

mgr Adam Wojtaszczyk
Katedra Prawa Karnego UJ
adam.wojtaszczyk@uj.edu.pl

**Stosowanie tymczasowego aresztowania, przestępstwo nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym oraz kontradyltoryjność postępowania karnego w opiniach karnistów.
Sprawozdanie z przebiegu I Krakowskiego Forum Karnistycznego - 1 kwietnia 2011 r.**

W dniu 1 kwietnia 2011 roku w auli Auditorium Maximum Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie odbyły się obrady **I Krakowskiego Forum Karnistycznego**.

Współorganizatorami tego spotkania byli: **Czasopismo Prawa karnego i Nauk Penalnych, Okręgowa Rada Adwokacka w Krakowie, Prokuratura Apelacyjna w Krakowie, Sąd Okręgowy w Krakowie oraz Katedra Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego**, dla której Forum stanowiło równocześnie także inaugurację zaplanowanych na lata 2011-2012 obchodów 200-lecia istnienia tejże jednostki naukowej.

Poruszana w ramach spotkania problematyka została podzielona na trzy odrębne panele tematyczne - „**Kontrowersje wokół stosowania środków zapobiegawczych**” (panel I), „**Przestępstwo nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków w obrocie gospodarczym, czyli o prawnokarnych standardach w działalności gospodarczej**” (panel II) oraz „**W kierunku kontradyltoryjności procesu karnego**” (panel III).

Powitania przybyłych gości oraz otwarcia obrad w imieniu organizatorów dokonała Prezes Sądu Okręgowego w Krakowie – sędzia **Barbra Baran**, która po wyrażeniu nadziei, że forum stanie się cyklicznym spotkaniem służącym wymianie poglądów teoretyków i praktyków prawa karnego, przedstawiła uczestników pierwszego panelu dyskusyjnego.

Panel I

„Kontrowersje wokół stosowania środków zapobiegawczych”

Funkcję prowadzącego tej części obrad sprawował prof. dr hab. **Stanisław Waltoś** (Uniwersytet Jagielloński), a do dyskusji jako paneliści zostali zaproszeni: prokurator **Zbigniew Górszczyk** (Prokuratura Generalna), adwokat **Jan Kuklewicz** (Dziekan Okręgowej Rady

Adwokackiej w Krakowie), sędzia **Dariusz Mazur** (Sąd Okręgowy w Krakowie), sędzia, dr hab. **Lech Paprzycki**, prof. Akademii im. Leona Koźmińskiego (Prezes Izby Karnej Sądu Najwyższego), prokurator **Janusz Śliwa** (Prokuratura Apelacyjna w Krakowie) oraz dr hab. **Paweł Wiliński**, prof. Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

Dokonując wprowadzenia do rozważań panelowych i podkreślając znaczenie omawianej problematyki prof. dr hab. **Stanisław Waltoś** podkreślił przede wszystkim niezaprzeczalny dramatyzm związany ze stosowaniem środków zapobiegawczych w toku postępowania karnego, jako szczególnie ingerujących w prawa jego uczestników. Co więcej, zdaniem Przewodniczącego obrad, takie nakreślenie perspektywy spojrzenia na owe środki dodatkowo wzmacnia wagę dyskusji nad zagadnieniem ich stosowania w obliczu politycznych tendencji do traktowania środków zapobiegawczych i wymiaru kary jako sposobów na prowadzenie polityki karnej. Prof. Waltoś zaznaczył, iż choć ów populizm penalny miał mieć swoje korzenie i najjaskrawszą postać w PRL-u, to jednakże występuje nadal w postaci swoistej presji politycznej, aby wnioskować o stosowanie i stosować głównie izolacyjne środki zapobiegawcze, dla których nieizolacyjne środki zapobiegawcze mają stanowić tylko tło oraz aby wymierzane kary były odpowiednio surowe, co łącznie w końcowym rozrachunku ma stanowić panaceum na problem przestępczości.

W związku z powyższymi uwagami Przewodniczący obrad zaznaczył także, że choć problematyka stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych nie została wprost nakreślona w pisemnym programie panelu, to jednak wagi owych środków dla procesu karnego nie można nie doceniać. Zagadnieniu temu również towarzyszą poważne kontrowersje z uwagi na niejednoznaczność w tym zakresie ustawowej regulacji oraz praktyczne błędy i problemy, które można napotkać przy stosowaniu owych środków.

Prof. Waltoś przekazując głos dyskutantom zaznaczył także, że kolejność głosów nie została dobrana przypadkowo i rozpoczęcie dyskusji od prokuratora, następnie oddanie głosu adwokatowi, a na końcu zaproszenie do debaty przedstawicieli sądownictwa, wyższych organów prokuratury i teoretyków prawa karnego ma w jakimś stopniu odzwierciedlić praktyczną kolejność w jakiej następuje refleksja nad stosowaniem środków zapobiegawczych.

Zgodnie z powyższym wskazaniem Przewodniczącego panelu, jako pierwszy głos zabrał prokurator **Janusz Śliwa**, który w swoim wystąpieniu poruszył szereg wybranych przez siebie zagadnień związanych z praktycznymi kontrowersjami pojawiającymi się w związku ze stosowaniem środków zapobiegawczych.

Prokurator Śliwa przede wszystkim zwrócił uwagę na problem udostępniania materiałów postępowania przygotowawczego w związku ze stosowaniem tymczasowego aresztowania. Zdaniem panelisty zmiany wprowadzone w tym zakresie do postępowania karnego w wyniku orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego z jednej strony opierają się na pewnym idealnym i uproszczonym wyobrażeniu postępowania przygotowawczego i pomijają praktyczne trudności, jakie mogą pojawić się z zapewnieniem takiego dostępu do materiałów postępowania np. w perspektywie ograniczonego, 48-godzinnego okresu zatrzymania i możliwości udostępnienia niejawnych materiałów operacyjnych, i pełnego uzupełnienia o ich treść materiału dowodowego. Z drugiej zaś strony owym zmianom o charakterze ogólnym nie towarzyszyła szczegółowa regulacja technicznego sposobu i procedur udostępniania owych materiałów i kwestia ta pozostaje nieuregulowana poza jedną wzmianką w §162 regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury, dotyczącą zawarcia we wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania stanowiska prokuratora wobec wniosku o udostępnienie materiałów podejrzanemu i jego obrońcy i przygotowania odpowiedniej ilości odpisów wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania dla obrońcy i podejrzanego, przez co nie jest jasne np. w jakim zakresie można utajnić dane w materiałach udostępnianych, czy też w jakim zakresie można taki materiał okroić.

Zdaniem panelisty w tej perspektywie należałoby także rozważyć taką zmianę przepisów dotyczących postępowania, wedle której wnioski o zapoznanie się z materiałami postępowania przygotowawczego byłby możliwe do złożenia w związku z formalnym zawiadomieniem obrońcy i podejrzanego o skierowaniu wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania.

Prokurator Śliwa zaznaczył także w kontekście powyższej problematyki, że nie do końca prawidłowy sposób w jakim dokonano recepcji orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, jeśli chodzi o udostępnianie materiałów postępowania i konsekwentnie dalsze, projektowane zmiany w tym kierunku spowodują zbliżenie się systemu polskiego do systemu niemieckiego, gdzie prokurator zostaje postawiony przed wyborem – albo wnioskuję o stosowanie tymczasowego aresztowania i musi ujawnić materiały postępowania (przy zamkniętym katalogu okoliczności, gdy robić tego nie musi) albo też nie wnioskuję o zastosowanie takiego środka i materiałów ujawniać nie musi (co może mieć znaczenie np. w stosunku do współsprawców pozostających na wolności). Takim zmianom dokonany w modelu postępowania i wynikającemu z nich szerokiemu dostępowi do jego materiałów, zdaniem panelisty, powinno towarzyszyć także odpowiednie rozumienie tajemnicy adwokackiej i odpowiednie ograniczenie zakresu w jakim obrońca może ujawnić tak zdobyte informacje, aby możliwe było ich ujawnienie jedynie wobec klienta, w związku z

reprezentacją którego obrońca uzyskał dostęp do akt.

Panelista wyraził także pogląd, że należałoby zerwać również z praktyką polegającą na wzywaniu przez sądy do uzupełniania wniosków o zmianę lub uchylenie stosowania środka zapobiegawczego w zakresie powołanej w nich argumentacji, jako że wnioski cechujące się takimi brakami zgodnie z obowiązującymi uregulowaniami powinny po prostu nie zostać uwzględniane, przy czym takiemu rozstrzygnięciu mogłoby ewentualnie towarzyszyć odpowiednie pouczenie dotyczące standardu odpowiedniej argumentacji.

Prokurator Śliwa stwierdził ponad to, że z jednej strony należy zerwać z automatyzmem stosowania środków zapobiegawczych jako niezależnej od występowania rzeczywistych przesłanek konsekwencji dokonania zatrzymania, lecz jednocześnie należałoby rozważyć poprawę modelu dyscyplinowania podejrzanych np. poprzez stosowanie kar porządkowych w związku z uchylaniem się przez nich od wykonywania obowiązków wynikających ze stosowanych wobec nich środków zapobiegawczych.

Panelista odniósł się także do kwestii związanych z warunkowym uchyleniem stosowania tymczasowego aresztowania w przypadku wpłacenia określonej sumy poręczenia majątkowego postulując, aby takie uprawnienie przyznać również i prokuratorowi, oraz aby zapewnić wpływ prokuratora na wysokość poręczenia w sytuacji, gdy sąd odwoławczy warunkowo uchyli stosowanie tymczasowego aresztowania, albowiem wtedy prokurator nie ma już szans na polemikę z tak określoną wysokością poręczenia, nawet jeśli co do zasady zgadza się z rozstrzygnięciem sądu.

Adwokat **Jan Kuklewicz** jako następny panelista zauważył, że nacisk jaki kładziony jest w toczącej się dyskusji panelowej na stosowanie izolacyjnych środków zapobiegawczych wynika z ich drastyczności i dlatego też mają one szczególne znaczenie również dla adwokatury.

Aczkolwiek zaprezentowane przez panelistę statystyki wskazywały na znaczny, dwukrotny spadek w ostatniej dekadzie liczby osób tymczasowo aresztowanych – z ok. 20 000 w roku 2003 do ok. 9000 w roku 2010, to jednakże nawet w takiej postaci rzeczy adwokat Kuklewicz wyraził pogląd, że nawet pomimo tak drastycznego spadku liczby aresztowań środek ten nadal nie jest stosowany jako ultima ratio.

Panelista podkreślił także, że choć inne, nieizolacyjne środki zapobiegawcze są często pomijane w dyskusji i praktyce albo traktowane jako akcesoryjne, to dyskusja o nich jest konieczna, albowiem konsekwencje wynikające ze stosowania takich środków zapobiegawczych jak zakaz wykonywania zawodu czy zajmowania określonego stanowiska są poważne (zwłaszcza w sytuacji

gdy np. stosowane byłyby przez prokuratora wobec adwokata w wyniku jego udziału w postępowaniu przygotowawczym).

Adwokat Kuklewicz zaznaczył także, że dla adwokatury kluczowe znaczenie ma zarówno orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego dotyczące dostępu do materiałów postępowania przygotowawczego, jak i też uchwała Sądu Najwyższego dotycząca sądowej kontroli podstawy wniosku o stosowanie tymczasowego aresztowania, lecz powyższe kwestie tracą w pewnym sensie swoją praktyczną doniosłość z uwagi na art. 73 § 2 k.p.k., który z uwagi na swoją treść i związaną z nią praktykę ogranicza nieskrępowany dostęp do klienta, a bez zapewnienia takiego dostępu możliwość zapoznania się z aktami traci swoje znaczenie, albowiem w takiej sytuacji bez klienta nie ma możliwości dokonania weryfikacji treści zawartych w tych aktach, a często przecież dokonanie takiej weryfikacji byłoby w interesie również organów ścigania, gdyż jej efektem byłby wniosek o dobrowolne poddanie się karze.

Jako następny głos zabrał sędzia **Dariusz Mazur** odnosząc się do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2011 roku i stwierdzając, że z punktu widzenia sądowej kontroli zawartej we wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania kwalifikacji prawnej zarzucanego podejrzanemu zachowania omawiana uchwała Sądu Najwyższego zawiera tezy oczywiste, z którymi polemizować nie sposób. Zaznaczył jednakże również, iż czasem w praktyce określona zmiana takiej kwalifikacji prawnej może być bez znaczenia w perspektywie rozstrzygnięcia kwestii czy tymczasowe aresztowanie ma zostać zastosowane czy też nie. Mogłoby mieć to miejsce w szczególności w sytuacji, gdy podstawą orzeczenia o zastosowaniu tymczasowego aresztowania byłaby przesłanka surowości grożącej podejrzanemu kary i byłaby ona aktualna niezależnie od tego, na którą kwalifikację ostatecznie zdecyduje się sąd.

Sędzia Mazur w swoich rozważaniach przytoczył także postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 2001 roku (IV KO 11/01), które aczkolwiek zostało wydane na kanwie skierowanego do Sądu Najwyższego wniosku o przekazanie sprawy w trybie art. 37 k.p.k. z uwagi na umieszczenie tymczasowo aresztowanej osoby podejrzanego w zakładzie karnym odległym od dotychczasowego miejsca zamieszkania i siedziby sądu prowadzącego postępowanie, to jednak zawarte w owym postanowieniu rozstrzygnięcie było interesujące głównie z uwagi na problematykę środków zapobiegawczych, albowiem Sąd Najwyższy nie przekazał sprawy, lecz uchylił tymczasowe aresztowanie.

Zdaniem panelisty orzeczenie to, jakkolwiek nie do końca w teorii i praktyce doceniane jest

jego znacznie, zawiera bardzo ważne wskazanie (niezależnie od tego czy ocenimy je jako oczywiste czy też nie), zgodnie z którym prokurator, a także sąd w oparciu o art. 253 § 1 k.p.k. mogą uchylić stosowanie środków zapobiegawczych nie tylko w sytuacji, gdy rozstrzygają w kwestii głównego przedmiotu postępowania, lecz także wtedy gdy rozstrzygają o kwestiach wпадkowych. Sędzia Mazur podkreślił także, że takie orzeczenie tym bardziej będzie uzasadnione, im bardziej rozpatrywane kwestie incydentalne będą miały związek z zasadniczym przedmiotem postępowania. I tak np. sąd przesłuchując wпадkowo świadka w postępowaniu przygotowawczym, a więc uczestnicząc w pozyskiwaniu materiału dowodowego może dojść do przekonania, że w związku z określoną treścią takich zeznań stosowanie środków zapobiegawczych w stosunku do podejrzanego nie jest już konieczne.

Kolejnym uczestnikiem dyskusji panelowej był prokurator **Zbigniew Górszczyk**, który odniósł się w swoim wystąpieniu głównie do uchwały Sadu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2011 roku i z perspektywy swojego doświadczenia zawodowego związanego z wieloletnim zajmowaniem się problematyką przestępczości zorganizowanej ocenił ją jako słuszną i potrzebną, również w obliczu faktu, że dotychczas orzecznictwo nie było zgodne co do możliwości kontrolowania przez sąd poprawności zaproponowanej przez prokuratora we wniosku o stosowanie tymczasowego aresztowania kwalifikacji prawnej zarzucanego podejrzanemu czynu.

Prokurator Górszczyk stwierdził także, że ocena przez sąd kwalifikacji prawnej wskazanej przez prokuratora będzie również oceną pracy samego prokuratora i będzie miała wpływ na jego dalsze postępowanie. W tej perspektywie być może tezy zawarte w uchwale Sadu najwyższego przyczynią się z jednej strony do większej ostrożności prokuratorów przy wnioskowaniu o zastosowanie tymczasowego aresztowania w sprawach błahych, a z drugiej strony wymuszą na prokuratorach głębszą refleksję nad kwalifikacją prawną zarzucanych czynów przed pierwszym przedstawieniem zarzutów, jakkolwiek na tym etapie często określenie kwalifikacji prawnej nie jest bynajmniej łatwe.

Z takim stanem rzeczy wiąże się jednak i takie niebezpieczeństwo zdaniem panelisty, że prokurator może mieć pokusę, aby powoływać się na dalszym etapie postępowania na pozytywny wynik sądowej kontroli zaproponowanej przez niego kwalifikacji prawnej, jako na uzasadnienie jej poprawności, co może być o tyle dodatkowo niebezpieczne, że przecież nierzadko na etapie postępowania przygotowawczego ta ocena nie powinna być sztywna i pewna doza elastyczności i zmian jest konieczna.

Następnie swoje stanowisko przedstawił sędzia, dr hab. **Lech Paprzycki**, prof. Akademii im. Leona Koźmińskiego, który podobnie jak jego przedmówca zaczął swoje wystąpienie od ustosunkowania się do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2011 roku.

