z 12.6.1997, 5 StR 58/97, NJW 1997, 2764
85. BGH, Urt. z 28.1.1998, 3 StR 575/96, NJW 1998, 1234
86. BGH, Urt. z 12.2.1998, 4 StR 428/97, <http://www.oefre.unibe.ch/>
87. BGH, Urt. z 25.3.1998, 3 StR 686/97, NJW 1998, 2229
88. BGH, Urt. z 29.9.1999, 2 StR 218/99, NStZ 2000, 48
89. BGH, Urt. z 10.11.1999, 3 StR 361/99, NJW 2000, 748
90. BGH, Urt. z 27.11.1999, 3 StR 241/99, <http://www.recht.com>
91. BGH, Urt. z 10.2.2000, 4 StR 558/99, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/>
92. BGH, Urt. z 11.2.2000, 3 StR 377/99, NJW 2000, 1661
93. BGH, Urt. z 18.5.2000, 4 StR 647/99, BGHSt 46, s. 73, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/>
94. BGH, Urt. z 17.2.2005, 4 StR 500/04, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr>
95. BVerfG, Beschl. z 8.11.1960, 2 BvR 177/60, BVerfGE 12, 6, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/>
96. BVerfG, Beschl. z 10.7.1963, 1 BvR 790/58, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/>
97. BVerfG, Beschl. z 15.12.1965, 1 BvR 513/65, NJW 1966, 243
98. BVerfG, Beschl. z 3.5.1966, 1 BvR 58/66, BVerfGE 20, 49
99. BVerfG, Beschl. z 27.7.1966, 1 BvR 296/66, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/>
100. BVerfG, Beschl. z 31.1.1973, 2 BvR 454/71, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/>
101. BVerfG, Beschl. z 8.10.1974, 2 BvR 747/73, NJW 1975, 103

102. BVerfG, Beschl. z 3.12.1975.2 BvL 7/74, BVerfGE 40, s. 356, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr>
103. BVerfG, Beschl. z 24.5.1977, 2 BvR 988/75, BVerfGE 44, 353
104. BVerfG, Beschl. z 19.6.1979, 2 BvR 1060/78, NJW 1979, 2349
105. BVerfG, Beschl. z 26.5.1981, 2 BvR 215/81, BVerfGE 57, 250, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/>
106. BVerfG, Beschl. z 26.5.1981, 2 BvR 215/81, BVerfGE 57, 250, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr>
107. BVerfG, Beschl. z 23.7.1982, 2 BvR 8/82, NStZ 1982, 430
108. BVerfG, Beschl. z 24.4.1986, 2 BvR 1146/85, NJW 1986, 2241
109. BVerfG, Beschl. z 18.1.1994, 2 BvR 1912/93, NJW 1994, 783
110. BVerfG, Beschl. z 24.2.1995, 2 BvR 345/95, NJW 1995, 1951
111. BVerfG, Beschl. z 2.8.1996, 2 BvR 1511/96, NJW 1996, 3071
112. BVerfG, Beschl., z 27.5.1997, 2 BvR 1992/92, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/>
113. BVerfG, Beschl. z 10.5.1998, 2 BvR 1753/97, <http://www.bverfg.de/>
114. BVerfG, Beschl. z 6.6.2001, 2 BvR 828/01, <http://www.bverfg.de/>
115. BVerfG, Beschl. z 13.9.2001, 2 BvR 1316/01, <http://www.bverfg.de/>
116. BVerfG, Beschl. z 20.9.2001, 2 BvR 1349/01, NJW 2002, 51
117. BVerfG, Beschl. z 9.10.2001, 2 BvR 1523/01, NJW 2002, 283
118. BVerfG, Beschl. z 10.10.2001, 2 BvR 1620/01, <http://www.lexetius.com>
119. BVerfG, Beschl. z 5.11.2001, 2 BvR 1551/01, <http://www.bverfg.de>
120. BVerfG, Beschl. z 6.2.2002, 2 BvR 1249/01, NJW 2002, 1411
121. BVerfG, Beschl. z 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, <http://www.hrr-stra-frecht.de/hrr/>
122. BVerfG, Beschl. z 29.11.2004, 2 BvR 1034/02, <http://www.bverfg.de/entscheidungen/>
123. BVerfG, Urt. z 19.3.1959, 1 BvR 295/58, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr>
124. BVerfG, Urt. z 7.7.1970, 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 i 308/69, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr>
125. BVerfG, Urt. z 15.8.1996, 2 BvR 2600/95, NJW 1996, 3202
126. BVerfG, Urt. z 20.2.2001, 2 BvR 1444/00, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/>
127. Pl. BVerfG, Beschl. z 8.4.1997, 1 PBvU 1/95, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr>
128. OLG Celle, Urt. z 31.5.1988 . 1 Ss 117/88, NStZ 1988, 426
129. OLG Dresden, Beschl. z 1.8.2001, 3 Ss 25/01, NJW 2001, 3643
130. OLG Düsseldorf, Beschl. z 8.7.1959, 2 Ws 88/59, NJW 1959, 1790
131. OLG Düsseldorf, Beschl. z 23.6.1986, 2 Ws 414/86, NJW 1987, 2030
132. OLG Frankfurt, Beschl. z 24.11.1966, 3 Ws 558/66, NJW 1967, 689
133. OLG Hamburg, Beschl. z 29.12.1961, Ws 756/61, NJW 1962, 691
134. OLG Hamburg, Beschl. z 8.2.1984, 1 Ws 26/84, NJW 1984, 1635
135. OLG Hamburg, Beschl. z 23.1.1986, I Ss 137/86, StV 1987, 147
136. OLG Hamm, Beschl. z 18.5.1999, 4 Ss 284/99, <http://www.burhoff.de>
137. OLG Hamm, Beschl. z 3.12.2002, 3 Ss 1025/02, <http://www.burhoff.de>
138. OLG Hamm, Urt. z 3.9.1963, 4 Ss 683/63, Verkehrsrechts-Sammlung 26, 365
139. OLG Hamm, Urt. z 1.8.1972, 3 Ss 224/72, NJW 1972, 1826
140. OLG Koblenz, Urt. z 23.5.1986, 1 Ss 143/86, Verkehrsrechts-Sammlung 71, 200
141. OLG Köln, Beschl. z 15.12.1978, 3 Ws 234/78, NJW 1979, 1216
142. OLG Köln, Beschl. z 30.9.1994, 2 Ws 400/94, StV 1995, 12
143. OLG Stuttgart, Urt. z 16.6.1983, 2-1 StE 5/81, StV 1983, 361
144. OVG Berlin, Urt. z 28.3.1960, VI B 48/57, NJW 1961, 984
145. OVG Münster, Urt. z 24.6.1972, IV A 292/71, NJW 1972, 2147
146. RG, Urt. z 19.11.1885, 2844/85, RGSt 13, 1886, 153
147. RG, Urt. z 27.11.1891, 2871/91, RGSt 22, 1892, 236
148. RG, Urt. z 9.12.1908, V 455/08. RGSt 42, Leipzig 1909, 4
149. RG, Urt. z 8.6.1924, I 309/24., RGSt 58, 262
150. RG, Urt. z 21.4.1925, I 159/25, RGSt 59, 174
151. RG, Urt. z 8.6.1931, II 511/31, RGSt 65, 306
152. RG, Urt. z 23.12.1935, 5D 711/37, JW 1938, 512
153. RG, Urt. z 16.6.1938, 2D 172/38, RGSt 72, 251
154. LG Bonn, Beschl. z 28.2.2001, Az. 27 AR 2/01, <http://www.olg-koeln.nrw.de>
155. LG Heilbronn, Beschl. z 23.2.1988, 1 Qs 101/88, StV 1988, 293
156. LG Köln, Beschl. z 20.8.1981, 109-1/81, StV 1981, 540

3. Akty normatywne

1. Europol-Gesetz z 16.12.1997, BGBl 1997 II 2153
2. Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten (Bundeskriminalamtgesetz – BKAG), BGBl.1997 I, s. 1650
3. Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) z 12.03.1951 w ujęciu z 11.08.1993 BGBl I s. 1473 z późn. zmianami.
4. Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister z 18.03.1971, t.j. BGBl 1984 I 1229
5. Gesetz über den Bundesgrenzschutz (Bundesgrenzschutzgesetz – BGS) z 19.10.1994, BGBl I, s. 2978
6. Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft z 16.02.2001, BGBl I 2001, 266
7. Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland vom 9. März 2000, BGBl. I 182
8. Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz (Ustawa o współpracy Związku i Krajów Związkowych w zakresie ochrony konstytucji oraz o Urzędzie Ochrony Konstytucji) z 20.12.1990, BGBl I 1990, 2954
9. Gesetz zu dem Übereinkommen vom 26. Juli 1995 auf Grund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über die Errichtung eines Europäischen Polizeiamts (Europol-Gesetz), BGBl II 1997, 2153
10. Gesetz zur strafrechtlichen Verankerung des Täter–Opfer–Ausgleichs z 20.12.1999, BGBl 1999 I, 2491
11. Jugendgerichtsgesetz (JGG), BGBl 1953 I, 751
12. Telekommunikationsgesetz (Ustawa o telekomunikacji) z 22.06.2004, BGBl I 1190



294624