

Janusz Tylman

INSTYTUCJA SĘDZIEGO ŚLEDZCZEGO
W POSTĘPOWANIU KARNYM REPUBLIKI FEDERALNEJ NIEMIEC

I. Obowiązujący w RFN kodeks postępowania karnego¹ jako jedną z form postępowania przygotowawczego przyjął przed stu przeszło laty śledztwo sądowe (*gerichtliche Voruntersuchung*), prowadzone przez sędziego śledczego (*Untersuchungsrichter*). Ponadto wprowadzono czynności sędziowskie dokonywane w postępowaniu dochodzącym (*Ermittlungsverfahren*), powierzone tzw. *Ermittlungsrichter*, którego w tłumaczeniu należałoby określać raczej jako „sędziego dochodzeniowego”, a nie jako sędziego śledczego.

Rozgraniczenie personalne tych dwóch funkcji sędziowskich wynikało już z prawa o ustroju sądów², gdzie w § 21e³ w odniesieniu do uprawnień prezydium sądu postanowiono, że ustala ono „die Untersuchungsrichter und die Ermittlungsrichter”, w ramach corocznego podziału obowiązków.

W niniejszym opracowaniu, ze względu na polską tradycję językową oraz wobec likwidacji w RFN w 1975 r. zarówno śledztwa sądowego, jak i tzw. *Untersuchungsrichter*, niemiecka nazwa nadal utrzymanego tzw. *Ermittlungsrichter* tłumaczona będzie jednak jako „sędzia śledczy”⁴, chociaż pamiętać trzeba, iż nie jest to przekład ścisły, skoro *Ermittlungen* nie są śledztwem⁵. Poza tym — co ważniejsze — rezygnacja z śledz-

¹ *Strafprozessordnung* (StPO) z 1 I 1877 r., z późniejszymi zmianami; powoływane numery przepisów bez bliższego oznaczenia odnoszą się do tego kodeksu.

² *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG) z 27 I 1877 r., z późniejszymi zmianami.

³ Numeracja według stanu na dzień 1 I 1973 r.

⁴ Wobec przyjęcia koncepcji określania zarówno tzw. *Untersuchungsrichter*, jak i tzw. *Ermittlungsrichter* jedną polską nazwą „sędzia śledczy”, w sytuacjach mogących nasuwać wątpliwości, o którego sędziego chodzi, podawana będzie dodatkowo nazwa niemiecka lub jej skrót: ER albo UR.

⁵ K. Peters w swoim znanym podręczniku (*Strafprozess. Ein Lehrbuch*, Heidelberg 1985) w ogóle nie używa terminu *Ermittlungsrichter*; gdy pisze o organach

stwa sądowego i sędziego śledczego w ścisłym znaczeniu (*Untersuchungsrichter*) stanowiła przejaw wyraźnej tendencji odejścia od tych konstrukcji ze względu na nader krytyczną ich ocenę. Planując nowelizację likwidującą śledztwo sądowe, stwierdzono — wśród innych argumentów — że „pochodzi ono z charakteryzującego się nieograniczonym panowaniem sędziego — procesu inkwizycyjnego”⁶.

II. Punkt ciężkości modelu procesu karnego z 1877 r. leżał w zakresie postępowania przygotowawczego początkowo nie w obrębie uprawnień prokuratury i jej działalności, lecz przesunięty był w stronę sędziego. Śledztwo sądowe występowało obligatoryjnie w sprawach związanych z bezpieczeństwem państwa, a także w sprawach podlegających sądom przysięgłych. Pamiętać przy tym trzeba, że właściwość sądów przysięgłych ujęto wówczas bardzo szeroko. Oprócz tego w sprawach podległych sądom krajowym (*Landgerichte*) — których właściwość w pierwszym okresie zarysowano również wyraźnie szerzej niż w latach późniejszych — prokuratura mogła złożyć wniosek o przeprowadzenie śledztwa sądowego. Wreszcie sam obwiniony (*Angeschuldigter*) w pewnych warunkach miał prawo o takie śledztwo wnosić.

Wprowadzone w czasach weimarskich wyjątki umożliwiające odstąpienie od śledztwa obowiązkowego w prostych sprawach podległych sądom przysięgłych stanowiły etap w polityce ograniczania i likwidowania śledztwa sądowego. Równolegle przebiegało ograniczające reformowanie sądów przysięgłych, w 1974 r. ostatecznie przekształconych w izbę karną (*Strafkammer als Schwurgericht* — § 74 GVG), orzekającą w składzie 3 sędziów zawodowych i 2 ławników⁷.

Powody zniesienia z dniem 1.I.1975 r. śledztwa sądowego były wielorakie. Z teoretycznego punktu widzenia podkreślono zasadę rozdzielenia organu dochodzącego i organu orzekającego. Również dochodzenia dotyczące przestępstw ciężkich (poważnych) przekazano odtąd właściwości tego organu, któremu bliższe były zadania ścigania przestępstw, a nie orzekania. Istotną rolę grało przy tym oczekiwanie, że prokuratura w większym stopniu uwzględniac będzie osiągnięcia kryminalistyki, i przeświadczenie że reprezentuje ona w szerszym zakresie kryminologiczny sposób myślenia⁸.

Dążono do ograniczenia sędziowskiej działalności w postępowaniu

działających w postępowaniu przygotowawczym, wskazuje (m. in.) na sędziego, posługując się ogólnym i podstawowym określeniem *Amtsrichter* (s. 531).

⁶ T. Kleinknecht, *Strafprozessordnung*, 31 wyd., Muenchen 1974, s. 496.

⁷ E. Loewe, A. Hellweg, W. Rosenberg, *Die Strafprozessordnung fuer das Deutsche Reich*, Berlin—Leipzig 1934, s. 549 i n., 573 i n.; T. Kleinknecht, K. Meyer, *Strafprozessordnung*, wyd. 38, Muenchen 1987, s. 1489 i n.