Dr hab. Paprzycki ocenił owe orzeczenie jako w istocie pod względem prawnym niepotrzebne, jako że zawiera tezy, które od dawna były oczywiste i w tym kontekście wyraził ubolewanie nad faktem, że praktycy nie dość wnikliwie studiują zgromadzone piśmiennictwo i treść przepisów Kodeksu Postępowania Karnego, albowiem gdyby to robili, to takie „dydaktyczne” orzeczenie nie musiałoby zapaść i on osobiście był temu przeciwny, jako że wszystkie zawarte w nim tezy wynikają z odpowiednio uważnej wykładni kluczowego w tej kwestii art. 249 k.p.k., który słusznie pozostawiony został poza zakresem nowelizacji planowanej przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego.

Jednocześnie panelista stwierdził, że nowelizacja w swoim projektowanym zakresie, jego zdaniem, nawet jeśli nie wprowadza zmian koniecznych z legislacyjnego punktu widzenia (zwłaszcza, gdy w kontekście dokonywanej wykładni ma się perspektywę konstytucyjną, orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i orzecznictwa Sądu najwyższego), to jednak wprowadza poprawki, które doprowadzą do większej staranności w stosowaniu tymczasowego aresztowania, o ile będzie wola polityczna, aby nowelizację uchwalić.

Jeśli zaś chodzi o zmiany dotyczące dostępu do akt postępowania, to panelista uważa, że znajomość dla podejrzanego i obrońcy materiałów postępowania w zakresie w jakim stanowią one podstawę do stosowania tymczasowego aresztowania jest kwestią praworządności tego postępowania, a projektowana nowelizacja nakłada również na sąd obowiązek ujawniania korzystnych dla podejrzanego okoliczności, które wynikają z materiału dowodowego dostępnego dla sądu.

Jako ostatni z panelistów swoje wystąpienie przedstawił dr hab. **Paweł Wiliński**, prof. Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, w którym zaprezentował trzy sporne związane ze stosowaniem środków zapobiegawczych.

Po pierwsze, panelista proponował dwa możliwe sposoby rozwiązania swego konfliktu procesowego, który ma miejsce na etapie stosowania środków zapobiegawczych w postępowaniu karnym między prokuratorem kładącym nacisk na efektywność postępowania, obrońcą, dla którego kluczowe znaczenie mają kwestie gwarancyjne a sądem, dla którego najważniejsza jest legalność całego postępowania. Możliwe rozwiązanie oparte być może albo na koncepcji rzetelnego procesu karnego (tu decydujące znaczenie może mieć orzecznictwo Sądu

Najwyższego) albo też na płaszczyźnie konstytucyjnej (tu decydujące znaczenie będzie mieć orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego).

Następnie dr hab. Wiliński wymienił najbardziej kontrowersyjne obecnie kwestie szczególne związane ze stosowaniem środków zapobiegawczych - przesłanek przedłużenia stosowania tymczasowego aresztowania, górnej granicy stosowania tymczasowego aresztowania, dostępu do akt postępowania przygotowawczego oraz nieizolacyjnych środków zapobiegawczych (zwłaszcza w perspektywie nieefektywności poręczenia majątkowego i możliwości orzeczenia jego częściowego przepadku).

W końcu panelista dokonał omówienia tendencji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego stosowania środków zapobiegawczych, podkreślając, że przede wszystkim widoczna jest w nim pewna nieufność do sądów stosujących środki zapobiegawcze na etapie postępowania przygotowawczego i jeszcze większa nieufność do prokuratorów stosujących środki zapobiegawcze, choć w orzecznictwie Trybunału pojawiają się dwie przeciwstawne linie orzecznicze – gwarancyjna i pragmatyczna (która ostatnio wydaje się dominować).

W kontekście konstytucyjnym dr hab. Wiliński stwierdził także, że orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego dotyczące dostępu do akt postępowania zostało źle wykonane, jako że dotyczyło ono jedynie przesłanek odmowy dostępu do akt, a nie zmiany całego paradygmatu dostępu do akt postępowania. Jednakże panelista ostatecznie ocenił jako słuszne przyjęcie w proponowanej przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego nowelizacji jawności akt jako zasady, a ograniczenie jej tylko na zasadzie wyjątku, choć zasadniczy problem jest w takim sformułowaniu wyjątków, aby rzeczywiście mogły być stosowane.

Po zakończeniu dyskusji panelowej przedmiotem obrad zostały zgłoszone przez uczestników forum pytania i głosy w dyskusji.

Jako pierwszy głos zabrał dr hab. **Jerzy Skorupka**, prof. Uniwersytetu Wrocławskiego (Sędzia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu), który w kwestiach modelowych związanych ze stosowaniem środków zapobiegawczych, jako środków ingerujących w podstawowe prawa konstytucyjne wyraził pełną aprobatę dla kierunku zmian proponowanych przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego, zwłaszcza w zakresie dostępu do akt postępowania przygotowawczego i oparcie rozstrzygnięcia o zastosowaniu tymczasowego aresztowania na ujawnionym podejrzanemu materiale dowodowym. Jego zdaniem zmiany te stanowią odzew na potrzeby praktyki i orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w którym

sformułowano również wymóg udostępnienia wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania.

Dr hab. Skorupka z aprobatą odniósł się również do rozszerzenia zakresu w jakim możliwe ma być korzystanie z pomocy adwokata przy stosowaniu tymczasowego aresztowania.

Jeśli zaś chodzi o zastosowanie zasady proporcjonalności w procesie karnym, to zauważył on, że aczkolwiek zasada to nie jest wyrażona w Kodeksie Postępowania Karnego, to jednak jest to zasada konstytucyjna i w tym zakresie Konstytucję można stosować łącznie z Kodeksem, a zastosowanie ograniczeń wynikających z art. 31 Konstytucji powinno spowodować, że ustalenie podmiotowych, przedmiotowych i temporalnych granic stosowania tymczasowego aresztowania nie powinno być problematyczne, choć w praktyce nie ma problemów tylko z dwoma pierwszymi granicami.

W tej perspektywie Dr hab. Skorupka zauważył także, że brak w Kodeksie Postępowania Karnego zasady proporcjonalności przy tzw. wrażliwych czynnościach dowodowych – zatrzymaniu, przeszukaniu i podsłuchu jest konstytucyjnie wątpliwy, albowiem stosowanie tych czynności możliwe jest zatem w każdej sprawie dla uzyskania jakiegokolwiek dowodu.

Następny udział w dyskusji wziął adwokat **Maciej Kliś**, który ocenił proponowane przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego jako potrzebne z uwagi konieczność wymuszenia zmiany mentalności związanej z dotychczasowym sposobem stosowania tymczasowego aresztowania.

Odnosił się także do technicznych trudności z zapoznaniem się z materiałami postępowania, zwłaszcza w sytuacji, gdy materiał jest obszerny, tym bardziej, że brak jest odpowiedniej regulacji co do tego w jaki sposób ma nastąpić zapoznanie i ile czasu może trwać, a także postulował, aby przy składaniu wniosku o przedłużenie stosowania tymczasowego aresztowania prokurator zmuszony był wykazać, co już zostało w postępowaniu zrobione.

Kolejnym dyskutantem był dr hab. **Jacek Giezek**, prof. Uniwersytetu Wrocławskiego.

W nawiązaniu do wypowiedzi dr hab. Lecha Paprzyckiego wyraził on wątpliwość czy z perspektywy sądów niższych instancji art. 249 k.p.k. zawiera wszelkie potrzebne przesłanki do stosowania środków zapobiegawczych, nawet jeśli jest tak z perspektywy Sądu Najwyższego, jako że sądy niezwykle rzadko powołują się na Konstytucję, która w ostatecznym rozrachunku mogłaby przecież wystarczająca nawet i bez art. 249 k.p.k. do dokonania określonego rozstrzygnięcia.

Dr hab. Giezek stwierdził także, że możliwe jest, iż tezy omawianej uchwały Sądu Najwyższego inspirowane były poglądami wyrażonymi i opublikowanymi w 2009 roku przez dr

hab. Piotra Kardasa, prof. Uniwersytetu Jagiellońskiego, jednakże w tym zakresie również i zastrzeżenia można wysunąć podobne.

Zdaniem dyskutanta nie jest jasne przy tak określonym stanowisku np. czy rola sądu ma sprowadzać się do wskazania trafnej kwalifikacji prawnej, czy też raczej powinna ograniczyć się do kontestowania kwalifikacji przyjętej przez prokuratora. Dr hab. Giezek osobiście przychylił się do tego ostatniego rozwiązania, jako że w innym wypadku sąd inspirując oskarżyciela publicznego do przyjęcia określonej kwalifikacji prawnej mógłby stawać się w pewnym sensie „współautorem” przyszłego aktu oskarżenia.

Dr hab. Giezek za problematyczne uznał także określenie na czym w istocie miałyby polegać nietrafność kwalifikacji prawnej zaproponowanej przez prokuratora – czy miałyby chodzić tylko o niezgodność opisu zarzucanego zachowania z odpowiadającą mu kwalifikacją prawą (w tej sytuacji sąd nie badałby czy istniały podstawy w materiale dowodowym do sformułowania określonego opisu, lecz jedynie czy określonemu opisowi odpowiada poprawna kwalifikacja prawna – taki błąd przy profesjonalnych organach ścigania zdarzałby się rzadko), czy też ocena owej kwalifikacji mogłaby dotyczyć również oceny trafności samego opisu (a więc sąd badałby czy w ogóle istniała możliwość przyjęcia takiego opisu w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy).

Dr hab. **Lech Paprzycki** od razu odpowiadając na tak postawione pytania dr hab. Giezka stwierdził, że w świetle art. 249 k.p.k. sąd musi wskazywać trafną kwalifikację prawą, gdyż również aprobuje ją i nie zmieniając jej wskazuje pośrednio na jej trafność na określonym etapie postępowania co do określonego czynu, którego opis i kwalifikacja prawna, również określane na potrzebę art. 249 k.p.k., mogą być różne.

Jako pierwszy na pytania z sali odpowiedział prokurator **Janusz Śliwa**.

Na pytanie dotyczące tego, w jakim zakresie zawarte w art. 156 § 5a k.p.k. podstawy do odmowy udostępniania materiałów postępowania mają zastosowanie do takich wniosków o zastosowanie tymczasowego aresztowania, w których zawarte są treści objęte tajemnicą państwową panelista odpowiedział, że w związku z tym, że podczas posiedzenia w sądzie taki wniosek (który w jakimś stopniu może być oparty na informacjach chronionych jako tajemnica państwowa) zostaje odczytany, w związku z tym choćby w tym kontekście pewne treści zostaną ujawnione i dlatego też problematyczna może okazać się odpowiednia redakcja takiego wniosku (zwłaszcza w perspektywie wcale nie wykluczonej możliwości odmowy udostępniania materiałów po prostu na podstawie art. 156 § 5a k.p.k.). Prokurator Śliwa zaznaczył jednakże, że należy odróżniać kwestię

wyrażenia albo nie wyrażenia zgody na zapoznanie się z materiałami postępowania zawierającymi tajemnicę państwową w trybie art. 156 § 5a k.p.k. oraz kwestię w jaki techniczny sposób zorganizować dostęp do treści zawierających tajemnicę państwową, jako że jeżeli akta postępowania (które mogą być ujawnione stronom) zawierają takie informacje, to objęte są również tajemnicą państwową i odpowiedni status mają również czynności sądowe.

W kontekście art. 156 § 5a k.p.k. prokurator Śliwa podkreślił także, w perspektywie pewnych zastrzeżeń jakie są formułowane co do praktyki prokuratury w tym względzie, że organy ścigania nie kwestionują (zwłaszcza w obliczu orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i planowanych zmian legislacyjnych) zasady dostępu do materiałów postępowania, jednakże postulują przyjęcie pewnych rozwiązań, które (na zasadzie wyjątku) dla ochrony prowadzonych czynności operacyjnych albo też w sytuacji konfiguracji wieloosobowej pozwalałyby odmówić dostępu do akt postępowania i zastąpić go poprzez zreferowanie materiału dowodowego albo jego zanonimizowanie, albowiem w postępowaniu nie chodzi tylko o konstytucyjne prawo do obrony, lecz także o efektywność owego postępowania, które prowadzone jest z kolei przecież dla ochrony i realizacji innych wartości konstytucyjnych.

Na kolejne pytanie, dotyczące stosunku izolacyjnych środków zapobiegawczych do środków nieizolacyjnych w perspektywie tego, czy można twierdzić, że te ostatnie są w tle tych pierwszych bez porównania statystyk liczbowych ich stosowania adwokat **Jan Kuklewicz** odpowiedział, że rzeczywiście zmniejszająca się liczba osób tymczasowo aresztowanych na przestrzeni ostatniej dekady to zmian pozytywna i świadcząca o pewnej europeizacji stosowania tego środka, lecz stan obecny daleki jest od pożądanego, zwłaszcza w perspektywie konstytucyjnego prawa do obrony, które przysługuje na każdym etapie postępowania, również tym wczesnym, co ma znaczenie w perspektywie art. 73 § 2 k.p.k.

Panelista nie podał liczby stosowanych środków nieizolacyjnych, lecz podkreślił, że problemem jest również celowość ich stosowania, gdy co prawda prokurator nie składa wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania, lecz stosuje środki nieizolacyjne w sposób niekontrolowany przez sąd, co może również mieć zastosowanie w stosunku do obrońcy (o czym panelista mówił już wcześniej).

Kolejne pytanie dotyczyło stosunku tezy postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 2001 roku do ustawowego 3-miesięcznego terminu do złożenia kolejnego wniosku o uchylenie stosowania tymczasowego aresztowania i możliwości złożenia takiego wniosku w trakcie

postępowania incydentalnego bez zachowania owego terminu.

Odpowiadając na nie sędzia **Dariusz Mazur** stwierdził, że skoro sąd ma być strażnikiem praw i wolności konstytucyjnych, to jako taki strażnik nie może działać tylko na wniosek (do czego przyzwyczajone są sądy I-instancji), a więc w sytuacji, gdy w postępowaniu incydentalnym pojawia się konieczność uchylenia stosowania tymczasowego aresztowania, to sąd środek taki powinien po prostu uchylić z urzędu. Natomiast gdyby wniosek w tym przedmiocie na takim etapie postępowania pochodził od obrońcy, to stosuje się do niego wszelkie reguły i ograniczenia wynikające z procedury karnej.

Następne pytanie z sali dotyczyło problemu wyznaczenia granic związania sądu wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania, a w szczególność możliwości oparcia rozstrzygnięcia na innych podstawach i ustaleniach niż wskazywane przez prokuratora i ujawnione stronom, np. poprzez zmianę kwalifikacji ze zbrodni na występki. Zmiany na korzyść podejrzanego zostały omówione przez Sąd Najwyższy w uchwale ze stycznia 2011 roku, a czy można dokonać takich zmian na niekorzyść podejrzanego w perspektywie funkcji gwarancyjnej?

Na powyższe pytanie odpowiedział dr hab. **Lech Paprzycki**, który stwierdził, że dokonując zmian na niekorzyść podejrzanego należałoby zachować daleko idącą ostrożność (również w perspektywie zmian proponowanych przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa karnego, które w ogóle zdają się wykluczać taką możliwość, co wydaje się uzasadnione).

Natomiast to, co znajduje się w materiałach postępowania może zostać przez sąd wykorzystane, bo tak sformułowany wniosek jest tylko propozycją prokuratora, a sąd (przy zachowaniu wszelkiej ostrożności) nie może w żaden sposób zignorować np. tego, że określone zachowanie nie jest zbrodnią a występkiem.

Ostatnie pytanie dotyczyło sposobu reakcji prokuratora na zachowanie podejrzanego, który uchylił się od orzeczonego wobec niego dozoru policji albo nie wpłaca poręczenia majątkowego – czy środek takie należy uchylić czy też przymusić podejrzanego w jakiś sposób do wywiązania się z nałożonych na niego obowiązków?

Prokurator **Zbigniew Górszczyk** stwierdził, że odpowiedzi na tak postawione pytanie udzielić można jedynie w kontekście określonego stanu faktycznego, a jedyne dostępne dla prokuratora środki rozwiązania takiej sytuacji znajdują się w Kodeksie Postępowania Karnego.

Jako ostatni z panelistów głos zabrał dr hab. **Paweł Wiliński**, który odnosząc się do

powracającego w dyskusji zagadnienia konstytucyjnej zasady proporcjonalności zauważył, że gdyby rzeczywiście stosowało się tą zasadę praktyce w procesie karnym, który dotyczy przecież wrażliwych dóbr i praw konstytucyjnych, to być może rzeczywiście art. 249 k.p.k. byłby wystarczającą regulacją ustawową i nie byłoby potrzeby wprowadzania bardziej szczegółowych uregulowań.

