

Stanisław Waltoś, Andrzej Wąsek

Harmonizacja prawa karnego w Europie z polskiej perspektywy : część 2

Palestra 41/1-2(469-470), 12-23

1997

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Stanisław Waltoś
Andrzej Wąsek

Harmonizacja prawa karnego w Europie z polskiej perspektywy

Część II

V.

Pierwszym poziomem harmonizacji polskiego prawa i procesu karnego jest możliwie pełne dostosowanie go do porządku prawnego Rady Europy.

Na pierwszym miejscu postawić trzeba dalsze dostosowanie prawa polskiego do systemu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 4 listopada 1950 r. Polska ratyfikowała EKPrCz 2 października 1992 r. w brzmieniu nadanym przez dodatkowe protokoły nr 3, 5 i 8¹, a także dwa lata później protokoły nr 1, 2, 4 i 9². Równocześnie z ratyfikacją EKPrCz Polska złożyła deklarację o uznaniu kompetencji Europejskiej Komisji Praw Człowieka oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W dniu 1 maja 1993 r. powstała możliwość odwoływania się do organów strasburskich, jeszcze zanim został opublikowany w Dzienniku Ustaw oficjalny tekst Konwencji w języku polskim, co nastąpiło dopiero 10 lipca 1993 r.

Podpisane, ale do tej pory nie ratyfikowane, zostały protokoły nr 7, 10 i 11. Jeśli ratyfikacja protokołu nr 11, przewidującego gruntowną reformę organów

jurysdykcji strasburskiej, jest niewątpliwa, to już wątpliwe jest ratyfikowanie w najbliższej przyszłości protokołu nr 7 – o czym nieco bliżej za chwilę – oraz protokołu nr 10, który stanie się bezprzedmiotowy z chwilą wejścia w życie protokołu nr 11. Ani nie został podpisany, ani tym bardziej nie ma szans na razie na ratyfikację, protokół nr 6, zobowiązujący do zniesienia kary śmierci.

Do tej pory nie została jeszcze rozpoznana przez Trybunał Praw Człowieka żadna ze spraw pochodzących z Polski. Liczba spraw polskich, które wpłynęły do Komisji Praw Człowieka jest natomiast już niemała³.

Minimalne jest także, jak dotychczas, powoływanie się na Konwencję przez Izbę Karną Sądu Najwyższego. Do tej pory tylko raz Sąd Najwyższy zacytował Konwencję (art. 9), gdy stanął przed problemem wykładni zakresu karalności art. 270 § 1 k.k. (Izienie publiczne Narodu Polskiego, Rzeczypospolitej Polskiej, naczelných organów państwa)⁴. Nie jest to liczba mająca jakiegokolwiek znaczenie statystyczne. Trzeba jednak stwierdzić, że częściej Sąd Najwyższy powoływał

się w sprawach karnych na Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, szczególnie przed ratyfikacją Konwencji. Mimo to zdarzały się sytuacje, w których Sąd Najwyższy rezygnował z sięgnięcia do Konwencji podczas interpretowania niektórych kwestii, choć taka potrzeba była poza wszelką dyskusją. Szkoda np., że Sąd Najwyższy nie poszukiwał w art. 10 § 2 Konwencji dodatkowych argumentów na rzecz zastosowanej przez niego wykładni przepisów k.p.k. i prawa prasowego⁵. Należy chyba dodać, że niestety autorzy nie dysponują żadnymi danymi o częstotliwości odwoływania się do Konwencji w Polsce przez sądy pierwszej i drugiej instancji⁶.

Warto także wspomnieć, że Rzecznik Praw Obywatelskich w swoich wystąpieniach często powoływał się na Konwencję oraz Międzynarodowe Pakty⁷.

W latach 1989–1995 kodeks karny i kodeks postępowania karnego były kilkakrotnie nowelizowane. W okresie tym EKPrCz była już nie tylko inspiracją do rozważań teoretycznych.

Konwencja odgrywała wówczas podwójną rolę:

a) punktu oparcia w interpretacji prawa karnego materialnego i procesowego w płaszczyźnie *de lege lata*; w licznych publikacjach znaleźć można posługiwanie się przepisami Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (przede wszystkim art. 6, 7, 9, 10 i 14) oraz EKPrCz (przede wszystkim art. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 i 10) przy interpretacji przepisów k.k. i k.p.k.⁸

b) zespołu standardów, jakie należy osiągnąć podczas reformy systemu prawa; nie ma żadnej wątpliwości, że wiele zmian poczynionych w ostatnich latach

w przepisach k.k., k.p.k. i k.k.w. pozostawało pod wpływem m.in. Międzynarodowego Paktu Praw i Konwencji Europejskiej; brak miejsca znowu nie pozwala na dokładne ich omawianie. Zdaniem naszym do najbardziej istotnych zmian należą: zniesienie konfiskaty mienia jako kary dodatkowej, wprowadzenie sądowej kontroli zatrzymania, przekazanie kompetencji do stosowania tymczasowego aresztowania wyłącznie sądowi, wprowadzenie znacznie bardziej rygorystycznych niż poprzednio, podstaw i granic czasowych tymczasowego aresztowania, w tym również w postępowaniu sądowym, zniesienie obligatoryjnego tymczasowego aresztowania, ustanowienie 5-letniego moratorium na wykonywanie kary śmierci, w którym można upatrywać pierwszy krok w kierunku do zniesienia w przyszłości tej kary.

Jeszcze dalej poszło dostosowywanie polskiego prawa karnego i procesu karnego do Konwencji Europejskiej w projektach kodeksu karnego i kodeksu postępowania karnego⁹. Komisja ds. Reformy Prawa Karnego, opracowująca wszystkie trzy projekty, przez cały czas swojej działalności dokładała wszelkich starań, aby były one zgodne z Konwencją i protokołami dodatkowymi, nawet tymi nieratyfikowanymi. Na podkreślenie tu zasługuje przede wszystkim pominięcie kary śmierci w katalogu kar projektu k.k. mimo, że Polska nie jest stroną Protokołu Dodatkowego nr 6.