⁸ Peters, *op. cit.*, s. 532.

przygotowawczym do tego co — w szczególności z prawnokonstytucyjnego punktu widzenia — niezbędne, z pozostawieniem sędziemu bardziej jego zadaniom odpowiadającej funkcji kontrolnej.

Podkreśla się, że przed 1975 r. rozgraniczenie zadań między sądem i prokuraturą nie było wystarczająco jasne. Obowiązujące wówczas przepisy umożliwiające tzw. sędziemu śledczemu prowadzenie jeszcze przed otwarciem postępowania głównego własnych dochodzeń, spotkały się z zarzutem sytuowania sądu po stronie prokuratury i przełamywania podstawowego podziału ról: prokuratura — obrona — sąd⁹.

Intencją reformy było też przeciwdziałanie przewlekłości postępowania. Służyć temu miało nowe rozgraniczenie kompetencji między sędzią i prokuratorem w postępowaniu przygotowawczym i ustanowienie prokuratora jedynym kierowniczym organem dochodzenia, z odpowiednimi uprawnieniami. Reforma zobowiązała prokuratora do wzięcia sprawy we własne ręce, co wynika m. in. z § 162 w zw. z § 161a i 163a¹⁰.

Eliminacja śledztwa sądowego, rozszerzająca władzę prokuratury, otworzyła drogę do strukturalnych zmian w postępowaniu przygotowawczym. Wypowiadano pogląd¹¹, że właściwie należałoby w miejsce śledztwa sądowego wprowadzić śledztwo prokuratora, rozumiane w ten sposób, iż w poważniejszych sprawach prowadzone byłoby postępowanie pod bezpośrednim kierownictwem i odpowiedzialnością prokuratora, aktywnie współdziałającego z policją. Obawiano się bowiem, że likwidacja śledztwa sądowego mogłaby oznaczać „fatalny krok” wiodący do rozwinęcia ogólnego policyjnego postępowania dochodzącego, obejmującego większość czy nawet wszystkie sprawy. Wówczas zamiast usuniętego sędziego śledczego, jako gospodarz postępowania przygotowawczego wystąpiłaby nie prokuratura, lecz policja. Pociągnęłoby to za sobą ograniczenie w istotny sposób gwarancji procesowych, zwłaszcza osoby ściganej.

Ustawodawca nie zastąpił jednak śledztwa sądowego śledztwem prokuratorskim, chociaż przyznał prokuratorowi szereg ważkich uprawnień pozwalających — jak się mniema — na stworzenie, zwłaszcza w odniesieniu do przestępstw poważnych, odpowiedniego do potrzeb systemu dochodzącego.

III. Postępowanie przygotowawcze podporządkowane jest obecnie w zasadzie prokuratorowi. On ma w myśl § 160 zbadać stan rzeczy, gdy dowie się o podejrzeniu dokonania czynu karalnego, niezależnie od tego,

⁹ H. H. Kuehne, *Strafprozesslehre. Eine Einfuehrung*, Kehl am Rhein, Strassburg 1982, s. 320.

¹⁰ H. van Els, H. Hinkel, *Kompetenzverteilung zwischen Richter und Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren*, NJW 1977, s. 85, 86.

¹¹ Peters, *op. cit.*, s. 533.

czy nastąpi to na podstawie zawiadomienia (§ 158) czy na innej drodze¹².

Prokurator nie jest oczywiście w stanie sam wykonać wszystkich niezbędnych czynności, nie posiada też własnych organów wykonawczych — nazywany bywa „głową bez rąk”¹³. Uzależniony jest więc od innych organów. Przede wszystkim chodzi o policję, której ustawodawca powierzył podwójną funkcję — ma ona dokonywać wszelkich działań dochodzących, których żąda od niej prokuratura (§ 161)¹⁴, a poza tym ma „obowiązek pierwszego uderzenia” (*Pflicht des ersten Zugriffs*), tzn. musi z własnej inicjatywy, bez impulsu ze strony prokuratury, ścigać przestępstwa i podejmować działania nie cierpiące zwłoki. Następnie jednak, bezpośrednio po dokonaniu tych pierwszych, koniecznych czynności policja powinna przekazać akta prokuraturze¹⁵, aby nie dochodziło do faktycznego ograniczania kompetencji prokuratury przez policję, która organizacyjnie jest samodzielna¹⁶. Kodeks nie przewiduje żadnego odrębnego (własnego) policyjnego postępowania przygotowawczego. Kontrola prokuratury rozciąga się zatem — przynajmniej teoretycznie¹⁷ — na policyjne działania dochodzące niezależnie od tego, czy podejmowane są z własnej inicjatywy czy też na polecenie prokuratury¹⁸.

Pamiętać przy tym trzeba, że prawo wewnętrzne poszczególnych krajów (Landów), wyznacza określone kategorie policjantów jako urzędników pomocniczych (*Hilfsbeamten*) prokuratury¹⁹, zarządzeniom której są oni bezpośrednio podporządkowani. Tej kategorii policjantów w pilnych sytuacjach przysługuje dodatkowo prawo stosowania takich środków przymusu²⁰, do jakich zwykłemu policjantowi sięgać nie wolno.

Wszyscy policjanci mają prawo do stosowania tylko trzech środków

¹² J. Tylman, *Oportunizm w postępowaniu karnym Republiki Federalnej Niemiec*, „Nowe Prawo” 1989, nr 10—12, s. 95 i n.

¹³ C. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, wyd. 21, Muenchen 1989, s. 51; Kuehne, *op. cit.*, s. 110 i n.

¹⁴ Dochodzenie prokurator przeprowadza sam albo zleca je urzędnikom policji; którą drogę prokurator wybiera, zależy od różnych okoliczności, jak np. rodzaju przestępstwa, doświadczenia prokuratora, a nawet od jego obciążenia różnymi obowiązkami; zob. też Peters, *op. cit.*, s. 168; Kuehne, *op. cit.*, s. 102 i n.