Podsumowując obrady panelu I prof. dr hab. **Stanisław Waltoś** zauważył, że dyskusję zdominowały szczegóły i nie omówiono np.: przesłanek stosowania izolacyjnych i nieizolacyjnych środków zapobiegawczych, sądowej właściwości do stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych (zwłaszcza w perspektywie konsekwencji jakie może powodować ich stosowanie), problemu dostępu do akt postępowania przygotowawczego w proponowanych przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa karnego zmianach procedury karnej jako konsekwencji orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego oraz w końcu powiązania modelu stosowania środków zapobiegawczych i modelu postępowania przygotowawczego, szczególnie w kontekście pewnej tendencji, aby gromadzić w tomach tego ostatniego ogromną ilość materiałów, które potem nie są wykorzystywane.

Panel II

„Przestępstwo nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków w obrocie gospodarczym, czyli o prawnokarnych standardach w działalności gospodarczej”

Otwarcia obrad panelu II w imieniu organizatorów dokonał Prokurator Prokuratury Apelacyjnej w Krakowie – **Artur Wrona**, który przedstawił uczestników drugiego panelu dyskusyjnego po wcześniejszym podkreśleniu szczególnego znaczenia owego panelu dla wypracowania pewnej praktyki w przypadku postępowań dotyczących przestępstw gospodarczych (a być może także sformułowania podstaw dla przyszłych zmian legislacyjnych), z którymi wymiar sprawiedliwości ma poważne trudności.

Funkcję prowadzącego tej części obrad sprawował dr hab. **Piotr Kardas**, prof. Uniwersytetu Jagiellońskiego, a do dyskusji jako paneliści zostali zaproszeni: adwokat **Krzysztof Bachmiński** (Okręgowa Rada Adwokacka w Krakowie), dr hab. **Zbigniew Ćwiąkalski**, prof. Wyższej Szkoły Prawa i Administracji, sędzia **Wiesław Koziół** (Sąd Najwyższy), sędzia **Tomasz Kudła** (Sąd

Okręgowy w Krakowie), prokurator **Rafał Sławnikowski** (Prokuratura Okręgowa w Łodzi).

W ramach wprowadzenia do dyskusji panelowej dr hab. **Piotr Kardas**, prof. Uniwersytetu Jagiellońskiego, zachęcił dyskutantów do wyrażania również poglądów subiektywnych i do pewnego stopnia kontrowersyjnych.

Jako pierwszy głos zabrał adwokat **Krzysztof Bachmiński**.

Panelista na wstępie pozytywnie ocenił projektowane zmianę brzmienia art. 585 k.s.h. (i innych przepisów podobnych w ustawach szczególnych) poprzez ujednolicenie jego treści z art. 296 k.k., gdyż jego zdaniem nie ma uzasadnienia dla istnienia dotychczasowych różnic między tymi typami. Co więcej, wyraził on także przekonanie, że ujednolicenie powinno zostać posunięte tak daleko, że w istocie powinno sprowadzić się do skreślenia przepisów szczególnych i pozostawienia tylko art. 296 k.k.

Jako słuszny ocenił także postulat, aby ściganie owych przestępstw odbywało się tylko na wniosek, co jest jego zdaniem uzasadnione zwłaszcza np. w takich sytuacjach, gdy w sytuacji jednoosobowej spółki kapitałowej oskarżonym i pokrzywdzonym miała być jedna i ta sama osoba, a więc jest to sytuacja sprzeczna z zasadami prawa karnego, wedle których nie może być karane działanie na własną szkodę.

Rozszerzenie podmiotowe art. 585 k.s.h. poprzez włączenie do kręgu osób odpowiedzialnych osoby faktycznie prowadzącej sprawę spółki adwokat Bachmiński ocenił jako wątpliwe o tyle, że jego zdaniem w tym przypadku mogą pojawić się poważne problemy dowodowe, a ponadto pojawia się kwestia określenia jak w takiej sytuacji kształtować będzie się odpowiedzialność osoby formalnie uprawnionej do prowadzenia spraw spółki. Zdaniem panelisty takie rozszerzenie odpowiedzialności mogłoby być także wątpliwe z punktu widzenia art. 2 k.k., jako że za zaniechanie powodujące określony skutek może odpowiadać tylko osoba, która miała szczególny prawny obowiązek działania, a w tym przypadku takiego obowiązku nie ma.

Jako następny wypowiedział się prokurator **Rafał Sławnikowski**, zdaniem którego większość sporów dotyczących art. 296 k.k. spowodowane jest kontrowersjami co do wykładni znamienia „szkoda” (proponowane definicje są albo zbyt kazuistyczne albo zbyt abstrakcyjne), a także rozumienia pojęcia „ryzyka gospodarczego”.

Zdaniem panelisty w praktyce w związku z takimi trudnościami pojawiają się dwa sposoby ustalania szkody w postępowaniu karnym, przy czym oba są niewłaściwe.

Pierwszy sposób polega na faktycznej rezygnacji z pojęcia szkody i sporządzeniu w zamian swoistego bilansu całego okresu, w którym działał manager (nie powołuje się jednak art. 12 k.k., choć badaniu podlega cały ciąg zachowań, w dodatku czasem całkowicie różnych). Jeżeli takie „podliczenie” przynosi wynik niejako ujemny (podmiot poniósł straty), to przyjmuje się, że wystąpiła „szkoda”. Takie podejście do problemu wynika także i z tej praktycznej przyczyny, że istnieje kategoria biegłych, którzy wyspecjalizowali się w sporządzaniu takich „podliczeń” i w inny sposób nie są w stanie dokonać oceny aktywności określonej osoby, a że nie ma dla nich alternatywy, to nie ma również alternatywy dla wyznawanej przez nich metody w sytuacji, gdy organy ścigania muszą uzyskać szybko opinię, aby zakończyć postępowanie.

Drugi sposób natomiast polega na utożsamianiu szkody z obiektywnymi następstwami określonego stanu rzeczy. Owa obiektywizacja polega w głównej mierze na oderwaniu oceny wystąpienia określonych skutków gospodarczych od analizy zachowania managera (a więc szkoda nie jest w tym przypadku rozumiana jako następstwo świadomego zachowania człowieka), a ewentualną kwestią do rozważenia pozostaje jedynie ocena czy manager przewidywał możliwość wystąpienia określonych skutków, a jeśli nie, to czy ich wystąpienie było obiektywnie przewidywalne (poza zakresem rozważań natomiast często pozostaje kwestia czy w ogóle w określonej sytuacji można było spodziewać się zysku).

Zdaniem prokuratora Sławnikowskiego należałoby przede wszystkim tak wyklądać znamię „szkody”, aby oddawać okoliczność, że jest ona wynikiem świadomego zachowania człowieka, i aby w perspektywie art. 296 § 5 k.k. możliwe było określenie sposobu naprawienia szkody (czasem jest określana ona w taki sposób, że nie sposób jest ustalić jak miała być ona następnie naprawiona).

Panelista poruszył także problem zakresu penalizacji art. 296 k.k. - jego zdaniem należy odróżnić sytuacje zajmowania się cudzymi sprawami od sytuacji, które pozornie polegają na takim zachowaniu, a faktycznie sprowadzają się np. do przywłaszczenia mienia czy doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem pod pozorem zajmowania się cudzymi interesami (a w istocie chodzi o „zajmowanie się” swoimi interesami). Natomiast często praktyka utożsamia te obie sytuacje i sprawcy skazywani są w oparciu o art. 296 k.k., mimo iż wcale nie zrealizowali znamion tego typu. Zdaniem prokuratora Sławnikowskiego odpowiednio wąskie ujęcie znamion art. 296 k.k. i sytuacji, które obejmują poprzez odwołanie się jedynie do naruszenia zaufania przy rzeczywistym zajmowaniu się cudzymi sprawami pozwoliłoby w dalszej perspektywie również odpowiednio wąsko i precyzyjnie wyklądać znamię szkody.

Ostatnią poruszoną przez panelistę kwestią był problem dozwolonego ryzyka gospodarczego. Prokuratora Sławnikowski wyraził przekonanie, że jest to pojęcie niezrozumiałe dla

praktyków, przez co uciekają się oni do pomocy biegłych, którym faktycznie zadaje się jedno i to samo pytanie - „czy oskarżony jest winny?”.

Zdaniem panelisty specyfika pojęcia ryzyka gospodarczego powoduje przede wszystkim konieczność ustalenia czy manager w ogóle działał w celu realizacji celów wskazanych mu przez mandanta i w tej kwestii nie ma potrzeby uciekania się do opinii biegłego. Opinia biegłego zaś powinna pojawić się dopiero w sytuacji, gdy należy ocenić, czy przy realizacji celów manager przyjął właściwą strategię wobec ryzyka, które wiązało się z jego działalnością.

Kolejnym panelistą był sędzia **Tomasz Kudła**, który już na wstępie podzielił zdanie swojego przedmówcy, zwłaszcza co problemów związanych z rozumieniem pojęcia szkody, która jest centralnym pojęciem przy przestępstwach gospodarczych. Jego zdaniem pojęcie to powinno zostać przededefiniowane i nie może polegać na czysto cywilistycznym rozumieniu „szkody”.

Zdaniem sędziego Kudli sprawy gospodarcze pojawiają się coraz częściej w sądzie, natomiast sędziowie często nie są przygotowani merytorycznie pod kątem posiadania odpowiedniej wiedzy gospodarczej, aby w nich orzekać, co i powoduje konieczność sięgania po opinie biegłych. „Deficytu wiedzy” nie są w stanie wyeliminować skierowane do wszystkich sędziów szkolenia, a sędzia nie może korzystać spoza procesowych opinii jak inni uczestnicy postępowania.

Panelista w związku z powyższym wyraził przekonanie, że rozwiązaniem mogłoby być utworzenie sądownictwa specjalistycznego, np. w postaci odpowiednich sekcji przy wydziałach karnych sądów okręgowych.

Sędzia Kudła zauważył także, że owo nieprzygotowanie sędziów, obok nieprzygotowania samych biegłych do sporządzania opinii dla sądu, powoduje problemy również z opiniowaniem przez biegłych w sprawach gospodarczych, gdyż sędziowie często z tego powodu wadliwie określają tezy dowodowe w swoich postanowieniach.

W perspektywie powyższych problemów, a także znaczenia jakie mają w praktyce podawane przez biegłych terminy sporządzenia opinii oraz żądane w związku z ich wydawaniem wynagrodzenie panelista wyraził także postulat, aby powołać Instytutu Ekspertyz Ekonomicznych, jako jednostki naukowo-ekspertckiej wydającej opinie na potrzeby toczących się postępowań karnych. Tym bardziej, że często zdarza się, że instytucja, do której zwraca się sąd już świadczyła określone usługi na rzecz oskarżonego albo wydała dla niego już opinię prywatną.

Odnosząc się natomiast do kwestii rozumienia szkody na gruncie procesu karnego sędzia Kudła stwierdził, że dominującym poglądem jest cywilistyczne rozumienie szkody, przy czym obecnie również utracona korzyść jest elementem szkody, choć wysuwano w tym zakresie

zastrzeżenia, że z jej ustaleniem mogą wiązać się problemy dowodowe.

Natomiast gdyby w określonej sytuacji utracone korzyści byłyby jedynym elementem szkody, to zdaniem panelisty można mieć wątpliwości czy takie zachowania powinny być penalizowane. Wątpliwości pojawiające się już w perspektywie typu podstawowego mogą być jeszcze bardziej jaskrawe w perspektywie nieumyślnego typu opisanego w art. 296 § 4 k.k., gdyż w takiej sytuacji karaniu podlegać musiałoby zachowanie sprawcy, który z uwagi np. na niekompetencję albo opieszałość nie uzyskał spodziewanego rezultatu ekonomicznego.

Dr hab. **Zbigniew Ćwiąkalski**, prof. Wyższej Szkoły Prawa i Administracji, rozpoczął swoje wystąpienie od stwierdzenia, że rzeczywiście art. 296 k.k. i art. 585 k.s.h. zawierają szereg niekonsekwencji, na które już wskazywali w swoim opracowaniu dr hab. Piotr Kardas i dr hab. Jacek Giezek – m.in. wykazano, że zachowania bardziej społecznie szkodliwe zagrożone są łagodniejszą karą, jeden z typów wymaga wystąpienia szkody, a drugi już nie. Dlatego też w Naczelnej Rady Adwokackiej (pod egidą obu autorów) przygotowano projekt nowelizacji art. 585 k.s.h., który jest już w Sejmie, i który proponuje zmiany zgodne z oczekiwaniami praktyki.

Panelista ocenił także, że obecnie luk i problemów w tym zakresie działalności gospodarczej jest więcej niż na początku lat 90 XX w., ale wynika z to z rozwoju rynku i rozwoju form i sposobów działalności gospodarczej.

Dr hab. Ćwiąkalski przyznał także, że w chwili obecnej biegli (w kwestii sposobu opiniowania) stanowią pewną słabość wymiaru sprawiedliwości w sprawach gospodarczych, dlatego też przychylił się do postulatów dotyczących powołania Instytutu Ekspertyz Ekonomicznych lub też utworzenia odpowiedniego działu do Instytutu Ekspertyz Sądowych, zwłaszcza, że rzadko kiedy w sprawach gospodarczych biegli nie są powoływani.

Zdaniem panelisty w obecnym stanie rzeczy preferowani są biegli, którzy opinie sporządzają szybko i stosunkowo niedrogo, co jednak często wynika z faktu, że nie są oni już czynni zawodowo, a ich wiedza sięga jeszcze czasów PRL i mają oni ograniczoną wiedzę o funkcjonowaniu nowoczesnego systemu rynkowego. Natomiast dobra opinia renomowanego instytutu czy też dobrze zorientowanego biegłego to często koszt kilkudziesięciu tysięcy złotych.

Jeśli zaś chodzi o kwestię przekroczenia uprawnień i niedopełnienia obowiązków w zakresie art. 296 k.k., jak i też art. 231 k.k., to zdaniem dr hab. Ćwiąkalskiego należy odróżnić obowiązki względne od obowiązków bezwzględnych i w tym zakresie ocenił on negatywnie pewne tendencje pojawiające się w działaniach prokuratury na gruncie art. 231 k.k., która przejawia skłonność do ingerowania również w takie zachowania, których podjęcie lub też nie pozostaje w granicach

swobodnego uznania określonego podmiotu (analogiczna sytuacja może mieć miejsce w wypadku przestępstw gospodarczych), a przecież nie powinno być tak, że to prokuratura zastępczo decyduje zamiast uprawnionego o tym czy określony obowiązek powinien zostać wykonany czy też nie.

Jeśli zaś chodzi o ryzyko gospodarcze, to panelista stwierdził, że taki problem w praktyce nie istnieje, gdyż nigdy nie spotkał się z taką sprawą lub orzeczeniem, które dotyczyłoby tejże kwestii. Jego zdaniem być może ów brak eksperymentów gospodarczych (zwłaszcza w perspektywie powszechnego wykorzystywania w procesie karnym innych eksperymentów) i oceny ryzyka gospodarczego wynika z braku określenia granic takiego eksperymentu.

Jako ostatni panelista głos zabrał sędzia **Wiesław Kozielewicz**.

Panelista, częściowo w konwencji żartu, zaproponował, aby do istniejących już podziałów typów czynów zabronionych dodać jeszcze tzw. „przestępstwa bagienne”, a więc takie, przy zastosowaniu których stosujący prawo nie mają żadnego punktu, na którym mogliby się oprzeć, aby nie zostać „wciągniętymi”. Do tego typu przestępstw sędzia Kozielewicz zaliczył m.in. art. 231 k.k. (wyraził także zdziwienie, że Trybunał Konstytucyjny uznał konstytucyjność tego typu), art. 217 d.k.k. (karalna niegospodarność) oraz 585 k.s.h.

Zdaniem panelisty w perspektywie tego ostatniego typu kontrowersje pojawiają się w zakresie znamion „działa na szkodę”, jako że nie jest jasne co oznacza „działa” i nie jest też jasny charakter wyrządzonej szkody, ani też sposób ustalania jej wielkości. Choć dominuje szerokie ujęcie obejmujące zarówno jej majątkową, jak i niemajątkową postać, to jednak problematyczna może być zdaniem sędziego Kozielewicza już sama kwestia ustalenia co kryje się za pojęciem „szkoda majątkowa”, gdyż w tym zakresie linia orzecznicza nieustannie zmienia się i pojawiały się zarówno orzeczenia ograniczające szkodę majątkową do rzeczywistego uszczerbku, jak i też orzeczenia, które w ramach szkody majątkowej ujmowały także utracone korzyści. Natomiast jeszcze większą niewiadomą zdaniem panelisty jest pojęcie „szkody niemajątkowej”, gdyż w tym zakresie jeszcze poważniejsze rozbieżności pojawiają się w doktrynie i orzecznictwie.

Po zakończeniu dyskusji panelowej przedmiotem obrad zostały zgłoszone przez uczestników forum pytania i głosy w dyskusji.

Jako pierwszy głos w dyskusji zabrał dr hab. **Robert Zawłocki**, prof. Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

Na wstępie stwierdził on, że jeśli chodzi o omawianą problematykę, to doszło do swoistego

ugręźnienia w dogmatyce, a istniejący dorobek doktryny jest wątpliwy i żaden uczestnik obrotu gospodarczego nie byłby na dobrą sprawę w stanie go zrozumieć.

