

Barbara Wójcicka

**PRZESZUKANIE W PROCESIE KARNYM
(UWAGI NA TLE PROJEKTU KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO
REDAKCJA Z CZERWCA 1996 r.)**

1

Przeszukanie jest instytucją dopuszczającą wkraczanie w sferę podstawowych swobód obywatelskich, do których należą nietykalność osobista i nienaruszalność mieszkania. Ochronę prawną tych dóbr zapewnia nie tylko prawo wewnętrzne, ale także akty międzynarodowe: Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (MPPOiP) oraz Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Artykuł 17 Paktu stanowi, iż „nikt nie będzie narażony na samowolną lub bezprawną ingerencję w jego życie prywatne, rodzinne, mir domowy czy korespondencję, ani też na bezprawne zamachy na jego cześć i dobre imię, i że każdy ma prawo do ochrony prawnej przed tego rodzaju ingerencjami i zamachami”.

Z kolei art. 8 Europejskiej Konwencji przyznaje każdemu prawo do poszanowania jego życia prywatnego i rodzinnego, mieszkania i korespondencji, czyniąc niedopuszczalną ingerencję władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie, z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia, moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.

Zaciągnięte przez Polskę zobowiązania, wynikające z ratyfikacji tych aktów, wymagają dostosowania prawa wewnętrznego do rozwiązań w nich przyjętych oraz wypracowanych przez organy międzynarodowej kontroli praw człowieka standardów europejskich.

Z punktu widzenia gwarancji wolności obywatelskich najistotniejszą jest kwestia warunków dopuszczalności przeszukania, a także ochrony praw jednostki w przypadku takiej ingerencji w jej życie prywatne. Stąd też ta problematyka w odniesieniu do przeszukania w procesie karnym będzie przedmiotem dalszych rozważań.

2

W ramach postępowania karnego przeszukanie może być dokonane w celu:

- uzyskania dla potrzeb procesu przedmiotów mogących stanowić dowód w sprawie (art. 190 w zw. z art. 189 kpk);
- zatrzymania i przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej (art. 208 kpk);
- znalezienia oskarżonego, którego miejsce pobytu nie jest znane (art. 236 kpk);
- dokonania tymczasowego zajęcia mienia ruchomego osoby podejrzanej, jeżeli zachodzi obawa usunięcia tego mienia (art. 253 § 2 kpk);
- uzyskania dokumentów umożliwiających odtworzenie akt (art. 148 § 1 kpk).

Kodeks postępowania karnego dopuszcza możliwość przeszukania pomieszczeń i innych miejsc, a także osoby, odzieży na niej i rzeczy, jeżeli istnieją uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że przedmioty mogące stanowić dowód w sprawie tam się znajdują. Przeszukanie jako czynność procesowa jest dopuszczalne po wszczęciu postępowania karnego, czyli z reguły – po wydaniu postanowienia o wszczęciu, a w wypadkach nie cierpiących zwłoki – w granicach koniecznych dla zabezpieczenia śladów i dowodów przestępstwa przed utratą lub zniekształceniem, także przed wydaniem takiego postanowienia (art. 267 kpk). Przeprowadzenie przeszukania w trybie art. 267 kpk oznacza faktyczne wszczęcie postępowania, zatem wynik tej czynności zachowuje taki sam walor, jak gdyby podjęto ją po formalnym wszczęciu postępowania. Niedopuszczalne jest natomiast przeszukanie w ramach czynności sprawdzających istnienie podstawy do wszczęcia postępowania karnego.

Przeszukanie może być przeprowadzone zarówno u osoby, przeciwko której toczy się postępowanie, jak i u osoby niepodejrzanej o popełnienie przestępstwa. Wspólną przesłanką dopuszczalności przeszukania jest istnienie uzasadnionych podstaw do przypuszczenia, że przedmioty poszukiwane znajdują się u nich.