¹⁵ Tę sytuację reguluje § 163; zob. też Kleinknecht, Meyer, *op. cit.*, s. 649 i n.; Kuehne, *op. cit.*, s. 33 i n., 101 i n.

¹⁶ C. Roxin, *Strafprozessordnung. Beck-Texte. Einfuehrung*, wyd. 20, Noerdlingen 1987, s. 9—11.

¹⁷ W praktyce policja sprawy przez siebie badane z reguły przekazuje prokuraturze dopiero po ich zakończeniu; ma to zapobiegać przewlekłości i zbędnemu, wielokrotnemu przekazywaniu akt. Zob. Peters, *op. cit.*, s. 532.

¹⁸ J. Benfer, *Anordnung von Grundrechtseingriffen durch Richter und Staatsanwalt und die Verpflichtung zum Vollzug*, NJW 1981, s. 1245.

¹⁹ Zob. § 152 GVG.

²⁰ § 81a, c, 98, 105 StPO.

przymusu: zatrzymania (§ 127, 163), podejmowania środków rozpoznawczych (fotografowania, zdejmowania odcisków palców itp. — § 81b, 163b) oraz ustalania tożsamości (§ 163b). Policja pomocnicza — w sytuacjach nie cierpiących zwłoki — posiada prawo stosowania sześciu dalszych środków przymusu: zarządzania zajęcia (§ 98, 111e), przeszukań (§ 105), pobierania próby krwi lub dokonywania innych oględzin ciała podejrzanego (§ 81a), oględzin ciała świadków (§ 81c), zarządzania kontroli ulicznej (§ 111) i zarządzania blokady (§ 163d)²¹.

IV. Obok policji prokuraturze pomaga tzw. *Ermittlungsrichter*, czyli sędzia śledczy — jak przyjęto wyżej, uwzględniając różne aspekty terminologiczne.

Podstawowym przepisem określającym obecnie instytucję sędziego śledczego, jest § 162²², w myśl którego — jeżeli prokuratura uznaje za potrzebne dokonanie sędziowskiej czynności śledczej²³, przedstawia swoje wnioski w sądzie powiatowym (*Amtsgericht*)²⁴, w którego okręgu czynność ma być dokonana; uznając za potrzebne dokonanie czynności śledczych w więcej niż jednym okręgu, przedstawia swoje wnioski w tym sądzie, w którego okręgu ma swoją siedzibę; zdanie drugie (poprzednie) nie ma zastosowania do sędziowskich przesłuchań, jak również wtedy, gdy według prokuratury rezultat postępowania może być zagrożony zwłoką spowodowaną złożeniem wniosku w sądzie właściwym na podstawie zdania drugiego.

Przepis sformułowany jest bardzo ogólnie i określa jedynie przesłanki umożliwiające sędziemu działanie już w postępowaniu przygotowaw-

²¹ Roxin, *op. cit.*, s. 51.

²² W wersji zmienionej przez 1. StVRG z 9 XII 1974 r.

²³ Przyjmując nazwę „sędzia śledczy” uznano za właściwe posługiwanie się w niniejszym opracowaniu również określeniem „sędziowska czynność śledcza”, zwłaszcza że kodeks używa zwrotu *richterliche Untersuchungshandlung* (m. in. w § 162, 163, 168, 168a), chociaż znów trzeba mieć na uwadze, iż termin *Untersuchung* stosowany jest ponadto w ogólniejszym sensie, jako badanie czy rozpoznawanie sprawy w postępowaniu karnym, także po wniesieniu aktu oskarżenia do sądu (zob. § 155).

²⁴ Nazwa sądu najniższego rzędu — *Amtsgericht* — jest trudna do przełożenia. Dosłowne tłumaczenie jako sądu urzędowego (zob. M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Warszawa 1971, s. 115) nie wydaje się zreczne. Zwrot „sąd miejscowy” (por. S. Waltoś, *Model postępowania przygotowawczego na tle prawnoporównawczym*, Warszawa 1968, s. 62 i n.) jest dość dowolny. W tej sytuacji wypadnie odwołać się do tłumaczenia kodeksu RFN dokonanego w Ministerstwie Sprawiedliwości (Główna Komisja Badania Zbrodni Hitlerowskich w Polsce) w 1967 r., gdzie użyto określenia „sąd powiatowy”, chociaż nie jest to rozwiązanie w pełni zadowalające.

czym — nie konkretyzując ich. Oznacza to, że w zasadzie każda czynność dopuszczalna po otwarciu postępowania głównego może być na podstawie tego przepisu wnioskowana i dokonywana w postępowaniu przygotowawczym; jedynie dla zaprzysiężenia świadka wprowadzony został wyraźny przepis szczególny (§ 65)²⁵.

Analiza wszystkich przepisów dotyczących bezpośrednio i pośrednio sędziego śledczego prowadzi do następującego określenia jego pozycji. Sędzia śledczy działa na wniosek prokuratury:

- 1) gdy jego współdziałanie wskazane jest:
 - a) dla przerwania przedawnienia (§ 78 StGB)²⁶,
 - b) dla zabezpieczenia środków dowodowych (§ 251, 254 StPO);
- 2) gdy jego współdziałanie nakazane jest:
 - a) dla przesłuchania pod przysięgą świadków lub biegłych (§ 161a, 65),
 - b) dla tymczasowego odebrania prawa jazdy (§ 111a),
 - c) dla zarządzenia tymczasowego aresztowania (§ 114) lub umieszczenia w zakładzie leczniczym w celu przeprowadzenia obserwacji (§ 126a),
 - d) w zwykłej (normalnej) sytuacji dla zarządzenia zajęcia i zatrzymania rzeczy (§ 98, 111e, 111n) oraz przeszukania (§ 105),
 - e) w zwykłej sytuacji dla zarządzenia oględzin ciała (§ 81a, 81c),
 - f) w zwykłej sytuacji dla zarządzenia ustanowienia punktów kontrolnych (*Kontrollstellen*) lub przeprowadzenia obławy (*Schleppnetzfahndung* — § 163d).