W związku z powyższym panelista podniósł szereg wątpliwości dotyczących tego, czy zasadne i racjonalne jest wprowadzanie karalności nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym w sytuacji, gdy nie wprowadzono takiej karalności w stosunku do obrotu cywilnego; czy zasadne jest kazuistyczne opisanie podmiotu tego przestępstwa; czy poprawne jest takie ujęcie strony przedmiotowej, które odnosi się do uprawnień i obowiązków managerów; czy zasadnie kryminalizuje się w tym przypadku również nieumyślne zachowania; czy publiczno-skargowy tryb ścigania jest zasadny oraz czy zasadne jest ustanowienie sankcji w istniejącej postaci.

Zdaniem panelisty wszystkie powyższe wątpliwości prowadzą do przekonania, że regulacja jest błędna i przeprowadzona niewłaściwie, co wynika już z pewnego pierwotnego błędu popełnionego 20 lat temu. Ów błąd miał polegać na oparciu omawianej konstrukcji, która miała w założeniu stanowić odpowiedź na hipotetyczną ocenę tego co może się stać, na art. 217 d.k.k.. Stało się tak wobec tego, że brak było innych wypracowanych wzorców i doświadczeń, co jednak nie zmienia kwestii, że ów pierwotny przepis odnosił się do przestępstw urzędniczych (jego rodowód dotyczył urzędniczego nadużycia władzy), a nie przestępstw gospodarczych.

Dr hab. Zawłocki kwestionując potrzebę istnienia art 296 k.k. odwołał się także do argumentów kryminologicznych i polityczno-kryminalnych, twierdząc, że w oparciu o ten przepis rocznie wszczynanych jest mniej niż 1000 postępowań, z których część jest umarzana, a duża część w istocie dotyczy przywłaszczenia mienia i oszustwa, a więc potrzeba kryminalizacji takich zachowań jest wątpliwa. Wątpić, jego zdaniem, można także w adekwatność takiego przepisu jako narzędzia do rozwiązywania konfliktów gospodarczych.

Kończąc swoje wystąpienie panelista stwierdził, że nie ma przeszkód, aby w kwestii regulacji nadużycia zaufania powrócić do rozwiązań zawartych w art. 269 kk z 1932 roku i art. 206 d.k.k., przez co regulacja polska byłaby zbieżna w tym względzie z regulacjami, które istnieją na całym świecie, natomiast art. 585 k.s.h. powinien zostać po prostu skreślony.

Kolejnym dyskutantem był adwokat **Wieńczysław Grzyb**, który z aprobatą przyjął zaprezentowane w trakcie dyskusji panelowej przez prokuratora Sławnikowskiego propozycje zmian, którym podlegać miałyby art. 296 k.k.

Odniosł się także do wypowiedzi sędziego Kozielowicza i stwierdził, że owa „bagiennosc” typu czynu zabronionego opisanego w art. 296 k.k. stanowi problem nie tylko prokuratora i sędziego, lecz w istocie również dla samego podejrzanego, albowiem znamiona owego typu

sformułowane są w ten sposób, że odnoszą się do pewnego szerokiego zakresu zachowań, najczęściej stanowiących prowadzenie działalności gospodarczej, która niejednokrotnie polega na podejmowaniu setek decyzji dziennie, przez długi okres czasu. Natomiast w postępowaniu karnym prokurator zazwyczaj bada jedynie krótki okres czasu, najczęściej jedno zachowanie i wtedy możliwe jest zaistnienie takiej sytuacji, że z jednej strony można stwierdzić, że zarządzający w sumie doprowadził do polepszenia sytuacji podmiotu, którym kierował, ale równocześnie z pewną konkretną, pojedynczą decyzją można powiązać wystąpienie rzeczywistej szkody majątkowej (a więc co najmniej *damnum emergens*). Tak więc, zdaniem dyskutanta, formułowane zarzuty, a następnie postępowanie karne często tracą szerszą perspektywę potrzebną do oceny działalności konkretnego menedżera, a rozważając kwestię wystąpienia *damnum emergens* i *lucrum cessans* jednocześnie nie bada się, czy nie miało miejsce *compensatio lucri cum damno*, albowiem często jest tak, że pojedyncze niekorzystne w danym momencie czynności są źródłem przyszłych korzyści, o czym zapominają biegli, którzy oceniają tylko pojedyncze czynności, oderwane od szerszego kontekstu.

W związku z powyższym adwokat Grzyb zaproponował, aby albo ściśle określić czasookres, w którym miałyby nastąpić opisana w art. 296 k.k. szkoda (np. poprzez dodanie do obecnej treści owego przepisu zastrzeżenia, że ocena ma zostać dokonana „przy uwzględnieniu całości działalności danej osoby na określonym stanowisku”) albo też należy po prostu ograniczyć zakres penalizacji do przypadków prostego przywłaszczenia lub kradzieży.

Jako kolejny głos w dyskusji zabrał dr hab. **Jacek Giezek**, prof. Uniwersytetu Wrocławskiego, który na wstępie swojej wypowiedzi stwierdził, że pomimo krytyki, jakiej poddany został w trakcie dyskusji art. 296 k.k., to jednak z drugiej istnieją również dogmatyczne powody, które uzasadniają istnienie tegoż typu, a kwestia określenia istoty pojęcia „szkoda” sprowadza się do reguł karnoprawnego obiektywnego przypisania skutku. Tak więc przypisywalna jest taka szkoda, która jest *ex ante* przewidywalna i rozpoznawalna i dopiero takie ujęcie stanowi odpowiednią perspektywę do rozwiązania tegoż problemu. W takim ujęciu, zdaniem dyskutanta, nie ma potrzeby określenia istoty pojęcia „szkoda”, gdyż po prostu czasem przewidywalna i rozpoznawalna jest jedynie szkoda w postaci *damnum emergens*, a czasem również i w postaci *lucrum cessans*, przez co w określonych przypadkach charakter przyjmowanej szkody może się różnić, a przyjęcie takiego czy innego rozwiązania determinują reguły obiektywnego przypisania skutku.

Jeśli zaś chodzi o art. 585 k.s.h. dr hab. Giezek stwierdził, że wyrażony przez ten przepis typ

czynu zabronionego istnieje w polskim porządku prawnym już prawie 80 lat (począwszy od kodeksu handlowego), a radykalne poglądy o potrzebie jego całkowitego skreślenia pojawiły się dopiero w kontekście ostatniego projektu jego nowelizacji zaproponowanego przez Naczelną Radę Adwokacką, natomiast do tego czasu nie pojawiały się wcale apele o jego usunięcie, co więcej, już w 2004 roku dr hab. Gierek i dr hab. Kardas proponowali wprowadzenie w jego treści takich zmian, które nadałyby mu większą przejrzystość.

Dyskutant stwierdził, iż gdyby zrezygnować z opisanej w art. 585 k.s.h. kryminalizacji narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, to na tej zasadzie konsekwentnie można by również dobrze zrezygnować z art. 164 k.k. czy art. 174 k.k. i innych typów opartych na narażeniu dobra prawnego na niebezpieczeństwo, a przecież nie ma powodów, aby usunąć takie typy, m.in. dlatego istnieje zasadnicza różnica między usiłowaniem naruszenia dobra prawnego a narażeniem dobra prawnego na niebezpieczeństwo.

Dlatego dr hab. Giezek wyraził przekonanie, że uzasadnione jest nie usunięcie art. 585 k.s.h., lecz przereformowanie owego przepisu. Jego zdaniem propozycja nowelizacji przedstawiona przez Naczelną Radę Adwokacką, która przewiduje zmianę jego treści poprzez wprowadzenie odwołania do „nadużycia uprawnień” lub „niedopełnienia obowiązków” oraz uściślenie i kwantyfikowanie pojęcia szkody tak, że typ ten dotyczyć ma niebezpieczeństwa spowodowania „znacznej szkody majątkowej” prowadzi do ograniczenia zakresu kryminalizacji i bardziej precyzyjnego określenia jej podstaw. Dr hab. Giezek podkreślił także całościowy charakter projektu, który dotyczy nie tylko samego art. 585 k.s.h., lecz również zawartych w innych ustawach przepisów o bliźniaczej konstrukcji.

Natomiast jeśli chodzi o proponowane w owym projekcie rozszerzenie podmiotowe kręgu potencjalnych sprawców przestępstwa opisanego w art. 585 k.s.h., to dyskutant uznał je za nieodzowne (choć być może sposób jego ujęcia mógłby być inny) dla zapewnienia rzeczywistego funkcjonowania owego przepisu w obrocie prawnym, albowiem przy obecnej jego redakcji spółki handlowe chronione są przed zachowaniami osób faktycznie je reprezentujących na etapie ich organizacji i likwidacji, ale nie podczas ich funkcjonowania, a takiego rozróżnienia uzasadnić się da.

Następnym uczestnikiem dyskusji był dr hab. **Jerzy Skorupka**, prof. Uniwersytetu Wrocławskiego (Sędzia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu), który zwrócił uwagę na praktyczne problemy orzecznicze pojawiające się na tle omawianej problematyki.

Dyskutant przede wszystkim odniósł się do kwestii określenia istoty dobra prawnego

chronionego przez art. 296 k.k. Albowiem, jeżeli systematyka kodeksu karnego wskazuje na pewien zbiór rodzajowy przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu, to należy równocześnie sprecyzować jak rozumieć tak określone dobro i czy zamach sprawcy ma godzić w ów obrót gospodarczy, czy też (jak wskazuje bez wyjątku praktyka orzecznicza) w interesy majątkowe konkretnego podmiotu opisanego w tym typie.

Dr hab. Skorupka przedstawił także problem oceny momentu powstania szkody, a w szczególności nakreślił pytanie czy możliwe jest ustalenie szkody już w chwili, gdy można mieć zastrzeżenia co do samego sposobu podjęcia określonej decyzji.

Kończąc swoją wypowiedź dyskutant odniósł się do kwestii ryzyka gospodarczego, które jego zdaniem, było przedmiotem dotychczasowych rozważań panelowych tylko pod kątem możliwości uznania go za kontratyp, a taka możliwość została już odrzucona przez dogmatykę prawa karnego.

Natomiast praktycznym problemem jest pojęcie „ryzyka w obrocie gospodarczym”, albowiem zagadnienie to (ocena ryzyka) pojawia się wielokrotnie w każdym procesie inwestycyjnym. Dr hab. Skorupka postawił w związku z tym pytanie czy podjęcie określonej decyzji, która ostatecznie była błędna, lecz podjęta po rozważeniu wszelkiego ryzyka jakie mogło się z nią wiązać powinno prowadzić do odpowiedzialności karnej?

Jako ostatnia w dyskusji głos zabrała sędzia dr **Grażyna Artymiak** (Uniwersytet Rzeszowski, Sąd Okręgowy w Rzeszowie, Ministerstwo Sprawiedliwości).

Jej zdaniem prowadzona dyskusja uwypukliła szczególną współzależność i sprzężenie między prawem karnym materialnym i procesowym oraz tym, co może być rozstrzygnięte w dogmatyce, a musi być rozstrzygnięte w praktyce orzeczniczej.

Albowiem niezależnie jak zdefiniuje się znamiona typów (np. szkodę), to tak czy inaczej sędzia będzie musiał w procesie karnym przesądzić o winie konkretnej osoby, a jeśli chodzi o omawianą problematykę, to często wymagało to będzie odwołania się do wiedzy specjalistycznej, do opinii biegłego. Dr Artymiak stwierdziła, że przebieg dyskusji wskazuje na to, że problematyczne jest już samo uzyskanie opinii, która byłaby sprawnie, w odpowiedni sposób przygotowana i sporządzona przez biegłego posiadającego odpowiednie kompetencje, a przecież w procesie sędzia nie tylko musi taką opinię uzyskać, ale także i ją ocenić i skontrolować, aby nie narazić się na zarzut, że o rozstrzygnięciu zadecydowała sama treść opinii biegłego.

Zdaniem dyskutantki powyższego problemu nie da się rozwiązać tylko za pomocą systemu szkoleń, gdyż siłą rzeczy albo może okazać się, że określone zagadnienie wykracza poza przedmiot

szkoleń, albo też z jakiegoś powodu konkretny sędzia nie zostanie wyznaczony do przeszkolenia, a potem zostanie wyznaczony do orzekania w określonej sprawie na podstawie listy alfabetycznej.

Kończąc swoją wypowiedź dr Artymiak zauważyła, że do lipca 2007 roku można było uzyskać stosunkowo tanim kosztem fachową pomoc dla sędziów orzekających poprzez odpowiedni dobór kandydatów na ławników, przez co faktycznie można było tworzyć „gospodarcze składy orzekające”, gdy obok sędziego zasiadali fachowcy, którzy mogli pomóc w merytorycznej ocenie opinii biegłego. Gdyby nie rezygnacja z tej taniej pomocy być może w chwili obecnej pytania do biegłego nie sprowadzałyby się zawsze w praktyce do pytania „czy oskarżony jest winny?”.

Pierwsze pytanie z sali zostało skierowane do sędziego Kudli w związku z przedstawionym przez niego postulatem utworzenia Instytutu Ekspertyz Ekonomicznych. Złożone ono było z dwóch części – pytający prosił z jednej strony o określenie jaki zakres kompetencji miałby zostać przydzielony takiemu instytutowi, a z drugiej strony o rozważenie czy zamiast powoływania takiego instytutu nie byłoby wystarczające utworzenie odpowiednich sekcji przy wojewódzkich laboratoriach kryminalistycznych.

Odpowiadając na powyższe pytanie sędzia **Tomasz Kudła** stwierdził, że rzeczywiście wystarczające mogłoby być utworzenie takich sekcji, do których mogłyby się zwracać sądy i prokuratury w związku z toczonym postępowaniami. Utworzenie jednostki świadczącej ekspertyzy tylko dla organów wymiaru sprawiedliwości jest istotne m.in. z uwagi na to, że w chwili obecnej stosunkowo często zdarza się, że osoba, która mogłaby być biegłym świadczyła już określone usługi na rzecz podejrzanego w związku z toczącym się procesem i nie można skorzystać z jej wiedzy jako biegłego, a czasem znalezienie innego biegłego o takiej specjalizacji może być bardzo utrudnione lub niemożliwe.

Zabierając głos w związku z postawionym pytaniem dr hab. **Zbigniew Ćwiąkalski** kategorycznie wykluczył możliwość, aby taka jednostka została stworzona przy wojewódzkim laboratorium kryminalistycznym, gdyż powinna być to jednostka niezależna, a Policja jest elementem aparatu ścigania. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby taka niezależna jednostka nie mogłaby zostać utworzona albo na poziomie Instytutu Ekspertyz Sądowych (np. przy Ministerstwie Sprawiedliwości) albo w ramach Instytutu Ekspertyz Sądowych.

Kolejne pytanie dotyczyło kwestii – czy w perspektywie ustalania bezprawności konkretnego zachowania jako np. naruszającego reguły postępowania w obrocie i będącego podstawą skazania na podstawie art. 296 k.k., istnieje możliwość rozstrzygania przez sądy

ekonomicznych wątpliwości związanych z funkcjonowaniem rynku w sytuacji istnienia wśród ekonomistów sporu co do rozwiązania określonego problemu (czy opinia biegłych ma w takich przypadkach sens).

Zdaniem dr hab. **Zbigniewa Ćwiąkalskiego**, jeżeli rzeczywiście środowiska specjalistyczne byłyby bardzo (i mniej więcej równo) podzielone, jeśli chodzi o prezentowane zapatrywania na rozwiązanie określonej kwestii, to w związku z zasadą tłumaczenia wątpliwości na korzyść oskarżonego taka sytuacja musiałaby prowadzić do wyroku uniewinniającego.

Natomiast według adwokata **Krzysztofa Bachmińskiego** powyższe pytanie wskazuje na kolejne argumenty na rzecz całkowitego usunięcia art. 296 k.k.

Następnie przedstawiona została seria pytań dotyczących określenia perspektywy czasowej dla ustalenia rozmiarów wyrządzonej szkody, w szczególności pytania dotyczyły tego czy penalizowane jest obecnie zachowanie polegające na wyrządzeniu szkody grożącej lub przyszłej, w jakiej perspektywie czasowej należy ustalać rozmiar szkody oraz jak oceniać sytuacje, gdy wyrządzona szkoda (również w kontekście utraconych korzyści) zostaje następnie, w drodze działań dotkniętego szkodą podmiotu albo z uwagi na zmianę sytuacji gospodarczej, zniwelowana przez powiększenie zysków uzyskiwanych przez ów podmiot lub pomniejszenie kosztów, jakie musi on ponosić.