Wątpliwości powstają w przypadku przeszukania osoby. Otóż ustawa mówi o przeszukaniu osoby i odzieży na niej, co oznacza, że przeszukanie osoby to przeszukanie jej ciała. Zachodzi pytanie, czy wszystkie osoby

podlegają jednakowym rygorom w tym zakresie. Chodzi mianowicie o sytuacje, w których przeszukanie ciała wymaga badań lekarskich, np. rentgenowskich lub ginekologicznych. Nie ma wątpliwości, gdy chodzi o osoby, przeciwko którym toczy się postępowanie karne. Obowiązek poddania się przez nie takim badaniom wynika z art. 65 kpk. Ustawodawca uregulował też wyraźnie kwestię badań lekarskich dla celów dowodowych świadka. Poddanie oględzinom ciała i badaniu lekarskiemu świadka jest możliwe tylko za jego zgodą, chyba że karalność czynu zależy od stanu zdrowia pokrzywdzonego. Jednakże i w takim wypadku obowiązek poddania się badaniom nie dotyczy osób, które odmówiły zeznań lub zostały od nich zwolnione (art. 174 § 1 i 2 kpk). Brak natomiast przepisu, który by *expressis verbis* udzielał odpowiedzi na pytanie, czy w ramach przeszukania osób, przeciwko którym nie toczy się postępowanie, wolno przeprowadzić wbrew ich woli badanie lekarskie celem znalezienia dowodów, na które powołuje się oskarżony.

Poszukując odpowiedzi na powyższe pytanie, należy sięgnąć do przepisu art. 250 kpk, penalizującego zatajanie dowodów niewinności oskarżonego. Skoro prawo określa jako czyn zabroniony zatajanie dowodów niewinności, to konsekwencją tego jest uprawnienie organu procesowego do wydobywania dowodu, w drodze zastosowania środków przymusu w stosunku do osób, które odmawiają dobrowolnego wydania dowodu lub go zatajają¹. Należy jednak zaznaczyć, że w przypadkach wątpliwych, konieczne będzie zasięgnięcie opinii lekarza, czy owo badanie jest możliwe ze względu na stan zdrowia osoby, która ma być badana².

3

W toku postępowania karnego decyzję w przedmiocie przeszukania podejmuje sąd lub prokurator. W praktyce najczęściej potrzeba dokonania przeszukania zachodzi w postępowaniu przygotowawczym; stąd też prokurator jest tym podmiotem, do którego z reguły należy decyzja w kwestii przeszukania. Zarówno sąd, jak i prokurator mogą zlecić przeprowadzenie tej czynności policji, wydając postanowienie o dokonaniu przeszukania. Jednakże w wypadkach nie cierpiących zwłoki, jeżeli polecenie prokuratora nie mogło być wydane uprzednio, policja może przeprowadzić przeszukanie, okazując nakaz kierownika jednostki lub legitymację służbową, a następnie zwrócić się do prokuratora o zatwierdzenie przeszukania (art. 191 § 2 kpk). Prokurator sprawuje tym samym kontrolę następczą nad przeszukaniem,

¹ Por. J. Waszczyński, H. Maliszewska, *Istota i granice przeszukania według kpk*, Palestra 1972, 2, s. 54.

² Zob. S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1995, s. 348.

badając legalność i zasadność przeprowadzonej czynności. W wyniku powyższej kontroli wydaje postanowienie zatwierdzające przeszukanie lub odmawia zatwierdzenia. W tym ostatnim wypadku należy zwrócić zatrzymane w wyniku przeszukania przedmioty (art. 197 § 3 kpk). W toku postępowania sądowego decyzję o przedmiocie zatwierdzenia przeszukania podejmuje sąd (art. 204 kpk), natomiast w postępowaniu wyjaśniającym – sędzia rodzinny prowadzący to postępowanie (art. 204 w zw. z art. 34 § 2 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, dalej: upn).

Potrzeba przeprowadzenia przeszukania w wypadkach nie cierpiących zwłoki w stadium sądowym może wystąpić przede wszystkim w toku zleconego policyjnie przez sąd dochodzenia, po wniesieniu skargi przez oskarżyciela prywatnego lub w ramach czynności podejmowanych przez policję, w celu zabezpieczenia dowodów (art. 435 § 1 kpk). W tym ostatnim wypadku wprawdzie nie doszło jeszcze do wszczęcia postępowania sądowego, gdyż skargę pokrzywdzony złożył policji, która po zabezpieczeniu dowodów prześle ją do właściwego sądu, mimo to jednak organem kompetentnym do zatwierdzenia przeszukania dokonanego przez policję w ramach zabezpieczenia dowodów jest sąd.

Stworzenie prawnej możliwości przeprowadzenia przeszukania przez policję w wypadkach nie cierpiących zwłoki, bez uprzedniego polecenia prokuratora lub sądu, nie budzi zastrzeżeń. W wielu wypadkach, w szczególności w początkowej fazie postępowania przygotowawczego, występuje konieczność natychmiastowego przeszukania, celem znalezienia i zabezpieczenia dowodów. Ten wymóg pośpiechu uwzględniają także inne systemy karno-procesowe, uprawniając policję do dokonania przeszukania także bez nakazu odpowiedniego organu procesowego.

Przyznanie powyższego uprawnienia organom bezpieczeństwa i porządku prawnego wymaga jednakże zabezpieczenia obywatela przed ograniczaniem jego swobód ponad granice niezbędności, poprzez dokonywanie przeszukania zbyt pochopnie, w sytuacjach nie uzasadniających podjęcia tej czynności, lub przeprowadzenie jej w sposób naruszający prawo osoby, u której przeprowadzono przeszukanie. Rozwiązanie tej kwestii w obowiązującym stanie prawnym budzi uzasadnione zastrzeżenia. Jednym z instrumentów ochrony obywatela przed bezzasadną ingerencją w sferę jego wolności jest niewątpliwie system kontroli owej ingerencji, w trybie zażalenia. Otóż obowiązujące przepisy dopuszczają taką kontrolę jedynie w ograniczonym zakresie.

W postępowaniu przygotowawczym decyzja prokuratora w przedmiocie przeszukania może być zaskarżona w drodze zażalenia, wyłącznie przez osoby nie będące stronami, których prawa zostały naruszone (art. 268 zd. 1 kpk). Strony natomiast są pozbawione takiej możliwości; nie mogą one

żalić się ani na wydane przez prokuratora polecenie dokonania przeszukania, ani na postanowienie zatwierdzające przeszukanie dokonane bez uprzedniego polecenia. Uprawnienie stron do zaskarżania decyzji organów prowadzących postępowanie przygotowawcze zostało bowiem ograniczone do wypadków wskazanych w ustawie oraz do decyzji zamykających drogę do wydania wyroku. Nie mogą one skarżyć innych decyzji, choćby naruszały ich prawa. Zarówno strony, jak i osoby nie będące stronami mogą natomiast wnosić zażalenie na samą czynność przeszukania, jeśli narusza ona ich prawa, np. nie dopuszczono do obecności podczas przeszukania osoby, u której czynność tę przeprowadzono. Zażalenie może być wniesione w każdym wypadku przeprowadzenia przeszukania, bez względu na podmiot dokonujący tej czynności w postępowaniu przygotowawczym (art. 268 zd. 2 kpk).

W postępowaniu wyjaśniającym, prowadzonym przez sędziego rodzinnego, stronom i innym osobom przysługuje zażalenie na wszelkie czynności naruszające ich prawa (art. 38 § 1 upn). Zatem przedmiotem zaskarżenia może być zarówno postanowienie w przedmiocie przeszukania, jak i sama czynność wykonawcza.

Jeśli natomiast idzie o postępowanie sądowe, to zwraca tu uwagę brak możliwości żądania przeprowadzenia kontroli zażaleniowej decyzji o przeszukaniu; wszak art. 268 kpk ma zastosowanie wyłącznie w postępowaniu przygotowawczym. W wypadku przeprowadzenia przeszukania przez policję lub funkcjonariuszy UOP, osobie zainteresowanej przysługuje zażalenie na sposób przeprowadzenia tej czynności. Organem właściwym do rozpoznania zażalenia jest prokurator właściwy miejscowo (art. 15 ust. 7 ustawy o Policji i art. 7 ust. 5 ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa)³.

Zażalenie na czynność przeszukania może doprowadzić do stwierdzenia nieprawidłowości, jakich dopuszczono się w czasie przeprowadzania tej czynności, co powinno mieć znaczenie prewencyjne. Poza tym, w określonych przypadkach może dojść do zwrotu zabranych rzeczy bądź wyłączenia spod tymczasowego zajęcia niektórych z nich⁴. Będą to jednakże raczej wyjątkowe sytuacje, bowiem uzyskane w wyniku przeszukania przedmioty, mające znaczenie dowodowe, mogą być wykorzystane w dalszym postępowaniu, choćby nawet przeszukanie odbyło się z naruszeniem przepisów prawa. W polskim procesie karnym nie obowiązuje bowiem reguła „owocu zatrutego drzewa”⁵.

Niezależnie od efektów zażalenia w rozważanej kwestii, nie do przyjęcia jest pozbawienie obywatela prawa do żądania kontroli decyzji, stanowiącej

³ Ustawa z dn. 6.04.1990 r. o Policji (Dz.U. nr 30, poz. 179 z późn. zmian.); ustawa z dn. 6.04.1990 r. o Urzędzie Ochrony Państwa (Dz.U. nr 30, poz. 180 z późn. zmian.).

⁴ Por. Z. Doda, *Zażalenie w procesie karnym*, Warszawa 1985, s. 89.

⁵ Zob. S. Waltoś, *Owoce zatrutego drzewa*, Kraków 1978, s. 198 i n.; Z. Sobolewski, *Samooskarżenie w świetle prawa karnego*, Warszawa 1982, s. 144.

podstawę ingerencji w sferę jego swobód, a także samej czynności przeszukania.

4

Analiza instytucji przeszukania w obowiązującym stanie prawnym nie może pominąć przeszukania pozaprocesowego. Możliwość taką dopuszcza rozporządzenie RM z dnia 17 września 1990 r. w sprawie trybu legitymowania, zatrzymywania osób, dokonywania kontroli osobistej oraz przeglądania bagaży i sprawdzania ładunku przez policjantów, wydane na podstawie art. 15 ust. 8 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji⁶. Przeszukanie to dotyczy osób stwarzających w sposób oczywisty bezpośrednie zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego, a także dla mienia. Zgodnie z § 8 rozporządzenia, przystępując do zatrzymania takiej osoby, policjant jest obowiązany sprawdzić, czy osoba zatrzymana posiada broń lub inne niebezpieczne przedmioty, mogące służyć do popełnienia przestępstwa lub wykroczenia, albo stanowić dowody rzeczowe lub podlegać przepadkowi.

Stworzenie prawnych możliwości przeprowadzania kontroli osób stwarzających w sposób oczywisty bezpośrednie zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego, a także mienia wydaje się być uzasadnione koniecznością ratowania tych dóbr. Brak możliwości przeprowadzenia przeszukania celem zapobiegnięcia popełnieniu czynu godzącego w życie lub zdrowie człowieka, a także mienie, w sytuacji bezpośredniego zagrożenia tych dóbr, mogłoby prowadzić do powstania szkody znacznie większej, aniżeli naruszenie swobód jednostki. Dopuszczenie ingerencji w sferę swobód obywatelskich, w przypadku braku podstaw do wszczęcia postępowania o czyn zabroniony, wymaga jednak określenia warunków dopuszczalności tej ingerencji, w sposób wykluczający samowolę ze strony organu przeprowadzającego tę czynność.

Wydaje się, iż przepis art. 15 ust. 1, pkt 3 ustawy o Policji, stanowiący podstawę prawną prewencyjnego zatrzymania osoby podlegającej następnie przeszukaniu, czyni zadość tej dyrektywie. Do zatrzymania prewencyjnego konieczne jest bowiem stwierdzenie, że dana osoba swym zachowaniem w sposób oczywisty stwarza bezpośrednie zagrożenie dla życia, zdrowia, a także mienia. Wymóg oczywistości bezpośredniego zagrożenia zdaje się zabezpieczać przed dowolnością zatrzymania, a co za tym idzie – i przeszukiwania osób zatrzymanych, choć i tu zdarzyć się mogą rozbieżności w ocenie okoliczności stanowiących podstawę faktyczną zatrzymania. Nadużywaniu prawnej możliwości zatrzymania prewencyjnego ma zapobiegać

⁶ Dz.U. nr 70, poz. 409, zmian. Dz.U. nr 52 z 1996 r., poz. 228.

zażalenie na zatrzymanie do sądu, zaś na sposób przeprowadzenia czynności – do prokuratora (art. 15 ust. 2 i 7 ustawy o Policji).

Dopuszczalność przeszukania osób zatrzymanych przewencyjnie w wypadkach określonych ustawą nie budziłaby zastrzeżeń, gdyby podstawa prawna tej czynności była zamieszczona w ustawie, a nie w rozporządzeniu wykonawczym. Zatrzymanie i przeszukanie są wszak dwoma różnymi środkami przymusu, i podstawa prawna ingerencji w jednym i drugim przypadku powinna być wskazana w akcie prawnym rangi ustawy; jest to bowiem wymóg praworządności⁷.

Ustawa o Policji (art. 15 ust. 1, pkt 5) i ustawa o UOP (art. 7 ust. 1, pkt 4) uprawniają policję i funkcjonariuszy UOP do dokonywania kontroli osobistej, a także przeglądania zawartości bagaży i sprawdzania ładunku w portach i na dworcach oraz środkach transportu lądowego, powietrznego i wodnego, w razie istnienia uzasadnionego podejrzenia popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary.

Brzmienie wymienionych przepisów wskazuje na to, że kontrola, o której w nich mowa, może być przeprowadzana w sytuacjach uzasadniających wszczęcie postępowania przygotowawczego lub złożenie wniosku o ukaranie w sprawach o wykroczenia. Warunkiem dopuszczalności tej kontroli jest bowiem istnienie uzasadnionego podejrzenia popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary. Jeśli zatem zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa, to przeprowadzenie kontroli osobistej lub bagażu czy ładunku oznaczać będzie podjęcie procesowej czynności nie cierpiącej zwłoki, a zatem faktyczne wszczęcie postępowania przygotowawczego (art. 267 kpk). Przeszukanie takie wymaga więc zatwierdzenia przez prokuratora (art. 191 § 2 kpk). W tym wypadku mamy zatem do czynienia z przeszukaniem procesowym.

5

Dotychczasowe rozważania prowadzą do wniosku, iż przyjęte w obowiązującym stanie prawnym rozwiązanie w zakresie instytucji przeszukania trudno uznać za zadowalające, z punktu widzenia przewidzianego w art. 17 ust. 2 MPPOiP wymogu zapewnienia każdemu prawa do ochrony prawnej przed ingerencją w sferę jego swobód obywatelskich.

Generalne założenie projektu kodeksu postępowania karnego, iż reforma powinna zmierzać w szczególności do zdecydowanego wzmocnienia, a także urealnienia gwarancji uczestników postępowania, z uwzględnieniem między-

⁷ Zob. *Stosowanie środków przymusu w procesie karnym. Problem karnoprosesowych ograniczeń praw obywatelskich*, red. K. Amelung, K. Marszał, Katowice 1990, s. 91 i n.

narodowych zobowiązań Polski, znalazło wyraz m. in. w propozycjach dotyczących przeszukania⁸. Projekt w znacznym stopniu rozbudował gwarancje osób objętych przeszukianiem, rozciągając je zarazem na zatrzymanie rzeczy (przepisy regulujące obydwie instytucje procesowe – przeszukiwanie i zatrzymanie rzeczy zostały zamieszczone w jednym rozdziale projektu kpk).

Do podejmowania decyzji o przeszukaniu projekt uprawnia sąd i prokuratora, przy czym sąd wydaje polecenia w postępowaniu sądowym, a prokurator – w stadium przygotowawczym (art. 235 projektu). Jedynie w wypadkach nie cierpiących zwłoki, jeżeli polecenie sądu lub prokuratora nie mogło być wydane, przeszukania może dokonać policja, a w wypadkach wskazanych w ustawie – także inny organ, z tym wszakże, iż musi on okazać nakaz kierownika swej jednostki lub legitymację służbową, a następnie zwrócić się do sądu lub prokuratora o zatwierdzenie przeszukania.

Przeszukanie na polecenie sądu lub prokuratora należy do policji lub innego organu, w wypadkach wskazanych w ustawie. Projekt mówi także wprost o uprawnieniu prokuratora do osobistego dokonania przeszukania.

Istotnym nowum, zasługującym na podkreślenie, jest zażalenie – zarówno na postanowienie w kwestii przeszukania, jak i na samą czynność wykonawczą. Projekt przyznaje prawo do wnoszenia zażalenia osobom, których prawa zostały naruszone (art. 236 projektu). Organem uprawnionym do sprawowania kontroli w trybie zażalenia jest prokurator w postępowaniu przygotowawczym, zaś sąd w postępowaniu jurysdykcyjnym. Uznając zasadność zażalenia na czynność przeszukania, organ odwoławczy stwierdza niezgodność czynności z prawem i zarządza co należy, zwłaszcza w celu naprawienia skutków uchybienia oraz zapobieżenia podobnym uchybieniom w przyszłości, a także podejmuje inne przewidziane w ustawie środki.

Proponowane rozwiązanie eliminuje zatem wskazane wyżej braki dotychczasowego stanu prawnego w zakresie kontroli procesowej nad przeszukianiem. Rozważając to zagadnienie, należałoby zadać sobie pytanie, czy zaproponowane przez projekt rozwiązanie można uznać za satysfakcjonujące z punktu widzenia ochrony jednostki przed ingerencją w sferę jej wolności? Godzi się w tym miejscu przypomnieć, że – w ramach dyskusji nad reformą procedury karnej – wysuwano postulat przyznania sądowi (sędziemu) prawa decydowania o przeszukaniu, bez względu na stadium procesu, argumentując, iż sąd jest najbardziej predestynowanym organem do stosowania środków przymusu karnoprosesowego, ograniczających prawa i wolności obywatelskie⁹. Stanowisku temu nie sposób odmówić racji, biorąc pod uwagę gwarancyjny charakter postulowanego rozwiązania. Jednakże przyjmując określoną regulację, usta-

⁸ Zob. *Uzasadnienie projektu kpk*, wersja z października 1990, s. 1.

⁹ Zob. K. Marszał, [w:] *Stosowanie środków przymusu...*, s. 126; A. Murzynowski, *Prace nad reformą polskiej procedury karnej*, Państwo i Prawo 1989, 7; S. Waltoś, *Model polskiego procesu karnego de lege ferenda*, Państwo i Prawo 1981, 3.

wodawca powinien liczyć się z możliwościami jej realizacji; wszak o rzeczywistym zabezpieczeniu praw i interesów w procesie karnym decydują zarówno unormowania prawne, jak i faktyczne możliwości ich urzeczywistnienia w działalności organów procesowych.

Warto w tym miejscu posłużyć się przykładem z praktyki niemieckiej procedury karnej. Otóż – jak podają Knut Amelung i Gerhard Pauli – badania empiryczne za rok 1971 w Północnej Nadrenii-Westfalii wykazały, iż ponad 87% przeszukań mieszkań nie zostało zarządzonych przez sędziego – choć zgodnie z § 105 ust. 1 StPO powinno to być regułą – lecz przez funkcjonariuszy pomocniczych prokuratury: udział prokuratury był w tym przypadku znikomy (0,58%)¹⁰. Jak widzimy, udział decyzji sędziego – organu, z zasady uprawnionego do ingerencji w konstytucyjne prawa, był niewielki, natomiast niesądowe organy ścigania w szerokim zakresie korzystały z przyznanych im kompetencji do podejmowania ingerencji w sytuacjach nie cierpiących zwłoki. Zatem formalne gwarancje miały w tym wypadku minimalne znaczenie w praktyce.

Rozstrzygając kwestię podmiotu uprawnionego do podejmowania decyzji o przeszukaniu, należy brać pod uwagę wymóg pośpiechu, jakże często towarzyszący tej czynności. Przekazanie decyzji sądowi w przygotowawczym stadium procesu, którego gospodarzem jest prokurator, rodzi obawę, iż w praktyce w szerokim zakresie będą wykorzystywane kompetencje policji do dokonania przeszukania bez uprzedniego polecenia sądu; zatem o realnych gwarancjach wolności obywatelskich trudno byłoby w tym wypadku mówić. Dlatego, licząc się z realiami, projekt pozostawia decyzję o przeszukaniu w postępowaniu przygotowawczym w gestii prokuratora, co bez wątpienia jest rozwiązaniem bardziej pragmatycznym, a zarazem chroniącym obywatela przed samowolną ingerencją ze strony nieprokuratorskich organów ścigania.

Pozostaje natomiast sprawa kontroli nad stosowaniem przeszukania, sprawowanej w trybie zażalenia. Projekt, przekazując sądowi rozpoznawanie zażeń na postanowienia prokuratorskie w wypadkach określonych w ustawie, nie objął sądową kontrolą stosowania przeszukania, co odpowiadałoby postulatowi zapewnienia prawa do sądu każdemu, czyje prawa zostały naruszone. No cóż, zadecydowały o tym niewątpliwie obawy przed nadmiernym obciążeniem sądów, wszak reforma procedury niesie za sobą znaczne rozszerzenie kompetencji sądu, i to nie tylko w postępowaniu przygotowawczym, ale także w sprawach o wykroczenia. Przyjęcie proponowanego przez projekt rozwiązania w zakresie kontroli zażaleniowej nad stosowaniem przeszukania wymaga ujednolicenia systemu kontroli przeszukania procesowego i prewencyjnego.

¹⁰ K. Amelung, G. Pauli, *Uprawnienie do stosowania ograniczeń praw obywatelskich i obowiązek ich znoszenia w RFN*, [w:] *Stosowanie środków przymusu...*, s. 104.

Analizując propozycje projektu w zakresie przeszukania, nie sposób pominąć przepis statuujący, obowiązującą przy stosowaniu środków przymusu, zasadę umiaru, określaną także mianem zasady minimalnego, niezbędnego przymusu¹¹. Chodzi tu o art. 227 projektu, stanowiący, iż przeszukanie lub zatrzymanie rzeczy powinno być dokonane zgodnie z celem tej czynności, z zachowaniem umiaru i poszanowaniem godności osób, których te czynności dotyczą, oraz bez wyrządzania niepotrzebnych szkód i dolegliwości. Gwarancyjny charakter przytoczonego przepisu jest oczywisty; należy tylko żywić nadzieję, że będzie on rzeczywiście przestrzegany w praktyce policji, której to przypada główna rola w dokonywaniu przeszukania.

Mówiąc o gwarancjach procesowych związanych z przeszukaniem, należy wskazać także na przepis art. 229 projektu, określający treść protokołu zatrzymania rzeczy lub przeszukania. Otóż protokół taki powinien zawierać m. in. oznaczenie sprawy, z którą dana czynność ma związek; dokładną listę zatrzymanych rzeczy i, w miarę potrzeby, ich opis; wskazanie polecenia sądu lub prokuratora, jeżeli polecenie nie zostało uprzednio wydane; zamieszcza się w protokole również wzmiankę o poinformowaniu osoby, u której czynność przeprowadzono, że otrzyma ona postanowienie w przedmiocie zatwierdzenia przeszukania.

Istotnym nowum, zasługującym na podkreślenie ze względu na jego znaczenie dla zabezpieczenia prawa do obrony, jest przepis określający tryb postępowania, w razie znalezienia w toku przeszukania pism, które – według oświadczenia obrońcy lub innej osoby, u której dokonano przeszukania – obejmują okoliczności związane z wykonywaniem funkcji obrońcy. W takim wypadku, organ dokonujący przeszukania obowiązany jest pozostawić te dokumenty osobie, u której dokonano przeszukania, bez zapoznawania się z ich treścią lub wyglądem. W razie zaś wątpliwości co do tego oświadczenia, następuje przekazanie tych dokumentów w opieczętowanym opakowaniu sądowi, który po zapoznaniu się z nimi zwraca je osobie, od której je zabrano, albo wydaje postanowienie o ich zatrzymaniu dla celów postępowania.

W dotychczasowym stanie prawnym, wobec braku wyraźnego unormowania tej kwestii, zachodzi niebezpieczeństwo obchodzenia zakazu przesłuchiwania w charakterze świadka obrońcy, co do faktów, o których dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę (art. 161 pkt 1 kpk), poprzez pozyskiwanie materiału dowodowego, objętego zakazem w drodze przeszukania. Co prawda, obecnie biorąc pod uwagę *ratio legis* przepisu art. 161 pkt 1 kpk, należałoby dojść do wniosku, iż zbieranie w drodze przeszukania dowodów, na które rozciąga się omawiany zakaz, byłoby pogwałceniem tego zakazu, a w konsekwencji – naruszeniem prawa

¹¹ Zob. M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Warszawa 1984, s. 402.

do obrony¹². Jest to jednak kwestia interpretacji, co nie gwarantuje jednolitej praktyki w zakresie respektowania powyższego zakazu dowodowego. Dobrze się zatem stało, iż w projekcie znalazł się przepis, który *expressis verbis* problem ten rozstrzyga.

Podobnie przedstawia się sprawa wykorzystania, w celach dowodowych, znalezionych w wyniku przeszukania dokumentów zawierających tajemnicę państwową, służbową lub zawodową. Artykuł 226 projektu odsyła do przepisów wprowadzających zakazy i ograniczenia, mające na celu ochronę tych tajemnic (art. 178–181). Zapewnia to pełną ochronę wymienionych tajemnic.

Na zakończenie niniejszych rozważań warto zwrócić uwagę na miejsce przepisów normujących instytucję przeszukania w systematyce projektu. Otóż przepisy te, wraz z przepisami o zatrzymaniu rzeczy, zamieszczono w rozdziale 25, stanowiącym część działu o dowodach, choć treść art. 219 projektu wskazuje, iż cele przeszukania zostały określone szerzej, aniżeli tylko znalezienie rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie; wszak mogą to być także przedmioty podlegające zajęciu w postępowaniu karnym. Poza tym przeszukanie może być dokonane również w celu wykrycia, zatrzymania lub przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej. Nasuwa się w związku z tym wątpliwość, czy przepisy regulujące instytucję przeszukania nie powinny znaleźć się w dziale o środkach przymusu; przeszukanie bowiem do takich niewątpliwie należy. Powodu zamieszczenia przepisów o przeszukaniu poza działem o środkach przymusu należy chyba dopatrywać się w tym, że – jak podkreślono w uzasadnieniu projektu – gwarancje wymagane przy przeszukaniu rozciągnięto na przeprowadzenie czynności zatrzymania rzeczy, co będzie miało znaczenie zwłaszcza w wypadku przymusowego odebrania rzeczy¹³.

Reasumując, można stwierdzić, iż proponowane przez projekt rozwiązanie w zakresie instytucji przeszukania w procesie karnym stara się godzić wymóg zapewnienia ochrony prawnej przed ingerencją w sferę wolności jednostki z potrzebą sprawności postępowania i szybkiej reakcji na przestępstwo. Trudno wprawdzie powiedzieć, że jest to ochrona w pełni zadowalająca. Bez wątpienia silniejszą gwarancją praw jednostki byłoby powierzenie sądowi uprawnień do wydawania decyzji w przedmiocie przeszukania¹⁴. Mając jednak na uwadze trudności z realizacją tych uprawnień, przy

¹² Zob. K. Marszał, [w:] *Stosowanie środków przymusu...*, s. 131.

¹³ *Uzasadnienie projektu kpk*, redakcja z sierpnia 1995 r.

¹⁴ Zob. J. Grajewski, *Środki przymusu w projekcie kodeksu postępowania karnego. Zagadnienia wybrane*, [w:] *Problemy reformy prawa karnego*, Lublin 1993, s. 282.

jednoczesnym zapewnieniu sprawności postępowania, należałoby zaakceptować kompromisowe rozwiązanie, jakie przedstawia projekt kodeksu postępowania karnego.

*Wpłynęło do Redakcji Naukowo-Dydaktycznej
„Folia iuridica” w listopadzie 1996 r.*

*Katedra Postępowania Karnego
i Kryminalistyki UŁ*

Barbara Wójcicka

**DIE DURCHSUCHUNG IM STRAFPROZESS
(BEMERKUNGEN ZU DEM ENTWURF VON DER StPO. REDAKTION – JUNI 1996)**

Zusammenfassung

Die Regelung der Einrichtung der Durchsuchung im Strafprozess im geltenden Rechtzustandes ruft den Vorbehalt hervor, weil es einen Mangel an dem entsprechenden Rechtsschutz vor der Ingerenz in die bürgerlichen Freiheiten, wie die persönliche Unantastbarkeit und die Unverletzlichkeit des Hausfriedens gibt. Eines von den Instrumenten des Bürgerschutzes vor der unbegründeten Ingerenz in die Sphäre seiner Freiheit bildet das System der Kontrolle dieser Ingerenz im Beschwerdeverfahren. Die geltenden Vorschriften sehen jedoch solche Kontrolle in begrenztem Umfang voraus. Im vorbereitenden Verfahren unterliegt die Entscheidung des Staatsanwaltes bei der Durchsuchung keiner Anfechtung durch die Parteien.

Solche Möglichkeit besitzen nur die Personen, die keine Parteien sind, deren Rechte verletzt wurden (Art. 268 § 1 StPO). Der Gegenstand der Anfechtungskontrolle kann selbst die Vollstreckungshandlung sein. In diesem Umfang haben sowohl die Parteien als auch die Personen, die keine Parteien sind, das Recht auf eine Beschwerde.

Wenn es dagegen um das Gerichtsverfahren geht, nimmt das die Aufmerksamkeit in Anspruch, dass es einen Mangel an den Möglichkeiten der Anforderung der Kontrolle im Beschwerdeverfahren der Entscheidung über die Durchsuchung gibt. Die interessierten Personen haben jedoch das Recht auf Beschwerde, die die Weise der Durchführung der Durchsuchung durch die Polizei oder von den Funktionären des Staatssicherheitsamtes betrifft.

Der Entwurf von der StPO, der die aus der Ratifikation von den Völkerrechtakten, die den Rechtsschutz des Menschen betreffen, entstehenden Verpflichtungen Polens berücksichtigt, erweiterte in grossem Grade die Gewährleistung der Personen, die der Durchsuchung unterliegen. Man soll vor allem die Zulässigkeit der Beschwerde sowohl bei der Entscheidung der Frage der Durchsuchung als auch bei der Vollstreckungshandlung unterstreichen. Die wesentliche Bedeutung der Gewährleistung haben auch die im Entwurf vorgesehenen Androhungen, die im Wege der Durchsuchung gefundene Schreiben betreffen, die das Berufsgeheimnis des Verteidigers und auch Staatsgeheimnis, Dienstgeheimnis und Berufsgeheimnis umfassen.

Der Entwurf weist auf die geltenden Prinzipien der Masshaltung bei der gemachten Durchsuchung hin. Man unterstreicht, dass die Durchsuchung dem Ziel dieser Handlung, der Masshaltung und der Beachtung der Würde der Personen gemäss, die diese Handlungen betreffen, gemacht werden soll, ohne unbrauchbare Schaden und Mühseligkeiten.