Ponadto sędzia śledczy działa z własnej inicjatywy, ale tylko w sytuacjach nie cierpiących zwłoki, gdy prokurator jest nieobecny; występuje wtedy zamiast prokuratora jako tzw. *Notstaatsanwalt*. W tym wypadku powinien z urzędu dokonać wszystkich niezbędnych czynności (§ 165)²⁷; wolno mu wówczas z urzędu zastosować nawet tymczasowe aresztowanie (§ 125). Dalsze dyspozycje należą znów do prokuratury (§ 167)²⁸.

Z zestawienia tego wynika, że włączenie się sędziego śledczego do postępowania przygotowawczego może być konieczne czy tylko pożądane z różnych względów.

²⁵ *Karlsruher Kommentar, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz*, Muenchen 1982, s. 571; Kittel, *Zur Bedeutung des Begriffs „Richterliche Untersuchungshandlung“ im Sinne des § 162 StPO*, JR 1966, s. 124 i n.

²⁶ *Strafgesetzbuch* — kodeks karny z 15 V 1871 r. z późniejszymi zmianami.

²⁷ Również policja, uznając, że istnieje pilna potrzeba dokonania czynności sędziowskiej, może przekazać akta bezpośrednio do sądu (§ 163 ust. 2); sąd rozstrzyga wtedy, czy będzie działać według § 165, ale tak szybko, jak to jest możliwe przedstawia sprawę prokuraturze do dalszych decyzji (§ 167); zob. też Klein-knecht, Meyer, *op. cit.*, s. 649 i n.

²⁸ Zob. Roxin, *op. cit.*, s. 52, 55—57.

Szybkie podjęcie właściwych sędziowskich działań potrzebne bywa przede wszystkim dla zapobieżenia utracie dowodu, a zatem w celu jego zabezpieczenia (utrwalenia), co przewiduje podstawowy przepis określający zadania postępowania przygotowawczego (§ 160 ust. 2). Tak więc wskazane może być np. sędziowskie przesłuchanie podejrzanego czy świadka. Na rozprawie głównej określone oświadczenia złożone w postępowaniu przygotowawczym mogą być w zasadzie tylko wtedy odczytane, gdy zawarte są w uznanym za szczególnie godny zaufania sędziowskim protokole (§ 251, 254), chociaż kodeks w pewnym zakresie i w pewnych sytuacjach dopuszcza odczytanie na rozprawie innych niż sędziowskie protokołów (§ 251 ust. 2 i 3), co oznacza, że prokuratura i policja mogą niekiedy dokonywać same przesłuchań wykorzystywanych później na rozprawie²⁹.

Stosowanie środków przymusu, które wyjątkowo ostro wkraczają w sferę wolności osoby, zastrzeżone jest wyposażonemu we wszystkie gwarancje osobistej i rzeczowej niezawisłości — sędziemu. Prokurator np. nie może zarządzić tymczasowego aresztowania — musi w tym względzie zwrócić się do sędziego (§ 114). Tylko w sytuacjach nie cierpiących zwłoki (i ponadto z dalszymi ograniczeniami) może on zamiast normalnie właściwego w tym zakresie sędziego stosować zajęcie rzeczy (§ 98), pobranie próby krwi (§ 81a), przeszukanie (§ 105), oględziny ciała (§ 81c).

Prokurator nie może odbierać przysięgi (§ 161a ust. 1). Jeżeli więc w postępowaniu przygotowawczym zachodzi potrzeba zaprzysiężenia świadka w celu uzyskania prawdziwej, istotnej dla dalszego postępowania wypowiedzi (§ 65) — prokurator musi odwołać się do pomocy sędziego.

Często o zwróceniu się do sędziego decyduje charakter sprawy, konieczność wyjaśnienia złożonych stosunków prywatnoprawnych, rysujące się aspekty polityczne albo fakt występowania w charakterze podejrzanych czy świadków osób z życia publicznego³⁰.

Z innego nieco punktu widzenia grupuje się czynności sędziowskie następująco. Przede wszystkim wymienia się czynności, które tylko sędzia może podejmować albo które z reguły on podejmować powinien³¹,

²⁹ Np. § 251 w ust. 2 stanowi, iż wówczas, gdy świadek, biegły lub współoskarżony zmarł albo z innego względu w dającym się przewidzieć czasie nie może być poddany sądowemu przesłuchaniu, mogą być odczytane protokoły innego przesłuchania, jak również dokumenty zawierające pochodzącą od niego pisemną wypowiedź.

³⁰ Peters, *op. cit.*, s. 531; Roxin, *op. cit.*, s. 9—10; *Karlsruher Kommentar*, s. 572.

³¹ Przewidziane są w § 81, 81a, 81c, 98, 105, 111a, 111e, 125, 126, 132a StPO.

jak np. skierowanie na obserwację w szpitalu psychiatrycznym, zarządzanie oględzin ciała i przeszukania, tymczasowe odebranie prawa jazdy, tymczasowe aresztowanie, wydanie tymczasowego zakazu wykonywania zawodu.

Następnie wchodzi w grę takie czynności, przy których sędzia na wniosek prokuratora musi być obecny — jak otwarcie zwłok (§ 87 ust. 2).

Wreszcie występują czynności, które także prokurator może samodzielnie wykonać, ale które w pewnych sytuacjach chce on powierzyć sędziemu. W tej grupie wymienia się przede wszystkim sędziowskie przesłuchania podejrzanych i świadków (§ 163a ust. 3, 161a ust. 1) oraz oględziny zwłok (§ 87 ust. 1)³².