Odnosząc się do powyższego problemu sędzia **Tomasz Kudła** stwierdził, że rzeczywiście z perspektywy czasu może okazać się, że szkody nie ma, natomiast sędzia **Wiesław Kozielowicz** był zdania, że zarówno w art. 585 k.s.h., jak i art. 296 k.k. chodzi o okres, w którym sprawca działał, choć w tym ostatnim przypadku na wymiar kary mogłyby mieć wpływ takie zachowania sprawcy, za pomocą których starał się zmniejszyć szkodę. Z takim poglądem zgodził się sędzia **Kudła**, który dodał, że dojść musi do szacowania szkody, a momentem który należy przyjąć dla dokonania takiego oszacowania jest chwila popełnienia przestępstwa, a więc chwila gdy ta szkoda zaistniała, zmniejszenie się jej wysokości w wyniku następnie zmieniających się okoliczności może mieć wpływ tylko na wymiar kary.

Następne pytanie odnosiło się do kwestii równości wobec prawa w kontekście zróżnicowania sposobu regulacji odpowiedzialności karnej z jednej strony spółek, spółdzielni, zakładów ubezpieczeniowych, gdzie podstawą odpowiedzialności karnej może być samo działanie na szkodę takiego podmiotu, a z drugiej strony podmiotów funkcjonujących w innej formie organizacyjnej, w stosunku do których penalizowane są jedynie zachowania wyrządzające szkodę, i

to o określonej wysokości.

Zabierając głos dr hab. **Piotr Kardas** wyraził pogląd, że takie zróżnicowanie oczywiście narusza zasadę równości, ale od lat 30 XX w. (od wejścia w życie Kodeksu Karnego z 1932 roku i Kodeksu Handlowego z 1934 roku) taka nierównowaga było zawsze istniała, gdyż chronione na przedpolu wyrządzenia szkody były jedynie spółki kapitałowe, a wszystkie inne podmioty prowadzące działalność gospodarczą chronione były na poziomie wyrządzenia szkody i ten stan utrzymuje się do dnia dzisiejszego, choć poszerzono zakres podmiotów chronionych na przedpolu, przez co zmniejszono w pewien sposób zakres nierówności, która mogłaby zostać wyeliminowana przez wprowadzenie ogólnego przepisu działania na szkodę i rezygnację z regulacji w ustawach szczególnych.

Ostatnie pytanie dotyczyło określenia kwalifikacji prawnej takich zachowań członków komisji majątkowych, których skutkiem było wyrządzenie szkody – czy podstawą oceny takich zachowań powinien być art. 231 k.k. czy też 296 k.k.

Odpowiadając dr hab. **Zbigniew Ćwiąkański** wyraził pogląd, że członkowie komisji majątkowych nie są funkcjonariuszami publicznymi, dlatego wykluczona jest w takim przypadku odpowiedzialność karna oparta na art. 231 k.k., a ewentualną podstawę mógłby stanowić raczej art. 296 k.k. Natomiast pozostaje jeszcze problem odpowiedzialności członków organów kolegialnych za podejmowane decyzje, do którego prokuratura dotychczas podchodziła w ten sposób, że stawiała zarzuty osobom głosującym za określoną decyzją (nie jest więc jasne jak należy postąpić z głosującymi przeciwko określonej decyzji albo co zrobić w sytuacji, gdy nie ujawniono sposobu głosowania).

Podobnego zdania był sędzia **Wiesław Kozielewicz**, który jako możliwą podstawę odpowiedzialności dopuścił jedynie art. 296 k.k., a jeśli chodzi o odpowiedzialność członków organów kolegialnych, którzy głosowali przeciwko decyzji wyrządzającej szkodę, to istnieje orzecznictwo Sądu Najwyższego, które w takiej sytuacji negowało możliwość jednolitej oceny osób głosujących za i przeciw decyzji.

Dokonując podsumowania dr hab. **Piotr Kardas** zauważył, że wszyscy paneliści, niezależnie od pełnionej przez nich roli zawodowej, uznali, że przenoszenie na grunt prawa karnego i art. 296 k.k. cywilistycznego rozumienia pojęcia „szkoda”, szczególnie w kontekście „utraconych korzyści”, jest wysoce problematyczne i być może racjonalne w związku z tym jest wyłączenie w prawie karnym *lucrum cessans* z zakresu pojęcia „szkoda”. Wyraził jednocześnie jednak

przekonanie, że przyjęcie takiego ograniczenia nie powinno w istocie polegać tylko na prostym odwołaniu się do orzeczeń, które mu odpowiadają.

Kolejnym problemem była kwestia oceny zasadności istnienia typów działania na szkodę spółki (zwłaszcza w perspektywie konstytucyjnej zasady równości) lub też ich nowelizacji i przerehabrowania, tak aby nie był one „bagienne” (w tym przypadku dyskusja zasadna jest zwłaszcza w perspektywie toczącego się procesu nowelizacji).

Dr hab. Kardas odniósł się do wypowiedzi dr hab. Skorupki i stwierdził, że choć nominalnie rozdział, w którym znajduje się art. 296 k.k. wskazuje, że ten typ czynu zabronionego chroni dobro prawne w postaci obrotu gospodarczego, to jednak w praktyce wymiaru sprawiedliwości nie budzi wątpliwości stwierdzenie, że w istocie chodzi o ochronę dobra prawnego w postaci interesów majątkowych wszystkich podmiotów, również tych nie prowadzących działalności gospodarczej. Takie stanowisko zostało przyjęte bez większych sprzeciwów przez orzecznictwo i naukę prawa karnego z czysto kryminalno-politycznych względów.

Kończąc podsumowanie dr hab. Kardas zwrócił uwagę na problem ustalenia czy w kontekście art. 231 k.k. lub art. 296 k.k. można wskazać ewentualną podstawę dla pociągnięcia do odpowiedzialności karnej członków Kościelnej Komisji Majątkowej. Dr hab. Ćwiakalski i sędzia Koziulewicz odrzucili art. 231 k.k. jako taką możliwą podstawę z uwagi na fakt, że członkowie owej Komisji nie mieli statusu funkcjonariuszy publicznych, a więc z uwagi na charakterystykę podmiotu typu czynu zabronionego, natomiast za możliwą do przyjęcia podstawę wskazali art. 296 k.k., którego podmiot jest już opisany inaczej. Jednakże dr hab. Kardas zauważył, że w obliczu istniejącego orzecznictwa Sąd Najwyższego przyjęcie powyższego stanowiska nie jest wcale tak jednoznaczne, gdyż można mieć wątpliwości czy członkowie Komisji zobowiązani byli do zajmowania się powierzonym im majątkiem w aspekcie i statycznym i dynamicznym, co w owym orzecznictwie przyjmowane jest jako podstawa dla przyjęcia odpowiedzialności karnej na gruncie art. 296 k.k., a brak takich elementów w realiach innych spraw skłaniał Sąd Najwyższy do poszukiwania odpowiedzialności również w oparciu o art. 231 k.k. Tak więc, jego zdaniem, możliwe jest także i takie stanowisko, że podstawą odpowiedzialności nie mogłyby być ani art. 231 k.k., ani art. 296 k.k.

Panel III

„W kierunku kontradiktoryjności procesu karnego”

Otwarcia obrad panelu III w imieniu organizatorów dokonał Dziekan Okręgowej Rady Adwokackiej w Krakowie - **Jan Kuklewicz**, który na wstępie zauważył, że jakkolwiek temat dyskusji dotyczącej kontradiktoryjności procesu karnego jest w pewnym sensie futurologiczny, to jednak wprowadzenie zmian w procedurze karnej w tym kierunku wydaje się już przesądzone i pozostaje tylko kwestią czasu, a następnie przedstawił uczestników trzeciego panelu dyskusyjnego.

Funkcję prowadzącego tej części obrad forum sprawował prof. dr hab. **Piotr Hofmański** (Uniwersytet Jagielloński), a do dyskusji panelowej zaproszeni zostali: prokurator **Rafał Babiński** (Prokuratura Apelacyjna w Krakowie), adwokat dr **Małgorzata Dąbrowska-Kardas** (Okręgowa Rada Adwokacka w Krakowie), sędzia **Wojciech Dziuban** (Sąd Apelacyjny w Krakowie), prokurator **Aleksander Herzog** (Prokuratura Generalna) oraz adwokat **Zbigniew Kubicki** (Okręgowa Rada Adwokacka w Krakowie).

Jako pierwszy głos zabrał prowadzący dyskusję prof. dr hab. **Piotr Hofmański**, który w ramach wprowadzenia do niej wyjaśnił, że projektowane przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego zmiany w procedurze karnej w zakresie pełniejszej realizacji zasady kontradiktoryjności wynikają z przekonania członków Komisji o nieefektywności i przewlekłości postępowania karnego w Polsce, którego uregulowanie zawiera wiele mankamentów.

Problemem jest m.in. dublowanie się postępowania dowodowego w postępowaniu przygotowawczym i sądowym, zwłaszcza że w tym ostatnim przypadku rola sądu sprowadza się niestety jedynie do weryfikacji i kontroli materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu przygotowawczym. Zdaniem prof. Hofmańskiego, aby rozwiązać ten problem należałoby albo dokonać dalszego wzmocnienia postępowania przygotowawczego kosztem postępowania sądowego, albo też sądowego kosztem przygotowawczego, przy czym z uwagi na aspekty gwarancyjne jedynie to ostatnie rozwiązanie wydaje się możliwe (wydaje się ono także bardziej efektywne), choć dyskusyjna jest sama głębokość zmian, jakie mogłyby zostać dokonane.

Niezależnie od prowadzonych dyskusji nowe rozwiązania będą musiałyby sprawdzone w praktyce, a to czy przyjmą się one w modelu postępowania zależy od tego czy ostatecznie strony postępowania odpowiednio docenią odpowiedzialność za wynik procesu, jaka zostanie na nich nałożona w rezultacie dokonanych zmian legislacyjnych.

Prof. Hofmański wyraził przekonanie, że szczególnie istotną i kontrowersyjną zmianą w tym kontekście jest przede wszystkim nowelizacja art. 167 k.p.k. poprzez oddanie inicjatywy dowodowej w ręce stron i ograniczenie wypadków, w których sąd będzie miał możliwość takiego

działania. Rozwiązanie to mogłoby być dyskusyjne zwłaszcza w perspektywie ustalania prawdy materialnej w procesie karnym, która niezmiennie będzie musiała zostać ustalona, lecz zdaniem członków Komisji właśnie zderzenie racji stron na sali sądowej zagwarantuje najlepsze warunki do wykrycia owej prawdy i zagwarantowania przestrzegania wszelkich warunków uczciwego procesu.

Jako pierwsza z panelistów głos zabrała adwokat dr **Małgorzata Dąbrowska-Kardas**, która zauważyła, że być może w sensie teoretycznym wybór określonego modelu rozprawy w postępowaniu karnym (zawierającej mniejszą czy też większą proporcję inkwizycyjności czy też kontradiktoryjności) nie jest oczywisty, ale z perspektywy doświadczeń praktycznych, jej zdaniem, rzetelny proces karny możliwy jest tylko przy w pełni kontradiktoryjnej rozprawie, toczącej się w formie sporu pomiędzy równymi stronami przed obiektywnym arbitrem-sądem. Owe praktyczne doświadczenia wskazują również, że pozostawienie zasady prawdy materialnej i pewnego zakresu inicjatywy dowodowej w rękach sądu spowoduje, że rozprawa nie będzie w pełni kontradiktoryjna, a to dlatego, że sąd w takiej sytuacji, z uwagi na funkcjonujący paradygmat współpracy (nie w sensie negatywnym) sądu z oskarżycielem publicznym, będzie uważał, że jest zobowiązany wyręczać biernego już na tym etapie postępowania prokuratora, przez co nie będzie można mówić o jego roli bezstronnego arbitra.

W związku z powyższym panelistka wyraziła postulat skierowany do Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, aby zrezygnować w ogóle z zasady prawdy materialnej i wprowadzić całkowicie kontradiktoryjny proces, za który będą odpowiedzialne strony. Jej zdaniem zostały rozpoznane możliwe zagrożenia związane z takim rozwiązaniem, a formułowane zastrzeżenia dotyczące możliwych wypaczeń, jakie mogłyby mieć miejsce w postępowaniu w związku z biernością oskarżyciela publicznego są nieuzasadnione wobec tego, że istnieje w pełni profesjonalna instytucja w postaci prokuratury, która będąc odpowiedzialna z wynik zainicjowanego przez siebie postępowania na pewno poradziłaby sobie w kontradiktoryjnym procesie. Natomiast z drugiej strony, jeżeli w tak skonstruowanym procesie zapewni się oskarżonemu system odpowiednio przejrzystych pouczeń i bardzo szeroki dostęp do obrony z urzędu (obligatoryjna obecność obrońcy wydaje się zbyt daleko idąca), zwłaszcza wobec faktu, że otworzenie korporacji prawniczych zwiększyła możliwości kadrowe adwokatury, to w takiej sytuacji równość stron i równość broni zostanie zachowana.

Zdaniem dr Dąbrowskiej-Kardas uzasadniona jest projektowana zmiana w postaci rezygnacji z obecności oskarżonego na rozprawie, albowiem nawet najbardziej rygorystyczne przestrzeganie tego wymogu nie może zmusić oskarżonego do podejmowania jakiegokolwiek

aktywności procesowej wobec przysługujących mu praw.

Kończąc swoje wystąpienie panelistka odniosła się także do omawianych już problemów związanych z uzyskaniem odpowiednio przygotowanych i sporządzonych opinii biegłych i w związku z tymi rozważaniami zaproponowała, aby dopuścić do postępowania karnego prywatne opinie biegłych, które poddawane byłyby takiej samej kontroli jak opinie sporządzane na wniosek sądu czy też prokuratury. Jej zdaniem jest to również element szerszej propozycji, aby na etapie postępowania jurysdykcyjnego wszystkie strony mogły gromadzić materiał dowodowy.

Następnie stanowisko swoje przedstawił prokurator **Rafał Babiński**.

Jego zdaniem proponowane zmiany są rzeczywiście rewolucyjne i powodują konieczność przededefiniowania roli prokuratora w procesie, zwłaszcza na etapie postępowania jurysdykcyjnego.

W perspektywie sporu procesowego, który ma miejsce w postępowaniu karnym panelista pozytywnie odniósł się do poszerzenia zakresu zastosowania instytucji konsensualnego zakończenia postępowania z art. 335 k.p.k. i 387 k.p.k., gdyż przyczyni się to do ograniczenia ilości postępowań, które będą musiały toczyć się bezpośrednio przed sądem, zwłaszcza wobec zlikwidowania bariery, która uniemożliwiała dotychczas zakończenie w ten sposób dużych i skomplikowanych postępowań.

Prokurator Babiński propozycję, aby to strony prezentowały swoje racje przez sąd, ocenił jako jak najbardziej uzasadnione, choć mogą zdarzyć się takie wypadki, gdzie z jednej strony występował będzie profesjonalnie przygotowany prokurator, a z drugiej oskarżony bez takiego przygotowania, który nie będzie już paternalistycznie traktowany przez sąd, i który równocześnie zrezygnuje z szeroko dostępnej dla niego pomocy obrońcy. Zdaniem panelisty zmiany w tym zakresie mogły pójść jeszcze o jeden krok dalej i można zastanowić się nad wprowadzeniem takiej możliwości, aby to nie prokurator, przysyłając do sądu materiały postępowania dotyczącego określonego oskarżonego, w akcie oskarżenia określał, które dowody mają zostać przeprowadzone bezpośrednio, a które jedynie odczytane, lecz aby to sąd zwracał się do stron po wpłynięciu aktu oskarżenia, aby wskazały, których dowodów bezpośredniego przeprowadzenia się domagają. Prokurator Babiński wyraził przekonanie, że w ten sposób tok postępowania sądowego mógłby zostać przyspieszony, jako że strony wyznaczałyby w ten sposób ramy postępowania, którego przeprowadzenia domagają się przed sądem, a więc równocześnie wyznaczałyby ramy, w jakich postępowanie jest bezsporne.

Jeśli zaś chodzi o bierność prokuratorów, to panelista stwierdził, że rzeczywiście może być to problemem na najniższych szczeblach prokuratury, gdzie prokurator z uwagi na ilość spraw,

które wymagają jego obecności (w odróżnieniu od prokuratur okręgowych i apelacyjnych) często nie „broni” swojego aktu oskarżenia przed sądem, a więc nie jest przygotowany, aby do samego końca na bieżąco kontrolować tok postępowania, które wcześniej sam przygotował i odpowiednio przeprowadzać postępowanie dowodowe (a taka sytuacja byłaby z punktu widzenia zasady kontradiktoryjności najbardziej pożądana). W tej perspektywie, zdaniem panelisty, rozszerzenie zakresu sytuacji, w których możliwe jest umorzenie postępowania w przypadku przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 3 i rozszerzenie zakresu zastosowania konsensualnego zakończenia postępowania spowoduje ograniczenie liczby postępowań tylko do takich, które są rzeczywiście sporne, i w których powinien być toczony spór przed sądem, a jeśli ograniczony przez decyzję stron zostanie również zakres dowodów, które muszą zostać przeprowadzone bezpośrednio, to wtedy nawet na szczeblu prokuratur rejonowych możliwe będzie występowanie prokuratorów w sprawach, w których sami wnosili akt oskarżenia.