Wątpliwości może budzić jeszcze sposób zapewnienia prawa do nieodpłatnego tłumacza w projekcie k.p.k. Zdaniem P. Hofmańskiego, art. 6 ust. 3e Konwencji przyznaje oskarżonemu (gdy nie może zrozumieć języka sądowego lub nie włada tym językiem) prawo do bezpłatnego

tłumacza. Z art. 607 § 1 pkt 7 i art. 616 projektu (w brzmieniu z 18 sierpnia 1995 r.) wynika zaś, że w razie skazania sąd zasądza m.in. koszt tłumacza¹⁰. Zarzut ten jednak jest dyskusyjny.

Niewątpliwie niezgodna jest z art. 4 ust. 1 Protokołu Dodatkowego Nr 7 obecna kasacja (art. 463 § 1 k.p.k.) i przewidziana w projekcie k.p.k. (art. 513 projektu k.p.k.), która jest dopuszczalna od orzeczenia prawomocnego. Art. 7 ust. 1 Protokołu zakazuje naruszania zasady *ne bis in idem*, a w myśl art. 7 ust. 2 tego Protokołu jedyny dopuszczalny wyjątek może przybrać postać wznowienia postępowania¹¹. Zasadzie *ne bis in idem* Protokół nr 7 nadał postać anglosaskiego zakazu double jeopardy. Jeśli więc kasacja ma być utrzymana w nowym k.p.k., to podczas ratyfikacji Protokołu nr 7 niezbędne będzie stosowne zastrzeżenie.

Porządek prawny Rady Europy to także liczne inne konwencje. Polska w tej chwili jest stroną następujących konwencji mających znaczenie dla stosowania prawa karnego:

1) Europejskiej konwencji o ekstradycji z 13 grudnia 1957 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 70, poz. 307);

2) Europejskiej konwencji z 20 kwietnia 1959 r. o pomocy wzajemnej w sprawach karnych i protokołu dodatkowego z 17 marca 1978 r.; niestety tekst do dziś nie został opublikowany w Dzienniku Ustaw; ten fakt jednak nie jest przeszkodą w jej stosowaniu¹²;

3) Europejskiego porozumienia o zapobieganiu audycjom nadawanym ze stacji znajdujących się poza terytorium państwowym (Dz.U. z 1995 r. Nr 39, poz. 194);

4) Europejskiej konwencji z 7 czerwca 1968 r. o informacji o prawie obcym

i protokołu dodatkowego z 1978 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 64, poz. 272–275);

5) Europejskiej konwencji z 21 marca 1973 r. o przekazywaniu osób skazanych na karę pozbawienia wolności (Dz.U. z 1995 r. Nr 51, poz. 279);

6) Europejskiej konwencji z 19 sierpnia 1985 r. w sprawie przemocy i ekscesów widzów w czasie imprez sportowych, a w szczególności meczów piłki nożnej (Dz. U. z 1995 r. Nr 129, poz. 625);

7) Europejskiej konwencji z 1987 r. w sprawie zapobiegania torturom oraz nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu lub karania wraz z protokołami dodatkowymi (Dz.U. z 1995 r. Nr 46, poz. 238).

Lista europejskich konwencji mających znaczenie dla spraw karnych jest znacznie większa. Jest ich 20. Nie jest realne w najbliższym czasie przeprowadzenie ich ratyfikacji w Sejmie. Należy liczyć się w nieodległej przyszłości przede wszystkim z ratyfikacją następujących konwencji: z 1990 r. o praniu brudnych pieniędzy (wstępna procedura opiniodawcza jest już na ukończeniu), z 1972 r. o przejęciu ścigania w sprawach karnych, z 1964 r. o dozorcze nad osobami warunkowo skazanymi i warunkowo zwolnionymi, z 1983 r. o odszkodowaniu na rzecz ofiar przestępstw związanych z użyciem przemocy i z 1970 r. o międzynarodowym uznaniu ważności orzeczeń w sprawach karnych¹³.

Zdaniem piszących te słowa nie jest w tej materii wskazany pośpiech w ratyfikowaniu kosztem przyszłej implementacji do prawa karnego. Przy ratyfikowaniu należałoby stosować procedurę legislacyjną podobną do uchwalania ustaw z inicjatywy rządu. Jak wiadomo, do łaski marszałkowskiej składa się wów-

czas nie tylko projekt ustawy, ale i wszystkie projekty aktów wykonawczych. Jeśli więc przygotowuje się ratyfikację umowy międzynarodowej, która nie zawiera tylko norm typu *self executing*, to należy przygotować projekt odpowiedniej ustawy implementacyjnej. Ratyfikacja wiedeńskiej konwencji ONZ z 1988 r. o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi (Dz.U. z 1995 r. Nr 15, poz. 69) ilustruje od strony negatywnej proponowaną regułę. Do tej pory polski ustawodawca nie rozstrzygnął kwestii kryminalizacji posiadania środków odurzających lub substancji psychotropowych, mimo że art. 3 pkt 2 tej konwencji go do tego zobowiązuje.

Na marginesie, ale raczej dość szerokim, wypada jeszcze wspomnieć o losie konwencji zawartej w Berlinie w 1978 r., w sprawie przekazywania skazanych, obowiązującej między państwami realnego socjalizmu. Obowiązuje ona nadal z wyjątkiem Niemiec, które ją wypowiedziały (obowiązywałaby tylko w stosunku do nowych landów, czyli dawnej NRD).

VI.

Drugim poziomem harmonizacji polskiego prawa jest dostosowanie go do porządku prawnego Unii Europejskiej.

W 1991 r. Polska stała się członkiem stowarzyszonym Wspólnot Europejskich i czyni starania, aby uzyskać statut pełnoprawnego członka.