V. Do dokonania czynności właściwy rzeczowo jest sędzia sądu powiatowego (*Amtsgericht*). W sprawach należących według § 120 GVG w pierwszej instancji do wyższego sądu krajowego (*Oberlandesgericht*), w miejsce sędziego sądu powiatowego może wstąpić sędzia tego wyższego sądu. Jeżeli postępowanie prowadzi federalny prokurator generalny (*Generalbundesanwalt*), właściwy jest sędzia śledczy Trybunału Federalnego (*Bundesgerichtshof*)³³.

Funkcjonalnie właściwy jest tzw. sędzia śledczy (ER). Jest nim zwykły sędzia, któremu prezydium sądu w rocznym planie podziału spraw i zadań (*Geschäftsverteilungsplan*) powierzyło obowiązki sędziego w postępowaniu przygotowawczym, zazwyczaj obok innych czynności dotyczących już postępowania jurysdykcyjnego (§ 21e ust. 1 GVG). W większych sądach obowiązki te rozdzielane są między kilku sędziów śledczych. W tych wypadkach nie jest wykluczona specjalizacja, polegająca np. na koncentracji decyzji aresztowych albo przesłuchań. W tym samym postępowaniu może zatem działać jeden, dwóch, a wyjątkowo więcej niż dwóch sędziów śledczych. Zwraca się uwagę na to, że dążenie do koncentracji czynności w sprawie w rękach jednego tylko sędziego mogłoby oznaczać swego rodzaju powrót do instytucji sędziego śledczego w ścisłym znaczeniu (*Untersuchungsrichter*), co wobec likwidacji śledztwa sądowego (*gerichtliche Voruntersuchung*) stanowiłoby tendencję sprzeczną z dążeniami ustawodawcy i założeniami przeprowadzonej reformy³⁴.

Zakres sędziowskich działań stymuluje w zasadzie wniosek prokuratury, powinien więc on dotyczyć wyraźnie określonych czynności. Z tego względu we wniosku należy m. in. wskazywać, czy dana osoba ma

³² Loewe-Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Grosskommentar*, wyd. 23, Berlin—New York 1978, s. 57 też do § 162.

³³ W myśl § 169; Kleinknecht, Meyer, *op. cit.*, s. 689, 690.

³⁴ Loewe-Rosenberg, *op. cit.*, s. 61 też do § 162.

być przesłuchana jako podejrzany czy jako świadek. Sędziemu można jednak pozostawić swobodę co do przesłuchania dalszych osób, jeżeli taka konieczność wyniknie z materiału dowodowego i okoliczności sprawy. Dozwolone są też wnioski alternatywne oraz wnioski o charakterze pomocniczym, umożliwiające sędziemu, posiadającemu być może lepsze rozeznanie w stosunkach panujących w jego okręgu, pewien wpływ na bieg sprawy. Nie jest natomiast dopuszczalne, aby prokuratura wносиła ogólnie o przeprowadzenie przez sędziego dochodzeń³⁵.

Już z tego wynika, że skrępowanie sędziów wnioskami prokuratury nie jest traktowane w sposób przesadnie ścisły i formalistyczny i że — zwłaszcza w związku z pojawiającymi się nowymi okolicznościami — mogą oni poza nie wychodzić, tak postępując, aby odpowiadało to prawdopodobnym intencjom prokuratury. Wobec tego, jeżeli okaże się np., iż we wniosku o przesłuchanie błędnie określono osobę, to bez pytania prokuratury sędzia może przesłuchać osobę właściwą. Sędziemu wolno również przejść od przesłuchania osoby jako świadka do przesłuchania jej w charakterze podejrzanego, jeżeli w toku czynności zrodzi się uzasadnione podejrzenie popełnienia przez dotychczasowego świadka — przestępstwa. Wynika to z oczywistego faktu, że prokurator postąpiłby podobnie w takiej sytuacji i sędzia może przyjąć, że także od niego prokurator nie oczekiwałby innego zachowania się.

Skoro w myśl wspomnianego już § 165 w razie niebezpieczeństwa zwłoki sędzia przeprowadza niezbędne czynności śledcze także bez wniosku prokuratora — tym bardziej powinien on wyjść w analogicznej sytuacji poza ramy otrzymanego wniosku.

W tym duchu sformułowany jest też § 166 stanowiący, że podejrzany w trakcie przesłuchania go przez sędziego ma prawo wnioskować przeprowadzenie poszczególnych dowodów odciażających; sędzia — uznając je za istotne — dokonuje odpowiednich czynności, jeżeli trzeba zapobiec utracie dowodu lub gdy przeprowadzenie dowodu może uzasadniać uwolnienie podejrzanego zatrzymanego bądź aresztowanego.

Jeżeli jednak prokurator wyraźnie ogranicza w swoim wniosku zakres żądanych czynności dowodowych albo wyraźnie zabrania sędziemu podjęcia pewnych czynności czy nawet stawiania określonych pytań w toku przesłuchania — to sędzia jest tym stanowiskiem związany. Podobnie wiążące jest żądanie prokuratora zaniechania zaprzysiężenia

³⁵ *Karlsruher Kommentar*, s. 571; *Loewe-Rosenberg*, op. cit., s. 61; *Fuhrmann*, *Die Befugnisse des Amtsrichters bei der Pruefung eines Antrages der Staatsanwaltschaft auf Vernehmung des Beschuldigten*, JR 1965, s. 253; *Kubic*, *Zur Verpflichtung des Amtsrichters, Rechtshilfeersuchen der Staatsanwaltschaft nachzukommen*, DR. Z. 1976, s. 114 i n.

świadka czy niestosowania wobec świadka lub podejrzanego środków przymusu.