Na zakończenie swojego wystąpienia Prokurator Babiński bardzo pozytywnie ocenił również proponowaną zmianę, wedle której udział oskarżonego w rozprawie miałby być jedynie jego prawem, a nie obowiązkiem. Jego zdaniem możliwość prowadzenia postępowania również pod nieobecność oskarżonego mogłoby przyczynić się do przyspieszenia zakończenia procesu karnego, zwłaszcza gdyby możliwa byłaby również i taka sytuacja, że niestawiennictwo oskarżonego należycie powiadomionego o tym, że w konkretnym dniu mają zostać bezpośrednio przeprowadzone określone dowody, których konieczność bezpośredniego przeprowadzenia wspólnie ustalono wcześniej, umożliwiałoby rezygnację przez sąd z takiego sposobu procedowania i poprzestanie tylko na odczytaniu z akt postępowania przygotowawczego treści zaplanowanych na konkretny dzień dowodów.

Podsumowując panelista stwierdził, że projektowane zmiany (zwłaszcza z uwzględnieniem proponowanych przez niego poprawek) przyczynią się do przyspieszenia procesu karnego i zagwarantowania kontradiktoryjności rozpraw poprzez skupienie aktywności sądów i prokuratury na tych postępowaniach, które są rzeczywiście sporne.

Kolejnym panelistą był sędzia **Wojciech Dziuban**.

Wyraził on przekonanie, że w Polsce proces karny przez sądem I-instancji kontradiktoryjny jest tylko w teorii, natomiast rzadko w praktyce. Jego zdaniem ta problematyka nie jest do końca jasna, a zasada kontradiktoryjności nie jest wprost wyrażona w Kodeksie Postępowania Karnego w odróżnieniu od innych zasad procesu, lecz wynika z szeregu uregulowań szczegółowych i być może dlatego brak jest pewności czy owa kontradiktoryjność rzeczywiście istnieje i jest realizowana.

Panelista stwierdził, że po wielu latach pracy i funkcjonowania w organach wymiaru sprawiedliwości (również w charakterze sędziego wizytatora) jest zdania, że polski proces karny przed sądem I-instancji nie jest kontradiktoryjny, gdyż bardzo często sąd i sędzia stają się jedną ze stron owego procesu, biorąc na siebie ciężar jego prowadzenia (najczęściej dokonując porównywania materiału postępowania przygotowawczego i materiału gromadzonego przed sądem), zamiast być tylko arbitrem. W związku z tym pozycja sądu często ulokowana jest bliżej oskarżyciela, jako że sąd stara się wykazać czy zarzut postanowiony przez oskarżyciela jest zasadny i z tego powodu również sam wchodzi w spór będący przedmiotem procesu i przejmuje na siebie ciężar jego prowadzenia, a prokurator usuwa się na bok albo go nie ma.

Sędzia Dziuban wyraził przekonanie, że proponowane w projekcie zmiany nie rozwiązują powyższego problemu, zwłaszcza w tej ostatniej sytuacji, gdy obecność prokuratora nie jest obowiązkowa, jako że wtedy trudno jest mówić o kontradiktoryjności procesu, a cały ciężar postępowania spoczywa na barkach sądu, tym bardziej, że również obecność samego oskarżonego nie będzie obowiązkowa, a więc sąd może „zostać sam” i być zmuszony robić wszystko samemu od początku do końca. Dlatego zdaniem panelisty oskarżyciel powinien być obecny w każdym postępowaniu (jakkolwiek byłoby to uciążliwe dla prokuratury), bo przecież z drugiej strony jak nie stawia się oskarżyciel prywatny, to postępowanie jest umarzone i chodzi o to, że ktoś musi oskarżać i wziąć na siebie ciężar sporu i udowodnienia winy oskarżonego, nie wystarczy odczytanie aktu oskarżenia przez protokolanta.

Sędzia Dziuban odniósł się także do sposobu organizacji procesu karnego w Polsce, w którym od momentu wniesienia aktu oskarżenia sąd zajmuje się wszystkim od początku do końca i wszystkie te techniczne zagadnienia i obowiązki przesłaniają później merytoryczny proces orzekania i tego projekt nowelizacji nie zmienia.

Przedstawiając konkluzję swojego wystąpienia panelista stwierdził, że być może ów projekt idzie zbyt daleko, gdy dopuszcza nieobecność oskarżyciela i oskarżonego, gdyż prowadzenie procesu w takiej postaci nie wydaje się możliwe i może nie przyjąć się w praktyce, jako że np. może zdarzyć się i tak, że wobec trudności z doręczeniami oskarżony nic nie będzie wiedział o toczącym się postępowaniu i o zapadłym orzeczeniu. Sędzia Dziuban wyraził także wątpliwość czy pozostawianie decyzji oskarżonemu tymczasowo aresztowanemu o tym czy ma zostać sprowadzony na rozprawę również nie jest zmianą zbyt daleko idącą.

Jako następny głos zabrał adwokat **Zbigniew Kubicki**, który zgodził się z tezami wystąpienia swojego przedmówcy i z perspektywy swojego długoletniego doświadczenia

zawodowego zauważył, że zmiana profilu procesu musi być związana nie tylko ze zmianą odpowiednich uregulowań, ale także zmianą mentalności uczestników postępowania (obecnych jak i przyszłych), tym bardziej, że przez kilkadziesiąt ostatnich lat proces skonstruowany był na odmiennych założeniach.

Jeśli chodzi o szczegółowe rozwiązania panelista odniósł się najpierw do problemu równości broni i stwierdził, że nie widzi powodu, dla którego w kontradiktoryjnym procesie nie miałyby być dopuszczane dowody z prywatnych opinii biegłych sporządzanych na zlecenie oskarżonego czy też obrońcy, a równocześnie miałyby być dopuszczane takie same opinie sporządzane na zlecenie oskarżyciela.

Również w tej perspektywie adwokat Kubicki zaproponował, aby ustawowo zagwarantować prawo poszukiwania środków obrony, prawo poszukiwania dowodów dla obrońców w postępowaniu karnym (np. korzystając z biura detektywistycznego albo rozmawiając ze świadkiem albo poszukując nieznanego świadka), zwłaszcza w perspektywie ostatnich procesów, gdzie obrońcy poszukujący takich dowodów byli oskarżani o próbę nakłaniania do składania fałszywych zeznań czy też o ujawnienie tajemnicy i utrudnianie postępowania przygotowawczego.

Innym problemem, który poruszył panelista była kwestia określenia granic, do jakich prokurator ma działać, albowiem o ile jest to jasne w sprawach kryminalnych, to np. w sprawach gospodarczych granica ta nie jest oczywista i kontradiktoryjność oraz prawo do obrony ograniczone jest inkwizycyjnością postępowania przygotowawczego.

Adwokat Kubicki zwrócił także uwagę na problem określenia zakresu, w jakim w postępowaniu przygotowawczym powinni być przesłuchiwanie świadkowie i sposobu sporządzania materiału dowodowego z tych czynności przez organy ścigania. Albowiem, jeśli chodzi o przesłuchiwanie świadków (ale też i podejrzanych), to składanie przez nich zeznań i wyjaśnień odbywa się w szczególnej i niezbyt komfortowej dla nich sytuacji, jako że są to najczęściej są to osoby, które nie miały wcześniej styczności z wymiarem sprawiedliwości. Następnie na etapie postępowania sądowego ich zeznania i wyjaśnienia są odczytywane i drobiazgowo badane, ale w rzeczywistości, m.in. z powodów podanych powyżej, treść protokołu wcale nie pochodzi od tych osób, ale jest wynikiem redakcji nadanej mu przez osobę prowadzącą przesłuchanie. Z drugiej zaś strony panelista zaproponował, aby rozważyć możliwość podwyższenia górnej granicy kary za składanie fałszywych zeznań.

Ostatnim zagadnieniem poruszonym przez adwokata Kubickiego był sposób protokołowania przebiegu rozprawy. Panelista stwierdził, że w związku z tym, że taki protokół jest jedynym sposobem późniejszego odtworzenia przebiegu owej rozprawy jakiegokolwiek wypaczenie jego treści

będzie stanowiło naruszenie prawa do obrony.

Jako ostatni z panelistów swoje wystąpienie wygłosił prokurator **Aleksander Herzog**, który na wstępie zgodził się ze zdaniem wygłoszonym wcześniej przez adwokata Bachmińskiego, zgodnie z którym wszelkie zmiany legislacyjne powinny być poprzedzone pewnymi badaniami praktycznymi, tym bardziej, że dotychczasowa ilość nowelizacji obowiązującego Kodeksu Postępowania Karnego przekracza ich liczbę zarówno w stosunku do kodeksu z roku 1928, jak i kodeksu z roku 1969, pomimo tego, że kodeksy te obowiązywały przez o wiele dłuższy okres czasu i funkcjonowały również w sytuacji zmiany systemu prawnego, a obecny Kodeks obowiązuje dopiero 13 lat. Zdaniem panelisty przedstawiony przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego projekt zawiera zbyt wiele poważnych zmian zmieniających zasady procesu, jak na nowelizację, a jednocześnie zbyt mało, aby być podstawą nowej kodyfikacji, która w perspektywie tak znaczących zmian powinna zostać sporządzona.

Prokurator Herzog wyraził wątpliwość czy wprowadzenie zasady kontradiktoryjności w postaci nałożenia ciężarów dowodowych na strony i powierzenie im odpowiedzialności za wynik procesu przyczyni się do polepszenia jego jakości i poprawi szanse na wykrycie prawdy. Jego zdaniem pomocne może być odwołanie do postępowania cywilnego (jako pewnego wzorca), które jest o wiele bardziej kontradiktoryjne, ale wcale nie jest sprawniejsze od postępowania karnego.

Panelista zauważył również, że w polskim systemie prawnym prokurator na etapie postępowania przygotowawczego i sądowego ma spełniać nie tylko jednostronne funkcje oskarżycielskie, ale musi także uwzględniać okoliczności korzystne dla oskarżonego.

Prokurator Herzog zgodził się także z zastrzeżeniami formułowanymi wcześniej przez sędziego Dziubana w zakresie udziału stron w rozprawie przed sądem, jako że z posiadanych przez panelistę statystyk wynika, że tylko w jednej czwartej spraw postępowanie karne toczy się przed sądem w trybie zwyczajnym, gdzie obecność prokuratora i oskarżonego jest konieczna, natomiast we wszystkich innych przypadkach tak nie jest i wobec braku stron może nie być na sali żadnego sporu, a sąd w takich sprawach zostanie sam i powstanie problem z realizacją zasady kontradiktoryjności, gdyż będzie musiał on przejąć inicjatywę dowodową.

Kończąc prokurator Herzog zauważył także, że projektowanym zamianom nie towarzyszy zmiana art. 117 k.p.k., a więc strony nie będą miały z jednej strony obowiązku stawienia, a z drugiej strony będą miały możliwość poprzez odpowiednie wykorzystywanie regulacji z art. 117 k.p.k. torpedowania postępowania, dlatego też zaapelował ostrożność i odpowiednie przemyślenie projektowanych zmian, których wprowadzenie powinno być poprzedzone jak najszerszą dyskusją.

Po zakończeniu dyskusji panelowej przedmiotem obrad zostały zgłoszone przez uczestników forum głosy w dyskusji.

W dyskusji jako pierwszy wstąpił adwokat prof. dr hab. **Cezary Kulesza** z Uniwersytetu w Białymstoku, który odnosząc się jeszcze do wcześniejszej dyskusji stwierdził, że w postępowaniach dotyczących przestępstw gospodarczych powinno być możliwe jeszcze szersze sięganie do konsensualnych form zakończenia postępowania (również w sprawach skomplikowanych), co wyeliminowałoby wiele z omawianych wcześniej trudności, tym bardziej, że w takich sprawach obrona jest dość trudna, bo sama osoba sprawcy zazwyczaj jest znana od samego początku.

Natomiast jeśli chodzi o omawiany projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, to pomimo tego, że Komisja w jego uzasadnieniu w sposób mniej lub bardziej bezpośredni umieściła zastrzeżenie, że stanowi on pewne całościowe rozwiązanie, którego poszczególnych elementów nie można zmieniać bez szkody dla owej całości, to jednak zdaniem dyskutanta należałoby wprowadzić zmiany zwiększające uprawnienia obrońcy w procesie karnym, albowiem projektowana nowelizacja zwiększyła jego odpowiedzialność i obowiązki, lecz żadnych poważniejszych dodatkowych uprawnień w związku z tym mu nie przyznaje. Jego zdaniem nie zmieniła się także pozycja obrońcy w inkwizycyjnym postępowaniu przygotowawczym, nie zmieniła się regulacja udziału obrońcy w czynnościach opisanych w art. 315 do 317 k.p.k., w przypadku dostępu do akt postępowania przygotowawczego pozostawiono zażalenie do prokuratora bezpośrednio przełożonego, a więc całe postępowanie przygotowawcze z punktu widzenia adwokata się nie zmieniło. Nie zmienił się także duży i bezpośredni wpływ akt tegoż postępowania (sporządzonych bez udziału obrońcy) na postępowanie jurysdykcyjne, w którym są one tylko odczytywane i powtarzane.

Dyskutant stwierdził także, że choć formy konsensualne zakończenia postępowania statystycznie dominują (a więc sprawy, gdzie formalnie sporu nie ma) i ich udział statystyczny w myśl projektu jeszcze wzrośnie, to jednak kontradyktoryjność nie będzie również realna w tej mniejszej grupie spraw, gdzie naprawdę toczy się spór, bez zapewnienia rzeczywistej równości broni.

Prof. dr hab. Kulesza poparł też postulaty wysuwane przez adwokat dr Dąbrowską-Kardas i adwokata Leszka Kubickiego, aby dopuścić poszukiwanie dowodów postępowaniu karnym przez obrońców.

Następnie głos zabrał adwokat **Andrzej Balicki**, który postawił pytanie o realność kontradiktoryjności procesowej w sytuacji, gdy prokurator czeka na sali z sędzią, a adwokat z klientem pod salą. W tej perspektywie zapytał także o powody, dla których istnieje możliwość ukarania adwokata karą pieniężną za uchybienia czynnościom zawodowym, który doprowadziły do opóźnień czynności procesowych, a brak jest możliwości wyciągnięcia takich konsekwencji wobec prokuratora za tożsame zachowania. Podniósł też wątpliwość co do istnienia równości broni, skoro prokurator może przesłuchać występującego w sprawie obrońcę w intencji jego odsunięcia od postępowania.

Kolejną dyskusantką była dr hab. **Barbara Nita** z Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, która w swoim wystąpieniu odniosła się do trzech kwestii.

Pierwszym poruszonym przez nią problemem była konstytucyjna dopuszczalność postulowanego przez dr Dąbrowską-Kardas odejścia od zasady prawdy materialnej w procesie karnym w perspektywie projektowanych zmian rozkładu inicjatywy dowodowej w art. 167 k.p.k.

Zdaniem dyskusantki taka możliwość jest wykluczona z uwagi na orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, który w merytorycznym wyroku Kp 3/08 (dotyczącym uznania jurysdykcji ETS w III filarze) uznał, że elementem wymienionego w art. 45.1 Konstytucji RP prawa do sądu jest prawda materialna, co zostało także powtórzone w niemerytorycznym postanowieniu umarzającym postępowania w sprawie P 3/09. Dyskusantka zauważyła także, że podobne argumenty na pojawiają się na płaszczyźnie konstytucyjnej w Niemczech, gdzie tamtejszy sąd konstytucyjny uznał zasadę prawdy materialnej za gwarantowaną na gruncie zasady państwa prawa oraz zasady winy, jako że bez ustalenia owej prawdy oskarżony mógłby odpowiadać w sytuacjach, gdy wcale nie ponosi winy.

Dr hab. Nita wyraziła także wątpliwość co do konstytucyjnej poprawności ujęcia okoliczności, w których sąd będzie mógł dopuścić dowód z urzędu w projektowanej nowelizacji. Albowiem zwrot „w uzasadnionych, wyjątkowych wypadkach” bez wskazania o jakie sytuacje chodzi powoduje brak możliwości sformułowania w tym zakresie zarzutu odwoławczego i brak możliwości weryfikowania tych okoliczności, a jedynym gwarantem ustalenia prawdy materialnej (z której twórcy projektu nie zrezygnowali) staje się sąd, który samodzielnie decyduje o tym, czy urzędu przeprowadzić określone z dowody czy też nie, a jego ewentualne zaniechanie jest poza kontrolą.