W myśl art. 68 Układu Europejskiego ustanawiającego stowarzyszenie Polski ze Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi z 16 grudnia 1991 r. Polska zobowiązana jest do najlepszych starań w celu zapewnienia zgodności jej przyszłego ustawodawstwa z ustawodawstwem Wspólnot¹⁴. Art. 69

Układu wyznaczający priorytety harmonizacji z powodów oczywistych nie wymienia prawa karnego. W pierwszej kolejności trzeba bowiem harmonizować przepisy prawa mające znaczenie dla gospodarki. Chodzi tu o normy: 1) regulujące sytuację prawną i funkcjonowanie podmiotów gospodarczych i 2) regulujące zasady obrotu gospodarczego¹⁵.

Często takie normy są sankcjonowane przez przepisy prawa karnego i prawa wykroczeń. Przykładowo można tu wymienić znowelizowane prawo bankowe, ustawę o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, prawo autorskie, ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁶. Prowadzi to pośrednio do zbliżenia polskiego prawa karnego w tej dziedzinie z prawem państw należących do Unii Europejskiej¹⁷. Widoczne są jednak i w dziedzinie prawa karnego, ściśle związanego z gospodarką, rażące luki. Tak więc ochrona prawna środowiska do tej pory nie została zharmonizowana w Unii Europejskiej. Nadal istnieją w tej dziedzinie duże rozbieżności nawet między najbliższymi sąsiadami, jak np. Polską i Niemcami, mimo ewidentnie transgranicznego charakteru ochrony środowiska¹⁸.

Jak widać, jeszcze długa droga do pełnej harmonizacji prawa karnego i postępowania karnego *sensu stricto* w obrębie Unii Europejskiej. Polskie działania legislacyjne zaś w tym zakresie mogą mieć tylko charakter sekundarny. I Unia Europejska i państwa z nią stowarzyszone, wśród nich Polska, stoją przed koniecznością zbliżania się stopniowego, krok po kroku, najpierw na obszarze prawa gospodarczego w jego najszerszym znaczeniu. Nie wydaje się więc usprawiedliwione nazywanie obecnie prawa karnego, harmonizowanego w ob-

rębie Unii Europejskiej, prawem europejskim. W każdym razie jeszcze nie w tej chwili.

Istotne znaczenie mają zaś wszelkie przedsięwzięcia zmierzające do poszukiwania wspólnych optymalnych rozwiązań prawnych do zastosowania w przyszłości oraz przyczyniające się do przyswajania prawnikom polskim zasad prawa w Unii i krajach członkowskich. Rola Europejskiej Akademii Prawa w Trewirze, pomocy udzielanej w ramach programu PHARE, Niemieckiej Fundacji ds. Międzynarodowej Współpracy Prawniczej, nie jest w tej mierze do przecenienia.

VII.

Trzecim poziomem harmonizacji jest zbliżanie prawa karnego w Polsce do modelowych rozwiązań zagranicznych zasługujących na recepcję. Wzajemne przenikania się idei prawnych w Europie mają bardzo starą tradycję, nie zawsze wyraźnie sobie uświadamianą¹⁹. Poziom, o którym teraz mowa, jest więc płaszczyzną zapożyczeń czasem nawet i szczegółowych przepisów, oddziaływań nieformalnych, względnie ustalania na zjazdach, kongresach, sympozjach pozarządowych organizacji międzynarodowych, względnie kongresach ONZ – pożądanym kierunków rozwoju legislacji, proponowania, a także i uchwalania rezolucji, reguł lub standardów. Jedną cechą jest tu wspólna – harmonizacja tego typu odbywa się poza nurtem uzgodnień rządowych, choćby patronowały jej organy ONZ²⁰, Unii Europejskiej lub Rady Europy.

Zebrane doświadczenia czynią realnym zamysł opracowania ogólnych dyrektyw polityki kryminalnej dla krajów

europejskich. Z pomysłem takim wystąpili m.in. uczestnicy międzynarodowego sympozjum odbytego z okazji jubileuszu powstania „Revue de science criminelle et de droit penal comparé”. Sformułowali oni pięć „dyrektywnych zasad” tej polityki: 1) subsydiarności prawa karnego, 2) użyteczności prawa karnego zarówno w sferze kryminalizacji (ochrona wartości, naprawienie szkód, potępienie zawinienia umyślnego lub nieumyślnego), jak i w sferze oddziaływania sankcji grożącej, orzeczonej i wykonywanej, 3) proporcjonalności prawa karnego – na płaszczyźnie kryminalizacji czynów i stosowanych środków karnych, 4) indywidualizacji prawa karnego, 5) humanizmu prawa karnego²¹.

Międzynarodowa społeczność procesualistów karnych przystąpiła do opracowywania zbioru reguł rzetelnego procesu karnego. Wskazać trzeba tu na, w dużej części ze sobą zbieżne, „Reguły Toledo praworządneho procesu karnego”²² uchwalone w 1992 r. w Toledo przez uczestników kolokwium przygotowującego kongres AIDP w Rio de Janeiro w 1994 r. oraz „Reguły Majorki”²³, uchwalone przez uczestników grupy roboczej pracującej pod auspicjami ONZ.

VIII.

We wcześniejszych fragmentach niniejszego opracowania poruszono już problem dostosowywania projektów k.k., k.p.k. (te dwa są już po licznych zmianach dokonanych przez podkomisję sejmową) i k.k.w. do standardów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Teraz nasuwa się kolejne pytanie – jak dalece zbieżne są projekty k.k. i k.p.k. z głównymi nurtami rozwoju prawa i procesu karnego w Europie? Rzetelna

odpowiedź wymaga osobnego opracowania. Ramy tego artykułu pozwalają tylko na kilka szkicowych zaledwie uwag.

Projekt kodeksu karnego z pewnością pozostaje w zgodzie ze współczesnymi tendencjami rozwoju prawa karnego w Europie. Przede wszystkim widoczna jest w nim wyraźnie zasada *ultima ratio* prawa karnego, a więc zasada subsydiarności prawa karnego w stosunku do innych regulatorów życia społecznego.

Już art. 2 projektu k.k. uzależniający odpowiedzialność karną za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie od ciężącego na oskarżonym szczególnego prawnego obowiązku zapobiegnięcia skutkowi wskazuje na oddziaływanie nauki austriackiej i niemieckiej, jeszcze za rządów k.k. z 1932 r.²⁴ Sam zaś tekst tego przepisu nawiązuje do przepisów austriackiego i niemieckiego k.k.

Projekt k.k. hołduje zasadzie *ultima ratio* kary bezwzględnego pozbawienia wolności, zgodnie ze światowymi tendencjami do ograniczania roli tego rodzaju kary. Aby jej znaczenie podkreślić, autorzy projektu zastosowali bardzo pomysłowy zabieg: art. 32 projektu wymieniający rodzaje kar szereguje je od najłagodniejszej (grzywna) do najsurowszej (dożywotnie pozbawienie wolności), a w części szczególnej wszystkie zagrożenia karą są ułożone identycznie, od najłagodniejszych do najsurowszych. Preferencje ustawy zostały więc dobitnie pokazane sędziemu.

Poza wszelką wątpliwością rodowód zachodnioeuropejski posiada nowe uregulowanie grzywny. Projekt wprowadza w miejsce tzw. systemu kwotowego systemem tzw. stawek dziennych (*Tagessatze*) a jego uzasadnienie wyjaśnia, że „ten

model grzywny sprawdził się w kilku krajach europejskich (Finlandia, Austria, Niemcy, Portugalia, Szwecja, Węgry)”²⁵.

Jak już była wcześniej mowa, projekt nie przewiduje kary śmierci. Uzasadnienie projektu zaś *expressis verbis* stwierdza, że „rezygnacja z kary śmierci prowadzi do zgodności projektu z protokołem nr 6 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka”²⁶.

W zgodzie ze współczesnymi tendencjami pozostaje także wielka różnorodność i elastyczność w stosowaniu – przy zachowaniu reguły *nulla poena sine lege* – kar i środków karnych. Wśród nich na wyróżnienie zasługuje możliwość orzeczenia przez sąd obowiązku naprawienia wyrządzonej szkody (art. 47)²⁷. Projekt w tej kwestii idzie bardzo daleko. Ten obowiązek sąd będzie mógł orzec nawet jako jedyny środek karny, rezygnując z wymierzenia kary, jeśli zachodzą ściśle określone ku temu warunki. W uzasadnieniu projektu można przeczytać, że przepis ten odpowiada ideom wyrażonym w deklaracji ONZ z 29 listopada 1985 r. i Europejskiej Konwencji z 1988 r. o restytucji i kompensacji dla ofiar przestępstwa, także w rezolucji Rady Europy nr 11/85²⁸.

Część szczególna projektu k.k. jest nie tylko odbiciem stanu dzisiejszej przestępczości i konieczności reakcji prawnokarnej. Wskazuje również na stanowisko projektodawców w kwestii potrzeby, zakresu i sposobu udzielania ochrony prawnokarnej określonym dobrom (interesom) indywidualnym lub społecznym. Pojawiły się więc nowe, nie znane do tej pory przestępstwa, redakcje wielu przepisów zaś dostosowano do nowej sytuacji. Nawet pobieżna lektura odkryje natychmiast implementację niejednej konwencji i in-

nych instrumentów prawa międzynarodowego, łącznie z wpływem nauki zagranicznej oraz rezolucji uchwalanych przez międzynarodowe organizacje.

Niestety, ulepszonemu zakresowi części szczególnej towarzyszy zjawisko, które musi budzić zastrzeżenia. Część szczególna projektu k.k. razi kazuistyką. Mnożą się typy kwalifikowane i uprzywilejowane tam, gdzie dawniej wystarczała jedna syntetyczna norma prawna. Klasycznym przykładem jest wprowadzenie art. 128 § 1–1 projektu w miejsce art. 148 § 1 k.k. z 1969 r. (identycznego z art. 225 § 1 k.k. z 1932 r.), stanowiącego krótko „kto zabija człowieka”. Nowy przepis obok karalności dotychczasowej zabójstwa (Totschlag) wprowadza teraz formę bliską morderstwu (Mord), tworząc typ kwalifikowany o wielokrotnej postaci, w którym poprzez znamiona o zabarwieniu podmiotowym akcentuje się jakby „szczególnie zły zamiar”. Wprawdzie w ten sposób projekt zbliżył się ponownie w tym miejscu do § 211 niemieckiego StGB, ale czy to było konieczne? Czy nie mamy do czynienia z dalszym cofnięciem się (takim krokiem była już redakcja niejednego z przepisów części szczególnej k.k. z 1969 r.), od syntetycznego kodeksu z 1932 r. Dochodzi tu więc do harmonizacji paradoksalnej. Kazuistyka projektu zbliża z powrotem polskie prawo karne do kazuistyki niektórych kodeksów karnych w Europie, powstałych jeszcze w XIX w. Czy pozostaje więc ze sobą w zgodzie danie wolnej ręki sędziemu w bardzo nawet swobodnym kształtowaniu indywidualnej odpowiedzialności karnej na podstawie przepisów części ogólnej z rygorystycznym krępowaniem go w części szczególnej?

Na dobro projektu należy jednak zapisać utrzymanie dorobku polskiej nauki prawa, oryginalności niektórych rozwiązań, które zdały egzamin w ciągu wielu lat praktyki. Możemy stwierdzić więc, że niekiedy uznanie budzi też i niepoddawanie się tendencjom do wzajemnego upodobniania się.

Powiedzieć, że ostała się Makarewiczka koncepcja zjawiskowych form popełnienia przestępstwa²⁹, byłoby zbyt mało. Przeciwnie, autorzy projektu ją rozbudowali (art. 20–22). W projekcie utrzymany został także kumulatywny zbieg przepisów ustawy (art. 11 § 2 i § 3), będący oryginalną koncepcją W. Woltera. Wcielona została w projekcie w postać normy prawa karnego koncepcja W. Woltera potraktowania zbiegu przestępstw popełnionych przez sprawcę w podobny sposób i w krótkich odstępach czasu jako ciągu przestępstw (art. 92)³⁰. Równocześnie jednak w projekcie znalazła się wreszcie definicja czynu ciągłego (art. 12). „Ciąg przestępstw” w Polsce można uznać za owoc krytyki tradycyjnych ujęć czynu ciągłego w Polsce, jaka miała miejsce już w latach 70-tych³¹. Również i w Austrii³² i Niemczech³³ czyn ciągły poddano ostrej krytyce. Od tego pojęcia odstąpił najpierw szwajcarski Bundesgerichtshof, a w 1994 r. faktycznie również i niemiecki Bundesgerichtshof³⁴. W innych krajach kontynentu europejskiego, o ile nam wiadomo, pojęcie czynu ciągłego jednak nadal utrzymało się.

Mamy więc teraz do czynienia z sytuacją nieco paradoksalną. Projekt k.k. dokonując rozróżnienia czynu ciągłego (i definiując go) oraz ciągu przestępstw, umieszcza się we wspólnym z nauką austriacką i niemiecką oraz judykaturą

niemiecką i szwajcarską nurcie upatrywania w czynie ciągłym odmiany realnego zbiegu przestępstw. W tym punkcie można mówić o harmonizacyjnym podejściu projektu do tej kwestii, ale tylko w trójkącie trzech krajów. Definiując zaś tradycyjny czyn ciągły, w poszukiwaniu odgraniczenia go od ciągu przestępstw, równocześnie od tej niewielkiej harmonizacji się oddala.

Przypatrując się dalej projektowi przez pryzmat harmonizacji, zasługuje on nadto na uznanie za to, że zakres proponowanej kryminalizacji pokrywa się w zasadzie z zakresem kryminalizacji w państwach Unii Europejskiej oraz, że w projekcie umieszczono szereg przepisów w zasadzie uwzględniających internacjonalizację przestępczości, a w konsekwencji potrzebę międzynarodowej współpracy w jej zwalczaniu (rozdział XIII). Padło jednak słowo „w zasadzie”. Brakuje w projekcie bowiem przepisów chroniących działalność instytucji międzynarodowych, przede wszystkim organów Rady Europy i Unii Europejskiej. Nie rozciągnięto bowiem odpowiedzialności karnej na fałszywe zeznania składane przed wspomnianymi organami, na przekupstwo funkcjonariuszy publicznych w tych organach, nie przewidziano wzmożonej ich ochrony prawnej na wzór ochrony prawnej polskich funkcjonariuszy oraz nie zakazano naruszenia tajemnicy urzędowej np. organów Unii Europejskiej.

Również i projekt k.p.k. stara się sprostać wyzwaniu do harmonizacji. Przede wszystkim dołożono wszelkich starań, aby osiągnąć zgodność projektu ze standardami ochrony praw człowieka. Trzeba tu wyjaśnić, że podobnie jak k.k. z 1969 r. także i k.p.k. z 1969 r. przeszedł w latach 1989–1995 przez wiele

nowelizacji, których zadaniem było dostosowanie go do standardów EKPrCz. Ostatnia nowela z 29 czerwca 1995 r. była już postawieniem kropki nad „i”: przyznano tylko sądowi prawo do stosowania tymczasowego aresztowania oraz zmieniono podstawy prawne jego stosowania usuwając z nich przede wszystkim te, które otwarcie umożliwiały aresztowanie w celach wyłącznie represyjnych, zniesiono rewizję nadzwyczajną wprowadzając na jej miejsce kasację, a nadto umieszczono w k.p.k. przepisy o przejęciu z zagranicy i przekazywaniu tamże ścigania karnego oraz o przejęciu i przekazaniu osób skazanych do wykonania wyroku karnego. W ten sposób wprowadzono do obowiązującego prawa wiele elementów procedury zaprojektowanej przez Komisję d/s Reformy Prawa Karnego.

Pod niewątpliwym wpływem ustawodawstw karnoprocesowych na Zachodzie Europy pojawiły się w projekcie k.p.k. przepisy o cofnięciu skargi pokrzywdzonego (art. 10 § 3), o losowym przydzielaniu spraw do rozpoznania sędziemu (art. 346), o świadku anonimowym (art. 180)³⁵, o kontradyktoryjnym porządku przesłuchania oskarżonego, świadków i biegłych na rozprawie sądowej (art. 365)³⁶. W znacznie zmienionym brzmieniu ukształtowano zakaz dowodów uzyskanych wbrew prawu do swobodnej wypowiedzi (art. 180 nawiązuje tym razem do § 136a niemieckiego k.p.k.). Śladem jakby austriackiego i niemieckiego k.p.k. warunkowe umorzenie postępowania przygotowawczego przekazano do wyłącznej właściwości sądu (art. 331, 336 i 337).

Mimo licznych postulatów wprowadzenia do procesu karnego sędziego

śledczego (jako sędziego śledztwa i dochodzenia, a nie sędziego śledzącego), Komisja postanowiła tej instytucji nie przywracać. Niewątpliwie stało się to m.in. pod wpływem tego, że w zachodnich krajach europejskich jest ona w wyraźnym odwrocie.

W sporze, w zespole opracowującym projekt k.p.k., czy należy wprowadzić nową podstawę tymczasowego aresztowania polegającą na niebezpieczeństwie ponownego popełnienia przestępstwa przez oskarżonego, przeważał ostatecznie argument, że taką podstawę akceptuje nie tylko art. 5 EKPrCz, ale ustawodawstwo Holandii, Niemiec i Francji³⁷. Znalazło się też miejsce dla konsensualnego załatwienia sporu karnego. Pod pewnym wpływem m.in. włoskiego *patteggiamento* (art. 444 włoskiego k.p.k.) oraz współczesnych tendencji do popierania mediacji w sprawach karnych zreagowano przepisy o porozumieniach stron w sprawach z oskarżenia publicznego i mediacji w procesie karnym (art. 315a, 330, 336, 338 i 483).

Pod niewątpliwym zaś wpływem niemieckiego k.p.k. zostały zreagowane przepisy o skardze wzajemnej (*Widerklage*) w postępowaniu prywatnoskargowym (art. 491).

W projekcie odnotować trzeba także powrót dwóch instytucji, który każe przypomnieć ich korzenie europejskie. Przywrócono znaną procedurom zachodnioeuropejskim instytucję nieważności (*Nichtigkeit*) *ipso iure*³⁸ oraz system apelacyjno-kasacyjny, ten drugi jednak z wyraźnymi pozostałościami dawnego systemu wywodzącego się z lat 1949–1950.

Ten, z pewnością zbyt krótki, przegląd przepisów projektu k.p.k. wypada

zakończyć zwróceniem uwagi na przepisy o postępowaniu w sprawach podlegających orzecznictwu sądów wojskowych. Niewątpliwie ideałem byłoby skasowanie procesu karnego wojskowego i poddanie właściwości sądom powszechnym wszystkich spraw co tej pory rozpoznawanych w tym postępowaniu. Tak kwestię tę uregulowano m.in. w Holandii. Sądownictwo wojskowe zlikwidowano też we Francji na okres pokoju. Niewątpliwie w tym kierunku zmierzać będzie ewolucja procesu karnego w Europie. Lansowanie tej idei byłoby jednak w aktualnych polskich warunkach nierealistyczne. Zespół prawa karnego procesowego proponował zatem wyłączenie przestępstw pospolitych, popełnionych nie na szkodę żołnierzy, z właściwości sądów wojskowych oraz ograniczenie tej właściwości tylko do spraw żołnierzy oraz w ograniczonej liczbie przypadków osób cywilnych będących pracownikami wojska. Rząd ostatecznie przyjął kontrpropozycję wojska³⁹. We właściwości sądów wojskowych mają więc pozostać także wszystkie (na szkodę kogokolwiek) przestępstwa pospolite (obok wojskowych), popełnione przez żołnierzy w czynnej służbie wojskowej (art. 636 i 637 projektu k.p.k.).

IX.

Dotychczasowe wywody prowadzą do przekonującego chyba stwierdzenia, iż harmonizacja prawa karnego w Europie jest faktem i to dynamicznym. Ma już swoją bogatą i długą historię, odbywa się w rozmaity sposób, różne są jej przejawy. Widoczne są wyraźnie jej korzyści, choć nie można zapominać o ubocznych następstwach, z którego najbardziej rzucającym się w oczy jest

niekiedy zbyt pośpieszne i nieuzasadnione zacieranie różnic w kulturach prawnych, a więc i narodowych.

– Harmonizacja zależy także o rozwoju badań prawnoporównawczych w dziedzinie prawa karnego oraz nauczania prawa karnego porównawczego. Coraz bardziej jest paląca potrzeba powstania ponadregionalnego – niekoniecznie w Warszawie – ośrodka dokumentacji i informacji o obcym prawie karnym, służącego nie tylko legislatorom i teoretykom, ale i praktykom wymiaru sprawiedliwości oraz policji.

– Bardzo pożądane jest rozwijanie kontaktów zagranicznych praktyków wymiaru sprawiedliwości, nie mówiąc już o potrzebie ścisłej współpracy policyjnej, nie tylko przez Interpol i Europol, ale i w formie kontaktów bilateralnych.

– Celem harmonizacji nie jest unifikacja prawa karnego w postaci stworzenia jakiegoś modelowego k.k. lub k.p.k. dla Europy. Celem jej jest zbliżanie, tworzenie wspólnych reguł, usuwanie niepotrzebnych rozbieżności, konstruo-

wanie tylko wtedy identycznych rozwiązań szczegółowych, gdy jest to naprawdę konieczne.

– Większe są, i zapewne będą w dalszym ciągu, osiągnięcia na polu harmonizacji procedury karnej, a nie prawa karnego materialnego. Wynika to głównie z oddziaływania orzecznictwa organów strasburskich, wypowiadających się najczęściej w kwestiach procesowych, skoro przepisy art. 5 i 6 EKPrCz kładą nacisk przede wszystkim na rzetelność procesu karnego. Zasada „uczciwego procesu karnego”, której treść wypełniają przepisy EKPrCz oraz oparte o nią case law, stała się powszechnie akceptowaną zasadą w Europie. Na terenie prawa karnego materialnego nie ma odpowiedniego terminu „rzetelne prawo karne”. Wprawdzie panuje raczej zgodność co do tego, jakim wymogom powinno odpowiadać prawo karne materialne w państwie prawa, ale wskazania te są bardzo ogólne i daleko im do szczegółowości zasady „uczciwego procesu karnego”⁴⁰.

Przypisy:

¹ Dz.U. z 1992 r., Nr 85, poz. 427. Tekst Konwencji został opublikowany w Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

² Opublikowane w Dz.U. z 1995 r., Nr 36, poz. 175, 176 i 177.

³ Wg informacji uzyskanych w Fundacji Helsińskiej w okresie od maja 1993 r. do 31 grudnia 1995 r. Europejska Komisja Praw Człowieka rozpoznała merytorycznie już około 200 spraw z Polski; 8 z nich Komisja zakwalifikowała do rozpoznania przez Trybunał.

⁴ Wyrok SN z 28 lipca 1993 r. (WRN 91/93), OSNKW 1993, z. 11–12, poz. 73.

⁵ Tak rzecz się miała z głośną uchwałą składu siedmiu sędziów SN z 19 stycznia 1995 r. (I KZP 15/94), dotyczącej tajemnicy dziennikarskiej, OSNKW 1995, z. 1–2, poz. 1.

⁶ O tym, że takie sądy odwołują się do umów, o których mowa, świadczy fakt, że np. Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z 20 maja 1993 r. (II AKr 80/93) powoływał się na przepisy z Międzynarodowego paktu i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (bliżej – A. Wąsek: *Projekt kodeksu karnego a międzynarodowe standardy praw człowieka*, s. 63–64). Można zakładać, że taką interpretację stosują i inne sądy, co najmniej drugiej instancji.

⁷ T. Zieliński: *Międzynarodowe Pakty Praw Człowieka w praktyce Rzecznika Praw Obywatelskich RP*, (w:) *Międzynarodowe Pakty Praw Człowieka w polskim ustawodawstwie i praktyce organów ochrony prawa*, (red. L. Wiśniewski), Warszawa–Poznań 1996, s. 21 i n. Por. też wystąpienie Rzecznika z 13 czerwca 1996 r. do Ministra Sprawiedliwości w sprawie naruszenia praw obywatela przez przepisy u.k.s. (art. 123). Informacja o pracy RPO 1996, s. 13.

⁸ Por. P. Hofmański: *Reforma procedury karnej a Europejska Konwencja Praw Człowieka i Wolności Podstawowych*, Studia Prawnicze 1992, nr 1, s. 90 i n.; tenże: *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej znaczenie dla prawa karnego materialnego, procesowego i wykonawczego*, Białystok 1993; S. Waltoś: *Untersuchungshaft und Festnahme im polnischen Recht im Lichte der Menschenrechtsstandards*, (w:) *Viertes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie*, Baden Baden 1991, s. 247 i n.; prace licznych autorów opublikowane (w:) *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga pamiątkowa ku czci M. Cieślaka*, Kraków 1993, prace B. Kunickiej-Michalskiej, S. Waltosia i A. Wąska (w:) *Problemy reformy prawa karnego*, Lublin 1993 oraz P. Hofmańskiego, B. Gronowskiej, L. Kubickiego i B. Kunickiej-Michalskiej, J. Wojciechowskiej, Z. Hołdy, J. Skupińskiego, J. Jakubowskiej-Hara, M. Bojarskiego, L. Gardockiego, A. Wąska, S. Redo (w:) *Standardy praw człowieka a polskie prawo karne* (pod. red. J. Skupińskiego przy współpracy J. Jakubowskiej-Hara), Warszawa 1995, A. Marek: *Polskie prawo karne na tle standardów europejskich*, PiP 1994, nr 5; A. Wąsek: *Some remarks on police arrest and remand detention in Poland*, (w:) *Proceedings of the I.P.P.F.*, Macau 1995, s. 171 i n.; P. Hofmański: *Konwencja Europejska a prawo karne*, Toruń 1995; prace P. Hofmańskiego, K. Marszałki i S. Waltosia opublikowane (w:) *Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- und Strafprozessrecht*, Białystok 1996. Lista tych publikacji jest tylko przykładowa.

⁹ Z niezrozumiałych powodów projekt kodeksu karnego wykonawczego nie został do tej pory ukończony.

¹⁰ P. Hofmański: *Ochrona praw człowieka w prawie karnym procesowym. Zasada fair trial*, (w:) *Standardy praw człowieka...*, s. 49–50.

¹¹ Bliżej S. Waltoś: *Nowa kasacja w procesie karnym*, „Palestra” 1996, nr 1–2, s. 21 i n.

¹² Informacja Ministerstwa Sprawiedliwości.

¹³ Informacja uzyskana w Ministerstwie Sprawiedliwości.

¹⁴ Realizując to zobowiązanie rząd polski powołał przy Urzędzie Rady Ministrów – Biuro Pełnomocnika Rządu ds. Integracji Europejskiej. Od 1994 r. Biuro bada zgodność wszystkich rządowych projektów ustaw – w tym dotyczących także spraw karnych i wymiaru sprawiedliwości – z prawem Unii Europejskiej. Por. Ż. Semprich: *Harmonizacja prawa z przepisami Unii Europejskiej*, „Rzeczpospolita” z 21–22 maja 1994 r., s. 15; M. Grzelec: *Polska – Unia Europejska. Trwa harmonizacja prawa*, „Rzeczpospolita” z 13 lutego 1995 r., s. 12; R. Andziak: *Harmonizacja prawa. Raport przed Sejmem*, „Rzeczpospolita” z 28 lutego 1996 r., s. 15–16.

W 1995 r. organizacja harmonizacji posunęła się jeszcze dalej. W Ministerstwie Sprawiedliwości, w jego Departamencie Współpracy Zagranicznej, został utworzony specjalny Wydział ds. Integracji Europejskiej, a w 1996 r. powstanie Komitet ds. Integracji Europejskiej w ramach reorganizacji rządu.

¹⁵ S.M. Przyjemski: *Polskie prawo karne a Układ Europejski*, WPP 1996, nr 2, s. 27.

¹⁶ Bliżej zob. S.M. Przyjemski: j.w., s. 29.

¹⁷ Por. też S. Przyjemski: *Konsekwencje integracji z Unią Europejską dla polskiego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 1996, s. 56 i n.

¹⁸ B. Kunicka-Michalska: *Prawno-karne problemy ochrony środowiska w związku z art. 80 Układu Europejskiego i tytułem XVI Traktatu o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej*, (w:) *Polska a Unia Europejska w przededniu Maastricht II*, red. C. Mik, Toruń 1996, s. 76–79.

¹⁹ Chodzi tutaj oczywiście o recepcję dobrowolną (wiele o niej pisze J. Pradel: op. cit., s. 186 i n.). Patrząc zaś na tę kwestię z polskiej perspektywy można dopatrzeć się wpływów doktryny i prawa karnego m.in. niemieckiego, belgijskiego i szwajcarskiego na k.k. z 1932 r. Bliżej zob. A. Wąsek: *Kierunki zmian szwajcarskiego prawa karnego*, Annales UMCS 1977, s. 122, tenże: *Wprowadzenie do belgijskiego prawa karnego*, Lublin 1994, s. 16–26; S. Waltoś: *Beziehungen zwischen dem polnischen und dem deutschen Strafrecht in Vergangenheit und Gegenwart*, ZStW 108 (1996) Heft 3, s. 630 i n.

²⁰ Por. np. opracowane przez ONZ dokumenty: *Podstawowe zasady niezależności sądów i niezawisłości sędziów* (1988), Wskazania dotyczące roli prokuratorów (1992), Podstawowe zasady dotyczące roli adwokatów (1990). Archiwum Kryminologii, tom XX, 1994, s. 177 i n. Por. też M. Bukała: *Reguły stanu adwokackiego Wspólnoty Europejskiej*, „Palestra” 1994, z. 5–6, s. 110 i n.

²¹ Por. *Lignes directrices pour une harmonisation européenne en matière pénale*, RSC, 1987, nr 1, s. 183–186.

²² Por. K. Tiedemann: *Die Reformbewegungen im Strafverfahren und Schutz der Menschenrechte*, oraz tenże, *Resolutionentwurf*, ZStW 1993, n. 4, s. 931 i n.

²³ Por. *Entwurf von Mindestgrundsätzen der Vereinten Nationen für das Strafverfahren*, ZStW 1993, nr 3, s. 669 i n. Wydaje się, że grupa ta była mało reprezentatywna, gdyż w jej skład wchodziło tylko przedstawiciele nauki i praktyki z Hiszpanii, Włoch, Portugalii, Niemiec i Szwajcarii.

²⁴ W. Wolter: *Prawo Karne*, Kraków 1947, s. 146 i n. Por. też A. Wąsek: *Odpowiedzialność karna za nieprzeszkodzenie przestępstwu*, Warszawa 1973, s. 50 i n.; L. Kubicki: *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie*, Warszawa 1975, s. 142 i n.; K. Buchała: *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 229 i n.

²⁵ Projekt kodeksu karnego; uzasadnienie, Warszawa 1996, druk sejmowy nr 1274, s. 24.

²⁶ Jw., s. 23.

²⁷ Krytycznie do propozycji uzależnienia dochodzenia naprawienia szkody od wniosku pokrzywdzonego odniosła się E. Bieńkowska zarzucając, że doświadczenia innych państw znających takie rozwiązanie są negatywne (E. Bieńkowska: *Projekt kodyfikacji karnej a zabezpieczenie interesów ofiar przestępstw*, PiP 1995, nr 4, s. 71).

²⁸ Projekt, uzasadnienie, s. 33.

²⁹ Aby usunąć wszelkie wątpliwości uzasadnienie projektu przypomina, że każda z osób współdziałających w popełnieniu przestępstwa przez jego wykonawcę (osobę realizującą z zamiarem czynu zabronionego) popełnia własne przestępstwo, niezależnie od odpowiedzialności wykonawcy i pozostałych współdziałających, a także niezależnie od tego, czy wykonawca dopuścił się w ogóle czynu zabronionego. (Projekt, uzasadnienie s. 12). Szczegółowe teoretyczne wyjaśnienie i uzupełnienie teorii Makarewicza zawiera praca A. Zolla: *Podstawy teoretyczne regulacji współdziałania przestępczego w projekcie kodeksu karnego*, PiP 1995, nr 6, s. 31 i n.

³⁰ Blżej A. Wąsek: *Zur Problematik der fortgesetzten Tat*, (w:) *Neue Erscheinungsformen...*, s. 77 i n.; P. Kardas: *Przestępstwo ciągłe w projekcie kodeksu karnego*, WPP 1996, nr 2, s. 66 i n.

³¹ Por. przypis nr 30.

³² K. Smoller: *Bedeutung und Grenzen des fortgesetzten Delikts*, Wien 1988.

³³ Por. G. Jacobs: *Der strafrechtliche Begriff. Kleine Studie*. Schriften der Juristischen Gesellschaft, Regensburg, Heft 10, Monachium 1992; tenże: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2 Aufl. Berlin–New York 1993; W. Schild: *Strafrechtsdogmatik als Handlungslehre ohne Handlungsbegriff*, G. A. 1995, Nr 3.

³⁴ Kl. Geppert: *Zur Straf- und Strafverfahrensrechtlichen Bewältigung von Serienstraftaten nach Wegfall der Rechtsfigur der „fortgesetzten Handlung”*, (w:) *Neue Erscheinungsformen...*, s. 55 i n. (tam też obszerna literatura), A. Wąsek: *Zur Problematik der fortgesetzten Straftat*, s. 77 i n.

³⁵ M. Szewczyk uważa, że instytucja ta uszczupła określone w art. 6 pkt 3d EKPrCz prawo oskarżonego w zakresie fair trial czy równości broni (M. Szewczyk: *Wpływ Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności na polskie prawo karne*, Przegląd Więziennictwa Polskiego 1996, nr 12–13, s. 12).

³⁶ S. Waltoś: *Węzłowe problemy rozprawy głównej w projekcie k.p.k.. Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga pam. ku czci prof. M. Cieślaka*, s. 485 i n.

³⁷ Projekt kodeksu postępowania karnego. Uzasadnienie, druk sejmowy nr 1276, Warszawa 1995, s. 33.

³⁸ Inna sprawa, czy akurat było to potrzebne. Dotychczasowe wznowienie postępowania z urzędu, problem wzruszania prawomocnych orzeczeń sądowych w razie rażących błędów na ogół rozwiązywało. Por. S. Waltoś: *Proces*, s. 53 i n. Problem ten zasługuje na osobne omówienie.

³⁹ Projekt k.p.k., uzasadnienie, s. 68–69.

⁴⁰ Por. S. Waltoś: *Proces karny*, s. 309 i n.