Prokurator może też w każdym czasie swoje wnioski cofnąć, co powoduje zakończenie działalności sędziego śledczego; dalsze działania są wówczas po prostu niedopuszczalne.

Również wniesienie aktu oskarżenia wyłącza kompetencje sędziego śledczego. Wcześniej złożone wnioski prokuratury o dokonanie czynności przechodzą na sąd właściwy do rozpoznania sprawy, jednakże w szczególnie pilnych sytuacjach sędzia śledczy może wykonać czynności niezbędne³⁶.

Taki zakres praw i obowiązków wynika z przyjętej koncepcji, według której sędzia śledczy świadczy prokuraturze pomoc (*Amtshilfe*). Nie występuje on wówczas jako (samodzielny) organ orzekający w wąskim rozumieniu. Jego działania służą wyłącznie przygotowaniu przez prokuraturę decyzji w myśl § 170, stanowiącego, iż w wyniku postępowania przygotowawczego prokuratura albo wnosi akt oskarżenia, albo postępowanie umarza³⁷.

VI. W postępowaniu przejściowym i głównym sędzia bada zarówno prawną dopuszczalność, jak i celowość ingerencji w prawa obywateli. W postępowaniu przygotowawczym natomiast, gdzie gospodarzem jest prokurator, sędziemu przysługuje jedynie prawo badania legalności wniosku i żądanego działania³⁸.

Własnych dochodzeń sędzia śledczy nie może przeprowadzać. Jeżeli dostarczone mu przez prokuraturę materiały do wydania, np. postanowienia o aresztowaniu lub przeszukaniu, nie wystarczają, musi on od prokuratury zażądać dodatkowych materiałów albo przeprowadzenia uzupełniającego postępowania. Gdy jego żądanie nie zostanie spełnione, a zatem jeśli nie otrzyma on danych dodatkowych, może odmówić zadośćuczynienia wnioskowi³⁹.

Z drugiej strony w postępowaniu przygotowawczym np. sędziowski nakaz przeszukania nie ma mocy zobowiązującej, ponieważ gospodarzem postępowania jest prokuratura (prokurator), która może zawsze cofnąć wniosek, a więc również nie wykonać polecenia przeszukania, będącego w istocie tylko zezwoleniem, a nie nakazem o charakterze wiążącym.

³⁶ *Karlsruher Kommentar*, s. 571, 573; Fuhrmann, *op. cit.*, s. 253 i n.; Kubic, *op. cit.*, s. 114 i n.

³⁷ *Karlsruher Kommentar*, s. 570, 571.

³⁸ Według ust. 3 § 162 sędzia sprawdza, czy wnioskowana czynność w związku z okolicznościami sprawy jest prawnie dopuszczalna.

³⁹ Roxin, *op. cit.*, s. 56.

Prokuratura może zatem ze względów celowościowych odmówić wykonania wydanego przez sędziego tego rodzaju polecenia⁴⁰.

Przedmiotem badania przez sędziego śledczego jest dopuszczalność tylko danej czynności, nie zaś prowadzonego przez prokuratora postępowania, w ramach którego powstała potrzeba zwrócenia się do sędziego. Dopuszczalność wniosku nie zostaje podważona również wtedy, gdy zdaniem sędziego ścigany czyn nie jest zabroniony i nie można podciągnąć go pod żaden przepis ustawy karnej. To samo odnosi się do sytuacji, gdy według sędziego w stosunku do postępowania ujawnia się przeszkoda procesowa (np. brak jest wymaganego wniosku o ściganie).

Na tym tle staje się oczywiste, że sędzia nie może odrzucić wniosku tylko dlatego, iż według niego popełnienia czynu nie da się udowodnić. W konsekwencji nie może on też odmówić przesłuchania osoby w charakterze podejrzanego, uznając, że podejrzenie nie jest dostatecznie uzasadnione, albo że podejrzany dotychczas nie był przesłuchiwany przez policję lub prokuratora⁴¹.

Sędzia nie ma także prawa odmówić przeprowadzenia wnioskowanej czynności z sugestią, że wystarczające jest dokonanie jej przez prokuratora; nie jest więc uprawniony do oceny merytorycznej zasadności zwrócenia się o pomoc sądową, chociaż *de lege ferenda* wysuwane są propozycje zmiany unormowań kodeksowych w tym zakresie. Mianowicie na tle zdarzających się jednak w praktyce (z reguły wszakże traktowanych jako pozbawionych obecnie podstawy prawnej) przypadków odmowy ze strony sędziego dokonania wnioskowanej przez prokuratora czynności, m. in. przesłuchania — np. dlatego, że prokurator zdaniem sędziego chce tylko zmniejszyć swoje obciążenia, chociaż wystarczało przesłuchanie prokuratorskie — pojawiają się postulaty zmiany przepisów w tym kierunku, aby sędzia mógł badać nie tylko prawną (formalną) dopuszczalność wniosku, ale także potrzebę i celowość sędziowskiego przesłuchania. Mówi się, że według aktualnego stanu prawnego sędzia wykonuje jedynie dla prokuratury usługi posłańca („leistet [...] lediglich Botendienste fuer die Staatsanwaltschaft”)⁴².

Jeżeli jednak ustawa zastrzega sędziemu prawo wyboru środka przymusu lub zakresu jego zastosowania — sędzia działa w ramach swego uznania. Biorąc za punkt wyjścia dodatkowe określenie zamieszczone w § 162 o sprawdzaniu dopuszczalności czynności na tle okoliczności przypadku (*Umstaende des Falles*), przyjmuje się, że przy stosowaniu środków przymusu sędziowskie badanie obejmuje całość występujących

⁴⁰ Benfer, *op. cit.*, s. 1246, 1247.

⁴¹ *Karlsruher Kommentar*, s. 574.