Drugą poruszoną przez dr hab. Nitę kwestią była zawarta w projekcie nowelizacji propozycja wprowadzenia terminu do składania wniosków dowodowych przez strony, co do której

dyskutantka wyraziła swoją aprobatę i stwierdziła, że taka regulacja jest dopuszczalna konstytucyjnie poprzez odwołanie się do koncepcji nadużycia prawa (zauważyła także, że Trybunał Konstytucyjny w tym kontekście badał art. 5 k.c. i orzekł o jego konstytucyjności). Zauważyła ona jednakże, że z jednej strony nie zgłoszone w terminie dowody nie będą mogły stać się podstawą do sformułowania skargi odwoławczej, lecz równocześnie nie jest planowana żadna zmian treści art. 540 k.p.k., który przewiduje możliwość wznowienia postępowania karnego z uwagi na ujawnienie nowych okoliczności mających znaczenie dla owego postępowania. Dyskutantka zadała w związku z tym pytanie, czy oznacza to, że w zmienionym stanie prawnym art. 540 k.p.k. powinien być inaczej odczytywany niż dotychczas?

W świetle powyższych rozważań panelistka wyraziła także przekonanie, że ustalenie prawdy materialnej (również poprzez działania sądu z urzędu) leży nie tylko w interesie oskarżonego, jak to się szeroko przyjmuje, lecz także pokrzywdzonego i skoro miałby zostać wprowadzony obowiązek dowodzenia i termin do składania wniosków dowodowych, to czy w celu zagwarantowania praw pokrzywdzonego nie należałoby dokonać wydłużenia terminu, w którym może on zgłosić swój udział w postępowaniu w charakterze oskarżyciela posiłkowego.

Ostatnim omawianym przez dyskutantkę problemem było zawarte w projekcie nowelizacji stwierdzenie, że cofnięcie aktu oskarżenia ma być nieusuwalną przesłanką procesową, a w szczególności dr hab. Nita podniosła wątpliwość, czy skutkiem przyjęcia tak opisanej przesłanki nie będzie niemożliwość prowadzenia postępowania również poza granicami Polski w myśl ponadpaństwowej zasady *ne bis in idem* w sytuacji, gdy w Polsce akt oskarżenia zostanie cofnięty z uwagi na brak dowodów, a takie dowody będą istniały zagranicą.

Jako następny swoje stanowisko przedstawił adwokat prof. dr hab. **Kazimierz Zgryzek** z Uniwersytetu Śląskiego.

Zgadzając się ze swoją przedmówczynią stwierdził, że jego zdaniem zmiana treści art. 167 k.p.k. jest kwestią najważniejszą w perspektywie zagadnienia kontradiktoryjności, jednakże wyraził on jednocześnie przekonanie, że konieczna jest uczciwa deklaracja co do tego czy dążymy do pełnej realizacji zasady prawdy materialnej czy też pełnej realizacji zasady kontradiktoryjności.

Wybór tej pierwszej możliwości musi skutkować dopuszczeniem aktywności sądu, który jest odpowiedzialny za sprawę przekazaną mu przez prokuratora, który następnie przestaje być aktywny (a przy takiej biernej postawie bardzo trudno jest kontradiktoryjnie walczyć ze stanowiskiem oskarżyciela publicznego).

Natomiast, jego zdaniem, inaczej sytuacja przedstawia się, gdy przyjmiemy, że prawdą jest

to, co wynika z dowodów przedstawionych przez strony, na których ciąży ciężar przekonania sądu, a nie przedstawienie takich dowodów w połączeniu z domniemaniami na korzyść oskarżonego będzie musiało skutkować jego uniewinnieniem.

Zdaniem prof. dr hab. Zgryzka tytuł panelu wskazywał, że w rzeczywistości obecnie nie ma kontradiktoryjności w polskim procesie karnym, z czym zgodził się, odwołując się również do wcześniej przedstawionych wystąpień sędziego Dziubana i adwokata Kubickiego. Wyraził on równocześnie przekonanie, że nie da się wyjść poza obecny stan niepełnej kontradiktoryjności bez zmian w regulacji postępowania i bez ograniczenia aktywności sądu, co jest jedynym realnym sposobem na wymuszenie większej aktywności prokuratora i obrońcy. Albowiem żadne zmiany dotyczące ich uprawnień i obowiązków nie mogą mieć takiego wpływu na kształt postępowania jak zmiana nastawienia sądu, polegająca na zaprzestaniu traktowania przez sąd rozpatrywanej sprawy jako swojej, gdyż w rzeczywistości powinna być to sprawa prokuratora, który musi udowodnić określone tezy. Co więcej, zdaniem dyskutanta, najlepszym rozwiązaniem (związany z koniecznością przebudowy modelu postępowania i roli sądu w nim) byłoby w ogóle wyłączenie jakiegokolwiek aktywności sądu, który powinien tylko jako bezstronny arbiter oceniać przedstawiane mu przez strony dowody.

Z uwagi na powyższe rozważania dyskutant zgodził się więc równocześnie z zastrzeżeniami wysuniętymi przez swoją poprzedniczkę co do proponowanej redakcji zawartego w projekcie art. 167 k.p.k. wyjątku dopuszczającego przeprowadzanie przez sąd dowodów z urzędu, albowiem jego zdaniem ostatecznie w praktyce reguła ulegnie odwróceniu i każda sytuacja będzie traktowana jako uzasadniony wyjątek, tak jak to ma obecnie już miejsce np. w przypadku art. 73 § 2 k.p.k., gdzie w praktyce regułą jest, że w ciągu 14 dni od zatrzymania podejrzanego prokuratura zastrzega, że kontakt z obrońcą odbędzie się w obecności funkcjonariusza Policji, pomimo tego, że sam przepis dopuszcza taką sytuację jedynie w „szczególnie uzasadnionych wypadkach”.

Kolejną dyskutantką była prokurator **Barbara Jasińska** z Prokuratury Apelacyjnej w Krakowie.

Wyraziła ona swoje całkowite poparcie dla wprowadzenia jak najpełniejszej kontradiktoryjności do polskiego postępowania karnego, natomiast w związku z nowymi obowiązkami i ciężarami, jakie miałyby zostać nałożone na prokuratora z uwagi na taką zmianę modelu procesu stwierdziła, że szersze niż dotychczas wprowadzenie zasady oportunistu do postępowania karnego umożliwiłoby wywiązanie się oskarżycieli publicznych z tych nowych zadań. Albowiem w chwili obecnej prokuratorzy zobowiązani są prowadzić również sprawy, które z

procesowego (choć nie z czysto ludzkiego) punktu widzenia są drobne i banalne, a wymagają takiego samego zaangażowania jak sprawy nieporównywalnie cięższe i skomplikowane, przez co właśnie w tych ostatnich sprawach aktywność prokuratora często jest ograniczona. W tym zakresie należałoby więc odciążyć prokuratorów, aby mogli oni sprostać obowiązkom wynikającym z kontradiktoryjnego procesu.

Jeśli zaś chodzi o kwestię dopuszczenia do wykorzystania w procesie opinii prywatnych, to zdaniem prokurator Jasińskiej takie rozwiązanie może być niezgodne z zasadą równości broni, albowiem o możliwości skorzystania z takich opinii warunkowana będzie sytuacją majątkową oskarżonego i ubodzy oskarżeni będą w gorszej sytuacji.

Następnie głos zabrał adwokat **Andrzej Zwara**, Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej.

Dyskutant zadeklarował, że Komisja Legislacyjna przy Naczelnej Radzie Adwokackiej już pracuje nad swoimi uwagami do przedstawionego projektu nowelizacji Kodeksu Postępowania Karnego i adwokatura bardzo silnie zaangażuje się w proces tworzenia tej nowelizacji.

Wśród postulowanych zmian będzie przyjęcie pełnej kontradiktoryjności postępowania karnego na etapie sądowym, oddanie obrońcom pełnej inicjatywy dowodowej oraz ograniczenie takiej inicjatywy w przypadku sądu, który powinien wysłuchać obu stron i wydać wyrok, a nie angażować się w postępowanie dowodowe, bo w sensie psychologicznym decyzja sądu o powołaniu jakiegoś dowodu powoduje jego zaangażowanie w sprawę jeszcze przed wydaniem wyroku. Adwokat Zwara zadeklarował także, że postulowane będzie odejście od albo ograniczenie zasady prawdy materialnej, albowiem zdaniem adwokatury takie rozwiązanie nie tylko nie jest sprzeczne z wartościami konstytucyjnymi, ale w istocie pozwoli uzyskać odpowiednią równowagę między gwarancjami dla oskarżonego i wymaganą od państwa efektywnością ścigania przestępstw.

Zdaniem Prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej dopuszczenie do wykorzystania w procesie karnym prywatnych opinii nie powinno spowodować problemów sugerowanych przez jego przedmówczynię, gdyż wprowadzeniu takiej zmiany towarzyszyć powinna racjonalna regulacja dotycząca pomocy prawnej dla ubogich, która umożliwiłaby obronę osobom, którym w innym przypadku nie pozwalałaby na to ich sytuacja ekonomiczna. Adwokatura już od 6 lat postuluje uchwalenie takiej ustawy, której wciąż nie wprowadzono, pomimo tego, że takie ustawy istnieją już w wielu innych krajach.

Dyskutantem, który jako następny wygłosił swoje stanowisko był dr hab. **Jerzy Skorupka**, prof. Uniwersytetu Wrocławskiego (Sędzia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu), który zauważył, że

w model kontynentalnego procesu karnego nastawiony jest nie tylko na rozwiązanie sporu pomiędzy oskarżonym a pokrzywdzonym, ale także na odkrycie prawdy, więc nie można mówić tylko o kontradiktoryjnym procesie karnym. Dlatego też w tym modelu problem polega raczej na wyważeniu z jednej strony inkwizycyjnej roli sądu, który dąży do ujawnienia prawdy materialnej i kontradiktoryjnego sporu stron z drugiej.

Natomiast jeśli chodzi o proponowaną w projekcie dopuszczalność nieobecności oskarżyciela publicznego, to zdaniem dr hab. Skorupki przy kontradiktoryjnym modelu procesu rola prokuratora, którego nie ma na sali, spadnie na barki sądu, tak jak ma to miejsce obecnie w postępowaniu uproszczonym, a niedoskonałość takiego rozwiązania słusznie krytykował już w latach 60 XX w. prof. dr hab. Waltoś. Zdaniem dyskutanta jeśli rolę prokuratora będzie musiał przejmować sąd, to zamiast poszerzenia procesowej kontradiktoryjności poszerzeniu ulegnie jego inkwizycyjność.

Jako kolejny dyskutant wystąpił adwokat **Wieńczysław Grzyb**.

Zauważył on, że uzasadnieniem wielu z już dokonanych nowelizacji i również tej proponowanej obecnie jest dążenie do przyspieszenia postępowania karnego, choć ujmowanie szybkości postępowania jako wartości samej jest wątpliwe i może być wynikiem pewnej presji mediów. Powstały już sądy 24-godzinne, istnieje projekt oderwania sądu od miejsca popełnienia przestępstwa, projekt sądenia chuliganów. Zdaniem dyskutanta zmiany te zmierzają w złym kierunku i któryś z autorytetów prawniczych musi wprost poinformować opinię publiczną, że proces karny musi trwać i tak jest wszędzie na świecie.

Adwokat Grzyb odniósł się także do proponowanej zmiany art. 5 § 2 k.p.k., którą uznał za być może przygotowaną pochopnie, albowiem jego zdaniem postulowana nowelizacja może przynieść skutki odwrotne od zamierzonych. Dyskutant wyraził przekonanie, że zmiana redakcji tego przepisu polegająca na tym, że na korzyść mają być tłumaczone „wątpliwości, których nie usunięto w postępowaniu dowodowym” zamiast obecnie zastrzeżonych „wątpliwości, których nie da się usunąć” spowoduje, że w sąd w każdej sytuacji będzie mógł usunąć wątpliwości dokonując po prostu odpowiedniej oceny owych dowodów. A więc nie będzie już wątpliwości, których nie da się usunąć, gdyż nie będzie to kwestia ich charakteru, lecz określonej oceny przeprowadzonego postępowania dowodnego, które przecież zawsze dostarczy przesłanek, które umożliwią wytłumaczenie pojawiających się wątpliwości w ten lub inny sposób i tylko od decyzji sądu będzie zależało to, w jaki sposób zostaną one wykorzystane. Dlatego też, zdaniem dyskutanta, choć w założeniu proponowana zmiana ma zmierzać do obciążenia prokuratora obowiązkiem usuwania

pojawiających się w postępowaniu wątpliwości, to jednak w efekcie takiej redakcji gwarancje procesowe oskarżonego nie zostaną zwiększone, lecz zmniejszone.

Przedostatnim dyskutantem był adwokat **Maciej Kliś**, który stwierdził, że rozwiązaniem, którego efekty byłyby korzystne dla wszystkich uczestników procesu karnego byłoby zapewnienie adwokatom szerszego dostępu do akt postępowania przygotowawczego i to nie tylko w kwestiach aresztowych, gdyż możliwość bieżącej weryfikacji tego, co dzieje się w postępowaniu przygotowawczym niewątpliwie przyczyniłaby się do zmniejszenia ilości aktów oskarżenia, jakie wpływają do sądu.

Jako ostatni w dyskusji głos zabrał adwokat **Stanisław Klys**.

Postulował on, aby wobec coraz częstszej praktyki przesłuchiwania podejrzanego najpierw w charakterze świadka, w przypadku, gdy taka sytuacja miała miejsce następnie usuwać protokół z jego zeznaniami z akt postępowania, albowiem często treść zeznań złożonych w charakterze świadka faktycznie przesądza, że proces niejako ustaje.

Natomiast odnosząc się do sposobu odbierania wyjaśnień i zeznań na etapie postępowania sądowego dyskutant wyraził postulat, aby po przesłuchaniu i zadaniu pytań nie następowało automatycznie odczytywanie protokołów z postępowania przygotowawczego i porównywanie ewentualnych rozbieżności kończące się pytaniem o to, kiedy przesłuchiwany pamiętał lepiej, jak to ma teraz miejsce, lecz aby możliwe było jedynie odczytywanie fragmentów protokołów na wniosek stron, co, jego zdaniem, przyczyni się do polepszenia jakości kontradiktoryjności samego procesu.

Kończąc swoje wystąpienie adwokat Klys stwierdził, że w kwestii opinii biegłych częstym i głównym problemem jest używanie przez nich metodologii niekoniecznie najlepiej przystającej do charakteru sprawy, a powoływanie takich biegłych z uwagi na „rzekome” oszczędności (rzekome wobec ich nieznacznosci w stosunku do kosztów funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości w ogóle) w sytuacji, gdy nie dopuszczono innego żadnego innego dowodu na tą okoliczność powoduje, że jakość postępowania dowodowego jest bardzo niska, a ta jakość powinna być pielęgnowana przez ustawodawcę, który powinien ją zapewnić.

Po zakończeniu prezentacji głosów w dyskusji z uwagi na ograniczoną ilość czasu zrezygnowano z debaty nad bardzo licznymi pytaniami, które przedstawili uczestnicy forum i po raz ostatni oddano głos panelistom, aby mogli ustosunkować się do tez, które zostały wyrażone w dyskusji.

Jako pierwsza, ponownie, głos zabrała dr **Malgorzata Dąbrowska-Kardas**, która stwierdziła, że źródłem norm prawnych zawsze są określone wartości, lecz równocześnie nie jest możliwym, aby wszystkie te wartości w równej mierze mogły zostać zrealizowane, więc konieczny jest wybór wartości nadrzędnych, dla pełnej realizacji których ograniczamy realizację pozostałych wartości. Wyraziła także przekonanie, że warunkiem rzetelnego procesu jest rozpoznanie sprawy przez obiektywny, bezstronny sąd, co akcentowane jest również na gruncie Europejskiej Konwencji Praw Człowiek i Obywatela w bogatym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Dr Dąbrowska-Kardas zadeklarowała, że taka pozycja sądu w procesie karnym jest dla niej największą wartością, jaka może być zrealizowana w tymże procesie.

Panelistka zauważyła także, że w chwili obecnej zasada prawdy materialnej jest wyrażona w uregulowaniach procedury karnej, a inicjatywa dowodowa sądu jest nieograniczona, lecz pojęcie prawdy materialnej jest niesprawdzalne, więc w praktyce ma gwarancji, że w rozstrzygnięciu sądu znajdują się zdarzenia, które zostały w sposób zgodny z prawdą opisane i udowodnione. W związku z tym dr Dąbrowska-Kardas stwierdziła, że zasada prawdy materialnej jest jedną z największych ułud języka prawniczego, gdyż jej istnienie niczego nie gwarantuje, a równocześnie pozostawienie w związku z nią, choćby w wąskim zakresie, inicjatywy dowodowej sądu powoduje, że nie proces nie jest kontradiktoryjny, a sąd nie jest bezstronnym arbitrem, mimo że wydaje się, że nadanie mu takiej pozycji jest w procesie wartością ważniejszą.

Prokurator **Rafał Babiński** wyraził przekonanie, że prokuratorzy nie są bierni i robią przed sądem co w ich mocy, aby wykazać swoje racje, zwłaszcza w sprawach poważniejszych. Natomiast przy typowo kontradiktoryjnym sporze, który jego zdaniem jest rozwiązaniem zmierzającym w trafny kierunek, będą oni jeszcze bardziej aktywni, gdyż wymuszone to będzie ich pozycją jako strony sporu.