⁴² Van Els, Hinkel, *op. cit.*, s. 88.

warunków, a więc przebieg i wyniki postępowania, przesłanki ściśle procesowe oraz potrzebę (konieczność) i celowość zastosowania środka. Dla tego rodzaju czynności nie kwestionuje się uprawnień sędziego do szerszego weryfikowania jej dopuszczalności⁴³. Niekiedy wszakże twierdzi się, że w tych sytuacjach w ogóle zbędne jest sięganie do wspomnianego określenia (okoliczności przypadku), ponieważ przepisy dotyczące środków przymusu wyraźnie formułują szczególne przesłanki ich stosowania i w ten sposób nie tylko zezwalają, ale i zobowiązują sędziego do wszechstronnego i pełnego ich uwzględniania⁴⁴.

Podkreślić trzeba wreszcie, że sędzia śledczy bada samodzielnie swoją właściwość. Nie podejmuje ponadto działań wobec podejrzanego, który jego zdaniem nie podlega niemieckiej jurysdykcji⁴⁵.

VII. Przy przesłuchaniu przez sędziego podejrzanego, zgodnie z § 168c, dopuszczalna jest obecność prokuratora i obrońcy. Przy przesłuchaniu świadka i biegłego dozwolona jest ponadto obecność podejrzanego, chociaż występują tu pewne ograniczenia — np. jeżeli istnieje obawa, że świadek w obecności podejrzanego nie powie prawdy, sędzia może obecność podejrzanego wyłączyć.

Zasady te obowiązują odpowiednio przy dokonywaniu sędziowskich oględzin (§ 168d)⁴⁶.

Po przeprowadzeniu czynności sędzia śledczy przekazuje niezwłocznie akta prokuraturze i jego działalność jest tym samym zakończona. Akta są aktami prokuratury, nie sądu, chociaż zawierają protokoły sądowe. Jednakże w razie wniesienia aktu oskarżenia protokoły sądowe nie mogą być wyłączone i pozostawione w aktach podręcznych prokuratury, jak w przypadku protokołów prokuratorskich czy policyjnych⁴⁷.

VIII. Przeciwno wszystkim sędziowskim decyzjom odmawiającym uwzględnienia żądania prokuratury służy jej na podstawie § 304 zażalenie do sądu wyższego rzędu nad sądem, w którym nastąpiła odmowa. Poza tym pozostają w mocy szczególne unormowania środków odwoławczych, dotyczących niektórych czynności śledczych — § 304 nie narusza ich.

⁴³ J. Tylman, *Podstawy tymczasowego aresztowania w postępowaniu karnym Republiki Federalnej Niemiec*, „Przestępczość na Świecie”, 1986, t. XIX, s. 51 i n.; *Karlsruher Kommentar*, op. cit., s. 574, 575.

⁴⁴ H.-J. Koch, *Zum Umfang richterlicher Pruefung nach § 162 Abs. 2 StPO*, NJW 1968, s. 1316, 1317.

⁴⁵ Loewe-Rosenberg, op. cit., s. 62—65 tez do § 162.

⁴⁶ Kleinknecht, Meyer, op. cit., s. 685—690.

⁴⁷ Loewe-Rosenberg, op. cit., s. 65 tez do § 162.

Uwzględniając zażalenie (§ 309), sąd z reguły sam dokonuje czynności (np. zarządza aresztowanie) albo zobowiązuje sędziego śledczego do jej dokonania (np. przesłuchania świadka czy podejrzanego)⁴⁸.

IX. W uzupełnieniu zwrócić wypada uwagę na inną jeszcze formę udziału czynnika sądowego w postępowaniu przygotowawczym, chociaż leżącą poza ścisłymi ramami instytucji sędziego śledczego.

W myśl ust. 3 § 160 dochodzenia prokuratury rozciągają się również na okoliczności, które mają znaczenie dla określenia skutków prawnych czynu. W tym zakresie może ona posługiwać się pomocą sądową (*Gerichtshilfe*).

Do tych okoliczności zalicza się jako bardzo istotne te, które dotyczą osobowości sprawcy i jego socjalnych stosunków. Mają one rozstrzygający wpływ m. in. na wymiar kary, jej zawieszenie itd. Ponieważ środki i metody, jakimi dysponuje prokuratura i policja, dla badania tej delikatnej często materii są za mało elastyczne i wywołują psychologiczne opory — kodeks przewiduje możliwość zwrócenia się o pomoc do sądu, zwłaszcza że nie chodzi tu o współrealizowanie funkcji oskarżycielskiej.

W k.p.k. RFN zagadnienie to zostało wszakże unormowane tylko ogólnie, zaś wprowadzenie szczegółowych regulacji pozostawiono poszczególnym krajom (Landom — art. 294 ustawy wprowadzającej kodeks karny). Z kolei nie wszystkie kraje do tej pory zorganizowały tego rodzaju pomoc sądową, tam zaś gdzie to nastąpiło, rozwiązane zostało w różny, a zatem niejednolity i często niewystarczający sposób. Stan ten oceniany jest w literaturze krytycznie⁴⁹.

X. Uwagi niniejsze miały na celu przybliżenie — zwłaszcza w związku z reformą polskiego postępowania karnego — jednego z bardziej interesujących rozwiązań obcych, dotyczącego ważnej instytucji karno-procesowej.

Jak wynika z przedstawionej analizy, przeprowadzona w 1975 r. nowelizacja k.p.k. RFN, likwidując śledztwo sądowe, w sposób zasadniczy ograniczyła pozycję sędziego śledczego, który przestał być organem prowadzącym — w znacznym stopniu samodzielnie — rozwiniętą formę postępowania przygotowawczego i to z reguły w sprawach najpoważniejszych.

Uznając odebranie sędziemu, nie odpowiadającej jego naturze, funkcji ścigania za właściwe, stwierdzić jednak wypada, że poprzestanie na uprawnieniach sędziego działającego jako tzw. *Ermittlungsrichter* spro-

⁴⁸ *Karlsruher Kommentar*, s. 575.

⁴⁹ Roxin, *op. cit.*, s. 57, 58; Kuehne, *op. cit.*, s. 41—43.

wadza go w RFN raczej do roli pomocniczej, pozbawiając istotniejszego wpływu na przebieg tego stadium.

Na tle propozycji zawartych w naszym *Projekcie kodeksu postępowania karnego*⁵⁰, uzasadniony wydaje się również wniosek, że o roli i znaczeniu czynnika sądowego w postępowaniu przygotowawczym decydują konkretne merytoryczne rozwiązania, określające rodzaj i zasięg uprawnień sędziowskich oraz stosunek sądu do prokuratury i policji — nie zaś sam fakt przyjęcia lub odrzucenia instytucji sędziego śledczego.

Październik 1990 r.

Uniwersytet Łódzki

Janusz Tylman

INSTITUTION DES ERMITTLUNGSRICHTERS
IM STRAFVERFAHREN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

Der vorliegende Beitrag ist der Rolle des Gerichtsfaktors im Vorverfahren gewidmet. Die in der BRD geltende Strafprozeßordnung hat im Jahre 1877, also vor über 100 Jahren, als eine der Vorverfahrensformen die vom Untersuchungsrichter geführte gerichtliche Voruntersuchung angenommen. Außerdem hat man richterliche Einzelhandlungen im Ermittlungsverfahren eingeführt, die dem sog. Ermittlungsrichter anvertraut wurden.

Anfangs war der Schwerpunkt des Modells des Vorverfahrens auf den Richter verlegt, dessen Rolle jedoch in den folgenden Jahrzehnten systematisch beschränkt wurde. Am 1.01.1975 wurde die gerichtliche Voruntersuchung aufgehoben, wodurch dem Richter die Verfolgungsfunktion entzogen und ihm die seinen natürlichen Aufgaben angemessenere Kontrollfunktion überlassen wurde.

Das Vorverfahren ist gegenwärtig in der BRD grundsätzlich dem Staatsanwalt untergeordnet, der hauptsächlich mit Hilfe der Polizei handelt. Der Staatsanwaltschaft hilft außerdem der Ermittlungsrichter.

Die Hauptvorschrift, die diese Institution bestimmt, ist § 162 StPO, nach dem die Staatsanwaltschaft, falls sie die richterliche Untersuchungshandlung für zweckmäßig erachtet, im zuständigen Gericht ihren Antrag stellt; die Untersuchungshandlung führt dann ein gewöhnlicher Richter durch, dem im Rahmen der jährlichen Aufgabenverteilung neben anderen richterlichen Pflichten auch die Pflicht auferlegt wird, als Ermittlungsrichter zu handeln.

Diese Vorschrift ist sehr allgemein formuliert und bestimmt lediglich die Prämissen, die dem Richter erlauben, bereits im Vorverfahren zu handeln, ohne sie jedoch zu konkretisieren. Dies bedeutet, daß im Grunde genommen jede nach der Eröffnung des Hauptverfahrens zulässige Handlung auf der Grundlage dieser Vorschrift beantragt und im Vorverfahren vollzogen werden kann.

⁵⁰ Komisja do Spraw Reformy Prawa Karnego. Zespół Prawa Karnego Procesowego. Projekt kodeksu postępowania karnego (redakcja z października 1990 r.).

Es sind vor allem Handlungen, die nur der Richter unternehmen kann oder in der Regel unternehmen sollte, wie z.B. einstweilige Verhaftung, Einweisung zur Beobachtung in eine psychiatrische Klinik oder Verfügung der Leichenbeschauung und der Durchsuchung.

Darüber hinaus sind es Handlungen, die auch der Staatsanwalt selbständig vollführen kann, die er aber in gewissen Situationen dem Richter anvertrauen will. In dieser Gruppe wird vor allem die Vernehmung der Verdächtigen und der Zeugen genannt.

Die Beschränkung des Richters durch die Anträge ist erheblich, obwohl übertriebene Formalisierung vermieden wird. Es ist jedoch die Regel, daß der Richter ohne Antrag nicht handeln kann und daß erst der eingereichte Antrag ihn zum Handeln verpflichtet. Man sagt sogar, daß nach dem aktuellen Rechtsstand der Richter „lediglich Botendienste für die Staatsanwaltschaft leistet“.

Wenn aber das Gesetz dem Richter die Wahl der Zwangsmaßnahme oder den Umfang deren Anwendung vorbehält, so hat der Richter dadurch wesentlich größere Befugnisse und handelt nach seinem freien Ermessen.

Die in dem Beitrag enthaltenen Bemerkungen hatten zum Ziel, im Zusammenhang mit der Reform der polnischen StPO eine der interessantesten fremden Lösungen näherzubringen, die diese wichtige strafprozeßrechtliche Institution betrifft. Indem es einerseits für richtig empfunden wird, daß dem Richter die seiner Natur nicht entsprechende Verfolgungsfunktion entzogen wird, muß man jedoch andererseits feststellen, daß das Bewenden-Lassen bei den Befugnissen des Richters, der als sog. Ermittlungsrichter handelt, ihn des bedeutenderen Einflusses auf den Verlauf dieses Stadiums beraubt.

Auf dem Hintergrund der in unserem „Entwurf der Strafprozeßordnung“ vom Jahre 1990 enthaltenen Vorschläge scheint auch die Forderung begründet zu sein, daß über die Rolle und Bedeutung des Gerichtsfaktors im Vorverfahren konkrete sachliche Lösungen entscheiden sollen, die die Art und den Umfang der richterlichen Befugnisse und das Verhältnis des Gerichts zum Staatsanwalt und zur Polizei bestimmen, und nicht die Tatsache der Annahme oder Ablehnung der Institution des Untersuchungsrichters allein.