Jako kolejny wystąpił sędzia **Wojciech Dziuban**, zdaniem którego uregulowania znajdujące się obecnie w procedurze karnej nie sprzeciwiają się zasadzie kontradiktoryjności i nie stoją na przeszkodzie, aby proces karny był sporem przed obiektywnym i bezstronnym sądem, lecz to praktyka jest odmienna i nie zmienia jej żadne apele i deklaracje, lecz realna kontradiktoryjność może zostać wymuszona tylko poprzez zmiany procedury karnej.

Dr **Malgorzata Dąbrowska-Kardas** ponownie zabierając głos (w zamian z adwokata

Zbigniew Kubickiego) zauważyła, że pozostawienie sądowni, nawet najbardziej wąsko ujętej i wyjątkowej, inicjatywy dowodowej spowoduje, że w praktyce nic się nie zmieni i sąd nadal będzie szeroko prowadził postępowanie dowodowe, gdyż reguła ulegnie odwróceniu, tak jak to ma miejsce w przy przesłuchiowaniu świadków na rozprawie, a więc z jednej strony przepis (w istocie mający zapewnić właśnie kontradiktoryjność) przyznaje pierwszeństwo zadawania pytań stronom, a odejście od tej kolejności traktuje jako wyjątek, a z drugiej strony faktycznie w przytłaczającej ilości przypadków ów wyjątek stanowi regułę.

Dyskusję panelową zakończył prokurator **Aleksander Herzog**.

Panelista ponownie wezwał do rozważania istotnych celów i wartości stojących za tak rewolucyjnymi zmianami, jak te, które zawarte są w projekcie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego i zbadania rzeczywistych bolączek wymiaru sprawiedliwości.

W nawiązaniu do tej ostatniej kwestii prokurator Herzog nie zgodził się z wyrażonym w trakcie dyskusji przez adwokata Grzyba zdaniem, że szybkość procesu karnego nie ma znaczenia i w tym zakresie odwołał się do opracowania pod red. prof. Waltosia „Zagubiona szybkość procesu karnego”. W tej perspektywie zauważył też, że nie jest tak, że wszędzie na świecie owa szybkość została zagubiona. Panelista wyraził też przekonanie, że właśnie owa szybkość jest jednym z poważniejszych problemów polskiego procesu karnego, a planowane w projekcie zmiany mogą mieć w tym zakresie skutki również negatywne.

Kończąc swoje wystąpienie zauważył, że należy ostrożnie podchodzić do wiary omnipotencją prawa i jego moc sprawczą samą w sobie, albowiem, jego zdaniem, wiele z problemów polskiego wymiaru sprawiedliwości mogłoby zostać rozwiązanych raczej przez zmiany organizacyjne i techniczne, niż kolejne nowelizacje, ale do zmian organizacyjnych i technicznych w sposób oczywisty potrzebne są pieniądze, a do zmian prawa pozornie nie.

Podsumowanie

Po zakończeniu dyskusji w ramach wszystkich trzech paneli podsumowania obrad I Krakowskiego Forum Karnistycznego dokonał prof. dr hab. Andrzej Zoll, Kierownik Katedry Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego i Redaktor Naczelny Czasopisma Prawa karnego i Nauk Penalnych.

Prof. dr hab. **Andrzej Zoll** rozpoczął swoje wystąpienie od nawiązania do wypowiedzi

prokuratora Herzoga, wygłoszonej na zakończenie dyskusji w panelu trzecim, a więc do określenia warunków, które powinny powodować konieczność dokonywania zmian w prawie.

W tej perspektywie zauważył, że rzeczywiście każdy z kodeksów związanych z prawem karnym był nowelizowany kilkadziesiąt razy, a w ostatnim roku takich nowelizacji był kilkanaście, włączając również sytuacje, gdy tego samego dnia dokonywano dwoma różnymi ustawami dwóch nowelizacji tego samego kodeksu i w związku z tym nie można nawet ustalić, co w takim przypadku stanowi *lex priori*, a co *lex posterior*. Wyraził także przekonanie, że populizm karnistyczny, który dyktuje dokonywanie zmian w prawie pod kątem wyborców nadal nie został wyeliminowany i wciąż stanowi bardzo poważny problem polskiego procesu legislacyjnego. Pomimo tego, że zamierzeniem Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego było nie dopuszczanie do dokonywania takich zmian prawa karnego, które nie są rzeczywiście konieczne, to jednak nie zawsze udaje się Komisji takie zmiany zatrzymać. Zdaniem prof. Zolla zmiany powinny następować wtedy, gdy proponujący ich dokonanie wykaże, że ani dotychczasowa interpretacja określonych uregulowań, ani też jej dopuszczalna zmiana, w granicach w jakich jest to możliwe w demokratycznym państwie prawa, nie może stanowić podstawy dla rozstrzygnięcia określonych problemów, których rozwiązanie leży w interesie poprawy wymiaru sprawiedliwości.

Komentarz do dyskusji prowadzonej w ramach panelu pierwszego

Jeśli chodzi o dyskusję prowadzoną w ramach pierwszego panelu dyskusyjnego prof. Zoll zauważył, że w perspektywie wszystkich paneli właśnie w tym panowała największa zgoda pomiędzy dyskutantami.

Jego zdaniem przede wszystkim niesporne okazało się przekonanie, że konieczne jest zapewnienie obrońcy i podejrzanemu dostępu do materiałów postępowania przygotowawczego będących podstawą stosowania tymczasowego aresztowania (zmiany w tym kierunku wydają się przesądzone, również w kontekście wykonania orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego). Jednakże równocześnie prof. Zoll zaznaczył, że spodziewane kontrowersje wzbudziła sugerowana przez prokuratora Śliwę kwestia możliwości wprowadzenia do procedury karnej podstawy dla wyjątkowej odmowy dostępu do akt postępowania z uwagi na ochronę prowadzonych czynności operacyjnych albo też z uwagi na występowanie w postępowaniu konfiguracji wieloosobowej.

Jeśli chodzi zaś o uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2011 roku stwierdził, że rozstrzygnęła ona wątpliwości, co do możliwości badania przez sąd kwalifikacji prawnej przyjętej przez prokuratora. Prof. Zoll zaznaczył jednocześnie, że tezy zawarte w owej uchwale oczywiście

mogły być wywodzone już z samej treści art. 249 k.p.k. (gdyby było inaczej, to Sąd Najwyższy nie mógłby przyjąć takiej uchwały, gdyż dokonywałby kreatywnej wykładni), lecz wymagały one wyczerpującego wyjaśnienia i rozstrzygnięcia.

Prof. Zoll odniósł się także do wypowiedzi sędziego Mazura i stwierdził, że należy przypominać o możliwości uchylania stosowania tymczasowego aresztowania w postępowaniu incydentalnym.

Kolejną kwestą, na którą prof. Zoll zwrócił uwagę jako niezmiernie ważną w kontekście panelu pierwszego było odwołanie się w dyskusji do konstytucyjnej zasady proporcjonalności, jako istotnej normy przy ocenie dopuszczalności stosowania środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania. Albowiem dzięki jej przestrzeganiu środek ten stosowany będzie tylko jako ultima ratio.

Prof. Zoll przychylił się także do ważnej, jego zdaniem, propozycji, którą wyraził w trakcie dyskusji adwokat Kliś, aby przy składaniu wniosku o przedłużenie stosowania tymczasowego aresztowania prokurator zmuszony był wykazać, co już zostało w postępowaniu zrobione od momentu zastosowania lub poprzedniego przedłużenia stosowania tymczasowego aresztowania i czy czas ten został dobrze wykorzystany.

Kończąc podsumowanie tej części obrad prof. Zoll zauważył, że zapewne z uwagi na ograniczenia czasowe w dyskusji w ogóle nie poruszono kwestii „aresztu wydobywczego”, który bynajmniej nie jest pojęciem tylko historycznym, lecz w chwili obecnej nadal istnieje problem stosowania tymczasowego aresztowania przez zbyt długi okres czasu i w tej perspektywie przychylnie odniósł się raz jeszcze od wspomnianej już propozycji, którą wyraził w trakcie dyskusji adwokat Kliś.

Komentarz do dyskusji prowadzonej w ramach panelu drugiego

Jeśli chodzi o dyskusję prowadzoną w ramach drugiego panelu dyskusyjnego prof. Zoll zauważył, że dyskusja w głównej mierze skupiła się na problemach związanych z art. 296 k.k. i art. 585 k.s.h.

W tej perspektywie stwierdził on, iż choć przygotowany przez Naczelną Radę Adwokacką materiał projektu nowelizacji art. 585 k.s.h. zasługuje na uznanie, to jednak jego zdaniem ostatecznie przy przeprowadzaniu tej nowelizacji nie wykorzystano okazji, aby usunąć z systemu tych wszystkich typów czynów zabronionych, które znajdują się w innych ustawach i powielają art. 585 k.s.h.

Natomiast co do tego ostatniego przepisu prof. Zoll wyraził wątpliwość, czy w ogóle konieczne jest istnienie normy o takiej treści i czy nie byłoby w tym zakresie wystarczającym odwołanie się do instytucji usiłowania art. 296 k.k., a więc sięgnięcie do rozwiązania zawartego w części ogólnej Kodeksu Karnego zamiast tworzenia kolejnych nowelizacji, które z tego punktu widzenia w ogóle nie są potrzebne. Albowiem jeżeli odchodzi się od uregulowania opartego na konstrukcji abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo i przechodzi się do konstrukcji typu czynu zabronionego opartej na modelu konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, to w perspektywie treści art. 296 k.k. zachowanie polegające na umyślnym wyrządzeniu znacznej szkody majątkowej będzie stanowiło dokonanie przestępstwa opisanego w tym artykule, a zachowanie polegające na umyślnym spowodowaniu konkretnego niebezpieczeństwa wyrządzenia owej szkody będzie usiłowaniem dokonania takiego przestępstwa.

Prof. Zoll odniósł się także krytycznie do zaproponowanego w projekcie Naczelnej Rady Adwokackiej rozszerzenia kręgu podmiotów przestępstwa zawartego w art. 585 k.s.h. również na osoby faktycznie prowadzące sprawy spółki handlowej. Jego zdaniem przepis ten w odróżnieniu od art. 296 k.k. nie określa precyzyjnie źródeł uprawnień i obowiązków osób, które mogą na jego podstawie odpowiadać karnie, a jeżeli w dodatku odpowiadać miałyby osoba tylko faktycznie prowadząca sprawy spółki handlowej, to w ogóle nie sposób ustalić jakie miałyby być źródła i treść jej uprawnień czy też obowiązków, a więc w tym zakresie taki sposób regulacji wprowadza odpowiedzialność karną za powszechny typ czynu zabronionego.

Prof. Zoll stwierdził także w kontekście wyrażonych w trakcie dyskusji propozycji dokonania nowelizacji treści art. 296 k.k., że rzeczywiście konieczne jest dokonanie pewnych zmian, zwłaszcza w kontekście pojawiających się problemów z pojęciem „szkoda” (co ma znaczenie nie tylko z punktu widzenia art. 296 k.k.), gdyż jego zdaniem należałoby jasno określić, że „szkoda” taka obejmuje tylko szkodę rzeczywistą, a więc *damnum emergens*. Przychylił się także do postulatów wprowadzenia wyłącznie wnioskowego trybu ścigania takich przestępstw i rezygnacji z zawartego w art. 296 k.k. nieumyślnego typu tego przestępstwa, jako że dla rozwiązania takich sytuacji wystarczające jest postępowanie cywilne.

Nie przychylił się natomiast do postulatu dr hab. Zawłockiego, aby całkowicie usunąć z Kodeksu Karnego art. 296 k.k. i wyraził przekonanie, że jego zdaniem źródłem tego przepisu jest art. 206 d.k.k., a nie art. 217 d.k.k., który zresztą nie obowiązywał już w momencie, gdy Kodeks karny z 1997 roku wchodził w życie. Jednocześnie stwierdził jednak, że istnieją argumenty za tym, aby usunąć art. 585 k.s.h. (i jego odpowiedniki z innych ustaw) z uwagi na jego niczym nie uzasadnioną nierówność ochrony w stosunku do art. 296 k.k.

Nawiązując do wcześniejszej wypowiedzi dr hab. Skorupki prof. Zoll wyraził także przekonanie, że dobrem prawnym, które chronione jest przez art. 296 k.k. jest mienie, a nie prawidłowe funkcjonowanie obrotu gospodarczego, podobnie jak przy art. 177 k.k. chodzi o ochronę życia i zdrowia ludzkiego, a nie „bezpieczeństwa w komunikacji”.

Jeśli zaś chodzi o kwestie związane z „dozwolonym ryzykiem gospodarczym”, to jego zdaniem zadaniem nauki prawa karnego i orzecznictwa w ciągu kilku następnych lat powinno być wypracowanie bardzo precyzyjnych kryteriów określania kiedy konkretne zachowanie mieści się w granicach takiego ryzyka i jest już od samego początku legalne, dozwolone bez względu na rezultat jaki przyniesie, a więc w ogóle nie podlega penalizacji na podstawie art. 296 k.k.

Prof. Zoll pozytywnie odniósł się także do postulatu powołania Instytutu Ekspertyz Ekonomicznych, którego utworzenie, jego zdaniem, pozwoliłoby uniknąć wielu z występujących obecnie problemów z opiniowaniem, prywatnymi opiniami i prowadziłoby do wyrównania szans, skoro w procesie obie strony mogłyby się zwrócić do takiej instytucji o wydanie opinii.

Komentarz do dyskusji prowadzonej w ramach panelu trzeciego

Jeśli chodzi o dyskusję prowadzoną w ramach trzeciego panelu dyskusyjnego prof. Zoll stwierdził, że w tej części obrad kontrowersje były największe i paneliści i dyskutanci podzieleni byli na tych, którzy popierają proponowane przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego wzmocnienie kontrydiktoryjności (albo chcą nawet pójść o krok dalej i zrezygnować też z zasady prawdy materialnej) oraz na tych, którzy uważali, że planowane zmiany idą zbyt daleko.

Ponownie w kontekście wypowiedzi prokuratora Herzoga prof. Zoll wyraził przekonanie, że istnieją powody, z uwagi na które konieczne jest dokonanie zmian proponowanych przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego. Jest to konieczne zarówno w perspektywie wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przeciwko Polsce wynikających z przewlekłości postępowania karnego w naszym kraju, jak i też z uwagi na to, jaką faktycznie postać przybiera często przebieg rozpraw w Polsce.

Prof. Zoll zauważył także w kontekście przeprowadzonej dyskusji, że zmiany zostały przygotowane w sposób całościowy i przewidują także m.in. postulowane w dyskusji rozszerzenie zakresu zastosowania zasady oportunisty, które miałyby zostać dokonane poprzez wprowadzenie projektowanego art. 23b k.p.k.

Jeśli chodzi o zniesienie, co do zasady, obowiązku obecności oskarżonego na rozprawie prof. Zoll stwierdził, że w tym zakresie właściwie panuje zgoda w dyskusji, lecz jeśli chodzi o

obowiązek obecności prokuratora, to jego zdaniem w związku ze zmianami, które mają zostać wprowadzone, aby odciążyć prokuratorów (zwłaszcza poprzez rozszerzenie możliwości konsensualnego zakończenia postępowania), ich obecność powinna być obowiązkowa na każdej rozprawie, a więc w tych wszystkich postępowaniach, które nie zakończyły się wcześniej w sposób konsensualny (a w ten sposób kończona jest ich przeważająca liczba).

Zgodził się także ze stwierdzeniami, które pojawiły się w trakcie obrad, że przy braku prokuratora na rozprawie, a także oskarżonego i jego obrońcy trudno jest mówić o kontradyktryjności, choć jego zdaniem nie jest bynajmniej oczywiste, że w takiej sytuacji sąd musi z urzędu zastępować prokuratora.

Prof. Zoll prezentując uzasadnienie projektowanych zmian nawiązał także do wypowiedzi sędziego Dziubana i zagadnienia roli sędziego w postępowaniu karnym w kontekście tego, jaki przebieg przybiera często obecnie postępowanie sądowe, które sprowadza rolę sędziego do adiustatora materiału, który wcześniej przygotował prokurator, a który sąd, niepotrzebnie tracąc czas, następnie dubluje, pomimo tego, że często całe tomy materiałów postępowania przygotowawczego nie mają żadnego znaczenia dla przedmiotu postępowania, a funkcja sądu sprowadza się ostatecznie tylko do kontrolowania drobnych różnic w złożonych wcześniej zeznaniach czy wyjaśnieniach.

W imieniu organizatorów prof. dr hab. Zoll podziękował wszystkim za przybycie na obrady I Krakowskiego Forum Karnistycznego i jednocześnie zaprosił do udziału w II Krakowskim Forum Karnistycznym, które planowane jest na styczeń 2012 roku i odbędzie się w ramach obchodów 200-lecia istnienia Katedry Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego.