

STUDIA prawnicze

PÓŁROCZNIK

2012 NR 1 (10)

ROZPRAWY I MATERIAŁY

STUDIES IN LAW: RESEARCH PAPERS

2012 NO. 1(10)

Redakcja

Redaktor naczelny – prof. dr hab. Jan Widacki

Z-ca redaktora naczelnego – dr hab. Wiesław Kisiel, prof. KA

Redaktor statystyczny – prof. dr hab. Tadeusz Stanisław

Sekretarz redakcji – mgr Anna Szuba-Boroń

Rada redakcyjna

priv. Dozent Christian Bachhiesl [Graz]

prof. dr Andriy Bojko [Lwów]

prof. dr Tomas Davulis [Wilno]

prof. dr Aurelijus Gutauskas [Wilno]

prof. dr Pavel Fries [Iwano-Frankiowsk]

prof. dr Egidijus Kuris [Wilno]

prof. dr hab. Janusz Szwaja [Kraków]

prof. dr hab. Jan Widacki [Kraków]

Rada Wydawnicza Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego:
Klemens Budzowski, Maria Kapiszewska, Zbigniew Maciąg, Jacek M. Majchrowski

Projekt okładki: Joanna Sroka

Korekta: zespół

ISSN: 1689-8052

Copyright© by Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego,
Kraków 2012

Na zlecenie:

Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
www.ka.edu.pl

Żadna część tej publikacji nie może być powielana ani magazynowana w sposób umożliwiający ponowne wykorzystanie, ani też rozpowszechniana w jakiegokolwiek formie za pomocą środków elektronicznych, mechanicznych, kopiujących, nagrywających i innych, bez uprzedniej pisemnej zgody właściciela praw autorskich.



Wydawca:

Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne sp. z o.o.

Oficyna Wydawnicza AFM

Kraków 2012

Sprzedaż detaliczną, hurtową i wysyłkową prowadzi:

Księgarnia u Frycza

Kampus Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

ul. Gustawa Herlinga-Grudzińskiego 1, 30-705 Kraków

tel./faks: (12) 252 45 93

e-mail: ksiegarnia@kte.pl

DTP:

Joanna Sroka

Druk i oprawa:

Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne sp. z o.o.

Spis treści

Profesor Andrzej Oklejak (1944–2012). Wspomnienie pośmiertne
(Ryszard Więckowski, Renata Pawlik, Marcin Sala-Szczypiński) 1

Artykuły i studia

Marcin Pieniążek (dr, adiunkt, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza
Modrzewskiego)
Obywatelskie nieposłuszeństwo jako gwarancja praw podmiotowych 9

Mateusz Kolaszyński (doktorant, Uniwersytet Jagielloński)
*Rozwiązania instytucjonalno-prawne w zakresie cywilnej i demokratycznej
kontroli i nadzoru nad Agencją Bezpieczeństwa Wewnętrznego* 27

Anna Ibek (asystent, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego)
Generalizacje w rozumowaniach dowodowych 51

Iga Bałos (asystent, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego)
*Prawo właściwe dla rozwodu I separacji według rozporządzenia “Rzym III”
oraz znowelizowanej polskiej ustawy Prawo prywatne międzynarodowe* 71

Monika Antos (doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza
Modrzewskiego)
Skutki braku udzielenia zgody przez spółkę na zbycie udziałów w sp. z o.o. 85

Katarzyna Banasik (dr, adiunkt, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza
Modrzewskiego)
Stalking w austriackim prawie karnym 99

Renata Staszal (doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza
Modrzewskiego)
Samobójstwa w Tatrach w latach 2000–2010 129

Małgorzata Wrońska (doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza
Modrzewskiego)
Propozycja nowego wykorzystania badań poligraficznych 141

Anna Ibek (asystent, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego), Marcin Gołaszewski (doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego) <i>Z zagadnień poprawności opiniowania w badaniach poligraficznych</i>	149
Małgorzata Wrońska (doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego), Martyna Huszcza (doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego) <i>Wykrywanie kłamstwa przez nauczycieli</i>	173
Recenzje, sprawozdania, varia	
J. Widacki: W. Wróbel, A. Zoll, <i>Polskie prawo karne. Część ogólna. Podręcznik</i> , Wydawnictwo Zak, Kraków 2011 – Recenzja ważnego fragmentu	183
Agnieszka Domin-Kuźma: Violetta Kwiatkowska-Wójcikiewicz, <i>Oględziny miejsca. Teoria i praktyka</i> , TNOiK. „Dom Organizatora”, Toruń 201.....	189
Ku pamięci. O jubileuszu Pana Profesora Apoloniusza Kosteckiego	195

Contents

<i>In a Memory of Professor Andrzej Oklejak (1944–2012)</i> (Ryszard Więckowski, Renata Pawlik, Marcin Sala-Szczypiński)	1
Studies and articles	
Marcin Pieniążek (doctor, assistant professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University) <i>Civil disobedience as a guarantee of subjective rights</i>	9
Mateusz Kolaszyński (postgraduate student, doctoral degree, Jagiellonian University) <i>Institutional and legal solutions in civilian and democratic control and oversight over the Polish Internal Security Agency (ABW)</i>	27
Anna Ibek (assistant, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University) <i>Generalisations in legal reasoning</i>	51

Iga Bałos (assistant, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University) <i>Law applicable to divorce and legal separation according to the Rome III Regulation and for the new Polish act Private international law</i>	71
Monika Antos (postgraduate student, doctoral degree, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University) <i>Consequences of the failure to grant a company permission to sell the shares</i>	85

Katarzyna Banasik (doctor, assistant professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University) <i>Stalking in Austrian criminal law</i>	99
Renata Staszal (postgraduate student, doctoral degree, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University) <i>Suicides in the Tatra Mountains in 2000–2010</i>	129
Małgorzata Wrońska (postgraduate student, doctoral degree, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University) <i>Proposal for a new use of polygraphs examinations</i>	141
Anna Ibek (assistant, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University), Marcin Gołaszewski (postgraduate student, doctoral degree, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University) <i>Selected questions in correctness of opinions expressed in polygraph examinations</i>	149
Małgorzata Wrońska (postgraduate student, doctoral degree, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University), Martyna Huszcza (postgraduate student, doctoral degree, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University) <i>Detection of deception by teachers</i>	173

Book reviews, Reports, Varia

J. Widacki:

W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna. Podręcznik*,
Wydawnictwo Znak, Kraków 2011 – Review of very important part 183

Agnieszka Domin-Kuźma:

Violetta Kwiatkowska-Wójcikiewicz,
Ogłędziny miejsca. Teoria i praktyka, TNOiK. „Dom Organizatora”,
Toruń 201..... 189

In honour. Jubilee of 90. anniversary of Professor Apoloniusz Kostecki 195

Profesor Andrzej Oklejak (1944–2012)

Wspomnienie pośmiertne

*Człowiek jest wielki nie przez to, co posiada, lecz przez to kim jest
nie przez to, co ma, lecz przez to, czym dzieli się z innymi.*

Jan Paweł II

16 czerwca 2012 roku, przeżywszy 67 lat, odszedł od nas Profesor Andrzej Oklejak – Dziekan Wydziału Prawa i Administracji, Kierownik Katedry Postępowania Cywilnego Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kierownik Zakładu Postępowania Cywilnego UJ, wybitny uczony, cieszący się autentycznym uznaniem i szacunkiem jako naukowiec, a zwłaszcza jako człowiek o wysokim autorytecie moralnym, wychowawca, mentor i przyjaciel wielu pokoleń polskich prawników.

Profesor Andrzej Oklejak urodził się 20 września 1944 roku w miejscowości Dąbie (dawne woj. poznańskie, obecnie wielkopolskie). W roku 1950 rodzina przeniosła się do Zakopanego, tam ukończył szkołę podstawową i Liceum Ogólnokształcące im. Oswalda Balzera.

W roku 1962 po złożeniu egzaminu maturalnego, a następnie egzaminów wstępnych rozpoczął pięcioletnie studia magisterskie na kierunku Prawo na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie. Był zdolnym i samodzielny studentem. Miał szerokie zainteresowania, daleko wykraczające poza zakres wykładanego materiału.

Studia ukończył z wyróżnieniem w roku 1967, broniąc pracę magisterską na temat: „Adwokat w procesie cywilnym”, której promotorem był prof. dr hab. Władysław Siedlecki ówczesny Dyrektor Instytutu Prawa Cywilnego UJ i Kierownik Zakładu Postępowania Cywilnego UJ – jeden z największych powojennych procesualistów cywilnych. To właśnie na wniosek profesora Siedleckiego mgr Andrzej Oklejak, późniejszy profesor UJ i Kierownik Zakładu Postępowania Cywilnego UJ został zatrudniony w roku 1967 jako asystent w Zakładzie Postępowania Cywilnego UJ, a w roku 1970 mianowany na stanowisko starszego asystenta. Rozprawę doktorską na temat: „Zażalenie w sądowym postępowaniu cywilnym” obronił w 1976 roku.

Praca ta, której promotorem był Profesor W. Siedlecki, zaś jednym z recenzentów Profesor Zbigniew Resich, wybitny procesualista cywilny, pełniący między innymi funkcje I Prezesa Sądu Najwyższego, a także Ministra Sprawiedliwości, została bardzo wysoko oceniona i jednocześnie uhonorowana nagrodą II stopnia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego, i awansem na stanowisko adiunkta.

Opracowana i wydana w roku 1994 monografia na temat „Apelacja w procesie cywilnym” była podstawą do nadania stopnia doktora habilitowanego (w 1995). Stosunkowo dużo wniosków *de lege ferenda* zawartych w tej pracy zostało uwzględnionych w bardzo istotnej nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego, która weszła w życie z dniem 1 lipca 1996 roku, wprowadzając m.in. w miejsce dotychczasowej rewizji (funkcjonującej od 1950 r.) ponownie tzw. „apelację pełną”, będącą udaną kompilacją apelacji przedwojennej i rewizji powojennej.

Zainteresowania naukowe Profesora skoncentrowane były wokół zagadnień dotyczących: środków zaskarżenia, problematyki dowodzenia i środków dowodowych, ochrony praw jednostki w postępowaniu cywilnym sądowym i pozasądowym, problematyki sądu jako organu procesowego oraz kosztów sądowych w sprawach cywilnych.

Dopełnieniem pracy i rozwoju naukowego była praktyka prawnicza. Po odbyciu aplikacji sądowej w roku 1971 Profesor Andrzej Oklejak złożył egzamin sędziowski (z wynikiem bardzo dobrym), a w roku 1984 – egzamin radcowski, także z oceną bardzo dobrą. Profesor obdarzony był wielkim talentem prawniczym i ogromną intuicją widoczną przede wszystkim w praktycznym wykonywaniu zawodu prawnika, posiadał gruntowną, wszechstronną wiedzę, bogate doświadczenie naukowe, a także wyjątkowy intelekt i swoisty dar diagnozowania istoty danego problemu.

Od roku 1995 Profesor Andrzej Oklejak był Kierownikiem Katedry Postępowania Cywilnego UJ, przy czym od roku 2007 – po przekształceniach organizacyjnych na Wydziale – Kierownikiem Zakładu Postępowania Cywilnego UJ, którą to funkcję sprawował do chwili śmierci. W roku 2009 został powołany na stanowisko Profesora Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Miarą kompetencji naukowych Profesora Andrzeja Oklejaka są nie tylko prace naukowe, ale również osiągnięcia w dziedzinie kształcenia kadry naukowej. Profesor Andrzej Oklejak jako człowiek otwarty, przystępny i miły, był osobą szczególnie szanowaną i lubianą wśród studentów i pracowników. W krótkim czasie skupił wokół siebie liczne grono uczniów i studentów. Był zawsze otwarty na wszelkie dyskusje naukowe i chętnie służył radą; nie narzucał przy tym swej opinii, cenił poglądy innych, dając jednocześnie swym

uczniom wiele swobody w działaniu. Można było z nim podyskutować, dbał, aby mieć na to czas, nikomu nie odmawiał; z młodzieżą akademicką uczestniczył w spotkaniach i nabożeństwach u o. Dominikanów. Trudno pokusić się o podanie dokładnej liczby prac magisterskich, których był promotorem. Był promotorem siedmiu rozpraw doktorskich, jak również recenzentem rozpraw habilitacyjnych i doktorskich.

Oprócz działalności naukowej Profesor Andrzej Oklejak z pasją angażował się w prace o charakterze organizacyjnym w Uniwersytecie Jagiellońskim, będąc członkiem komisji senackich, rektorskich, wydziałowych oraz kierownikiem ośrodków zamiejscowych Wydziału Prawa i Administracji UJ.

Z inicjatywy Pana Profesora w 2005 roku reaktywowane zostały (po dwudziestojednolietniej przerwie) Ogólnopolskie Zjazdy Katedr i Zakładów Postępowania Cywilnego. Pierwszy zjazd, zorganizowany przez Katedrę Postępowania Cywilnego UJ odbył się w Zakopanem w (od 7 do 9 października) 2005 roku, a jego myślą przewodnią było: „Czterdziestolecie obowiązywania Kodeksu postępowania cywilnego”. Od tego czasu zjazdy takie odbywają się regularnie co dwa lata i są organizowane przez poszczególne ośrodki uniwersyteckie. Na zjeździe w Niechorzu w 2007 roku kierownicy katedr i zakładów podjęli decyzję o powołaniu Towarzystwa Naukowego Procesualistów Cywilnych, którego spotkanie założycielskie odbyło się 25 czerwca 2008 roku w Krakowie; pierwszym prezesem TNPC wybrany został Andrzej Oklejak. Również przy dużym udziale Profesora jako członka Rady Programowej, wznowiono w 2010 roku wydawanie kwartalnika „Polski Proces Cywilny” – poświęconego zagadnieniom wykładni i praktyki prawa procesowego cywilnego. Od 2009 roku Profesor Andrzej Oklejak związał się z Krakowską Akademią im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego; kierował Katedrą Postępowania Cywilnego, prowadząc jednocześnie wykłady i seminaria magisterskie z przedmiotu „postępowanie cywilne”. Z dniem 1 października 2011 roku Profesor został powołany na stanowisko Dziekana Wydziału Prawa i Administracji Krakowskiej Akademii. Sprawując tę funkcję kładł nacisk na rozwój badań naukowych i podniesienie poziomu zajęć dydaktycznych prowadzonych na Wydziale. To właśnie z Jego inicjatywy, w roku akademickim 2011/2012, zapoczątkowany został cykl wykładów otwartych, pozwalających studentom na bezpośredni kontakt z wybitnymi przedstawicielami zawodów prawniczych. Przy osobistym zaangażowaniu Profesora jako dziekana na Wydziale Prawa i Administracji Krakowskiej Akademii wdrożone zostały „Krajowe Ramy Kwalifikacji”. Zainicjował także wiele przedsięwzięć i projektów, których skutki będą widoczne i odczuwalne dla Wydziału i Uczelni w przyszłości.

Profesor Andrzej Oklejak z racji posiadanych uprawnień zawodowych i wszechstronnej wiedzy prawniczej zajmował się równocześnie bardzo aktywnie praktyką prawniczą: m.in. jako członek i przewodniczący rad nadzorczych spółek prawa handlowego, inicjator organizacji Banku Współpracy Regionalnej czy kierownik zespołu radców prawnych Krakowskiej Dyrekcji Inwestycji. Największe zasługi na tej niwie położył pełniąc przez blisko 10 lat obowiązki Pełnomocnika Prezydenta Miasta Krakowa profesora Jacka Majchrowskiego do spraw prawnych. Najistotniejsze dokonania na tym stanowisku to: uporządkowanie prac pionu prawnego UMK, uregulowanie stanu prawnego nieruchomości stadionów krakowskich klubów piłkarskich „Wisły” i „Cracovii, sukcesem zakończony proces z firmą „Forte”, który w konsekwencji pozwolił zrealizować inwestycję rondo im. „Ofiar Katyń” oraz zwrócenie uwagi na nieprawidłowości w pracach tzw. Komisji Majątkowej Kościelnej. Sprawując to stanowisko był otwarty i cierpliwy w kontaktach z mediami, co niewątpliwie przyczyniło się również do podniesienia tzw. świadomości prawnej społeczeństwa.

Za swoją działalność Profesor Andrzej Oklejak został odznaczony m.in. Złotym Krzyżem Zasługi, Złotą Odznaką Miasta Krakowa oraz Srebrnymi Odznakami Ziemi Nowosądeckiej i Ziemi Kieleckiej.

16 czerwca 2012 r. w dniu śmierci Profesora Andrzeja Oklejaka straciliśmy wspaniałego szefa, opiekuna naukowego, wiernego przyjaciela, kolegę, partnera w dyskusjach.. Odszedł od nas człowiek ogromnej wiedzy i kultury, zarazem skromny, uczynny i szlachetnego serca, o nieprzeciętnych walorach osobistych, człowiek ogromnego formatu – taki pozostanie w naszej pamięci.

8 października 2012 roku podczas inauguracji roku akademickiego 2012/2013 w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego zawarte zostało porozumienie pomiędzy Fundacją „Instytut Studiów Wschodnich” z siedzibą w Warszawie, reprezentowaną przez Pana Zygmunta Berdychowskiego a Krakowską Akademią im. AFM o utworzeniu „Funduszu Stypendialnego im. Profesora Andrzeja Oklejaka”. Z funduszu, finansowanego przez ww Fundację w kwocie stu tysięcy rocznie przez okres pięciu lat oraz z darowizn i dotacji, przyznawanych będzie co roku do 20 stypendiów naukowych na okres roku akademickiego dla wyróżniających się studentów Wydziału Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii na podstawie decyzji Kapituły Funduszu Stypendialnego. Członkami Kapituły są: Zygmunt Berdychowski, dr hab. n. med. Leszek Bryniarski,

dr hab. Zbigniew Ćwiąkalski, prof. UJ, Aleksander Grad, prof. zw. dr hab. Jacek Majchrowski – Prezydent Miasta Krakowa trzech kadencji, prof. nadzw. dr Józef Oleksy – były Premier RP, dr inż. Krzysztof Pawiński, prof. nadzw. dr hab. Barbara Stoczewska – Prorektor KAAFM ds. Studenckich, prof. zw. dr hab. Jan Widacki – Dziekan Wydziału Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych KAAFM. Posiedzeniom Kapituły przewodniczy żona śp. Profesora – Agnieszka Oklejak SSO w Krakowie. Pierwsze posiedzenie Kapituły odbyło się 3 grudnia 2012 roku.

dr Renata Pawlik
dr Marcin Sala-Szczypiński
dr Ryszard Więckowski

ARTYKUŁY
i studia

Marcin Pieniążek

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Obywatelskie nieposłuszeństwo jako gwarancja praw podmiotowych

1.

Obywatelskie nieposłuszeństwo¹ (ang. *civil disobedience*²) jest pojęciem o szerokim wydźwięku w światowej filozofii politycznej, budzącym równocześnie znaczne kontrowersje. Jego geneza sięga czasów antycznych i jest wiązana z dialogiem Platona *Kriton*³, w którym Sokrates przedstawia motyw, dla którego zamierza poddać się karze śmierci, pomimo niesprawiedliwego oskarżenia i uwięzienia⁴.

Inspiracją dla rozwoju współczesnej refleksji nad obywatelskim nieposłuszeństwem był opublikowany w roku 1848 esej amerykańskiego pisarza i poety Henry'ego Davida Thoreau⁵, który po odmowie zapłacenia podatku przeznaczanego na wojnę USA z Meksykiem, a także na wprowadzenie w życie *Fugitive Slave Law* (prawa o zbiegłych niewolnikach), osadzony został w więzieniu⁶. Przedstawiający to wydarzenie, a także motyw opisane go czynu esej Thoreau stał się bezpośrednią inspiracją do działań, jakie w sferze

¹ W polskiej literaturze Lech Morawski proponuje synonimiczne pojęcie „cywilnego nieposłuszeństwa”.

² Angielskie słowo „disobedience” powstało na bazie łacińskiego pierwowzoru „disobidentia”, pochodzącego od czasownika „obaudire” (dać posłuch, posłuchać się), którego źródłosłowem jest „audire” (słyszeć). Za: A. Szutta, *Obywatelskie nieposłuszeństwo. Próba określenia pojęcia*, Warszawa 2011, s. 43.

³ Por. H. Arendt, *O przemocy. Obywatelskie nieposłuszeństwo*, Warszawa 1999, s. 139.

⁴ Por. Platon, *Kriton*, Polska Biblioteka Internetowa, http://www.pbi.edu.pl/book_reader.php?p=1894&s=1 (data wejścia: 30.11.2012).

⁵ Pośród XIX-wiecznych ideologów obywatelskiego nieposłuszeństwa w USA wymienia się także Williama Lloyd Garrisona i Johna Browna. Za: W. Lang, J. Wróblewski, *Sprawiedliwość społeczna i nieposłuszeństwo obywatelskie w doktrynie politycznej USA*, Warszawa 1984, s. 121.

⁶ H.D. Thoreau, *Civil disobedience*, [w:] *Walden and other writings*, New York 1970, s. 279 i n.

publicznej podejmowali m.in. Mohandas Gandhi i Martin Luther King, Jr.⁷. W literaturze wskazuje się także na wpływ wyrażonych w eseju idei na metody walki z apartheidem w RPA, na formy działań współczesnych ruchów pacyfistycznych i proekologicznych, itp.⁸ Należy podkreślić, że – niezależnie od podejmowanych akcji strajkowych – metody typowe dla obywatelskiego nieposłuszeństwa stosował w 1980 r. polski ruch „Solidarności”.

Problem obywatelskiego nieposłuszeństwa był szeroko dyskutowany i analizowany w Stanach Zjednoczonych w latach 60. i 70. XX wieku, m.in. przez H. Arendt i R. Dworkina⁹, w kontekście „pokojowej walki” z segregacją rasową, rewolucji obyczajowej, czy też masowego sprzeciwu wobec wojny w Wietnamie. R. Dworkin rozwija swą refleksję w nurcie filozofii neoliberalnej¹⁰, podkreślając związek obywatelskiego nieposłuszeństwa z podstawowymi prawami obywatelskimi, znajdującymi wyraz w amerykańskiej Konstytucji¹¹. H. Arendt uznaje nieposłuszeństwo obywatelskie za formę dobrowolnego stowarzyszenia i dowodzi, że jest ona w pełni zgodna z najstarszymi amerykańskimi tradycjami¹². Z kolei Joseph Raz, w eseju *Prawo do protestu?* wiąże to pojęcie z uprawnieniem do złamania prawa z powodów moralnych lub politycznych. W opinii Raza tego typu akty mają zwrócić uwagę opinii publicznej i skłonić ludzi do nieposłuszeństwa, które pomoże osiągnąć zmiany prawne i polityczne, uważane przez nich za usprawiedliwione. Równocześnie autor, jako zwolennik pozytywizmu prawniczego, uznaje uprawnienie do naruszenia porządku prawnego za mocno dyskusyjne, by w końcowej części swego wywodu dowodzić wprost braku przysługiwania podobnego uprawnienia obywatelom państw liberalnych, to jest państw uznających uprawnienie obywateli do uczestnictwa politycznego¹³. Raz wskazuje m.in., że we „względnie sprawiedliwym państwie” każdy argument na rzecz nieposłuszeństwa musiałby okazać się silniejszy od kontrargumentu odwołującego się do niepożądanych konsekwencji, które nieposłuszeństwu będą towarzyszyć¹⁴. Jednocześnie

⁷ Pojęciem *civil disobedience* w znaczeniu nadanym przez Thoreau, M.L. King, Jr. posługiwał się m.in. planując akty obywatelskiego sprzeciwu wobec decyzji sądowych, dyskryminujących mniejszość murzyńską w Birmingham w stanie Alabama. Por. M.L. King, Jr, *Why we can't wait?*, New York 1964, s. 67–70. Por. także H. Ciepłńska, *Przedmowa*, [w:] H.D. Thoreau, *Obywatelskie nieposłuszeństwo*, Poznań 2006, s. 8–11.

⁸ K. Brownlee, *Civil disobedience*, „Stanford Encyclopedia of Philosophy”, <http://plato.stanford.edu/entries/civil-disobedience/> (data wejścia: 30.11.2012).

⁹ Przykładowo, w 1968 r. ukazał się esej R. Dworkina *On not Prosecuting Civil Disobedience*, włączony następnie do słynnej publikacji *Taking Rights Seriously* (Harvard 1977).

¹⁰ Por. J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1998, s. 49–59.

¹¹ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 336–355.

¹² H. Arendt, *op. cit.*, s. 196.

¹³ J. Raz, *Autorytet prawa*, Warszawa 2000, s. 262–276.

¹⁴ J. Raz, *op. cit.*, s. 263.

autor dopuszcza możliwość obywatelskiego nieposłuszeństwa w tzw. państwie nieliberalnym, tj. takim, które gwałci uprawnienie obywateli do politycznego uczestnictwa. W tym przypadku, jak się wyraża autor, obywatele mają prawo zignorować niesprawiedliwe prawo i egzekwować swe moralne uprawnienia, tak jakby były one uznane przez prawo¹⁵.

Raz podkreśla, że rozważane przezeń przypadki dotyczą wyłącznie sytuacji, w której sprawca – podobnie jak Thoreau – zaprzecza, że zrobił coś złego, a ponadto podjął swoje działanie z motywów politycznych lub moralnych. W związku z tym poza nawias prowadzonej analizy usunięte zostają zarówno przestępstwa, jak i przypadki tzw. nieposłuszeństwa incydentalnego, kiedy to naruszenie prawa było usprawiedliwione, a równocześnie nie zostało podjęte z racji politycznych lub moralnych¹⁶. W związku z tym Raz przytacza nierozłączną klasyfikację nieposłuszeństwa z motywów politycznych i moralnych, obejmującą trzy kategorie, a mianowicie: „nieposłuszeństwo rewolucyjne”, „nieposłuszeństwo obywatelskie” i „sprzeciw sumienia”. Zgodnie z nią, „nieposłuszeństwo rewolucyjne jest motywowanym politycznie złamaniem prawa, które ma zmienić lub bezpośrednio służyć zmianie rządu lub konstytucji (systemu rządów)”. Co ważne, nieposłuszeństwo obywatelskie jest zdefiniowane jako motywowane politycznie złamanie prawa, „które ma albo bezpośrednio służyć zmianie prawa lub polityki społecznej, albo wyrażać swój protest i brak uznania dla prawa”.

Z kolei „Sprzeciw sumienia jest złamaniem prawa z tego powodu, że sprawca staje przed moralnym zakazem posłuszeństwa mu bądź to o charakterze ogólnym (pacyfista sprzeciwiający się istnieniu poborowej armii), bądź też szczególnym (odmowa uznania eutanazji za morderstwo)”¹⁷. Z kolei w opinii Johna Rawlsa, wyrażonej w dziele „Teoria sprawiedliwości”, w „społeczeństwie bliskim sprawiedliwemu” (*nearly just society*) akty społecznego nieposłuszeństwa mają na celu uświadomienie większości obywateli, że zasady sprawiedliwości kształtujące kooperację wolnych i równych ludzi nie są respektowane przez twórców prawa (*policymakers*)¹⁸. Zdaniem Rawlsa, podejmowane akty nieposłuszeństwa powinny być działaniem otwartym, politycznym, negującym przemoc, świadomie łamiącym pewne nakazy i mającym na celu zmianę prawa, lub postanowienia władz¹⁹.

¹⁵ J. Raz, *op. cit.*, s. 273.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*, s. 263–264.

¹⁸ K. Brownlee, *op. cit.*

¹⁹ J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 2009, s. 548–553.

2.

Kimberley Brownlee, w daleko idącej zgodności ze stanowiskiem Rawlsa²⁰ wylicza pięć cech, którymi powinno odznaczać się działanie, możliwe do zaklasyfikowania jako nieposłuszeństwo obywatelskie²¹. Są to:

- najwyższa ostrożność w stosowaniu metod obywatelskiego nieposłuszeństwa (odpowiedzialność, szczerłość i moralne przekonanie, z którymi wyrażający sprzeciw narusza prawo) [*Conscientiousness (seriousness, sincerity and moral conviction with which civil disobedients breach the law)*];
- wyraźne zakomunikowanie (określenie) problemu (wyrażający sprzeciw ma na celu nie tylko odrzucenie i potępienie określonych zjawisk w sferze prawa i polityki, ale także zwrócenie uwagi opinii publicznej na konkretne kwestie, zmierzając tą drogą do zmian w prawie i polityce) [*Communication (the disobedient seeks not only to convey her disavowal and condemnation of a certain law or policy, but also to draw public attention to this particular issue and thereby to instigate a change in law or policy)*]; w przypadku tej cechy obywatelskiego nieposłuszeństwa wskazuje się niekiedy na paralelę wobec podania wyroku do publicznej wiadomości w procesie sądowym. W obu przypadkach chodzi bowiem o napiętnowanie negatywnych praktyk z przeszłości i realizację celów, nakierowanych na przyszłość (zapobieganie potencjalnym, przyszłym negatywnym praktykom);
- jawność (akt obywatelskiego nieposłuszeństwa nigdy nie powinien być tajny, lecz winien być dokonywany otwarcie i publicznie, z uczciwym powiadomieniem autorytetów prawnych); [*Publicity (civil disobedience is never covert or secretive; it is only committed in public, openly, and with fair notice to legal authorities)*];
- niestosowanie przemocy (jest to zagadnienie kontrowersyjne; jego zwolennicy podkreślają znaczenie powstrzymania się od przemocy dla zmniejszenia negatywnych skutków naruszenia prawa); [*Non-violence: (a controversial issue; it is said to diminish the negative effects of breaching the law)*].²² Należy podkreślić, że w praktyce ww. postulat realizował zarówno Mohandas Gandhi, jak i Martin Luther King;
- gotowość poddania się karze, jako wyraz zaufania do obowiązującego porządku prawnego (cecha bardzo kontrowersyjna, podnoszona w celu odróżnienia aktu obywatelskiego nieposłuszeństwa od przestępstwa) [*willingness to accept punishment as mark of disobedients' fidelity to the legal*

²⁰ *Ibidem.*

²¹ K. Brownlee, *op. cit.*

²² *Ibidem.*

system in which they carry out their protest]²³. Potoczny pogląd na temat cechy R. Dworkin ujmuje następująco:

*Jeśli (...) [ktoś] postanowi, że musi złamać prawo, to powinien się podporządkować osądowi i karze przewidzianym przez państwo, uznając tym samym, że jego obowiązki wobec współobywateli musiały co prawda ustąpić przed obowiązkiem religijnym czy moralnym, ale jednak nie wygasty całkowicie*²⁴.

Należy podkreślić, że M.L. King dobrowolnie poddawał się karom pozbawienia wolności za organizowane przez siebie akty obywatelskiego nieposłuszeństwa wobec decyzji władz stanowych i sądów, dyskryminujących murzyńską mniejszość²⁵. Podobnie, M. Gandhi z pełnym przekonaniem godził się na poddanie „najwyższej możliwej karze za czyny uznane za przestępstwo z premedytacją” w sytuacji „wycofania się od poparcia dla zła”²⁶.

W. Lang i J. Wróblewski w pracy z 1984 r. sformułowali zbliżony katalog siedmiu istotnych cech obywatelskiego nieposłuszeństwa. Mianowicie, jest to:

- czyn bezprawny (stanowiący naruszenie prawa z punktu widzenia prawa uznawanego za obowiązujące w określonym miejscu i czasie;
- czyn stanowiący zamierzony protest przeciwko jakiemuś prawu, instytucji społecznej lub politycznej, oficjalniej polityce państwa, zwyczajowi lub praktyce społecznej popieranej przez państwo, które uważane są przez naruszydla prawa za niezgodne z konstytucją, niesprawiedliwe lub niezgodne z elementarnymi, powszechnie akceptowanymi normami moralnymi;
- naruszenie prawa będące aktem jawnego i publicznego protestu;
- naruszenie prawa będące umyślne i celowe, przy czym w przeciwieństwie do przestępstw pospolitych zamiar sprawcy skierowany jest przede wszystkim na naruszenie prawa;
- działanie zachowawcze, będące protestem w ramach istniejącego porządku prawnego i odwołujące się do jego nadrzędnych wartości moralnych, zmierzające nie do jego obalenia, lecz do jego udoskonalenia;
- czyn niebędący aktem przemocy fizycznej, co oznacza, że sprawcy obywatelskiego nieposłuszeństwa nie stawiają czynnego oporu organom władzy państwowej;
- czyn, za który sprawca jest gotów ponieść karę, tj. poddać się wymiarowi sprawiedliwości²⁷.

²³ Krytycznie o tym H. Arendt, *op. cit.*, s. 140 i n.

²⁴ R. Dworkin, *op. cit.*, s. 337.

²⁵ Por. M.L. King, Jr., *op. cit.*, s. 69–70, 77–100. Por. także: M. Berezowski, *Śmierć senatora*, Warszawa 1976, s. 104.

²⁶ M.K. Ghandi, *Powstrzymanie się od gwałtu*, [w:] *Antologia tekstów dotyczących praw człowieka*, red. J. Zajadło, Warszawa 2008, s. 229.

²⁷ W. Lang, J. Wróblewski, *Sprawiedliwość społeczna i nieposłuszeństwo obywatelskie w doktrynie politycznej USA*, Warszawa 1984, s. 125–127.

3.

W filozofii politycznej, a także w doktrynie prawniczej dokonywane są klasyfikacje pojęcia obywatelskiego nieposłuszeństwa. Przykładowo, w opinii J. Rawlsa może mieć ono charakter bezpośredni, albo pośredni²⁸. Osoby wyrażające sprzeciw mogą bowiem naruszyć zarówno te normy prawne, do których wprost kierują swoją krytykę, jak i normy indyferentne – po to, by zademonstrować swój sprzeciw wobec innej normy prawnej, czy też zasady politycznej²⁹. Przykładem może być wtargnięcie działaczy Greenpeace na teren elektrowni atomowej i namalowanie proekologicznego hasła na jej silosie. Działanie to narusza prawo własności i liczne przepisy porządkowe, lecz ma na celu napiętnowanie polityki energetycznej państwa w ogóle. Przywołaną klasyfikację można także odnieść zasadnie do działań NSZZ „Solidarność” w roku 1980, skoro strajki robotnicze, łamiące ówczesne przepisy z zakresu prawa pracy, miały m.in. na celu zwrócenie uwagi opinii publicznej na naruszanie praw człowieka przez władze PRL. Ten sam schemat daje się rozpoznać w słynnym przypadku Rosy Parks, która nie podporządkowując się regule, dotyczącej obowiązku zajmowania przez Murzynów wyznaczonych miejsc w autobusie, pośrednio wyraziła sprzeciw wobec polityki segregacji rasowej w USA³⁰. Motywy swojego działania Parks ujęła następująco:

I did not want to be mistreated, I did not want to be deprived of a seat that I had paid for. It was just time... there was opportunity for me to take a stand to express the way I felt about being treated in that manner. I had not planned to get arrested. I had plenty to do without having to end up in jail. But when I had to face that decision, I didn't hesitate to do so because I felt that we had endured that too long. The more we gave in, the more we complied with that kind of treatment, the more oppressive it became³¹.

Opisany przypadek jest uważany za modelowy przykład dokonania aktu obywatelskiego nieposłuszeństwa, mającego na celu zwrócenie uwagi na naruszenie praw obywatelskich (*civil rights*).

W. Lang i J. Wróblewski przytaczają podobną klasyfikację pojęcia obywatelskiego nieposłuszeństwa. Mianowicie, wyróżniają oni nieposłuszeństwo bezpośrednie, występujące w trzech wariantach, oraz nieposłuszeństwo symbo-

²⁸ J. Rawls, *op. cit.*, s. 524.

²⁹ Por. H. Arendt, *op. cit.*, s. 145.

³⁰ Wydarzenie to miało miejsce 1 grudnia 1955 r. w stanie Alabama, stając się punktem zwrotnym w walce o przestrzeganie praw obywatelskich Czarnej mniejszości w USA. Za: <http://www.encyclopediaofalabama.org/face/Article.jsp?id=h-1111> (data wejścia: 30.11.2012).

³¹ R. Parks, J. Haskins, *Rosa Parks: My Story*, Dial Books, New York 1992, s. 116.

liczne³². Autorzy wskazują, że niebezpieczeństwo bezpośrednie polega na naruszeniu prawa, które stanowi właściwy przedmiot protestu, a którego stosowanie jest niesprawiedliwe. Jego pierwszy wariant polega na tym, że prawo naruszane jest w przekonaniu naruszcyciela prawem niesprawiedliwym i stanowi właściwy przedmiot protestu. Naruszenie prawa pełni w związku z tym dwie funkcje łącznie, tj. publicznego protestu i indywidualnej samopomocy³³. Wariant drugi nieposłuszeństwa bezpośredniego polega na tym, że naruszane prawo jest prawem o ogólnej stosowalności, stosowanym jako podstawa prawna karania osób zachowujących się niezgodnie z niesprawiedliwym prawem lub zwyczajem, stanowiącym właściwy przedmiot protestu. Jak podkreślają Lang i Wróblewski, naruszone prawo samo w sobie nie jest uważane za niesprawiedliwe, natomiast za niesprawiedliwe uważane jest stosowanie tego prawa do sytuacji, w których nieprzestrzegane jest niesprawiedliwe prawo lub obyczaj. W takim przypadku naruszenie prawa o ogólnej stosowalności jest uważane za pośredni sposób naruszenia oprotestowanego prawa³⁴. Na gruncie wariantu trzeciego naruszone prawo jest uważane za sprawiedliwe, lecz proces jego stosowania jest postrzegany jako niezgodny z zasadami sprawiedliwości³⁵. Z kolei nieposłuszeństwo symboliczne (pośrednie) zdaniem Langa i Wróblewskiego polega na świadomym naruszeniu przepisów prawnych w celu zaprotestowania przeciwko innym przepisom, praktykom politycznym, itp., uważanym za niesprawiedliwe, lecz pozostającym bez jakiegokolwiek związku z naruszanymi przepisami³⁶.

4.

Wspomniany wyżej przypadek R. Parks sygnalizuje główne zagadnienie teoretyczne niniejszego artykułu, związane z pytaniem, na gruncie jakich założeń teoretyczno-prawnych obywatelskie nieposłuszeństwo (będące przekroczeniem granicy porządku prawnego) może być uznane za mechanizm umożliwiający ochronę praw podmiotowych. Wewnętrzna ambiwalencję zagadnienia ochrony prawa przez jego naruszenie R. Dworkin ujął w następujący sposób:

³² W. Lang, J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 130.

³³ Przykładem mogą być akty nieposłuszeństwa w stosunku do tzw. *Selective Service Act*, nakładającego na wybrane kategorie obywateli amerykańskich obowiązek pełnienia służby w jednostkach wojskowych w Wietnamie. Za: W. Lang, J. Wróblewski, *op. cit.*

³⁴ Przykładem mogą być akty nieposłuszeństwa skierowane przeciwko tzw. *sit-ins*, w okresie walki przeciwko segregacji rasowej w południowych stanach USA. Za: W. Lang, J. Wróblewski, *op. cit.*

³⁵ Np. ze względu na demoralizację podmiotów, odpowiedzialnych za stosowanie prawa. Por. W. Lang, J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 131.

³⁶ Przykładem może być odmowa płacenia podatków federalnych na znak protestu przeciwko kontynuowaniu przez USA wojny w Wietnamie. Za: W. Lang, J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 131–132.

W demokracji, a przynajmniej w demokracji szanującej prawa jednostki, każdy obywatel ma ogólny moralny obowiązek przestrzegania wszystkich ustaw i przepisów prawa nawet jeśli ze swej strony wolałby, żeby któreś z nich zostały zmienione. Ma ten obowiązek wobec innych obywateli, ponieważ inni obywatele przestrzegając praw, które im się nie podobają, działają jego korzyść. Ten ogólny obowiązek nie może jednak być absolutny, bo nawet społeczeństwo zasadniczo sprawiedliwe może tworzyć niesprawiedliwe prawa i strategie polityczne, a człowiek ma obowiązki nie tylko wobec państwa. Ma również obowiązki wobec Boga i sumienia, a jeśli wchodzi one w konflikt z obowiązkami wobec państwa, to ma on ostatecznie prawo postąpić tak, jak uważa za słuszne³⁷.

W powyższym fragmencie zaznacza się opozycja, którą chciałbym uczynić osią prowadzonego dalej wywodu, występująca między poglądami pozytywizmu prawniczego, a stanowiskiem prawnonaturalnym. Należy przypomnieć, że mozaikę poglądów, składających się na nurt pozytywistyczny w teorii prawa systematyzuje założenie, zgodnie z którym cały porządek prawny jest *de facto* porządkiem prawa stanowionego. Dla przykładu, w pozytywizmie niemieckim (*Gesetzespositivismus*) twierdzono, że państwo i prawo dają się zredukować do mającej bezwzględny prymat ustawy. Ustawa taka, będąca wyrazem woli najwyższej władzy – suwerena – jest pierwotnym i jedynym źródłem prawa. Co ma zasadnicze znaczenie dla refleksji dotyczącej obywatelskiego nieposłuszeństwa, każdy obywatel jest bezwarunkowo zobowiązany do przestrzegania prawa stanowionego³⁸. Należy dodać, że systemy prawne współczesnych państw Europy kontynentalnej, w tym Polski, oparte na idei państwa prawa i rządów prawa (*Rechtsstaat, rule of law*), zostały ukształtowane pod wpływem teorii umiarkowanego pozytywizmu prawniczego³⁹. O czym była mowa powyżej, zwolennikiem pozytywizmu prawniczego jest wspólnie m.in. Joseph Raz⁴⁰.

Jak wiadomo, w XIX wieku pozytywizm prawniczy wyparł akceptowany wcześniej, metafizyczny paradygmat prawa natury⁴¹. W następstwie tragicznych doświadczeń drugiej wojny światowej doszło jednak do tzw. renesansu – nawiązującej do filozofii Oświecenia – koncepcji prawnonaturalnej, która, wyrażona m.in. w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka ONZ⁴², w znaczący sposób wpłynęła na aktualne rozumienie pojęć praw człowieka, praw

³⁷ R. Dworkin, *op. cit.*, s. 337.

³⁸ J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1995, s. 31–35.

³⁹ Z. Radwański, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1996, s. 73.

⁴⁰ J. Kochanowski, N. Simmonds, *Wstęp*, [w:] J. Raz, *Autorytet prawa*, Warszawa 2000, s. VI.

⁴¹ J. Stelmach, *op. cit.*, s. 31.

⁴² Por. tekst polski: http://www.unic.un.org.pl/prawa_czlowieka/dok_powszechna_deklaracja.php (data wejścia: 30.11.2012).

obywatelskich i praw podmiotowych⁴³. Zgodnie z założeniami tej koncepcji pierwotnym źródłem prawa, jak również podmiotowości człowieka nie jest prawo stanowione, lecz przede wszystkim pewien aspekt natury ludzkiej⁴⁴. Podobny punkt widzenia przyjmuje także Konstytucja RP⁴⁵, która w art. 30 stanowi, iż „przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”.

Łatwo dostrzec, że powyższy pogląd zakłada istnienie koniecznego związku między prawem a moralnością, kwestionowanego co do zasady przez nurty pozytywistyczne. W tym kontekście przypomnieć trzeba, że w Niemczech po zakończeniu drugiej wojny światowej narodziły się poglądy, zgodnie z którymi niemoralne, czy też skrajnie niesprawiedliwe prawo stanowione może być zakwestionowane w drodze obywatelskiego nieposłuszeństwa, a nawet – uznane za nieobowiązujące⁴⁶. Wyrazicielem powyższych poglądów był Gustaw Radbruch, którego artykuły, w szczególności *Pięć minut filozofii prawa i Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, zyskały wydźwięk wykraczający daleko poza niemiecką dyskusję o granicach posłuszeństwa prawu stanowionemu Trzeciej Rzeszy.

W *Pięciu minutach filozofii prawa* Radbruch zauważa, że pozytywistyczne ujęcie obowiązywania ustawy „uczyniło zarówno prawników, jak i naród, bezbronnymi wobec ustaw despotycznych, okrutnych i przestępczych”⁴⁷. Tymczasem celami prawa są: sprawiedliwość, oznaczająca, by każdego mierzyć tą samą miarą; oraz dobro powszechne, z uwagi na które można wskazać „ustawy o takim stopniu niesprawiedliwości i szkodliwości, że należy odmówić im charakteru prawa”⁴⁸. W związku z tym, jak się wyraża autor, „istnieją takie zasady prawne, które silniejsze są każdego przepisu prawnego i w konsekwencji ustawa, która jest z nimi sprzeczna, pozbawiona jest mocy obowiązującej. Zasady te określa się jako prawo natury lub prawo rozumu”⁴⁹. Ponadto Radbruch stwierdza, że chociaż niektóre z nich otoczone są wątpliwościami, to „przez wieki wypracowano ich tak trwały stan i skodyfikowano w Deklaracjach Praw Człowieka i Obywatela w oparciu o tak powszechne rozumienie, że w odniesieniu do niektórych

⁴³ Terminy te, choć bliskoznaczne, nie są ze sobą tożsame.

⁴⁴ J. Stelmach, R. Sarkowicz, *op. cit.*, s. 12–17.

⁴⁵ *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483; z 2001 r., Nr 28, poz. 319; z 2006 r., Nr 200, poz. 1471 oraz z 2009 r., Nr 114, poz. 946).

⁴⁶ Por. J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001.

⁴⁷ G. Radbruch, *Pięć minut filozofii prawa*, [w:] *Antologia tekstów...*, s. 241.

⁴⁸ G. Radbruch, *op. cit.*, s. 242.

⁴⁹ *Ibidem*.

z nich tylko z trudem można zachować sceptycyzm⁵⁰. Należy podkreślić, że zdaniem G. Radbrucha, uzasadniane prawnonaturalnie nieposłuszeństwo wobec prawa stanowionego ma swoje granice; pogląd ten znajduje wyraz w proponowanej przezeń formule – głoszącej, że jedynie „prawo [stanowione] skrajnie niesprawiedliwe nie jest prawem” (*lex iniustissima non lex est*). Dlatego w *Ustawowym bezprawiu i ponadustawowym prawie* autor uwzględnia częściowo stanowisko pozytywistyczne i stwierdza, że

*każda ustawa, niezależnie od treści, ma zapewne jakąś wartość. Jest lepsza, niż całkowity brak prawa, ponieważ przyczynia się przynajmniej do bezpieczeństwa prawnego*⁵¹.

Zaraz potem Radbruch wskazuje, że nie da się ostrzej odgraniczyć przypadków ustawowego bezprawia od praw, które obowiązują mimo niesprawiedliwej treści. Ostatecznie jednak autor, nawiązując do wskazanych wyżej celów prawa stwierdza z naciskiem, że

*da się jednak przeprowadzić ścisłą granicę tam, gdzie nikt nie dąży do sprawiedliwości i gdzie ustawodawstwo świadomie ignoruje równość, która jest jądrem sprawiedliwości; wówczas bowiem ustawa nie jest li tylko ‘prawem niesprawiedliwym’, lecz traci w ogóle rangę i charakter prawa*⁵².

Autor mierzy się tym samym z sygnalizowanym powyżej problemem legitymizacji nieposłuszeństwa wobec porządku prawa stanowionego. G. Radbruch proponuje rozwiązanie, zgodnie z którym w przypadku sprzeciwu wobec skrajnie niesprawiedliwej ustawy nie dochodzi do naruszenia prawa, skoro obywatele wyrażają sprzeciw wobec ustawowego bezprawia, któremu nie przysługuje cecha prawności.

Podobnie jak poglądy D. Thoreau w USA, tak poglądy G. Radbrucha w Europie otworzyły drogę do teoretycznego uzasadnienia aktów obywatelskiego nieposłuszeństwa, w których występowało przeciw niesprawiedliwemu prawu stanowionemu w imię obrony praw podmiotowych obywateli.

Analiza samego pojęcia praw podmiotowych przekracza ramy niniejszego artykułu. W tym miejscu należy zasygnalizować, że pozytywizm prawniczy i prawo natury głoszą zasadniczo odmienne poglądy, dotyczące wyższego pojęcia. Zgodnie z koncepcją pozytywistyczną, prawo podmiotowe jest prawem przyznanym i gwarantowanym jednostce przez przepisy prawa⁵³. Ma ono wynikać z obowiązujących aktów prawnych, które weszły w życie ze względu na

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ G. Radbruch, *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, [w:] *idem, Filozofia prawa*, Warszawa 2009, s. 249.

⁵² *Ibidem*, s. 250.

⁵³ Por. K. Opalek, *Prawo podmiotowe. Studium z teorii prawa*, Warszawa 1957, s. 407 i n.

działania podjęte przez kompetentne organy państwowe⁵⁴. Nawet, jeżeli prawo podmiotowe definiuje się w koncepcji pozytywistycznej jako „pozytywnie ocenianą sytuację jednostki w społeczeństwie”, dodaje się równocześnie, że jest ono wynikającym z przepisów prawa zbiorem uprawnień prostych⁵⁵ – czyli zbiorem „atomów”, rozproszonych w ustawodawstwie i składających się wtórnie na pojęcia ogólne, takie jak prawo własności, prawo do prywatności, wolność słowa, wolność zrzeszania się, *etc.* W świetle skrajnego poglądu pozytywistycznego np. wolności słowa jest zawsze tyle, na ile pozwala obowiązujące ustawodawstwo. Z tej perspektywy zjawisko obywatelskiego nieposłuszeństwa jest problemem pozornym, bowiem wystąpienie przeciw literze prawa w imię pozaprawnych racji (np. moralnych) jest przekroczeniem granicy porządku stanowiącym przestępstwo.

Koncepcje prawnonaturalne przyjmują przeciwstawny punkt widzenia, wiążąc często prawa podmiotowe z koncepcją praw człowieka i obywatela o genezie oświeceniowej⁵⁶. W świetle tego poglądu prawo stanowione ma charakter wtórny w stosunku do podmiotowości prawnej człowieka; oznacza to, przepisy prawa stanowionego służą zabezpieczeniu pierwotnych praw i wolności. Jak się wyraża Z. Radwański,

*w skrajnych ujęciach ideologii prawnonaturalnej reguły postępowania w ogóle nie mają przymiotu prawa, jeżeli nie realizują wartości wyrażonych w podstawowych prawach podmiotowych*⁵⁷.

Ostatecznie poglądy prawnonaturalne otwierają drogę sprzeciwu wobec niemoralnego, czy skrajnie niesprawiedliwego prawa pozytywnego⁵⁸, naruszającego wolność słowa, sumienia i wyznania, godzącego w równouprawnienie obywateli, *etc.*⁵⁹

5.

Naszkieowane powyżej poglądy dotyczące obywatelskiego nieposłuszeństwa odzwierciedlają napięcie, wynikające z konfliktu założeń pozytywizmu prawniczego i prawa natury. Dla pierwszego z nich paradoks obrony prawa podmiotowego, dokonywanej przez naruszenie obowiązującego prawa, pozostaje niemożliwy do rozwiązania. Jak powiedziano, przedstawiciele pozytywizmu odrzucają możliwość

⁵⁴ Z. Radwański, *op. cit.*, s. 72.

⁵⁵ Por. L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2006, s. 239.

⁵⁶ Por. J.-J. Rousseau, *Du contrat social, ou principes du droit politique*, Elibron Classics series 2006, przedruk z oryginału (Strasbourg 1791).

⁵⁷ Z. Radwański, *op. cit.*, s. 72.

⁵⁸ Por. J. Zajadło (red.), *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, Warszawa 2009.

⁵⁹ Por. rodz. II Konstytucji RP – „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”, *op. cit.*

pozaprawnego sprzeciwu wobec prawa lub systemu politycznego, uzasadnionego np. przesłankami moralnymi⁶⁰. Z kolei brak poszanowania dla prawa stanowionego, możliwy przy instrumentalizacji koncepcji prawnonaturalnej, rodzi niebezpieczeństwo anarchizacji państwa i prawa, pod pretekstem ochrony przyrodzonych praw podmiotowych. Jednakże, celem obywatelskiego nieposłuszeństwa nie jest destrukcja systemu prawnego, ale jego modyfikacja; Lang i Wróblewski podkreślają, że obywatelskie nieposłuszeństwo nie może być utożsamiane z jakąkolwiek formą oporu totalnego przeciwko istniejącemu porządkowi prawnemu lub społeczno-politycznemu⁶¹. W związku z tym wśród cech konstytutywnych nieposłuszeństwa znajdują się m.in. cechy ukształtowane pod wpływem paradygmatu pozytywistycznego – takie, jak świadomy charakter działań podejmowanych wbrew prawu (bez względu na to, czy chodzi o nieposłuszeństwo bezpośrednie, czy symboliczne), jak i gotowość do poddania się karze za naruszenie granic porządku ustawowego. Cechy te (jakkolwiek w kulturze prawnej *common law*⁶²) stanowiły gruntownie przemyślany punkt odniesienia dla protestów inicjowanych zarówno przez M. Gandhiego, jak i M.L. Kinga⁶³.

W świetle powyższych uwag, w przypadku obywatelskiego nieposłuszeństwa, za szczególnie uzasadnione uznaje próby wypracowania teorii proponującej kompromis między pozytywizmem i prawem natury. Znaczącym przykładem jest tu teoria G. Radbrucha, z punktem ciężkości przesuniętym jednakże ku prawu naturalnemu⁶⁴. Chciałbym podkreślić, że naszkicowana koncepcja ustawowego bezprawia i ponadustawowego prawa współgra z teorią praw podmiotowych o przyrodzonym charakterze, zgodnie z którą prawa te są jedynie (i to nie zawsze), deklarowane w aktach normatywnych prawa stanowionego.

Mimo istotnych zalet tej kompromisowej teorii, unifikującej zagadnienie praw podmiotowych i obywatelskiego nieposłuszeństwa na gruncie umiarkowanego stanowiska prawnonaturalnego, opowiadam się za innym, równie kompromisowym poglądem, który uznaje obywatelskie nieposłuszeństwo za mechanizm o *stricte* prawnym (a nie metaprawnym) charakterze⁶⁵. Pogląd ten

⁶⁰ L. Morawski, *op. cit.*, s. 246.

⁶¹ W. Lang, J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 129.

⁶² Pojęcie pozytywizmu prawnego w anglosaskiej jurysprudencji rozumiane jest inaczej, niż w kontynentalnej teorii prawa.

⁶³ Por. M.L. King, Jr., *op. cit.*; M.K. Ghandi, *op. cit.*

⁶⁴ W polskiej literaturze T. Kozłowski wsuwa na plan pierwszy pozytywistyczne rysy teorii G. Radbrucha. Por. T. Kozłowski, *Gustaw Radbruch jako twórca pozytywizmu aksjonormatywnego*, [w:] *Dobre prawo, złe prawo – w kręgu myśli Gustawa Radbrucha*, red. P. Mochnaczeński, A. Kociołek-Pęksa, Warszawa 2009, s. 41 i n.

⁶⁵ Odmiennie: M. Wierzbicki, *Uprawnienie do wyrażania sprzeciwu. Rozważania na temat obywatelskiego nieposłuszeństwa*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, t. XIII, s. 329–337. Autor, powołując się na poglądy J. Raza, odrzuca możliwość istnienia uprawnienia do obywatelskiego nieposłuszeństwa w państwach liberalnych, w których gwarantowane są prawa i wolności polityczne.

został sformułowany przez Ronalda Dworkina w ramach tzw. teorii relewantnych moralnie praw podmiotowych jednostki⁶⁶. Stanowi on godną uwagi propozycję rozwiązania wspomnianego paradoksu ochrony prawa przez jego naruszenie⁶⁷. Kompromisowy charakter teorii R. Dworkina przejawia się już w jej podstawowym założeniu, odnoszącym się do pojęcia prawa. Zgodne z nim prawo obejmuje nie tylko reguły (normy) prawne, należące do systemu prawa (w rozumieniu H.L.A. Harta⁶⁸), lecz także standardy, które dzielone są na zasady (*principles*) oraz wymogi polityki prawnej (*policies*)⁶⁹. Należy przypomnieć, że Dworkin zasadą nazywa „normę, która ma być przestrzegana (...) dlatego, że tego domaga się sprawiedliwość, uczciwość, lub inny aspekt moralności”⁷⁰. Natomiast wymogiem polityki prawnej jest w opinii autora „ten rodzaj normy, który wyznacza cele do osiągnięcia, zwykle (...) postęp w zakresie jakiegoś ekonomicznego, politycznego, czy społecznego aspektu życia zbiorowości”⁷¹. Istotny element teorii Dworkina stanowi różnica, jaka zachodzi pomiędzy regułami należącymi do systemu prawa, a standardami w powyższym znaczeniu. Zdaniem autora „reguła stosuje się na zasadzie wszystko albo nic”⁷², to znaczy obowiązuje, albo nie obowiązuje w sensie prawnym. Natomiast standardy, jak się wyraża Dworkin,

*posiadają wymiar wagi lub doniosłości (...). W przypadku, gdy zasady te krzyżują się ze sobą [w tzw. hard cases – M.P.] konflikty te muszą być rozwiązywane przy względnej doniosłości każdej z nich*⁷³.

Chciałbym wskazać, że teoria R. Dworkina może być uznana za pozytywnistyczną o tyle, o ile włącza do sfery prawa zasady i wymogi polityki prawnej, jako znajdujące wyraz w Konstytucji; natomiast może być uznana za niepozytywnistyczną z tego względu, że akcentuje ścisły związek prawa i moralności, wywodząc standardy z tej drugiej i podważając tym samym omnipotencję prawa stanowionego. Jest więc przykładem trzeciej drogi, pomiędzy poglądami typowymi dla powyższych orientacji⁷⁴.

Jak wskazywałem, w opinii Dworkina Konstytucja USA wyraża pierwotne prawa podmiotowe, znajdujące wyraz w standardach prawnych (tj. w *principles* i *policies*), wynikających z doktryny moralno-politycznej amerykańskiego społeczeństwa. W związku z tym autor stwierdza, że

⁶⁶ W. Lang, J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 170.

⁶⁷ Por. R. Dworkin, *op. cit.*, s. 370–399.

⁶⁸ Por. H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 116 i n.

⁶⁹ J. Stelmach, R. Sarkowicz, *op. cit.*, s. 50.

⁷⁰ R. Dworkin, *op. cit.*, s. 56–57.

⁷¹ *Ibidem*, s. 56.

⁷² *Ibidem*, s. 60.

⁷³ *Ibidem*, s. 64.

⁷⁴ J. Stelmach, R. Sarkowicz, *op. cit.*, s. 59.

z pewnych szczególnych cech amerykańskiego systemu prawnego, a w szczególności ze specyficznej mieszanki kwestii prawnych i moralnych występujących w naszej Konstytucji wynika, że obywatele często czynią słusznie korzystając z przysługującego im – ich zdaniem – prawa do łamania przepisów⁷⁵.

Formułując powyższą tezę Dworkin nawiązuje do tych wątków swojej teorii, które dotyczą podejmowania decyzji przez sędziów w *hard cases*. Mianowicie, gdy istniejące reguły prawne nie są do tego wystarczające, czy to ze względu na ich nieusuwalną niejasność, czy to ze względu na ich brak, sędzia sięga po *principles* lub *policies*, zmierzając do jedynego słusznego rozstrzygnięcia sprawy. Sędzia nie może w żadnym wypadku zignorować istnienia reguł, ale, jak podkreślają Sarkowicz i Stelmach, gdyby zastosowanie danej reguły prowadziło do nieusuwalnej sprzeczności z doniosłymi standardami, sędzia powinien przyznać pierwszeństwo zasadom lub wymogom polityki prawnej, należącym do doktryny moralno-politycznej⁷⁶. Należy podkreślić, że w opinii R. Dworkina w przypadku uchwyconej kolizji reguł wyrażonych w przepisach prawa ze standardami, również obywatel na prawo do niezastosowania się do tych pierwszych, poprzez przyjęcie postawy obywatelskiego nieposłuszeństwa⁷⁷. Można powiedzieć, że zarówno w przypadku decyzji sędziego, jak i nieposłuszeństwa obywatela zachodzi przypadek wewnętrznej kolizji w systemie prawa, rozstrzygnięty na korzyść *principles* i *policies*, jako bardziej podstawowych i ugruntowanych w moralności.

Zdaniem Langa i Wróblewskiego proponowana przez Dworkina argumentacja ma charakter pozytywistyczny. Dworkin odwołuje się bowiem *implicitie* do moralnej zawartości prawa pozytywnego⁷⁸. Autorzy podkreślają, że według Dworkina wiele podstawowych zasad konstytucyjnych, a także zasad prawodawstwa federalnego i orzecznictwa Sądu Najwyższego, zakłada milcząco uznawanie praw podmiotowych jednostki. Jak podkreślają Lang i Wróblewski, przyjęcie takiej koncepcji jest niezbędnym warunkiem traktowania poważnie⁷⁹ praw podmiotowych obywateli, gwarantowanych poprawkami do Konstytucji. Tak więc obywatelskie nieposłuszeństwo jest uzasadnione prawnie, o ile obywatel występuje w obronie praw podmiotowych, ugruntowanych w *principles* i *policies*. W związku z tym Lang i Wróblewski wskazują, że „tolerancja prawna” jest uzasadniona wyłącznie w odniesieniu do tych aktów

⁷⁵ R. Dworkin, *op. cit.*, s. 355.

⁷⁶ J. Stelmach, R. Sarkowicz, *op. cit.*, s. 58.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ W. Lang, J. Wróblewski, *op. cit.*

⁷⁹ Lang i Wróblewski nawiązują w tym miejscu do angielskiego tytułu książki R. Dworkina (*Taking rights seriously*).

naruszania prawa, które związane są bezpośrednio z konstytucyjnymi „prawami moralnymi podmiotu” – tak, jak w przypadku protestów przeciwko segregacji rasowej na południu USA. Z drugiej strony, na gruncie obywatelskiego nieposłuszeństwa nie mogą być uzasadniane te naruszenia prawa motywowane poglądami moralnymi, które stanowią równocześnie naruszenia praw moralnych innych jednostek⁸⁰. Koncepcję Dworkina dopełniają rozważania dotyczące prawa będącego przedmiotem obywatelskiego nieposłuszeństwa, które jest wątpliwe co swojej do treści⁸¹. Dworkin pisze:

*Obywatel winien jest posłuszeństwo prawu, a nie czyjejkolwiek interpretacji prawa. Nie postępuje więc nieuczciwie, jeśli kieruje się własnym, świadomym i przemyślanym, rozważaniem tego, czego prawo wymaga*⁸².

Jak uważa autor, dotyczyć to może nawet sytuacji, w której zapadła „przeciwna decyzja Sądu Najwyższego”, zaś „obywatel może wciąż uważać, że prawo jest po jego stronie”⁸³. Chodzi tu o stosunkowo rzadkie przypadki przełamania precedensu (*overruling*) zwartego w decyzji Sądu Najwyższego⁸⁴.

Przywołana teoria relewantnych moralnie praw podmiotowych jednostki w istotnych punktach wykazuje zbieżność z poglądami, ukazującymi znaczenie obywatelskiego nieposłuszeństwa na tle relacji między legalnością a legitymizacją prawa⁸⁵. M.R. Kaczmarczyk wskazuje, że „legalność może być i w coraz większym stopniu staje się podstawą legitymizacji”⁸⁶. Autor zauważa, że współcześnie adresaci norm prawnych często akceptują porządek prawny z uwagi na jego legalność, to jest samo faktyczne obowiązywanie, stanowiące podłoże obrotu gospodarczego i wymiany elit politycznych. Kaczmarczyk podkreśla, że dodatkowym czynnikiem legitymizacyjnym może być także racjonalność i spójność ukształtowanych procedur. Ostatecznie legitymizacja przez legalność oznacza, że prawo samo się legalizuje; tak więc legitymizowane jest wszystko to, co legalne, zaś to co nielegalne, pozbawione jest wszelkiej legitymizacji. Kaczmarczyk wskazuje, że w warunkach normalizacji politycznej trudno dostrzec różnicę między legalnością a legitymizacją; natomiast „w czasach kryzysu, gdy legalność przestaje być wyrazem legitymizacji, może dojść do głosu (...) porządek pierwotny, który przeciwstawia się legalności”⁸⁷. W tym kontekście interesująca jest

⁸⁰ W. Lang, J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 171.

⁸¹ R. Dworkin, *op. cit.*, s. 377–386. Szczegółowo na ten temat W. Lang, J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 147–152.

⁸² R. Dworkin, *op. cit.*, s. 385.

⁸³ *Ibidem*, s. 379.

⁸⁴ W. Lang, J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 152.

⁸⁵ M.R. Kaczmarczyk, *Nieposłuszeństwo obywatelskie a pojęcie prawa*, Warszawa 2010, s. 25–27.

⁸⁶ *Ibidem*, s. 25.

⁸⁷ *Ibidem*, s. 26.

uwaga autora, dotycząca motywacji działań podejmowanych w imię obywatelskiego nieposłuszeństwa. Mianowicie,

*takie akty sprzeciwu cechują się szczególnym stosunkiem do legalności, którą podważają w imię legitymizacji prawa. Dzięki nim nieposłuszeństwo obywatelskie może być aktem nielegalnym, ale uzasadnionym zasadami leżącymi u podstaw prawa i legitymizującymi je*⁸⁸.

Chciałbym podkreślić, że wskazane usytuowanie obywatelskiego nieposłuszeństwa pozwala doprecyzować jego rolę w konflikcie, który może wystąpić – w świetle teorii R. Dworkina – pomiędzy standardami a regułami. Standardy, a tym samym prawa podmiotowe wyrażone w Konstytucji byłyby postrzegane przez uczestników sprzeciwu jako kryterium legitymizacji ich działań, podczas, gdy ewentualne naruszenie reguł skłaniałoby organy władzy państwowej do kwestionowania legalności przedsięwziętych protestów.

Zaprezentowana teoria wykazuje w moim przekonaniu spójność z poglądem Johna Rawlsa, zgodnie z którym obywatelskie nieposłuszeństwo jest możliwe w „społeczeństwie bliskim sprawiedliwości, po części dobrze urządzonym, w którym mimo to występują poważne naruszenia sprawiedliwości”⁸⁹. Rawls przyjmuje, że „stan zbliżony do sprawiedliwości wymaga reżimu demokratycznego”; natomiast, w jego przekonaniu, teoria obywatelskiego nieposłuszeństwa nie znajduje zastosowania do „innych form rządu” i tym samym do sytuacji „obalania systemu niesprawiedliwego i skorpumpowanego”⁹⁰. Trudno zaprzeczyć, że faktyczna absorpcja przez państwo i prawo rozmaitych form obywatelskiego nieposłuszeństwa wymaga elastycznego działania organów władzy, jak również szerokiego dyskursu społecznego, możliwego zasadniczo w demokratycznym państwie prawa. Prześlanką jest tu między innymi „poważne traktowanie” problematyki praw podmiotowych, oraz niestosowanie przemocy. Natomiast praktyka pokazuje że – zgodnie z opinią J. Rawlsa – w systemach prawnych, w których prawa podmiotowe są gwałcone, typowymi zjawiskami pozostają nielegalne strajki, zamieszki i rewolucje, mające na celu nie tyle uzdrowienie ustroju polityczno-prawnego, co jego radykalną zmianę.

Chciałbym zakończyć następującą refleksją R. Dworkina:

W naszym społeczeństwie człowiek ma czasem prawo, w mocnym sensie, do nieposłuszeństwa wobec przepisów prawa. Ma takie prawo wtedy, gdy przepisy w sposób niestuszny naruszają jego prawa [podmiotowe – M.P.] względem rządu. Jeśli ma on moralne prawo do swobody wypowiedzi [sta-

⁸⁸ *Ibidem.*

⁸⁹ J. Rawls, *op. cit.*, s. 521.

⁹⁰ *Ibidem.*

nowiącej principle i wyrażonej w Konstytucji – M.P.], *to ma też moralne prawo do złamania każdego takiego przepisu, którego, ze względu na prawo obywatela do swobody wypowiedzi, rząd nie miał prawa wprowadzić. Prawo do nieposłuszeństwa przepisom prawa nie jest więc żadnym oddzielnym prawem dotyczącym kwestii sumienia, dodanym do innych praw względem rządu. Jest ono po prostu cechą tych praw [podmiotowych – M.P.] względem rządu (...)*⁹¹.

Abstract

Civil disobedience as a guarantee of subjective rights

The article provides an insight into the notion of civil disobedience and its constituents. The subject is presented with the significance of civil disobedience as a means of protecting the subjective rights in mind. In the context of opposing theoretical and legal paradigms: legal positivism and the natural law, an analysis of the legality of civil disobedience as a means for protection of rights stemming from these laws is conducted. Subsequently, having accounted for the views of Gustav Radbruch and Ronald Dworkin, a compromise view providing a solution to the paradox of protecting the legal system by its infringement in an act of civil disobedience, is outlined.

Źródła

Akty prawne

1. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483; z 2001 r., Nr 28, poz. 319; z 2006 r., Nr 200, poz. 1471 oraz z 2009 r., Nr 114, poz. 946).

Literatura

1. Arendt H., *O przemocy. Obywatelskie nieposłuszeństwo*, Warszawa 1999.
2. Berezowski M., *Śmierć senatora*, Warszawa 1976.
3. Ciepińska H., *Przedmowa*, [w:] H.D. Thoreau, *Obywatelskie nieposłuszeństwo*, Poznań 2006.
4. Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998.
5. Dworkin R., *On not Prosecuting Civil Disobedience*, [w:] *Taking Rights Seriously* (Harvard 1977).
6. *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, red. J. Zajadło, Warszawa 2009.
7. Ghandi M.K., *Powstrzymanie się od gwałtu*, [w:] *Antologia tekstów dotyczących praw człowieka*, red. J. Zajadło, Warszawa 2008.
8. Hart H.L.A., *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998.
9. Kaczmarczyk M.R., *Nieposłuszeństwo obywatelskie a pojęcie prawa*, Warszawa 2010.

⁹¹ R. Dworkin, *op. cit.*, s. 346–347.

10. King, Jr., M.L., *Why we can't wait?*, New York 1964.
11. Kochanowski J., Simmonds N., *Wstęp*, [w:] Raz J., *Autorytet prawa*, Warszawa 2000.
12. Kozłowski T., *Gustaw Radbruch jako twórca pozytywizmu aksjonormatywnego*, [w:] *Dobre prawo, złe prawo – w kręgu myśli Gustawa Radbrucha*, red. P. Mochnaczewski, A. Kociołek-Pęksa, Warszawa 2009.
13. Lang W., Wróblewski J., *Sprawiedliwość społeczna i niepostuszeństwo obywatelskie w doktrynie politycznej USA*, Warszawa 1984.
14. Morawski L., *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2006.
15. Opałek K., *Prawo podmiotowe. Studium z teorii prawa*, Warszawa 1957.
16. Parks R., Haskins J., *Rosa Parks: My Story*, Dial Books., New York 1992.
17. Radbruch G., *Pięć minut filozofii prawa*, [w:] *Antologia tekstów dotyczących praw człowieka*, red. J. Zajadło, Warszawa 2008.
18. Radbruch G., *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, [w:] *idem, Filozofia prawa*, Warszawa 2009.
19. Radwański Z., *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1996.
20. Rawls J., *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 2009.
21. Raz J., *Autorytet prawa*, Warszawa 2000.
22. Rousseau J.-J., *Du contrat social, ou principes du droit politique*, Elibron Classics series 2006, przedruk z oryginału (Strasbourg 1791).
23. Stelmach J., *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1995.
24. Stelmach J., Sarkowicz R., *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1998.
25. Szutta A., *Obywatelskie niepostuszeństwo. Próba określenia pojęcia*, Warszawa 2011.
26. Thoreau H.D., *Civil disobedience*, [w:] *Walden and other writings*, New York 1970.
27. Wierzbicki M., *Uprawienie do wyrażania sprzeciwu. Rozważania na temat obywatelskiego niepostuszeństwa*, [w:] „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, t. XIII.
28. Zajadło J., *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001.

Netografia

1. Brownlee K., *Civil disobedience*, „Stanford Encyclopedia of Philosophy”, <http://plato.stanford.edu/entries/civil-disobedience/> (data wejścia: 30.11.2012).
2. <http://www.encyclopediaofalabama.org/face/Article.jsp?id=h-1111> (data wejścia: 30.11.2012).
3. http://www.unic.un.org.pl/prawa_czlowieka/dok_powszechna_deklaracja.php (data wejścia: 30.11.2012).
4. Platon, *Kriton*, Polska Biblioteka Internetowa, http://www.pbi.edu.pl/book_reader.php?p=1894&s=1 (data wejścia: 30.11.2012).

Mateusz Kolaszyński
Uniwersytet Jagielloński

Rozwiązania instytucjonalno-prawne w zakresie cywilnej i demokratycznej kontroli i nadzoru nad Agencją Bezpieczeństwa Wewnętrznego*

Cywilna i demokratyczna kontrola nad służbami specjalnymi jest jednym ze standardów demokracji konstytucyjnej. Do władzy cywilnej bowiem, i tylko do niej, należy definiowanie roli oraz funkcji tych instytucji w państwie demokratycznym. Poddanie Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (dalej: ABW) cywilnej i demokratycznej kontroli oznacza, że staje się ona instrumentem państwa. Implikuje to rozciągnięcie pełnej władzy nad instytucją, która zajmuje w Polsce dominujące miejsce w zakresie ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa i jego porządku konstytucyjnego. Do tego celu jest ona wyposażona w szerokie uprawnienia – porównywalne z uprawnieniami przyznanymi Policji, co dodatkowo uzasadnia konieczność roztoczenia nad nią skutecznego systemu kontroli.

Celem niniejszego artykułu jest omówienie rozwiązań formalno-prawnych w zakresie cywilnej i demokratycznej kontroli nad ABW. Autor przyjął podział omawianej problematyki zaproponowany przez Andrzeja Żebrowskiego¹, który wyróżnia kontrolę polityczną – w ramach której osadza głównie władzę ustawodawczą, kontrolę i nadzór administracyjny – będący domeną władzy wykonawczej oraz kontrolę prawną – sprawowaną przez judykaturę wraz z organami kontroli państwowej i kontroli prawa. Takie usystematyzowanie problematyki pozwala nie tylko na określenie miejsca ABW w ramach konstytucyjnej zasady

* Artykuł powstał na podstawie II rozdziału niepublikowanej pracy magisterskiej *Miejsce i rola Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego w porządku konstytucyjnym Rzeczypospolitej Polskiej* napisanej w Katedrze Konstytucjonalizmu i Ustrojów Państwowych UJ pod kierunkiem prof. dr. hab. Andrzeja Zięby.

¹ Zob. A. Żebrowski, *Ewolucja polskich służb specjalnych. Wybrane obszary walki informacyjnej*, Kraków 2005, s. 196–222.

podziału i równowagi władzy, ale również umożliwia wskazanie na rolę, jaką odgrywają w omawianej dziedzinie – prokuratura z Prokuratorem Generalnym na czele, Najwyższa Izba Kontroli (dalej: NIK) oraz Rzecznik Praw Obywatelskich.

Istotne dla omawianej problematyki jest wskazanie różnic pomiędzy pojęciem „kontroli” i „nadzoru”. Otóż nadzór jest pojęciem szerszym, które obejmuje oprócz samego kontrolowania danej instytucji, także uprawnienia władcze zawierające prawo wydawania zarządzeń i poleceń mających na celu usunięcie stwierdzonych uchybień i braków. Podmiot nadzorujący może w każdym stadium i w każdym czasie poprawić, zmienić lub nawet uchylić decyzję podwładnego². W stosunku do szefa ABW organem nadzorującym jest Prezes Rady Ministrów.

W artykule skupiono się na środkach kontrolnych, które wprost dotyczą ABW. Poza tym, istnieje jeszcze całe spektrum powiązań w ramach zasady podziału władzy, tworzących system wzajemnej kontroli między poszczególnymi władzami. Wpływają one niewątpliwie na działalność ABW³.

1.

Kontrola parlamentarna (polityczna) nad ABW i innymi służbami specjalnymi ma swoje szczególne właściwości związane z ich statusem oraz rodzajem wykonywanej przez nie działalności. W przypadku tych organów „tradycyjne” środki kontroli parlamentarnej, takie jak np. interpelacja, zapytanie poselskie, pytanie w sprawach bieżących, itd. podlegają istotnym ograniczeniom. Konsekwencją tego, kontrola władzy ustawodawczej nad służbami specjalnymi tworzy problem jakościowo odmienny na tle podobnych działań wykonywanych wobec pozostałych elementów egzekutywy⁴.

Do najważniejszych komplikacji związanych z kontrolą parlamentarną nad służbami specjalnymi Piotr Czarny zalicza cztery przesłanki⁵. Pierwszą z nich są tajne metody ich pracy, wykluczające w praktyce możliwość sprawowania kontroli przez ogół parlamentarzystów nad znaczącym obszarem funkcjonowania służb specjalnych. Kolejna okoliczność wynika z bardzo ścisłego związku, jaki łączy służby specjalne z centralnym ośrodkiem władzy politycznej. Skutkuje to

² R. Lewicka, *Kontrola prawotwórstwa administracji o charakterze powszechnie obowiązującym*, Warszawa 2008, s. 19.

³ Z uwagi na rozmiary niniejszego tekstu, nie zostaną one jednak przedstawione.

⁴ Zob. P. Czarny, *Sejmowa Komisja do Spraw Służb Specjalnych na tle ogólnych dylematów parlamentarnej kontroli tych służb*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 3, s. 95; P. Radziewicz, *Uprawnienia, środki, działania oraz prawne podstawy funkcjonowania Sejmowej Komisji do Spraw Służb Specjalnych*, „Przegląd Legislacyjny” 2006, nr 2, s. 19–20.

⁵ Zob. P. Czarny, *op. cit.*, s. 95–97.

tym, iż uzyskanie jakiegokolwiek – nawet pośredniego – wpływu na ich działalność jest uznawane przez ekipę rządzącą za udział w sprawowaniu władzy. Pojawia się zatem silna tendencja, aby wyłączać parlament i opozycję parlamentarną od jakiegokolwiek wpływu na służby specjalne⁶. Po trzecie, służby specjalne pełnią w państwie funkcje kontrolne. Nie ulega wątpliwości, że instytucje o uprawnieniach kontrolnych, zwłaszcza bardzo szerokich pod względem podmiotowym i „głębokich” pod względem możliwej ingerencji w życie jednostki, trudniej niż inne poddać kontroli. Po czwarte, na przeszkodzie skutecznej kontroli parlamentarnej staje zjawisko, które można określić jako „autonomizacja” lub „usamodzielnienie się” służb specjalnych.⁷ W przypadku kontroli parlamentarnej następuje związana z tym trudność z wyegzekwowaniem odpowiedzialności od szefów służb specjalnych, wobec których Sejm nie może stosować sankcji w postaci wotum nieufności lub wniosku o jego udzielenie.

W związku ze wskazanymi ograniczeniami tradycyjnej kontroli parlamentarnej, w literaturze przedmiotu panuje pogląd, że podstawowym organem spełniającym tę funkcję w ramach władzy ustawodawczej jest Sejmowa Komisja do Spraw Służb Specjalnych (dalej SKSS). Natomiast posłowie – członkowie tej Komisji – mają w tym zakresie szczególne przywileje prawne w stosunku do innych posłów, wynikające z samego faktu zasiadania w tym gremium.

Na zakończenie tych ogólnych rozważań można dodać, że kontrola parlamentarna nad służbami specjalnymi jest, patrząc z perspektywy dziejów parlamentarizmu, zjawiskiem stosunkowo młodym. Jej początek przypada na przełom lat siedemdziesiątych i osiemdziesiątych ubiegłego wieku, co znajduje odzwierciedlenie w wydanych wtedy pierwszych aktach prawnych, regulujących tę kwestię. Trend ten został zainicjowany przez ustawy wydane w 1977 r. we Włoszech i Republice Federalnej Niemiec⁸. Następnie, w 1989 r. po uchwaleniu *The Security Service Act*, uregulowana została kontrola nad brytyjską służbą kontrwywiadowczą (*The Security Service*, MI 5). W tym samym roku również parlament Kanady przyjął ustawę, na podstawie której powołano w Izbie Gmin Komitet ds. Prawa i Prokuratora Generalnego. W kolejnych latach tendencja ta występowała także w innych demokracjach zachodnich, w związku z czym obecnie najczęściej stosowanym rozwiązaniem w tych krajach jest poddanie służb specjalnych kontroli parlamentarnej, przeprowadzanej przez odpowiednią komisję⁹.

⁶ *Ibidem*, s. 96.

⁷ Zob. S. Zalewski, *Służby specjalne w państwie demokratycznym*, Warszawa 2005, s. 108.

⁸ Zob. P. Czarny, *Parlamentarna kontrola działalności służb specjalnych w Niemczech*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 6, s. 31–33.

⁹ Zob. S. Sagan, *Sejmowa Komisja do Spraw Służb Specjalnych*, [w:] *Administracja publiczna u progu XXI wieku (prace dedykowane prof. dr. hab. J. Szreniawskiemu)*, red. Z. Niewiadomski, Przemysł 2000, s. 474–475.

W Polsce, począwszy od 1995 r. również zastosowano podobny model kontroli parlamentarnej. Warto przyjrzeć się bliżej rozwiązaniom prawnym regulującym działalność SKSS, poruszając kwestię składu, zakresu zadań oraz organizacji tego organu; a następnie przedstawić istniejące w literaturze wątpliwości związane z jej charakterem prawnym.

Najważniejsze założenia co do zakresu i form kontroli parlamentarnej wynikają z tekstu Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.¹⁰ (dalej: Konstytucja RP). Funkcja kontrolna parlamentu wobec władzy wykonawczej została określona w art. 95 ust. 2¹¹. Podstawę prawną do omawianej problematyki stanowi także ustawa z dnia 9 maja 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora¹². W przypadku kontroli parlamentarnej sprawowanej nad ABW należy również wskazać na ustawę z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (dalej: ustawa o ABW)¹³.

Kwestie dotyczące działalności SKSS określone są w Regulaminie Sejmu¹⁴, w szczególności w rozdziale 12, dziale II, który poświęcony jest wyłącznie tej Komisji. Nie jest to jedyna podstawa prawna jej działań. Już po powstaniu SKSS, jej istnienie zostało usankcjonowane w ustawach zwykłych.¹⁵ Tego rodzaju regulacje powodują, że status prawny SKSS jest o wiele bardziej złożony niż innych komisji sejmowych, zwłaszcza tych, które nie mają rozbudowanego ustawowego zakotwiczenia¹⁶.

Jedną z podstawowych kwestii określonych w Regulaminie Sejmu jest sposób wyłaniania składu SKSS, który ma zupełnie inne znaczenie niż w przypadku pozostałych komisji sejmowych. Przyczyną tego są przede wszystkim realizowane przez nią zadania, których cała Izba, jak to już zostało wspomniane, z przyczyn formalnych nie może wykonywać. Byłoby to nieracjonalne

¹⁰ Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483.

¹¹ W odniesieniu do tej problematyki Trybunał Konstytucyjny zajął stanowisko w uzasadnieniu do orzeczenia z dnia 14 kwietnia 1999 r., widząc kontrolę parlamentarną jako prawo legislatywy do uzyskania informacji o działalności określonych organów i instytucji publicznych oraz prawo wyrażania opinii o tej działalności, zob. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 kwietnia 1999 r., Sygn. akt K 8/99.

¹² Dz. U. z 2003 r., Nr 221, poz. 2199 ze zm.

¹³ Dz. U. z 2002 r., Nr 74, poz. 676 ze zm.

¹⁴ Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 lipca 1992 r. (M.P. z 2009 r., Nr 5, poz. 47 ze zm.).

¹⁵ Chodzi o Ustawę o ABW, Ustawę z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz. U. z 2006 r., Nr 104, poz. 709 ze zm.), Ustawę z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. z 2006 r., Nr 104, poz. 708 ze zm.) oraz Ustawę z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisja Ścigania Zbrodni Przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz. U. z 1998 r., Nr 155, poz. 1016 ze zm.).

¹⁶ P. Czarny, *Sejmowa...*, s. 99.

z uwagi na brak stosownej wiedzy oraz faktyczny brak możliwości jej uzyskania przez ogół posłów. W tym znaczeniu skład tej Komisji decyduje o tym, że działa ona w sensie politycznym jako organ reprezentujący cały Sejm. SKSS zastępuje w istocie Izbę, która nie może zmienić lub skorygować jej stanowiska, co w przypadku innych komisji jest regułą¹⁷.

Problem składu SKSS rodzi trzy istotne zagadnienia. Po pierwsze, chodzi o liczebność Komisji, która radykalnie różni się od wielkości innych komisji stałych. Po drugie, rzecz dotyczy reprezentatywności, co łączy się z problemem zgłaszania i sposobu wyboru kandydatów. Po trzecie, istotne jest zagadnienie osobistych predyspozycji posłów do zasiadania w Komisji¹⁸.

W związku z pierwszą kwestią, Regulamin Sejmu ustanawia górną granicę liczebności SKSS na 9 członków (art. 137 ust. 1). Do Sejmu należy natomiast ustalenie, na wniosek Prezydium Sejmu, konkretnej liczby posłów mających zasiadać w Komisji (art. 137 ust. 2). Praktyka parlamentarna pokazuje, że jej liczebność w kolejnych kadencjach ulegała ciągłym zmianom¹⁹. Elastyczność co do składu liczbowego SKSS ma w założeniu ułatwić jej dostosowanie do partyjno-frakcyjnej struktury Izby, bez konieczności dokonywania zmian w Regulaminie²⁰.

Prawo zgłaszania kandydatów do SKSS przysługuje przewodniczącym klubów poselskich oraz grupom co najmniej 35 posłów (art. 137 ust. 3). System ten faworyzuje wyraźnie małe, tj. liczące do 35 posłów kluby parlamentarne. Zgodnie z Regulaminem Sejm dokonuje wyboru składu osobowego Komisji na wniosek Prezydium Sejmu w głosowaniu łącznym (art. 137 ust. 4). Uprawnia to w praktyce Prezydium Sejmu do dokonania pewnej „wstępnej selekcji” kandydatów. Uzgodnienia dotyczące składu osobowego SKSS zapadają w ramach porozumień politycznych, aczkolwiek pozostają autonomiczną decyzją poszczególnych klubów²¹.

Trudnym z ustrojowego punktu widzenia jest zagadnienie osobistych predyspozycji posłów do zasiadania w Komisji. Z formalno-prawnego punktu widzenia dobór składu SKSS nie odbiega od wyboru członków innych komisji sejmowych, co oznacza, że kwestia ta poddana została ogólnym prze-

¹⁷ *Ibidem*, s. 100.

¹⁸ *Ibidem*, s. 100–102.

¹⁹ W drugiej kadencji Sejmu, w trakcie której Komisja powstała, liczyła ona 7 członków. W latach 1997–2001 liczba ta spadła do 5, co wyjątkowo utrzymało się w początkach IV kadencji (2001–2005). Jednak już w styczniu 2002 r. liczbę tę podniesiono do 9. Tak było również w latach 2005–2007. Na koniec VI kadencji (2007–2011) liczebność komisji wynosiła 7, natomiast w obecnej – VII, w skład tego organu wchodzi ponownie maksymalna liczba 9 posłów.

²⁰ P. Czarny, *Sejmowa...*, s. 100–101.

²¹ A. Mróz, H. Pajdała, *Komisja do Spraw Służb Specjalnych – uwagi na tle dotychczasowego funkcjonowania*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 5, s. 84.

pisom Regulaminu Sejmu²². W przypadku jej członków ważny jest problem uprawnień do uzyskania dostępu do informacji niejawnych. Skład komisji wybiera Sejm, ale w praktyce mamy tutaj do czynienia z sytuacją niemożności wykonywania funkcji kontrolnej przez posłów, którzy nie posiadają tzw. poświadczenia bezpieczeństwa. Postępowanie sprawdzające w tej sprawie wobec parlamentarzystów prowadzi ABW, w związku z czym mamy tutaj do czynienia z pewną szczególną sytuacją w której posłowie sprawdzani są przez instytucję, którą następnie sami mają oceniać i kontrolować. Przez odmowę wydania „poświadczenia bezpieczeństwa”, ABW może w praktyce uniemożliwić posłowi wykonywanie zadań zleconych mu przez Sejm, a Izba musi to przyjąć do wiadomości.²³ Skutkiem tej zależności, do prac w tej Komisji delegowani są najczęściej parlamentarzyści, którzy już posiadali to poświadczenie.

Zakres przedmiotowy działania SKSS określony został w załączniku do Regulaminu Sejmu²⁴. Zgodnie z tym aktem prawnym, do kompetencji komisji należą sprawy zawarte w dwóch obszarach²⁵. Pierwszy z nich można określić jako opiniodawczo-doradczy. W ramach działań w tej sferze Komisja opiniuje kierunki pracy służb specjalnych na podstawie informacji przedstawianych przez szefów tych służb. Ponadto do jej zadań należy wyrażanie opinii w sprawie powołania poszczególnych osób na stanowiska szefów i zastępców tych instytucji. Dodatkowo Komisji przysługuje prawo do opiniowania projektu budżetu w zakresie dotyczącym służb oraz sprawozdania z jego wykonania²⁶. Ocenia ona także współdziałanie służb specjalnych tak w obrębie ich samych, jak i z innymi instytucjami i organami państwowymi oraz z organami ścigania.

Do właściwości SKSS w ramach drugiego obszaru, określanego jako legislacyjny, należą zadania związane z udziałem w rozpatrywaniu projektów ustaw i rozporządzeń dotyczących służb specjalnych. Dodatkowo ocenia ona akty normatywne o charakterze ogólnym w sprawach dotyczących działalności tych organów.

²² S. Sagan, *op. cit.*, s. 477.

²³ P. Czarny, *Sejmowa...*, s. 102.

²⁴ Należy pamiętać, że zakres przedmiotowy działania SKSS rozszerzają wspomniane wcześniej ustawy.

²⁵ Zob. R. Mojak, *Parlament a rząd w ustroju Trzeciej Rzeczypospolitej Polskiej*, Lublin 2007, s. 474–475; A. Mróz, H. Pajdała, *op. cit.*, s. 80–81. W literaturze wymienia się czasem trzy obszary: kontrolny, kreacyjny i ustawodawczy, zob. P. Radziejewicz, *op. cit.*, s. 21.

²⁶ Szczególnie istotne jest tu badanie tzw. funduszy operacyjnych służb specjalnych. Zadanie to SKSS wykonuje w oparciu o dane, które są niedostępne dla całego Sejmu. A. Mróz i H. Pajdała zauważają, że SKSS wydała do 2003 w tej sprawie wyłącznie pozytywne opinie, niejednokrotnie wnioskując o zwiększenie nakładów finansowych na służby. Zob. A. Mróz, H. Pajdała, *op. cit.*, s. 82.

Z powyżej zaprezentowanego katalogu zadań wynika, że SKSS charakteryzuje szeroki zakres tematyczny prac. Podkreślenia wymaga fakt częstszego wykonywania przez Komisję zadań kontrolno-opiniotwórczych niż legislacyjnych. Znamienne wydaje się, że SKSS była wielokrotnie pomijana w procesie tworzenia prawa dotyczącego służb specjalnych. Główna przyczyna takiego stanu rzeczy tkwi w małej liczebności tej Komisji²⁷.

Kluczowy dla działania SKSS nie jest jednak zakres przedmiotowy jej działalności, a uprawnienia do domagania się informacji od członków rządu, szefów służb i innych organów władzy publicznej²⁸. Główny problem stanowi zatem relacja „obowiązków informacyjnych” do ustawowych przepisów dotyczących udzielania informacji niejawnych oraz zakazów udzielania informacji, wynikających z ustaw szczególnych. Zasadnicze znaczenie ma w tym zakresie art. 39 ustawy o ABW. Regulacja ta stanowi, że znaczna część istotnych informacji o działalności ABW nie może być udzielana SKSS, a w pozostałym zakresie zależy to od uznaniowej decyzji Szefa ABW. W praktyce prowadzi to do braku efektywnej kontroli, nie tylko ze strony tej Komisji, ale również innych organów kontrolnych, np. NIK, co zostanie omówione z dalszej części artykułu²⁹.

W ramach kompetencji SKSS mieści się również zawarte w ustawie o ABW prawo jej Przewodniczącego do uczestniczenia w posiedzeniach Kolegium do Spraw Służb Specjalnych (dalej: KSS) przy Radzie Ministrów (art. 12). Jest on jedynie uczestnikiem posiedzeń tego gremium, a nie jego członkiem. Udział Przewodniczącego SKSS zapewnia dodatkową kontrolę Sejmu nad działalnością samego Kolegium i możliwość uzyskania przez członków Komisji dostępu do informacji prezentowanych na jego posiedzeniach³⁰.

Ze względu na specyficzny zakres przedmiotowy swojej działalności oraz stosunkowo niewielki skład osobowy, SKSS poważnie odróżnia się od innych stałych komisji sejmowych pod względem organizacji i trybu pracy. Kwestie te zostały unormowane w Regulaminie Sejmu. Pracami SKSS – podobnie jak w przypadku innych komisji – kieruje Prezydium, które tworzą Przewodniczący Komisji i co najwyżej dwóch jego zastępców (art. 138 ust. 1). Ograniczenie liczby zastępców związane jest oczywiście z zaledwie kilkusobowym składem Komisji. Zasadniczą odrębnością w porównaniu z innymi komisjami jest rotacja na stanowisku Przewodniczącego Komisji. Zgodnie z Regulaminem Sejmu osoby sprawujące tę funkcję zmieniają się bowiem co pół roku (art. 138 ust. 1a). Cel tej praktyki jest jasny, zapewnia ona możli-

²⁷ *Ibidem*, s. 81.

²⁸ P. Czarny, *Sejmowa...*, s. 104.

²⁹ *Ibidem*, s. 105.

³⁰ *Ibidem*.

wość kierowania Komisją również przedstawicielom opozycji parlamentarnej. Regulamin Sejmu decyduje o tym, że Komisja podejmuje wszelkie uchwały bezwzględna, a nie – jak inne komisje – zwykłą większością głosów (art. 138 ust. 2). Przy takiej regulacji nie stanowi problemu sytuacja równości głosów „za” i „przeciw”, co byłoby możliwe przy małej liczebności Komisji.

Do zwołania posiedzeń SKSS stosuje się również ogólne przepisy Regulaminu. Natomiast to, co zdecydowanie odróżnia tę Komisję od pozostałych dotyczy niejawnego z mocy Regulaminu charakteru jej posiedzeń (art. 139 ust. 1). Inne osoby niż członkowie Komisji mogą brać udział w posiedzeniu tylko na zaproszenie Przewodniczącego lub – jeśli chodzi o ministrów i kierowników zainteresowanych służb i instytucji państwowych – na żądanie Prezydium (art. 139 ust. 3).

Drugą znaczącą okolicznością, która oddziałuje na tryb pracy SKSS jest to, że zakres jej działania dotyczy spraw stanowiących w znacznej części informacje niejawne. Konsekwencją tego jest wspomniany już szczególnie wymóg posiadania przez członków Komisji „poświadczenia bezpieczeństwa”. Poza tym istotne jest zapewnienie odpowiednich środków technicznych dotyczących miejsca obrad Komisji, sposobu przygotowania materiałów itd. Sam Regulamin Sejmu odnosi się natomiast wprost do problemów, które muszą być odmiennie uregulowane niż w innych komisjach. Zgodnie z nim, protokoły posiedzeń SKSS oraz sprawozdania w sprawach przekazanych Komisji przez Sejm, Marszałka Sejmu oraz sporządzone na zakończenie kadencji Sejmu podporządkowane zostały warunkom zachowania tajemnicy państwowej (art. 140 ust. 3).

Warto przedstawić występujące w literaturze poglądy na temat charakteru prawnego SKSS. Formalnie rzecz ujmując, jest ona jednym ze stałych kolegialnych organów Sejmu. W literaturze dodaje się do tego pewną doktrynalną kwalifikację, określając to gremium – podobnie jak inne komisje sejmowe – organem wewnętrznym i pomocniczym³¹. Pogląd ten podziela P. Czarny, wyśuwając jednak kilka wątpliwości co do ograniczenia roli Komisji wyłącznie do spraw wewnętrznych i pomocniczych³². Autor ten wskazuje, że trudno mówić o jedynie wewnętrznym charakterze Komisji, skoro ma ona – w odróżnieniu od większości komisji sejmowych – swoje własne ustawowe umocowanie, uprawnienia i obowiązki, które wykonuje samodzielnie. Problematyczne wydaje się także stwierdzenie o jedynie pomocniczym charakterze Komisji względem Sejmu. Przykładowo, podejmowane przez nią uchwały w sprawie wyrażenia opinii co do kandydatów na szefów służb i ich zastępców, zgodnie z ustawami

³¹ A. Mróz, H. Pajdała, *op. cit.*, s. 78; P. Radzewicz, *op. cit.*, s. 20.

³² P. Czarny, *Sejmowa...*, 109–110.

mają charakter ostateczny. Sejm nie ma możliwości ich zmiany lub uchylecia, nie może też uchwalić własnego stanowiska w miejsce opinii Komisji. Sprawę komplikuje ponadto kwestia dostępu do informacji niejawnych, które nie mogą być w praktyce dostępne dla wszystkich posłów. Uniemożliwia to Sejmowi kontrolę nad merytoryczną działalnością tej Komisji. Mając powyższe na uwadze, P. Czarny postuluje, aby SKSS widzieć jako szczególny organ Sejmu, którego status organizacyjno-prawny wykracza poza cechy zwyczajnego organu wewnętrznego i pomocniczego Izby³³.

2.

O ile kontrola parlamentarna ogranicza się zasadniczo do opiniowania ważniejszych sfer aktywności służb specjalnych tj. kierunków i planów działania, polityki kadrowej, budżetu, to zadaniem władzy wykonawczej jest nadzór administracyjny nad tymi organami. Uprawnione organy egzekutywy nadzorują służby, planują, koordynują i kontrolują ich działalność. Ponadto są one wspierane przez organy opiniodawczo-doradcze rządu³⁴.

Większość organów działających w obszarze bezpieczeństwa państwa funkcjonuje w ramach określonych działów administracji rządowej. Na tym tle wyjątek stanowią pozaresortowe centralne organy administracji rządowej, wśród których znajduje się także Szef ABW³⁵. Charakterystyczna dla tej grupy organów jest bezpośrednia podległość premierowi oraz brak statusu członka Rady Ministrów. Zatem inaczej niż to się dzieje w przypadku organów resortowych, rolę ośrodka decyzyjnego i nadzorującego pracę Szefa ABW spełnia nie minister, lecz Prezes Rady Ministrów³⁶. Pewne, niewielkie uprawnienia z zakresu kontroli nad Szefem ABW przysługują także Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: Prezydent RP).

Uprawnienia kontrolne Prezydenta RP w stosunku do Szefa ABW wynikają z kompetencji, jakie Konstytucja RP powierzyła głowie państwa. Zgodnie z art. 126 stoi on, między innymi, na straży bezpieczeństwa państwa, czyli obszaru działania ABW. Jego szczegółowe kompetencje kontrolne wobec tej służby określa ustawa o ABW.

Do przedstawienia poszczególnych uprawnień kontrolnych głowy państwa wobec ABW pomocna wydaje się dokonana przez P. Sarneckiego kla-

³³ *Ibidem*, s. 109.

³⁴ S. Zalewski, *Służby...*, s. 130.

³⁵ Do tej grupy organów zalicza się również Szefa Agencji Wywiadu oraz Szefa Centralnego Biura Antykorupcyjnego.

³⁶ M. Bożek, *Charakter i pozycja prawna polskich służb specjalnych w strukturze aparatu państwa*, „Zeszyty Naukowe AON” 2005, nr 2, s. 150–152.

syfikacja kompetencji Prezydenta RP ze względu na kryterium merytoryczne³⁷. Składają się na nie uprawnienia w dwóch płaszczyznach, tj. działalności w charakterze najwyższego reprezentanta państwa oraz działalności w charakterze gwaranta ciągłości władzy.

W pierwszym ze wskazanych obszarów w ramach kompetencji reprezentacyjnych o charakterze wewnątrzpaństwowym Prezydent RP, zgodnie z ustawą o ABW, mianuje na wniosek Prezesa Rady Ministrów funkcjonariuszy ABW na pierwszy stopień w korpusie oficerów oraz na stopień generała brygady (art. 67 ust. 4). Decyduje on także o utracie lub pozbawieniu stopnia podporucznika i stopnia generała brygady (art. 75), a także o przywróceniu powyższych stopni (art. 76 ust. 2).

W ramach wspólnie wykonywanych działań z zakresu władzy wykonawczej, głowa państwa może delegować swojego przedstawiciela do udziału w posiedzeniach KSS (art. 12 ust. 4). Co więcej, w gronie tego ciała zasiada podporządkowany Prezydentowi RP Szef Biura Bezpieczeństwa Narodowego (art. 12 ust. 2). Przysługuje mu także prawo opiniowania powołania i odwołania Szefa ABW (art. 14 ust. 1).

Ustawa o ABW nakłada na Szefa ABW „obowiązki informacyjne” wobec Prezydenta RP. W myśl przyjętego w przepisach tej ustawy rozwiązania Szef ABW jest zobowiązany do niezwłocznego przekazania głowie państwa informacji mogących mieć istotne znaczenie dla bezpieczeństwa państwa, jego pozycji międzynarodowej i obronności (art. 18). Powyższa regulacja podkreśla znaczenie Prezydenta RP jako konstytucyjnego organu stojącego na straży bezpieczeństwa państwa³⁸.

Uprawnienia kontrolne Prezydenta RP wobec Szefa ABW są niewielkie. Jest on wprawdzie obok Prezesa Rady Ministrów tym organem państwa, na rzecz którego ABW realizuje funkcję informacyjną, jednak daleko tutaj od sformułowania twierdzenia o podległości Szefa ABW głowie państwa. Funkcjonowanie tego rodzaju rozwiązania byłoby nie do pogodzenia z obowiązującym ustawodawstwem³⁹. Konstytucja RP skoncentrowała bowiem funkcje Prezydenta RP wokół zadań ogólnej kontroli nad sferą bezpieczeństwa i ochrony porządku konstytucyjnego⁴⁰.

Odpowiedzialność za sferę ściśle wykonawczą i koordynację działań organów egzekutywy przypada Radzie Ministrów z Prezesem Rady Ministrów na czele⁴¹. Na taką rolę rządu wskazuje art. 146 Konstytucji RP. Z kolei

³⁷ P. Sarnecki, *Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej: komentarz do przepisów*, Kraków 2000, s. 52.

³⁸ M. Bożek, *Charakter...*, s. 150.

³⁹ *Ibidem*, s. 153.

⁴⁰ S. Zalewski, *Zadania...*, s. 303.

⁴¹ *Ibidem*.

o usytuowaniu ABW w tym obszarze przesądza ustawa o ABW, określająca Szefa ABW jako centralny organ administracji rządowej, bezpośrednio podporządkowany Prezesowi Rady Ministrów (art. 3 ust 1 i 2). Ustawa wymienia kompetencje kontrolne i nadzorcze premiera nad ABW. Bieżącą kontrolę nad ABW sprawuje zatem Prezes Rady Ministrów. Kontrola ta przebiega na dwóch płaszczyznach. Pierwsza to bezpośrednio podporządkowanie Szefa ABW premierowi, a druga – kontrola realizowana przez KSS⁴².

Pierwsza płaszczyzna daje szeroki zakres kompetencji kontrolnych i nadzorczych premierowi. Ustawa o ABW powierza szefowi rządu uprawnienia w czterech obszarach: nominacyjnym, związanym z bezpośrednim nadzorem, koordynacyjnym oraz organizacyjnym. W ramach uprawnień nominacyjnych, Prezes Rady Ministrów powołuje i odwołuje Szefa ABW po zasięgnięciu opinii Prezydenta RP, KSS oraz SKSS (art. 14 ust. 1). Udzielane opinie nie mają charakteru wiążącego, w związku z czym ostateczna decyzja w sprawie obsady stanowiska Szefa ABW należy do szefa rządu⁴³. Ponadto na wniosek Szefa ABW powołuje on i odwołuje jego zastępców po zasięgnięciu opinii SKSS (art. 14 ust. 2). Do uprawnień nominacyjnych można zaliczyć także prawo wnioskowania do Prezydenta RP o mianowanie na pierwszy stopień w korpusie oficerów oraz na stopień generała brygady. Na pozostałe stopnie w korpusie oficerów nominacje wydaje sam premier (art. 67 ust. 4), decydując także o utracie bądź przywróceniu tych stopni (art. 75 i art. 76).

Sygnalizowana wcześniej bezpośrednia podległość Szefa ABW Prezesowi Rady Ministrów oznacza przede wszystkim nadzór, jaki nad nim i kierowaną przez niego Agencją sprawuje premier⁴⁴. Zgodnie z art. 7 ustawy o ABW przybiera on postać trzech zasadniczych instrumentów⁴⁵: określania kierunków działania ABW, zatwierdzania planów rocznych oraz przyjmowania sprawozdania z działalności za rok poprzedni. Warto tu odwołać się do raportu NIK, w którym stwierdzono, że roczne plany działania i sprawozdania z działalności ABW sporządzono w obowiązującym terminie, z wyjątkiem sprawozdania za 2003 r., nadesłanego z ponad miesięcznym opóźnieniem⁴⁶.

Kolejne, uregulowane w art. 12 i 13 ustawy o ABW, uprawnienia Prezesa Rady Ministrów związane są z koordynacją działań w dziedzinie ochrony bezpieczeństwa i obronności państwa. W tym obszarze działań, szef rządu

⁴² A. Bródka, *Rola i znaczenie służb specjalnych RP w systemie bezpieczeństwa państwa*, [w:] *Zarządzanie kryzysowe w transporcie lądowym na Pomorzu*, red. B. Kuźniewski, Szczecin 2003, s. 44.

⁴³ M. Bożek, *Charakter...*, s. 156.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 157.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Zob. Najwyższa Izba Kontroli, *Informacja o wynikach kontroli organizacji służb specjalnych oraz nadzoru nad nimi*, Warszawa 2005, s. 19.

jest władny wydawać wiążące wytyczne oraz żądać informacji i opinii m.in. od Szefa ABW w odniesieniu do działalności kierowanej przez niego Agencji (art. 13 ust. 1). Premier w celu zapewnienia wymaganego współdziałania służb specjalnych, może żądać od szefów służb informacji związanych z planowaniem i wykonaniem powierzonych zadań (art. 13 ust. 6). Powyższe uprawnienia koordynacyjne mogą zostać przekazane ministrowi-koordynatorowi do spraw służb specjalnych, jeśli zostanie on powołany przez premiera (art. 13 ust. 2 i ust. 7). W gestii Prezesa Rady Ministrów pozostaje jednak wyrażanie ostatecznej zgody na podjęcie współpracy przez Szefa ABW z organami i służbami innych państw (art. 8 ust. 2).

Szef rządu ma także istotne uprawnienia w zakresie organizacji pracy ABW. Przede wszystkim nadaje on w drodze zarządzenia statut ABW, który określa jej organizację wewnętrzną (art. 20 ust. 1). W ocenie NIK, ABW została zorganizowana zgodnie z obowiązującymi uregulowaniami, w sposób umożliwiający realizację zadań ustawowych⁴⁷.

Ustawa o ABW nakłada na Szefa ABW – podobnie jak w stosunku do Prezydenta RP – „obowiązek informacyjny” wobec szefa rządu. W zakresie swojej właściwości przekazuje on niezwłocznie Prezesowi Rady Ministrów informacje mogące mieć istotne znaczenie dla bezpieczeństwa i międzynarodowej pozycji Rzeczypospolitej Polskiej (art. 18 ust 1). Do premiera należy także podjęcie decyzji, czy informacje dotyczące spraw objętych zakresem działania właściwego ministra powinny być jemu przekazane (art. 18 ust. 3).

Drugą płaszczyzną kontroli sprawowanej przez Prezesa Rady Ministrów jest – jak już wcześniej wspomniano – KSS. Skład i zadania Kolegium reguluje rozdział II ustawy o ABW. Szczegółowy tryb i zasady funkcjonowania określa Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 2 lipca 2002 r.⁴⁸ Gremium to działa przy Radzie Ministrów jako organ opiniodawczo-doradczy w sprawach programowania, nadzorowania i koordynowania działalności: ABW, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego i Centralnego Biura Antykorupcyjnego. Ponadto zakres podmiotowy jego prac jest rozszerzony o działania innych formacji mundurowych, jeśli podejmują one działania w celu zapewnienia bezpieczeństwa państwa⁴⁹.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 18.

⁴⁸ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 2 lipca 2002 r. w sprawie szczegółowego trybu i zasad funkcjonowania Kolegium do Spraw Służb Specjalnych oraz zakresu czynności sekretarza tego Kolegium (Dz. U. z 2002 r. Nr 103, poz. 929).

⁴⁹ Do tych formacji ustawa o ABW zalicza: Policję, Straż Graniczną, Żandarmerię Wojskową, Służbę Więzienną, Biuro Ochrony Rządu, Służbę Celną, urzędy skarbowe, izby skarbowe, organy kontroli skarbowej, organy informacji finansowej oraz służby rozpoznania Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (art. 11).

W skład Kolegium, co zostało uregulowane w art. 12 ust. 2 ustawy o ABW, wchodzi jako przewodniczący – Prezes Rady Ministrów oraz powoływany i odwoływany przez niego Sekretarz. W pracach tego organu uczestniczą ministrowie właściwi do spraw wewnętrznych, spraw zagranicznych, obrony narodowej, finansów publicznych oraz Szef Biura Bezpieczeństwa Narodowego. Grono to zasila także minister-członek Rady Ministrów właściwy do spraw koordynowania działalności służb specjalnych, jeżeli został wyznaczony przez Prezesa Rady Ministrów. Dobór składu jest zdeterminowany przedmiotowym zakresem prac tego gremium⁵⁰. Odpowiednim ministrom podporządkowane są bowiem organy działające w sektorze bezpieczeństwa państwa. Dodatkowo w pracach Kolegium zgodnie z ustawą o ABW uczestniczą szefowie służb specjalnych oraz przewodniczący SKSS. Nie posiadają oni jednak prawa głosu (art. 12 ust. 3). Ponadto – co zostało już wspomniane –swojego przedstawiciela do prac w Kolegium może delegować Prezydent RP (art. 12 ust. 4). W gestii premiera leży natomiast możliwość zapraszania do udziału w posiedzeniach przewodniczących właściwych w sprawach bezpieczeństwa komisji sejmowych, przedstawicieli organów państwowych oraz innych osób, których uczestnictwo jest niezbędne ze względu na tematykę obrad (art. 12 ust. 5).

KSS ma za zadanie synchronizować działania w systemie bezpieczeństwa państwa. Powierzenie tej funkcji organowi kolegialnemu ma w założeniu zwiększyć efektywność działań w stosunku do poprzedniego modelu koordynacji, kiedy zagadnienie to leżało w zakresie kompetencji ministra koordynatora⁵¹. Kolegium działa na dwóch płaszczyznach: pierwsza dotyczy koordynacji działań służb specjalnych, z kolei druga jest związana ze sferą ochrony informacji niejawnych⁵².

W ramach pierwszej do zadań Kolegium, zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy o ABW, należy formułowanie ocen oraz wyrażanie opinii w sprawach istotnych dla działalności ABW. W pierwszej kolejności chodzi tu o powoływanie i odwoływanie Szefa ABW. Następnie rozpatrywane są: kierunki i plany działania służb specjalnych, szczegółowe projekty budżetów (przed rozpatrzeniem ich przez Radę Ministrów), projekty aktów normatywnych i innych dokumentów rządowych dotyczących służb. Kolegium pełni ponadto funkcję organu opiniodawczo-doradczego, który pomaga Prezesowi Rady Ministrów w wykonywaniu uprawnień związanych z bezpośrednim nadzorem nad Szefem ABW i koordynacją działań służb specjalnych między sobą i w ramach funkcjonowania państwa w sektorze bezpieczeństwa.

⁵⁰ S. Hoc, *Sytuacja...*, s. 40.

⁵¹ S. Zalewski, *Służby...*, s. 124.

⁵² Drugi ze wskazanych obszarów jest związany z przejęciem przez KSS zadań, które do 2001 r. były wykonywane przez Komitet Ochrony Informacji Niejawnych, zob. *ibidem*, s. 125.

W ramach ochrony informacji niejawnych, zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy o ABW, KSS formułuje oceny i wyraża opinie w sprawach dotyczących zagrożeń o zasięgu ogólnokrajowym w zakresie ochrony informacji niejawnych, stanowiących tajemnicę państwową, a także sposobów zwalczania tych zagrożeń. Kolegium opiniuje także projekty aktów normatywnych i innych dokumentów rządowych dotyczących informacji niejawnych.

Zgodnie ze wspomnianym rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 2 lipca 2002 r., KSS rozpatruje sprawy należące do jego właściwości na posiedzeniach zwoływanych przez Przewodniczącego (§ 1.1.). Na posiedzenia, które mają charakter niejawnym (§ 3.1.), członkowie muszą stawić się osobiście, dotyczy to również szefów służb specjalnych oraz Przewodniczącego SKSS (§ 5.1.). Kolegium wyraża swoje stanowisko w formie ocen i opinii (§ 6.1.). Ustalenia stanowiska dokonuje się w drodze uzgodnienia. W razie braku porozumienia, Przewodniczący przeprowadza głosowanie, a o treści stanowiska decyduje większość głosów. W razie ich równej liczby rozstrzyga głos Przewodniczącego (§ 6.2.)⁵³.

Zawarte we wspomnianym rozporządzeniu unormowania dotyczące trybu pracy i zasady funkcjonowania nadają silną pozycję premierowi jako przewodniczącemu tego organu. Może on między innymi zwołać posiedzenie w innym terminie, niż został określony w planie pracy (§ 1.1). Poza tym ma prawo do wprowadzania do planu porządku obrad dodatkowych punktów (§ 3). W sprawach wymagających decyzji Rady Ministrów, przewodniczący przedstawia Radzie Ministrów oceny i opinie Kolegium (§ 6.4.). Prezes Rady Ministrów może również powoływać w ramach tego organu zespoły doraźne do zbadania konkretnej sprawy (§ 8.1.).

Na zakończenie rozważań na temat nadzoru władzy wykonawczej nad ABW warto odnieść się do rozwiązań występujących w innych krajach demokratycznych, które skłaniają do kilku wniosków.

Po pierwsze, regułą jest podporządkowanie służb specjalnych władzy wykonawczej⁵⁴. Podległość tych organów głowie państwa występuje w systemie prezydenckim Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej oraz systemie półprezydenckim Francji. W krajach o parlamentarno-gabinetowym systemie rządów służby specjalne podlegają szefowi rządu, bądź też odpowiednim ministrom.

Po drugie, cywilne służby kontrwywiadowcze – takie jak ABW – podlegają najczęściej ministrowi spraw wewnętrznych, rzadziej resortowi sprawiedliwości.

⁵³ Taka sytuacja miała miejsce w 2009 r., kiedy KSS rozpatrywała sprawę odwołania Szefa Centralnego Biura Antykorupcyjnego Mariusza Kamińskiego. W wyniku głosowania Kolegium opowiedziało się za jego odwołaniem stosunkiem głosów siedem do jednego.

⁵⁴ Zob. Z. Galicki, *Kontrola...*, s. 16–21.

Po trzecie, można zauważyć, że charakterystyczne jest tworzenie w odniesieniu do służb specjalnych różnego rodzaju międzyresortowych struktur koordynacyjno-zarządzających i kontrolno-nadzorujących na szczeblu centralnym⁵⁵. Tendencja ta, jak się wydaje, ma na celu ograniczenie nadmiernej niezależności służb specjalnych oraz eliminację ewentualnych nadużyć i naruszeń prawa w ich działalności⁵⁶.

3.

Kontrolę służb specjalnych sprawowaną przez organy władzy sądowniczej można rozpatrywać w kategoriach przestrzegania prawnie chronionych wolności i praw jednostki⁵⁷. Judykatura tym zasadniczo różni się od pozostałych władz, że jest ona, zgodnie z Konstytucją RP, powołana w zasadzie wyłącznie do oceny prawidłowości stanowienia i stosowania obowiązujących w państwie przepisów prawa (art. 87) oraz do podejmowania w tym zakresie prawnie wiążących rozstrzygnięć (art. 173 i n.)⁵⁸. Do organów władzy sądowniczej odpowiedzialnych za kontrolę nad ABW należy zaliczyć sądy powszechne, sądy administracyjne i Trybunał Konstytucyjny. Przy czym różny jest zakres przedmiotowy kontroli sprawowanej w ramach władzy sądowniczej.

Głównym przedmiotem kontroli sprawowanej przez sądy powszechne jest kontrola wykonywanych przez służby specjalne czynności operacyjno-rozpoznawczych.⁵⁹ Warto zwrócić uwagę, że tylko część z nich wymaga decyzji lub zgody sądu, w tym tzw. kontrola operacyjna⁶⁰. W przypadku ABW, sądowa kontrola w tej materii została uregulowana w ustawie o ABW. Zgodnie z przepisami tej ustawy, sąd zarządza stosowanie kontroli operacyjnej w sytuacji, gdy inne środki stosowane przez ABW okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne. Zarządzenie kontroli operacyjnej odbywa się w drodze postanowienia sądu na wniosek Szefa ABW złożony po uzyskaniu pisem-

⁵⁵ Zob. A. Bródka, *op. cit.*, s. 45–48.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 49.

⁵⁷ A. Żebrowski, *op. cit.*, s. 215; Konstytucja RP w art. 77 ust 2 wskazuje, że „ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych praw i wolności”.

⁵⁸ A. Wasilewski, *Władza sądownicza w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 7, s. 5.

⁵⁹ S. Zalewski, *Służby...*, s. 114.

⁶⁰ Zgodnie z art. 27 ust. 6 ustawy o ABW kontrola operacyjna polega na kontrolowaniu treści korespondencji, zawartości przesyłek i stosowaniu środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawnny informacji i dowodów oraz ich utrwalanie, a w szczególności treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych.

nej zgody Prokuratora Generalnego (art. 27 ust. 1). Właściwym sądem jest w omawianej procedurze Sąd Okręgowy w Warszawie (art. 27 ust. 2).

Sądowa kontrola nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi jest niezwykle istotna ze względu na ochronę praw i wolności jednostki. Umożliwia ona bowiem weryfikację działań ABW w tej sferze jej działalności, w której jednostka ma ograniczone pole działania. Niejawny charakter tych czynności powoduje bowiem, że osoba której prawa zostały naruszone, nie jest tego świadoma, stąd też często jedyną formą ochrony przed naruszeniem wolności jednostki okazuje się sąd. „Głęboka” ingerencja czynności operacyjno-rozpoznawczych w życie jednostki powoduje ponadto, że w państwie demokratycznym kontrolowanie służb specjalnych na tym polu jest konieczne⁶¹.

Kontrola władzy sądowniczej jest sprawowana także przez sądy administracyjne. Najczęściej jest to widoczne w sytuacji, kiedy Szef ABW podejmuje działania skutkujące wydaniem decyzji administracyjnych⁶². W tym zakresie można wskazać na przykłady z ustawy o ABW, takie jak stosowanie przepisów kodeksu pracy w zakresie określania warunków służby, kodeksu postępowania administracyjnego w zakresie nawiązywania i rozwiązywania stosunku służbowego, gospodarki mieszkaniowej i w wielu innych kwestiach. Decyzje administracyjne centralnego organu administracji rządowej, jakim jest Szef ABW, są zaskarżane w normalnym trybie przed Naczelnym Sądem Administracyjnym⁶³.

Kolejny istotny element sądowej kontroli nad ABW wynika z przepisów ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych⁶⁴, gwarantujących drogę skargową do sądu administracyjnego. Zgodnie z art. 38 tej ustawy skarga przysługuje w razie odmowy wydania przez ABW „poświadczenia bezpieczeństwa”, utrzymanego w mocy przez organ odwoławczy (Prezesa Rady Ministrów). Możliwość zastosowania tego środka odwoławczego została zagwarantowana w nieobowiązującej już ustawie z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji dzięki wyrokowi Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 maja 2000 r.⁶⁵ Postępowanie w tej sprawie przed sądem administracyjnym odbiega w pewnych kwestiach od standardowych rozwiązań. T. Szewc zauważa pięć modyfikacji procedury sądowno-administracyjnej występującej w tym wypadku⁶⁶. Po pierwsze, rozpoznanie skargi

⁶¹ A. Żebrowski, s. 216.

⁶² S. Zalewski, *Służby...*, s. 127.

⁶³ *Ibidem*, s. 128.

⁶⁴ Dz. U. z 2010 r., Nr 182, poz. 1228.

⁶⁵ Sygn. akt K 21/99.

⁶⁶ T. Szewc, *Ochrona informacji niejawnych: komentarz*, Warszawa 2007, s. 219–220.

następuje na posiedzeniu niejawnym, czego skutkiem jest ograniczenie dostępu do sali sądowej wyłącznie do osób wezwanych i zaniechanie sporządzania protokołu. Po drugie, sąd nie ma możliwości rozpoznania sprawy wyłącznie na podstawie odpisu skargi przesłanego przez osobę sprawdzaną, jeżeli organ odwoławczy nie przekazał jej wraz z aktami sprawy. Wspomniany autor ocenia to rozwiązanie negatywnie, ponieważ sąd administracyjny nie ma innej możliwości nadania biegu skardze, niż jednorazowe wymierzenie grzywny organowi, który zaniechał przekazania akt. Po trzecie, na posiedzeniu sądu strony nie zgłaszają żądań, nie składają wyjaśnień i nie mogą wskazywać podstaw prawnych i faktycznych swoich żądań i wniosków. Po czwarte, wyrok nie uzasadnia się, chyba że jest on korzystny dla strony. Rozwiązanie to było konieczne, ze względu na ochronę informacji niejawnych przed osobą nieupoważnioną, tj. skarżącym. Uwzględnienie skargi wymaga natomiast wyjaśnienia organowi prowadzącemu postępowanie sprawdzające błędy, jakie popełnił, w celu uniknięcia ich w przyszłości. Wreszcie po piąte, wyrok z uzasadnieniem otrzymuje wyłącznie organ odwoławczy. Zarówno osoba sprawdzana, jak i wnioskodawca postępowania sprawdzającego, otrzymują tylko odpis wyroku.

Należy zgodzić się z P. Szkudlarkiem, że pozbawienie obywatela prawa do sądu w razie uzyskania odmowy wydania „poświadczenia bezpieczeństwa” oznaczałoby, że ostateczna decyzja w tej sprawie nie zostałaby zweryfikowana przez niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Służby specjalne decydowałyby – na wyłączność – o tym, czy dany obywatel może mieć dostęp do informacji niejawnych i w konsekwencji, czy może m.in. obejmować ważne stanowiska państwowe. Jest to nie do pogodzenia z zasadami państwa demokratycznego⁶⁷.

Zadania kontrolne Trybunału Konstytucyjnego wobec ABW wykonywane są w związku z jedną z podstawowych funkcji tej instytucji, jaką jest dokonywanie kontroli zgodności prawa z Konstytucją RP (art. 188 pkt 1). W tym kontekście Trybunał określa również zgodność z ustawą zasadniczą przepisów regulujących funkcjonowanie ABW. Istotna jest również funkcja informacyjno-sygnalizacyjnej Trybunału, która polega na przedstawieniu Sejmowi oraz innym organom stanowiącym prawo uwag o stwierdzonych uchybieniach i lukach w prawie, których usunięcie jest niezbędne⁶⁸. Trybunał niejednokrotnie wypowiedział się w sprawie zgodności przepisów regulu-

⁶⁷ P. Szkudlarek, *Ustawa o ochronie informacji niejawnych a prawa obywateli*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 7, s. 66.

⁶⁸ Ponadto funkcja ta polega na obowiązku Trybunału wydawania zbioru orzeczeń, których upowszechnienie także stanowi ważny składnik w procesie ochrony Konstytucji i doskonalenia systemu prawnego. Zob. *Prawo Konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, red. S. Sagan, V. Serzhanov, Warszawa 2001, s. 81.

jących funkcjonowanie ABW z Konstytucją RP, często w znaczący sposób modyfikując przepisy regulujące jej działanie.

Do najważniejszych orzeczeń z tym związanych można zaliczyć wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 maja 2000 r., dotyczący omawianej wcześniej kwestii dostępu do sądowego środka odwoławczego od decyzji ABW w sprawie odmowy wydania „poświadczenia bezpieczeństwa”. Drugim istotnym orzeczeniem był Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 czerwca 2006 r.⁶⁹ W wyroku tym Trybunał zakwestionował art. 14 ust. 1 ustawy o ABW w zakresie, w jakim nadawał on rangę sekretarza stanu Szefom ABW i AW, uznając go za niezgodny z art. 103 ust. 1 Konstytucji RP. Orzeczenie to doprowadziło do zmiany w ustawie o ABW, pozbawiając Szefa ABW rangi sekretarza stanu i w związku z tym uniemożliwiając temu organowi zasiadanie w parlamencie.

Warto również wskazać na Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 maja 2012⁷⁰ zgodnie z którym art. 25 ust. 3 ustawy o ABW jest niezgodny z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP i starci moc obowiązującą 5 czerwca 2013 r. Zakwestionowany przez Trybunał przepis brzmi następująco:

Rada Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje środków przymusu bezpośredniego, o których mowa w ust. 1, oraz przypadki i sposób ich użycia, a także sposób dokumentowania przypadków ich zastosowania, uwzględniając ochronę interesów osób, wobec których środki te zostały zastosowane.

Istotną rolę w kontroli zewnętrznej nad niektórymi czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi odgrywa również prokuratura z Prokuratorem Generalnym na czele. W przypadku ABW kontrola prokuratorska została roztoczona nad kontrolą operacyjną, tzw. zakupem kontrolowanym i przesyłką niejawnie nadzorowaną. Pod względem formalnym kontrola ta została wzmocniona na skutek wspomnianej wcześniej nowelizacji z 2011 r. wprowadzającej m.in. artykuł 18 ust. 5 do ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze⁷¹, na mocy którego wydane zostało rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 czerwca 2011 r. w sprawie sposobu realizacji kompetencji prokuratora w zakresie nadzoru nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi⁷². Precyzuje ono, że nadzór prokuratora⁷³ realizowany jest w szczególności przez merytoryczną i efektywną kontrolę

⁶⁹ Sygn. akt P 30/05.

⁷⁰ Sygn. akt K 10/11.

⁷¹ Dz.U. Nr 31, poz. 138 ze zm.

⁷² Dz.U. Nr 121, poz. 692.

⁷³ Rozporządzenie posługuje się określeniem „nadzór prokuratora”. Z uwagi na to, że prokurator nie ma kompetencji do władczej ingerencji w prowadzoną działalność operacyjną, bardziej właściwie wydaje się posługiwanie terminem „kontrola prokuratorska”.

podstaw faktycznych wnioskowanych czynności oraz legalności i prawidłowości ich inicjowania i prowadzenia (§ 2) Zakres kontroli prokuratorskiej ujęto bardzo szeroko, obejmuje on: analizę i ocenę podstawy prawnej do zastosowania konkretnej czynności, zakres i sposób przeprowadzenia czynności, w tym dopuszczalność stosowania proponowanych środków technicznych. Prokurator bada również, czy omawiane formy są stosowane jedynie w ostateczności, zasadność okresu ich stosowania oraz terminowość wydania i wykonania zarządzenia o zniszczeniu materiałów oraz sposób dokumentacji czynności pod względem możliwości wykorzystania w procesie karnym (§ 3.1.). Tak zakrojona kontrola jest realizowana przez Prokuratora Generalnego albo prokuratora okręgowego. Mogą oni jednak wyznaczyć do przeprowadzenia tego zadania jednego z prokuratorów z podległej im jednostki (§ 3.2.).

Omawianie problematyki cywilnej kontroli nad ABW wymaga przedstawienia uprawnień w tym zakresie innych niż prokuratura organów ochrony i kontroli prawa. Organy te zostały określone w rozdziale IX Konstytucji RP. W przypadku ABW władne do jej kontrolowania są: Najwyższa Izba Kontroli oraz Rzecznik Praw Obywatelskich.

Zgodnie z Konstytucją RP, zakres działania NIK obejmuje kontrolę organów administracji rządowej, w tym także Szefa ABW (art. 203 ust. 1). Zgodnie z ustawą z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli⁷⁴ przedmiotowy zakres działania NIK obejmuje kontrolę wykonania budżetu państwa, ustaw i innych aktów prawnych w zakresie działalności finansowej, gospodarczej oraz finansowo-administracyjnej (art. 3).

Wykorzystując swoje uprawnienia, w okresie od 17 czerwca 2004 r. do 17 maja 2005 r., NIK przeprowadził kontrolę nad służbami specjalnymi, w tym także nad ABW. Jej celem było zbadanie i ocena organizacji i realizacji zadań służb specjalnych, m.in. ABW. Dodatkowo NIK zamierzał ocenić funkcjonowanie systemów kierowania służbami specjalnymi i nadzoru nad nimi oraz ustawowych środków odwoławczych.

Kontrola tego organu objęła następujące zagadnienia: podstawy prawne organizacji i funkcjonowania służb specjalnych, ustanowienie i wdrożenie wewnętrznych procedur działania oraz nadzór nad służbami specjalnymi i ich kontrolę. Nie udało się jednak skontrolować działań operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych przez ABW, w związku z odmową przekazania dokumentów w tym zakresie przez Szefa ABW. Powołał się on na wspomniany wcześniej art. 39 ustawy o ABW. NIK uznał odmowę wydania dokumentów przez Szefa ABW za działanie nielegalne⁷⁵.

⁷⁴ Dz. U. z 1995 r., Nr 13, poz. 59 ze zm.

⁷⁵ Zob. Najwyższa Izba Kontroli, *Informacja o wynikach kontroli...*, s. 20–22.

Kontrola została przeprowadzona z inicjatywy własnej NIK pod względem legalności, celowości i rzetelności. Ocena systemów kierowania ABW oraz nadzoru nad tą służbą sprawowanego przez Prezesa Rady Ministrów była negatywna.

Zgodnie z ustawą dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich⁷⁶ do przedmiotowego zakresu kompetencji tego organu należy także kontrola nad Szefem ABW (art. 13 ust. 1). Obejmuje ona wszelkie naruszenia praw i wolności obywateli we wszystkich sferach życia społecznego (art. 1 ust. 2).

W zakresie kontroli sprawowanej nad ABW, Rzecznik ma dość istotne uprawnienia w zakresie ochrony praw jednostki. W swoich wystąpieniach często podnosił on kwestie związane z ochroną prawa do prywatności, które mogło być naruszone w wyniku działań operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych przez służby specjalne⁷⁷.

W Polsce, w związku z demokratycznymi przemianami, jakie miały miejsce na przełomie lat 80. i 90. XX w., zaistniała potrzeba dokonania fundamentalnych zmian struktury i funkcjonowania służb specjalnych. Kluczowe miejsce w ramach tych reform zajmuje nadal kwestia cywilnej i demokratycznej kontroli. Obecnie w system nadzoru i kontroli nad służbami specjalnymi włączone są organy władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej oraz niektóre organy ochrony i kontroli prawa. Standardy wyznacza z jednej strony obecność w systemie prawnym norm regulujących uprawnienia właściwych organów wobec ABW, z drugiej – relacje pomiędzy kontrolującymi organami, na które składają się w dużej mierze, nieporuszane w tym artykule zagadnienia związane z praktyką polityczną.

Rozwiązania instytucjonalno-prawne w zakresie cywilnej i demokratycznej kontroli oraz nadzoru nadal nie są wystarczające w ramach żadnego z trzech segmentów władzy. Pierwszy z segmentów, zlokalizowany w obrębie władzy ustawodawczej koncentruje swoją uwagę na kontroli politycznej, której formą jest m.in. opiniowanie ważniejszych sfer aktywności ABW. Bariery parlamentarnej kontroli są charakterystyczne także dla innych demokracji konstytucyjnych. Przede wszystkim trudności sprawia zapewnienie tajemnicy państwowej na forum parlamentu. Jest to konieczne w przypadku kontroli działań służby, która z założenia wykonuje zadania tajne. W związku z tym, podstawowym organem spełniającym

⁷⁶ Dz. U. z 1987 r., Nr 21, poz. 123 ze zm.

⁷⁷ A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawno-dowodowe*, Lublin 2006, s. 306–307.

tę funkcję w większości państw demokratycznych jest wyspecjalizowana komisja. Kontrola sprawowana przez SKSS w Polsce jest jednak poważnie ograniczona ze względu na brak dostępu do większości tajnych informacji, w tym również tych związanych z prowadzonymi przez funkcjonariuszy ABW czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi. Jest to problem wtórny w stosunku do takich zagadnień, jak kwestia doboru członków tej Komisji; obecnie pod uwagę brane są jedynie kryteria polityczne. Przy dzisiejszym poziomie kultury politycznej co najmniej kontrowersyjny wydaje się pomysł umożliwienia szerszego dostępu do tajnych informacji członkom SKSS, bez zapewnienia wcześniejszych systemowych zmian dotyczących tej Komisji.

Nadzór administracyjny nad działaniami ABW sprawuje władza wykonawcza. Prezes Rady Ministrów wykonuje zadania dyrektywne – planistyczne, koordynacyjne, kontrolne. Klarowne podporządkowanie ABW określonemu naczelnemu organowi władzy publicznej jest oceniane jako korzystne. Kontrowersje budzi natomiast kwestia bezpośredniej podległości premierowi. Nie jest to przede wszystkim rozwiązanie często spotykane w innych krajach. Szef rządu nie posiada takiego merytorycznego zaplecza, które umożliwiłoby sprawną kontrolę nad służbami specjalnymi. Dlatego też wskazuje się, aby kontrolę nad ABW umiejscowić w obrębie Ministerstwa Spraw Wewnętrznych. Ułatwiłoby to koordynację jej działań z innymi służbami, w tym przede wszystkim z Policją i Strażą Graniczną. W większości krajów Unii Europejskiej za podobne służby odpowiedzialny jest minister, a nie szef rządu. W dobie budowania wspólnej polityki bezpieczeństwa, przekazanie nadzoru nad ABW Ministrowi Spraw Wewnętrznych ułatwiłoby konsultacje w tym obszarze w ramach integracji europejskiej. Nie bez znaczenia jest również większy wpływ Sejmu na działalność ministra, wobec którego możliwe jest zastosowanie indywidualnego wotum nieufności.

Istotą kontroli wykonywanej przez władzę sądowniczą jest badanie zgodności z prawem działań niejawnych, podejmowanych w sferze bezpieczeństwa państwa. Ma to szczególne znaczenie ze względu na ochronę przed ingerencją ze strony ABW w sferę konstytucyjnie gwarantowanych praw i wolności jednostki. W tym wypadku na czoło wysuwa się kontrola sprawowana przez sądy powszechne. Zastrzeżenia może budzić brak zaplecza organizacyjnego, merytorycznego i technicznego do wydawania zgody na zastosowanie kontroli operacyjnej. Co więcej, jakość kontroli sprawowanej przez sądy, ze swej istoty trudno poddaje się weryfikacji przez władzę ustawodawczą i wykonawczą.

Abstract
**Institutional and legal solutions in civilian and democratic control
and oversight over the Polish Internal Security Agency (ABW)**

The article presents the question of control and oversight over the largest Polish special force, Internal Security Agency (Polish acronym: ABW). The primacy of civilian authority over the military, and police and special forces is one of the standards of constitutional democracies. The principle of the division of power vests the legislative, executive, and judiciary with various control mechanisms towards the agency in question. Together, they provide a system whose assumption is to provide efficient civilian and democratic control over the ABW and other special forces. That is why the article presents a list of institutional and legal solutions pertaining to the control exercised by the legislative, executive, and judicial powers, and discusses them together with selected so-called organs of law protection and control.

Źródła

Akty prawne

1. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.
2. Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 lipca 1992 r., M. P. z 2009 r. Nr 5, poz. 47.
3. Ustawa z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich, Dz. U. z 1987 r. Nr 21, poz. 123 ze zm.
4. Ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 1995 r. Nr 13, poz. 59 ze zm.
5. Ustawa z dnia 9 maja 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora, Dz. U. z 2003 r. Nr 221, poz. 2199 ze zm.
6. Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, Dz. U. z 2002 r. Nr 74, poz. 676 ze zm.
7. Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, Dz. U. z 2006 r. Nr 104, poz. 708 ze zm.
8. Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, Dz. U. 2006 nr 104, poz. 709 ze zm.
9. Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, Dz. U. z 2010 r. Nr 182, poz. 1228 ze zm.
10. Załącznik do uchwały Sejmu RP z dnia 30 lipca 1992 r., Regulamin Sejmu RP, M. P. z 1992 r. Nr 23, poz. 271 ze zm.

Orzecznictwo

1. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 kwietnia 1999 r., Sygn. akt K 8/99.
2. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 maja 2000 r., Sygn. akt K 21/99
3. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 kwietnia 2004 r., Sygn. akt K 45/02.

4. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 czerwca 2006 r., Sygn. akt P 30/05.
5. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 maja 2012, Sygn. akt K 10/11.

Literatura

1. Bródka A., *Rola i znaczenie służb specjalnych RP w systemie bezpieczeństwa państwa*, [w:] *Zarządzanie kryzysowe w transporcie lądowym na Pomorzu*, red. B. Kuźniewski, Wyższa Szkoła Morska, Wydział Inżynieryjno-Ekonomiczny Transportu, Szczecin 2003.
2. Bożek M., *Charakter i pozycja prawna polskich służb specjalnych w strukturze aparatu państwa*, „Zeszyty Naukowe AON” 2005, nr 2.
3. Czarny P., *Parlamentarna kontrola działalności służb specjalnych w Niemczech*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 6.
4. Czarny P., *Sejmowa Komisja do Spraw Służb Specjalnych na tle ogólnych dylematów parlamentarnej kontroli tych służb*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 3.
5. Galicki Z., *Opinia prawna na temat ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu oraz zmianie niektórych ustaw*, „Ekspertyzy i opinie Biura Analiz Sejmu”, Warszawa, dnia 19 marca 2002,
6. Lewicka R., *Kontrola prawotwórstwa administracji o charakterze powszechnie obowiązującym*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2008.
7. Mojak R., *Parlament a rząd w ustroju Trzeciej Rzeczypospolitej Polskiej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2007.
8. Mróz A., Pajdała H., *Komisja do Spraw Służb Specjalnych – uwagi na tle dotychczasowego funkcjonowania*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 5.
9. Najwyższa Izba Kontroli, *Informacja o wynikach kontroli organizacji służb specjalnych oraz nadzoru nad nimi*, Departament Obrony Narodowej i Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Warszawa 2005.
10. *Prawo Konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, red. V. Serzhanov, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 2001.
11. Radziejewicz P., *Uprawnienia, środki, działania oraz prawne podstawy funkcjonowania Sejmowej Komisji do Spraw Służb Specjalnych*, „Przegląd Legislacyjny” 2006, nr 2.
12. Sagan S., *Sejmowa Komisja do Spraw Służb Specjalnych*, [w:] *Administracja publiczna u progu XXI wieku (prace dedykowane prof. dr. hab. J. Szreniawskiemu)*, red. Z. Niewiadomski, Wydawnictwo WSAiZ, Przemysł 2000.
13. Sarnecki P., *Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz do przepisów*, Zakamycze, Kraków 2000.
14. Szewc T., *Ochrona informacji niejawnych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2007.
15. Szkudlarek T., *Ustawa o ochronie informacji niejawnych a prawa obywateli*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 7.
16. Taracha A., *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2006.
17. Wasilewski A., *Władza sądownicza w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 7.

18. Widacki J., *System bezpieczeństwa wewnętrznego – ewolucja struktur i funkcji*, [w:] *Druga fala polskich reform*, red. L. Kolarska-Bobińska, Warszawa 1999.
19. Widacki J., *Prehistoria UOP*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” wydanie specjalne, 2010.
20. Zalewski S., *Stużby specjalne w państwie demokratycznym*, Akademia Obrony Narodowej, Warszawa 2005.
21. Żebrowski A., *Ewolucja polskich stużb specjalnych. Wybrane obszary walki informacyjnej. Wywiad i kontrwywiad w latach 1989–2003*, Oficyna Wydawnicza Abrys, Kraków 2005.

Netografia

1. URL: [http://orka.sejm.gov.pl/IEKSBAS.nsf/0/C12570A00047DA1EC12570DE00479AA9/\\$file/I447-02.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/IEKSBAS.nsf/0/C12570A00047DA1EC12570DE00479AA9/$file/I447-02.pdf) (data dostępu: 21.05.2010).

Anna Ibek

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Generalizacje w rozumowaniach dowodowych

Tematyka poruszana w artykule lokuje się w obszarze teorii śledztwa kryminalnego, obejmującym zagadnienia związane ze stosowanymi w jego toku wnioskowaniami o charakterze dowodowym oraz generalizacjami, bez których te pierwsze stałyby się niemożliwe do przeprowadzenia.

Dystynkcji pomiędzy ustalaniem faktów na użytek procedury karnej (np. przesłuchanie świadka), a działaniem prawa dowodowego (które rozstrzygnie np. o dopuszczalności owego przesłuchania), czyli dystynkcji pomiędzy podejściem deskryptywnym i normatywnym dokonał na początku XX w. (ściślej: w roku 1931) amerykański prawnik John H. Wigmore (1863–1943). Wskazał on mianowicie na istnienie zbioru racjonalnych zasad rozumowania, stosowanych na użytek prawa, ale od regulacji prawnych niezależnych. Wychodząc z tego założenia J.H. Wigmore stworzył złożony system analizy materiału dowodowego, zwany jako metoda argumentacyjnych wykresów Wigmore'a, lub po prostu wykresów Wigmore'a, na wiele lat wyznaczając swoisty standard w tej dziedzinie.

Dorobek J.H. Wigmore'a jest w Polsce zasadniczo nieznaną – takie spostrzeżenie nasuwa się po przejrzeniu podręczników do procedury karnej z ostatnich kilkudziesięciu lat. Wypada nawet stwierdzić wprost, że recepcja dorobku J.H. Wigmore'a w Polsce nie dokonała się w ogóle. W rezultacie prawnicy anglosascy przez dziesięciolecia uczyli się od Wigmore'a precyzji, dokładności i poprawności rozumowań, stwarzając naturalną kolejną rzecz podstawy nowych teorii.

Celem artykułu jest próba przybliżenia i analizy aparatury pojęciowej oraz teoretycznych struktur koncepcyjnych we wspomnianych trzech modelach śledztwa w kontekście wykorzystywanych w tych podejściach generalizacjach, zarówno o charakterze dowodowym, jak i przyczynowym.

Aby zrozumieć, na czym polega proces generalizacji w rozumowaniach dowodowych, należy najpierw je zdefiniować, po czym dokonać ich klasyfi-

kacji oraz podać kilka egzemplifikacji dla ułatwienia zrozumienia tego zagadnienia, a później pokazać sposób ich wykorzystywania w nurtach rozumowań o dowodach.

Przyjmuje się zatem pewne fakty za udowodnione, bez przeprowadzenia postępowania dowodowego. Warunkiem koniecznym do poczynienia takich założeń, jest znajomość pewnych zdarzeń przez nieograniczoną liczbę osób w środowisku i miejscu, w którym toczy się proces. Należy zaznaczyć, że notoryjność nie oznacza niepodważalności. Konsekwencją tej uwagi jest właśnie podważalność, dopuszczalność wyjątków w postaci dowodu przeciwnego, ponieważ wiedza ogólna skorelowana jest z konkretnym społeczeństwem, umiejscowionym w danej relacji czasoprzestrzennej, która podlega ustawicznym zmianom¹.

Według definicji zaproponowanej przez T. Andersona, generalizacje to ogólne twierdzenia, dotyczące sposobu postrzegania mechanizmów otaczającego nas świata, ludzkich zachowań i intencji, środowiska i interakcji między środowiskiem a jednostkami². Mogą być oparte na empirycznych badaniach, ale mogą także wynikać z codziennego doświadczenia czy ogólnej zdroworozsądkowej wiedzy. Przykłady: gwałtowne uderzenie młotkiem w głowę może powodować pęknięcie czaszki, świadek składający zeznanie pod przysięgą zazwyczaj mówi prawdę, ludzie w normalnych okolicznościach nie kłamią. Generalizacje nigdy nie są uniwersalną prawdą i dlatego często występują od nich wyjątki. Dla przykładu: świadek składający zeznanie pod przysięgą nie zawsze mówi prawdę, może kłamać albo nie pamiętać pewnych zdarzeń, uderzenie plastikowym młotkiem zabawką nie musi powodować pęknięcia czaszki. Ponieważ generalizacjom nie można przypisać cechy „pewności”, kwalifikowane są one przy użyciu współczynnika modalnego, np. zwykle, często, zazwyczaj, czasami³. Skonstruowanie uogólnienia, w którym mamy współczynnik modalny pozwala na jego weryfikację i ewentualną krytykę zastosowania go do konkretnej sytuacji, bo jak podaje F. Bex, równie ważnym zabiegiem jak formułowanie generalizacji jest jej skrupulatna analiza⁴.

Uogólnienia mogą przybrać formę zdania oznajmującego, ale także postać zdania warunkowego tj.: jeśli x, wtedy y. Przykład: jeśli czaszka zostanie uderzona obuchem stalowego młotka z dostatecznie dużą energią, to uderzenie takie może spowodować pęknięcie czaszki; jeśli osoba A jest świadkiem

¹ W. Twining, *Argumentation, stories and generalizations: a comment*, „Law, Probability and Risk” 2007, Vol. 6, No. 1–4, s. 173.

² T. Anderson, D. Schum, W. Twining, *Analysis of Evidence*, New York 2005, s. 262–288.

³ D. Schum, *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, Illinois 1994, s. 81–82.

⁴ F. Bex, *Evidence for a Good Story: A Hybrid Theory of Arguments, Stories and Criminal Evidence*, Groningen 2009, s. 93.

składającym zeznanie pod przysięgą i A mówi, że zdarzenie E miało miejsce, to wtedy zwykle E miało miejsce. Często formułowane są jako zdanie proste, ale występują także jako zdania złożone, gdzie ich „warunkowość” jest dość skomplikowana czy wręcz nierealna np.: jeśli „b” jest uzależniony od narkotyków i nie ma pieniędzy na narkotyki, a znajduje się w pobliżu banku, to wtedy dokona napadu na ten bank, motywując go swoim uzależnieniem. Tego typu generalizacje nie mogą być uznane za powszechnie akceptowane, mogą natomiast spełniać istotną rolę w potwierdzających je okolicznościach danego zdarzenia, gdzie będziemy mieli do czynienia z osobą podejrzaną o napad na bank, która jest uzależniona od narkotyków. Wtedy w kontekście śledztwa mogą wskazywać na pewne relacje przyczynowe między poszczególnymi elementami splotu wydarzeń, uzupełniając przez to luki informacyjne i kierując śledztwo na poszukiwanie potwierdzających je dowodów.

W literaturze dotyczącej problemów rozumowania o dowodach, wskazuje się na prawie powszechne stosowanie uogólnień jako niezbędnej podstawy dla każdego kroku w skomplikowanych łańcuchach wnioskowań⁵. Na potrzeby naszych rozważań uznajmy, że generalizacje to zdania ogólne, uznawane za prawdziwe w jakimś rozumowaniu, pełniące zazwyczaj rolę spoiwa w łańcuchach rozumowań dowodowych, np.: jeśli wydarzyło się coś w rodzaju E, to zazwyczaj (często, czasem) wydarzyło się coś w rodzaju F; we wszystkich sprawach typu X z określonym prawdopodobieństwem zachodzi także Y; zjawiska X oraz Y czasem występują jednocześnie; zaszło X, więc w tym samym czasie mogło zajść również Y.

Generalizacje mogą być sklasyfikowane za pomocą trzech wskaźników: uogólnienie (poziom abstrakcji, stopień szczegółowości) tj. od bardziej ogólnych generalizacji do szczegółowych, np. generalizacje: świadek składając zeznania zwykle mówi prawdę, można skonkretyzować: świadek składając zeznania pod przysięgą zwykle mówi prawdę, a bardziej uszczegółowione uogólnienie: świadek składając zeznania pod przysięgą i nie mając powodów do kłamstwa, zwykle mówi prawdę. Kolejną cechą generalizacji jest niezawodowość (poziom pewności, wiarygodności), gdzie największy jej stopień występuje w dobrze ugruntowanych uogólnieniach naukowych, np. olej zazwyczaj ma większą gęstość niż woda, następnie w ogólnej zaakceptowanej wiedzy, np. większość krakowskich ulic jest monitorowana, skończywszy na generalizacjach opartych na uprzedzeniach i stereotypach, które nie mają żadnego wsparcia dowodowego czy empirycznego, np.: mężczyźni są lepszymi kierowcami niż kobiety.

⁵ F. Bex, P. van Koppen, H. Prakken, B. Verheij, *A hybrid formal theory of arguments, stories and criminal evidence*, „Artificial Intelligence and Law” 2010, No. 18, s. 127–128.

Następną cechą generalizacji jest źródło (podstawa), na kanwie którego T. Anderson wyróżnił pięć rodzajów uogólnień:

- naukowe (*scientific*), np.: okazanie sekwencyjne jest dokładniejsze od okazania statycznego; dokładność techniki UZCT-DLT w badaniu poligraficznych wynosi ok. 92%,
- na podstawie opinii biegłego (*expert-based*),
- na podstawie wiedzy ogólnej (*general knowledge*), np.: wielu górali w Zakopanem zajmuje się handlem pamiątkami; „Gazeta Wyborcza” systematycznie publikuje notowania warszawskiej giełdy papierów wartościowych; bary piwne ściśle współpracują z konkretnymi browarami,
- oparte na doświadczeniu (*experience-based*), np.: ktoś źle potraktowany przez policjanta uzna, że: policja nie zasługuje na zaufanie; ktoś kto nie zdał egzaminu u X oraz u Y będzie uważał, że: egzaminatorzy to ludzie wyjątkowo złośliwi; ktoś kto nie odniósł sukcesów wędkarskich na Suwalszczyźnie będzie twierdził, że: w jeziorach suwalskich nie ma ryb,
- oparte na przekonaniach czy intuicji (*belief-based*), np.: intensywna modlitwa wspiera skuteczność zapłodnienia *in vitro*; czosnek poprawia smak wszystkich potraw, z wyjątkiem słodczy; przestępca wraca na miejsce zbrodni; osoba wchodząca do cudzego garażu zwykle (często, zazwyczaj) posiada broń palną (przykład całkiem niemądrej generalizacji)⁶.

Można jeszcze wyróżnić generalizacje specyficzne dla sprawy, które obejmują czyjeś szczególnie zachowania lub obyczaje, bazujące na „wiedzy lokalnej”, np.: oskarżony jako pracodawca regularnie dyskryminował kobiety; Joanna stale kontrolowała pocztę elektroniczną małżonka; tramwaje nocne z Borku Fałęckiego prawie zawsze odjeżdżają punktualnie oraz generalizacje zdroworozsądkowe obejmujące wiedzę „podstawową”, z „ogólnego doświadczenia”, „społeczną”, np.: w czasie mrozów ludzie ubierają się „cieplej” niż w czasie upałów; „mieszanie” spożywanych alkoholi przyspiesza nadejście stanu nietrzeźwości; pozostawianie dzieciom dostępu do medykamentów jest niebezpieczne. Każdy z tych typów generalizacji, a właściwie ich konkretny przykład, może być scharakteryzowany za pomocą omawianych tutaj cech. Niektórzy dodają jeszcze, że atrybutem uogólnień może być powszechność, która dotyczy zakresu akceptowalności lub podzielenia uogólnienia w danej społeczności⁷.

Wydaje się to słusznym rozwiązaniem, w społeczeństwie mogą przecież występować generalizacje, które będą podzielane przez większość danej zbioro-

⁶ H. Prakken, *Analyzing reasoning about evidence with formal models of argumentation*, „Law, Probability and Risk” 2004, No. 3, s. 7.

⁷ T. Anderson, D. Schum, W. Twining, *op. cit.*, s. 102, 265.

wości, ale istnieją, także te, jak choćby o podłożu naukowym, które mogą być akceptowane tylko przez określoną liczbę jednostek ze względu na posiadaną przez nie wiedzę. W tym sensie można mówić o tzw. konsensusie poznawczym (*cognitive consensus*), występującym w bliżej określonej grupie (sędziowie, śledczy), który dotyczy „zgody” na istnienie pewnych generalizacji, wpływających z zapasu wiedzy⁸. Rzecz jasna, jak wspomniano wcześniej, nie oznacza to braku krytycznego spojrzenia na uogólnienia, co powoduje, że przy zaakceptowaniu istnienia takich a nie innych generalizacji w danej społeczności zawsze możliwa jest sytuacja, w której dane uogólnienie nie zostanie zastosowane w konkretnych okolicznościach podczas śledztwa.

Zgodnie przyjmuje się, że generalizacje wyrażające ogólną wiedzę są niezbędne podczas rozumowania o dowodach, jednakże związane jest z nimi pewne niebezpieczeństwo, ponieważ mogą być one oparte na uprzedzeniach, fałszywych założeniach, wątpliwych ideach dotyczących postrzegania mechanizmów otaczającego nas świata, dodatkowo, mogą nie być powszechnie akceptowane w danej społeczności. Generalizacje są niebezpieczne, a właściwie ich stosowanie staje się groźne, zwłaszcza gdy są niewyrażone wprost, nieokreślone w odniesieniu do ich częstotliwości, poziomu abstrakcji, współczynnika modalnego, empirycznej niezawodności, identyczności czy siły⁹. Dlatego równie ważnym zabiegiem, jak ich stosowanie, jest ich krytyczne testowanie w celu zminimalizowania zagrożeń z nimi związanych. Posłużyć do tego może prosty test, zaproponowany przez T. Andersona, D. Schuma, W. Twininga. Składa się on z dwunastu pytań podzielonych na dwie kategorie w zależności od tego, czy generalizacja jest wyrażona wprost, czy pozostaje ukryta. Przy wyartykułowanym uogólnieniu bada się jego precyzyjność, jednoznaczność, próbuje się dopasować współczynnik modalny i określić rodzaj generalizacji mając na uwadze podział na 5 kategorii, cały czas poddając w wątpliwość jego poprawność i wiarygodność. Zaś przy generalizacji ukrytej, próbuje się ją „uwidocznic”, przez sformułowanie jej przekonującej wersji; następnie tak skonstruowane uogólnienie poddaje się podobnym testom, jak stosowanym przy wyrażonych wprost generalizacjach¹⁰.

Innym sposobem weryfikacji generalizacji jest atak na uogólnienia. Można wyróżnić cztery rodzaje ataku: atak na źródło (podstawę); atak informacji uzyskanej ze źródła generalizacji, która może być „zainfekowana” fałszywym założeniem; atak na adekwatność zastosowana generalizacji w danych okolicznościach; ostatni to wzajemna konfrontacja sprzecznych generaliza-

⁸ F. Bex, *op. cit.*, s. 19.

⁹ W. Twining, *Rethinking Evidence*, New York 2006, s. 334–335.

¹⁰ T. Anderson, D. Schum, W. Twining, *op. cit.*, s. 279–280.

cji¹¹. Podstawową różnicą występującą pomiędzy trzecim a czwartym sposobem ataku jest to, że w trzecim rodzaju generalizacja jako taka jest przyjęta w danej zbiorowości, tylko w konkretnej sytuacji należy ją wykluczyć, zaś w ostatnim sposobie ataku dane uogólnienie nie ma racji bytu, jest nieprawdziwe.

Dla celów tego artykułu istotny jest podział generalizacji na przyczynowe (*causal generalizations*) i dowodowe (*evidential generalizations*)¹². Pierwsze, określane też jako relacje wyjaśniania (*explanatory relations*) związane są z rozumowaniem przyczynowym (*casual reasoning*) i przybierają postać: „c jest przyczyną dla e”, np. ogień jest przyczyną dymu, drugie, znane też jako relacje wskazywania (*indicative relations*), dotyczą rozumowania dowodowego (*evidential reasoning*) i przybierają postać: „e jest dowodem dla c”, np. dym jest dowodem dla ognia¹³. Oba rodzaje rozumowań są ze sobą powiązane. Jeśli w danym wnioskowaniu użyjemy generalizacji przyczynowej – c powoduje e – wtedy powinniśmy zaakceptować uogólnienie w formie – e jest dowodem dla c. Dla przykładu, ogień może powodować widoczny dym, więc zaobserwowanie dymu może być dowodem dla istnienia ognia. Jak przyznano wcześniej, uogólnienia mają charakter podważalny, wywodzący się z rozumowania podważalnego (*defeasible reasoning*), dzięki czemu należy zwrócić uwagę na istniejące wyjątki, choćby w przytaczanym powyżej przykładzie, ogień niekoniecznie musi powodować dym, bo przecież palący się gaz nie powoduje dymu, podobnie zaobserwowanie dymu nie zawsze oznacza istnienie ognia.

Logika podważalna jest podstawą wszelkich rozumowań dowodowych. W tego typu wnioskowaniach, nowe informacje mogą przyczynić się do wskazania wątpliwości w prawdziwości twierdzeń, które wcześniej zostały uznane za prawdziwe¹⁴. Logika podważalna, która jest bazą dla tego typu rozważań, pozwala na rozumowanie w sytuacji niepewności i niekompletności wiedzy, sytuacji, która jest typową dla śledztwa. Podczas tego procesu, na jego początku, ale także w trakcie, nigdy nie jest tak, że śledczym udaje się ujawnić wszystkie relewantne dla sprawy informacje i zabezpieczyć wszystkie odpowiednie dowody.

Brak wiedzy może być „tymczasowo” uzupełniony przez generalizacje, które nadadzą spójność scenariuszowi zdarzenia i wyjaśnią związki przyczynowe

¹¹ F. Bex, H. Prakken, Ch. Reed, D. Walton, *Towards a formal account of reasoning about evidence: Argumentation schemes and generalization*, „Artificial Intelligence and Law” 2003, No. 11, s. 142.

¹² F. Bex, H. Prakken, B. Verheij, *Formalizing argumentative story-based analysis of evidence*, Proceedings of the 11th International Conference on Artificial Intelligence and Law, New York 2007, s. 2.

¹³ S. van den Braak, *Sensemaking software for crime analysis*, Utrecht 2010, s. 62–66.

¹⁴ F. Bex, *op.cit.*, s. 25.

pomiędzy poszczególnymi elementami historii. Tym niemniej, po uzyskaniu nowej wiedzy, będą one musiały być zweryfikowane, w wyniku czego zostanie rozstrzygnięty status ich uzasadnienia, tzn. uznanie, czy są one adekwatne w danych okolicznościach czy też nie. Badania nad logiką podważalną rozpoczęto pod koniec lat siedemdziesiątych ubiegłego wieku. Jednak samo pojęcie podważalności zostało wprowadzone kilkadziesiąt lat wcześniej na gruncie filozofii prawa przez H.L. A. Harta¹⁵. Po raz pierwszy logikę tę zastosowano w badaniach z zakresu sztucznej inteligencji. Zauważono bowiem, że człowiek (bądź system komputerowy) musi przeprowadzać pewne wnioski, nie będąc pewnym, czy ma do dyspozycji wszelkie relewantne informacje¹⁶.

Przeanalizujmy tu klasyczny przykład, dla zobrazowania mechanizmu rozumowania podważalnego. Jeśli wiemy, że Tweety jest ptakiem, to rozsądne wydaje się stwierdzenie, że Tweety lata. Jeśli jednak później dowiedzielibyśmy się, że Tweety jest pingwinem bądź pisklęciem, to nasz poprzedni wniosek – że Tweety lata – należałoby odrzucić (wiemy bowiem, że jeśli jakiś ptak jest pingwinem czy pisklęciem, to nie lata)¹⁷. Jak słusznie twierdzą J. Stelmach, B. Brożek, takie okresy warunkowe, jak „Jeśli x jest ptakiem, to x lata”, są fałszywe, a mimo to wykorzystuje je się czasami w przeprowadzanych rozumowaniach¹⁸. Dochodzimy w tym miejscu do pojęcia logiki niemonotonicznej, w opozycji do klasycznej logiki, która jest monotoniczna. Dodam, że logika podważalna to przykład tej pierwszej. Najprościej, bo przez negację, można zdefiniować logikę niemonotoniczną, jako taką, która nie ma cech monotoniczności. Jak podaje J. Malinowski, logika niemonotoniczna dotyczy takiego typu rozumowań, w których raz dowiedziona konkluzja nie musi pozostać ważna, może zostać podważona, gdy okoliczności ulegną zmianie¹⁹.

Bez wątpienia widać, mając na uwadze założenia logiki podważalnej, która służy do budowy generalizacji, jak ważną kwestią jest ich krytyczna analiza. Uogólnienia przyczynowe pełnią rolę „kleju” scalającego scenariusz konkretnego zdarzenia, nadając przez to spójność historii, zaś generalizacje dowodowe łączą poszczególne elementy splotu wydarzeń z dowodami je potwierdzającymi²⁰.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ J. Stelmach, B. Brożek, *Metody Prawnicze*, Kraków 2004, s. 85.

¹⁷ H. Prakken, *Analyzing reasoning about evidence with formal models of argumentation*, „Law, Probability and Risk” 2004, No. 3, s. 3.

¹⁸ J. Stelmach, B. Brożek, *op.cit.*, s. 85.

¹⁹ J. Malinowski, *Rola oczekiwań w rozumowaniach*, „Ruch Filozoficzny” 1996, Vol. 53, No. 4, s. 579.

²⁰ F. Bex, H. Prakken, B. Verheij, *op. cit.*, s. 2.

Dodatkowo, w kontekście jednego z metodologicznych modeli śledztwa tj. argumentacyjnego, który wykorzystuje konstruowanie argumentów dowodowych (*evidential arguments*), gdzie przesłanką są dane dowodowe, zaś konkluzja przybiera postać hipotezy wskazującej na dany składnik akcji przestępczej, generalizacje uzasadniają wnioskowanie od przesłanek do konkluzji, są niejako podbudową dla konkretnego wygenerowanego argumentu²¹. Mogą być wyrażone wprost, ale często pozostają ukryte, co utrudnia ich weryfikację. Słusznie przyjmuje się, że wnioskowanie w podejściu argumentacyjnym ma dowodową naturę, ponieważ dowód „e” przy użyciu generalizacji „e jest dowodem dla p” pozwala na wywnioskowanie „p”²². Dodatkowo, uogólnienia pozwalają na wystarczające osadzenie konkretnej rekonstrukcji zdarzenia w rzeczywistości, przy założeniu ich dokładnej weryfikacji. Do zobrazowania tego procesu może posłużyć tzw. teoria zakotwiczenia narracji (*Anchored Narratives Theory*) zaproponowana przez H.F.M. Crombaga, P. van Koppena, W.A. Wagenaar, według której historia powinna być zakotwiczona w bezpiecznych generalizacjach, a nie w jakichkolwiek. Motywem powstania tej teorii było odkrycie, że prawdopodobna historia niewystarczająco wsparta przez dowody, wygrywa z niewiarygodną historią o dostatecznym umocowaniu w dowodach²³.

Istotną kwestią związana z generalizacjami jest możliwość ich udoskonalania. Dotyczy ona zarówno uogólnień dowodowych, jak i przyczynowych. Można wyróżnić dwa rodzaje tego zabiegu. Pierwszy to tzw. rozpakowywanie (*unpacking*), gdzie pojedyncze uogólnienie zastosowane w dowodowym argumentie czy w scenariuszu zdarzenia przybiera postać „łańcucha uogólnień”, rozbudowanego o nowe, dodatkowe generalizacje adekwatne w danej sytuacji, dzięki czemu uogólnienia stają się bardziej bezpieczne i przybierają postać bardziej szczegółowych założeń²⁴, pozwalają też na łatwiejsze dostrzeżenie źródeł wątpliwości w danym rozumowaniu przy możliwości zanalizowania potencjalnych wyjątków. Na przykład, generalizację dowodową o formie: „jeśli świadek zeznaje, że „p”, to wtedy „p”, można rozpakować na trzy uogólnienia: jeśli świadek zeznaje, że „p”, to wtedy, świadek zwykle wierzy, że „p”; jeśli świadek wierzy, że widział „p”, to wtedy, świadek zwykle widział „p”; jeśli świadek widział „p”, to wtedy zwykle „p”.

Natomiast generalizacje przyczynową o formie: „jeśli x grozi bronią y, to wtedy y przekaże x pieniądze”, można rozpakować na dwa uogólnienia: jeśli x grozi bronią y, to wtedy y ma poczucie zagrożenia; jeśli y ma poczucie

²¹ F. Bex, P. van Koppen, H. Prakken, B. Verheij, *op. cit.*, s. 128.

²² S. van den Braak, *op. cit.*, s. 64.

²³ F. Bex, *op. cit.*, s. 61.

²⁴ F. Bex, *Analyzing stories using schemes*, [w:] *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, eds. H. Kaptein, H. Prakken, B. Verheij, Farnham 2009a, s. 103.

zagrożenia, to wtedy przekaże pieniądze x. Drugim sposobem doskonalenia generalizacji jest tzw. ekspozycja ukrytych warunków (*adding hidden conditions*), która może być pomocna przy poszukiwaniu nowych dowodów na potwierdzenie danego elementu rekonstrukcji zdarzenia, przy dodawaniu spójności dla historii akcji przestępczej, przy ujawnianiu wyjątków, dla wzmocnienia siły dowodowej argumentu²⁵. Na przykład, do generalizacji dowodowej o formie: „jeśli dwaj świadkowie zeznają, że „p” to wtedy „p”, może zostać dodany warunek w postaci uogólnienia, że ci dwaj świadkowie nie porozumiewali się ze sobą. Racjonalność tego założenia wydaje się oczywista, każda próba porozumiewania się świadków może skutkować uzgodnieniem wspólnej wersji zeznań, w oderwaniu od ówczesnych obserwacji świadków. Zaś do generalizacji przyczynowej o formie: „jeśli x chce okraść y, to wtedy x będzie groził bronią y” można dodać założenie, że x ma broń, dzięki czemu istotną częścią fazy poszukiwawczej śledztwa będzie próba ujawnienia dowodu posiadania przez x broni, choćby na podstawie odpowiedniego rejestru. Można pokusić się o stwierdzenie, że oba rodzaje udoskonalania generalizacji służą, jak sformułował to H.F.M. Crombag, do zakotwiczenia argumentów i historii w bezpiecznych, bardziej szczegółowych uogólnieniach, pozwalając tym samym na ich krytyczne testowanie.

Po etapie wstępnych rozważań, wydaje się zasadnym stwierdzenie, że generalizacje wynikające z ogólnej zdroworozsądkowej wiedzy, są niezbędne podczas rozumowania o dowodach, które jest esencją śledztwa kryminalnego. Mogą nieść ze sobą istotne niebezpieczeństwo, które będzie oddziaływać na siłę dowodową argumentu, jak i jakość scenariusza akcji przestępczej. Śledczy powinni być świadomi zagrożenia z nimi związanego, w konsekwencji czego należy poddawać je ciągłej weryfikacji i analizie. Pożądaną sytuacją byłaby taka, w której uogólnienia wyrażone są wprost podczas różnego rodzaju wnioskowań, przy określeniu stopnia ich wiarygodności, powszechności i szczegółowości. W dalszej części artykułu, będzie można zaobserwować „pracę” poszczególnych generalizacji w trzech modelach metodologicznych śledztwa tj. argumentacyjnego, narracyjnego i hybrydalnego, będącego syntezą tych dwóch pierwszych.

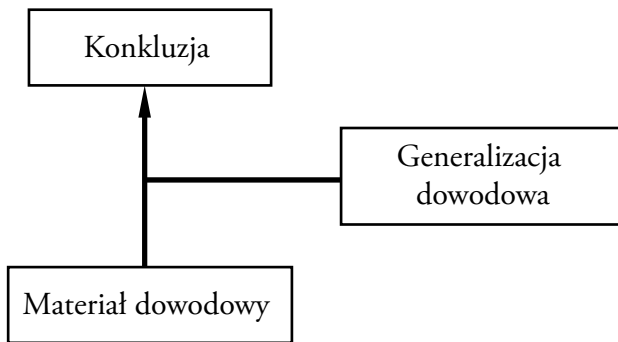
Model argumentacyjny

Rozpoczęcie prezentacji od modelu argumentacyjnego, uzasadnić można długą tradycją skupioną wokół tego nurtu, a wyrosłą na gruncie akademickich badań, dotyczących szeroko rozumianej argumentacji.

²⁵ *Ibidem*, s. 103.

Centralnym pojęciem modelu argumentacyjnego jest pojęcie argumentu dowodowego (*evidential argument*). Składa się on z przesłanki, którą stanowi materiał dowodowy, np. zeznania świadka, opinia biegłego, zaś konkluzja przybiera postać hipotezy, która może być składnikiem opisu danego splotu wydarzeń. Nieodzowną częścią takiego argumentu jest dowodowa generalizacja (wcześniej omówiona), która uzasadnia, będąc niejako jego podbudową, wnioskowanie od przesłanek do konkluzji, wpływając przez to na siłę danego argumentu dowodowego. Jak słusznie twierdzi H. Prakken, jest ona „klejem” scalającym dany argument²⁶.

Argument dowodowy może być przedstawiony w formie graficznej, przy użyciu grafu czy wykresu, czyli metody diagramowania argumentu.



Rys. 1. Graficzna prezentacja argumentu dowodowego. Generalizacja dowodowa uzasadnia inferencję w kierunku od materiału dowodowego do konkluzji.

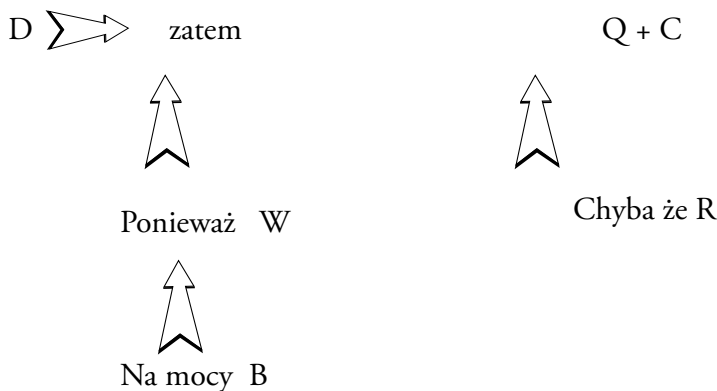
Źródło: opracowanie własne.

Technika ta jest szeroko rozwinięta w logice nieformalnej, teorii argumentacji, rozumowaniach prawniczych czy ostatnio w sztucznej inteligencji²⁷. Diagram argumentów pozwala na analizę rozumowania, ustalenie składników danego argumentu i relacji między nimi. Ujawnia strukturę argumentu przez reprezentację jego przesłanek i konkluzji, możliwych źródeł wątpliwości, wynikających z zastosowanych generalizacji. Istnieją trzy podstawowe tradycje składające się na metodę diagramowania argumentów, będące ciągle rozwijane i udoskonalane. Pierwsza, to wspomniana wcześniej technika Wigmore’a, która zostanie szerzej omówiona w dalszej części artykułu. Czterdzieści lat później S. Toulmin zaproponował swój model, wykorzystujący analizę logiczną budowy argumentów.

²⁶ F. Bex i in., *Sense-making software for crime investigation: how to combine stories and arguments?*, „Law, Probability and Risk” 2007, No. 6, s. 146.

²⁷ Ch. Reed, D. Walton, F. Macagno, *Argument diagramming in logic, law and artificial intelligence*, „The Knowledge Engineering Review” 2007, No. 22 (01), s. 87.

W odróżnieniu od standardowej struktury argumentu (przesłanka – konkluzja plus generalizacja jako uzasadnienie wnioskowania), wyróżnił on sześć składników tzw. praktycznego argumentu substancjalnego.



Rys. 2. Praktyczny argument substancjalny wg S. Toulmina.

Legenda:

D – dane, dowody; Q – współczynnik modalny; C – konkluzja; W – gwarant; B – wsparcie; R – odparcie (wyjątek).

Źródło: T. Zarębski, *Od paradygmatu do kosmopolis: filozofia Stephena E. Toulmina*, Wrocław 2005.

Jego koncepcją zainteresowali się inni badacze, tacy jak C. Reed i G. Rowe (2007). Jednym ze składników tego argumentu jest gwarant (*warrant*), będący zdaniem ogólnym i hipotetycznym, najczęściej przedstawionym w postaci zdania warunkowego: jeśli x , to wtedy y . W niektórych przypadkach pozwala on na przyjęcie w sposób konieczny i nieodwołalny konkluzji, w innych zaś, pozwala przejść od danych do wniosku warunkowo, dopuszczając wyjątki, czy przyjmując konkluzję z pewnym prawdopodobieństwem²⁸.

Można dostrzec pewną paralelę między generalizacją a gwarantem. Pełnią one niejako taką samą rolę, mianowicie uogólnienie uzasadnia wnioskowanie w argumentie dowodowym, a gwarant w praktycznym argumentie substancjalnym.

Trzecia tradycja dotyczy schematów argumentów (*argument schemes*), czyli powtarzalnych wzorców rozumowania, będących formą argumentu reprezentującą stereotypowe sposoby ludzkiego zachowania się w formie warunkowej, tj. „jeśli x , to wtedy y ”, podobnie jak generalizacje²⁹. Idea definiowania

²⁸ T. Zarębski, *op. cit.*, s. 22.

²⁹ F. Bex, H. Prakken, Ch. Reed, D. Walton, *op. cit.*, s. 125.

powtarzających się rozumowań przez schematy jest przedmiotem obecnych studiów z zakresu teorii argumentacji, sztucznej inteligencji i prawa. Dodam tutaj, że znaczącym twórcą tej techniki jest D. Walton, który dostarczył wiele użytecznych przykładów schematu argumentu w kontekście rozumowania o dowodach.

Model argumentacyjny ma na celu dokonanie poprawnej weryfikacji i analizy przeprowadzonych w sprawie rozumowań podczas procesu rekonstrukcji zdarzenia. Pozwala on na zbadanie każdego, pojedynczego kroku we wnioskowaniu, przy ujawnieniu możliwych źródeł wątpliwości. W pełni może wykorzystać materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, dopasowując do każdego dowodu odpowiedni rodzaj generalizacji, dzięki czemu zostanie uzyskana najbardziej adekwatna konkluzja dla konkretnych okoliczności.

Poszczególne elementy akcji przestępczej tworzą łańcuch zdarzeń, w którym można dostrzec relacje przyczynowe i czasowe. Wiedza o tych relacjach jest wykorzystywana do konstruowania wstępných historii, próbujących wyjaśnić to, co wydarzyło się w danej sprawie oraz to, co udało się w niej zaobserwować, tj. ujawnione fakty sprawy i zgromadzony materiał dowodowy.

Model narracyjny

W modelu narracyjnym centralnym pojęciem jest historia, ale także pojawiają się, takie terminy jak scenariusz, hipoteza i narracja. Dość powszechnie stosuje się je zamiennie, co może rodzić pewnego rodzaju chaos poznawczy. Należy zatem na potrzeby tego artykułu, ale również w szerszym kontekście teoretycznym, zdefiniować owe pojęcia. Jak podaje P. Ricoeur historia jest narracją, w sensie deskryptywnym, poszczególnych stanów rzeczy umieszczonych w danym momencie czasowym, stanowiącą znaczącą całość³⁰. W odróżnieniu od scenariusza, który może być tylko opisem jakiejś sytuacji, historia musi posiadać trzy elementy, tj.: początek, rozwinięcie i koniec³¹. Scenariusz zatem może być pozbawiony pierwszego i ostatniego elementu, jako że może dotyczyć pewnego pojedynczego zdarzenia „wyrwanego” z całościowego kontekstu.

S. van den Braak odróżnia pojęcie scenariusza od pojęcia hipotezy, gdzie to pierwsze jest opisem splotu wydarzeń, a drugie może dotyczyć istotnych znamion przestępstwa, takich jak przyczyna śmierci konkretnej osoby³². Możliwe hipotezy wyjaśniające przyczynę śmierci mogą przybrać postać:

³⁰ Za: W. Twining, *Anchored Narratives – A Comment*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 1996, No. 3, s. 110.

³¹ D. Schum, *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, Illinois 1994, s. 195.

³² S. van den Braak, *op. cit.*, s. 18.

hipotezy–samobójstwa, hipotezy–zabójstwa, hipotezy–nieszczęśliwego wypadku. Stanowią zatem podstawę do wykreowania różnych scenariuszy, które będą dla nich potencjalnym wyjaśnieniem³³. Narracja zaś odnosi się do sposobu prezentacji danej historii przy użyciu określonego rodzaju medium (wykresy, tekst, tabele, film). Zmiana sposobu przedstawienia określonej sekwencji stanów rzeczy i zdarzeń, nie oznacza sama przez się, że opisywana historia ulega modyfikacjom³⁴.

Zatem można przyjąć, że narracja jest interpretacją jakiegoś spłotu wydarzeń z przyjętego punktu widzenia, np. narracja prokuratora czy narracja obrońcy, gdzie na podstawie tego samego materiału dowodowego dokonuje się odmiennych ustaleń. W. Twining zrównuje narracje z opowiadaniem historii (*storytelling*) odzwierciedlających przebieg konkretnego zdarzenia przestępczego³⁵. W dalszej części artykułu będę posługiwać się terminem historia (*story*) i uznawać ją jako chronologiczną sekwencję stanów rzeczy i zdarzeń, udzielającą odpowiedzi na pytanie „co się stało?”, porównaną do myślowej rekonstrukcji fragmentu rzeczywistości, która powinna spełniać kilka postulatów: może i powinna mieć różne warianty (alternatywne wersje), powinna być kompatybilna z materiałem dowodowym (poszczególne jej składniki korespondują z wnioskami otrzymanymi na podstawie dowodów ujawnionych w sprawie), powinna być akceptowalna i dobrze ustrukturyzowana (oparta na zweryfikowanych, bezpiecznych generalizacjach, odpowiadająca przyjętej gramatyce historii), a także powinna być możliwa do porównania z innymi historiami, przy zastosowaniu zasady wnioskowania do najlepszego wyjaśnienia (*best explanation principle*) przez rozumowanie abdukcyjne.

Aby historia mogła być uznana za „wiodącą” nie wystarczy tylko jej dowodowe wsparcie, co oznacza tyle, że poszczególne jej składniki, będące pojedynczymi zdarzeniami lub stanami rzeczy, wynikają z materiału dowodowego ujawnionego w sprawie, ale także powinna być odpowiednio ustrukturyzowana (zbudowana w sposób zrozumiały) i wiarygodna (powinna odpowiadać przypuszczeniom o sposobach „dziania się rzeczy i zdarzeń w świecie”)³⁶.

W dużej mierze zależy to od jakości oraz empirycznego potwierdzenia związków przyczynowych, które nadają spójność historii, pomiędzy poszczególnymi jej elementami. Dla przykładu, historia w której jedna osoba ginie,

³³ *Ibidem*, s. 18.

³⁴ F. Bex, *op. cit.*, s. 62.

³⁵ D. Schum, *op. cit.*, s. 195.

³⁶ F. Bex, T. Bench-Capon, K. Atkinson, *Evidential Reasoning about Motives: a Case Study*, [w:] *Modelling Legal Cases. Workshop co-located with the 12th International Conference on Artificial Intelligence and Law*, ed. K. Atkinson, La Costa 2009.

ponieważ została zastrzelona przez inną osobę wydaje się być spójną, gdyż przyjmuje się ogólnie, że oddanie strzału w kierunku jakiejś osoby może powodować jej śmierć. Zaznacza się tutaj tematyka generalizacji, a ściślej uogólnień przyczynowych, których wykorzystywanie do budowy historii składa się na model narracyjny. Owe generalizacje, jak wcześniej wspomniano przybierają postać: „c jest przyczyną dla e”, np. ogień jest przyczyną pożaru. Pełnią one dwojaką rolę w omawianym podejściu. Po pierwsze, są „klejem” scalającym poszczególne elementy historii przez wprowadzenie przyczynowości do danej sekwencji zdarzeń, nadając jej spójność. Po drugie, mówiąc językiem H.F.M. Crombaga, są kotwicami, osadzającymi daną historię w materiale dowodowym³⁷. Dodatkowo sprawiają one, że rozumowanie przy użyciu historii ma charakter przyczynowy³⁸. Funkcja ta wiąże się z tzw. Teorią Zakotwiczenia Narracji (*Anchored Narratives Theory, ANT*) zaproponowaną przez H.F.M. Crombaga, P.J. van Koppena i W.A. Wagenaara jako metoda tworzenia historii na potrzeby rozumowania o dowodach, które powinny być zakotwiczone w bezpiecznych generalizacjach, a szerzej – w zdroworozsądkowej wiedzy, dzięki czemu nadadzą historii pewien poziom bezpieczeństwa.

Historie w modelu narracyjnym określane są często jako tzw. sieć powiązań przyczynowych (*causal network*), w których zgromadzone w sprawie dowody są wyjaśniane (próbuję się odnaleźć przyczynę, która stworzyła dany dowód) przez hipotetyczne zdarzenia lub stany rzeczy za sprawą abdukcyjnego wnioskowania do najlepszego wyjaśnienia (*inference to the best explanation*, w skrócie IBE).

Podobnie jak w modelu argumentacyjnym, gdzie stosowanie dowodowych generalizacji, które są jednym z centralnych pojęć tego nurtu, niosło ze sobą pewnego rodzaju niebezpieczeństwo, także w podejściu narracyjnym pojawia się pewien element zagrożenia. Odnosi się on do sposobu konstruowania i wykorzystywania historii. Jak trafnie wskazują T. Anderson, D. Schum, W. Twinning, niektóre sekwencje zdarzeń mogą zawierać irrelevantne fakty – informacje, które nie mają potwierdzenia w dowodach, przez co może zostać zaburzony logiczny porządek rozumowania³⁹. Idąc dalej, historia może skupiać się w większym stopniu na osobie sprawcy niż na jego działaniu przestępczym, może odwoływać się, podobnie jak generalizacje, do uprzedzeń, stereotypów związanych z relacjami przyczynowymi między jej składnikami, może być zabarwiona emocjonalnie i nie pozwalać tym samym na obiektywne spojrzenie na sprawę, może używać wątpliwych analogii odwołujących się do, np. wcześniejszych spraw analizowanych przez śledczych. Co więcej, istotnym

³⁷ F. Bex i in., *Sense-making software for crime investigation: how to combine stories and arguments?* „Law, Probability and Risk” 2007, No. 6, s. 146.

³⁸ F. Bex, *op. cit.*, s. 34.

³⁹ T. Anderson, D. Schum, W. Twining, *op. cit.*, s. 280–281.

zagrożeniem jest konstruowanie takich sekwencji zdarzeń, które są zgodne z przypuszczeniami osób prowadzących śledztwo, a wynikających z intuicji, niemających poparcia w materiale dowodowym. Przeprowadzono wiele empirycznych badań, m. in. eksperymenty R. Hastie i N. Penningtona, które ukazały, że jakość historii oraz to, czy zostanie ona uznana za najbardziej prawdopodobną nie zależy tylko od dowodowego wsparcia poszczególnych jej składników, ale także od szeregu cech, które powinna spełniać.

Aby zminimalizować zagrożenie związane z generowaniem i stosowaniem sekwencji zdarzeń, T. Anderson, D. Schum, W. Twining, podobnie jak w przypadku niebezpieczeństwa dotyczącego generalizacji, zaproponowali prosty protokół, mający ułatwić analizę oraz ocenę wiarygodności, spójności i dowodowego wsparcia historii⁴⁰. Składa się on z kilkunastu pytań a uzyskane na nie odpowiedzi pozwalają na weryfikację jakości stworzonej sekwencji zdarzeń. Niektóre z nich dotyczą dowodowego wsparcia historii, np.: czy istnieją jakiegokolwiek dowody ujawnione w sprawie, których analiza przeczyłaby przyjęciu takich a nie innych stanów rzeczy czy zdarzeń, odtwarzających przebieg konkretnej akcji przestępczej? W jakim zakresie, stopniu materiał dowodowy wspiera historię? Czy występują w historii takie elementy, które nie mają potwierdzenia dowodowego? Jeśli tak, to w jakim zakresie są one objęte spekulacjami? Inne pytania służą do oceny wiarygodności historii. Jak słusznie zauważa F. Bex, dokonuje się tego przez „branie pod lupę” generalizacji, na których opiera się dana historia i weryfikowania stopnia ich prawdopodobieństwa oraz wiarygodności⁴¹. Zatem, omawiana tutaj cecha historii nie jest analizowana pod względem jej korespondencji z podstawową, przyjętą gramatyką historii (o czym dalej), ale przez testowanie uogólnień, które wspierają i budują konkretną sekwencję zdarzeń.

Należy zaznaczyć, że ocenianie generalizacji nie jest prostym zabiegiem. Już samo pojęcie ich wiarygodności jest dość problematyczne. Według L.J. Cohena wiarygodność ogólnej, zdroworozsądkowej wiedzy zależy od bazy wiedzy (*stock of knowledge*) konkretnej jednostki, która pozwala na akceptację przez poznawczy konsensus określonej generalizacji w danej grupie społecznej⁴². Otóż, jeśli rozważane uogólnienie jest potwierdzone przez bazę wiedzy, można je uznać jako wiarygodne. Jednakże, jak słusznie twierdzą autorzy protokołu służącego do oceny historii, pojęcie poznawczego konsensusu jest dość kłopotliwe i niejednoznaczne. W każdej grupie społecznej zawsze będą występować różnice co do akceptacji konkretnej wiedzy i uznania jej za wiarygodną, a nieporozumienia będą potęgowane przez wielokulturowe

⁴⁰ *Ibidem*, s. 281–282.

⁴¹ F. Bex, *op. cit.*, s. 100.

⁴² *Ibidem*, s. 100–101.

i zróżnicowane klasowo społeczeństwo⁴³. Mimo to należy uznać, że istnieją pewne akceptowalne generalizacje, a przynajmniej zgoda na to, że w ogóle one istnieją, ponieważ w przeciwnym razie niemożliwe byłoby refleksyjne (krytyczne) prowadzenie śledztwa.

Inne pytania składające się na omawiany tutaj protokół dotyczą poszczególnych składników tworzących historię, np.: czy zawiera ona jakieś irrelewantne fakty, zmyślane lub niedopuszczalne informacje? Czy odwołuje się do ukrytych uprzedzeń lub stereotypów? Weryfikuje się konkretną sekwencję zdarzeń, także w kontekście jej przyszłego wykorzystania przez strony procesowe na sali sądowej, w zakresie czego ocenia się sposób jej ewentualnego zreferowania, poziom jej emocjonalnego nacechowania, a także możliwy stopień obiektywizacji.

Nie ma ogólnej zgody co do wzajemnych relacji między modelem argumentacyjnym a narracyjnym. Jedni twierdzą, że owe podejścia są dla siebie komplementarne, inni zaś uważają je za alternatywne⁴⁴. Przyjęcie jednego ze sposobów patrzenia na owe nurty jest istotne w kontekście teorii dowodowej. J.H. Wigmore uznawał model argumentacyjny jako jedynie słuszną metodę rozumowania o dowodach, odrzucając tym samym podejście narracyjne⁴⁵. W niniejszej artykule owe modele uznane zostały jako słuszne i wzajemnie równoważne, przy użyciu których rozumowanie o dowodach może być przeprowadzane na różne sposoby, pozostawiając wspólne wykorzystanie ich podstaw teoretycznych dla modelu hybrydalnego, jako najbardziej optymalnego narzędzia do rozumowania o dowodach.

Model hybrydalny

Podstawowym założeniem modelu hybrydalnego jest to, że historie przybierające formę „sieci przyczynowych” (*causal networks*), mogą być wykorzystywane do wyjaśnienia *explananda* (fakty, które muszą być wyjaśnione) oraz to, że owe sekwencje stanów rzeczy i zdarzeń, a właściwie ich poszczególne składniki mogą być potwierdzane lub negowane przez wykreowane argumenty na podstawie materiału dowodowego sprawy czy ogólnej, zdroworoządkowej wiedzy. Dodatkowo, argumenty mogą też posłużyć do szczegółowej weryfikacji historii pod względem jej wiarygodności i spójności.

W tym podejściu oprócz rozumowania przez historię, możliwa jest i taka sytuacja, w której wnioskuje się „o historii” przez wygenerowane argumenty, dzięki czemu można ustalić jej dialektyczny status, co było możliwe

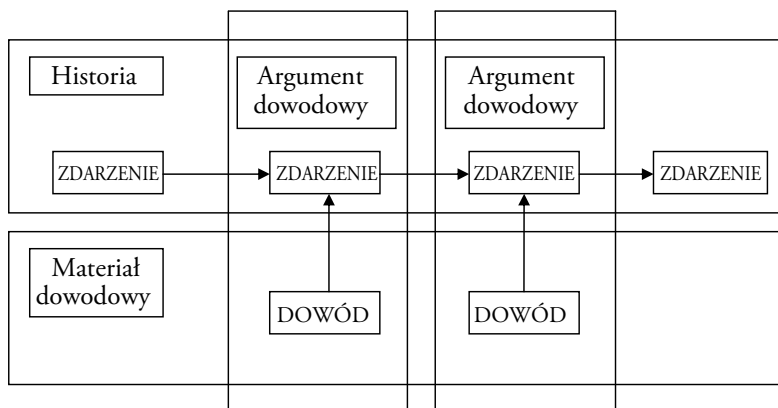
⁴³ T. Anderson, D. Schum, W. Twining, *op. cit.*, s. 273–276.

⁴⁴ W. Twining, *Anchored Narratives – A Comment*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 1995, No. 3, s. 111.

⁴⁵ F. Bex, *op. cit.*, s. 87.

w zakresie argumentów w modelu argumentacyjnym⁴⁶. W podejściu hybrydalnym konstruowane są tzw. argumenty dowodowe (*evidential arguments*), których użycie pozwala na wnioskowanie na podstawie materiału dowodowego o zdarzeniu, które mogło mieć miejsce podczas danej akcji przestępczej. Otrzymujemy zatem konkluzję, będącą pojedynczym zdarzeniem, która konstytuuje historię odtwarzającą przebieg zdarzenia przestępczego. Na tej podstawie, można dokonać reprezentacji sposobu, w jaki poszczególne składniki tworzące sekwencję zdarzeń są „wspierane” przez dostępne w sprawie dowody⁴⁷.

Omawianą konstrukcję można zaprezentować graficznie w następujący sposób:



Rys. 3. Graficzna reprezentacja założeń modelu hybrydalnego śledztwa.

Źródło: S. van der Braak, *op. cit.*, s. 62.

Tak jak w modelu argumentacyjnym i narracyjnym, w koncepcji hybrydalnej możliwe staje się krytyczne testowanie wymienionych uogólnień oraz ich udoskonalanie, ponieważ ogólna wiedza, która stanowi ich podbudowę niesie ze sobą ryzyko wystąpienia wyjątków w pewnych okolicznościach sytuacyjnych. Podobnie jak w podejściu argumentacyjnym, można tutaj weryfikować stworzone argumenty dowodowe przez konstruowanie kontrargumentów posiadających opozycyjną konkluzję w stosunku do tych pierwszych, jak i oceniać na podstawie ich wzajemnych interakcji dialektyczny status argumentów. Taki zabieg pozwala na dokładne zanalizowanie dokonanej rekonstrukcji zdarzenia i ewentualnie na jej odpowiednią do wyniku owej analizy modyfikację.

⁴⁶ *Ibidem*, 108.

⁴⁷ S. van den Braak, *op. cit.*, s. 68.

Jak podaje F. Bex, materiał dowodowy ujawniony w sprawie nie jest „bezpośrednio” przyczynowo wyjaśniany przez historię, raczej dowody stanowią dla niej wsparcie (*supports*)⁴⁸. W związku z tym spostrzeżeniem, zakres w którym historia „odzwierciedla” dowody, koresponduje z nimi, autor nazywa dowodowym wsparciem historii (*evidential suport*). Mając na uwadze założenia modelu hybrydalnego, wydaje się uzasadnione twierdzenie, że jego stosowanie podczas śledztwa jest najlepszym sposobem rozumowania o dowodach. Pokonuje on ograniczenia funkcjonalne podejścia argumentacyjnego i narracyjnego, poszerzając i udoskonalając ich potencjalne możliwości. Co więcej, jego baza teoretyczna pozwoliła na stworzenie oprogramowania komputerowego o nazwie AVERs (*Argument Visualization for Evidential Reasoning based on stories*), dzięki któremu osoby prowadzące śledztwo, a także analitycy kryminalni mogą w graficzny sposób wizualizować każdy pojedynczy krok rozumowania o dowodach, przez generowanie scenariuszy zdarzenia przestępczego, weryfikowanych dzięki wspierającym lub atakującym je argumentom dowodowym⁴⁹.

Podsumowując, generalizacje zarówno dowodowe, jak i przyczynowe pełnią kluczową rolę w rozumowaniach o dowodach. Ich stosowanie wraz z udoskonalaniem uogólnień pozwala na dokonywanie prawidłowych inferencji logicznych we wspomnianych modelach śledztwa. Należy zdać sobie sprawę z powszechności występowania generalizacji, we wszystkich rodzajach wnioskowań, nie tylko tych o charakterze dowodowym.

Abstract **Generalisations in legal reasoning**

The article presents the notion of evidence generalisations, their typology, methodological characteristics, and types of applications in non-monotonic reasoning, and threats that generalisations pose for the correctness of the actual conclusions. This part makes use of the already classical concepts of David Schum and William Twining. Moreover, the article makes an attempt at defining the role of generalisation in the latest model approaches to investigations, where their role intertwines with forensic analysis, especially with the construction of hypotheses and scenarios of the course of criminal events, and argumentation used in such cognitive procedures.

⁴⁸ F. Bex, *op. cit.*, s. 95.

⁴⁹ S. van den Braak, G.A.W. Vreeswijk, H. Prakken, *AVERs: An argument visualization tool for representing stories about evidence*, Proceedings of the 11th International Conference on Artificial Intelligence and Law, Association for Computing Machinery, New York 2007.

Literatura

1. Anderson T., Schum D., Twining W., (2005), *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, New York.
2. Bex F., (2009a), *Analyzing stories using schemes*, [w:] H. Kaptein, H. Prakken, B. Verheij (eds.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Ashgate Publishing, Farnham.
3. Bex F., Bench-Capon T., Atkinson K., (2009), *Evidential Reasoning about Motives: a Case Study*, [w:] K. Atkinson (ed.), *Modelling Legal Cases*. Workshop co-located with the 12th International Conference on Artificial Intelligence and Law, Huygens Editorial, La Costa.
4. Bex F., Braak S. van den, Oostendorp H. van, Prakken H., Verheij B., Vreeswijk G., (2007), *Sense-making software for crime investigation: how to combine stories and arguments?*, „Law, Probability and Risk”, No. 6.
5. Bex F., (2009), *Evidence for a Good Story: A Hybrid Theory of Arguments, Stories and Criminal Evidence*, Ph. D. thesis, Rijksuniversiteit Groningen, Groningen.
6. Bex F., Prakken H., Reed C., Walton D., (2003), *Towards a formal account of reasoning about evidence: Argumentation schemes and generalization*, „Artificial Intelligence and Law”, No. 11.
7. F. Bex, H. Prakken, B. Verheij (2007), *Formalizing argumentative story-based analysis of evidence*, Proceedings of the 11th International Conference on Artificial Intelligence and Law, ACM Press, New York.
8. Bex F., Koppen P.J. van, Prakken H., Verheij B., (2010), *A hybrid formal theory of arguments, stories and criminal evidence*, „Artificial Intelligence and Law”, No. 18.
9. Braak S. van den, (2010), *Sensemaking software for crime analysis*, „SIKS Dissertation Series”, No. 2010–12, Universiteit Utrecht.
10. Braak S. van den, Vreeswijk G.A.W., Prakken H., (2007), *AVERs: An argument visualization tool for representing stories about evidence*, Proceedings of the 11th International Conference on Artificial Intelligence and Law, Association for Computing Machinery, New York.
11. Malinowski J., (1996), *Rola oczekiwań w rozumowaniach*, „Ruch Filozoficzny”, Vol. 53, No. 4.
12. Prakken H., (2004), *Analyzing reasoning about evidence with formal models of argumentation*, „Law Probability and Risk”, No. 3.
13. Reed C., Walton D., Macagno F., (2007), *Argument diagramming in logic, law and artificial intelligence*, „The Knowledge Engineering Review”, No. 22 (01).
14. Schum D., (1994), *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, Northwestern University Press, Evanston, Illinois.
15. Stelmach J., Brożek B., (2004), *Metody Prawnicze, Zakamycze*, Kraków.
16. Twining W., (1995), *Anchored Narratives – A Comment*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice”, No. 3.
17. Twining W., (2006), *Rethinking Evidence*, Cambridge University Press, New York, wyd. 2.
18. Twining W., (2007), *Argumentation, stories and generalizations: a comment*, „Law, Probability and Risk”, Vol. 6, No. 1–4.
19. Zarebski T., (2005), *Od paradygmatu do kosmopolis: filozofia Stephena E. Toulmina*, Oficyna Wydawnicza ATUT, Wrocław.

Iga Bałos

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Prawo właściwe dla rozvodu i separacji według rozporządzenia „Rzym III” oraz nowej polskiej ustawy Prawo prywatne międzynarodowe

Od 21 czerwca 2012 roku ma zastosowanie rozporządzenie – przyjęte przez Radę Unii Europejskiej pod koniec 2010 roku – dotyczące wprowadzenia w życie wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla rozvodu i separacji¹. Akt obowiązuje wyłącznie te państwa członkowskie, które wyraziły wolę kooperacji.

Polska pozostaje na razie poza tym gronem, co nie wyklucza jej uczestnictwa we wzmocnionej współpracy w przyszłości ani tego by już obecnie, na mocy rozporządzenia, prawo polskie okazało się być prawem właściwym dla rozvodu i separacji w danej sprawie.

¹ Rozporządzenie Rady (UE) Nr 1259/2010 z dnia 20.12.2010 r. w sprawie wprowadzenia w życie wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla rozvodu i separacji prawnej (dalej jako rozporządzenie „Rzym III”), Dz. Urz. UE L 343/10, z dnia 29.12.2010. W polskim tytule rozporządzenia użyto sformułowania „separacja prawna” jako odpowiednik *legal separation* (ang.) Uważam, że jest to kalka językowa, ponieważ w polskim języku prawniczym pojęcie „separacja” nie budzi wątpliwości takich, jak angielskie słowo *separation*, wymagające uzupełnienia poprzez przymiotnik *legal*. W związku z powyższym, w niniejszym artykule posługuję się sformułowaniem „separacja” a nie „separacja prawna”, jak życzą sobie autorzy polskiego przekładu rozporządzenia. Z art. 21 polskiego tekstu Rozporządzenia wynika, iż wchodzi ono w życie dwudziestego dnia po jego publikacji w Dzienniku Urzędowym UE. Z wersji angielskiej i francuskiej wynika, iż chodzi o dzień następujący po dniu publikacji (ang. *This Regulation shall enter into force on the day following its publication in the Official Journal of the European Union*, fr. *Le présent règlement entre en vigueur le jour suivant celui de sa publication au Journal officiel de l'Union européenne.*), natomiast Rozporządzenie stosuje się od dnia 21 czerwca 2012 roku, z wyjątkiem art. 17, który ma zastosowanie od 21 czerwca 2011 r.

Najnowszy akt unijny ujednocający normy kolizyjne, konsekwentnie² nazwany rozporządzeniem „Rzym III”, reguluje kwestie dotyczące ustalania prawa właściwego dla rozwodu i separacji. Już pod koniec lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku, instytucje³ ówczesnych Wspólnot Europejskich, zwracały uwagę na problemy wynikające z różnych efektów stosowania nieujednoczonych norm prawa prywatnego międzynarodowego.

Jedną z podstawowych swobód wolnego rynku, przepływ osób, znacznie ułatwiła i rozpowszechniła powstawanie związków, także małżeńskich, pomiędzy obywatelami różnych państw. Powiększająca się liczba mieszanych małżeństw, nie pozostaje bez wpływu na liczbę rozwodów oraz separacji⁴.

Problem ustalenia jurysdykcji w wyżej wymienionych sprawach z elementem obcym, został rozstrzygnięty w drodze rozporządzenia z dnia

² Konsekwentnie po rozporządzeniu (WE) Nr 864/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.7.2007 r., dotyczącym prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych „Rzym II” oraz rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 593/2008 w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych „Rzym I”, Rozporządzenie to zostało nazwane „Rzymem III”, aczkolwiek w odróżnieniu od dwóch poprzednich, ta nazwa jest nieoficjalna a nie urzędowa.

³ *The Vienna Action Plan*, adopted by the European Council 3 December 1998, OJ C19, 23.1.1999, p. 1.

⁴ Zgodnie z danymi z 2007 r., czyli z okresu kiedy prowadzono prace nad treścią rozporządzenia, ok. 13% (16 mln) małżeństw zawartych w UE, można uznać za międzynarodowe. Także ok. 13% z przeprowadzonych w państwach UE rozwodów, wykazywało element zagraniczny. Najwięcej tego typu rozwodów w 2007 r. zostało orzeczonych w Niemczech (34 tys.), Francji (20,5 tys.) oraz Wielkiej Brytanii (19,5 tys.). Dane za: European Parliament Committee on Legal Affairs Press Release, Cross-border divorces: couples to be able to choose which law applies, dated: 2.12.2010, strona <http://www.europarl.europa.eu/en/pressroom/content/20101202IPR04728/html/Cross-border-divorces-couples-to-be-able-to-choose-which-law-applies>, 20.12.2012. W Polsce, w 2008 r. zawarto ok. 257 tys. małżeństw, z czego binacjonalne stanowiły ok. 1,7% (3,4 tys.). W tym samym roku orzeczono w Polsce ok. 65 tys. rozwodów. Dane za: Rządowa Rada Ludnościowa, Sytuacja Demograficzna Polski. Raport 2008–2009, Warszawa 2009. Strona [www: http://www.stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/bip/BIP_raport_RRL_2008-2009.pdf](http://www.stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/bip/BIP_raport_RRL_2008-2009.pdf). W opublikowanych danych przez Główny Urząd Statystyczny nie uwzględniono informacji, dotyczących rozwodów Polaków z osobami innej narodowości, ze względu na brak szczegółowych danych. Okoliczność ta nie stoi jednak na przeszkodzie dziennikarzom, którzy powołują się w artykułach na „wiarygodne statystyki” w powyższym zakresie, nie podając jednak ich źródła. Dane gromadzone przez Urząd Statystyczny w odniesieniu do lat 2010–2011 podtrzymują powyższą tendencję. Informacje dotyczące rozwodów nie zostały uwzględnione a informacje o zawartych związkach są przedstawiane w ujęciu lata 2001–2010. W roku 2010, tego dotyczą ostatnie dane statystyczne, obywatele polscy zawarli 4660 związków mieszanych. Zgodnie z opublikowanym zestawieniem, występuje duża dysproporcja pomiędzy ilością związków małżeńskich zawieranych z obcokrajowcami przez Polaków i Polki. Ta ostatnia grupa stanowi 75% wszystkich małżeństw binacjonalnych. Polki zawierają małżeństwa najczęściej z obywatelami Europy Zachodniej (Brytyjczykami, Niemcami, Irlandczykami, Włochami, Francuzami), Polacy wybierają obywatelki byłych krajów ZSRR (Ukrainki, Białorusinki, Rosjanki); Z. Strzelecki (red.), *Sytuacja Demograficzna Polski. Raport 2010–2011*, Warszawa 2011, s. 63. Raport dostępny na stronie internetowej: http://www.stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/bip/BIP_raport_2010-2011.pdf.

27.11.2003, dotyczącego jurysdykcji w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej⁵. Uzależnienie właściwości sądu od ujednoczonych podstaw, wciąż jednak bez możliwości zawarcia umowy prorogacyjnej, nie wyeliminowało problemów w zakresie pewności co do prawa, wedle którego będzie orzekał sąd. W ustawodawstwach poszczególnych państw członkowskich, właściwość prawa uzależniono od różnych czynników. Okoliczność ta sprzyja zjawisku „wyciągu do sądu”⁶, w którym jedno z małżonków wnosi pozew o rozwód lub separację, ubiegając drugiego małżonka, czym może zagwarantować sobie zastosowanie w postępowaniu preferowanego systemu prawnego. W razie ujednoczenia reguł kolizyjnych, każdy sąd zobligowany do ich stosowania, powinien wskazać jako prawo właściwe w sprawie, prawo tego samego państwa.

Unifikację na poziomie reguł kolizyjnych w sprawach rozwodu i separacji, próbowano wprowadzić możliwie nieinwazyjnie. Powstał projekt⁷ modyfikujący wyżej wspomniane rozporządzenie, poprzez rozszerzenie jego zakresu o prawo właściwe w sprawach małżeńskich, przewidując także możliwość jego umownego wyboru. Ostatecznie nowelizacja nie powiodła się, ze względu na obawę Rady Europejskiej przed trudnościami w przeprowadzeniu unifikacji, które uniemożliwią w bliskiej przyszłości osiągnięcie jednomyślności wśród państw członkowskich⁸. Źródłem problemów były zbyt duże rozbieżności w krajowych przepisach, dotyczących rozwodu i separacji. Państwa o liberalnym podejściu do instytucji rozwiązania małżeństwa, nie chciały być zobligowane do stosowania prawa bardziej konserwatywnego, przykładowo maltańskiego, które w ogóle nie przewiduje rozwodu. Podnoszono także brak zgodności planowanej regulacji z prawem pierwotnym. Zgodnie z ówczesnym art. 65 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską⁹, stanowienie norm kolizyjnych na poziomie wspólnotowym było możliwe tylko w przy-

⁵ Rozporządzenie Rady (WE) NR 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie (WE) nr 1347/2000, Dz. Urz. UE, L 338 z dnia 23.12.2000, s.1.

⁶ *Rush to court* (ang.).

⁷ *Proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters*, dated: 17.7.2006, COM(2006) 399 final, brak publikacji w Dz. Urz. UE., strona www: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0399:FIN:EN:PDF>, 20.12.2012.

⁸ Decyzję podjęto podczas posiedzenia Rady w Luksemburgu w dniach 5–6 czerwca 2008 r. Raport z posiedzenia na stronie www: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/jha/100983.pdf, 20.12.2012.

⁹ Obecnie art. 81 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE, C 83/47 z dnia 30.3.2010, art. 326–334.

padku, gdyby okazało się to niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego. Kilka państw członkowskich zgłosiło wątpliwości, dotyczące istotnego wpływu na rynek wspólnotowy ujednoczenia norm kolizyjnych w zakresie prawa właściwego dla rozwodu i separacji. Komisja Europejska, opowiadając się za potrzebą ustanowienia regulacji, uzasadniła ją szeroką interpretacją zasady swobody przepływu osób¹⁰.

Znalazły się jednak państwa, które, mimo pesymizmu Rady, zgodnie opowiedziały się za koniecznością unifikacji przepisów kolizyjnych w sprawach rozwodu i separacji. Ujednoczenie norm w tym zakresie miało nie tylko zapobiec wyścigom w składaniu pozwów, ale także innym sytuacjom, gdy, przykładowo, prawo zastosowane przez sąd nie przewidywało konwersji separacji w rozwód a strony właśnie tego żądały w pozwie. Zainteresowane państwa członkowskie skorzystały z instytucji wzmocnionej współpracy.

Traktat o Unii Europejskiej¹¹ przewiduje, że jeżeli dany cel, nie może zostać osiągnięty w rozsądnym terminie przez Unię jako całość, Rada UE podejmuje decyzję upoważniającą do podjęcia wzmocnionej współpracy przez zainteresowane państwa. Jej przedmiotem nie mogą być objęte dziedziny kompetencji wyłącznej ani wspólna polityka zagraniczna lub bezpieczeństwa. Dodatkowym wymogiem do jej ustanowienia, jest uczestnictwo co najmniej dziewięciu państw członkowskich. Akty przyjęte w ramach wzmocnionej współpracy obowiązują wyłącznie te państwa, które zdecydowały się na kooperację. Nie są one częścią dorobku prawnego Unii, który musi być przyjęty przez państwa aspirujące do członkostwa. Trakt o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹² zawiera szczegółowe regulacje, dotyczące możliwości udziału we współpracy tych państw, które nie zdecydowały się na uczestnictwo w momencie jej ustanawiania. Jak wynika z Traktatu, wzmocniona współpraca pozostaje otwarta dla wszystkich państw członkowskich, jeśli spełnią one ewentualne warunki uczestnictwa, określone w decyzji Rady, upoważniającej do zainicjowania wzmocnionej współpracy. Po decyzji państwa członkowskiego o przystąpieniu, jest ono zobowiązane przestrzegać aktów uprzednio przyjętych w ramach współpracy.

¹⁰ Oponenti podnosili także argument nieuwzględnienia w głównych założeniach regulacji zasady proporcjonalności i subsydiarności. Por. N.A. Baarsma, *European choice of law on divorce (Rome III): Where did it go wrong?*, „Nederlands internationaal privaatrecht” 2009, Vol. 27, issue 1, s.11.

¹¹ Wersja skonsolidowana Traktatu o Unii Europejskiej (dalej jako TUE), Dz. Urz. UE, C 115/13 z dnia 9.5.2008, art. 20. Strona www: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0013:0045:PL:PDF>, 20.12.2012.

¹² Wersja skonsolidowana Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej jako TfUE), Dz. Urz. UE, C 83/47 z dnia 30.3.2010, art. 326–334. Strona www: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:PL:PDF>, 20.12.2012.

W 2008 roku, po niepowodzeniu nowelizacji rozporządzenia 2201/2003, Grecja, Hiszpania, Włochy, Luksemburg, Węgry, Austria, Rumunia i Słowenia, zainicjowały procedurę ustanawiania wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla spraw małżeńskich. W niedużym odstępnie czasu, kolejne państwa zaczęły dołączać do tej inicjatywy, jedno natomiast z niej zrezygnowało¹³, mimo wcześniejszej deklaracji.

12 lipca 2010 r., Rada wydała decyzję¹⁴ upoważniającą do podjęcia wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla rozwodów i separacji następujące państwa: Królestwo Belgii, Republikę Bułgarii, Republikę Federalną Niemiec, Królestwo Hiszpanii, Republikę Francuską, Republikę Włoską, Republikę Łotewską, Wielkie Księstwo Luksemburga, Republikę Węgierską, Malte, Republikę Austrii, Republikę Portugalską, Rumunię i Republikę Słowenii. Jako główny cel wzmocnionej współpracy wymieniono zapewnienie zgodności obowiązujących w państwach członkowskich norm kolizyjnych w dziedzinie prawa właściwego dla rozwodów i separacji, co dodatkowo usprawni proces wzajemnego uznawania orzeczeń przez sądy państw członkowskich.

Zgodnie z postanowieniami Traktatu o funkcjonowaniu UE¹⁵, w tej decyzji powinny być także określone ewentualne warunki, po spełnieniu których, zainteresowane państwo członkowskie może przystąpić do współpracy. Z treści decyzji jednak nie wynika, by takie dodatkowe warunki były ustanowione. Gdyby więc Polska zdecydowała się na uczestnictwo we współpracy, wystarczy sama notyfikacja zamiaru Radzie oraz Komisji. Następnie należy poczekać na potwierdzenie przez Komisję uczestnictwa Polski we wzmocnionej współpracy¹⁶.

Mimo że Polska nie jest objęta obowiązkiem stosowania rozporządzenia „Rzym III”, poznanie jego najważniejszych przepisów jest wskazane z kilku powodów. Przede wszystkim, mimo że Polska nie jest państwem uczestniczącym we współpracy, rozporządzenie może wskazywać na właściwość prawa polskiego. Jest to konsekwencją założenia, że rozporządzenie ma charakter uniwersalny, co wynika z preambuły do rozporządzenia¹⁷ oraz wprost z jego

¹³ Grecja wycofała swoje zgłoszenie 3.3.2010 r.

¹⁴ Decyzja Rady UE z dnia 12.7.2010 r. w sprawie upoważnienia do podjęcia wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla rozwodów i separacji, Dz. Urz. UE, L 189/12 z dnia 22.7.2010. Strona www: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:189:0012:0013:PL:PDF>, 20.12.2012.

¹⁵ Zob. art. 328 TfUE.

¹⁶ Zob. art. 331 TfUE.

¹⁷ Zob. pkt 12 preambuły.

postanowień¹⁸. W dodatku, trzeba wziąć pod uwagę, iż pierwotnie osiem państw wyraziło wolę współpracy w omawianym zakresie a ta liczba stosunkowo szybko wzrosła do czternastu, czyli ponad połowy państw członkowskich UE. Wcale nie jest wykluczone, że niebawem problem będzie ponownie rozpatrywany przez instytucje unijne, ale tym razem już pod kątem ustanowienia regulacji wiążącej wszystkie państwa członkowskie.

Rozporządzenie ma zastosowanie w przypadkach rozwodu i separacji, powiązanych z prawem różnych państw. Wyłączono z jego zakresu pewne zagadnienia, które mogą pojawić się nie tylko jako sprawa główna ale także w ramach kwestii wstępnej. Należą do nich: zdolność do czynności prawnych osób fizycznych; istnienie, ważność lub uznanie małżeństwa; unieważnienie małżeństwa; nazwisko małżonków; wpływ małżeństwa na kwestie majątkowe; odpowiedzialność rodzicielska; obowiązki alimentacyjne; majątek powierniczy lub dziedziczenie. Prawo właściwe w powyższych przypadkach należy odszukać nie na podstawie rozporządzenia, ale wedle norm kolizyjnych mających „(...) zastosowanie w uczestniczącym państwie członkowskim, którego to dotyczy”¹⁹. W powyższym przypadku, zasadne byłoby po prostu stosowanie norm kolizyjnych *legis fori*. Jak wynika z przepisów aktu, przez „prawo właściwe” należy rozumieć porządek prawny danego państwa z wyjątkiem norm prawa prywatnego międzynarodowego. Oznacza to, że rozporządzenie „Rzym III” wyłącza odesłanie²⁰.

Najważniejsze instytucje ujęte w rozporządzeniu to te, które pozwalają małżonkom na umiarkowaną swobodę przy umownym wyborze prawa właściwego w zakresie rozwodu i separacji. Wybór może być dokonany spośród prawa: państwa, w którym małżonkowie mają miejsce zwykłego pobytu w chwili zawierania umowy; państwa, w którym małżonkowie mieli ostatnio miejsce zwykłego pobytu, o ile w chwili zawierania umowy jedno z nich nadal tam zamieszkuje; państwa, którego obywatelem w chwili zawierania umowy jest jedno z małżonków; państwa sądu orzekającego. Także przy wyborze prawa przez małżonków, obowiązuje omówiona powyżej zasada uniwersalizmu. Priorytetem jest bowiem zagwarantowanie możliwie najściślejszego związku małżonków z prawem właściwym²¹.

Umowa może zostać zawarta a także zmieniona najpóźniej w chwili wytoczenia powództwa. Jeśli jednak prawo sądu orzekającego przewiduje taką

¹⁸ Zgodnie z pkt. 12 preambuły a także art. 4 rozporządzenia „Rzym III”.

¹⁹ Zob. Preambuła do rozporządzenia „Rzym III”, pkt 10.

²⁰ Zob. art. 11 rozporządzenia „Rzym III”.

²¹ Zob. art. 4 rozporządzenia „Rzym III”.

możliwość, małżonkowie mogą dokonać wyboru prawa właściwego przed sądem w trakcie postępowania²². Biorąc pod uwagę, że taka okoliczność, uzależniona od właściwego prawa krajowego, jest przewidziana jako wyjątek a nie reguła, zastanawia możliwość wyboru przez małżonków prawa sądu orzekającego. W większości przypadków, dopóki powództwo nie zostanie wytoczone, małżonkowie nie będą wiedzieć, który sąd będzie orzekał w kwestii rozwodu. Zgodnie z przepisami rozporządzenia 2201/2003, powód może wybierać pomiędzy właściwością kilku sądów, ale nie może, ze względu na fiasko nowelizacji rozporządzenia, zawrzeć w tym przypadku umowy prorogacyjnej²³. Zdaniem autorki z możliwości wyboru prawa państwa sądu orzekającego, można skorzystać wtedy, jeśli prawo sądu orzekającego przewiduje możliwość dokonania wyboru prawa właściwego przed sądem w trakcie postępowania.

Kolejne pytanie, to jak należy rozumieć sformułowanie „w chwili wytoczenia powództwa”. Właściwe będzie nadanie mu znaczenia autonomicznego, ale jego treści nie można chyba jeszcze, zanim rozporządzenie jest stosowane, ustalić.

Rozporządzenie wytycza też wymogi dotyczące formy umowy, mocą której małżonkowie dokonują wyboru prawa²⁴. Umowa powinna być zawarta na piśmie, trzeba by uznać że pod rygorem nieważności, opatrzona datą oraz podpisami obojga małżonków. Wychodząc naprzeciw społeczeństwu informacyjnemu, przepisy rozporządzenia zakładają, że każde przekazanie informacji za pomocą środków komunikacji elektronicznej umożliwiające trwałe zapis takiej umowy uznaje się za równoznaczne formie pisemnej. Nie ma przy tym dalszych wymogów zakładających konieczność użycia mechanizmów weryfikacji stron, takich jak na przykład podpis elektroniczny. Od powyższego minimum formalności jest jednak wyjątek, na rzecz obostrzeń obecnych w prawie krajowym państw członkowskich. Jeżeli prawo uczestniczącego państwa członkowskiego, w którym w chwili zawierania umowy oboje małżonkowie mają miejsce zwykłego pobytu, przewiduje dodatkowe wymogi formalne dla tego typu umów [podkr. autorki]²⁵, wymogi te mają zastosowanie. Ta sama zasada obowiązuje, jeżeli w chwili zawierania umowy tylko jedno z małżonków ma miejsce zwykłego pobytu w uczestniczącym państwie członkowskim, które przewiduje dodatkowe wymogi formalne dla tego typu umów. Jeśli natomiast małżonkowie w chwili zawierania umowy mają miejsce zwykłego pobytu w różnych uczestniczących państwach członkowskich a prawo każde-

²² Zob. art. 5 ust. 3 rozporządzenia „Rzym III”.

²³ Zob. przyp. 7.

²⁴ Zob. art. 7 rozporządzenia „Rzym III”.

²⁵ Zob. art. 7 ust. 2 *in fine* rozporządzenia „Rzym III”.

go z nich przewiduje inne wymogi formalne dla umów tego typu, wystarczy spełnienie wymogów przewidzianych w prawie jednego z tych państw

Powstaje pytanie o zakres sformułowania „umowy tego typu”. Czy chodzi w ogóle o umowy zawierane pomiędzy małżonkami w sprawach dotyczących ich związku, w tym majątkowe umowy małżeńskie, umowy dotyczące wyboru prawa właściwego niezależnie od przedmiotu regulacji, czy też konkretnie o umowy dotyczące wyboru prawa właściwego w przypadku rozwodu lub separacji. Za poprawną uważam tę drugą koncepcję. Trzy państwa wśród państw członkowskich (Belgia, Holandia, Niemcy), przewidują w prawie krajowym możliwość wyboru prawa w powyższym zakresie²⁶. Jeśli jest przewidziana szczególna forma do zawarcia tych umów, będzie ona wpływała na ważność umowy zawartej na podstawie przepisów rozporządzenia. Zbyt szeroka interpretacja sformułowania „umowy tego typu” znacznie ograniczyłaby możliwość skorzystania z postanowień rozporządzenia w zakresie formy umowy, gdyż w wielu krajach UE przy sporządzaniu majątkowych umów małżeńskich konieczna jest obecność notariusza.

Jeżeli strony same nie wybrały prawa, zostanie ono wyznaczone wedle normy kolizyjnej o budowie kaskadowej. W rozporządzeniu przewidziano cztery grupy okoliczności, determinujących prawo właściwe²⁷. Powinny być one uwzględniane w kolejności wymienienia. Jeżeli stan faktyczny z grupy wyższej nie ma miejsca w zaistniałych okolicznościach, należy rozważyć następną wymienioną podstawę ustalenia prawa właściwego. Przewidziana kolejność ma zapewnić możliwie najściślejszy związek prawa właściwego z rozpatrywaną przez sąd sprawą²⁸.

Jeśli zatem strony nie dokonają wyboru w drodze umowy, rozwód i separacja podlegają prawu państwa: w którym małżonkowie mają miejsce zwykłego pobytu w momencie wytoczenia powództwa; w którym małżonkowie mieli ostatnio miejsce zwykłego pobytu, pod warunkiem że okres zwykłego pobytu nie zakończył się wcześniej niż rok przed wytoczeniem powództwa, o ile w momencie wytoczenia powództwa jedno z nich nadal tam zamieszkuje; którego obywatelami są oboje małżonkowie w chwili wytoczenia powództwa; w którym wytoczono powództwo.

Powyższe okoliczności determinujące prawo właściwe są zbliżone do podstaw dla wyboru prawa w drodze umowy. Łączniki pozostają te same.

²⁶ House of Lords European Union Committee 52nd Report of Session 2005–06, *Rome III-choice of law in divorce*, s. 6.

²⁷ Zob. art. 8 rozporządzenia „Rzym III”.

²⁸ Zasada uniwersalizmu ma także zastosowanie przy poza umownym ustaleniu prawa właściwego. Patrz przyp. 17.

W pierwszej kolejności istotne jest miejsce zwykłego pobytu obojga małżonków lub ich ostatnie wspólne, pod warunkiem dalszego zamieszkiwania tam przez jedno z nich. Następne łączniki wskazują na prawo coraz mniej związane z małżonkami. Kolejnymi relewantnymi okolicznościami jest wspólne obywatelstwo małżonków i w końcu siedziba sądu orzekającego. Inne są natomiast subokreślniki temporalne norm. W przypadku umownego wyboru prawa istotna dla oceny stanu faktycznego jest chwila zawierania umowy, natomiast przy wyznaczaniu prawa właściwego *ex lege*, moment wytoczenia powództwa. Warto też zwrócić uwagę, że przy umownym wyborze, małżonków nie ogranicza kolejność, w jakiej wymieniono łączniki. Wskazuje na to wykładnia językowa przepisu, łączniki są rozdzielone spójnikiem „lub” oraz wykładnia celowościowa²⁹. Małżonkowie mogą dokonać wyboru prawa w oparciu o którąkolwiek z podstaw, uwzględnionych w art. 5 rozporządzenia. W przypadku ustalania prawa właściwego przez orzekający sąd, ten ostatni będzie już związany kolejnością w jakiej łączniki pojawiają się w przepisie³⁰.

Niezależnie od tego czy prawo właściwe zostało wybrane przez małżonków, czy też zostało ustalone na podstawie norm kolizyjnych rozporządzenia, jego zastosowanie może zostać wyłączone, jeżeli będzie jawnie sprzeczne z porządkiem publicznym państwa sądu orzekającego. Dodatkowo, rozporządzenie nie nakłada na sądy uczestniczących państw członkowskich obowiązku orzekania w przypadku, gdy prawo tych państw nie przewiduje rozwodu. Stosowanie rozporządzenia nie może także doprowadzić do sytuacji, by sąd uznał małżeństwo za ważne wbrew swojemu prawu, tylko po to, by orzec w przedmiocie jego rozwiązania.

Rozporządzenie daje także odpowiedź na pytanie, jak ustalić prawo właściwe, gdy małżonkowie zdecydują się na przekształcenie separacji w rozwód³¹. Pierwszeństwo jest oddane postanowieniom umownym. Małżonkowie mogą zdecydować o zastosowaniu do rozwodu tego samego prawa, co do separacji, ale mogą także zdecydować się na inny porządek prawny. Jeśli kwestia ta nie będzie objęta umową, z mocy rozporządzenia, do rozwodu będzie miało zastosowanie prawo właściwe dla separacji. Jeżeli okazałoby się, że prawo właściwe dla separacji nie przewiduje możliwości jej przekształcenia w rozwód, do ustalenia prawa właściwego dla rozwodu, ponownie w pierwszej kolejności o wyborze prawa decydują postanowienia umowy między małżonkami.

²⁹ W polskim tekście rozporządzenia, pomiędzy wymienionymi łącznikami użyto sformułowania „lub”, w angielskim „or”, we francuskim „ou”.

³⁰ W polskim tekście rozporządzenia, pomiędzy wymienionymi łącznikami użyto sformułowania „a w przypadku braku takiegoż”, w angielskim *or, failing that*, we francuskim *ou, à défaut*.

³¹ Zob. art. 9 rozporządzenia „Rzym III”.

Jeżeli takich by nie było, prawo właściwe zostanie wyznaczone wykorzystując normy kolizyjne rozporządzenia, stosowane w braku umowy.

Może się jednak zdarzyć tak, że małżonkowie wybiorą prawo, które w ogóle nie przewiduje instytucji rozwodu. Taki efekt może też zostać osiągnięty przy ustalaniu prawa właściwego za pomocą norm kolizyjnych rozporządzenia. W takim przypadku, należy zastosować prawo państwa sądu orzekającego. Z tego samego artykułu wynika także obowiązek zastosowania *lex fori*, gdy prawo właściwe wyznaczone umownie lub w oparciu o przepisy rozporządzenia, nie zapewnia jednemu z małżonków ze względu na jego płeć, równego dostępu do rozwodu lub separacji³². Uważam, że w powyższym stanie faktycznym, sąd orzekający mógłby odmówić stosowania prawa właściwego, powołując się na klauzulę porządku publicznego. Artykuł 10 rozporządzenia stanowi jednak, że w takich przypadkach należy zastosować *legem fori*, natomiast w przypadku gdy stosowanie prawa obcego jest sprzeczne z porządkiem publicznym, sąd orzekający nie powinien automatycznie stosować własnego prawa. Powinien ocenić stan faktyczny także pod kątem właściwości prawa obcego, jeśli jest to uzasadnione okolicznościami sprawy.

Wzmocniona współpraca państw członkowskich nie ogranicza się jedynie do obowiązku stosowania ujednoliconych rozporządzeniem norm kolizyjnych. Rozporządzenie „Rzym III” nakłada na nie także pewne obowiązki informacyjne³³, co umożliwi sądom właściwe stosowanie prawa obcego. Przede wszystkim, do 21.9.2011 r., uczestniczące we współpracy państwa, mają obowiązek przekazać Komisji informacje na temat obowiązujących przepisów krajowych w zakresie wymogów formalnych, mających zastosowanie do umów wyboru prawa właściwego oraz ewentualnej możliwości dopuszczenia wyboru prawa już w trakcie toczącego się postępowania³⁴. Państwa mają także obowiązek przedstawiania głównym instytucjom UE sprawozdań z przebiegu stosowania rozporządzenia. Na podstawie wyników doświadczeń zaangażowanych państw członkowskich oraz postulatów sądów krajowych, pozostałe państwa będą mogły rozważyć korzyści z przystąpienia do współpracy.

Doświadczenia państw uczestniczących we wzmocnionej współpracy, w zależności od tego, jakie będą jej efekty, będą istotnym argumentem dla państw, które nie są na razie przekonane o konieczności tak dalece idącej unifikacji prawa. Zdaniem autorki regulacje „Rzymu III” powinny służyć jako wyznacznik pewnej tendencji, która nie może pozostać niedostrzeżona przez państwa pozostające poza wzmocnioną współpracą, planujące zmiany

³² Zob. art. 10 rozporządzenia „Rzym III”.

³³ Zob. art. 17 rozporządzenia „Rzym III”.

³⁴ Z art. 17 rozporządzenia „Rzym III” wynika także obowiązek przekazywania informacji o zmianach w prawie krajowym, powstałych po 21.9.2011 r.

w krajowych przepisach prawa prywatnego międzynarodowego. Ta sytuacja dotyczy także Polski, gdzie zakończyły się, trwające od kilku lat, prace nad nowelizacją ustawy Prawo prywatne międzynarodowe³⁵, w efekcie których nie poprzestano na wprowadzeniu zmian do ustawy, ale uchwalono ustawę nową. Treść polskiej regulacji odbiega od treści rozporządzenia „Rzym III”. Przede wszystkim, polska ustawa³⁶, nie daje małżonkom możliwości wyboru prawa właściwego dla rozwodu bądź separacji.

Podstawowym łącznikiem, służącym ustaleniu prawa właściwego, jest wspólne prawo ojczyście małżonków z chwili żądania rozwiązania małżeństwa. Oznacza to, że twórcy polskiej ustawy uważają, że małżonkowie mają najściślejszy związek z prawem ojczyściem, natomiast rozwiązania przyjęte w rozporządzeniu wskazują na prawo wspólnego miejsca zwykłego pobytu. Przychyłam się do rozumowania zastosowanego przez twórców rozporządzenia, co jest uzasadnione przez coraz bardziej powszechne ruchy migracyjne małżonków. Przykładowo, para żyjąca wiele lat za granicą, może bardzo słabo znać regulacje prawa ojczyściego.

W nowej polskiej ustawie, dopiero w razie braku wspólnego prawa ojczyściego, miarodajne jest prawo państwa, w którym oboje małżonkowie mają miejsce zamieszkania. Subokreślnik temporalny nie ulega zmianie. Jeżeli natomiast małżonkowie nie mieliby wspólnego miejsca zamieszkania, prawem właściwym będzie „prawo państwa, w którym oboje małżonkowie mieli ostatnio miejsce wspólnego zwykłego pobytu, jeżeli jedno z nich ma w nim nadal miejsce zwykłego pobytu”³⁷. Ostatni wymieniony łącznik, miejsce wspólnego zwykłego pobytu, jest rozwiązaniem nowym w stosunku do ustawy z 1965 r.³⁸

Jak wynika z uzasadnienia do projektu³⁹, chciano wprowadzić do nowej ustawy łącznik, wykorzystywany w konwencjach międzynarodowych, do których Polska przystąpiła na przestrzeni lat. Przywołano także praktykę stosowaną w prawie krajowym Belgii, Szwajcarii oraz Włoch, gdzie w jednym artykule występują obok siebie łączniki miejsca zamieszkania oraz miejsca zwykłego pobytu. W uzasad-

³⁵ Ustawa z dnia 4.2.2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe, Dz. U. z 2011, Nr 80, poz. 432.

³⁶ W dalszej części tekstu odnoszę się do wersji nowej ustawy, która nieznacznie różni się w omawianym zakresie od poprzedniczki z 1965 r. Poza zmianami przedstawionymi w tekście artykułu, zdecydowano się na odpowiednie stosowanie norm kolizyjnych dotyczących rozwodu w odniesieniu do separacji. Wcześniejsze przepisy zakładały ustalanie prawa właściwego dla rozwodu i separacji w oparciu o dokładnie takie same zasady, nie uwzględniając odmienności obu instytucji.

³⁷ Art. 54 ust. 2 *in fine* ustawy z 4.2.2011 Prawo prywatne międzynarodowe.

³⁸ Art. 18 Ustawy z dnia 12.11.1965 r. Prawo prywatne międzynarodowe, Dz. U. z 1965, Nr 46, poz. 290.

³⁹ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe, Druk sejmowy 1277 z dnia 31.10.2008 r., strona www: [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/41AC-5CA590174CA4C12574F80042042F/\\$file/1277.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/41AC-5CA590174CA4C12574F80042042F/$file/1277.pdf)

nieniu do projektu wskazano także różnicę znaczeniową tych pojęć, podkreślając konieczność autonomicznej ich wykładni. Mimo iż w regulacjach międzynarodowych oraz krajowych zdecydowano się na używanie obu tych łączników równoległe, nie można opowiadać się za tym rozwiązaniem.. Przyczyną wprowadzenia w regulacjach prawa prywatnego międzynarodowego łącznika „miejsca zwykłego pobytu” były problemy, wynikające z wieloznaczności „miejsca zamieszkania”⁴⁰. Nowe pojęcia miało umożliwić faktyczną wykładnię autonomiczną. Według autorki wbrew założeniom twórców uzasadnienia, polska praktyka stosowania omawianego przepisu ustawy, sprowadzi się to utożsamiania „miejsca zamieszkania” z pojęciem definiowanym w kodeksie cywilnym⁴¹, a „miejsca zwykłego pobytu” do faktu przebywania na danym terenie. W treść rozporządzenia „Rzym III” skorzystano tylko z łącznika „miejsca zwykłego pobytu”, co zmniejsza ryzyko wykładni przez pryzmat prawa krajowego.

Nowa polska ustawa Prawo prywatne międzynarodowe w sytuacji, gdyby wciąż nie dało się ustalić prawa właściwego na podstawie uprzednio wymienionych łączników, przewiduje właściwość prawa polskiego. Ze względu na tendencję rezygnacji z instytucji odesłania w tworzonych ostatnio aktach międzynarodowych, polskie normy kolizyjne w zasadzie będą stosowane przez sądy polskie. Dlatego można założyć, że rozwiązanie polegające na stosowaniu w opisanym przypadku prawa polskiego, odpowiada przewidzianemu w rozporządzeniu „Rzym III” stosowaniu *lex fori* na wypadek, gdyby nie dało się ustalić prawa właściwego na podstawie innych łączników. W obecnej wersji tekstu nie ma już postanowienia, które było obecne w projekcie, nakazującego stosowanie prawa polskiego, gdyby prawo właściwe nie przewidywało rozwiązania małżeństwa. Pomysł ten krytykowano stwierdzając, że pożądany efekt w procesie stosowania prawa można uzyskać przez skorzystanie z klauzuli porządku publicznego, co jest rozwiązaniem wystarczającym⁴².

Stanowisko Polski względem ustanowienia wzmocnionej współpracy oraz rozporządzenia „Rzym III” nie jest negatywne. Jest neutralne. Jak przyznał anonimowo jeden z polskich dyplomatów, „Polska (...) postanowiła, że nie będzie 'przeszkadzać' innym i podczas głosowania [nad ustanowieniem wzmocnionej współpracy – przyp. autorki] wstrzymała się od głosu”⁴³.

⁴⁰ Zob. M. Czepelak, *Umowa międzynarodowa jako źródło prawa prywatnego międzynarodowego*, Warszawa 2008, s. 478 i n.

⁴¹ Zob. art. 25 ustawy z dnia 23.4.1964 r. Kodeks cywilny, Dz. U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93.

⁴² A. Mącznyński na zlecenie Biura Analiz Sejmowych, *Opinia o projekcie ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe (druk sejmowy nr 1277)*, Warszawa 2008, s. 21. Strona www: <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=1277>.

⁴³ I. Czerny, *Będzie łatwiej o międzynarodowy rozwód*, publikacja na internetowej stronie „Gazety Prawnej” z dnia 4.6.2010, strona www: http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/426335,będzie_latwiej_o_miedzynarodowy_rozwod.html.

Abstract

Law applicable to divorce and legal separation according to the Rome III Regulation and for the new Polish act Private international law

The goal behind the article is to present the scope of rulings of the EU Council Regulation on the introduction of enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation. Although Poland remains outside the group of the states that are obliged to apply Rome III, its rulings are not entirely irrelevant for the Polish legal order, e.g. because the governing law of Poland may result from them. Moreover, it cannot be ruled out that Poland will decide to join the group of states participating in the enhanced cooperation. The article compares the solutions of the Rome III Regulation with the provisions of the new Polish act Private international law

Źródła

Akty prawne

1. Decyzja Rady UE z dnia 12.7.2010 r. w sprawie upoważnienia do podjęcia wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla rozwodów i separacji, Dz. Urz. UE, L 189/12 z dnia 22.7.2010.
2. *Proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters*, dated: 17.7.2006, COM(2006) 399 final.
3. Rozporządzenie Rady (UE) Nr 1259/2010 z dnia 20.12.2010 r. w sprawie wprowadzenia w życie wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla rozwodu i separacji prawnej (dalej jako rozporządzenie „Rzym III”), Dz. Urz. UE L 343/10, z dnia 29.12.2010.
4. Rozporządzenie Rady (WE) NR 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie (WE) nr 1347/2000, Dz. Urz. UE, L 338 z dnia 23.12.2000.
5. The Vienna Action Plan, adopted by the European Council 3 December 1998, OJ C19, 23.1.1999.
6. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE, C 83/47 z dnia 30.3.2010.
7. Ustawa z dnia 4.2.2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe, Dz. U. z 2011, Nr 80.
8. Ustawy z dnia 12.11.1965 r. Prawo prywatne międzynarodowe, Dz. U. z 1965, Nr 46, poz. 290.

Literatura

9. Baarsma N.A., *European choice of law on divorce (Rome III): Where did it go wrong?*, „Nederlands Internationaal Privaatrecht” 2009, Vol. 27.
10. Czepelak M., *Umowa międzynarodowa jako źródło prawa prywatnego międzynarodowego*, Warszawa 2008.

11. European Parliament Committee on Legal Affairs Press Release, *Cross-border divorces: couples to be able to choose which law applies*, 2.12.2010.
12. House of Lords European Union Committee 52nd Report of Session 2005–06, *Rome III-choice of law in divorce*.
13. Mączyński A., na zlecenie Biura Analiz Sejmowych, *Opinia o projekcie ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe (druk sejmowy nr 1277)*, Warszawa 2008.
14. Rządowa Rada Ludnościowa, *Sytuacja Demograficzna Polski. Raport 2008–2009*, Warszawa 2009.
15. *Sytuacja Demograficzna Polski. Raport 2010–2011*, red. Z. Strzelecki, Warszawa 2011.

Netografia

1. Raport z posiedzenia Rady Unii Europejskiej, odbytego w Luksemburgu w dniach 5–6 czerwca 2008 r., http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/jha/100983.pdf.

Monika Antos

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Skutki braku udzielenia zgody na zbycie udziałów przez spółkę

Wstęp

Polskie ustawodawstwo hołduje zasadzie swobody obrotu udziałami. Ich zbycie, poza wyjątkami przewidzianymi w ustawie nie może być w żaden sposób ograniczone¹.

Jednym z dopuszczalnych przez kodeks spółek handlowych ograniczeń jest wprowadzenie w umowie spółki wymogu uzyskania zgody spółki na zbycie udziału (art. 182 § 1 k.s.h.).

Postanowienia te mogą zostać wprowadzone do umowy spółki zarówno przy jej zawieraniu, jak i przez zmianę umowy spółki, uchwaloną odpowiednią większością głosów. Wydaje się, że z uwagi na regulacje art. 246 k.s.h., na uchwałę w zakresie tej zmiany zgodzić powinni się wszyscy wspólnicy, jako że będzie uszczuplała ona przyznane im wcześniej prawa udziałowe, w postaci nieograniczonej swobody w zbywaniu udziałów².

Zarówno doktryna, jak i orzecznictwo zgodnie stoją na stanowisku, że nie dopuszczalne jest wprowadzenie całkowitego zakazu zbywania udziałów i uczynienia wspólnika „więźniem” spółki. Stoi to w sprzeczności z naturą stosunku spółkowego³.

Nie wyklucza to jednak umownego zobowiązania wspólnika, wyrażonego nawet w umowie spółki do niezbywania udziału przez pewien okres czasu lub

¹ A. Herbet, Rozporządzanie udziałami, [w:] *Prawo spółek kapitałowych. System Prawa Prywatnego*, t. 17A, red. S. Sołtysiński, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 281.

² A. Herbet, *Umowa spółki jako podstawa ograniczenia obrotu udziałami*, [w:] *Obrót udziałami w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, Legalis 2004, rozdz. 3.2.1.1 (<http://www.legalis.pl/>).

³ R.L. Kwaśnicki, M. Koźuchowski, *Skutki uchylenia uchwały wyrażającej zgodę na zbycie udziałów spółki z o.o.*, „Prawo Spółek” 2008, nr 3, s. 17; M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks Spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 3, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 311–312.

nawet na czas nieokreślony. Zobowiązanie to nie będzie miało jednak skutku wobec osób trzecich. Zatem wspólnik, który mimo zobowiązania zbyłby swój udział, odpowiadać będzie tylko przed spółką i jej wspólnikami na ogólnych zasadach prawa cywilnego (art. 471 k.c. i nast.).

Ograniczenie zbywalności nie musi dotyczyć wszystkich udziałów równomiernie mogą odnosić się tylko do części z nich⁴.

Organ wydający zgodę na zbycie

Zgodnie z art. 182 k.s.h., jeżeli umowa spółki nie przewiduje inaczej, zgodę wydaje zarząd. Dyspozytywny charakter tego artykułu dopuszcza zatem przeniesienie kompetencji do udzielenia zgody na inny organ spółki tj. zgromadzenie wspólników czy radę nadzorczą⁵. Od wyrażenia zgody przez spółkę tj. zgody wyrażonej w art. 182 k.s.h. odróżnić należy przyznanie tego uprawnienia konkretnemu wspólnikowi⁶. Ważne jest również, aby w takiej sytuacji określić w umowie spółki, czy uprawnienie to przysługuje konkretnej osobie, czy niejako połączone jest z danym udziałem.

Przyznanie uprawnienia do wydania zgody na zbycie udziału innemu organowi wymaga szczegółowej regulacji w umowie spółki, w szczególności sposobu wyrażenia zgody czy wskazania terminu podjęcia stosownej decyzji. Kodeksowe regulacje znajdują zastosowanie jedynie w przypadku, gdy umowa spółki wyraża obowiązek uzyskania zgody spółki (ewentualnie wskazuje zarząd jako organ prowadzący sprawy i reprezentujący spółkę) nie precyzując żadnych dodatkowych warunków jej uzyskania.

W modelu kodeksowym, wspólnik zwraca się do zarządu z wnioskiem o wyrażenie zgody, najczęściej przedstawiając zawartą już przedwstępłą bądź warunkową umowę zbycia udziału. Zarząd udziela zgody w formie pisemnej.

Jeżeli zarząd odmówi udzielenia zgody, wspólnikowi przysługuje uprawnienie do wystąpienia do sądu rejestrowego z wnioskiem o wyrażenie zgody na zbycie udziału, pod warunkiem wystąpienia ważnych powodów.

Orzecznictwo i doktryna zdefiniowały te sytuacje jako m. in. sytuacja finansowa uniemożliwiająca dokonanie dopłat, złe stosunki majątkowe, choroba, działalność konkurencyjna, nieporozumienia z innymi wspólnikami itp.⁷

⁴ Tak T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, *Kodeks handlowy z komentarzem i skorowidzem*, Księgarnia Naukowa, Łódź 1999.

⁵ Tak A. Szajowski, M. Tarska, *Komentarz do artykułów 151–300*, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych*, t. 2, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 327.

⁶ R.L. Kwaśnicki, M. Kozuchowski, *op. cit.*, s. 17.

⁷ M. Allerhand, *Kodeks handlowy. Komentarz*, wyd. 3, Park, Bielsko–Biała 1998, s. 266.

Problemy pojawiają się w sytuacji, w której wspólnicy na mocy umowy spółki przeniosą kompetencje do udzielania zgody na zgromadzenie wspólników bądź radę nadzorczą i nie uregulują trybu, ani terminu uzyskania zgody.

Zgodnie z literalnym brzmieniem ustawy wydawałoby się, że w takiej sytuacji nie można nawet analogicznie stosować przepisów art. 182 § 3–5 k.s.h. Zgodnie bowiem z art. 182 § 2 k.s.h. – przepisy 182 § 3–5 k.s.h. stosuje się, jeżeli zbycie udziałów uzależnione jest od zgody spółki, chyba że umowa stanowi inaczej.

Charakter prawny zgody

Zgoda udzielana przez spółkę bądź jej organ ma charakter jednostronnej czynności prawnej. Jest to oświadczenie woli, do którego stosować będziemy przepisy art. 60 k.c. i nast.⁸ Oświadczenie to złożone jest z chwilą, gdy zbywca bądź nabywca udziałów może zapoznać się z jego treścią. Odwołanie oświadczenia woli jest skuteczne, jeżeli doszło do adresata jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. Ze względów praktycznych oraz dla celów dowodowych oświadczenie to powinno zostać udzielone w formie pisemnej.

Najistotniejszym aspektem zgody jest fakt, że może ona zostać wyrażona przed zawarciem umowy sprzedaży, jak również po jej zawarciu. Zgoda wyrażona po zawarciu umowy ma moc wsteczną od daty jej zawarcia.

Należy rozważyć w tym miejscu charakter prawny skutków braku udzielenia zgody. Skutki te rozpatrywać możemy w trzech płaszczyznach zobowiązaniowej, ustawowej oraz mieszanej.

W płaszczyźnie zobowiązaniowej należy podnieść, że wymóg uzyskania zgody wprowadzany na podstawie umowy, tworzyłby jedynie zobowiązanie dla stron i nie wpływałby na sytuację prawną nabywcy. Zbycie udziału bez uzyskania zgody w takim przypadku rodziłoby jedynie odpowiedzialność odškodowawczą zbywcy wobec spółki i jej wspólników, co potwierdza również regulacja art. 17 § 3 k.s.h.

W płaszczyźnie ustawowej. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Jako że wymóg uzyskania zgody przez spółkę ma wyraźną podstawą ustawową w art. 182 k.s.h., brak zgody wywoływałby skutek nieważności czynności prawnej.

⁸ Literatura w tym przedmiocie: S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza – część ogólna*, wyd. 10, LexisNexis, Warszawa 2011; Z. Świeboda, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego, cz. 2, Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne*, wyd. 3, LexisNexis, Warszawa 2004; M. Uliasz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2008; *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2008,

Obydwa wyrażone powyżej stanowiska nie dają się jednak pogodzić z celem wprowadzenia regulacji uzyskania zgody, a w drugim z bezpieczeństwem obrotu gospodarczego. Dlatego orzecznictwo wypracowało stanowisko niejako „pomiędzy”. W wyroku z dnia 12 maja 2004 r. Sąd Najwyższy wskazał, że *przepis art. 181 § 1 KH (aktualnie 182 k.s.h.), należy traktować jako przepis uzależniający skuteczność czynności prawnej od zgody osoby trzeciej (spółki). Przyjmowanie bowiem skutku nieważności czynności prawnej nie miałoby dostatecznej podstawy, zaś niedopuszczalna byłaby wykładnia art. 181 § 1 KH pozbawiająca go znaczenia normatywnego⁹.*

Powyższy wyrok potwierdził stanowisko Sądu Najwyższego, że *umowa zbycia udziałów, zawarta bez zezwolenia spółki z o.o. (do udzielenia którego właściwe jest zgromadzenie wspólników), stanowi czynność bezskuteczną, i to zarówno wobec spółki, jak i w stosunkach między stronami. Umowa taka może stać się skuteczna dopiero wtedy, gdy stosowne zezwolenie zostanie udzielone¹⁰.*

Orzecznictwo wyraźnie przyznało zatem możliwość uzyskania zgody po dokonaniu czynności oraz określiło stan, który występuje pomiędzy wyrażeniem zgody a zawarciem umowy jako bezskuteczność zawieszoną.

Odmowa oraz stan zrównany z odmową potwierdzenia

Kluczową zatem kwestią jest okres, przez jaki zgoda ta może zostać udzielona.

Sąd Najwyższy wskazał jedynie zdarzenie, które powoduje ostateczną nieważność umowy zawartej bez wymaganej zgody w wyroku z dnia 16 marca 2006 r. Sąd Najwyższy stwierdził, iż

zgodę spółki na nabycie udziału, wymaganą na podstawie art. 182 k.s.h. w związku z umową spółki, należy ujmować jako zgodę osoby trzeciej w rozumieniu art. 63 k.c. Może więc ona przybrać postać także potwierdzenia, co sprawie, że dopóki potwierdzenie pozostaje aktualne, dopóty umowa zbycia udziału zawarta bez zgody jest czynnością niezupelną („kulejącą”). Umowa zbycia udziału zawarta bez zgody spółki staje się zatem definitywnie nieważna dopiero z chwilą odmowy potwierdzenia lub nastąpienia stanu zrównanego z odmową potwierdzenia¹¹.

Kluczową kwestią staje się rozszyfrowanie dwóch ostatnich zdarzeń tj. chwili odmowy potwierdzenia oraz nastąpienia stanu zrównanego z odmową potwierdzenia.

⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2004 r., sygn. akt (III CK 512/02), LEX 483367. Inaczej S. Rudnicki [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 315.

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 września 1993 r. (II CRN 60/93), OSN 1994, nr 78, poz.159.

¹¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2006 r., sygn.. akt. III CSK 32/06, LEX 231484, tak również Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2007 r., sygn. akt III CSK 311/06, LEX 274197.

Najłatwiejszym rozwiązaniem jest definitywnie wyrażone oświadczenie woli, w postaci uchwały zarządu, rady nadzorczej czy zgromadzenia wspólników. Co jednak w sytuacji, w której organy te nie chcą zająć stanowiska w sprawie. Bardzo łatwo można bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której – na skutek zmian w strukturach właścicielskich spółki – dojdzie do takich zmian osobowych, że w interesie aktualnego składu danego organu nie będzie wyrażenie takiej zgody. Jakie środki służą w takim wypadku wspólnikowi, który zawarł wcześniej umowę sprzedaży udziałów bądź zamierza ją zawrzeć?

W tym miejscu należy wyraźnie podzielić sytuację potencjalnego zbywcy na cztery możliwości.

Pierwsza możliwość to sytuacja, w której nie doszło jeszcze do zbycia udziałów a organem wyrażającym zgodę jest zarząd.

Druga możliwość to sytuacja, w której również nie doszło do zbycia udziałów a organem wyrażającym zgodę jest zgromadzenie wspólników bądź rada nadzorcza.

Trzecia możliwość to sytuacja w której, doszło już do zbycia udziałów, a organem który może potwierdzić tę czynność jest zarząd.

Czwarta możliwość to sytuacja, w której doszło do zbycia udziałów a organem, który może to potwierdzić jest zgromadzenie wspólników bądź rada nadzorcza.

Wezwanie do złożenia oświadczenia woli

W pierwszej kolejności należy rozważyć możliwość wystąpienia do danego organu spółki z wnioskiem o wydanie stosownego oświadczenia woli wraz z określeniem terminu na wydanie takiego oświadczenia. Jerzy Oczkowski cytując R.L. Kwaśnickiego, twierdzi, że okres ten można zracjonalizować tj. np. jeżeli uprawnionym do wyrażenia zgody jest zarząd terminem możliwym do określenia jest np. najbliższe posiedzenie zarządu¹².

Jeżeli na takim posiedzeniu nie zostanie podjęta uchwała można założyć, że nastąpił stan zrównany z odmową udzielenia zgody. Interpretacja ta nie jest pozbawiona pewnych wątpliwości. Nie odpowiada bowiem na pytanie, czy niezamieszczenie w porządku obrad już pierwszego posiedzenia po złożeniu wniosku powoduje stan zrównany z odmową, czy zarząd powinien mieć możliwość zamieszczenia tej sprawy na kolejnym posiedzeniu.

Wydaje się zatem, że uznanie, iż brak zamieszczenia np. w porządku obrad zarządu czy najbliższego zgromadzenia wspólników powoduje stan zró-

¹² J. Oczkowski, *Ograniczenia w rozporządzaniu udziałami w spółce z o.o.*, „Prawo Spółek” 2010, nr 9, s. 50, za: *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, red. R.L. Kwaśnicki, Warszawa 2005, s. 471.

noważony z odmową potwierdzenia nie rozwiązuje problemu, gdyż nie daje jednoznacznej odpowiedzi odmownej. Co więcej w tym kontekście należałoby się również zastanowić nad samymi regułami składania oświadczeń woli. O ile w stosunku do osoby fizycznej przez oświadczenie woli będziemy rozumieć każde zachowanie, się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej, o tyle należy zwrócić uwagę, że kodeks spółek handlowych wyraźnie wskazuje, iż zgromadzenie wspólników wyraża swoje oświadczenie poprzez uchwały podejmowane na zgromadzeniu wspólników. Nadto uchwały te powinny zostać zaprotokołowane, co wskazuje, że oświadczenie to powinny być składane w formie pisemnej. Czy zatem zaniechanie organu tj. zgromadzenia wspólników, może być poczytywane za złożenie oświadczenia woli o braku wyrażenia zgody.

Uważam jednak, że w tym przypadku powinno opowiedzieć się za wykładnią funkcjonalną, niezależną od formy, jaką ustawa przewiduje dla wydania oświadczenia pozytywnego tj. o wyrażeniu zgody. Podobnie bowiem jak ma to miejsce przy osobach fizycznych, jeżeli do ważności czynności prawnej wymagana jest forma szczególna, oświadczenie obejmujące zgodę osoby trzeciej powinno być złożone w tej samej formie. A contrario zatem można wnioskować, że nie ma wymogu szczególnej formy dla oświadczenia, które tej zgody odmawia. Analogicznie powinniśmy zatem wyklądać oświadczenia woli, których wyrazem jest uchwała zgromadzenia wspólników. Wyrażanie zgody musiałoby nastąpić w formie uchwały, brak jej zaś podjęcia można poczytywać za odmowę wyrażenia zgody, mimo iż oświadczenie to nie zostało wyrażone w formie uchwały¹³.

Sytuacja I

Uprzednia zgoda wyrażana przez zarząd

Jeżeli jednak przyjmiemy, że brak umieszczenia przedmiotowej uchwały w najbliższym porządku obrad danego organu powoduje powstanie stanu zrównanego z odmową udzielenia zgody, w sytuacji pierwszej tj. wyrażania

¹³ Inaczej R.Uliaz: „Jeżeli przedmiotem udzielającym zgody [o której mowa w art. 182 k.s.h.] jest podmiot inny niż zarząd, to do ważności zgody konieczne jest zachowanie takiej formy, jaka przewidziana jest dla dokonania danego rozporządzenia udziałem” w: *idem*, *Kilka uwag dotyczących zastawu na udziałach w sp. z o.o.*, „Nowy Przegląd Notarialny” 2006, nr 1; także R.L. Kwaśnicki: „Tym niemniej słusznym wydaje się przyjęcie poglądu o obowiązywaniu tego wymogu (art. 2 k.s.h. w zw. z art. 63 § k.c.) W konsekwencji można przyjąć, iż jeżeli brak jest przepisu szczególnego, do wyrażenia zgody na zbycie udziałów konieczne jest wyrażenie zgody w formie z notarialnie poświadczonymi podpisami (art. 180 k.s.h.) lub wyższej (np. aktu notarialnego)” w: *idem*, *Skutki uchylenia uchwały wyrażającej zgodę na zbycie udziałów spółki z o.o.*, „Prawo Spółek” 2008, nr 3, s. 18; jak również J. Oczkowski: „(...) powinna być wyrażona w formie pisemnej. Jest to forma zastrzeżona ad probationem. Należy zatem wnioskować, że odmowa wyrażenia zgody także powinna zostać wyrażona w formie pisemnej” w: *idem*, *Ograniczenia...*, *op. cit.*, s. 49.

zgody przez zarząd, otworzyłyby nam to drogę do wystąpienia z powództwem z art. 182 § 3 k.s.h.

Roszczenie do sądu rejestrowego o wydanie zgody z art. 182 § 3 k.s.h.

Przepis ten przewiduje bowiem uprawnienie dla wspólnika, któremu zgody odmówiono do wystąpienia z roszczeniem o udzielenie zgody przez sąd rejestrowy. Warunkiem udzielenia takiej zgody jest istnienie ważnych powodów. Wydaje się, ocena ważnych powodów przez sąd powinna mieć na uwadze nie tylko okoliczności występujące po stronie wspólnika, ale przede wszystkim po stronie spółki.

Roszczenie to rozpatrywane będzie przez sąd rejestrowy jednakże nie jest sprawą rejestrową i nie jest rozpoznawane w postępowaniu rejestrowym¹⁴.

Należy zważyć, jednak na ograniczenie, jakie niesie za sobą sformułowanie tego przepisu. Cześć doktryny opowiada się za uznaniem, że przepis ten może stanowić podstawę roszczenia jedynie w sytuacji, w której umowa spółki uprawnia do wydania zgody na zbycie udziału przez zarząd i na dodatek nie precyzuje żadnych dodatkowych wymogów, przez co zastosowanie znajdą jedynie regulacje kodeksowe. Nie może on zatem znaleźć zastosowania w przypadku, gdy kompetencje do wyrażenia zgody przeniesione zostały na inny organ np. zgromadzenie wspólników lub radę nadzorczą¹⁵.

Sytuacja II

Upřednia zgoda wyrażana przez zgromadzenie wspólników bądź radę nadzorczą

Jakie roszczenia będą zatem przysługiwać wspólnikowi, który chce zawrzeć umowę sprzedaży udziałów, a zgodnie z umową spółki zgodę na tę czynności wyraża zgromadzenie wspólników lub rada nadzorcza.

Powództwo o wydanie zastępczego oświadczenia woli

Jak wskazuje orzecznictwo jednym z pomysłów na wypełnienie tej luki byłoby wstąpienie z powództwem o wydanie zastępczego oświadczenia woli.

Jednakże ze względów, o których mowa poniżej nie można uznać, że roszczenie takiego byłoby zasadne.

¹⁴ Patrz: J.P. Naworski, R. Potrzebszcz, *Komentarz do kodeksu spółek handlowych. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, LexisNexis, Warszawa 2001, s. 258 i powołane tam orzecznictwo.

¹⁵ Tak J. Oczkowski, *Ograniczenia...*, *op. cit.*, s. 57.

W pierwszej kolejności należałoby wskazać materialnoprawną przesłankę takiego roszczenia albowiem artykuł 64 k.c. może mieć zastosowanie tylko wówczas, gdy istnieje:

cywilnoprawny obowiązek dokonania określonej czynności prawnej (złożenia oświadczenia woli). Z obowiązkiem tym musi być skorelowane odpowiednie uprawnienie drugiej strony o charakterze roszczenia cywilnoprawnego. Przesłanka ta jest spełniona, gdy możliwe jest określenie konkretnej treści oświadczenia woli, które ma być złożone przez zobowiązanego¹⁶,

przy czym treść konkretnej czynności powinna wynikać z ustawy bądź innej z czynności prawnej¹⁷.

Należy zatem rozważyć, czy art. 182 § 1 k.s.h. w związku z odpowiednimi uregulowaniami umowy spółki stanowi materialnoprawną przesłankę do tego roszczenia. O ile powyższe wydaje się być nietrudne do obronienia, o tyle problemy pojawić mogą się przy określeniu konkretnej treści tego oświadczenia woli.

Tym samym zgodzić się należy z orzeczeniem Sądu Apelacyjnego w Warszawie, który stwierdził iż:

art. 64 k.c. nie uprawnia sądu do wydania zezwolenia na przeniesienie udziału w spółce z o.o. i nie może prowadzić do zobowiązania spółki do złożenia oświadczenia woli zastępującego owo zezwolenie w sytuacji, gdy nie istnieje źródło takiego obowiązku spółki w umowie bądź przepisie prawa¹⁸.

Wobec powyższego uznanie powództwa o złożenie zastępczego oświadczenia woli wydaje się być ograniczone jedynie do sytuacji, w których w umowie spółki przewidziano warunki na których powinno to nastąpić. Co więcej warunki te powinny być obiektywne, tak aby z każdego z nich wynikał bezpośredni obowiązek do wyrażenia zgody w momencie jego ziszczenia.

Odpowiednie stosowanie art. 182 § 3 k.s.h.

Wykluczając powództwo z art. 64 k.c. w zw. z art. 1047 k.p.c. dochodzimy do sytuacji, w której współnikowi obowiązanemu do uzyskania zgody zgro-

¹⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 5 lutego 2009 r. syn. akt. I ACa 39/09, LEX nr 518092.

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2000 r. sygn.. akt. II CKN 683/98, LEX nr 466001: „Przepis art. 64 k.c. przewiduje, że prawomocne orzeczenie sądu stwierdzające obowiązek danej osoby do złożenia oznaczonego oświadczenia woli, zastępuje to oświadczenie. Przepis ten nie stanowi jednak podstawy materialnoprawnej takiego roszczenia. Roszczenie jest uzasadnione tylko wtedy, gdy pozwany nie składa oznaczonego oświadczenia woli, mimo że jego zobowiązanie do tego wynika bądź z czynności prawnej, bądź z przepisów prawa”.

¹⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 11 lipca 2007, I ACa 332/2007 – niepublikowany.

madzenia wspólników lub rady nadzorczej, nie przysługuje żadne roszczenie i staje się on niejako „więźniem spółki”. W mojej ocenie, sytuacji tej nie da się pogodzić z podstawowymi zasadami kodeksu spółek handlowych, a w szczególności z naturą stosunku spółki, który z zasady jest stosunkiem umownym i dobrowolnym.

Wobec powyższego uważam, że trafne jest w takiej sytuacji stanowisko K. Osajdy, który, opowiada się za możliwością analogicznego stosowania art. 182 § 3 k.s.h. Opinie swoją opiera on na językowej wykładni sformułowania „zgody odmówiono”, które pozwala na twierdzenie, iż wystąpienie do sądu rejestrowego jest dopuszczalne w przypadku odmowy udzielenia zgody przez jakikolwiek kompetentny organ¹⁹.

Sytuacja III i IV

Następcze wyrażanie zgody przez zarząd lub walne zgromadzenie bądź radę nadzorczą

Wobec powyższego oraz przytaczanego już orzecznictwa, a w szczególności wyroku Sądu Apelacyjnego z Warszawy, który stwierdził, że:

*art. 182 k.s.h. nie daje przyszanemu nabywcy uprawnienia do wystąpienia do Sądu Rejestrowego o wydanie zezwolenia po dokonaniu czynności prawnej mającej na celu przeniesienie udziału (tj. zezwolenia ze skutkiem wstecznym)*²⁰

należy uznać umowę zawartą bez wymaganej zgody zarządu za nieważną.

Ten sam skutek wywołuje odmowa wyrażenia zgody przez walne zgromadzenia lub radę nadzorczą zgodnie z cytowanym już orzeczeniem:

*Umowa zbycia udziału zawarta bez zgody spółki staje się zatem definitywnie nieważna dopiero z chwilą odmowy potwierdzenia lub nastąpienia stanu zrównanego z odmową potwierdzenia*²¹.

W takiej sytuacji wspólnik, który będzie chciał doprowadzić do zbycia swojego udziału powinien najpierw wystąpić do danego organu spółki wyznaczając mu odpowiedni termin na potwierdzenie zawartej już umowy. Jeżeli organ odmówi jej potwierdzenia, lub nie podejmie żadnej czynności w wyznaczonym terminie, wraz z jego upływem zawarta umowa stanie się

¹⁹ Tak K. Osajda w: *idem, Kodeks spółek handlowych w orzecznictwie Sądu Najwyższego w I półroczu 2004*, „Glosa. Prawo gospodarcze w orzeczeniach i komentarzach” 2005, nr 2, s. 18.

²⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 11 lipca 2007, I ACa 332/2007, inaczej A. Kidyba, w: *idem, Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 1, *Komentarz do art. 1–300 K.S.H.* wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2007, s. 723.

²¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2006 r., sygn. akt. III CSK 32/06, LEX 231484, tak również Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2007 r., sygn. akt III CSK 311/06, LEX 274197.

nieważna, co istotne ze skutkiem *ex tunc*. Umowa ta nie wywołała zatem żadnych skutków prawnych.

Następnie wspólnik zobowiązany będzie kolejny raz wystąpić do danego organu tym razem z prośbą o wyrażenie uprzedniej zgody na zawarcie takiej samej umowy. Tym razem jednak odmowa bądź brak reakcji organu będzie miał zupełnie inny skutek, mianowicie wspólnik uprawniony będzie do wystąpienia z powództwem z art. 182 § 3 k.s.h.

Nieco na marginesie należy wspomnieć, że uznanie danej umowy za nieważną rodzi również konsekwencje prawne dla spółki. Zbywcy przysługują przecież pełne prawa udziałowe, w tym prawo do dywidendy czy udziału w zgromadzeniach wspólników (inną kwestią jest, czy wspólnik zawiadomił taką spółkę o transakcji w trybie art. 187 k.s.h., problem tego zawiadomienia nie jest jednak przedmiotem niniejszego artykułu). Spółka będzie zatem miała obowiązek zawiadamiania danego wspólnika, m.in. o zgromadzeniach wspólników. W przeciwnym razie, wspólnikowi służyć będzie prawo do wniesienia powództwa o uznanie nieważności bądź uchylene uchwał zgromadzenia wspólników.

Podsumowanie

Wydaje się zatem, że już niestety nie po raz pierwszy, nasz ustawodawca nie do końca przewidział konsekwencje swoich działań.

Wprowadzając bowiem art. 182 § 1 k.s.h. zezwolił na ustanowienie ograniczeń w zbywaniu udziałów nie zważając na konsekwencje takiej możliwości. Bowiem co do zasady naruszenie postanowień umowy spółki rodzi odpowiedzialność odszkodowawczą. Jednakże zarówno doktryna, jak i orzecznictwo rozszerzyło niejako skuteczność postanowień umowy w zakresie, w jakim odnoszą się do ograniczeń zbycia udziałów. Konsekwencją naruszenia tych postanowień bowiem, może być nawet nieważność umowy sprzedaży udziałów. Nie można zaakceptować sytuacji, w której dobrowolne wstąpienie w węzeł obligacyjny, jakim niewątpliwie jest stosunek spółkowy, spowoduje powstanie stanu nie rozwiązywalnego, ze względu na luki ustawodawcze. Nie może ująć również uwadze fakt, że osoby które najczęściej zakładają spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, nie są profesjonalistami i nie potrafią przewidzieć konsekwencji (często dla nich skomplikowanych) zapisów umowy spółki.

Praktyka zatem wymusza odnalezienie wyjścia z tak przedstawionego stanu prawnego. Według mojej oceny przepisy powinny być interpretowane funkcjonalnie, powinny bowiem wychodzić na przeciw obrotowi gospodar-

czemu. Dlatego też, podzielałam pogląd o możliwości odpowiedniego stosowania art. 182 § 3 k.s.h. do sytuacji, w której umowa spółki przewiduje inne niż określone w kodeksie sposoby wyrażenia zgody na zbycie udziałów.

Tym samym uważam, że niezależnie od sformułowania postanowień umowy spółki, w sytuacji w której dany organ odmawia wyrażenia zgody na zbycie udziałów, wspólnikowi należy udzielić ochrony sądowej i przyznać uprawnienie do wystąpienia z powództwem z art. 182 § 3 k.s.h.

Konkludując, uprzednia odmowa wyrażenia zgody wobec rozszerzonej skuteczności postanowień umowy w tym zakresie, powinna niezależnie od konfiguracji (zarząd/walne zgromadzenie/rada nadzorcza) dawać możliwość wystąpienia do sądu o jej wyrażenie.

Natomiast następcza odmowa wyrażenia zgody, niezależnie od organu, który zobowiązany jest do jej wydania, prowadzić będzie zawsze do nieważności zawartej umowy sprzedaży udziałów i tym samym otwierać drogę do wystąpienia o uprzednią zgodę na zawarcie kolejnej takiej samej umowy. Takie rozwiązanie gwarantuje wspólnikowi ochronę sądową i tym samym realizuje zasadę swobody rozporządzania udziałami w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością.

Abstract

Consequences of the failure to grant a company permission to sell the shares

The article presents the problem of efficiency of provisions limiting the possibility of selling shares in a limited liability company. The author especially emphasises the cases when such a consent was not given, and/or when the organ obliged to give it undertakes no actions in the area. The article presents the consequences of both refusal to grant a permit before the conclusion of the share sales agreement and after such an agreement has been concluded. Moreover, it distinguishes the situations in which the provisions of the code apply directly, i.e. when the managing board expresses the consent, from the cases where the competency has been transferred to another organ, e.g., the general meeting of the supervisory council. The author believes that, independent of contractual regulations, should the company refuse such a consent, a partner should always retain the right to take a legal action to be awarded such consent.

Źródła

Orzecznictwo

1. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 5 lutego 2009 r. syn. akt. I ACa 39/09, LEX nr 518092.
2. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 11 lipca 2007, I ACa 332/2007.
3. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 września 1993 r. (II CRN 60/93), OSN 1994, nr 78, poz.159.
4. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2000 r. sygn.. akt. II CKN 683/98, LEX nr 466001.
5. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2004 r. sygn. akt (III CK 512/02), LEX 483367.
6. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2006 r., sygn.. akt. III CSK 32/06, LEX 231484.
7. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2006 r., sygn.. akt. III CSK 32/06, LEX 231484.
8. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2007 r., sygn. akt III CSK 311/06, LEX 274197.

Literatura

1. Allerhand M., *Kodeks handlowy. Komentarz*, wyd. 3, Park, Bielsko-Biała 1998.
2. Dmowski S., Rudnicki S., *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza – część ogólna*, wyd. 10, LexisNexis, Warszawa 2011.
3. Dziurzyński T., Fenichel Z., Honzatko M., *Kodeks handlowy z komentarzem i skrowidzem*, Księgarnia Naukowa, Łódź 1999.
4. Herbert A., *Obrót udziałami w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, Legalis 2004 (<http://www.legalis.pl/>).
5. *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2008.
6. Kwaśnicki R.L., Kożuchowski M., *Skutki uchylenia uchwały wyrażającej zgodę na zbycie udziałów spółki z o.o.*, „Prawo Spółek” 2008, nr 3.
7. Kwaśnicki R.L., *Skutki uchylenia uchwały wyrażającej zgodę na zbycie udziałów spółki z o.o.*, „Prawo Spółek” 2008, nr 3.
8. Naworski J.P., Potrzeszcz R., *Komentarz do kodeksu spółek handlowych. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, LexisNexis, Warszawa 2001.
9. Nimitkiewicz J., *Kodeks handlowy, Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z komentarzem i skrowidzem rzeczowym*, Księgarnia Naukowa, Łódź 1999.
10. Oczkowski J., *Ograniczenia w rozporządzaniu udziałami w spółce z o.o.*, „Prawo Spółek” 2010, nr 9.
11. Osajda K., *Kodeks spółek handlowych w orzecznictwie Sądu Najwyższego w I półroczu 2004*, „Głos. Prawo gospodarcze w orzeczeniach i komentarzach” 2005, nr 2.
12. Piątak P., *Brak zgody zarządu na zbycie udziałów spółki z o.o. w wykonaniu umowy przedwstępnej sprzedaży udziałów z zastrzeżeniem zadatku*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 10.
13. Rodzynkiewicz M., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 3, LexisNexis, Warszawa 2009.

14. Sołtysiński S., Szajkowski A., Szumański A., Szwaja J., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do artykułów 151–300*, t. 2, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2005.
15. *Prawo spółek kapitałowych. System Prawa Prywatnego*, t. 17A, red. S. Sołtysiński, C.H. Beck, Warszawa 2010.
16. Świeboda Z., *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego, cz. 2, Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne*, wyd. 3, LexisNexis, Warszawa 2004.
17. Uliasz M., *Kodeks Postępowania cywilnego. Komentarz*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2008.
18. Uliasz R., *Kilka uwag dotyczących zastawu na udziałach w sp. z o.o.*, „Nowy Przegląd Notarialny” 2006, nr 1.
19. Kidyba A., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 1, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.

Katarzyna Banasik

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Stalking w austriackim prawie karnym

1. Geneza przestępstwa

Nowy typ czynu zabronionego penalizujący zachowania zwane „stalkin-
giem” został wprowadzony do kodeksu karnego ustawą z 2006 roku¹. We-
dług pierwotnego projektu (z października 2005) przestępstwo to miało
nazywać się „naruszeniem prowadzenia życia” (*Beeinträchtigung der Le-
bensführung*) i było zapisane jako przestępstwo materialne (*Erfolgsdelikt*),
które do dokonania wymagałoby nastąpienia skutku². Skutkiem byłoby
rzeczywiste naruszenie prowadzenia życia przez inną osobę – takie, że nie
można byłoby od niej wymagać, aby je znosiła (*unzumutbare*). Ostatecz-
nie utworzono jednak formalny typ czynu zabronionego (*Tätigkeitsde-
likt*), będący względem naruszenia prowadzenia życia przez inną osobę
przestępstwem abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo (*potentiel-*

¹ Weszła w życie w dniu 1 lipca 2006 r. za: *Strafrechtsänderungsgesetz* 2006, BGBl I 2006/56. Na temat konieczności wprowadzenia nowego typu przestępstwa zob. P. Velten, *Stalking*, JSt (Journal für Strafrecht) 2003, s. 192–195 – autorka doszła do wniosku, że w wypadkach tzw. lekkiego stalkingu istnieją luki w karalności, które powinny zostać zamknięte przez odrębny typ czynu zabronionego. Podobny pogląd wyraziła I. Mitgutsch, *Die geplante „Stalking” – Bestimmung des § 107a StGB*, JSt 2006, s. 11. Wątpliwości natomiast wyrazili H. Fuchs i S. Reindl – *Krauskopf* (Strafrecht. Besonderer Teil I, wyd. 3, Springer, Wien–NewYork 2009, s. 74), stwierdzając, że głównym powodem wprowadzenia nowego typu czynu zabronionego było nie tyle ukaranie sprawcy, co umożliwienie wkroczenia policji (podjęcia przez policję odpowiednich środków).

² K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, wyd. 2, 15b. Lieferung (Austauschheft November 2010), Wien 2010, Kommentar zu § 107a, s. 51; E. Wach, [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. System und Praxis*, Band 2, 18. Lieferung (Mai 2008), Kommentar zu § 107a, s. 4; I. Mitgutsch, *Die geplante...*, s. 11–12; I. Mitgutsch, *Strafrechtliche Aspekte des „Anti – Stalking – Pakets” 2006*, RZ (Richterzeitung) 2006, s. 186–188.

les Gefährdungsdelikt)³. Nowe przestępstwo otrzymało oficjalną nazwę *beharrliche Verfolgung*⁴, co oznacza „uporczywe prześladowanie”. Nowa nazwa uwypukla punkt ciężkości bezprawia, leżący w zachowaniu sprawcy⁵. Termin z języka angielskiego (*Stalking*) znajduje również zastosowanie, zarówno w języku prawniczym, jak i potocznym.

W literaturze wspomina się, że nowy typ przestępstwa wprowadzono wzorem zagranicznych prawodawstw, a powodem ku temu był kryminologiczny fenomen, znany od wielu lat w Stanach Zjednoczonych Ameryki, a od kilkuastu lat również w krajach europejskich⁶. W poszczególnych stanach USA ustawy antystalkingowe funkcjonują od 1993 roku. W tym samym roku odpowiednio przepisy wprowadziła Kanada i część Australii. Japonia wprowadziła karalność stalkingu w 2000 roku. W Europie pierwsze karnoprawne instrumenty zwalczania stalkingu pojawiły się w 1997 roku w Wielkiej Brytanii i Irlandii. Adekwatne typy czynów zabronionych istnieją również między innymi w Belgii (od 1998, w Holandii (od 2000) i w Niemczech (przestępstwo zwane „*Nachstellung*”, wprowadzone ustawą z 2007)⁷.

2. Aspekty kryminologiczne

Termin *stalking* pochodzi z języka, jakim posługują się myśliwi i określa napieranie na dziczyznę (*Heranpirschen an das Wild*)⁸.

Zjawisko stalkingu jest fenomenem znanym od dawna. Można uznać, że stalkinguprawiała głównabohaterka powieści autorstwa Agaty Christie po tytule *Death on the Nile* z 1937 roku, która prześladowała swego byłego narzeczonego i jego nową żonę⁹.

W kryminologii istnieją różne typologie stalkerów (sprawców stalkingu). Od lat znani są tak zwani „fani – stalkerzy”. Ta kategoria stalkerów znana jest

³ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 51–52; G. Heissenberger, *Straf- und zivilrechtliche Aspekte der „Beharrlichen Verfolgung” gem § 107a StGB*, AnwBl (Österreichisches Anwaltsblatt) 2006, s. 639.

⁴ Przestępstwa stypizowane w austriackim kodeksie karnym posiadają legalne nazwy. Nie są to, tak jak w Polsce, nazwy nadane przez wydawcę kodeksu. Niniejszą nazwę zaproponował profesor uniwersytetu w Salzburgu Kurt Schmoller (zob. I. Mitgutsch, *Strafrechtliche...*, s. 186).

⁵ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 52.

⁶ *Ibidem*, s. 51; A. Wolfrum, D. Dimmel, *Das „Anti – Stalking – Gesetz”*, ÖJZ (Österreichische Juristenzeitung) 2006, s. 476–477.

⁷ E. Wach, *Salzburger...*, s. 6–7; P. Velten, *Stalking*, s. 189–192.

⁸ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 52; A. Wolfrum, D. Dimmel, *Das „Anti – Stalking – Gesetz”*, s. 475. „Stalker” to pojęcie przyjęte przede wszystkim w Szkocji, pochodzące z języka galickiego (zob. H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *Strafrecht...*, s. 74).

⁹ P. Velten, *Stalking*, s. 159.

ogółowi społeczeństw przede wszystkich z medialnych doniesień o prześladowaniu amerykańskich gwiazd filmowych i estradowych. Szacuje się, że najczęściej występują jednak tak zwani „stalkerzy – *ex* – partnerzy”. Stanowią oni około 50% sprawców. Są to przypadki, w których sprawca nie może pogodzić się z zerwaniem związku i walczy o odzyskanie partnera albo chce się na nim zemścić. Te przypadki stalkingu wychodzą na jaw często w związkach z procesami rozwodowymi. Poza tym istnieją również „stalkerzy z zemsty”, nie mający konotacji uczuciowych, a motywowani sporami sąsiedzkimi lub prawnymi¹⁰.

W literaturze zauważa się, że przypadki „fanów – stalkerów” nie stanowią zasadniczego problemu, ponieważ posiadanie fanatycznych fanów uznawane jest za oznaką zawodowego sukcesu, a sami prominenci mają wystarczające środki, aby się obronić. Godne obrony są natomiast inne osoby¹¹.

Wyróżnia się stalkerów–erotomanów, stalkerów z innymi psychotycznymi zakłóceniami i „przymusowych” prześladowców¹². Według innego ujęcia można mówić o następujących kategoriach stalkerów: „odrzucony” (*rejected*), „szukający bliskości” (*intimacy seeking*), „niezdolny społecznie” (*incompetent*), „szukający zemsty” (*resentful*), „opanowujący, stosujący przemoc, planujący napady seksualne” (*predatory*)¹³.

Badania przeprowadzone w 1998 roku w USA wykazały, że 8% zapytanych kobiet i 2% zapytanych mężczyzn raz w życiu stało się ofiarą stalkingu. Badanie przeprowadzone w Wielkiej Brytanii wskazało na podwójnie wyższy odsetek takich osób¹⁴.

Ponadto badania wykazały, że okres trwania zachowania stalkera wynosi przeciętnie: w USA 1,8 roku; w Australii 2 lata; w Holandii 48 miesięcy; w Niemczech od poniżej jednego roku do dwóch lat (w zależności od badania)¹⁵.

Stalking może zmienić życie ofiary. Zachowanie sprawcy może doprowadzić do psychicznych lub fizycznych następstw u ofiary, jak również do zmian w jej stosunkach społecznych. Do następstw psychicznych stalkingu należą między innymi: obawa, uczucie bezradności, myśli samobójcze, stan nerwowego napięcia, podwyższona irytacja. Wśród skutków fizjologicznych wymienia się przykładowo zakłócenia snu, zakłócenia jedzenia, bóle głowy, dolegliwości żołądkowe. Społeczne zmiany u ofiary to na przykład

¹⁰ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 51.

¹¹ Tak K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 52.

¹² E. Wach, *Salzburger...*, s. 9.

¹³ A. Sadoghi, *Stalking – eine differenzierte Betrachtung dogmatischer Probleme*, AnwBl 2007, s. 340–341; P. Velten, *Stalking*, s. 160–161.

¹⁴ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 52.

¹⁵ E. Wach, *Salzburger...*, s. 9–10; P. Velten, *Stalking*, s. 159.

generalna nieufność w stosunku do ludzi, kryzys w związku z partnerem spowodowany zmianą osobowości ofiary, utrata kontaktów towarzyskich w efekcie „zamknięcia się ofiary w sobie”, mniejsza wydajność w pracy zawodowej. Stalking oddziałuje z reguły na sposób życia ofiary. Ofiara tworzy różne strategie obronne i podejmuje różne środki ochronne, na przykład kupuje gaz łzawiący, instaluje alarm, nie odsłania zasłon lub zabarykadowuje się w swoim mieszkaniu, nie wychodzi sama z domu lub nie odwiedza ulubionych lokali, zmienia miejsce robienia zakupów. Może dojść do zmiany miejsca pracy lub zamieszkania, nawet do przeprowadzki do innego miasta. Następstwem stalkingu może być zatem izolacja i całkowita zmiana sytuacji życiowej¹⁶.

3. Typizacja stalkingu

Przestępstwo uporczywego prześladowania zostało umiejscowione w rozdziale zatytułowanym „karalne czynności przeciwko wolności” (*Strafbare Handlungen gegen die Freiheit*).

Chronionym przez to przestępstwo dobrem prawnym jest wolność kierowania swoją wolą (*Willensbetätigung*) w znaczeniu wolności ukształtowania prowadzenia życia według swojej woli¹⁷. Innymi słowy, celem ochrony jest strzeżenie osobistego kształtowania życia przed zagrożeniami i naruszeniami¹⁸. Inaczej formułując, analizowane przestępstwo chroni wolność jednostki do decydowania, z kim chce ona utrzymywać prywatne kontakty¹⁹. Na podstawie systemowego uporządkowania nowego przepisu wyciąga się wnioski, że ten nowy typ ma na celu również ochronę bycia wolnym przed obawą. Wedle innego poglądu chodzi tu o ochronę sfery prywatności, w ramach której chroniona jest wolność woli²⁰.

Stalking został stypizowany w § 107a StGB²¹ (*Strafgesetzbuch* – kodeks karny). Przepis ten ma następujące brzmienie:

(1) Wer eine Person widerrechtlich beharrlich verfolgt (Abs. 2), ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen.

¹⁶ P. Velten, *Stalking*, s. 161–162; E. Wach, *Salzburger...*, s. 10; A. Wolfrum, D. Dimmel, *Das „Anti – Stalking – Gesetz”*, s. 475.

¹⁷ Por. D. Kienapfel, H.V. Schroll, *Studienbuch. Strafrecht. Besonderer Teil. Band I. Delikte gegen Personenwerte*, wyd. 2, Wien 2008, s. 278.

¹⁸ H. Wegscheider, *Strafrecht. Besonderer Teil*, wyd. 3, Wien 2009, s. 146.

¹⁹ Tak E. Wach, *Salzburger...*, s. 5.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen*, BGBl 1974/60.

Kto inną osobę bezprawnie uporczywie prześladowuje (ustęp 2), podlega karze pozbawienia wolności do jednego roku.

(2) Beharrlich verfolgt eine Person, wer in einer Weise, die geeignet ist, sie in ihrer Lebensführung unzumutbar zu beeinträchtigen, eine längere Zeit hindurch fortgesetzt,

Uporczywie prześladowuje inną osobę ten, kto przez dłuższy czas, w sposób mogący w stopniu niewymagalnym do znoszenia naruszyć jej prowadzenie życia,

1. *ihre räumliche Nähe aufsucht,*
wyszukuje jej przestrzennej bliskości,

2. *im Wege einer Telekommunikation oder unter Verwendung eines sonstigen Kommunikationsmittels oder über Dritte Kontakt zu ihr herstellt,*
„tworzy do niej” kontakt w drodze środków telekomunikacyjnych lub przez zastosowanie pozostałych środków komunikacyjnych albo przez osobę trzecią,

3. *unter Verwendung ihrer personenbezogenen Daten Waren oder Dienstleistungen für sie bestellt oder*
przy użyciu jej danych osobowych zamawia dla niej towary lub usługi albo

4. *unter Verwendung ihrer personenbezogenen Daten Dritte veranlasst, mit ihr Kontakt aufzunehmen.*
przy użyciu jej danych osobowych skłania osobę trzecią do nawiązania z nią kontaktu.

W literaturze zauważa się, że w opisie normatywnym analizowanego przestępstwa zawarto wiele pojęć niedookreślonych. W związku z tym wyraża się wątpliwość co do zgodności tego przepisu z konstytucją z uwagi na nakaz określoności (*Bestimmtheitsgebot*), czyli zasadę *nulla poena sine lege stricta*²². W wątpliwość poddano też niezbędność tego przepisu z uwagi na zasadę *ultima ratio* prawa karnego. Zaakcentowano, że umożliwi on szerokie pole uznaniowości (*Ermessensspielraum*). Stwierdzono nawet stanowczo,

²² Zob. K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 53; Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I (§§ 75 bis 168e StGB)*, wyd. 11, Wien 2010, s. 116; E. Wach, *Salzburger...*, s. 11; I. Mitgutsch, *Ausgewählte Probleme der Freiheitsdelikte – Beharrliche Verfolgung und fortgesetzte Gewaltausübung*, [w:] I. Mitgutsch (Hrsg.), W. Wessely (Hrsg.), *Strafrecht. Besonderer Teil. Jahrbuch 2010*, Wien–Graz 2010, s. 29–32; A. Sadoghi, *Stalking...*, s. 340.

że analizowana regulacja ustawowa jest nadużyciem prawa karnego (*Missbrauch des Strafrechts*), które powinno zostać pilnie skorygowane przez zawężenie pola uznaniowości²³.

Ustawa nie przewiduje typów kwalifikowanych uporczywego prześladowania. W doktrynie wyrażano stanowisko, że zasadne byłoby wprowadzenie typu kwalifikowanego przez następstwo w postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Pozwoliłoby to odzwierciedlić specyficzny, „stalkingowy” kontekst, w którym doszło do danego uszczerbku²⁴.

4. Strona przedmiotowa stalkingu

4.1. Uwagi ogólne

Przedmiotowe przestępstwo jest deliktem powszechnym (*Allgemeindelikt*). Jego sprawcą może być zatem każdy człowiek²⁵.

Ofiarą stalkingu może być również każdy człowiek, jako że ustawodawca określając obiekt czynu (przedmiot czynności wykonawczej) użył znamienia *eine Person* (osoba), bez wskazania na jej płeć. Bezspornie ofiarą może stać się zarówno kobieta, jak i mężczyzna. Badania wykazały, że w większości przypadków ofiarami są jednak kobiety²⁶. Niektórzy akcentują, że ofiarą może być człowiek mający minimum wolności kształtowania swego życia²⁷.

Zachowanie sprawcy polega na „uporczywym prześladowaniu” (*beharrliche Verfolgung*). Znamię to ma legalną definicję w ustępie drugim przepisu, w którym opisano cztery sposoby zachowania sprawcy. W tych czterech punktach ustępu drugiego opisano kwantytatywne (ilościowe) i jakościowe (jakościowe) przesłanki, jakim musi odpowiadać dany sposób popełnienia czynu²⁸. Wyliczenie zawarte w § 107a ust. 2 StGB ma charakter taksatywny²⁹. W literaturze podkreśla się, że celowo nie posłużono się klauzulą generalną,

²³ Tak A. Birklbauer, M.J. Hilf, A. Tipold, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, Wien 2011, s. 164–165.

²⁴ Tak I. Mitgutsch, *Die geplante...*, s. 15.

²⁵ E. Wach, *Salzburger...*, s. 10.

²⁶ Por. E. Wach, *Salzburger...*, s. 10. Charakterystyczne jest, że karnoprawną problematyką stalkingu w Austrii zajmują się głównie kobiety (i to raczej młode). To kobiety w znacznie przeważającej mierze są autorkami monografii (np. K. Beclin) oraz artykułów w czasopismach naukowych (np. A. Wolfrum, D. Dimmel, I. Mitgutsch, A. Sadoghi, P. Velten). Autorami komentarzy i podręczników do części szczególnej prawa karnego są oczywiście również mężczyźni.

²⁷ A. Birklbauer, M.J. Hilf, A. Tipold, *Strafrecht...*, s. 164.

²⁸ E. Wach, *Salzburger...*, s. 11.

²⁹ Zob. np. H. Bachner-Foregger, *Strafgesetzbuch (mit kurzen Erläuterungen)*, wyd. 23, Wien 2010, s. 128.

gdyż taki opis karalnego zachowania byłby sprzeczny z konstytucją z powodu braku określoności³⁰.

Wszystkie cztery relewantne prawnie zachowania sprawcy mają dwie wspólne przesłanki. Pierwszą z nich jest kontynuowanie zachowania przez dłuższy czas (*fortgesetztes Verhalten über eine längere Zeit*) – jest to przesłanka kwantytatywna. Drugą przesłanką, przesłanką jakościową, jest zdatność tego zachowania do naruszenia danej osoby w jej prowadzeniu życia (*Eignung zur Beeinträchtigung der Lebensführung*), przy czym to naruszenie ma być „niewymagalne” (*unzumutbar*), to znaczy nie można oczekiwać od tej osoby, aby je znosiła. Obie te przesłanki decydują o uznaniu zachowania sprawcy za uporczywe.

Wymienione w ustawie sposoby zachowania sprawcy są prawnie równoważące. Czyn opisany w § 107a StGB jest „alternatywnym deliktem mieszanym” (*alternatives Mischdelikt*)³¹. Te cztery sposoby postępowania sprawcy nie dają się od siebie jasno odgraniczyć i takie odgraniczenie nie jest konieczne. W wielu konstelacjach przypadków sprawca urzeczywistnia jednocześnie dwa lub kilka znamion określających czynność sprawczą³².

Stalking w austriackim prawie karnym jest przestępstwem formalnym (*schlichtes Tätigkeitsdelikt*)³³. Do jego dokonania nie jest konieczne rzeczywiste „naruszenie ofiary” w jej prowadzeniu życia. Niezbędne jest jednak nastąpienie pewnego skutku (*Zwischenerfolg*), wynikającego łącznie z poszczególnych czynności stalkingowych. Czynności podjęte przez sprawcę mają doprowadzić do skutku w postaci niemile widzianej przez ofiarę sytuacji, na przykład znajdowania się sprawcy w bezpośredniej bliskości fizycznej ofiary, dostarczenie towarów do domu ofiary lub nawiązanie kontaktu telefonicznego z ofiarą przez osobę trzecią³⁴. W literaturze podkreśla się, że w praktyce jako miarodajne dla przyjęcia stalkingu uznaje się rzeczywiste naruszenie prowadzenia życia i reakcję

³⁰ Tak K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 53.

³¹ A. Wolfrum, D. Dimmel, *Das „Anti – Stalking – Gesetz”*, s. 479–480; G. Heissenberger, *Straf- und zivilrechtliche...*, s. 640–641; I. Mitgutsch, *Strafrechtliche...*, s. 187; D. Kienapfel, H.V. Schroll, *Studienbuch...*, s. 277; K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 55; H. Wegscheider, *Strafrecht...*, s. 146; E. Wach, *Salzburger...*, s. 6.

³² K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 55.

³³ E. Fabrizio, *Strafgesetzbuch. Kurzkommentar*, wyd. 10, Wien 2010, s. 347; K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 52; Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, s. 116; O. Maleczky, *Das neue Anti – Stalking – Gesetz. Schutz gegen beharrliche Verfolgung (Stalking) und vor Eingriffen in die Privatsphäre*, FamZ (Fachzeitschrift für interdisziplinäres Familienrecht) 2006, s. 28; H. Wegscheider, *Strafrecht...*, s. 146; E. Wach, *Salzburger...*, s. 5; O. Maleczky, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, wyd. 8, Wien 2008, s. 29; A. Birklbauer, M.J. Hilf, A. Tipold, *Strafrecht...*, s. 163.

³⁴ E. Wach, *Salzburger...*, s. 5–6 i 11.

ofiary³⁵. W wielu sprawach umorzono postępowanie karne, argumentując, że nie doszło do takiego naruszenia, bo na przykład ofiara nie zmieniła numeru telefonu. Dlatego też pojawił się w doktrynie głos postulujący powrót do pierwotnej koncepcji i ukształtowanie stalkingu jako przestępstwa skutkowego³⁶.

4.2. Zachowanie kontynuowane przez dłuższy czas

Przesłanka w postaci kontynuowania zachowania przez dłuższy czas wyraża istotny element bezprawia stalkingu, a mianowicie uporczywość. Typowa dla uporczywości jest „twardość” postępowania, to jest kontynuowanie go pomimo upomnień i niepowodzeń. Przesłanka ta jest wzmocniona przez wymóg zdatności do naruszenia ofiary w prowadzeniu życia, która może nastąpić jedynie przy dłużej trwającym prześladowaniu. Do zaistnienia uporczywości wymagane jest zachowanie powtarzające się i trwające przez pewien czas. Podjęcie jednej, jednorazowej czynności sprawczej nigdy nie wystarczy do wypełnienia ustawowego typu³⁷. Konieczna jest także pewna regularność w czynnościach sprawcy. Duże odstępy czasowe pomiędzy poszczególnymi czynnościami sprawcy przemawiają przeciwko przyjęciu uporczywości³⁸.

Znamię „przez dłuższy czas” nie ma definicji ustawowej. Z powołaniem na uzasadnienie rządowego projektu ustawy wskazuje się w literaturze, że przy jego interpretacji należy uwzględniać relację do czynności wykonawczej i okoliczności poszczególnych przypadków³⁹. Ponadto, wywodzi się, że decydującym kryterium jest obciążenie dla ofiary. Zależy ono od liczby i okresu trwania poszczególnych czynności sprawcy, a także odstępów między nimi. Istotne znaczenie ma również rodzaj i „ciężkość” poszczególnych czynności, w tym także treść sms-ów lub telefonów. Wymagany okres czasu jest tym krótszy, im bardziej dany akt jest właściwy naruszyć prowadzenie życia przez ofiarę. Jeżeli sprawca codziennie od wczesnego ranka wyczekuje przed drzwiami ofiary i potem w ciągu całego dnia aż do wieczora stale ją śledzi, to już po kilku dniach można przyjąć, że osiągnięto wymagany okres czasu. Jeżeli natomiast sprawca ogranicza się do codziennego porannego stania przed domem ofiary, bez śledzenia jej w ciągu dnia, to wymagany okres czasu wynosiłby około dwa do trzech tygodni⁴⁰. Jeżeli wielbiciel każdego dnia telefonuje do kobiety 20 razy i wysyła do niej 20 sms-ów, to z reguły dokonuje stalkingu już po kilku dniach. Jeżeli natomiast codziennie tylko „towarzyszy” jej

³⁵ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 52.

³⁶ Tak I. Mitgutsch, *Ausgewählte...*, s. 27–28.

³⁷ E. Wach, *Salzburger...*, s. 11.

³⁸ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 53.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Zob. E. Wach, *Salzburger...*, s. 22.

w drodze z biura do domu, idąc za nią, to wypełnia typ czynu dopiero po kilku tygodniach⁴¹. Generalnie, im cięższe są czynności sprawcy, tym krótszy jest wymagany okres ich trwania. Sprawca, który codziennie stoi przed domem ofiary przez cztery godziny musi dłużej kontynuować swe zachowanie, niż sprawca, który zamawia dla ofiary codzienną dostawę mebli samochodem ciężarowym. W piśmiennictwie podaje się również przykład, że wysłanie do ofiary 280 sms-ów w ciągu 3,5 miesiąca wypełnia czasową przesłankę, natomiast wymóg kwantytatywny nie jest spełniony, gdy sprawca w ciągu jednego dnia kilka razy zatelefonuje do ofiary⁴². Inny głos w doktrynie wskazuje na następującą zasadę: „Im większa intensywność uporczywego prześladowania, tym „krócej” należy rozumieć pojęcie „przez dłuższy okres czasu”⁴³.

Za przypadki stalkingu, które mogłyby być uznane jako ciężkie, podaje się w charakterze dyrektywy minimalny okres jednego miesiąca przy co najmniej trzech poszczególnych czynnościach sprawcy. W lżejszych przypadkach można mówić o spełnieniu znamienia „przez dłuższy czas” dopiero wtedy, gdy sprawca działał przez wiele tygodni i podjął minimum dziesięć poszczególnych czynności⁴⁴.

Akcentuje się jednak, że biorąc pod uwagę olbrzymią paletę możliwych zachowań sprawczych jest niezwykle trudno podać użyteczną dyrektywę w tym zakresie. Wszak jest duża różnica w stopniu obciążenia ofiary przez przysyłane jej sms-y, w zależności od ich treści – „neutralnej”, mającej na celu wznowienie znajomości, czy o wyraźnym charakterze seksualnym. W piśmiennictwie podano przykład, że w razie „bombardowania” sms-ami (30 lub więcej dziennie) można, niezależnie od ich treści, mówić o zrealizowaniu znamion stalkingu już po dwóch tygodniach. Słusznie zauważono jednak, że pojęcie „uporczywość” wymaga „wrażliwej” wykładni. Wszak uporczywość jest często przesłanką sukcesu w staraniach o partnera, a wiele szczęśliwych związków nie powstałoby bez uporczywości⁴⁵.

4.3. Zdadność zachowania do naruszenia prowadzenia życia

Kryminalizowane zachowanie ma być zdadne do naruszenia ofiary w jej prowadzeniu życia. Ma być ono typowo właściwe do takiego naruszenia, a ponadto

⁴¹ Tak D. Kienapfel, H.V. Schroll, *Studienbuch...*, s. 279.

⁴² Zob. E. Wach, *Salzburger...*, s. 22.

⁴³ Tak G. Heissenberger, *Straf- und zivilrechtliche...*, s. 640. Podobnie H. Wegscheider, *Strafrecht...*, s. 146; D. Kienapfel, H.V. Schroll, *Studienbuch...*, s. 279.

⁴⁴ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 54.

⁴⁵ Tak K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 54.

wykazywać pewną intensywność⁴⁶. Według jednego z ujęć kryterium oceny ma naturę obiektywno-abstrakcyjną⁴⁷. Wedle drugiego ujęcia (zdaje się, że obecnie przeważającego) przy ocenie tej „zdatności” obowiązuje kryterium mieszane, to znaczy obiektywno-subiektywne. Należy odpowiedzieć na pytanie, czy dane zachowanie jest tak nieznośne, że przy ocenie *ex ante* również przeciętny człowiek w tej sytuacji, na podstawie tego typu czynności, prawdopodobnie zmieniłby swój sposób życia. Reakcja ofiary jest jednak jedynie wskazówką do przyjęcia wymaganej „zdatności”, a nie jest decydująca⁴⁸.

O relewantnym naruszeniu prowadzenia życia można mówić na przykład wtedy, gdy ofiara przestała odbierać telefony albo nie widzi żadnej innej możliwości „ratunku”, niż zmiana numeru telefonu lub adresu mailowego. Niewątpliwie dochodzi do przedmiotowego naruszenia, gdy ofiara – w efekcie czynności sprawcy – zrywa kontakty towarzyskie, nie wychodzi sama z domu, zmienia mieszkanie lub miejsce pracy⁴⁹.

Należy zauważyć, że wymienione w opisie normatywnym czynu zachowania sprawcy są często społecznie adekwatne⁵⁰. Dlatego też dla oceny, czy można od danej osoby wymagać, aby je znosiła, trzeba rozważyć interesy sprawcy (prawo do ogólnej wolności działania) i interesy ofiary (prawa osobiste i prawa wolnościowe). Doktryna, na podstawie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i przepisów austriackiego pochodzenia, stoi na stanowisku, że dozwolona granica zachowania zostaje przekroczona, gdy sprawca wkracza w chronione konstytucyjnie „prawa osobiste” (*Persönlichkeitsrechte*) ofiary, takie jak na przykład prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, czy prawo do zachowania tajemnicy korespondencji⁵¹. Przy ocenie przedmiotowej kwestii należy uwzględnić osobę ofiary. Od osób życia publicznego, w szczególności aktorów i artystów, można w badanej kwestii więcej wymagać, niż od innych osób. Odnosi się to w szczególności do nawiązywania kontaktów w temporalnym związku z publicznymi wystąpieniami⁵². *Ergo*,

⁴⁶ D. Kienapfel, H.V. Schroll, *Studienbuch...*, s. 279; K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 54.

⁴⁷ Tak m.in.: A. Wolfrum, D. Dimmel, *Das „Anti – Stalking – Gesetz”*, s. 480; I. Mitgutsch, *Strafrechtliche...*, s. 189; G. Heissenberger, *Straf- und zivilrechtliche...*, s. 642; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, s. 349.

⁴⁸ Tak m.in.: K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 54; E. Wach, *Salzburger...*, s. 24; D. Kienapfel, H.V. Schroll, *Studienbuch...*, s. 280.

⁴⁹ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 55; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, s. 350; O. Maleczky, *Strafrecht...*, s. 29; O. Maleczky, *Das neue...*, s. 28.

⁵⁰ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 55; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, s. 349.

⁵¹ I. Mitgutsch, *Strafrechtliche...*, s. 189; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, s. 350; K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 55.

⁵² K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 55.

w takich sytuacjach „zapaleni” fani i uciążliwi dziennikarze generalnie nie popełniają przestępstwa stalkingu⁵³.

W literaturze krytycznie ocenia się rozstrzygnięcie, w którym sędzia nie przyjęła „zdatości do naruszenia prowadzenia życia” w stanie faktycznym, gdzie lekarzowi przysłano około 30 000 sms-ów w ciągu 2,5 roku, to jest do 140 dziennie⁵⁴.

4.4. Sposoby postępowania sprawcy

a) Wyszukiwanie przestrzennej bliskości

Sprawca stwarza bezpośredni fizyczny kontakt z ofiarą, poprzez to, że ją na przykład śledzi, stoi przed jej domem lub mieszkaniem albo czeka przed jej miejscem pracy. Sprawca musi przy tym zmienić swoje miejsce przebywania, to znaczy przemieścić się w inne miejsce – miejsce, w którym jest ofiara⁵⁵. Niektórzy precyzują, że zrealizowanie czynności sprawczej opisanej w punkcie pierwszym nie wymaga kontaktu „z” ofiarą (nie musi faktycznie dojść do kontaktu z ofiarą), lecz wytworzenia przestrzennej bliskości „do” ofiary⁵⁶. Sprawca musi mieć zamiar przestrzennego zbliżenia się do ofiary. Nie realizuje on znamion czynu zabronionego, jeżeli spotyka inną osobę przypadkowo, na przykład podczas porannej jazdy autobusem, w tramwaju lub w sklepie podczas zakupów, nawet jeśli spotkania te zdarzałyby się często⁵⁷. Nawet jeżeli te spotkania faktycznie nie byłyby przypadkowe, to i tak – jak zauważono w literaturze – trudno byłoby sprawcy udowodnić, że umyślnie wybiera tą samą trasę o tej samej porze, mimo istniejącej alternatywy⁵⁸.

Zachowanie sprawcy musi być dla ofiary postrzegalne⁵⁹, gdyż w przeciwnym razie brakowałoby aspektu zagrożenia⁶⁰. Ofiara ma dostrzec, że jest na przykład śledzona lub obserwowana. Nie wypełnia znamion ustawowych potajemne obserwowanie za pomocą lornetki ani filmowanie lub fotografowanie z ukrycia⁶¹,

⁵³ Por. *ibidem*.

⁵⁴ Zob. *ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Tak E. Wach, *Salzburger...*, s. 12.

⁵⁷ I. Mitgutsch, *Strafrechtliche...*, s. 187; H. Wegscheider, *Strafrecht...*, s. 146; K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 56.

⁵⁸ Tak D. Kienapfel, H.V. Schroll, *Studienbuch...*, s. 278.

⁵⁹ Zob. m.in. E. Fabrizio, *Strafgesetzbuch...*, s. 348; K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 56; O. Maleczky, *Strafrecht...*, s. 29; A. Birklbauer, M.J. Hilf, A. Tipold, *Strafrecht...*, s. 165.

⁶⁰ D. Kienapfel, H.V. Schroll, *Studienbuch...*, s. 278.

⁶¹ A. Wolfrum, D. Dimmel, *Das „Anti – Stalking – Gesetz”*, s. 481; A. Birklbauer, M.J. Hilf, A. Tipold, *Strafrecht...*, s. 165; H. Wegscheider, *Strafrecht...*, s. 146; O. Maleczky, *Das neue...*, s. 28.

dlatego też nie realizują znamion tego przestępstwa prywatni detektywi⁶². Co do tej tezy istnieje zgoda w austriackiej doktrynie, jako że nie mogą utrudniać życia czynności, o których się nie wie⁶³. Różne poglądy są natomiast wyrażane odnośnie do sytuacji, w której znajomi lub przyjaciele poinformują daną osobę, że jest ona stale obserwowana lub śledzona. Według jednego poglądu można mówić w takim wypadku o stalkingu⁶⁴. Inny pogląd wymaga rzeczywistego spostrzeżenia przez ofiarę czynności podejmowanych przez sprawcę⁶⁵. Nie można mówić o „wyszukiwaniu” przestrzennej bliskości, gdy dana osoba obserwuje lub filmuje inną, znajdując się w swoim własnym (lub wynajmowanym) mieszkaniu⁶⁶. Indyferentne prawnie są również regularne spotkania, uwarunkowane zawodowo⁶⁷.

Nie ma legalnej definicji „przestrzennej bliskości”, dlatego też nie jest jasne, do jakiej odległości takowa bliskość występuje. W doktrynie jako maksymalną odległość przyjmuje się dystans, który pozwala na rozpoznanie innej osoby „naturalnym” okiem albo dystans umożliwiający międzyludzki kontakt poprzez spojrzenia lub zawołania⁶⁸. Jako przykład podano, że realizuje znamiona uprzedzonego prześladowania sprawca, który stale czatuje na ofiarę siedząc w swoim aucie, oddalonym o 30 metrów od wejścia do jej domu⁶⁹. Nie wypełnia natomiast znamion stalkingu z braku przestrzennej bliskości osoba, która biegnąc obserwuje kogoś przez lornetkę z odległości 200 metrów, chociażby zachowanie to zostało przez ofiarę zauważone i niemiłe odebrane⁷⁰.

b) Tworzenie kontaktu do ofiary za pomocą środków komunikacyjnych albo przez osobę trzecią

Zachowanie sprawcy stalkingu może polegać na „tworzeniu kontaktu do ofiary” (a nie „z ofiarą”, na co zwrócono uwagę w doktrynie⁷¹) w drodze środków telekomunikacyjnych lub przez zastosowanie pozostałych środków komunikacyjnych albo przez osobę trzecią. Chodzi tu o wytwarzanie po-

⁶² K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 56.

⁶³ Por. *ibidem*; I. Mitgutsch, *Ausgewählte...*, s. 31; O. Maleczky, *Strafrecht...*, s. 29.

⁶⁴ Tak K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 56; D. Kienapfel, H.V. Schroll, *Studienbuch...*, s. 278; E. Wach, *Salzburger...*, s. 13.

⁶⁵ Tak I. Mitgutsch, *Ausgewählte...*, s. 31.

⁶⁶ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 56.

⁶⁷ Tak Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, s. 117.

⁶⁸ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 56; E. Wach, *Salzburger...*, s. 13.

⁶⁹ A. Wolfrum, D. Dimmel, *Das „Anti – Stalking – Gesetz”*, s. 481.

⁷⁰ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 56.

⁷¹ E. Wach, *Salzburger...*, s. 14.

średniego kontaktu do ofiary⁷². Przez „telekomunikację” rozumie się techniczny przebieg wysyłania, przepływu i odbierania wiadomości wszelkiego rodzaju w formie znaków, mowy, obrazów lub dźwięków, za pomocą służących do tego urządzeń technicznych. Tym znamieniem ustawodawca objął zachowanie sprawcy polegające na telefonowaniu oraz wysyłaniu faksów, sms-ów, mms-ów oraz e-maili⁷³. W przypadku wykorzystania przez stalkera internetu mamy do czynienia z tak zwanym „cyber-stalkingiem”⁷⁴. Przyjmuje się, że kontakt jest „wytworzony” wraz z zadzwonieniem telefonu ofiary albo dojdziem do niej na przykład sms-a lub e-maila. Nie jest konieczne, aby ofiara w ogóle odebrała telefon albo przeczytała treść e-maila. Przewidziany przez ustawę kontakt został skutecznie „wytworzony” nawet wtedy, gdy ofiara od razu usunie sms-a lub wykasuje e-maila⁷⁵.

Do pozostałych środków komunikacyjnych należą w szczególności listy tradycyjne i karteczki, położone lub przyklejone na przykład do drzwi wejściowych⁷⁶. Co do przesyłanych paczek wyrażane są w piśmiennictwie różne poglądy⁷⁷. Według jednego ze stanowisk paczki mogą być uznane za środek komunikacyjny tylko wtedy, gdy zawarta jest w nich jakaś wiadomość⁷⁸. Decydujące jest, czy z zawartości paczki (lub koperty) wynika jakieś oświadczenie. Bez wątplenia zawiera pewną wypowiedź przysyłanie przedmiotów wzbudzających wstręt, takich jak na przykład psie odchody albo pająki. Pewną treść, mimo braku tekstu, można odczytać również z przesłania w kopercie zdjęć nagiego sprawcy – sprawca sygnalizuje w ten sposób swą natrętną miłość⁷⁹. Inne stanowisko akceptuje paczki jako środek komunikacji bez żadnych zastrzeżeń⁸⁰.

W literaturze zwraca się uwagę, że zachowanie polegające na wytwarzaniu kontaktu za pomocą pozostałych środków komunikacji może w pewnych sytuacjach podpadać również pod punkt pierwszy przepisu. Byłoby tak na

⁷² A. Wolfrum, D. Dimmel, *Das „Anti – Stalking – Gesetz”*, s. 481; I. Mitgutsch, *Die geplante...*, s. 12; I. Mitgutsch, *Strafrechtliche...*, s. 188; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, s. 348; H. Wegscheider, *Strafrecht...*, s. 146; E. Wach, *Salzburger...*, s. 14.

⁷³ E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, s. 348; E. Wach, *Salzburger...*, s. 14; K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 56.

⁷⁴ Zob. I. Mitgutsch, *Strafrechtliche...*, s. 188; H. Wegscheider, *Strafrecht...*, s. 146.

⁷⁵ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 57; E. Wach, *Salzburger...*, s. 14.

⁷⁶ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 57.

⁷⁷ Zob. K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 57; E. Wach, *Salzburger...*, s. 14–15.

⁷⁸ Tak K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 57.

⁷⁹ Tak E. Wach, *Salzburger...*, s. 15.

⁸⁰ Tak m.in.: G. Heissenberger, *Straf- und zivilrechtliche...*, s. 641; I. Mitgutsch, *Strafrechtliche...*, s. 188; I. Mitgutsch, *Die geplante...*, s. 12; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, s. 348; D. Kienapfel, H.V. Schroll, *Studienbuch...*, s. 278; A. Birklbauer, M.J. Hilf, A. Tipold, *Strafrecht...*, s. 165; A. Wolfrum, D. Dimmel, *Das „Anti – Stalking – Gesetz”*, s. 481.

przykład wtedy, gdyby sprawca osobiście podkładał paczkę pod drzwi ofiary, która przebywa w tym czasie w mieszkaniu⁸¹.

Stalker może „wytwarzać” kontakt do ofiary przez osoby trzecie, które przekazują ofierze dane wiadomości. Osoba trzecia działa tutaj jako „pośrednik komunikacyjny” pomiędzy sprawcą a ofiarą⁸². „Osobą trzecią” może być krewny, kolega z pracy, znajomy albo osoba całkiem obca ofierze, jak na przykład listonosz lub kelner⁸³. Typowy przykład to sytuacja, w której sprawca wyczekuje na dziecko ofiary na jego drodze ze szkoły do domu i każe mu przekazać matce list lub ustną wiadomość. Posłużyć się osobą trzecią można nie tylko w celu przekazania wiadomości pisemnych lub ustnych. Na zlecenie sprawcy osoba trzecia może na przykład wręczyć ofierze przedmiot wyrażający relevantną treść⁸⁴.

c) Zamawianie dla ofiary towarów lub usług przy użyciu jej danych osobowych

Zakresem penalizacji objęte są również zachowania polegające na zamawianiu dla ofiary towarów lub usług, przy wykorzystaniu jej danych osobowych. W grę wchodzi tutaj dwie odmienne sytuacje.

W pierwszej, bardziej karygodnej⁸⁵, sprawca podaje się za ofiarę i w jej imieniu dokonuje zamówienia. Zamówienie towaru może mieć za przedmiot na przykład książkę, pizzę albo bieliznę. Zamówienie usługi to na przykład zamówienie do domu fryzjera lub prostytutki⁸⁶. W grę wchodzi również zarezerwowanie *online* urlopu (wycieczki lub wczasów)⁸⁷. Prześladowanie ofiary przez dokonywanie takich czynności polega na tym, że ofiara jest wzywana do zapłacenia za towary lub usługi i musi tłumaczyć, że ich nie zamawiała, co wymaga od niej nakładu czasu, a ponadto pieniędzy, jeżeli ofiara odsyła nadesłane jej towary⁸⁸. Szczególnie uciążliwe dla ofiary wydaje się zamawianie dla niej artykułów kojarzących się z seksem lub zamawianie do jej domu usług świadczonych przez agencje towarzyskie⁸⁹.

⁸¹ E. Wach, *Salzburger...*, s. 15.

⁸² *Ibidem*, s. 16.

⁸³ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 57; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, s. 348; E. Wach, *Salzburger...*, s. 16; I. Mitgutsch, *Strafrechtliche...*, s. 188.

⁸⁴ E. Wach, *Salzburger...*, s. 16.

⁸⁵ Tak E. Wach, *Salzburger...*, s. 16.

⁸⁶ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 57; E. Wach, *Salzburger...*, s. 17.

⁸⁷ E. Wach, *Salzburger...*, s. 17.

⁸⁸ H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *Strafrecht...*, s. 75; K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 57; A. Birkbauer, M.J. Hilf, A. Tipold, *Strafrecht...*, s. 166.

⁸⁹ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 57.

Analizowany opis ustawowy obejmuje również sytuacje, w których sprawca zamawia towary lub usługi na rachunek ofiary, ale nie dla niej. Zamawia na przykład tort dla przyjaciółki ofiary jako prezent od niej. Adres do zapłaty i adres do doręczenia nie są tu zatem identyczne. Takie zachowanie sprawcy może być dla ofiary jeszcze bardziej uciążliwe, niż gdyby ona sama otrzymała niechcianą rzecz lub usługę, gdyż odwrócenie przebiegu wydarzeń może przysporzyć jej jeszcze więcej trudności⁹⁰.

W wyżej przedstawionych przypadkach nie dochodzi do przestępstwa oszustwa (*Betrug*), ponieważ u sprawcy brakuje zamiaru wzbogacenia się (*Be-reicherungsvorsatz*). Należy natomiast rozważyć, czy przy składaniu zamówienia nie doszło do realizacji znamion przestępstwa materialnego sfalszowania dokumentu (*Urkundenfälschung*)⁹¹.

W drugiej możliwej sytuacji sprawca nie wprowadza w błąd co do swojej tożsamości. Zamawia on towary lub usługi dla ofiary we własnym imieniu i płaci za nie, ale wykorzystuje dane osobowe ofiary, gdyż podaje jej adres jako adres do doręczenia. W literaturze wyrażono pogląd, że tego typu zachowania sprawcy są w mniejszym stopniu zdadne do naruszenia ofiary w jej prowadzeniu życia, ponieważ nie jest ona konfrontowana z rachunkiem do zapłaty. Jednak wymagana przez ustawę zdadność na pewno zachodzi w przypadku stałego dostarczania *seksartykułów*⁹².

d) Skłanianie osoby trzeciej do nawiązania kontaktu z ofiarą przy użyciu jej danych osobowych

Zachowanie stalkera może polegać na dawaniu w imieniu ofiary różnych ogłoszeń, w środkach masowego przekazu (na przykład w gazecie w rubryce towarzyskiej) albo na przykład w listach tradycyjnych lub elektronicznych. Sprawca w ogłoszeniu, wykorzystując dane osobowe ofiary, wzywa lub zaprasza osobę trzecią do nawiązania kontaktu z ofiarą. W literaturze wskazuje się, że ulubione wśród sprawców są ogłoszenia, w których ofiara szuka partnera lub oferuje usługi seksualne. Relewantne dla uporczywego prześladowania są również ogłoszenia o treści niezwiązanej ze sferą seksualną. Jako przykład podaje się fałszywe ogłoszenia, w których ofiara rzekomo oferuje szczególnie korzystne cenowo albo wręcz bezpłatne oddanie jakichś przedmiotów (na przykład urządzeń gospodarstwa domowego). W rezultacie takiego ogłoszenia, w którym podano adres domowy lub numer telefonu ofiary, zainteresowane osoby licznie

⁹⁰ E. Wach, *Salzburger...*, s. 17–18.

⁹¹ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 57–58; D. Kienapfel, H.V. Schroll, *Studienbuch...*, s. 281.

⁹² K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 58.

telefonują lub nawiedzają ofiarę w domu, co niewątpliwie jest dla niej bardzo uciążliwe⁹³.

Przy tego typu czynnościach nie jest konieczne, aby sprawca podał imię lub nazwisko ofiary. Może on podać ogłoszenie we własnym imieniu, ale wykorzystać w nim jakieś dane osobowe ofiary, na przykład jej numer telefonu lub adres zamieszkania⁹⁴.

W literaturze jako szczególnie spektakularny przypadek zrealizowania analizowanej czynności sprawczej wspomina się zdarzenie, jakie miało miejsce jesienią 2005 roku w Niemczech. Sprawca otworzył konto internetowe w imieniu swojej znajomej i zaoferował jej czteromiesięczne dziecko do licytacji⁹⁵.

W doktrynie sporne jest, czy do realizacji badanego znamienia typu czynu wystarczy rozpowszechnianie wizerunku ofiary bez podania jej innych danych, a tylko z dołączeniem do zdjęcia odpowiedniego hasła, na przykład „Gotowa na wszystko!” (*Ich bin zu allem bereit*)⁹⁶. Adherenci poglądu negującego w tym przypadku przyjęcie stalkingu⁹⁷ akcentują jednak, że takie czynności mogą być dla dotkniętej osoby uciążliwe w skutkach i wskazują, że wykreowanie ustawowej przesłanki w postaci „zastosowania danych osobowych” nie było szczęśliwe⁹⁸. Oponenti twierdzą, że przyjęcia stalkingu nie należy w tym przypadku wykluczać *a priori*. Podkreślają, że o ile tożsamość ofiary jest dla adresatów ogłoszenia rozpoznawalna (na przykład w razie ogłoszenia w gazecie lokalnej, popularnej w danej wspólnotie mieszkaniowej), jej fotografię należy uznać za dane osobowe. Za taką wykładnią miałaby też przemawiać ustawa o ochronie danych osobowych (*Datenschutzgesetz*), na gruncie której stwierdzenie tożsamości może nastąpić także na podstawie fotografii⁹⁹.

Warto zwrócić uwagę na jeszcze jedną kwestię sporną, która może mieć ogromne znaczenie praktyczne również w polskiej rzeczywistości, ze względu na powszechną dostępność internetu i jego anonimowość, przez co „sieć globalna” staje się – w przypadku wielu przestępstw, do których niewątpliwie należy stalking – coraz częściej ulubionym „miejscem” działania sprawcy. Sporną jest mianowicie kwestia, czy sprawca wypełnia ustawowy typ czynu przez to, że umieszcza odpowiednie ogłoszenie w internecie na „stronie domowej” (*Home-*

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 58.

⁹⁵ I. Mitgutsch, *Strafrechtliche...*, s. 188.

⁹⁶ Przykładowe hasło podane w: D. Kienapfel, H.V. Schroll, *Studienbuch...*, s. 279.

⁹⁷ M.in. D. Kienapfel, H.V. Schroll, *Studienbuch...*, s. 279; K. Schwaighofer, s. 58.

⁹⁸ Tak K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 58.

⁹⁹ Tak E. Wach, *Salzburger...*, s. 19. Za tym stanowiskiem też A. Birkbauer, M.J. Hilf, A. Tipold, *Strafrecht...*, s. 166.

page). Wątpliwość powstaje z uwagi na ustawowe znamię kontynuowania, co zakłada powtarzanie czynności sprawczej. Twierdzi się jednak, że w tym wypadku stalking jest przestępstwem trwałym, którego popełnianie spełnia wymóg kwantytywny. Dopóki ogłoszenie jest w internecie, dopóty typ czynu jest urzeczywistniany ciągle na nowo przez zaniechanie¹⁰⁰ sprawcy i ten sposób kontynuowany¹⁰¹.

4.5. Kwiaty dla innej osoby a stalking

Czy kwiaty, kojarzące się z pięknem, subtelnością i romantyzmem, mogą posłużyć do tak niegodziwego celu, jakim jest uporczywe prześladowanie innej osoby?

Znaczenie kwiatów w kontekście stalkingu było przedmiotem ostrej dyskusji w trakcie prac nad ustawą penalizującą uporczywe prześladowanie innej osoby¹⁰². Również obecnie, po upływie kilku lat od wejścia w życie tej ustawy, wyrażane są w nauce różne opinie co do relewantności kwiatów w aspekcie czynności stalkingowych.

W odniesieniu do sposobu postępowania sprawcy, polegającego na wytwarzaniu kontaktu do ofiary za pomocą innych niż telekomunikacyjne środków komunikacji zasadnicze znaczenie ma odpowiedź na pytanie, czy kwiaty mogą być uznane za środek komunikacji międzyludzkiej. Wedle jednego z poglądów, pomimo znanych powszechnie zwrotów „Powiedz to kwiatami” (*Sag's mit Blumen*) lub „Pozwól kwiatom mówić” (*Lass' Blumen sprechen*), kwiaty nie należą do środków komunikacji. Kładzenie pod drzwiami innej osoby samych kwiatów nie wypełnia znamion uporczywego prześladowania. Do realizacji znamion stalkingu mogłoby dojść natomiast wtedy, gdyby do kwiatów była dołączona jakaś wiadomość¹⁰³. Poza tym, jak podkreśla się w literaturze, podkładanie kwiatów nie jest czynnością zdatną do relewantnego naruszenia prowadzenia życia przez inną osobę, gdyż takie zachowanie jest nieszkodliwe, a kwiaty są możliwe do usunięcia tak samo szybko, jak niechciane ulotki reklamowe¹⁰⁴. Zgodnie z poglądem przeciwnym, w danych okolicznościach kwiaty mogą działać jako środek

¹⁰⁰ Popelnienie stalkingu przez zaniechanie nie jest możliwe (A. Wolfrum, D. Dimmel, *Das „Anti – Stalking – Gesetz”*, s. 480).

¹⁰¹ Tak E. Wach, *Salzburger...*, s. 19–20.

¹⁰² E. Wach, *Salzburger...*, s. 15.

¹⁰³ Tak K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 57; Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, s. 117.

¹⁰⁴ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 55.

komunikacji¹⁰⁵. Ponadto, uwzględniając sytuację ofiary można by przyjąć wymaganą przez ustawę „zdatność do zagrożenia” (*Gefährdungseignung*) na przykład wtedy, gdy osoba „dręczona” przez podkładanie czy nadsyłanie kwiatów jest alergikiem uczulonym na pyłki¹⁰⁶. Niejako w odpowiedzi oponent tego ujęcia (będący adherentem pierwszego z przedstawionych poglądów) stwierdził, że przykład ten jest „naciągnięty”, („przyciągnięty na włosach” – *an den Haaren beigezogen*)¹⁰⁷.

Odnosnie do zachowania sprawcy, polegającego na zamawianiu kwiatów na rachunek innej osoby z wykorzystaniem jej danych osobowych istnieje w doktrynie zgoda: takie zachowanie wchodzi w zakres czynności opisanej w punkcie trzecim ustępu drugiego¹⁰⁸. Można przyjąć stalking również wtedy, gdy sprawca zamawia kwiaty dla osoby trzeciej (neutralnej), ale na rachunek ofiary¹⁰⁹. Zdecydowanie odmienne opinie panują natomiast co do zamawiania kwiatów dla innej osoby, ale nie na jej rachunek. W takiej sytuacji sprawca sam płaci za kwiaty, ale jako adres do doręczeń podaje adres innej osoby, która nie życzy sobie otrzymywania tych kwiatów. Według jednej opinii, sprawca dopuszcza się w ten sposób uporczywego prześladowania tej osoby, gdyż jest ona „dręczona” towarami, których w ogóle nie chce mieć¹¹⁰. Według innej opinii przedmiotowe czynności tylko w niewielkim stopniu są zdatne naruszyć prowadzenie życia przez adresata przesyłki, ponieważ nie jest on konfrontowany z rachunkiem. Wymaganą zdatność można by przyjąć przy ciągłym przysyłaniu seksartykułów, ale nie w przypadku stałego przysyłania kwiatów¹¹¹.

4.6. Bezprawność zachowania sprawcy

Opis normatywny stalkingu zawiera cechę „sprzeczności z prawem” (*widerrechtlich*). Odnosi się ona do postępowania sprawcy. *Ergo*, uporczywe prześladowanie ma być bezprawne. Ustawa nie pozostawia w tym zakresie najmniejszych wątpliwości. Nie jest natomiast całkiem jasne dogmatyczne przyporządkowanie tej cechy „bezprawności”. W doktrynie generalnie przyjmuje się, że cecha bezprawności w § 107a StGB nie stanowi znamienia typu czynu zabronionego (*Tatbe-*

¹⁰⁵ E. Wach, *Salzburger...*, s. 15.

¹⁰⁶ E. Wach, *Salzburger...*, s. 25.

¹⁰⁷ Tak K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 55.

¹⁰⁸ Zob. m.in. E. Wach, *Salzburger...*, s. 17–18; K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 57.

¹⁰⁹ Tak E. Wach, *Salzburger...*, s. 17–18.

¹¹⁰ Tak E. Wach, *Salzburger...*, s. 18; O. Maleczky, *Das neue...*, s. 28. W tym sensie też A. Birkbauer, M.J. Hilf, A. Tipold, *Strafrecht...*, s. 163. Wątpliwości w tej mierze wyraził E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, s. 349.

¹¹¹ Tak K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 58.

standsmerkmal), a jej funkcją jest jedynie wskazanie, że istnieją normy zezwalające, które usprawiedliwiają czynności opisane w ustępie drugim przepisu¹¹². Tego rodzaju normami zezwalającymi są na przykład przepisy o czynnościach policji (na przykład obserwowanie osoby podejrzanej) i komornika sądowego, jak również wykonywanie zawodu przez dziennikarzy i prywatnych detektywów¹¹³. Niektórzy wywodzą, że okoliczności wyłączające bezprawność (*Rechtfertigungsgründe*) nie będą znajdowały szczególnie często zastosowania w przypadku stalkingu, ponieważ wiele wchodzących tu w grę zachowań nie wypełnia w ogóle znamion typu czynu zabronionego¹¹⁴. Inni natomiast wzmiankują o okolicznościach wyłączających bezprawność jako zdarzających się tu częściej niż w pozostałych wypadkach¹¹⁵. Z pewnością zgoda ofiary wyklucza urzeczywistnienie przedmiotowego typu czynu (wykluczony jest typ czynu, a nie dopiero bezprawność deliktu)¹¹⁶. Zgodnie z prawem działa naturalnie na przykład ojciec, który w pełni wykorzystuje przyznane mu przy rozwodzie prawo odwiedzin dziecka, nawet jeśli matce to w ogóle nie odpowiada¹¹⁷. Jako przykład zaktualizowania się okoliczności wyłączającej bezprawność w postaci stanu wyższej konieczności (*Notstand*) podaje się kazus, w którym rozwiedziony ojciec stale idzie za synem (mieszkającym z matką) w jego drodze do domu, ponieważ grozi mu uprowadzenie, a matka nie podejmuje żadnych kroków w celu ochrony dziecka¹¹⁸. Jako okoliczność wyłączającą bezprawność wchodzi w grę również rodzicielskie prawo wychowania, gdy rodzice chcą wiedzieć, gdzie ich małoletnie dzieci przebywają (spędzają czas)¹¹⁹.

5. Strona podmiotowa stalkingu

Przestępstwo uporczywego prześladowania jest deliktem umyślnym¹²⁰. Ustawa nie przewiduje szczególnych wymagań co do strony podmiotowej, w związku

¹¹² Zob. m.in. *ibidem*; Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, s. 118; E. Wach, *Salzburger...*, s. 26; H. Wegscheider, *Strafrecht...*, s. 147; G. Heissenberger, *Straf- und zivilrechtliche...*, s. 640.

¹¹³ H. Wegscheider, *Strafrecht...*, s. 147; O. Maleczky, *Das neue...*, s. 27; D. Kienapfel, H.V. Schroll, *Studienbuch...*, s. 280 (Dziennikarz działa z reguły społecznie adekwatnie, inaczej natomiast paparazzi, który „nie opuszcza swej ofiary”).

¹¹⁴ Tak m.in. E. Wach, *Salzburger...*, s. 28.

¹¹⁵ Tak m.in. A. Wolfrum, D. Dimmel, *Das „Anti – Stalking – Gesetz”*, s. 480; K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 60; H. Wegscheider, *Strafrecht...*, s. 147.

¹¹⁶ H. Wegscheider, *Strafrecht...*, s. 147; E. Wach, *Salzburger...*, s. 28.

¹¹⁷ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 60.

¹¹⁸ E. Wach, *Salzburger...*, s. 28.

¹¹⁹ A. Birklbauer, M.J. Hilf, A. Tipold, *Strafrecht...*, s. 167.

¹²⁰ A. Birklbauer, M.J. Hilf, A. Tipold, *Strafrecht...*, s. 165; K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 59; Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, s. 118; A. Sadoghi, *Stalking...*, s. 341.

z czym – zgodnie z ogólną zasadą kodeksową – wystarczy wystąpienie u sprawcy zamiaru ewentualnego¹²¹. W literaturze akcentuje się, że ustawodawca świadomie nie wprowadził wymogu działania z zamiarem bezpośrednim specjalnym (*Absichtlichkeit, dolus directus coloratus*), aby móc objąć kryminalizacją przypadki, w których sprawcy – działającemu z „palącej miłości” – nie chodzi o prześladowanie i naruszenie prowadzenia życia, ale wedle okoliczności uważa on to za możliwe i godzi się z tym¹²².

Zamiar musi objąć wszystkie znamiona przedmiotowe czynu. W szczególności sprawca musi obejmować zamiarem zachowanie opisane w ustępie drugim, to jest czynność sprawczą i jej skutek (*Zwischenerfolg*). Z uwagi na ten wymóg nie podpadają pod penalizację ani przypadkowe spotkania z ofiarą, ani nieplanowane kontakty, które z uwagi na to samo lub pobliskie miejsce zamieszkania lub pracy są raczej nie do uniknięcia. Jako przykład podaje się zakupy w tym samym sklepie, wybór tego samego środka komunikacji miejskiej lub odbiór dzieci z tego samego przedszkola¹²³. Za trafne należy uznać stanowisko, iż to sprawcy trzeba zawsze wykazać, że umyślnie wyszukiwał on kontaktu z ofiarą¹²⁴. Tym samym krytycznie należy odnieść się do wyrażonego w piśmiennictwie głosu przeciwnego, jakoby to sprawca – w przypadku częstych spotkań z ofiarą – miał udowodnić, że nie planował i nie działał umyślnie¹²⁵.

Zamiarem sprawcy musi być objęta uporczywość zachowania, czyli kontynuowanie zachowania przez dłuższy czas (przesłanka kwantytatywna). Sprawca musi objąć zamiarem okres trwania, liczbę i regularność swoich czynności. Stwierdzenie tego zamiaru generalnie nie powinno przysparzać problemów¹²⁶. W literaturze zauważono jednak, że pierwsze kontakty „odrzuconego” stalkera podejmuje on licząc, iż wkrótce przyniosą one oczekiwany efekt, dlatego też nie obejmuje on „ofiary” zamiarem dalszego, uporczywego działania, bo nie widzi takiej konieczności. U „odrzuconego” stalkera brakuje komponentu intelektualnego zamiaru

¹²¹ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 59; Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, s. 118; A. Wolfrum, D. Dimmel, *Das „Anti – Stalking – Gesetz”*, s. 480; G. Heissenberger, *Straf- und zivilrechtliche...*, s. 643; A. Sadoghi, *Stalking...*, s. 341; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, s. 350; H. Wegscheider, *Strafrecht...*, s. 147.

¹²² Tak K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 59.

¹²³ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 59; I. Mitgutsch, *Strafrechtliche...*, s. 187; O. Maleczky, *Das neue...*, s. 28.

¹²⁴ Na takim stanowisku stoi m.in. K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 59.

¹²⁵ Taki głos wyraził O. Maleczky, *Das neue...*, s. 28.

¹²⁶ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 59; A. Sadoghi, *Stalking...*, s. 341.

(taki stalker często traci poczucie rzeczywistości), a jeszcze bardziej elementu woluntatywnego, gdyż nie chce on i nie godzi się na utrudnianie życia „uwielbianej osobie”. Wywnioskowano, że w obecnym stanie prawnym skazanie „odrzuconego” stalkera byłoby *contra legem*. Jego skazanie byłoby możliwe, gdyby uporczywe prześladowanie było karalne także w razie nieumyślnego działania¹²⁷.

Cecha zdatności zachowania do naruszenia ofiary w prowadzeniu życia (przesłanka kwalitatywna) również musi być objęta zamiarem. Zamiar nie musi natomiast obejmować bezprawności zachowania, gdyż cecha ta nie stanowi znamienia czynu zabronionego¹²⁸.

Bez wątplenia nie działają z relewantnym dla stalkingu zamiarem osoby, które chcą pozostać niezauważone, na przykład potajemni obserwatorzy i detektywi¹²⁹.

6. Usiłowanie przestępstwa stalkingu

W myśl zdecydowanego dominującego w doktrynie poglądu, uporczywe prześladowanie jest przestępstwem trwałym (*Dauerdelikt*)¹³⁰. Jest ono popełniane dopóty, dopóki kontynuowane są relewantne czynności sprawcze. Według ujęcia mniejszościowego przestępstwo to z reguły (wyjątek stanowi między innymi podanie danych osobowych ofiary na stronie internetowej) nie jest deliktem trwałym, ponieważ cechą charakterystyczną deliktów trwałych jest to, że typ czynu zabronionego po jego „pierwszym” dokonaniu może być w dokonaniu kontynuowany przez bezpośrednio następujące zachowanie sprawcy. Tymczasem stalking jest dopiero wtedy dokonany, gdy sprawca wykonał tyle czynności sprawczych, że jego zachowanie odpowiada znamieniu „kontynuowane przez dłuższy czas”. Jeżeli sprawca następnie wykonuje dalsze czynności w odniesieniu do tej samej ofiary, to są one również częścią tej realizacji czynu – zostaje ona przez nie jeszcze bardziej zintensyfikowana¹³¹.

Przestępstwo stalkingu, popełniane w któryś w wyżej przedstawionych czterech sposobów jest dopiero wtedy formalnie dokonane (*formell vollendet*),

¹²⁷ Tak A. Sadoghi, *Stalking...*, s. 342–343.

¹²⁸ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 59; E. Wach, *Salzburger...*, s. 26–27; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, s. 349.

¹²⁹ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 59.

¹³⁰ Tak m.in. A. Birkbauer, M.J. Hilf, A. Tipold, *Strafrecht...*, s. 163; E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, s. 348; K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 59; D. Kienapfel, H.V. Schroll, *Studienbuch...*, s. 278 i 280; A. Wolfrum, D. Dimmel, *Das „Anti – Stalking – Gesetz“*, s. 479–480; I. Mitgutsch, *Strafrechtliche...*, s. 188; G. Heissenberger, *Straf- und zivilrechtliche...*, s. 639; H. Wegscheider, *Strafrecht...*, s. 146.

¹³¹ Tak E. Wach, *Salzburger...*, s. 6 i 19–20.

gdy upłynął wymagany przez ustawę dłuższy okres czasu i czynności podjęte przez sprawcę – oceniane łącznie – są właściwe do naruszenia prowadzenia życia przez ofiarę. Do tego momentu wchodzi w grę usiłowanie popełnienia przestępstwa. W doktrynie panuje zgoda co do kwestii, że usiłowanie stalkingu jest wedle ogólnych zasad możliwe¹³². Ze względu na formalny charakter przestępstwa wchodzi w grę jedynie usiłowanie nieukończone, ponieważ usiłowanie zakończone następowaloby jednocześnie z dokonaniem deliktu¹³³. Różne poglądy są natomiast wyrażane odnośnie do momentu, w którym można byłoby przyjąć urzeczywistnienie elementów usiłowania.

Zgodnie z pierwszym stanowiskiem usiłowanie stalkingu zachodzi, gdy prześladowanie ofiary nie trwało przez dłuższy czas albo czynności sprawcze nie były wystarczająco często powtarzane. Usiłowanie należy przyjąć na przykład w sytuacji, gdy sprawca – wykorzystując dane ofiary jako adres do zapłaty i dostarczenia towaru – zamówił dla niej artykuły o charakterze seksualnym, mając zamiar zamawiać dla niej dalsze artykuły, do czego jednak nie doszło. O usiłowaniu można byłoby mówić również wtedy, gdy postępowanie sprawcy nie przyniosło oczekiwanego efektu, na przykład sprawcy nie udało się wyszukać przestrzennej bliskości z ofiarą albo skłonić osobę trzecią do nawiązania kontaktu z ofiarą (pomimo wielokrotnych ogłoszeń w odpowiednich magazynach, z podaniem nazwiska i adresu ofiary, nikt się do ofiary nie zgłosił)¹³⁴.

W piśmiennictwie jako przykład usiłowania podano stalking niemowlęcia, zaznaczając jednocześnie, że jest to przykład oddalony od rzeczywistości. Stwierdzono, że czynnościom sprawczym brakuje tutaj zdolności do naruszenia prowadzenia życia ofiary¹³⁵. Teza ta nie przekonuje w pełni. Wydaje się, że raczej brakuje tutaj obiektowi zachowania sprawcy zdolności do bycia przedmiotem czynności wykonawczej. Wszak niemowlę nie jest zdolne do odczucia, że jest obserwowane – nie mówiąc już o innych możliwych czynnościach kwalifikowanych jako stalkingowe. Sens stalkingu polega na tym, że zachowanie sprawcy ma być zauważone i odczute przez ofiarę. Należałoby więc w podanym przykładzie położyć nacisk raczej na niezdatność obiektu, niż na niezdatność podejmowanych czynności. W austriackim prawie kar-

¹³² Zob. np. K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 60; E. Wach, *Salzburger...*, s. 29; A. Birklbauer, M.J. Hilf, A. Tipold, *Strafrecht...*, s. 163; G. Heissenberger, *Straf- und zivilrechtliche...*, s. 639; I. Mitgutsch, *Ausgewählte...*, s. 28; I. Mitgutsch, *Strafrechtliche...*, s. 188.

¹³³ I. Mitgutsch, *Strafrechtliche...*, s. 188; I. Mitgutsch, *Ausgewählte...*, s. 28.

¹³⁴ E. Wach, *Salzburger...*, s. 29.

¹³⁵ Tak *ibidem*. Tak samo I. Mitgutsch (*Strafrechtliche...*, s. 186–187), zauważając ponadto, że w takim wypadku jest wprawdzie naruszona wolność rodziców, ale ustawa wyraźnie wymaga identyczności dotkniętej osoby.

nym zasadą jest karalność usiłowania (§ 15 ust. 1 StGB), w tym usiłowania względnie nieudolnego (*relativ untauglicher Versuch*). Na gruncie analizowanego przykładu można wprawdzie mówić o usiłowaniu stalkingu, ale byłoby to usiłowanie bezwzględnie nieudolne (*absolut untauglicher Versuch*), a takie jest bezkarne (§ 15 ust. 3 StGB).

Zgodnie z tym pierwszym stanowiskiem przyjęcie usiłowania jest uzasadnione już przez pierwszą, pojedynczą czynność sprawcy (czyli na przykład pierwsze wyszukanie przestrzennej bliskości z ofiarą, pierwszy niechciany telefon lub pojedyncze ogłoszenie o charakterze seksualnym z podaniem danych osobowych ofiary), o ile sprawca działał z zamiarem powtarzania tej samej lub innych czynności przez dłuższy okres czasu¹³⁶. Istnienie takiego zamiaru u sprawcy jest prawie niemożliwe do udowodnienia¹³⁷, dlatego ujęcie to spotyka się w doktrynie z krytyką.

Wedle drugiego stanowiska pojedyncza czynność sprawcy nie stanowi jeszcze usiłowania. Sprawca przekracza próg usiłowania dopiero z podjęciem aktu, który według jego wyobrażenia jest zdalny zagrożeniu życia przez ofiarę. Następuje to wraz z podjęciem takiej czynności stalkingowej, która – przy uwzględnieniu dotychczasowych czynności – prowadzi do przyjęcia uporczywego prześladowania. Adherenci tego stanowiska zwracają uwagę, że ofiara stalkingu, która chce doprowadzić do skazania sprawcy nie powinna zbyt wcześnie składać zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa. Z drugiej strony, jeżeli sprawca z powodu czynności prowadzonych przez policję zaniecha dalszej stalkingowej aktywności, to cel zostanie osiągnięty i skazanie sprawcy nie będzie konieczne ze względów specjalnoproceduralnych¹³⁸.

Odstąpienie od usiłowania możliwe jest aż do osiągnięcia wymaganego minimalnego okresu trwania zachowania sprawcy. Aż do tego punktu czasowego sprawca może przerwać swoją czynność lub zrezygnować z podjęcia zaplanowanych czynności (na przykład anulować zamówienie następnych artykułów dla ofiary), a przez to uwolnić się od kary, co nastąpi nawet wtedy, gdy ofercie dostarczono już jakieś towary, ale te dotychczasowe dostawy nie doprowadziły do relewantnego naruszenia prowadzenia życia przez ofiarę¹³⁹.

¹³⁶ E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch...*, s. 350; E. Wach, *Salzburger...*, s. 29; I. Mitgutsch, *Strafrechtliche...*, s. 188; O. Maleczky, *Strafrecht...*, s. 29; A. Birklbauer, M.J. Hilf, A. Tipold, *Strafrecht...*, s. 163. Sprzeciw wobec tego ujęcia wyraziła A. Sadoghi, *Stalking...*, s. 346.

¹³⁷ Tak K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 60.

¹³⁸ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 60.

¹³⁹ E. Wach, *Salzburger...*, s. 29–30; I. Mitgutsch, *Strafrechtliche...*, s. 188.

7. Odgraniczenie stalkingu od innych przestępstw

Pojęcie „stalking” nie jest jasno zdefiniowane. Wyróżnia się lżejsze i cięższe formy stalkingu. Do lżejszych form stalkingu należą na przykład: częste telefony, niemiłe widziane listy, sms-y, e-maile, śledzenie albo „okupowanie” domu lub miejsca pracy, zamawianie dla ofiary towarów lub usług, dawanie fałszywych ogłoszeń w mediach. Zachowania te objęte są penalizacją przez § 107a StGB. Ciężkie formy stalkingu realizują znamiona innych typów czynów zabronionych, takich jak na przykład: uszkodzenie ciała (§ 83 StGB – *Körperverletzung*), niebezpieczna groźba (§ 107 StGB – *gefährliche Drohung*), naruszenie miru domowego (§ 109 StGB – *Hausfriedensbruch*), znieważenie (§ 115 StGB – *Beleidigung*), uszkodzenie rzeczy (§ 125 StGB – *Sachbeschädigung*)¹⁴⁰. W tym sensie § 107a StGB pełni funkcję uzupełniającą, ponieważ ciężkie formy stalkingu penalizowane są przez inne przepisy¹⁴¹. W tym też sensie czyn kryminalizowany przez § 107a StGB jest typowym „czynem towarzyszącym” (*Begleitatt*)¹⁴². Określany bywa również jako „wylapujący typ czynu zabronionego” (*Auffangtatbestand*) w przypadku zachowań, które nie podpadają pod inny ustawowy typ¹⁴³.

W literaturze zaznacza się, że wypełnienie przez daną czynność stalkingową znamion jakiegokolwiek z innych typów nie wyklucza subsumpcji całego kompleksu czynności sprawcy również pod § 107a StGB. Zastosowanie jednego z innych (przykładowo wymienionych wyżej) przepisów ujmuje tylko pewien fragment całości zdarzenia¹⁴⁴. Bez powołania bowiem § 107a StGB, komponenty czasowe zachowania stalkingowego nie byłyby wystarczająco ujęte¹⁴⁵. Zazwyczaj zachodzi zbieg właściwy (*echte Konkurrenz*) § 107a StGB z wymienionymi wyżej typami przestępstw¹⁴⁶. Tak będzie na przykład w sytuacji, gdy sprawca, w drodze nawiązywania kontaktu, wypisuje wiadomości sprayem na samochodzie ofiary¹⁴⁷. Ze względu na zawartą w § 115 ust. 1 StGB klauzulę subsydiarności odmiennie kształtuje się kwalifikacja prawna w przypadku znieważenia – stosuje się wyłącznie § 107a StGB. Zbieg właściwy zachodzi natomiast również z deliktami dotyczącymi wykorzystania danych osobowych¹⁴⁸.

¹⁴⁰ A. Wolfrum, D. Dimmel, *Das „Anti – Stalking – Gesetz”*, s. 476; K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 53 i 61; P. Velten, *Stalking*, s. 160.

¹⁴¹ E. Wach, *Salzburger...*, s. 31.

¹⁴² K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 61.

¹⁴³ Tak m.in. Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, s. 118.

¹⁴⁴ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 61.

¹⁴⁵ E. Wach, *Salzburger...*, s. 31.

¹⁴⁶ Zob. np. K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 61; D. Kienapfel, H.V. Schroll, *Studienbuch...*, s. 280; H. Wegscheider, *Strafrecht...*, s. 147–148.

¹⁴⁷ Tak A. Birkbauer, M.J. Hilf, A. Tipold, *Strafrecht...*, s. 167.

¹⁴⁸ E. Wach, *Salzburger...*, s. 31–32.

Z orzecznictwa podaje się następujący przykład stanu faktycznego, w którym przyjęto właściwy zbieg § 84 StGB (ciężkie uszkodzenie zdrowia) z § 107a StGB: długoletnia natrętność zakochanej kobiety spowodowała u księdza depresję, taki nadmiernej potliwości i zakłócenia snu¹⁴⁹.

8. Tryb ścigania

„Uporczywe prześladowanie” w pierwotnej wersji, wraz z jego typizacją, było przestępstwem ściganym w niektórych przypadkach od razu –z urzędu, a w niektórych przypadkach na wniosek osoby uprawnionej. Przepis ówczesnego § 107a ust. 3 StGB przewidywał ściganie stalkingu na wniosek w przypadku zachowania opisanego w ustępie drugim, w punkcie drugim. Pozostałe przypadki zachowania sprawcy były ścigane bezwarunkowo.

1 stycznia 2008 roku weszła w życie ustawa z 2004 roku reformująca postępowanie karne¹⁵⁰, która zlikwidowała przestępstwa ścigane na wniosek (*Antragsdelikte*). Przestępstwa te zostały, przez odpowiednie zmiany w kodeksie karnym, przekształcone w przestępstwa „z umocowania” (*Ermächtigungsdelikte*) albo w przestępstwa „czysto” publicznoskargowe (*reine Officialdelikte*). Ściganie przestępstw „z umocowania” wymaga udzielenia umocowania policji lub prokuraturze przez osobę uprawnioną (najczęściej pokrzywdzonego). Mocą ustawy z 2007 roku¹⁵¹ uchylono z dniem 1 stycznia 2008 roku ustęp trzeci w § 107a StGB, a zachowania którego on dotyczył nie przekształcono w przestępstwo „z umocowania”. *Eo ipso*, z tym dniem stalking w każdej postaci stał się przestępstwem „czysto” publicznoskargowym¹⁵².

Odnosnie do przedmiotowej zmiany trybu ścigania stalkingu wyrażane są w doktrynie zarówno głosy aprobujące, jak i głosy krytyczne¹⁵³. Krytycy podnoszą, że ofierze powinien zostać przyznany wpływ na ściganie tego typu zachowań¹⁵⁴. Byłoby to szczególnie zasadne w przypadkach stalkingu „partnerskiego”, w których w czasie rozprawy sądowej relacje pomiędzy byłymi partnerami zostały już uregulowane, sprawca dawno zaprzestał swoich czynności i ofiara nie jest zainteresowana skazaniem sprawcy, a wręcz nie chce za-

¹⁴⁹ *Ibidem*, s. 31.

¹⁵⁰ § 514 *Strafprozessreformgesetz* 2004, BGBl 2004/19.

¹⁵¹ *Strafprozessreformbegleitgesetz I*, BGBl I 2007/93.

¹⁵² K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 62; Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches...*, s. 116; E. Wach, *Salzburger...*, s. 35; A. Birkbauer, M.J. Hilf, A. Tipold, *Strafrecht...*, s. 168.

¹⁵³ Zob. np. K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 62–63; E. Wach, *Salzburger...*, s. 35; E. Fabrizio, *Strafgesetzbuch...*, s. 347. Aprobatę wyraziła m.in.: I. Mitgutsch, *Ausgewählte...*, s. 27.

¹⁵⁴ Tak m.in. K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 62.

szkodzić byłemu partnerowi¹⁵⁵. Podnosi się, że subiektywna wrażliwość ofiar stalkingu jest ogromnie zróżnicowana. Wobec zachowań przez niektórych uznanych za straszliwie uciążliwe, inni pozostają obojętni. Mając powyższe na względzie wyraża się przekonanie, że byłoby sensownie uzależnić ściganie wszystkich przypadków stalkingu od decyzji ofiary, to znaczy od udzielenia przez ofiarę organom ścigania odpowiedniego umocowania¹⁵⁶.

9. Praktyczne znaczenie przepisu penalizującego stalking

W Austrii przed wprowadzeniem przedmiotowego typu czynu zabronionego szacowano, że rocznie zdarza się około 6000 przypadków stalkingu i prognozowano, że – z uwagi na „ciemną liczbę” (dosłownie – *Dunkelfeld*) – rocznie będzie dochodzić do około 1000 zawiadomień o popełnieniu tego przestępstwa. Przewidywano, że będzie dochodzić rocznie średnio do 70–80 wyroków skazujących¹⁵⁷.

Rzeczywistość przerosła jednak oczekiwania. W ciągu pierwszych pięciu miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy penalizującej zgłoszono do prokuratury 1 156 przypadków, a 123 osoby zostały skazane. W 626 sprawach postępowanie umorzono, w 82 przypadkach zastosowano środki alternatywne (tak zwanego „trzeciego toru” – *Diversion*), a 62 oskarżonych uniewinniono¹⁵⁸.

Charakterystyczne jest, że do zgłoszenia przestępstwa dochodzi często w związku z procesami rozwodowymi¹⁵⁹.

Policyjne statystyki kryminalne z lat 2007 i 2008 pokazały, że w tych latach zgłoszono każdorazowo około 2600 przypadków stalkingu. Zakończyły się one wyrokiem skazującym w 156 i 160 sprawach rocznie, co wynika z sądowych statystyk kryminalnych. Niewielka liczba skazań w stosunku do zgłoszeń była rezultatem głównie braku uporczywości w zachowaniu sprawców¹⁶⁰. Liczba 160 wyroków w 2008 roku stanowiła około 7,5% wszystkich sądowych skazań w tym roku za przestępstwa przeciwko wolności, co świadczy o tym, iż – jak wskazuje się w literaturze – § 107a StGB ma duże znaczenie praktyczne¹⁶¹.

W okresie od października 2008 roku do jesieni 2009 roku grupa złożona z pracowników naukowo-dydaktycznych uniwersytetów z Wiednia i z Linz przeprowadziła badania aktowe spraw dotyczących stalkingu. Przebadano 137 akt,

¹⁵⁵ Zob. E. Wach, *Salzburger...*, s. 35.

¹⁵⁶ Tak K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 62–63.

¹⁵⁷ E. Wach, *Salzburger...*, s. 7.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ *Ibidem*, s. 8.

¹⁶⁰ K. Schwaighofer, [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener...*, s. 52–53.

¹⁶¹ Tak A. Birkbauer, M.J. Hilf, A. Tipold, *Strafrecht...*, s. 163.

które powstały w związku ze 159 zawiadomieniami o przestępstwie. W dwunastu przypadkach odnotowano kilka ofiar, a w siedmiu przypadkach kilku sprawców. 106 spośród tych 137 spraw dotyczyło wyłącznie uporczywego prześladowania (a nie również innego typu przestępstwa). W 67% przypadków zawiadomień o przestępstwie prokuratura umorzyła postępowanie (najczęściej z powodu braku dowodów albo niezgodności zachowania z typem czynu zabronionego). W 12% przypadków doszło do zakończenia postępowania z zastosowaniem środków alternatywnych (*Diversion*). 10% oskarżonych zostało uniewinnionych, a jedynie w 11% spraw (w 18 przypadkach) doszło do skazania na podstawie § 107a StGB. Trzynastu oskarżonym wymierzono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania; aniektórym z nich nakazano unikać kontaktu z ofiarą. W trzech przypadkach sąd orzekł bezwzględną karę grzywny, a w dwóch – karę grzywny z warunkowym zawieszeniem wykonania¹⁶².

Zgodnie z oczekiwaniami największą grupę sprawców stanowili byli partnerzy ofiary. Jedynie w trzynastu przypadkach sprawca był osobą zupełnie obcą dla ofiary. Najwięcej sprawców zrealizowało czynność wykonawczą opisaną w punkcie drugim, to jest w drodze tworzenia pośredniego kontaktu (przy zastosowaniu środków komunikacyjnych lub przez osobę trzecią). Drugą liczebnie pod tym względem grupę stanowili sprawcy wyszukujący przestrzennej bliskości ofiary¹⁶³.

Badanie akt pod kątem realizacji znamienia „kontynuuje przez dłuższy okres czasu” wykazało, że sąd przyjął dokonanie stalkingu na przykład w sytuacji, gdy sprawca: pozostawił 50 pisemnych informacji na rowerze ofiary w ciągu 3 miesięcy; w ciągu 2 tygodni wysłał do ofiary 47 sms-ów i 2 razy czekał na nią przed miejscem pracy; wysłał 90 sms-ów w ciągu tygodnia, a dodatkowo stał przed domem ofiary; 90 razy zatelefonował do ofiary w ciągu 3 dni; wysłał 300 sms-ów w ciągu 3 tygodni; wysłał 300 sms-ów w ciągu 6 miesięcy; w trakcie roku codziennie telefonował do ofiary około 20–30 razy i wysyłał sms-y¹⁶⁴.

Za środek komunikacji inny niż telekomunikacyjny uznano między innymi: mysz wysmarowaną keczupem, leżącą na macie pod drzwiami; położone przed drzwiami znicze nagrobne z karteczkę zawierającą wyrazy współczucia; przysłanie damskich fig¹⁶⁵.

Spośród spraw, w których pojawiło się zagadnienie interpretacji znamienia „wyszukuje przestrzennej bliskości” warto wspomnieć o przypadku, w którym prokuratura umorzyła postępowanie – słusznie, jak zaznaczono w litera-

¹⁶² I. Mitgutsch, *Ausgewählte...*, s. 22–24.

¹⁶³ *Ibidem*, s. 25–26.

¹⁶⁴ Zob. *ibidem*, s. 29.

¹⁶⁵ *Ibidem*, s. 32.

turze. Podejrzany przez 2 lata fotografował swoją sąsiadkę, gdy wieszala ona pranie i wynosiła śmieci. Nie zmieniał on przy tym swojego miejsca, a zatem nie doszło do „wyszukiwania”¹⁶⁶.

Abstract **Stalking in Austrian criminal law**

The paper analyses the features of the offence of stalking in Austrian criminal law. Presented are views expressed in Austrian literature, and numerous actual cases of stalking are quoted.

The Austrian Criminal Code covers stalking in the chapter entitled Crimes Against Personal Freedom (§ 107a). Literature emphasises that the normative description of the offence contains plenty of imprecisely defined notions. The essence of the perpetrator's behaviour is “persistent persecution”. The feature was defined in the act through the descriptions of four alternative modes of the perpetrator's behaviour. All the four relevant legal behaviours of the perpetrator have two premises in common. First is the continuation of the behaviour for an extended period of time (the quantitative premise), and the other is the capacity of such behaviour to infringe the life of a given person (qualitative premise), with the infringement being *unzumutbar*, i.e. bearing it may not be expected from the victim.

The act does not envisage any qualified types for this offence. It is a general, formal, and intentional offence, and the presence of perpetrator's *dolus eventualis* is sufficient. The doctrine agrees that an attempt at stalking is possible along the general rules. In the original version, stalking was prosecuted in various manners, depending on its variety. After the changes in the criminal procedure, stalking became an offence pursued always at the discretion of the public prosecutor, regardless of the willingness of the victim.

In Austria, stalking has been penalised since 2006, and in Poland, only since 2011. The examples of stalker behaviours and conclusions that result from the few years of application of the law penalising stalking may provide a valuable suggestion in the interpretation of the Article 190a of the Polish Penal Code.

Źródła

Akty prawne

1. *Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen*, BGBl 1974/60.
2. *Strafprozessreformbegleitgesetz I*, BGBl I 2007/93.
3. *Strafprozessreformgesetz 2004*, BGBl 2004/19.
4. *Strafrechtsänderungsgesetz 2006*, BGBl I 2006/56.

¹⁶⁶ *Ibidem*, s. 30.

Literatura

1. Bachner-Foregger H., *Strafgesetzbuch (mit kurzen Erläuterungen)*, wyd. 23, Wien 2010.
2. Bertel Ch., Schwaighofer K., *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I (§§ 75 bis 168e StGB)*, wyd. 11, Wien 2010.
3. Birklbauer A., Hilf M.J., Tipold A., *Strafrecht. Besonderer Teil I*, Wien 2011.
4. Fabrizio E., *Strafgesetzbuch. Kurzkomentar*, wyd. 10, Wien 2010.
5. Fuchs H., Reindl-Krauskopf S., *Strafrecht. Besonderer Teil I*, wyd. 3, Springer-Wien–NewYork 2009.
6. Heissenberger G., *Straf- und zivilrechtliche Aspekte der „Beharrlichen Verfolgung“ gem § 107a StGB*, „Österreichisches Anwaltsblatt“ 2006.
7. Kienapfel D., Schroll H.V., *Studienbuch. Strafrecht. Besonderer Teil. Band I. Delikte gegen Personenwerte*, wyd. 2, Wien 2008.
8. Maleczky O., *Das neue Anti – Stalking – Gesetz. Schutz gegen beharrliche Verfolgung (Stalking) und vor Eingriffen in die Privatsphäre*, „Fachzeitschrift für interdisziplinäres Familienrecht“ 2006.
9. Maleczky O., *Strafrecht. Besonderer Teil I*, wyd. 8, Wien 2008.
10. Mitgutsch I., *Die geplante „Stalking“ – Bestimmung des § 107a StGB*, „Journal für Strafrecht“ 2006.
11. Mitgutsch I., *Strafrechtliche Aspekte des „Anti – Stalking – Pakets“ 2006*, „Richterszeitung“ 2006.
12. Mitgutsch I., *Ausgewählte Probleme der Freiheitsdelikte – Beharrliche Verfolgung und fortgesetzte Gewaltausübung*, (w:) I. Mitgutsch (Hrsg.), W. Wessely (Hrsg.), *Strafrecht. Besonderer Teil. Jahrbuch 2010*, Wien–Graz 2010.
13. Sadoghi A., *Stalking – eine differenzierte Betrachtung dogmatischer Probleme*, „Österreichisches Anwaltsblatt“ 2007.
14. Schwaighofer K., [w:] F. Höpfel (Hrsg.), E. Ratz (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, wyd. 2, 15b. Lieferung (Austauschheft November 2010), Wien 2010, Kommentar zu § 107a.
15. Velten P., *Stalking*, „Journal für Strafrecht“ 2003.
16. Wach E., [w:] O. Triffterer (Hrsg.), Ch. Rosbaud (Hrsg.), H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. System und Praxis*, Band 2, 18. Lieferung (Mai 2008), Kommentar zu § 107a.
17. Wegscheider H., *Strafrecht. Besonderer Teil*, wyd. 3, Wien 2009.
18. Wolfrum A., Dimmel D., *Das „Anti – Stalking – Gesetz“*, „Österreichische Juristenzeitung“ 2006.

Renata Staszal

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Samobójstwa w Tatrach w latach 2000–2010

Problematyka samobójstw w Tatrach polskich nie była dotychczas przedmiotem szczegółowych badań. Zamierzam, zatem przedstawić przyczyny mogące mieć wpływ na tak desperackie zachowanie oraz jego okoliczności, biorąc pod uwagę takie czynniki jak płeć, wiek, warunki atmosferyczne i społeczne.

W moich badaniach wykorzystałam dane zawarte w aktach postępowań przygotowawczych prowadzonych przez Prokuraturę Rejonową w Zakopanem w latach 2000–2010, Kartach Działań Ratowniczych oraz sprawozdaniach z wypraw ratunkowych Tatrzańskiego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego, a także w materiałach z wykonanych czynności przez funkcjonariuszy Komendy Powiatowej Policji w Zakopanem.

Sposób i miejsce odebrania sobie życia

W Polsce rokrocznie odbiera sobie życie ponad 4.000 osób, natomiast w Tatrach po stronie polskiej niecałe dwie osoby na rok, co stanowi 0,05% wszystkich samobójstw dokonanych w naszym państwie, co zostało ukazane w tabeli 1.

Tabela 1. Liczba dokonanych samobójstw w Polsce w latach 2000–2010 (w tym w Tatrach po stronie polskiej) z uwzględnieniem płci

Samobójstwa dokonane										
Rok	ofiar ogółem	Polska				Tatry				
		mężczyźni		kobiety		ogółem	mężczyźni		kobiety	
2000	4947	4090	82,68%	857	17,32%	1	1	100%	0	
2001	4971	4184	84,17%	787	15,83%	3	2	66,67%	1	33,33%
2002	5100	4215	82,65%	885	17,35%	1	1	100%	0	0
2003	4634	3890	83,95%	744	16,05%	3	3	100%	0	0

2004	4893	4104	83,88%	789	16,12%	2	2	100%	0	0
2005	4621	3885	84,07%	736	15,93%	5	3	60%	2	40%
2006	4090	3444	84,21%	646	15,79%	0	0	0	0	0
2007	3530	2924	82,83%	606	17,17%	0	0	0	0	0
2008	3964	3333	84,08%	631	15,92%	1	1	100%	0	0
2009	4384	3739	85,29%	645	14,71%	2	1	50%	1	50%
2010	4087	3517	86,05%	570	13,95%	1	1	100%	0	0

Źródło: 1) www.statystyka.policja.pl/portal/st/954 – pobrano 30.04.2011 r. godz. 20.50; 2) dane uzyskane z wewnętrznych statystyk ratowników Tatrzańskiego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego – stan na dzień 20.01.2011 r.

Do zamachów samobójczych w skali kraju w badanym okresie najczęściej dochodzi w mieszkaniach (23 875 ofiar) oraz w pomieszczeniach zabudowań gospodarczych (10 709 ofiar), w piwnicach i strychach (7837 ofiar), na obszarach parków i lasów (5098 ofiar)¹, natomiast w Tatrach najwięcej, bo aż 16 z 19 osób, co stanowi 84,21%, rozstało się z życiem na otwartej przestrzeni, a pozostałe 3 ofiary targnęły się na swoje życie w pomieszczeniu (w szałasie).

Sposób popełnienia samobójstwa w znacznej mierze zależy od środków, jakie ma do dyspozycji ofiara zamachu samobójczego. Najczęstszym sposobem autodestrukcji w Polsce, wg statystyk policyjnych, w przeciągu badanego dziesięciolecia jest powieszenie się (37 922 ofiary), rzucenie się z wysokości (4254 ofiary), zażycie środków nasennych (2162 ofiary), samookaleczenie (1528 ofiar), uszkodzenie układu krwionośnego (1332 ofiary), rzucenie się pod pojazd (1232 ofiary) utopienie się (1194 ofiary) oraz inne sposoby².

Tatry to specyficzne miejsce, gdzie można się wyciszyć i przemyśleć wszystko, a przede wszystkim wyzwalają w człowieku wolność oraz poczucie odosobnienia, które przyciągają nie tylko miłośników przyrody, ale i także osoby, które właśnie w tak specyficznym miejscu pragną rozstać się z życiem. Dominującym sposobem samounicestwienia w ostatniej dekadzie na terenie Tatr po stronie polskiej³ jest skok z wysokości (8 ofiar), a najczęstszym miejscem do takiego czynu wybierana jest najbardziej rozpoznawalna góra w Polsce, Giewont (4 ofiary, w tym 1 kobieta), a zwłaszcza rzucenie się na północną stronę ściany, a także skok z Nosala (2 ofiary, w tym 1 kobieta) lub Świnicy (2 ofiary).

Kolejnym sposobem na zakończenie życia jest powieszenie (5 ofiar) oraz zażycie lekarstw i popicie ich alkoholem (6 ofiar, w tym 2 kobiety), przy czym

¹ Statystyki Policji www.statystyka.policja.pl/portal/st/954 stan na dzień 30.04.2011 r. – statystyki obejmują usiłowanie popełnienia samobójstwa oraz samobójstwa dokonane.

² Statystyki Policji www.statystyka.policja.pl/portal/st/954 stan na dzień 30.04.2011 r. – statystyki obejmują usiłowanie popełnienia samobójstwa oraz samobójstwa dokonane.

³ Informacje z akt spraw Prokuratury Rejonowej w Zakopanem prowadzone w latach 2000–2010.

te ostatnie należą, z punktu widzenia kryminalistycznego, do najtrudniejszych do rozpoznania, chyba, że, tak jak u 31-letniego mężczyzny ewidentnie stwierdzono „stężenie Tramadolu we krwi 6,94 mg/l, tj. 2 do 3 razy przekraczające dawkę śmiertelną tej substancji we krwi i całkowity brak tego leku w mięszu wątroby. Również dawka terapeutyczna Hydroksyzyny i Cetyryzyny we krwi i mięszu wątroby jest wielokrotnie przekroczone i mieści się w granicach stężeń toksycznych. Stężenie leków we krwi i w wątrobie nie było wynikiem „kumulacji” tj. wcześniejszego przyjmowania tych leków przez denata w celach leczniczych⁴.

Z badań przeprowadzonych przez Brunona Hołysta opublikowanych w „Suicydologii” z 2002 r. wynika, iż „poszczególne dni tygodnia różnią się, co do nasilenia samobójstw, a rekordowym dniem tygodnia pod względem samobójstw okazuje się poniedziałek, a tuż za nim, na drugim miejscu sytuuje się wtorek. Do dni o zmniejszonym nasileniu samobójstw należy niedziela, choć wskaźniki dla niedzieli są wyraźnie wyższe niż dla soboty”. Powyższe dane odnoszące się do skali krajowej nie znajdują potwierdzenia w wynikach analizy mikroregionu objętego moimi badaniami, gdyż w ostatnim dziesięcioleciu nie zostały przeprowadzone takie analizy. W Tatrach po stronie polskiej w latach 2000–2010 żadna z ofiar nie odebrała sobie życia w poniedziałek ani we wtorek, zaś sobota jest dniem, na który przypadło najwięcej, bo aż 5 samobójstw, co stanowi blisko 30% wszystkich autodestrukcyjnych zachowań na tym obszarze. Kolejnymi dniami, w których odnotowano zamachy samobójcze jest środa oraz niedziela (po 4 ofiary). Na samym końcu plasuje się piątek wraz z czwartkiem, które to dni wybrały po 2 osoby by rozstać się z życiem. W dwóch przypadkach ciała ofiar znaleziono po paru dniach⁵ lub kilku tygodniach⁶ dlatego niemożliwym było ustalenie dokładnego dnia tygodnia popełnienia samobójstwa.

Tabela 2. Dni tygodnia popełnienia samobójstw w Tatrach po stronie polskiej w latach 2000–2010 z uwzględnieniem płci

Dzień tygodnia popełnienia samobójstwa								
Dzień	Pn	Wt	Śr	Cz	Pt	So	Nd	NN
Kobiety	0	0	2	1	1	0	0	0
Mężczyźni	0	0	2	1	1	5	4	2
Razem	0	0	4	2	2	5	4	2

Źródło: Informacje z akt spraw Prokuratury Rejonowej w Zakopanem.

⁴ Wyniki badań toksykologicznych ofiary, postępowanie przygotowawcze nr Ds 2902/05, Karta nr 26–28.

⁵ Zgon NN mężczyzny – Ds 733/03.

⁶ Zgon NN mężczyzny – Ds 959/00.

Z powyższej tabeli jednoznacznie wynika, iż sobota oraz niedziela są dniami całkowicie zdominowanymi przez mężczyzn. Kobiety natomiast wybrały środek tygodnia by rozstać się z życiem.

Przyczyny popełnienia samobójstwa

Nie można uogólniać przypadków autodestrukcji, gdyż każdy jest inny i do każdego trzeba podejść indywidualnie, by zrozumieć, dlaczego ofiara podjęła próbę samozniszczenia, i chociaż nie zawsze przyczyny popełnienia samobójstwa są znane – bywa, iż niekiedy wręcz niemożliwe do ustalenia nawet przy pomocy osób najbliższych ofiary – to najczęściej mamy do czynienia z nagromadzeniem czynników multikazualnych zamachu samobójczego, które w rezultacie popychają daną osobę do zamachu na własne życie.

Jak wynika z listów pożegnalnych oraz z zeznań osób najbliższych ofiar, które popełniły samobójstwo w Tatrach po stronie polskiej w latach 2000–2010 częstym motywem autodestrukcji jest choroba psychiczna, jak na przykład schizofrenia, która może zacząć się nagle i niespodziewanie, będąc łatwą do diagnozy chociażby poprzez nagłe pobudzenie lub osłupienie, atak szału a nawet próby samobójcze, jak w przypadku Łukasza K., który zdawał sobie sprawę, iż choruje:

*„Patrzcie Co? Chcecie mówicie
i macie zrozumiecie
minie NIE nie ma opcji
w waszej głowie by
uruchomić coś
A może Nic bo nie Wiem
dlaczego schizofrenia
zaatakowała tak jak
atakuję ośmiornicy macka”⁷.*

Jednakże istnieje możliwość, iż choroba będzie rozwijać się przez lata i niepostrzeżenie zacznie zmieniać osobę, czego przykładem mogą być zeznania złożone przez matkę 27-letniego samobójcy:

„Mój syn od 15 roku życia był chory na schizofrenię. Przez dwanaście lat się leczył. Ja na początku myślałam, że to bunt młodzieńczy jednak komisja lekarska uznała, że jest to choroba psychiczna”⁸

oraz informacje z listu pożegnalnego Ewy Z., która wyznaje:

⁷ Dowód rzeczowy – notatnik samobójcy Łukasza K., s.13. Ds 1273/04.

⁸ Zeznania Teresy P. – matki ofiary, Ds 2583/05. Karta nr 17.

„Teraz cierpię bardzo, że nie jesteśmy razem. I tęsknię za Wami ogromnie. Gdybym była zdrowa to starałabym się za wszelką cenę być z Wami lub chociaż blisko Was. Ale niestety, los chciał inaczej. Jestem bardzo chora na jakąś dziwną chorobę, której nawet lekarze nie mogą rozpoznać. Bolać mnie plecy, pieką oczy, budzę się rano z uczuciem ogromnego zmęczenia, a na domiar złego muszę brać tabletki na noc, bo nie mogę spać. I tak borykam się z tą idiotyczną chorobą już 5 lat. Dłużej nie mam sił już żyć i tak się męczyć. Każdy przeżyty przeze mnie dzień to udręka i męczarnia. Zresztą życie teraz nie ma już dla mnie żadnego znaczenia gdy jestem chora i Was nie ma przy mnie. Czuję się jak niepotrzebny i zużyty przedmiot bez żadnej wartości”.

Częstą przyczyną zamachów samobójczych w kontekście motywacji jest alkoholowy zespół abstynencyjny, któremu zazwyczaj towarzyszy lęk oraz niepokój, charakterystyczne są również stany depresyjne, które trwać mogą przez okres wielu tygodni po zaprzestaniu spożywania alkoholu¹⁰.

Kolejnymi przyczynami targnięcia się na własne życie są także:

a. nieporozumienia rodzinne:

„Nie leczyla się psychiatrycznie, lecz kilkakrotnie mówiła, że popełni samobójstwo twierdząc, iż nie układało się jej w życiu zawodowym oraz prywatnym ze mną i ja chciałem się z nią rozwieść i że nie układały się również dobrze jej stosunki z jej matką”¹¹;

b. zawód miłosny:

„Moja córka miała chłopaka [...], który wyjechał na początku roku do Anglii, córka była w nim bardzo zakochana, ale on ją zostawił. Przyjechał we wrześniu do Polski, ale już nie mogli się ze sobą dogadać i związek się rozpadł. Po rozpadzie tego związku córka była załamana i w jednym ze swoich pamiętników napisała, że to koniec”¹²;

c. problemy związane z trudną sytuacją materialną, niekiedy uwarunkowane utratą lub zmianami w pracy:

„Zaczęła mi opowiadać o swoich problemach w pracy [...] zmienił się dyrektor i że zaczął zaprowadzać nowe porządki. [...] Mówiła mi, że w pracy panuje niezdrówna atmosfera. Wszyscy pracownicy zaczęli się bać tego dyrektora. [...] Pamiętam, że jak wracała z pracy była zmęczona. Kładła się

⁹ Z listu poźegnalnego ofiary do dzieci, Ds 3233/01. Karta nr 24-25.

¹⁰ Zeznania Jadwigi B. – żony ofiary, Ds 688/03. Karta nr 13.

¹¹ Zeznania Tomasza M. – męża ofiary, Ds 949/05. Karta nr 20.

¹² Zeznania Katarzyny N. – matki ofiary, Ds 3016/05. Karta nr 5.

*do łóżka. Po takim powrocie z pracy nieraz wspominała, że źle się jej tam pracuje. Musi się coraz bardziej przykładać do pracy, gdyż dyrektor jest osobą wymagającą. Wcześniej z tego co mi mówiła to nie miała żadnych problemów w pracy. Dobrze się jej pracowało*¹³;

- d. sytuacja biometeorologiczna, która w Tatrach ma bardzo duży wpływ na ilość zamachów samobójczych. Na 13 z 15 zbadanych przeze mnie przypadków była ona niesprzyjająca w dniu targnięcia się przez ofiarę na własne życie. Andrzej Zachuta w jednej ze swych publikacji pisze, iż zaburzenia w harmonijnym funkcjonowaniu organizmu uzależnione są nie tylko od indywidualnych właściwości jednostek, ale także od natężenia i fazy zjawisk fenowych. Najbardziej niekorzystnie odczuwany jest okres, w którym wiatr, schodzący z gór, dociera do dolin. Dopiero po przedostaniu się wiatru do doliny jego aktywność raptownie spada¹⁴. By zrozumieć kryminogenny charakter wiatru halnego należy wpiery wyjaśnić, w jaki sposób powstaje, gdyż tworzy się w szczególnych warunkach układu barycznego przy przesuwającym się ku wschodowi niżu atlantyckim. Gdy na wschód od północy Karpat leży obszar wysokiego ciśnienia, a na zachodzie od nich pojawi się ośrodek niskiego ciśnienia, wtedy masy powietrza (w związku z ruchem obrotowym ziemi) dążą z południa ku północy. Napotyając zaporę masywu tatrzańskiego podnoszą się po zboczach południowych i ochładzają adiabatycznie o ok. 0,6°C na każde 100 m, przy czym skrapla się zawarta w powietrzu para wodna i jej drobniutkie kropelki tworzą charakterystyczny podłużny wał chmur nad górami. Pozbawione pary wodnej masy powietrza przewalają się przez grań Tatr i spadając wzdłuż ich północy stoków ogrzewają się adiabatycznie o 1°C na każde 100 m spadku – i dlatego im niżej tym wiatr halny jest cieplejszy, na szczytach górskich zaś raczej chłodny lub nawet zimny¹⁵. Towarzyszące halnemu zjawiska meteorologiczne takie jak nagły spadek ciśnienia i silny wiatr, a w szczególności tuż przed pojawieniem się wiatru, jak również we wczesnym jego stadium, są silnymi bodźcami dla systemu nerwowego człowieka, przejawiając się wzmożoną pobudliwością fizyczną i psychiczną, nasileniem agresywności, ogólnym osłabieniem, zmęczeniem, znużeniem i zdekoncentrowaniem, niepokojem, uczuciem lęku, odczuwaniem za dnia senności a w nocy

¹³ Zeznania konkubenta ofiary, Ds 2153/09. Karta nr 31.

¹⁴ A. Zachuta, *Bójki i pobicia na Podhalu*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego” 1974, nr 1, s. 104–109.

¹⁵ <http://z-ne.pl> i <http://www.ceper.pl/articles/6079-skad-sie-bierze-halny> – stan na dzień 26.02.2011 r.

bezsenność, bólami głowy, zaburzeniami układu krążenia, gdyż wzrasta zawartość jonów dodatnich w powietrzu, co powoduje ubytek czerwonych ciałek krwi oraz podnosi ciśnienie we krwi, dochodzi częściej do udarów mózgu i wypadków. Prócz reakcji negatywnych mogą pojawiać się również stany euforyczne oraz wzrost chęci działania.

Tabela 3. Sytuacja biometeorologiczna w latach 2000–2010 w Tatrach po stronie polskiej z uwzględnieniem występowania wiatru halnego

Sytuacja biometeorologiczna							
Lp.	-3	-2	-1	Dzień samobójstwa:	+1	+2	+3
1.	K	K↓	N	N	K	K	
2.	K	K↓	N	N	K	K	
3.	N	N	K	K↓	N	N	Halny
4.	N	N	N	N	N	N	K
5.	N	N	N	N	N	K	K
6.	↓	K	K	N	N	N	
7.	↓	N halny	N halny	N	N	N	
8.	N	N	N	N	N	N	N
9.	↓	N halny	N halny	N halny	N	N↑	ti
10.	N	N	N↑	↓	↑	K	
11.	K	K	K	K	K	K	N
12.	K	K	K↓	N↑	N	N	N
13.		N	N	N	N	N	
14.		N	N	N	N	N	
15.	N	N	N	N	N		

Źródło: informacje z pisma codziennego „Dziennik Polski”, dane z dni: 09–14.12.2001 r., 07–13.04.2002 r., 12–15.03.2003 r., 16–19.03.2003 r., 20–22.03.2003 r., 22–26.04.2004 r., 27.10–02.11.2004 r., 08–12.03.2005 r., 06–11.04.2005 r., 23–29.08.2005 r., 22–28.09.2005 r., 12–16.10.2005 r., 21–25.11.2008 r., 14–18.05.2009 r., 04–08.10.2009 r.

N – sytuacja biometeorologiczna niekorzystna.

K – sytuacja biometeorologiczna korzystna.

↓ – pogorszenie sytuacji biometeorologicznej.

↑ – poprawa sytuacji biometeorologicznej.

Ludzie na halny reagują w różnym czasie: jedni, kiedy na wiatr dopiero się zbiera – jeden, dwa lub trzy dni wcześniej, inni, kiedy już wieje, a niektórzy dopiero po wystąpieniu wiatru fenowego, który obserwuje się w Zakopanem przez około 90 dni w roku i pomimo, że wieje o każdej porze roku najczęściej występuje wiosną i jesienią. Przeprowadzone przeze mnie badania wykazały, iż najwięcej samobójstw zostało popełnionych od 25 września

do 12 grudnia gdyż aż 8 z 19 przypadków targnięcia się na własne życie, co stanowi 42,11% wszystkich samobójczych zgonów w Tatrach w latach 2000–2010. Zimą oraz wiosną po 4 ofiary postanowiły rozstać się z życiem. Z danych uzyskanych w Komendzie Powiatowej Policji w Zakopanem i Tatrzańskim Ochotniczym Pogotowiu Ratunkowym¹⁶ jasno wynika, iż latem tylko 1 osoba (w dodatku mieszkaniec Zakopanego) odebrała sobie życie. Najwięcej samobójstw zostało popełnionych w marcu (4 ofiary), kwietniu i październiku (po 3 ofiary), natomiast styczeń, luty, czerwiec i lipiec okazały się miesiącami, w których nie było ani jednego zamachu samobójczego. Z powyższego można również wnioskować, iż nasilenie ruchu turystycznego, przypadającego w Tatrach zazwyczaj latem oraz zimą, nie ma wpływu na liczbę samozniszczeń albo mamy do czynienia z samobójstwami „maskowanymi”, polegającymi na stworzeniu przez ofiarę złudzenia, iż doszło do nieszczęśliwego wypadku, co w górach nie jest trudne, chyba, że tak jak w przypadku zdarzenia z września 2005 roku przypadkowi świadkowie tragedii zeznali, że

„kiedy [Jan S.] wraz z żoną Ivaną wszedł na szczyt Świnicy mężczyzna ten był już około 4 metrów poniżej szczytu, siedział na platformie skalnej, wyglądał jakby rozmyślał. Wówczas na szczycie panowała mgła, a widzialność nie przekraczała 5 metrów. Mężczyzna siedział sam, nie miał przy sobie żadnych przedmiotów. Chwilę później wyszło słońce, mgła się rozeszła ukazując poniżej platformy skalnej, na której siedział mężczyzna przepaść opadającą skalnymi urwiskami na stronę północną, po czy znów mgła zastąpiła urwisko. Jan i Ivana S. siedzieli na szczycie i jedli kanapki, gdy usłyszeli jak mężczyzna ten mówi do nich „na razie, trzymajcie się”. Jan S. sądził, iż odchodzi dalej na szlak, mężczyzna jednak wstał, stanął twarzą w kierunku urwiska, rozłożył ręce i powiedział „koniec gry”, po czym skoczył w mgłę. Po około 2–3 metrach lotu zniknął we mgle, po chwili słychać było 3-krotne głucho uderzenia. Jan i Ivana S. byli w szoku, po zdarzeniu zeszli na Kasprowy Wierch by zadzwonić po ratowników TOPR”¹⁷.

¹⁶ Dane uzyskane: 1) z wewnętrznych statystyk Tatrzańskiego Ochotniczego Pogotowia Ratunkowego w latach 2000–2010 -stan na dzień 20.01.2011 r.; 2) akt postępowań przygotowawczych prowadzonych w latach 2000–2010 w Prokuraturze Rejonowej w Zakopanem.

¹⁷ Z notatki Urzędowej funkcjonariusza po licyi KPP w Zakopanem z dnia 25.09.2005 r. Ds 2583/05. Karta nr 1.

Płeć i wiek ofiary

Na uwagę zasługuje fakt, iż wśród ofiar samoznisczenia nie było osób niepełnoletnich, a najstarszym samobójcą był 54-letni mężczyzna. Potwierdziła się natomiast teza, iż panowie częściej niż panie popełniają samobójstwa dokonane, gdyż 15 z 19 ofiar, (co stanowi prawie 80%) to mężczyźni.

Tabela 4. Płeć ofiar samobójstw dokonanych w Tatrach po stronie polskiej w latach 2000–2010

Płeć	Liczba ofiar
Kobiety	4
Mężczyźni	15
Razem	19

Źródło: Informacje z akt spraw Prokuratury Rejonowej w Zakopanem.

Tabela 5. Wiek ofiar samobójstw dokonanych w Tatrach po stronie polskiej w latach 2000–2010

Wiek	18	19	21	23	24	25	27	31	35	41	42	52	54	NN
Kobiety	0	1	0	0	0	0	0	0	1	0	1	1	0	0
Mężczyźni	2	1	1	1	2	1	1	1	1	1	0	0	1	2
Razem	2	2	1	1	1	1	1	1	2	1	1	1	1	2

Źródło: Informacje z akt spraw Prokuratury Rejonowej w Zakopanem.

Abstract **Suicides in the Tatra Mountains in 2000–2010**

The paper presents what the author believes to be the most important information concerning suicides in the Polish Tatra Mountains from 2000 to 2010.

It presents the most frequent manners of committing suicide and suicide locations in the mountains. Moreover, the author decided to test whether gender, age, and social and atmospheric factors (especially of the halny [local foehn-type wind], blowing as a rule in spring and autumn in the Podhale region and the unfavourable biometeorological situation accompanying it) could influence the victims' attempts at self-destruction

Źródła

Źródła pierwotne

Akta Prokuratury Rejonowej w Zakopanem

1. Ds 959/00 – dotyczy zgonu mężczyzny NN.
2. Ds 3233/01 – dotyczy zgonu mężczyzny M.B i kobiety E.Z.
3. Ds 992/02 – dotyczy zgonu mężczyzny P.Ł.
4. Ds 687/03 – dotyczy zgonu mężczyzny P.B.
5. Ds 688/03 – dotyczy zgonu mężczyzny Ł.B.
6. Ds 733/03 – dotyczy zgonu mężczyzny NN.
7. Ds 1273/04 – dotyczy zgonu mężczyzny Ł.K.
8. Ds 3017/04 – dotyczy zgonu mężczyzny M.K.
9. Ds 949/05 – dotyczy zgonu kobiety I. M. H.
10. Ds 2902/05 – dotyczy zgonu mężczyzny T.S.
11. Ds 2329/05 – dotyczy zgonu mężczyzny M. G. M.
12. Ds 2583/05 – dotyczy zgonu mężczyzny P.P.
13. Ds 3016/05 – dotyczy zgonu kobiety M.N.
14. Ds 1426/08 – dotyczy zgonu mężczyzny M.M.
15. Ds 2382/08 – dotyczy zgonu mężczyzny M.B.
16. Ds 1238/09 – dotyczy zgonu mężczyzny J.O.
17. Ds 2153/09 – dotyczy zgonu kobiety D.W.
18. Ds 1213/10 – dotyczy zgonu mężczyzny M.W.

Akty prawne

1. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., *Kodeks karny*, Dz.U. z dnia 2 sierpnia 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późniejszymi zmianami.
2. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., *Kodeks postępowania karnego*, Dz. U. z dnia 4 sierpnia 1997 r. nr 89 poz. 555 z późniejszymi zmianami.

Literatura

1. *Biometeorologia turystyki i rekreacji*, red. J. Bogucki, Seria „Podręczniki” nr 48, AWF, Poznań 1999.
2. Czapiński J., *Samobójstwa – indywidualne tragedie czy problem polityczny*, „Rzeczpospolita” 1994, 18 maja.
3. *Ekspertryza sądowa*, red. J. Wójcikiewicz, Zakamycze, Kraków 2002.
4. Gerrig R.J., Zimbardo P.G., *Psychologia i życie*, PWN, Warszawa 2006.
5. Hanausek T., *Kryminalistyka, zarys wykładu*, wydanie V uaktualnione, Zakamycze, Kraków 2005.
6. Hołyst B., *Kryminalistyka*, wydanie 12 zmienione, LexisNexis, Warszawa 2010.
7. Hołyst B., *Samobójstwo – przypadek czy konieczność*, PWN, Warszawa 1983.
8. Hołyst B., *Suicydologia*, LexisNexis, Warszawa 2002.
9. Jarosz M., *Samobójstwa*, PWN, Warszawa 1997.
10. *Kryminalistyka*, red. J. Władacki, C.H. Beck, Warszawa 2008.

11. O'Connor R., Sheehy N., *Zrozumieć samobójcę*, Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne, Gdańsk 2002.
12. Ryn Z., *Samobójstwa w górach*, „Wierchy – Rok Pięćdziesiąty Piąty (1986)”, 1990, nr 55.
13. *Samobójstwo*, red. B. Hołyst, M. Staniaszek, M. Binczycka-Anholcer, Polskie Towarzystwo Higieny Psychicznej, Warszawa 2002.
14. Schiffer Z., *Biometeorologia w ochronie zdrowia ludzkiego*, „Problemy” 1966, nr 5.
15. Stachlewski W., *Halny*, „Problemy” 1974, nr 5.
16. Zachuta A., *Bójki i pobicia na Podhalu*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego” 1974, nr 1.
17. Zachuta A., *Wiatr halny a przestępczość*, „Problemy” 1974, nr 11 (344).

Netografia

1. www.statystyka.policja.pl/portal/st/954.
2. <http://z-ne.pl>.
3. <http://www.ceper.pl/articles/6079-skad-sie-bierze-halny>.

Małgorzata Wrońska

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Propozycja nowego wykorzystania badań poligraficznych

Badania poligraficzne wykorzystywane są zarówno w śledztwie kryminalnym, jak i w sprawach kadrowych służb specjalnych oraz w biznesie prywatnym. Coraz większą popularnością cieszą się również badania w tzw. sprawach rodzinnych (nazywane również „rozwodowymi”, „przedmażeńskimi”).

W Polsce stosowanie poligrafu w śledztwie regulują przepisy Kodeksu Postępowania Karnego (głównie art. 192 a, 199 a), mówiące, że może być on wykorzystany do eliminacji osób z kręgu podejrzanych lub ustalenia wartości dowodowej poszczególnych śladów. Badanie ma status ekspertyzy i jest wykonywane przez biegłego¹. Można je stosować „w ramach dochodzenia w niezbędnym zakresie na podstawie art. 308 KPK”². W niektórych krajach badania poligraficzne dopuszczalne są na etapie śledztwa, jednak nie mogą już stanowić dowodu w sądzie.

Jak wspomniano wcześniej, badania poligraficzne stosowane są w Polsce także przy badaniu kandydatów do służby w Policji³, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego⁴, Centralnego Biura Antykorupcyjnego⁵, Służby Wywiadu Wojskowego oraz Służby Kontrwywiadu Wojskowego⁶; fakultatywnie w celu

¹ J. Konieczny, *Badania poligraficzne – podręcznik dla zawodowców*, s. 31, Wydawnictwo Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2009.

² J. Widacki, *Sytuacja prawna badań poligraficznych po ostatniej nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, „Problemy Kryminalistyki” 2004, nr 243.

³ Art. 35 a ust.1 ustawy o Policji z dnia 6 kwietnia 1990 roku (Dz. U. z 2011, nr 287, poz. 1687).

⁴ Art. 46 ust. 2 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego z dnia 24 maja 2002 roku (Dz. U. z 2002 r., nr 74, poz. 676).

⁵ Art. 50 ust.2 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym z dnia 23 czerwca 2006 (Dz. U. z 2006, nr 104, poz. 708).

⁶ Art. 47. ustawy z dnia 9 czerwca 2006 o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, par. 9 ust.1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej dnia 26 lipca 2006 r. w sprawie postępowania kwalifikacyjnego wobec żołnierzy ubiegających się o wyznaczenie na sta-

sprawdzenia ich specjalnych predyspozycji do służby na określonych stanowiskach lub w jednostkach organizacyjnych. W wymienionych ustawach badanie poligraficzne zostało określone mianem badania psychofizjologicznego (tylko w ustawie o CBA poligraf jest wymieniony *expressis verbis*) i wykorzystywane bywa nie tylko w procesie rekrutacyjnym, ale także w ramach okresowej kontroli lojalności czy do ustalenia sprawców konkretnych zdarzeń⁷; podobne zastosowanie jak w służbach ma poligraf również w biznesie prywatnym. W polskim Kodeksie Pracy braku jest zarówno zakazu stosowania badań poligraficznych, w stosunku do pracowników lub kandydatów do pracy, jak i podstawy prawnej do prowadzenia takich badań. Stan taki przyczynia się do powstania skrajnych opinii dotyczących ich legalności. Brak uregulowań prawnych, odnoszących się także do kwalifikacji ekspertów, doprowadził do „dzikiego” rozwoju nowych zastosowań badań poligraficznych nie tylko w biznesie prywatnym, ale również w sprawach rodzinnych, nazywanych przez osoby je wykonujące, „przedmażeńskimi” oraz „przedrozwodowymi”. Głównym problemem związanym z tego typu usługami jest fakt, iż w większości są one przeprowadzane przez osoby nieposiadające odpowiednich kwalifikacji co z jednej strony może spowodować szkody społeczne, wyrządzając osobom badanym krzywdę, sprowadzającą się do konsekwencji, wynikających z błędnego wyniku badań, z drugiej – kompromituje same badania poligraficzne. W internecie można bez trudu odnaleźć polskie firmy, oferujące swoje usługi w sektorze „rodzinny”.

Stosunkowo nowym obszarem badań poligraficznych są badania osób skazanych za przestępstwa seksualne, w celu sprawdzenia postępów w terapii i resocjalizacji. Ten obszar jak dotąd jest w Polsce nieznanym. Warto zauważyć, że badania w tym zakresie prowadzone są także w takich krajach, które, jak np. Wielka Brytania, nie dopuszczają badań poligraficznych w śledztwie.

Pierwsze opisane badanie poligraficzne osoby skazanej za przestępstwa seksualne zostało przeprowadzone w latach 70. Dwóch sędziów, niezależnie od siebie zleciło badania poligraficzne w celu kontroli zachowań skazanego podczas realizacji środków probacyjnych oraz w celu ewentualnej modyfikacji terapii⁸. Następnie T. Teuscher przeprowadził badania osób skazanych za przestępstwa seksualne, będących na warunkowym zwolnieniu z odbywania

nowiska służbowe w Służbie Wywiadu Wojskowego, par. 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 lipca 2006 roku w sprawie postępowania kwalifikacyjnego wobec żołnierzy ubiegających się o wyznaczenie na stanowiska służbowe w Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz par. 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 lipca 2006 roku w sprawie postępowanie kwalifikacyjnego wobec kandydatów do służby w Służbie Kontrwywiadu Wojskowego,

⁷ J. Konieczny, *op. cit.*, s. 31.

⁸ S. Abrams, J.B. Abrams, *Polygraph Testing of the Pedophile*, Ryan Gwinner Press, Portland, OR 1993.

kary pozbawienia wolności. To badanie pozwoliło sformułować tezę, że badanie poligraficzne może służyć również jako środek odstrasający od recydywy, gdyż ze 117 osób (badanych regularnie), sześćdziesięciu udało się przejść okres próby, który wynosił u wszystkich ponad 4 lata. Stwierdził on również, że przeprowadzanie badań poligraficznych, jest bardziej opłacalne finansowo niż wszczynanie kolejnych procesów karnych⁹. Badania poligraficzne stały się narzędziem pomagającym w kontroli osadzonych oraz w redukcji populacji więziennej. Służą one również do sprawdzenia, czy skazani powstrzymują się od zachowań zakazanych im przez terapeutę (tzw. zachowania ryzykowne) np. osadzeni skazani za zgwałcenie powinni eliminować ze swych fantazji erotycznych akty przemocy .

Wykorzystanie badań poligraficznych *stricto* w sprawach sprawców przestępstw seksualnych zapoczątkował psycholog i amerykański poligrafer Abrams w 1973 roku w stanie Oregon. Uznał on, że badanie to będzie dobrym narzędziem nadzorującym skazanych, a ponadto, pozwoli poznać ich seksualne skłonności, nieujawnione w śledztwie (informacje takie pomagały w tworzeniu programu terapeutycznego, który obejmował zagadnienia, wymagające terapii, a niebędące przyczyną skazania).

Pierwszy, formalny program badań poligraficznych sprawców przestępstw seksualnych powstał w 1991 roku w północno-zachodniej części Stanów Zjednoczonych¹⁰. Do tego czasu badania te były wykonywane sporadycznie, najczęściej *ad hoc*. Niedługo później w Colorado powstał specjalny program resocjalizujący, mający łączyć terapię ze środkami probacyjnymi, wspomaganymi badaniami poligraficznymi. Z czasem zaczęły one być włączane w terapie i systemy resocjalizacji. Znany psycholog amerykański, badacz psychopatii David Lykken twierdził, że okresowe badanie poligraficzne, może być pożądanym środkiem „odstrasającym od recydywy”¹¹.

Badanie oskarżonego przed skazaniem budzi w niektórych krajach kontrowersje. Sporna sytuacja zmienia się, kiedy oskarżony zostaje skazany i osadzony w zakładzie karnym. Wtedy to, wynik badania jest już bez znaczenia dla uznania osoby winną zarzucanego jej czynu. Przydatność przeprowadzania badań poligraficznych osób skazanych pokazuje np. praktyka brytyjska, gdzie zaakceptowano propozycję okresowego badania poligraficznego sprawców przestępstw seksualnych w ramach kontroli stosowania się do wymogów środków probacyjnych (np. osoby skazane za czyny pedofilskie mają zazwyczaj zakaz przebywania w miejscach, gdzie znajduje się duża liczba dzieci np. place zabaw, okolice przedszkoli).

⁹ *The Use of the Polygraph in Assessing, Treating and Supervising Sex Offenders: A Practitioner's Guide*, red. D.T. Wilcox, Wiley-Blackwell Publishing, Chichester 2009, s. 42.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

Praktyka ta potwierdza, że badania poligraficzne dają również możliwość kontroli skuteczności terapii oraz jej prawidłowe ukierunkowanie.

Do tej pory opracowano cztery główne pola wykorzystania badań poligraficznych osób skazanych za popełnienie przestępstw na tle seksualnych. Są to: badanie przeszłości seksualnej (*The Sexual History Disclosure*), badanie monitorujące występowanie zachowań ryzykownych (*Monitoring*), badanie podtrzymujące środki probacyjne (*Maintenance Polygraph Examination*) oraz badanie konkretnego zagadnienia (*Specific Issue Testing*). Poniżej zostaną one omówione:

Badanie przeszłości seksualnej (*The Sexual History Disclosure*) ma na celu ustalenie nieujawnionych dotąd przez sprawcę jego wcześniejszych zachowań seksualnych (również tych zabronionych przez ustawę pod groźbą kary) oraz ukierunkowania popędu seksualnego. Informacje powzięte z tego badania pozwalają na ewentualne skorygowanie procesu terapeutycznego, tym samym zmniejszając ryzyko recydywy¹². Można wyobrazić sobie sytuację, kiedy oskarżony zostaje skazany np. za zgwałcenie, wtedy program jego terapii skupia się głównie na tymże czynie. Gdyby tymczasem podczas badania poligraficznego, mającego na celu odkrycie jego przeszłości seksualnej oraz ukierunkowania popędu seksualnego, badany reagował na zagadnienia dotyczące np. pedofilii lub zoofilii – jego terapia mogłaby od razu działać w kierunku wykrytych zaburzeń.

W celu ustalenia zachowań wysokiego ryzyka, dla konkretnego sprawcy, niezbędne są informacje odnośnie jego wcześniejszego działania, wybieranych ofiarach, fantazjach towarzyszących masturbacji lub stosunkom seksualnym¹³. Ten rodzaj badania pozwala na uzyskanie niezbędnych danych. Informacje te są bardzo przydatne do oceny prawdopodobieństwa recydywy oraz mogą być bardzo ważną pomocą przy kolejnych śledztwach, np. kiedy sprawca odbył już karę pozbawienia wolności, zostało popełnione przestępstwo, a policja jest w stanie określić tylko *modus operandi* sprawcy. Badanie to nie ma na celu odkrycia danych personalnych ofiar¹⁴.

Badanie konkretnego zagadnienia (*Specific Issue Testing*) pozwala na wyjaśnienie przebiegu zdarzeń, w których uczestnictwie osadzony zaprzecza. Terapeuci pracujący ze sprawcami przestępstw seksualnych wyróżniają cztery typy negacji podczas, których sprawcy:

1. zaprzeczają całemu zdarzeniu, a jeśli przyznają, że dane zdarzenie mogło mieć miejsce, to oni w nim nie uczestniczyli,

¹² *The Use of the Polygraph...*, *op. cit.*, s. 74.

¹³ *Ibidem*, s. 75.

¹⁴ „Research Overview: Post Conviction Sex Offender Polygraph Testing”, New Mexico Sex Offender Management Board, 2004, s. 9, dostępne: 6.06.2010.

2. próbują umniejszyć swój udział, usprawiedliwiają lub bagatelizują sprawę. Często winą obarczają alkohol lub narkotyki,
3. zrzucają winę na ofiarę, twierdząc, że zainicjowała ona zbliżenie, które było podstawą wszczęcia postępowania,
4. twierdzą, że ich zachowanie zostało źle odebrane, iż wcale nie miało charakteru seksualnego, a w trakcie jego trwania ofiara nie sprzeciwiała się działaniu sprawcy.

Dodatkowo terapeuci zauważyli, że wraz ze wzrostem akceptacji i przyznania się przed samym sobą do faktu, że to osadzony jest sprawcą, i że za ten czyn został skazany, wzrasta bagatelizowanie skutków dla samej ofiary. Badanie poligraficzne przeprowadza się zwłaszcza przy pierwszych zaprzeczeniach sprawcy, których pokonanie jest bardzo istotne zanim rozpocznie się terapię. Często już samo przeprowadzenie tego testu, spełnia rolę terapii w bardzo wczesnym jej okresie.

Badanie „Podtrzymujące” (środki probacyjne) (*Maintenance Polygraph Examination*) jest badaniem wykonywanym głównie w czasie, kiedy skazany przechodzi środki probacyjne. Jego celem jest kontrola, czy sprawca nie podejmuje zachowań ryzykownych oraz, czy stosuje się do zaleceń sądu i terapeuty. Podczas terapii ustalane są zachowania wysokiego ryzyka np.: zbliżenie się do miejsc, gdzie bawią się dzieci, nadużywanie alkoholu i narkotyków, fantazje seksualne dotyczące zgwałcenia itp. To właśnie one w dużej mierze są podstawą badania. Oczywiście, dzięki badaniu poligraficznemu nie jesteśmy w stanie przewidzieć przyszłości, ale ułatwia ono ocenę ryzyka powrotu do przestępstwa, za które osadzony został skazany.

Badanie Monitorujące Zachowania Ryzykowne (*Monitorinig Polygraph Examination*) podczas środków probacyjnych skupia się tylko i wyłącznie na kontroli warunków, pod jakimi skazany może kontynuować probację. Jak wiadomo, okres próby skazanego jest czasem podczas, którego może dojść nie tylko do zachowań ryzykownych (zakazanych przez terapeutę), ale również do recydywy lub popełnienia innego przestępstwa. Jest on podobny do badania wyjaśniającego konkretne zagadnienia. Jeśli pojawi się podejrzenie, że sprawca dokonuje zachowań dla niego niewskazanych lub popełnia kolejne przestępstwa, badanie skupi się tylko na tej kwestii kwestii.

W Stanie Idaho przeprowadzono badanie na 60-osobowej grupie sprawców przestępstw seksualnych w wieku dojrzewania, z których wynikało, że przy włączeniu badań poligraficznych do programu terapeutycznego, badany przyznawał się do średnio pięciokrotnie większej liczby ofiar (w porównaniu z liczbą zawartą w aktach). Ponadto zauważalnie spadła liczba twierdzeń, ja-

koby sprawca był molestowany seksualnie w dzieciństwie z 83 do 17 procent, a więc przestano fałszywie usprawiedliwiać swój czyn traumą z dzieciństwa.

W Teksasie wprowadzono wykaz przestępstw seksualnych, za których skazanie młodocianego wiązało się z badaniem poligraficznym w czasie terapii¹⁵. Colorado Sex Management Board wprowadziło w 2002 roku ściśle instrukcje dotyczące wieku badanego. Przy sprawcach młodszych niż 14 lat (tj. 12 i 13 lat) może być przeprowadzone badanie, pod warunkiem, że komisja złożona z ekspertów różnych specjalności orzecze, że badanie może przynieść oczekiwane rezultaty. Ten sam dokument wprowadza szczegółowe wytyczne dotyczące każdego rodzaju testu w przypadku badania małoletniego sprawcy¹⁶.

Według standardów amerykańskich badania poligraficzne sprawców przestępstw seksualnych mogą prowadzić, tylko eksperci, którzy są certyfikowani przez American Polygraph Assotiation (APA) oraz przeszli odpowiednie szkolenie. Związani są oni nie tylko przepisami obowiązującego prawa, ale również przepisami kodeksu etyki utworzonej przez APA.

Dwadzieścia osiem amerykańskich stanów ustaliło własne obostrzenia dotyczące ekspertów pracujących ze sprawcami przestępstw seksualnych. Wymagają one ciągłego szkolenia się (np. w Illinois przeprowadzane są szkolenia z konstruowania testów w przypadku, gdy badany nie włada biegle angielskim), przeprowadzenia konkretnej liczby badań w każdym roku, wraz z koniecznością wysyłania do odpowiednich organizacji rezultatu badań i wymaganej dokumentacji.

Badanie poligraficzne okazuje się bardzo dobrym narzędziem sprawdzającym skuteczność terapii skazanego. Daje możliwość uzyskania zweryfikowanych danych, takich które w zwykłym raportowaniu nie zawsze można uznać za prawdziwe. Nie mając prawdziwych danych dotyczących zachowania się sprawców przestępstw seksualnych, zarówno przed jak i po skazaniu, uzyskanie efektów terapeutycznych będzie niemożliwe. Zazwyczaj już sama świadomość skazanego sprawcy, że może zostać poddany testom sprawia, że jest bardziej szczery w relacjonowaniu np. zachowań ryzykownych podczas trwania środków probacyjnych (pomagają też ocenić stopień zagrożenia recydywą¹⁷). Dzięki badaniom uzyskuje się więcej informacji odnośnie zachowań ryzykownych niż podczas zwykłego raportowania skazanego (np. liczba

¹⁵ „Research Overview...”, *op. cit.* s. 10.

¹⁶ „Standards and guidelines for the evaluation, assessment, treatment and supervision of juveniles who have committed sexual offenses”, Colorado Sex Offender Management Board 2002, dostępne: 6.06.2010.

¹⁷ R.E. Cole, *Using Post Conviction Sex Offender Polygraph Testing (PSCOT) as a Tool to further Assess Sex Offender Risk Factors*, „The Polygraph Periodicals” 2006, 16. X.

popelnionych przestępstw, do których sprawca się przyzna może wzrosnąć kilkukrotnie), a on sam poddaje się większej samokontroli, zwiększając bezpieczeństwo społeczne¹⁸.

Należy jednak pamiętać, że badanie poligraficzne, aby mogło być w pełni wykorzystane musi być prowadzone w ramach terapii, a terapeuta musi być informowany na bieżąco o wynikach badań. W najbardziej wyidealizowanej sytuacji powinien on mieć możliwość obejrzenia badania np. używając lustra fenickiego bądź korzystając z nagrań video¹⁹. Istotne okazuje się też ustalenie, czy sprawca przestępstw seksualnych sam nie był ich ofiarą co daje możliwość obserwacji zjawiska, zamiany ról, kiedy to ofiara staje się oprawcą. Wiedza ta może się przyczynić do zmian w profilaktyce wiktymizacji przestępstwami seksualnymi oraz uzasadnić zmianę w pracy terapeutycznej z ofiarami przestępstw seksualnych. Wszystkie informacje dotyczące sprawcy są niezbędne do prawidłowej i skutecznej terapii.

W Polsce, jak wspomniano, nie są prowadzone tego rodzaju badania. Doświadczenie zarówno Stanów Zjednoczonych, gdzie poligraf jest bardzo rozpowszechniony, jak i Wielkiej Brytanii, mimo że tam nie jest on dopuszczony jako dowód w procesie karnym, pokazuje, że badania poligraficzne skazanych sprawców przestępstw seksualnych są niezwykle użyteczne.

Przed rozpoczęciem w Polsce badań poligraficznych skazanych sprawców przestępstw seksualnych konieczne wydaje się ustalenie podstawowych zasad ich realizacji. Określone muszą być zarówno kwalifikacje eksperta poligrafera, jak i opisane procedury badań. Do tej pory nie ustalono ani jednych, ani i drugich.

Abstract

Proposal for a new use of polygraphs examinations

The United Kingdom and the United States successfully use polygraph examinations for assessment of progress of therapy and the risk of relapse among perpetrators of sex crimes, while in Poland the area is practically unknown. The work presents the four main directions of such studies, namely: examination of the past sexual behaviours, studies monitoring the presence of risky behaviours, examinations sustaining means of probation, and studies of specific questions. The article presents the benefits of such examinations and the factors necessary for such examinations to be therapeutically useful.

¹⁸ *The Use of the Polygraph...*, *op. cit.*, s. 149.

¹⁹ L. Hagler, *Polygraph as a measure of progress in the assessment, treatment, and surveillance of sex offenders*, „Sexual Addiction & Compulsivity” 1995, Vol. 2, No. 2.

Źródła

Akty prawne

1. Ustawa o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego z dnia 24 maja 2002 r. (Dz. U. z 2002 r., nr 74, poz. 676).
2. Ustawa o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym z dnia 23 czerwca 2006 r. (Dz. U. z 2006, nr 104, poz. 708).
3. Ustawa o Policji z dnia 6 kwietnia 1990 roku (Dz. U. z 2011, nr 287, poz. 1687).
4. Ustawa o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego z dnia 9 czerwca 2006 r.

Literatura

1. Abrams S., Abrams J.B., *Polygraph Testing of the Pedophile*, Ryan Gwinner Press, Portland, OR 1993.
2. Cole R.E., *Using Post Conviction Sex Offender Polygraph Testing (PSCOT) as a Tool to further Assess Sex Offender Risk Factors*, „The Polygraph Periodicals” 2006, 16. X.
3. Hagler L., *Polygraph as a measure of progress in the assessment, treatment, and surveillance of sex offenders*, „Sexual Addiction & Compulsivity” 1995, Vol. 2, No. 2.
4. Konieczny J., *Badania poligraficzne – podręcznik dla zawodowców*, s. 31, Wydawnictwo Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2009.
5. „Research Overview: Post Conviction Sex Offender Polygraph Testing”, New Mexico Sex Offender Management Board, 2004.
6. „Standards and guidelines for the evaluation, assessment, treatment and supervision of juveniles who have committed sexual offenses”, Colorado Sex Offender Management Board 2002.
7. *The Use of the Polygraph in Assessing, Treating and Supervising Sex Offenders: A Practitioner's Guide*, red. D.T. Wilcox, Wiley–Blackwell Publishing, Chichester 2009.
8. Widacki J., *Sytuacja prawna badań poligraficznych po ostatniej nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, „Problemy Kryminalistyki” 2004, nr 243.

Anna Ibek, Marcin Gołaszewski
Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Z zagadnień poprawności opiniowania w badaniach poligraficznych

Celem tego artykułu jest próba przedstawienia teoretycznych podstaw opiniowania w badaniach poligraficznych i ich konsekwencji praktycznych, z uwzględnieniem prawnych regulacji dotyczących tej materii. Autorzy proponują pewien zestaw sugestii, mogących być pomocnych w przygotowywaniu ekspertyzy poligraficznej. Ponadto, zaprezentowane zostały sposoby „obrony” opinii poligraficznej przed ewentualną krytyką ze strony zleceniodawcy/organo procesowego. Całość tej tematyki została wpisana w ramy metodologicznych modeli śledztwa, które pozwalają na konstruowanie tzw. argumentów dowodowych (z ang. *evidential arguments*), będących podstawowym narzędziem do formułowania wniosków eksperckich.

Biegli sporządzają opinie na potrzeby różnych zleceniodawców. W Polsce najczęściej wykonuje się obecnie badania przedzatrudnieniowe (kandydatów do pracy lub służby) i lojalnościowe (pracowników, funkcjonariuszy, źródeł informacji). Rzadziej – nad czym należy ubolewać – w sprawach karnych.

Kluczowe znaczenie w procesowym wykorzystaniu dowodów z badania poligraficznego mają artykuły 192a, 193 i 199a *Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego* (Dz. U. z 1997r. nr 89, poz. 555). Art. 193¹ jest ogólnym przepisem odnoszącym się do biegłych i mówi, że: „Jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych, zasięga się opinii biegłego albo biegłych”. Natomiast art. 192a przewiduje, iż: „W celu ograniczenia kręgu osób podejrzanych lub ustalenia wartości dowodowej ujawnionych śladów można pobrać odciski daktyloskopijne, wymaz ze śluzówki policzków, włosy, ślinę, próby pisma, zapach, wykonać fotografię osoby lub dokonać utrwalenia gło-

¹ Zob. J. Widacki, *Sytuacja prawna badań poligraficznych po ostatniej nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, „Problemy Kryminalistyki” 2004, nr 243.

su. (...) Za zgodą osoby badanej biegły może również zastosować środki techniczne mające na celu kontrolę nieświadomych reakcji organizmu tej osoby.”

Adresatem tego przepisu jest organ prowadzący postępowanie przygotowawcze w danej sprawie. Z kolei art. 199a uzupełnia regulację zawartą w art. 192a § 2 i brzmi następująco: „Stosowanie w czasie badania przez biegłego środków technicznych mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji organizmu badanej osoby możliwe jest wyłącznie za jej zgodą. Przepisu art. 199 nie stosuje się”. Co z tego wynika? Pośrednio uprawnione jest wnioskowanie, że na podstawie tego artykułu badania poligraficzne mogą być prowadzone również w fazie *in personam* postępowania przygotowawczego – wobec podejrzanego, a nawet w postępowaniu sądowym – w stosunku do oskarżonego². Badania te mogą odnosić się także do świadka (art. 192 § 1). Art. 199a uchyla ponadto zakaz dowodowy wskazany w art. 199 („Złożone wobec biegłego albo wobec lekarza udzielającego pomocy medycznej oświadczenia oskarżonego, dotyczące zarzucanego mu czynu, nie mogą stanowić dowodu”).

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 listopada 2004 r. (sygn. V KK 69/04) stwierdził m.in.: „Istota badania wariograficznego polega na skontrolowaniu reakcji organicznych człowieka, odzwierciedlających jego stosunek emocjonalny do określonych zdarzeń. Ścisły związek emocjonalny z czynem jest jednak zupełnie oczywisty i niekwestionowany przez skazanego. Zatem, badanie poligraficzne nie mogłoby wykazać, czy oskarżony miał jakieś związki z pozostałymi oskarżonymi, czy wiedział o zabójstwie itp., czy też nie. Z tego punktu widzenia badanie takie jest zatem bezprzedmiotowe”³.

Pomijając fakt, że błędnie przedstawiono istotę badania poligraficznego – co wynika z tego wyroku? P. Herbowski wysnuł następujący wniosek: „Analizując to orzeczenie, można dojść do przekonania, że rozwiązaniem optymalnym byłoby przedstawianie wyników badań poligraficznych jako sposobu weryfikacji wersji śledczej zakładanej wobec badanego. Opinia dotycząca wersji nie dotyczyłaby faktu głównego, a równocześnie w sposób bardziej czytelny sąd mógłby ocenić, co z niej wynika dla faktu głównego.

Z analizy orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych również można wywieść wniosek, że jeśliby prokurator w postanowieniu o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego wymienił wersje istniejące wobec osoby badanej, a biegły wypowiedziałby się na temat wykluczenia lub uprawdopodobnienia tych wersji, wówczas opinia z ekspertyzy poligraficznej uzyskałaby akceptację sądów”⁴.

² T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego*, Zakamycze, Kraków 2005, s. 513.

³ LEX nr 163189.

⁴ P. Herbowski, *Stosowanie poligrafu na podstawie art. 192a §2 k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 2.

Skupmy się teraz na tym, jak taka opinia powinna wyglądać. Najwyższe standardy w odniesieniu do sposobu formułowania i dokumentowania opinii z badań poligraficznych obowiązują oczywiście przy opiniach procesowych. Dobrze by było, gdyby jakość opinii w innych sprawach nie odbiegała od tego znacząco.

Zgodnie z art. 200 §2 k.p.k. **opinia biegłego powinna zawierać:**

1. imię, nazwisko, stopień i tytuł naukowy, specjalność i stanowisko zawodowe biegłego,
2. imiona i nazwiska oraz pozostałe dane innych osób, które uczestniczyły w przeprowadzeniu ekspertyzy, ze wskazaniem czynności dokonanych przez każdą z nich,
3. w wypadku opinii instytucji – także pełną nazwę i siedzibę instytucji,
4. czas przeprowadzonych badań oraz datę wydania opinii,
5. sprawozdanie z przeprowadzonych czynności i spostrzeżeń oraz oparte na nich wnioski,
6. podpisy wszystkich biegłych, którzy uczestniczyli w wydaniu opinii.

Standardowo w opinii z ekspertyzy poligraficznej należy ponadto umieścić:

- dane badanego,
- informację o wyrażeniu przez badanego zgody na przeprowadzenie badania,
- dane na temat urządzenia wykorzystanego do badania oraz wykaz parametrów mierzonych przez poszczególne czujniki,
- cele badania,
- relewantne informacje udzielone przez badanego,
- rodzaje zastosowanych testów i metod analizy danych testowych (ocena globalna lub numeryczna + konkretny system oceny),
- liczbę zarejestrowanych wykresów,
- wykaz relewantnych pytań testowych (dla transparentności – najlepiej wszystkich pytań zadanych w czasie testów),
- wyniki poszczególnych testów (w miarę możliwości ze wskazaniem poziomu znaczenia statystycznego),
- wnioski końcowe,
- dane kontrolera jakości (konsultanta lub nadzorującego), jeśli taka kontrola została przeprowadzona.

Natomiast w przypadku opinii procesowych dodatkowo powinno się uwzględnić:

- sygnaturę akt sprawy,
- dane zleceniodawcy opinii,
- podstawę zlecenia (postanowienie organu procesowego),

- datę wydania i wpływu postanowienia,
- informację o przeprowadzeniu testu funkcjonalności/kalibracji poligrafu,
- załączniki: pisemne oświadczenie badanego o wyrażeniu zgody na przeprowadzenie badania poligraficznego, opisany poligram dokumentujący przeprowadzenie testu funkcjonalności poligrafu, opisane poligramy dokumentujące przeprowadzone testy na poligrafie, zapis audiowizualny przebiegu badania, notatki robocze (kartę manualnej ewaluacji zarejestrowanych danych).

Całość dokumentacji uzupełnia się o kartę pracy biegłego, kalkulację kosztów wykonania opinii oraz rachunek dla zleceniodawcy.

Fundamentalne znaczenie ma sposób wyrażania rezultatów testów i wniosków końcowych – zwłaszcza, jeśli chodzi o ich wykorzystanie jako **argumenty dowodowe**. J.H. Wigmore w 1931 r. dokonał jako pierwszy rozróżnienia w teorii dowodzenia, dzieląc ją na deskryptywną i normatywną. Ta pierwsza dotyczy ustalania faktów na użytek procedury karnej (np. przez badanie poligraficzne i późniejszy jego wynik), druga zaś koncentruje się wokół działania prawa dowodowego (które np. rozstrzygnie o dopuszczalności owego badania). Ścisłej rzecz ujmując, deskryptywna teoria to zbiór racjonalnych zasad rozumowania, które regulują sposób analizy materiału dowodowego. Korzysta ona z nauki poprawnego rozumowania, czyli logiki, przy czym – nie chodzi tutaj o tzw. logikę monotoniczną, której przykładami są dedukcja i indukcja, ale o drugi rodzaj logiki – tj. logikę niemonotoniczną, która poprawności myślenia szuka w **rozumowaniu podważalnym** (z ang. *defeasible reasoning*)⁵.

Logika podważalna jest podstawą wszelkich rozumowań dowodowych, a takie przecież dotyczą wyników badań poligraficznych. W tego typu wnioskowaniach nowe informacje mogą przyczynić się do wskazania wątpliwości w prawidłowości twierdzeń, które wcześniej zostały uznane za prawdziwe⁶. Logika podważalna, która jest bazą dla tego typu rozważań, pozwala na rozumowanie w sytuacji niepewności i niekompletności wiedzy, sytuacji, która jest typową dla śledztwa. Podczas tego procesu, na jego początku, ale także w trakcie, nigdy nie jest tak, że śledczym udaje się ujawnić wszystkie relewantne dla sprawy informacje i zabezpieczyć wszystkie odpowiednie dowody. Brak wiedzy może być „tymczasowo”

⁵ Badania nad logiką podważalną rozpoczęto pod koniec lat siedemdziesiątych ubiegłego wieku. Jednak samo pojęcie podważalności zostało wprowadzone kilkadziesiąt lat wcześniej na gruncie filozofii prawa przez H.L.A. Harta, patrz: F. Bex *Evidence for a Good Story: A Hybrid Theory of Arguments, Stories and Criminal Evidence*, Ph. D. thesis, Rijksuniversiteit Groningen, Groningen 2009, s. 25. Po raz pierwszy logikę tę zastosowano w badaniach z zakresu sztucznej inteligencji. Zauważono bowiem, że człowiek (bądź system komputerowy) musi przeprowadzać pewne wnioskowania nie będąc pewnym, czy ma do dyspozycji wszelkie relewantne informacje, patrz: J. Stelmach, B. Brożek, *Metody Prawnicze*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 85.

⁶ F. Bex, *op. cit.*, s. 25.

uzupełniony przez generalizacje, które nadadzą spójność scenariuszowi zdarzenia i wyjaśnią związki przyczynowe pomiędzy poszczególnymi elementami historii. Tym niemniej, po uzyskaniu nowej wiedzy, będą one musiały być zweryfikowane, w wyniku czego zostanie rozstrzygnięty status ich uzasadnienia, tzn. uznanie, czy są one adekwatne w danych okolicznościach, czy też nie.

Najstarszym metodologicznym modelem śledztwa jest tzw. **model argumentacyjny**. Centralnym pojęciem tego modelu jest tzw. argument dowodowy, który składa się z **przesłanki/przesłanek**, **konkluzji** oraz **dowodowych generalizacji** uzasadniających jego strukturę inferencyjną. Podejście argumentacyjne pozwala na tworzenie szeregu argumentów na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (jednym z jego rodzaju może być badanie poligraficzne). Co więcej – możliwa jest weryfikacja i krytyka wygenerowanych argumentów, osiągana dzięki kategorii rozumowania, na której opiera się argument, tj. wnioskowaniu podważalnemu.

Generalizacja to ogólne twierdzenia, dotyczące sposobu postrzegania mechanizmów otaczającego nas świata, ludzkich zachowań i intencji, środowiska i interakcji między środowiskiem a jednostkami⁷. Mogą być oparte na empirycznych badaniach, ale mogą także wynikać z codziennego doświadczenia czy ogólnej zdroworozsądkowej wiedzy. Generalizacjom nie można przypisać cechy „pewności”, kwalifikowane są one przy użyciu współczynnika modalnego, np. zwykle, często, zazwyczaj, czasami⁸. Rezultaty badań poligraficznych są twierdzeniami uzyskanymi w wyniku procedur naukowych. Współcześnie badający potrafią już w większości przypadków określić poziom błędu (prawdopodobieństwo) tych wyników. Nie ulega wątpliwości, że stosowanie uogólnień jest niezbędną podstawą dla każdego kroku w skomplikowanych łańcuchach wnioskowań dowodowych⁹. Uogólnienia mogą przybrać formę zdania oznajmującego, ale także postać zdania warunkowego.

Oto **przykłady generalizacji** stosowanych w badaniach poligraficznych.

- I. Pytania porównawcze są tak zaprojektowane, aby dać osobie niewinnej powód do skupienia uwagi i zaniepokojenia innymi zagadnieniami niż te, których dotyczą pytania relewantne. Technika pytań porównawczych (**CQT** – z ang. *comparison question technique*) zakłada zatem, że osoba szczerą, udzielając odpowiedzi na pytania porównawcze, będzie bardziej

⁷ T. Anderson, D. Schum, W. Twining, *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, New York 2005, s. 262–288.

⁸ D. Schum, *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, Northwestern University Press, Evanston, Illinois 1994, s. 81–82.

⁹ F. Bex, P. J. van Koppen, H. Prakken, B. Verheij, *A hybrid formal theory of arguments, stories and criminal evidence*, „Artificial Intelligence and Law” 2010, nr 18, s. 127–128.

reaktywna fizjologicznie niż przy pytaniach relewantnych (ściśle odnoszących się do sprawy), zaś osoba nieprawdomówna – odwrotnie.

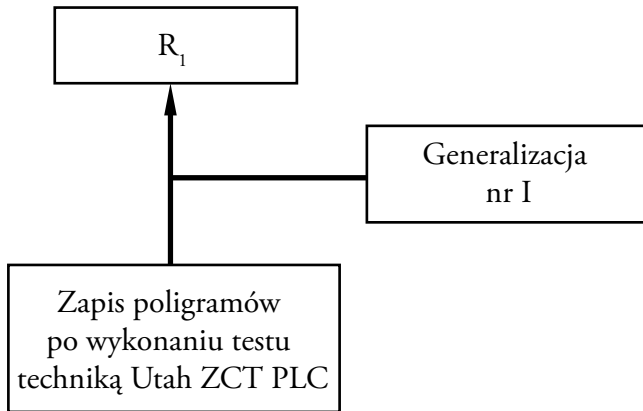
Na podstawie powyższej generalizacji można stworzyć następujący argument dowodowy:

R_1 – „osoba reagowała na pytania relewantne testów w sposób, w jaki typowo reaguje osoba prawdomówna (odpowiadająca szczerze na tego rodzaju pytania)”.

Średnia dokładność (trafność) różnych technik pytań porównawczych jest znana. Dla rezultatów testów przeprowadzonych np. zgodnie z techniką Utah Zone Comparison Technique w wersji PLC (z ang. *probable lie comparison* – pytanie porównawcze z prawdopodobnym kłamstwem), wraz z systemem oceny Utah, wynosi 93,1%. Technika ta daje podstawę do formułowania zdań typu R_1 . Możemy zatem powiedzieć, że średnie prawdopodobieństwo R_1 wynosi 93,1%. Sens tej uwagi wydaje się być następujący: średnio 93,1% spośród opinii typu R_1 w zbiorze M jest trafnych. Nie wiemy jednak, które z nich mają cechę trafności i może się zdarzyć w naszym przypadku, że konkluzja stworzonego argumentu dowodowego jest „nietrafna”.

Eksperti z zakresu badań poligraficznych dysponują współcześnie tzw. empirycznym systemem oceniania (ESS – z ang. *empirical scoring system*), który umożliwia bardziej precyzyjne **określenie prawdopodobieństwa błędu określonego rezultatu testu**. Dzięki temu, można pokusić się o następujące uzasadnienie zdania R_1 : „Na podstawie danych normatywnych i Empirycznego Systemu Oceniania¹⁰ – popartego dowodami naukowymi modelu numerycznej analizy danych testowych przy psychofizjologicznej detekcji wprowadzania w błąd – poziom statystycznego znaczenia lub prawdopodobieństwo błędu (wartość p) dla rezultatu tego testu (suma całkowita: G – np. +14) wynosi: Y (np. 0,002), czyli mniej niż przyjęta tolerancja błędu (= 0.1). Innymi słowy – prawdopodobieństwo, że taki wynik testu zaistniał przy osobie odpowiadającej nieszczerze na pytania relewantne jest równe: $\frac{Z}{100}\%$ (np. 0,2%)”.

¹⁰ Zob. m.in. R. Nelson, M. Handler, P. Shaw, M. Gougler, B. Blalock, Ch. Russell, B. Cushman, M. Oelrich, *Using the Empirical Scoring System*, „Polygraph” 2011, Vol. 40, No. 2, APA.



Rys. 1. Przykład generalizacji stosowanej w badaniach poligraficznych.

II. Zgodnie z założeniami testu **CIT** (z ang. *concealed information test*) – osoba, która dokonała danego czynu będzie w stanie rozpoznać podczas testu kluczowy przedmiot (znany wyłącznie sprawcy i śledczym), umiejscowiony w sekwencji pytań pośród przedmiotów kontrolnych. Z powodu różnic w znaczeniu krytycznego bodźca względem bodźców kontrolnych – z punktu widzenia winnego, który rozpoznaje kluczową odpowiedź, nastąpią w reakcji na bodziec krytyczny specyficzne mimowolne zmiany w pobudzeniu fizjologicznym badanego uwarunkowane aktywnością autonomicznego układu nerwowego.

Powyższa generalizacja ta daje podstawę do formułowania zdań typu:

R_2 – „Osoba A_j rozpoznaje zdarzenie p_n ”.

Podobnie jak w przypadku technik pytań porównawczych – stosując technikę CIT, możliwe jest sprecyzowanie prawdopodobieństwa danego rezultatu testu. Uprawnione jest zatem następujące uzasadnienie zdania R_2 : „Zarejestrowano 6 wykresów testu CIT (po jednym dla każdego z podtestów). Na podstawie analizy danych testowych, zgodnie z systemem Lykkena, opartym na danych z komponentu EDA, uzyskano ogólny wynik: X/Y pkt. przy Z podtestach CIT – np. 7/12 pkt przy 6 podtestach CIT. Prawdopodobieństwo, że taki rezultat testu mógł zostać wytworzony przez badanego, który nie rozpoznał kluczowych faktów związanych z przedmiotowym zdarzeniem, wynosi: P (np. 8%)”.

Generalizacje, chociaż niezbędne w toku rozumowań dowodowych, mogą być niebezpieczne dla poprawności rozumowań, zwłaszcza gdy nie są wyrażone wprost, określone w odniesieniu do ich zasięgu, poziomu abstrakcji, współczynnika modalnego, czyli wyrażenia, którego treścią jest opisowe podanie częstotliwości występowania jakiegoś zjawiska, empirycznej niezawodności – ogólnie: siły¹¹. Dlatego równie ważnym zabiegiem jak ich stosowanie, jest ich krytyczne weryfikowanie w celu zminimalizowania zagrożeń z nimi związanych.

Inny metodologiczny model śledztwa – **narracyjny** – to budowanie scenariuszy zdarzenia, odtwarzających możliwy przebieg akcji przestępczej, w obrębie którego daje się wyróżnić stany rzeczy czy zdarzenia, które miały lub mogły mieć miejsce w pewnym fragmencie rzeczywistości. Jednym z takich zdarzeń może być fakt wykonania badania poligraficznego, które dało podstawy do wysnucia dalszych wniosków, niezbędnych dla prowadzenia kolejnych czynności śledczych czy procesowych.

Najnowszym i chyba najbardziej optymalnym modelem jest tzw. **model hybrydalny**, który powstał w 2009 roku za sprawą prac badawczych F. Bex i Susan van den Braak. Model ten łączy możliwości dwóch wymienionych wcześniej teorii. Podobnie jak w nurcie narracyjnym, generowane są hipotetyczne scenariusze zdarzeń, ale każdy element tego scenariusza może mieć podbudowę dowodową przez argument dowodowy, stworzony zgodnie z modelem argumentacyjnym.

Wynik badania poligraficznego jest zdaniem sformułowanym przez eksperta po dokonaniu oceny zrealizowanych testów. Zdanie to zawiera **informację**, np. „osoba A_i zna szczegóły zdarzenia, choć temu przeczy”, zaś nośnikiem tej informacji jest treść tego zdania czyli **twierdzenie**, pod warunkiem jednakże, że jest ono zrozumiałe, czyli wyposażone w **znaczenie** – co jest, z kolei, jednym z warunków intersubiektywnej kontrolowalności. Na potrzeby tego artykułu zostaną zaprezentowane przykłady wyników uzyskanych w badaniu „w konkretnej sprawie” (jednowątkowym), zakończonym zaliczeniem badanego do zbioru „**RI**” (z ang. *recognition indicated*) – jako osoby rozpoznającej kluczowe fakty związane ze zdarzeniem po zastosowaniu przez eksperta techniki CIT oraz do zbioru „**DI**” (z ang. *deception indicated*) – w przypadku zastosowania jednej z technik pytań porównawczych. Zatem wynik **R** badania poligraficznego, objęty zakresem niniejszego artykułu, może mieć postać jednego z dwóch zdań:

R_2 : „Osoba A_j rozpoznaje zdarzenie p_n ”
oraz

¹¹ W. Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, s. 334–335.

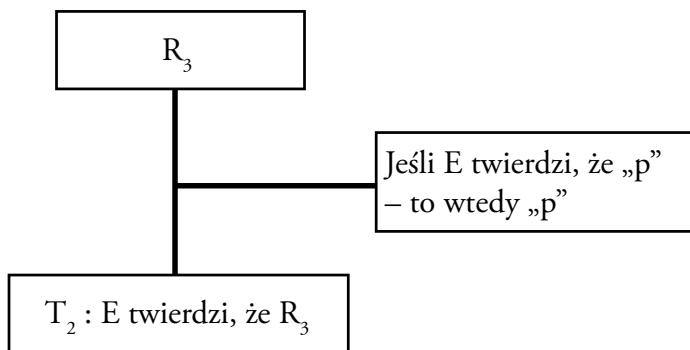
R_3 : „Osoba A_i reagowała na pytania relewantne testu nr 1 w sposób, w jaki typowo reaguje osoba nieprawdomówna (odpowiadająca nieszczerze na tego rodzaju pytania)”.

R_2 i R_3 są opiniami eksperta (nazwijmy go E), dlatego można powiedzieć, że:

T_1 : „ E twierdzi, że R_2 ”

a także –

T_2 : „ E twierdzi, że R_3 ”.



Rys. 2. Struktura inferencyjna.

Sama przesłanka (informacja) nie stanowi jeszcze dowodu. Może nim się stać, o ile nadaje się ona do użycia w rozumowaniu inferencyjnym (z ang. *inferential reasoning*) – czyli, mówiąc najprościej, rozumowaniu pośrednim; owo „nadawanie się” jest cechą podstawową i wspólną dla wszystkich dowodów¹². Mając na uwadze zaprezentowany przykład, oznacza to, że sama informacja R_2 nie jest jeszcze dowodem, a dokonywana przez prowadzącego śledztwo inferencja, transformująca wynik badania poligraficznego w dowód, miałaby następującą postać: jeżeli T_1 to R_2 . To samo dotyczy zdań T_2 oraz R_3 oraz inferencji: jeżeli T_1 to R_3 . Dopiero uznanie tych inferencji wprowadza zdania R_2 lub R_3 do materiału dowodowego¹³.

Należy rozróżnić dowód bezpośrednio relewantny od dowodu pośrednio relewantnego (inaczej meta-dowód). Dokonał tego D. A. Schum. Według niego informacja będzie **dowodem bezpośrednio relewantnym**, jeśli nadaje się do roli przesłanki lub innego elementu rozumowania, prowadzącego do istotnej hipotezy śledczej lub wprost do faktu głównego, który powinno się

¹² *Ibidem*, s. 438.

¹³ A. Stein, *Foundations of Evidence Law*, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 35.

udowodnić. Natomiast dowodem **pośrednio relewantnym**, (określanym też jako pomocniczy czy posiłkowy) będzie taka informacja, która zawiera treści „szacujące” wagę dowodu bezpośrednio relewantnego. Załóżmy zatem, że zdania typu **R** oraz **T** wchodzą w skład materiału dowodowego. W naszym przypadku, jeśli osoba badana była podejrzanym, wynik badania poligraficznego będzie stanowił dodatkowy, „obciążający” ją materiał.

Śledztwo można interpretować jako wielokrotny, powtarzający się proces generowania, testowania i uzasadniania różnych **hipotez** wyjaśniających poszczególne kwestie danej sprawy. Konkluzja argumentu dowodowego przybiera postać hipotezy, która może być składnikiem opisu danego spłotu wydarzeń. Hipotezy składają się na **scenariusz przestępstwa**¹⁴. Przed inkorporowaniem danej hipotezy do głównego scenariusza zdarzenia (czyli takiego, który najlepiej wyjaśnia całokształt okoliczności przestępstwa), należy ją przetestować w celu wyeliminowania ewentualnego fałszywego wskazania, które ona eksponuje¹⁵.

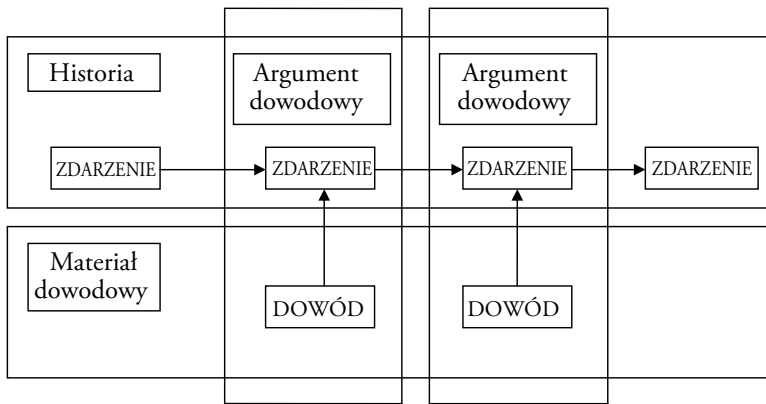
Podstawowym założeniem modelu hybrydalnego jest to, że historie przybierające formę „sieci przyczynowych” (z ang. *causal networks*), mogą być wykorzystywane do wyjaśnienia *explananda* (fakty, które muszą być wyjaśnione) oraz to, że owe sekwencje stanów rzeczy i zdarzeń, a właściwie ich poszczególne składniki mogą być potwierdzone lub negowane przez wykreowane argumenty, na podstawie materiału dowodowego sprawy czy ogólnej, zdroworozsądkowej wiedzy. Dodatkowo, argumenty mogą też posłużyć do szczegółowej weryfikacji historii pod względem jej wiarygodności i spójności. Zatem, w tym podejściu oprócz rozumowania przez historię, możliwa jest i taka sytuacja, w której wnioskuje się „o historii” poprzez wygenerowane argumenty, dzięki czemu można ustalić jej dialektyczny status, co było możliwe w zakresie argumentów w modelu argumentacyjnym¹⁶. W podejściu hybrydalnym konstruowane są tzw. argumenty dowodowe, których użycie pozwala na wnioskowanie na podstawie materiału dowodowego o zdarzeniu mogącym zaistnieć podczas danego przestępstwa. Otrzymujemy zatem konkluzję, będącą pojedynczym zdarzeniem, która konstytuuje historię odtwarzającą przebieg zdarzenia przestępczego. Na tej podstawie, można dokonać reprezentacji sposobu, w jaki poszczególne składniki tworzące sekwencję zdarzeń są „wspierane” przez dostępne

¹⁴ S. van den Braak, *Sensemaking software for crime analysis*, SIKS Dissertation Series No. 2010–12, Universiteit Utrecht s.18.

¹⁵ F. Bex, *Evidence for a Good Story: A Hybrid Theory of Arguments, Stories and Criminal Evidence*, Groningen 2009, s. 23.

¹⁶ *Ibidem*, s. 108.

w sprawie dowody¹⁷. Omawianą konstrukcję zaprezentowano graficznie na rysunku 3.



Rys. 3. Graficzna reprezentacja założeń modelu hybrydalnego śledztwa.

Źródło: S. van den Braak, *op. cit.*, s. 62.

W hybrydalnym modelu śledztwa, generalizacje przyczynowe służą do „łączenia” ze sobą elementów historii, zaznaczając relacje przyczynowe i temporalne występujące pomiędzy nimi, zaś uogólnienia dowodowe uzasadniają wnioskowanie od dowodów do pojedynczych zdarzeń, będących konkluzją stworzonego argumentu. Zatem, te pierwsze reprezentują „narracyjne informacje” dotyczące danego zdarzenia przestępczego, zaś te drugie dotyczą informacji dowodowych¹⁸.

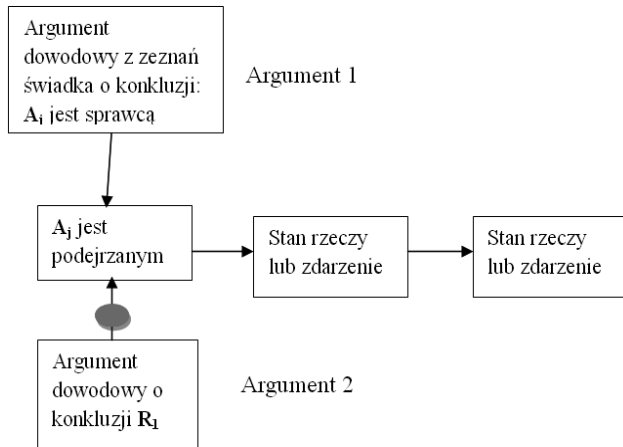
Rozważmy teraz możliwość użycia wyniku badania poligraficznego w podejściu hybrydalnym. Załóżmy, że śledczy stworzyli kilka alternatywnych scenariuszy zdarzeń, odzwierciedlających możliwy przebieg akcji przestępczej. W jednym z nich podejrzanym jest osoba **A**, która była obecna na miejscu zdarzenia zaraz po przyjeździe policji. Organ procesowy wydał postanowienie o wykonaniu badania poligraficznego wobec naszego podejrzanego. Biegły przeprowadził test zgodnie z zasadami techniki Utah ZCT PLC i sformułował następujące zdanie:

R₁: „Osoba **A** odpowiadała na pytania relewantne testów w sposób, w jaki typowo reaguje osoba prawdomówna (odpowiadająca szczerze na tego rodzaju pytania)”.

¹⁷ S. van den Braak, *op. cit.*, s. 68.

¹⁸ *Ibidem*.

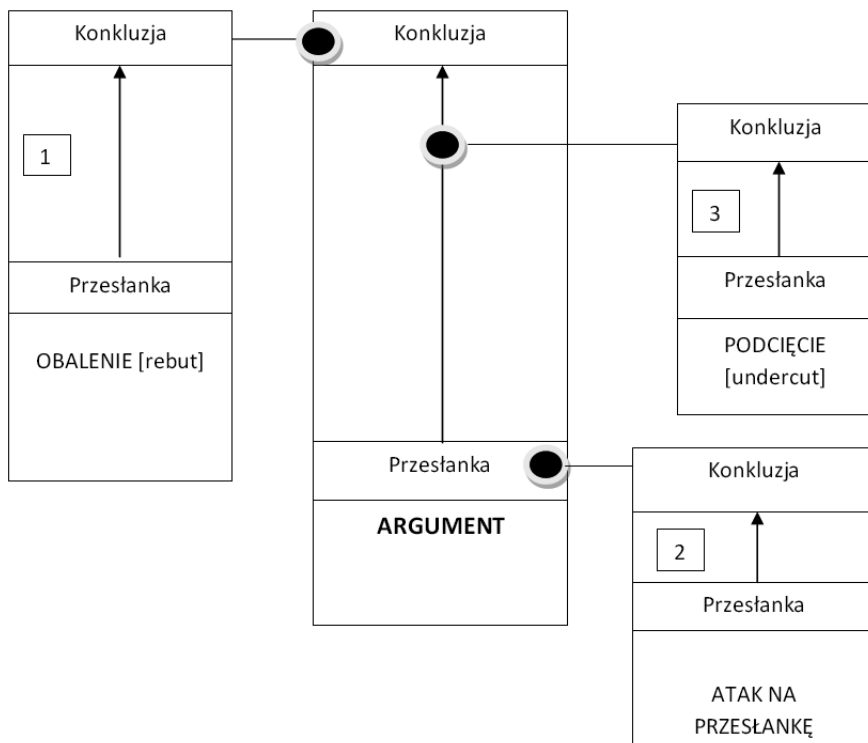
Argument stworzony na podstawie takiego twierdzenia „osłabił” wiarygodność wygenerowanego scenariusza zdarzenia z udziałem A_j (sytuację obrazuje rys. 4).



Rys. 4. Dwa przeciwstawne argumenty dotyczące tego samego elementu hipotetycznej historii.

Wszystkie scenariusze zdarzeń na etapie śledztwa mają hipotetyczny charakter. Dopiero po wydaniu prawomocnego wyroku wiadomo, czy którakolwiek z historii stworzonych w ramach postępowania przygotowawczego była prawdziwa. Argument nr 1 wspiera hipotezę, że A_j jest podejrzanym, zaś argument nr 2 ją obala. Który z nich jest silniejszy, zależy od ich metodologicznej poprawności. Aby ocenić ich „wagę”, należałoby stworzyć meta-dowody, dotyczące rozpoznawanego zdarzenia jako faktu jednostkowego. Mogłyby one dotyczyć następujących kwestii: Czy w przypadku nr 1 świadek był w „pozycji, aby wiedzieć” czy „p”? Czy użycie generalizacji zastosowanej do osiągnięcia takiej konkluzji było uzasadnione w konkretnych okolicznościach? Czy świadek miał jakieś powody do składania fałszywych zeznań? Czy składał zeznanie pod przysięgą? Czy w przypadku nr 2 ekspert był wiarygodny jako źródło? Czy poprawnie przeprowadził badanie poligraficzne? Czy prawidłowo zinterpretował zapis poligramów? Czy prawidłowo skonstruował testy? Wreszcie – czy nie jest to czasem rzadki przypadek nietrafnej opinii zawierający się we wskazanym przez eksperta prawdopodobieństwie błędu? Do zadań śledczych należy rozważenie, który ze skonstruowanych scenariuszy jest bardziej wiarygodny, ale można to zrobić dopiero po uzyskaniu pełnego materiału dowodowego.

Nie ma żadnych powodów do uznawania ekspertów za osoby nieomyłne, dlatego argumenty zawarte w ich opiniach należy traktować jako podważalne. Logika podważalna jest przykładem **logiki niemonotonicznej**, dotyczącej takiego typu rozumowań, w których raz dowiedziona konkluzja nie musi pozostać ważna, może zostać podważona, gdy okoliczności ulegną zmianie¹⁹. Art. 200 §3 KPK mówi, że: „Osoby, które brały udział w wydaniu opinii, mogą być, w razie potrzeby, przesłuchiwane w charakterze biegłych, a osoby, które uczestniczyły tylko w badaniach – w charakterze świadków”. Jeśli założymy, że rezultat badania poligraficznego dał podstawę do sformułowania hipotezy w głównym scenariuszu rozpoznawanego w śledztwie zdarzenia, możliwe są trzy **sposoby przeprowadzenia krytyki** (skonfliktowania) takiego **argumentu**: atak na konkluzję, atak na przesłanki i atak na regułę wnioskowania użytą w argumentcie²⁰. Ewentualności te ilustruje następujący schemat:



Rys. 5. Sposoby ataku na argumenty.

Źródło: S. van den Braak, *op. cit.*

¹⁹ J. Malinowski, *Rola oczekiwań w rozumowaniach*, „Ruch Filozoficzny” 1996, Vol. 53, nr 4, s. 579.

²⁰ S. van den Braak, *op. cit.*, s. 28.

Nie można wykluczyć sytuacji, w której przesłanki będą prawdziwe, lecz otrzymana na ich podstawie konkluzja okaże się fałszywa lub niewystarczająco uzasadniona. Argument może zostać bowiem obalony (z ang. *rebut*) przez kontrargument z przeciwną konkluzją, jak również istnieje ryzyko zakwestionowania użycia w danych okolicznościach przyjętej reguły wnioskowania. Przykładem tego ostatniego ataku jest wykazanie (po badaniu z wykorzystaniem techniki CIT), że badany poznał szczegóły przestępstwa, o którego popełnienie był podejrzewany, w inny sposób niż przez bezpośredni udział w tym zdarzeniu (m.in. z mediów lub podczas wcześniejszego przesłuchania)²¹.

Po ustaleniu, który z argumentów jest silniejszy, dzięki dowodom pośrednio relewantnym może zostać ustalony tzw. dialektyczny status argumentów (z ang. *dialectical status*)²². Dotyczy on interakcji między argumentami i kontrargumentami. W tym sensie można wyróżnić **trzy rodzaje statusu argumentu**: **zasadny** (z ang. *justified argument*) – czyli taki, który wygrywa w starciu z kontrargumentami; **odrzucony** (z ang. *overruled argument*) – czyli taki, które przegrywa „starcie” i ostatni – **neutralny**, „remisujący”, dający się obronić (z ang. *defensible argument*) – pozostawiając „starcie” argumentów nierozstrzygnięte²³. Jeśli przyjmiemy na przykład, że argument R_3 jest z pewnych względów silniejszy niż argument z wyjaśnień nie przyznającego się do winy A_1 , wtedy ten pierwszy można określić jako zasadny, a drugi jako odrzucony.

Istotnym fenomenem jest tzw. **przywrócenie** (z ang. *reinstatement*) **argumentu**²⁴. Nawet jeśli z jakichś względów będziemy preferować argument dostarczony przez E , może on zostać obalony przez argument nowy, zawierający konkluzję: ekspert, który wydał opinię poligraficzną jest niewiarygodny albo dokonał złej interpretacji wyników itp. Tym samym – nowy argument może „przywrócić” argument podnoszony przez badanego (odmowa przyznania się do winy), który na początku został uznany za obalony. Zjawisko przywrócenia potwierdza wymóg, że aby można było rozważać wzajemne interakcje między argumentami i ocenić ich dialektyczny status, należy najpierw użyć wszystkie relewantne dowody oraz informacje dostępne w sprawie.

²¹ Za wielce nieodpowiedzialne należy uznać podawanie przez śledczych do publicznej wiadomości, przed zakończeniem postępowania przygotowawczego, szczegółowych okoliczności danego przestępstwa, np. narzędzia zbrodni czy wszystkich skradzionych przez sprawców przedmiotów. Niestety, takie przypadki zdarzają się dość często.

²² H. Prakken, *Analyzing reasoning about evidence with formal models of argumentation*, „Law, Probability and Risk” 2004, No. 3, s. 5.

²³ H. Prakken, G. Sartor, *A Logical Analysis of Burdens of Proof*, [w:] *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, eds. H. Kaptein, H. Prakken, B. Verheij, Ashgate Publishing, Farnham 2009, s. 233.

²⁴ F. Bex, B. Verheij, *Accepting the Truth of a Story about the Facts of a Criminal Case*, [w:] *Legal Evidence...*, *op. cit.*, s. 171.

Analiza wiarygodności opinii z badania poligraficznego powinna uwzględniać następujące problemy:

1. Jak wiarygodny jest *E* jako ekspert?
2. Czy *E* jest ekspertem w zakresie badań poligraficznych?
3. Z czego, zdaniem *E*, wynikają zdania *R*₁, *R*₂ lub *R*₃?
4. Czy *E* jest osobiście rzetelny jako źródło?
5. Czy zdania *R*₁, *R*₂ lub *R*₃ są spójne z twierdzeniami innych ekspertów?
6. Czy twierdzenia *E* bazują na materiale dowodowym?

Ad. 1. i 2.

Problemy nr 1 i 2 odnoszą się do kwalifikacji i właściwości osobistych eksperta. Kwalifikacje mogą być potwierdzone przez certyfikaty (wydane np. przez instytucję zatrudniającą eksperta lub przez stowarzyszenie zawodowe)²⁵, świadectwa ukończonych szkoleń, dorobek naukowy itp. Odpowiedzi na te pytania należy również poszukiwać w biografii eksperta, posiadanych przezeń referencjach oraz w opiniach panujących na jego temat w środowisku branżowym. Ważne jest, aby certyfikat poligrafera był aktualny ze względu na rozwój badań naukowych i technologii związanej z badaniami poligraficznymi²⁶. Jeśli ekspert jest biegłym instytucjonalnym – dobrze, by jego placówka badawcza posiadała akredytację przyznaną przez odpowiedni organ. Zapewnia ona odpowiednie wymogi jakościowe, niezmiernie istotne także w innych ekspertyzach.

Ad. 3.

Problem nr 3 jest zdecydowanie najważniejszy. Dotyczy bowiem podstaw opiniowania, czyli generalizacji, umożliwiających budowę argumentu. Jeśli generalizacja taka użyta zostanie w rozumowaniu dowodowym, można ją wtedy określić jako generalizację dowodową. Umożliwia ona wnioskowanie od przesłanek do konkluzji, wpływając przez to na siłę danego argumentu dowodowego; staje się spoiwem scalającym dany argument²⁷.

²⁵ Na przykład w Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego istnieje specjalna procedura dla kandydatów na biegłych, zakończona wpisem do Centralnej Ewidencji Ekspertów Opiniujących i wydaniem stosownego zaświadczenia przez Szefa ABW. Powszechnie uznawane na świecie są certyfikaty ukończenia specjalistycznego kursu w placówce szkoleniowej akredytowanej przez American Polygraph Association.

²⁶ American Polygraph Association wymaga od swoich członków uczestnictwa w szkoleniu kontynuacyjnym trwającym co najmniej 30 godzin raz na dwa lata.

²⁷ F. Bex, S. van den Braak, H. van Oostendorp, H. Prakken, B. Verheij, G. Vreeswijk, *Sense-making software for crime investigation: how to combine stories and arguments?*, „Law, Probability and Risk” 2007, No. 6, s. 146.

Ekspert, na życzenie organu procesowego, powinien przedstawić swój tok rozumowania, na podstawie którego doszedł do takich a nie innych wniosków. Powinien wskazać, jaki rodzaj logiki był podstawą jego wnioskowania, co stanowiło dla niego przesłanki, prowadzące do wysnucia określonych wniosków. Co więcej, powinien określić rodzaj wykorzystanych generalizacji oraz dokonać uzasadnienia ich użycia w konkretnych okolicznościach badania. Ewentualnie powinien wskazać wyjątki mogące wpływać na nieadekwatność uogólnień oraz ocenić, czy one zachodzą.

Ad. 4.

Problem nr 4 interpretować można jako problem dotyczący jakości pracy eksperta. Przede wszystkim chodzi tu o poprawność zastosowanej metody badania poligraficznego. Organ procesowy może zapytać, czy metoda użyta przez biegłego jest wystandaryzowana. Używanie takich metod jest bowiem warunkiem „intersubiektywnej kontrolowalności” opinii z badania poligraficznego. Odpowiedź eksperta powinna być twierdząca, a ponadto powinien wskazać instytucje czy stowarzyszenie, które opracowało owe standardy.

Warto przypomnieć, że za poprawną i dopuszczalną do praktycznego stosowania uchodzi metoda o dokładności ustalonej w toku niezależnych, opublikowanych badań oraz szeregu dalszych właściwości. Zgodnie ze standardem American Polygraph Association, obowiązującym od 2012 r., do celów wykrywania należy wykorzystywać techniki o wartości diagnostycznej nie mniejszej niż 80% i odsetku wyników nierozstrzygniętych nie większym niż 20%.

Natomiast w przypadku badań dowodowych, kryterium dokładności jest podwyższone do minimum 90%. W sprawozdaniu z badania należy poinformować zleceniodawcę o wartości diagnostycznej oraz krótko opisać sposób rozumienia tego pojęcia. Zleceniodawca może zapytać o sposób ustalenia wartości diagnostycznej konkretnej metody, wtedy ekspert mógłby powołać się na raport APA z 2011 r. dotyczący walidacji technik wykorzystywanych w badaniach poligraficznych i przedstawić wnioski wypływające z tego dokumentu.

W zamieszczonych poniżej tabelach zaprezentowano **wykaz potwierdzonych naukowo technik przeznaczonych do różnych typów badań** (tabela 1) oraz zestawienie większości formatów testowych, które są składowymi tych technik (tabela 2). Wszelkie modyfikacje technik badań poligraficznych w zakresie kategorii i sekwencji pytań testowych, sposobu ich omawiania, a także reguł rejestrowania danych testowych i metod analizy są absolutnie niedopuszczalne! W razie ewentualnych modyfikacji badający powinien to wyraźnie zaznaczyć, uzasadnić i scharakteryzować zastosowaną technikę jako eksperymentalną.

Tabela 1. Lista technik dopuszczonych do badań poligraficznych zgodnie ze standardem APA 2012

Techniki dowodowe (na potrzeby badań dla organów procesowych) / metoda analizy danych	Techniki badań wielopodmiotowych (głównie konfrontacyjnych) ¹ / metoda analizy danych	Techniki wykrywcze, (pozostałe badania) / metoda analizy danych
US Federal You-Phase / ESS² <ul style="list-style-type: none"> • średnia dokładność³: 90,4% • nierozstrzygnięte (INC): 19,2% • czułość na kłamstwo (<i>sensitivity</i>⁴): 84,5% • specyficzność (<i>specificity</i>⁵): 75,7% 	USAF MGQT⁶ / ESS <ul style="list-style-type: none"> • średnia dokładność: 87,5% • nierozstrzygnięte (INC): 17% • czułość: 72,9% • specyficzność: 70% 	USAF MGQT / skala 7-poz. <ul style="list-style-type: none"> • średnia dokładność: 81,7% • nierozstrzygnięte (INC): 19,7% • czułość: 78,3% • specyficzność: 53,8%
ZCT (Federal, Utah) / ESS <ul style="list-style-type: none"> • dokładność: 92,1% • INC: 9,8% • czułość: 81,7% • specyficzność: 84,6% 	Federal You-Phase / skala 7-poz. <ul style="list-style-type: none"> • dokładność: 88,3% • INC: 16,8% • czułość: 84,5% • specyficzność: 75,7% 	CIT (GKT) / system Lykkena <ul style="list-style-type: none"> • dokładność: 82,3% • INC: 0,1% • czułość: 81,5% • specyficzność: 83,2%
Utah ZCT (różne wersje ogółem) / Utah <ul style="list-style-type: none"> • dokładność: 93% • INC: 10,7% • czułość: 85,3% • specyficzność: 80,9% 	Federal ZCT / skala 7-pozycyjna <ul style="list-style-type: none"> • dokładność: 86% • INC: 17,1% • czułość: 85,8% • specyficzność: 58,1% 	DLST (TES) / skala 7-poz. <ul style="list-style-type: none"> • dokładność: 84,4% • INC: 8,8% • czułość: 74,8% • specyficzność: 79,2%
Utah ZCT DLC / Utah <ul style="list-style-type: none"> • dokładność: 90,2% • INC: 7,3% • czułość: 81,5% • specyficzność: 85,7% 	Federal ZCT / skala 7-poz. dowodowa⁷ <ul style="list-style-type: none"> • dokładność: 88% • INC: 8,5% • czułość: 80,4% • specyficzność: 80,9% 	DLST (TES) / ESS <ul style="list-style-type: none"> • dokładność: 85,8% • INC: 9% • czułość: 80,9% • specyficzność: 75,1%
Utah ZCT PLC / Utah <ul style="list-style-type: none"> • dokładność: 93,1% • INC: 7,7% • czułość: 86,7% • specyficzność: 83,3% 	Backster You-Phase / Backster <ul style="list-style-type: none"> • dokładność: 86,2% • INC: 19,6% • czułość: 83,6% • specyficzność: 55,6% 	
Utah ZCT RCMP (v.1) / Utah <ul style="list-style-type: none"> • dokładność: 93,9% • INC: 18,5% • czułość: 83,3% • specyficzność: 70% 		
IZCT / HSS <ul style="list-style-type: none"> • dokładność: 99,4% • INC: 3,3% • czułość: 97,7% • specyficzność: 94,6% 		
MQTZCT / Matte <ul style="list-style-type: none"> • dokładność: 99,4% • INC: 2,9% • czułość: 96,7% • specyficzność: 96,3% 		

Źródło: *American Polygraph Association, Meta-Analytic Survey of Criterion Accuracy of Validated Techniques, „Polygraph” 2011, Vol. 40, No. 4.*

Tabela 2. Zestawienie wybranych formatów testowych, będących składowymi technik badań poligraficznych, które zostały poddane walidacji i dopuszczone do określonych typów badań (zob. tab. 1)

Technika	Główne założenia; struktura testów
US Federal You-Phase (Bi-Zone)	<ul style="list-style-type: none"> • diagnostyczny jednowątkowy⁸ test pytań porównawczych (CQT) z dwoma pytaniami relevantnymi (3–5 wykresów; zalecana rotacja pytań porównawczych lub relevantnych) • sekwencja pytań: N1⁹, ScR¹⁰, S1¹¹, C1¹², R1¹³, C2, R2, C3, S2 • analiza numeryczna: <p>– zgodnie z systemem federalnym (skala 7-poz.): DI – gdy suma całkowita ≤ -4 lub suma cząstkowa (w którymkolwiek ze „spotów”) ≤ -3; NDI – gdy suma globalna $\geq +4$ i każda z sum cząstkowych $\geq +1$; INC – pozostałe wyniki.</p> <p>– zgodnie z systemem ESS: DI – gdy suma całkowita ≤ -4 lub suma cząstkowa (w którymkolwiek ze „spotów”) ≤ -6; NDI – gdy suma globalna $\geq +4$. Wyjątek: jeśli różnica między sumami cząstkowymi (spotami) o różnych znakach wyniesie więcej niż 7 punktów (np. R1:5, R2:+9) – to INC.</p> <p>INC – pozostałe wyniki.</p>
US Federal ZCT	<ul style="list-style-type: none"> • diagnostyczny jednowątkowy test pytań porównawczych (CQT) z trzema pytaniami relevantnymi (3–5 wykresów; zalecana rotacja pytań porównawczych lub relevantnych) • sekwencja pytań: N1, ScR, S1, C1, R1, C2, R2, S2, C3, R3 • analiza numeryczna: <p>– zgodnie z systemem federalnym (skala 7-poz.): DI – gdy suma całkowita ≤ -6 lub suma cząstkowa ≤ -3; NDI – gdy suma globalna $\geq +6$ ($\geq +4$ w skali „7-pozycyjnej dowodowej”) i każda z sum cząstkowych $\geq +1$;</p> <p>INC – pozostałe wyniki.</p> <p>– zgodnie z systemem ESS: DI – gdy suma całkowita ≤ -4 lub suma cząstkowa (w którymkolwiek ze „spotów”) ≤ -7; NDI – gdy suma globalna $\geq +2$. Wyjątek: jeśli różnica między sumami cząstkowymi o różnych znakach wyniesie więcej niż 7 punktów – to INC. Pozostałe wyniki – INC.</p>
Utah ZCT	<ul style="list-style-type: none"> • diagnostyczny jednowątkowy lub wieloaspektowy test pytań porównawczych (CQT) z trzema pytaniami relevantnymi (3 lub 5 wykresów, serii) • sekwencja pytań: <p>I seria: I¹⁴, ScR, N1, C1, R1, N2, C2, R2, N3, C3, R3 II seria: I, ScR, N2, C3, R2, N3, C1, R3, N1, C2, R1 III seria: I, ScR, N3, C2, R3, N1, C3, R1, N2, C1, R2</p> <ul style="list-style-type: none"> • analiza numeryczna testu <i>jednowątkowego</i>: <p>– zgodnie z systemem Utah: DI – gdy suma całkowita ≤ -6;</p> <p>NDI – gdy suma globalna $\geq +6$; INC – pozostałe wyniki.</p> <p>– zgodnie z systemem ESS: jak wyżej – tj. przy wszystkich testach ZCT z trzema pytaniami relevantnymi.</p> <p>analiza numeryczna testu <i>wieloaspektowego</i>:</p> <p>– zgodnie z systemem Utah: DI – gdy suma całkowita ≤ -6 i każda suma cząstkowa jest ujemna lub którakolwiek suma cząstkowa ≤ -3; NDI – gdy suma globalna $\geq +6$ i każda suma cząstkowa jest dodatnia; INC – pozostałe wyniki.</p>
USAF MGQT - v.1	<ul style="list-style-type: none"> • wieloaspektowy lub wielowątkowy test pytań porównawczych (CQT) z dwoma, trzema lub czterema pytaniami relevantnymi (3–5 wykresów; zalecana rotacja pytań porównawczych lub relevantnych) • sekwencja pytań: N1, ScR, C1, R1, C2, R2, C3, (R3, C4, R4) • analiza numeryczna: <p>– zgodnie z systemem ESS: SR – gdy którakolwiek suma cząstkowa ≤ -3; NSR – gdy wszystkie sumy cząstkowe $\geq +1$; pozostałe wyniki – INC.</p> <p>– zgodnie z systemem federalnym (skala 7-poz.): SR – gdy którakolwiek suma cząstkowa ≤ -3; NSR – gdy każda z sum cząstkowych $\geq +3$; INC – pozostałe wyniki.</p>

USAF MGQT - v.2	<ul style="list-style-type: none"> wielowątkowy test pytań porównawczych (CQT) z dwoma, trzema lub czterema pytaniami relewantnymi (3-5 wykresów; zalecana rotacja pytań porównawczych lub relewantnych) sekwencja pytań: N1, ScR, C1, R1, R2, C2, (R3, C3, R4, R5, C4) analiza numeryczna: identyczna jak przy wersji 1 USAF MGQT.
Utah MGQT	<ul style="list-style-type: none"> wieloaspektowy lub wielowątkowy test pytań porównawczych (CQT) z czterema pytaniami relewantnymi (3 lub 5 wykresów; zalecana rotacja pytań porównawczych lub relewantnych) sekwencja pytań: I, ScR, N1, C1, R1, R2, C2, N2 (opcjonalnie), R3, R4, C3, N3 analiza numeryczna: <p>- zgodnie z systemem Utah: SR - gdy suma całkowita ≤ -6 i każda suma cząstkowa jest ujemna lub którakolwiek suma cząstkowa ≤ -3; NSR - gdy suma globalna $\geq +6$ i każda suma cząstkowa jest dodatnia; INC - pozostałe wyniki.</p> <p>- zgodnie z systemem ESS: jak przy wszystkich testach MGQT ocenianych zgodnie z systemem ESS (zob. USAF MGQT-v.1).</p>
LEPET	<ul style="list-style-type: none"> przesiewowy (wielowątkowy) test przedzatrudnieniowy dla organów egzekwowania prawa. Test pytań porównawczych (CQT) z trzema i czterema pytaniami relewantnymi realizowany w kilku fazach/podtestach (3-5 wykresów; zalecana rotacja pytań porównawczych lub relewantnych). Faza I odnosi się do zagadnień bezpieczeństwa. Faza II dotyczy predyspozycji do służby na danym stanowisku. Ewentualne wątpliwości lub relewantne informacje przedstawione przez badanego weryfikuje się w testach pogłębiających („rozbicia”). sekwencja pytań: faza I: N1, ScR, C1, R1, C2, N2, R2, C3, R3, C4, R4, C5 faza II: N1, ScR, C1, R1, C2, R2, N2, C3, R3, C4 test „rozbicia”: N1, ScR, C1, R1, C2, R2, C3, R3, C4, R4, C5 analiza numeryczna: jak przy wszystkich testach MGQT ocenianych zgodnie z systemem ESS lub systemem federalnym 7-pozycyjnym.
DLST	<ul style="list-style-type: none"> przesiewowy (wielowątkowy) test pytań porównawczych z ukierunkowanym kłamstwem (z ang. <i>directed lie comparison</i>), zawierający dwa pytania relewantne (zasadniczo 1 wykres; może być więcej w przypadku zakłóconych danych lub braku rozstrzygnięcia) sekwencja pytań: N1, N2, ScR, C1, R1, R2, C2, R1, R2, C1, R1, R2, C2 analiza numeryczna: <p>- zgodnie z systemem ESS: tak jak przy wszystkich testach MGQT.</p> <p>- zgodnie z systemem federalnym (skala 7-poz.): SR - gdy suma całkowita ≤ -4 lub którakolwiek suma cząstkowa ≤ -3; NSR - gdy każda z sum cząstkowych $\geq +1$ i suma całkowita $\geq +4$; INC - pozostałe wyniki.</p>
CIT / GKT	<ul style="list-style-type: none"> diagnostyczny test rozpoznania ze znanym rozwiązaniem (kluczem umieszczonym wśród bodźców kontrolnych). Składa się z przynajmniej 3 podtestów. przykładowa sekwencja pytań podtestu: C1, C2, C3, C4, R5, C6 analiza numeryczno-rankingowa (zgodnie z systemem Lykkena): pierwszy bodziec buforowy pomija się w ocenie, następnym przypisuje się wartości: 2, 1 i 0 - kolejno od najbardziej do najmniej znaczącej reakcji w kanale EDA (wyłącznie). Po zakończeniu testu CIT sumuje się punktację bodźców kluczowych (R) z wszystkich podtestów. Proóg decyzyjny dla stwierdzenia rozpoznania kluczowych faktów związanych z weryfikowanym zdarzeniem jest równy liczbie zastosowanych podtestów CIT. Wydamy zatem opinie: RI - gdy suma ocen bodźców kluczowych \geq od liczby podtestów. <p>NRI (z ang. <i>no recognition indicated</i>) - gdy suma ocen bodźców kluczowych jest mniejsza od liczby przeprowadzonych podtestów CIT.</p> <p>NO - gdy zabraknie dostatecznej ilości klarownych danych testowych do wydania opinii. Końcowy rezultat może być również wyrażony liczbowo (na podstawie specjalnej tabeli statystycznej) - jako prawdopodobieństwo nierozpoznania przez badanego ukrytych w teście kluczowych informacji.</p>

Źródło: opracowanie własne autora.

Przypisy do tab. 1 i tab. 2.

- 1 W dosłownym tłumaczeniu z j. ang. – *paired testing* – „badania sparowane”, „testy dobrane w pary” – gdzie dwóch badających bada co najmniej 2 osoby przedstawiające sprzeczne wersje zdarzenia w taki sposób, że jedna z osób z całą pewnością kłamie.
 - 2 *Empirical Scoring System* – empiryczny system oceniania; poparty dowodami naukowymi model numerycznej analizy danych testowych; 6 cech diagnostycznych na wykresach; skala 3-pozycyjna: [+1, 0, -1] – dla wszystkich parametrów z wyjątkiem EDA ocenianym w przedziale [+2, 0, -2].
 - 3 Odsetek prawidłowych (trafnych) opinii poligrafera na podstawie rezultatu danego testu, z wyłączeniem wyników nierozstrzygniętych.
 - 4 Z j. ang. *sensitivity* (czułość, wrażliwość) – odsetek prawidłowych wyników pozytywnych; nastawienie na wykrycie wprowadzania w błąd, zdolność do wyodrębnienia kwestii budzących wątpliwości, stanowiących zagrożenie (istotnych) dla badanego; minimalizacja fałszywych wyników negatywnych (błędnie zaliczających reakcje badanego na pytania relewantne jako typowe dla populacji osób szczerych).
 - 5 Z j. ang. *specificity* (specyficzność, skonkretyzowanie) – odsetek prawidłowych wyników negatywnych; nastawienie na weryfikację prawdziwości, zdiagnozowanie problemu; zdolność do wykluczenia związku badanego z danym problemem; minimalizacja fałszywych wyników pozytywnych (błędnie zaliczających reakcje badanego na pytania relewantne jako typowe dla populacji osób nieszczerých).
 - 6 Uśrednione dane dla obu wersji AFMGQT (1 i 2). Zbliżone strukturalnie do tej techniki są LEPET oraz Utah MGQT, dlatego uznaje się je za dopuszczalne, o ile będą zastosowane takie same metody analizy danych testowych, jak przy AFMGQT.
 - 7 W skali „7-pozycyjnej dowodowej” próg decyzyjny dla opinii „NDI” (z ang. *no deception indicated*) jest nieco obniżony niż w tradycyjnej i wynosi +4. Dla opinii „DI” pozostaje bez zmian (-6).
 - 8 Wyróżniamy 3 rodzaje testów pytań porównawczych: jednowątkowe (jednozagadnieniowe), wieloaspektowe (dotyczące różnych aspektów tego samego zagadnienia) i wielowątkowe (wielozagadnieniowe – dotyczące różnych niezależnych od siebie zagadnień).
- Rezultaty testów jednowątkowych i wieloaspektowych określa się skrótowo jako: DI (z ang. *deception indicated* – stwierdzono wprowadzanie w błąd), NDI (z ang. *no deception indicated* – nie stwierdzono wprowadzania w błąd), INC (z ang. *inconclusive* – nierozstrzygnięte) lub NO (z ang. *no opinion* – brak opinii).
- Natomiast w testach wielowątkowych używa się stwierdzeń SR (z ang. *significant responses* – znaczące reakcje), NSR (z ang. *no significant responses* – brak znaczących reakcji), INC i NO.
- 9 Z ang. *neutral* – neutralne (niezwiązane), np. „Czy obecnie jest miesiąc listopad?”
 - 10 Z ang. *sacrificed relevant* – „związane poświęcone”, np. „Jeżeli chodzi o kradzież w sklepie jubilerskim przy ul. Marszałkowskiej – czy zamierza Pan/Pani odpowiadać zgodnie z prawdą na każde pytanie w tej kwestii?”
 - 11 Z ang. *symptomatic* – symptomatyczne, np. „Czy jest Pan całkowicie przekonany, że zadam w tym teście tylko te pytania, które omówiliśmy?”; „Czy obawia się Pan, że w tym teście zapytam o coś jeszcze – mimo obietnicy, że tego nie zrobię?”
 - 12 Z ang. *comparison* – porównawcze, np. „Czy przed 18 rokiem życia kiedykolwiek ukradł Pan coś ze sklepu?”
 - 13 Z ang. *relevant* – relewantne (związane), np. „Czy to Pan ukradł tę biżuterię?”
 - 14 Z ang. *introduitory* – wprowadzające, np. „Czy rozumie Pan/Pani, że w tym teście zadam tylko te pytania, które omówiliśmy?”).

Ad. 5.

Problem nr 5 nie jest do końca jasny. Jeśli przyjąć, że chodzi o przeprowadzone przez innych ekspertów, w tym samym celu, badanie poligraficzne tej samej osoby (osób A_1 i A_2), to albo uznają oni, podobnie jak E, zdania R_2 lub R_3 (i wtedy znajdzie zastosowanie zasada *communis opinio doctorum*), albo uznają jakies inne zdania i wtedy dojdzie do sporu. Jeśli zaś spójność wyniku badań poligraficznych ma dotyczyć jego zgodności z innymi ekspertyzami (np. przy poligraficznych badaniach wielopodmiotowych, konfrontacyjnych lub innych badaniach kryminalistycznych) – wtedy sprawa rozstrzygnie się na etapie budowy scenariusza.

Ad. 6.

Problem nr 6 dotyczy w istocie umiejętności perswazyjnych eksperta, a konkretnie tego, czy będzie on w stanie przekonać odbiorcę swojej opinii o poprawności przeprowadzonego wnioskowania, na podstawie zebranego materiału (przede wszystkim wykresów uzyskanych w toku zrealizowanych testów).

Ponadto, w płaszczyźnie analitycznej, kontrola opinii weryfikuje odpowiedzi na postawione pytania z punktu widzenia ich pełności i jednoznaczności. Ekspert powinien unikać podczas formułowania wniosków końcowych następujących zwrotów: „Nie można wykluczyć, że...”; „Badany wykazuje związek emocjonalny ze zdarzenie/pytaniem”; „Badany kłamie”; „Badany mówi prawdę”. Zamiast takich, niedorzecznych formuł, biegły powinien stwierdzać, że: „Badany przy udzielaniu odpowiedzi na wykorzystane w testach pytania relewantne reagował tak, jak typowo reaguje osoba odpowiadająca szczerze/nieszczercze na tego rodzaju pytania” (jeśli ekspert posłużył się testami pytań porównawczych, np. Utah ZCT, You-Phase, Federal ZCT); ewentualnie „Badany rozpoznaje/nie rozpoznaje zdarzenia X” lub „Badany zna szczegóły zdarzenia, choć temu przeczy” (jeśli została wykorzystana technika ukrytej informacji/wiedzy o czynie – CIT/GKT).

Na podstawie takich opinii ekspert nie dokonuje (co jest metodologicznie poprawne) jednoznacznego stwierdzenia odnośnie szczerości badanej osoby, ale jej reakcje zalicza do pewnego zbioru – podobnych do siebie ze względu na takie a nie inne cechy – reakcji, a prawdopodobieństwo trafności opinii jest wyrażane dokładnością zastosowanej techniki badania i znaczeniem statystycznym uzyskanego rezultatu testu. Formułowanie niepoprawnych opinii może mieć też przyczynę w treści postanowienia o powołaniu biegłego, gdzie nagminnie określa się cel badania jako ustalenie związku emocjonalnego badanego z danym zdarzeniem.

Powyższe zalecenia odnośnie skutecznej obrony opinii poligrafera przed krytyką merytoryczną można właściwie sprowadzić do trzech podstawowych kwestii:

- odpowiedniego wykształcenia i doświadczenia zawodowego eksperta,
- przestrzegania standardów wyznaczonych przez organizacje profesjonalne i opierania się wyłącznie na danych naukowych,
- rzetelnej kontroli jakości ekspertyz.

Wnioski

Obowiązujące prawo przewiduje możliwość przeprowadzania badań poligraficznych zarówno na etapie postępowania przygotowawczego oraz postępowania sądowego. Ponadto, badanie poligraficzne może odgrywać istotną rolę nie tylko w sprawach karnych, ale także w innych obszarach działalności, np. badaniach przedzatrudnieniowych i lojalnościowych. Konstrukcje proponowane przez metodologiczne modele śledztwa z powodzeniem nadają się do wykorzystania przy tworzeniu opinii poligraficznych. Co więcej, wynik badania poligraficznego należy traktować jako przykład argumentu w śledztwie. Dzięki zaangażowaniu aparatury pojęciowej metodologicznego modelowania śledztwa, wzrastają możliwości analizy i ewentualnej krytyki badań poligraficznych wraz z identyfikacją słabych punktów rozumowań. Warto jednak pamiętać, że warunkiem realizacji wymienionych postulatów jest „intersubiektywna kontrolowalność” opinii poligraficznych, która zależy od jakości wykonywanych badań, na którą składają się: wiarygodność, rzetelność eksperta, korzystanie z wystandaryzowanych metod badawczych oraz poprawność procesu wnioskowania na podstawie zgromadzonego materiału po wykonaniu badania poligraficznego.

Abstract

Selected questions in correctness of opinions expressed in polygraph examinations

The article presents the theoretical grounds for forming opinions in polygraph examinations and their practical application. Presented are the ways of constructing a polygraph expertise from the perspective of the argumentative model of evidence-based reasoning. The article also points at the ways of defending the opinion against the potential criticism from the judicial body/commissioning party. Moreover, it includes a detailed list of scientifically corroborated techniques designed for various types of examinations.

Literatura

1. *American Polygraph Association*, (2011), *Meta-Analytic Survey of Criterion Accuracy of Validated Techniques*, „Polygraph”, Vol. 40, No. 4.
2. Anderson T., Schum D., Twining W., (2005), *Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, New York.
3. Bex F., (2009), *Evidence for a Good Story: A Hybrid Theory of Arguments, Stories and Criminal Evidence*, Ph. D. thesis, Rijksuniversiteit Groningen, Groningen.

4. Bex F., Braak den van S., Oostendorp van H., Prakken H., Verheij B., Vreeswijk G., (2007), *Sense-making software for crime investigation: how to combine stories and arguments?*, „Law, Probability and Risk”, No. 6.
5. Bex F., Koppen van J. P., Prakken H., Verheij B., (2010), *A hybrid formal theory of arguments, stories and criminal evidence*, „Artificial Intelligence and Law”, nr 18.
6. Bex. F., Verheij B., (2009), *Accepting the Truth of a Story about the Facts of a Criminal Case*, [w:] *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, eds. H. Kaptein, H. Prakken, B. Verheij, Ashgate Publishing, Farnham.
7. Braak den van S., (2010), *Sensemaking software for crime analysis*, SIKS Dissertation Series No. 2010–12, Universiteit Utrecht.
8. Grzegorzczak T., (2005), *Kodeks postępowania karnego*, Zakamycze, Kraków.
9. Herbowski P., (2012), *Stosowanie poligrafu na podstawie art. 192a §2 k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo”, nr 2.
10. LEX nr 163189.
11. Malinowski J., (1996), *Rola oczekiwań w rozumowaniach*, „Ruch Filozoficzny”, Vol. 53, nr 4.
12. Nelson R., Handler M., Shaw P., Gougler M., Blalock M., Russell Ch., Cushman C., Oelrich M., (2011), *Using the Empirical Scoring System*, „Polygraph”, Vol. 40, No. 2, APA.
13. Prakken H., (2004), *Analyzing reasoning about evidence with formal models of argumentation*, „Law, Probability and Risk”, No. 3.
14. Prakken H., Sartor G., (2009), *A Logical Analysis of Burdens of Proof*, [w:] *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, eds. H. Kaptein, H. Prakken, B. Verheij, Ashgate Publishing, Farnham.
15. Schum D., (1994), *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, Northwestern University Press, Evanston, Illinois.
16. Stein A., (2005), *Foundations of Evidence Law*, Oxford University Press, Oxford.
17. Stelmach J., Brożek B., (2004), *Metody Prawnicze*, Zakamycze, Kraków.
18. Twining W., (2006), *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Cambridge University Press, Cambridge.
19. Widacki J., (2004), *Sytuacja prawna badań poligraficznych po ostatniej nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, „Problemy Kryminalistyki”, nr 243.

Małgorzata Wrońska, Martyna Huszcza
Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Wykrywanie kłamstwa przez nauczycieli

Wprowadzenie

Zdolność do rozpoznania, czy dziecko mówi prawdę może być niejednokrotnie przydatna w pracy nauczyciela, podobnie jak w pracy psychologa czy nawet policjanta.

Wykrycie kłamstwa w praktyce może nastąpić przy użyciu metod instrumentalnych (np. badania poligraficzne, zwane czasem w Polsce wariograficznym), jak i nieinstrumentalnych. Obydwie te metody wykorzystywane są głównie w pracy śledczej lub przy selekcji kandydatów do pracy w służbach policyjnych i specjalnych.

Nieinstrumentalne metody detekcji kłamstwa polegają na obserwacji i ocenie werbalnych i niewerbalnych symptomów towarzyszących kłamstwu. Każdy z nas czasem, na własny użytek podejmuje się takiej oceny rozmówcy.

Ocena wiarygodności wypowiedzi rozmówcy polega zwykle na sprawdzeniu, czy wypowiedź nie jest sprzeczna ze znanymi prawami przyrody, czy nie jest sprzeczna z zasadami wiedzy i doświadczenia życiowego, a także prawami logiki. Czasami wiarygodność wypowiedzi ocenia się przez znaną już uprzednio prawdopodobność rozmówcy. Tę ostatnią oceniamy zwykle biorąc pod uwagę opinię innych ludzi oraz informacje, czy wcześniej jakieś kłamstwo zostało rozmówcy wykazane¹.

Zdarzają się jednak wypowiedzi, których prawdziwość jest niepewna, a próba oceny ich w kategoriach prawda-fałsz, na podstawie wyżej opisanych przesłanek niemożliwa. W takich sytuacjach zwykle próbuje się ocenić wiarygodność na podstawie sposobu przekazywania treści wypowiedzi, oceniając towarzyszącą jej gestykulację czy tzw. ruchy wyrazowe (mimiczne, pantomiczne) oraz samą formę wypowiedzi. Oceniający prawdziwość wypowiedzi

¹ J. Widacki, *Próby oceny prawdopodobności w procesie karnym*, „Palestra” 2012, 3–4, s. 13–18.

na podstawie takich symptomów, na ogół nie czyni tego w oparciu o jeden wybrany symptom, ale cały ich zespół. Ruchy wyrazowe (szczególnie mimika, ale także pantomimika) mogą być niewerbalnymi (behawioralnymi) symptomami kłamstwa. Symptomy kłamstwa wyrażające się formą wypowiedzi, nazywa się symptomami werbalnymi.

Na użytek śledczy wypracowano specjalne, sformalizowane techniki oceny prawdziwości zeznań na podstawie wspomnianych symptomów. Takimi technikami są np. BAI, SVA – Statement Validity Assessment – ocena wiarygodności zeznań², CBCA – Criteria-Based Contensed Analysis – kryterialna analiza treści³. Stosowanie tych technik nie wydaje się możliwe ani celowe w szeroko pojętym procesie edukacyjnym. Jednak umiejętność rozpoznawania kłamstwa na podstawie oceny wspomnianych werbalnych i niewerbalnych symptomów kłamstwa pozwalałaby też na skuteczniejsze, bardziej precyzyjne i w sumie bardziej trafne odróżnianie wypowiedzi prawdziwych (szczerych) od fałszywych (kłamliwych) bez stosowania specjalnych technik, co może być także użyteczne w pracy nauczyciela lub wychowawcy.

W literaturze, najczęściej wskazywane są następujące werbalne i niewerbalne symptomy kłamstwa:

1. werbalne: nienaturalny ton głosu, wahanie się podczas mówienia, podniesiony ton głosu, błędy językowe, powtarzanie słów, zdań lub ich niekończenie, pauzy lub okresy milczenia podczas wypowiadanych zdań;
2. niewerbalne: unikanie kontaktu wzrokowego, niespokojne ruchy rąk i stóp, gesty poprawiające ubranie, duża częstotliwość mrugania, dotykanie nosa, oczu, ust lub uszu, częste zmiany pozycji ciała, manipulacja przedmiotami znajdującymi się w pobliżu, nerwowe ruchy rąk lub palców, drapanie się po głowie, sztuczny uśmiech, nerwowe przełykanie śliny⁴.

Vrij zestawił wyniki 39 badań z lat 1980–1999, dotyczących trafności obserwatorów, oceniających ludzi obcych. Autorzy ci uzyskiwali od 31 do 63% trafnych wskazań⁵. Średnia wartość trafnych wskazań była powyżej statystycznej szansy, czyli powyżej 50%. Jest to wynik znacznie niższy niż uzyskiwany

² S.J. Ceci, M. Bruck, *Jeopardy In the courtroom*, American Psychological Association, Washington, DC 1995.

³ U. Undeutsch, *Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Aussagen*, [w:] *Handbuch der Psychologie*, ed. U. Undeutsch, Vol. 11: *Forensische Psychologie*, Hogrefe, Göttingen 1967, s. 26–181.

⁴ A. Vrij, *Wykrywanie kłamstw i oszukiwania. Psychologia kłamania i konsekwencje dla praktyki zawodowej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2009, s. 93–94; P. Ekman, *Kłamstwo i jego wykrywanie w biznesie, polityce i małżeństwie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2010.

⁵ A. Vrij, *op. cit.*

w badaniach poligraficznych⁶, a także innych metodach badań akceptowanych jako mogące dostarczać dowodów w procesie karnym. Stałe uzyskiwanie wyników powyżej statystycznej szansy dowodzi jednak, że wskazania te nie były przypadkowe.

Warto zwrócić uwagę, że pomimo niskiej wartości diagnostycznej tej metody detekcji kłamstwa, osoby próbujące stosować ją w praktyce, są na ogół przekonane, że tą metodą potrafią skutecznie odróżnić prawdomównego od kłamcy.

Cel badań

Opublikowane ostatnio wyniki badań przedstawiły najbardziej diagnostyczne symptomy kłamstwa według dwóch grup respondentów: policjantów (n=100) oraz psychologów (n=101). Można zasadnie przypuszczać, że badani podejrzewając kogoś o nieszczerść, poszukują w zachowaniu interlokutora najbardziej diagnostycznych według siebie symptomów⁷.

W tej pracy podjęto próbę sprawdzenia, na które symptomy (werbalne i niewerbalne) zwracają uwagę nauczyciele, uważając je za diagnostyczne, pozwalające na trafne wykrycie kłamstwa. Następnie porównano wyniki uzyskane u nauczycieli z wynikami uzyskanymi przez policjantów⁸.

Materiał i metoda

W badaniach wzięło udział 100 nauczycieli (n=100, liczby bezwzględne są zatem równe procentom: 100=100%) o specjalności nauczania wczesnoszkolnego (86 kobiet i 14 mężczyzn, średni wiek respondentów wynosił 39 lat, średni staż pracy 13 lat), wybranych w drodze losowej.

Badani przez nas nauczyciele potwierdzili, że w swej pracy muszą niejednokrotnie oceniać prawdomówność rozmówców. Co więcej, większość z nich stwierdziła, że potrafi trafnie rozpoznać kłamstwo, co jak wiemy z literatury jest przekonaniem bezpodstawnym.

Badani byli proszeni o wypełnienie kwestionariusza składającego się z dwóch części. W pierwszej, badani byli proszeni o określenie na trójstopniowej skali częstotliwość występowania wymienianych w kwestionariuszu, wybranych na podstawie literatury, symptomów nieszczerości. W drugiej części kwestionariusza ich zadaniem było przyporządkowanie do różnych typów

⁶ A. Vrij, *op. cit.*

⁷ J. Widacki, N. Mirska, M. Wrońska, *Werbalne i niewerbalne symptomy kłamstwa w ocenach policjantów i psychologów*, „Problemy Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2012, nr 7.

⁸ *Ibidem.*

osobowości wymienionych symptomów nieszczerości tak, aby wskazać te dla nich najbardziej charakterystyczne.

Wyniki i ich dyskusja

Na podstawie uzyskanych wyników, uszeregowano symptomy kłamstwa od najbardziej do najmniej diagnostycznych (według odpowiedzi respondentów). Unikanie kontaktu wzrokowego z rozmówcą jest symptomem kłamstwa, na którego częste występowanie wskazało aż 71 (71%) nauczycieli.

Kolejnymi symptomami, wskazywanymi przez badanych jako występujące często są: wahania występujące podczas mówienia-używanie wyrażeń „Hmm.”, „Eee.” oraz manipulacje przedmiotami znajdującymi się w pobliżu (każdy został zaznaczony przez 49% respondentów). O jeden procent mniej uzyskał symptom, będący niespokojnym zachowywaniem się wraz z częstymi zmianami pozycji ciała.

Wśród symptomów nieszczerości występujących czasami, najczęściej zauważalnym przez nauczycieli jest nienaturalny ton głosu (67% respondentów). Pauzy lub okresu milczenia podczas wypowiedzi zostały zaznaczone jako występujące czasami przez 60% badanych. Nerwowe przełykanie śliny, drapanie się po głowie oraz błędy językowe, powtarzanie słów, zdań lub nie kończenie ich stanowiły odpowiednio 58%, 57% i 55% zaznaczeń.

Według 34% badanych podczas kłamania dziecko nigdy nie podnosi głosu. Zadaniem 27% respondentów uważa, że syndrom kłamstwa, jakim jest drapanie się po głowie nie występuje. Wzmożona częstotliwość mrugania według 26 % również nigdy nie występuje.

Badani mieli możliwość dopisania niewymienionych w kwestionariuszu symptomów kłamstwa, po czym określić częstotliwość ich występowania. Takim symptomem, zauważonym przez 6% badanych, jest czerwienie się, które według nauczycieli występuje często. Również często występującymi symptomami, nieuwzględnionymi w kwestionariuszu, a wpisanymi przez 3% respondentów są: rozbiegany wzrok oraz płacz. Ten pierwszy może być efektem uwzględnionego w kwestionariuszu symptomu zdefiniowanego jako: brak kontaktu wzrokowego z rozmówcą. Podobne dodatkowe symptomy wymienili policjanci: pocenie się – 7%, płacz – 3%, czerwienie się – 3% oraz zmiana tematu – 2%.

Szczegółowe wyniki badań częstotliwości występowania poszczególnych symptomów prezentuje tabela 1.

Według policjantów w badaniach Widackiego i współautorów⁹ trzy najczęściej wskazywane symptomy to: unikanie kontaktu wzrokowego (72%,

⁹ J. Widacki, N. Mirska, M. Wrońska, *op. cit.*

przy n=100), niespokojne zachowanie – częste zmiany pozycji ciała (55%) oraz niespokojne ruchy nóg i stóp (46%).

Symptomy występujące często, według policjantów, to: nienaturalny ton głosu (70%), gesty poprawiające ubranie (66%) oraz błędy językowe, powtarzanie słów, zdań lub niekończenie ich (64%).

Symptomy niewystępujące nigdy podczas kłamania, według policjantów, to: drapanie się po głowie (22%), duża częstotliwość mrugania (18%) oraz nerwowe ruchy rąk i palców (14%).

Respondenci zostali zapytani, czy według nich ludzie o różnych typach osobowości będą przejawiali inne symptomy kłamstwa. Jeśli uważali, że typ osobowości ma wpływ na przejawiane symptomy kłamstwa, to proszeni byli o wypełnienie dalszej części kwestionariusza, w której należało przypisać symptomy charakterystyczne dla osób: introwertywnych, ekstrawertywnych oraz neurotycznych.

Tabela 1. Częstotliwość występowania poszczególnych symptomów nieszczerości

l.p.	Symptom nieszczerości	Występowanie (n=100)		
		często	czasami	nigdy
1.	Unikanie kontaktu wzrokowego z rozmówcą	71%	26%	3%
2.	Niespokojne ruchy nóg i stóp	42%	51%	7%
3.	Nienaturalny ton głosu	19%	67%	14%
4.	Gesty poprawiające ubranie	26%	57%	17%
5.	Duża częstotliwość mrugania	23%	51%	26%
6.	Dotykanie nosa, oczu, ust lub uszu	35%	50%	15%
7.	Niespokojne zachowanie, częste zmiany pozycji ciała	48%	49%	3%
8.	Manipulacje przedmiotami, znajdującymi się w pobliżu	49%	40%	11%
9.	Nerwowe ruchy rąk lub palców (np. stukanie palcami o blat stołu)	35%	50%	15%
10.	Drapanie się po głowie	16%	57%	27%
11.	Wahania występujące podczas mówienia, używanie wyrażeń „Hmm..”, „Eee..”	49%	44%	7%
12.	Sztuczny uśmiech	29%	51%	20%
13.	Podniesiony ton głosu	12%	54%	34%
14.	Błędy językowe, powtarzanie słów, zdań lub nie kończenie ich	29%	55%	16%
15.	Nerwowe przetykanie śliny	33%	58%	9%
16.	Pauzy, okresy milczenia podczas wypowiadanych zdań	29%	60%	11%
17.	Inne (jakie)?..... Jeśli udzielił Pan/Pani odpowiedzi na powyższe pytanie, proszę zaznaczyć w tabeli z jaką częstotliwością pojawia się wskazany symptom			
	Czerwienienie się 6%	6%		
	Rozbiegany wzrok 3%	3%		
	Placz 3%	3%		

Źródło: Widacki J., Mirska N., Wrońska M., *Werbalne i niewerbalne symptomy kłamstwa w ocenach policjantów i psychologów*, „Problemy Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2012, nr 7.

Według 20% badanych nauczycieli te same symptomy kłamstwa występują u wszystkich dzieci bez względu na ich otwartość. Innego zdania było 67% tej grupy zawodowej, zauważając różnicę.

Nauczyciele dla dzieci zamkniętych w sobie, jako charakterystyczne symptomy kłamstwa wskazali: pauzy lub okresy milczenia podczas wypowiedzi (zaznaczone przez 53 % respondentów), unikanie kontaktu wzrokowego z rozmówcą (52% odpowiedzi). Wahania występujące podczas mówienia, używanie zwrotów „Hmm...”, „Eee...” zostało zaznaczone przez 49% osób. O cztery procent mniej badanych zaznaczyło nerwowe przełykanie śliny.

44% policjantów zaznaczyło unikanie kontaktu wzrokowego, a 42% pojawiający się już wcześniej symptom, polegający na występowaniu wahań podczas mówienia oraz powtarzanie „hmm...” lub „eee...”. Nerwowe przełykanie śliny otrzymało 34% wskazań.

Wahania występujące podczas mówienia zostały wielokrotnie zaznaczone we wszystkich grupach respondentów.

Z opisanych wyników dla tego pytania wynika, że respondenci również przypuszczają, iż osoby introwertyczne kłamiąc, nadal będą zachowywały się w charakterystyczny dla tego typu osobowości sposób. Nie wystąpiły znaczne różnice przy wyborze symptomów pomiędzy profesjami.

W opozycji do uprzednio opisanego zagadnienia, respondenci zostali zapytani o charakterystyczne zachowanie podczas kłamania osób **otwartych**, łatwo nawiązujących kontakty, towarzyskich i bez troskich. Sztuczny uśmiech został zaznaczony przez największą grupę badanych nauczycieli (49%), a niepokojne zachowanie się, częste zmiany pozycji ciała wybrało 34% badanych. O jeden procent mniej nauczycieli zaznaczyło odpowiedź „podniesiony ton głosu”.

Bez znaczących różnic te symptomy wskazali również policjanci.

Badani byli również zapytani o zachowanie osób **nerwowych (neurotycznych)**, o niskiej odporności na stres. Wśród nauczycieli najwięcej (63%) badanych zaznaczyło, jako symptom kłamstwa nerwowe przełykanie śliny. Nerwowe ruchy rąk lub palców uzyskały wskazania od 48% nauczycieli i o jeden procent mniej niespokojne zachowanie, częste zmiany pozycji ciała.

Te same symptomy zostały wyróżnione przez policjantów: nerwowe przełykanie śliny (54%), nerwowe ruchy rąk i palców (45%) oraz niespokojne zachowanie się (44%).

Wnioski

1. Wykorzystanie nieinstrumentalnych metod detekcji kłamstwa może być przydatne w pracy nauczyciela i wychowawcy, pod warunkiem, że stosujący tę metodę ma świadomość jej ograniczeń (w szczególności niskiej wartości diagnostycznej).
2. Nauczyciele starają się rozpoznawać kłamstwo analizując takie same symptomy, jak policjanci i podobnie jak policjanci wyraźnie przeceniają swoje możliwości co do trafnego rozpoznania kłamstwa na podstawie obserwacji symptomów werbalnych i niewerbalnych, towarzyszących ocenianej wypowiedzi.
3. Pewne różnice między wybieranymi przez nauczycieli i policjantów symptomami, uznawanymi przez nich za diagnostyczne, mogą wynikać z tego, że dzieci kłamią w sposób nieco odmienny niż dorośli. U dzieci, obok kłamstwa, mamy też do czynienia z fantazjowaniem, i często rozdzielenie ich może być trudne. Jednak to zagadnienie wymaga dalszych badań.

Abstract

Detection of deception by teachers

The article presents studies in the diagnostic quality of teachers' assessment of behavioural and verbal premises of deception chosen from literature. Participating in the studies were 100 teachers specialising in early education, whose main task was to assess the frequency of specific symptoms of deception. Later, a study whether the respondents believe that personality can have an influence on the symptoms of deception exhibited was conducted. If the respondents provided a positive answer to the question, they were asked to match individual symptoms to specific personality types. The results of the studies were compared to the results of other studies conducted among police officers. Representatives of both the professions were treated as competent judges, as in their daily work they deal with deception, and the respondents themselves believe that they are a very good in recognising deception.

Literatura

1. Ceci S.J., Bruck M., (1995), *Jeopardy In the courtroom*, Washington, DC, American Psychological Association.
2. Ekman P., (2010), *Kłamstwo i jego wykrywanie w biznesie, polityce i małżeństwie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa.
3. Undeutsch U., (1967), *Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Aussagen, Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Aussagen*, [w:] *Handbuch der Psychologie*, ed. U. Undeutsch, Vol. 11, *Forensische Psychologie*, Hogrefe, Göttingen.

4. Vrij, A., (2009), *Wykrywanie kłamstw i oszukiwania. Psychologia kłamania i konsekwencje dla praktyki zawodowej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków.
5. Widacki J. (2012), *Próby oceny prawdomówności w procesie karnym*, „Palestra”, nr 3–4.
6. Widacki J., Mirska N., Wrońska M., (2012), *Werbalne i niewerbalne symptomy kłamstwa w ocenach policjantów i psychologów*, „Problemy Bezpieczeństwa Wewnętrznego”, nr 7.

RECENZJE
sprawozdania
varia

Jan Widacki

W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna. Podręcznik*, Wydawnictwo „Znak”, Kraków 2011 – Recenzja ważnego fragmentu

Podręcznik autorstwa dwóch wybitnych polskich karnistów z krakowskiego ośrodka należy niewątpliwie do najlepszych, jakie ostatnio ukazały się w Polsce. Słowo „podręcznik” choć użyte w podtytule, nie oddaje chyba w pełni ani ambicji Autorów, ani struktury i zawartości książki, której podtytułowi raczej należaoby nadać brzmienie „zarys systemu”. Nie mnie to rozstrzygać. Nie czuję się też kompetentny do całościowej, szczegółowej oceny książki. Chciałbym jedynie zgłosić kilka uwag polemicznych dotyczących jednego tylko jej fragmentu. Fragmentu obejmującego ustęp „Podstawowe szkoły prawa karnego” (ustęp 2 rozdziału trzeciego ze stron 50–56) a później konsekwentnie fragmentu ustępu „Racjonalizacja kary” (ustęp 2 rozdziału osiemnastego, ze stron 413–424). Uwagi moje odnoszą się będą do niespełna 30 stron dzieła liczącego ponad 600 stron, czyli jak łatwo policzyć do mniej niż 5% jego objętości. Można więc postawić pytanie, czy jest sens zajmować się tak małym fragmentem dzieła. W moim przekonaniu tak, bowiem będący przedmiotem polemiki fragment dotyczy spraw fundamentalnych dla prawa karnego, a pośrednio także dla innych dyscyplin penalnych, tak dogmatycznych, jak i empirycznych, w tym niewątpliwie także kryminologii czy penitencjarystyki.

Przedstawiając prawo karne epoki oświecenia Autorzy ograniczają się do pobieżnego i dalece niekompletnego opisu poglądów Beccarii. Pomijają zupełnie dorobek np. Monteskiusza, który w wielu kwestiach był pierwszy i wobec którego Beccaria w wielu kwestiach jest wtórny. To właśnie Monteskiusz kładł podwaliny pod humanitaryzm prawa karnego. To on, na kilkanaście lat przed Beccarią bo w wydanym w 1748 roku dziele *O duchu praw*¹, stwierdził, że lepiej przestępstwom zapobiegać niż za nie karać. Dosłownie zaś powiedział to tak:

¹ Wszystkie cytaty wg: Monteskiusz, *O duchu praw*, przekład T. Boy-Żeleński, Biblioteka Filozofów, Hachette Livre Polska sp. z o.o., Warszawa 2009.

dobry prawodawca nie tyle będzie zwracał uwagę na to by karać zbrodnie, ile by im zapobiegać.

(Monteskiusz, s. 115).

On też przed Beccarią twierdził, że
surowość kar lepiej odpowiada despotyzmowi, którego zasadą jest groza, niż monarchii i republice, których sprzężynami jest honor i cnota

(tamże, s. 114),

a także dostrzegł, że
doświadczenie poucza, iż w krajach, w których kary są łagodne, działają one na obywateli tak samo, jak gdzie indziej wielkie.

(tamże, s. 117).

Przy sposobności pozwolę sobie zauważyć, że informacja, na s. 50 recenzowanego dzieła, iż pierwsze polskie wydanie książki Cesarego Beccarii *O przestępstwach i karach* ukazało się „już w 1766 roku” jest nieprawdziwe. Pierwsze polskie wydanie ukazało się w 1772 roku. Był to przekład o. Teodora Wagi, który tłumaczył Beccarię nie z włoskiego oryginału, ale z francuskiego przekładu dokonanego przez Andre de Morelleta.

Szkoda, że omawiając Beccarię i jego dzieło, autorzy nie wspomnieli chociaż o polskiej recepcji i popularyzacji Beccarii, a już w szczególności o swoim poprzedniku w Jagiellońskiej Wszechnicy, Sebastianie Czochronie (1750–1819), autorze *Dysertacji o prawie kryminalnym* (1788) i *O wymiarze sprawiedliwości kryminalnej* (1790, pierwsze wydanie drukiem w 2009!)².

Trudno się w zupełności zgodzić z autorami, że podstawy teoretyczne szkoły klasycznej w prawie karnym „stworzyli przede wszystkim Kant i Hegel” (s. 51). O ile „teoria odwetu moralnego Kanta” której można upatrywać w *Kritik der reiner Vernunft* (1781) a szczególnie w *Kritik der praktischer Vernunft* (1788) może być uważana za podstawę teoretyczną szkoły klasycznej, to już teoria odwetu dialektycznego, dająca się wywieść z *Grundlinien der Rechtsphilosophie* Hegla (ogłoszone w 1821 roku), gdy szkoła klasyczna jest w pełnym rozkwicie i może być uznana jedynie za podstawę, jednego z pokantowskich nurtów tej szkoły.

Co najmniej dyskusyjne jest twierdzenie, że „Kant i Hegel byli zwolennikami absolutnej teorii kary” (s. 52), nieodróżniając różnic w podejściu tych dwóch filozofów, czyli tego, czym różni się kantowska teoria odwetu moralnego, od heglowskiej teorii odwetu dialektycznego. Można jednak uznać, że tak szczegółowe rozważania nie są w podręczniku, czy zarysie systemu niezbędne.

² S.J.K. Czochron, *Dysertacja o prawie kryminalnym. O wymiarze sprawiedliwości kryminalnej*, Oficyna Wydawnicza AFM, Kraków 2009.

Nadmiernym uproszczeniem jest nazwanie Edmunda Krzymuskiego „zwolennikiem koncepcji Kanta” (s. 52). Uważna lektura dzieł Krzymuskiego musi taki pogląd zrewidować. Sam Krzymuski był zwolennikiem teorii organicznej Krausego-Ahrensa, którą określał jako „najściślej do prawdy zbliżoną” (tak napisał w 1881 roku w podaniu o dopuszczenie do habilitacji i przedstawionym przy tej okazji projekcie programu wykładu (Arch. UJ WP II Akta habilitacji Krzymuskiego) i temu pogładowi pozostał wierny do końca, aż po ostatnie swe prace, publikowane w latach 20. XX wieku. Samą zaś teorię Krausego-Ahrensa określił jako idealizm podmiotowo-przedmiotowy, odróżniając od idealizmu podmiotowego Fichtego i idealizmu przedmiotowego Schellinga i Hegla (por. *Historia filozofii prawa do połowy XIX wieku*, s. 119). Są to teorie następców, ale nie kontynuatorów Kanta, zmarłego w 1804 roku. Tak jak Hegel był następcą Kanta, a nie jego kontynuatorem. Dla przypomnienia dodam, że Karl Christan Friedrich Krause żył w latach 1781–1832, a Heinrich Ahrens w latach 1808–1874. Było to już następne, po Kancie, pokolenie filozofów.

Poglądy Krzymuskiego różniły się od poglądów Kanta. O ile na przykład, dla Kanta kara sądowa będzie sprawiedliwa tylko wtedy, gdy państwo wymierzy ją przestępcy jedynie z poczucia obowiązku, bez oglądania się na ewentualną korzyść jaką mogłaby ona przynieść społeczeństwu czy samemu skazanemu, to dla Krzymuskiego kara z istoty swej ma być pożyteczna. Dla Kanta sprawiedliwa odpłata była celem samym w sobie. Dla Krzymuskiego, sprawiedliwa odpłata była jedynie środkiem do celu. Celem zaś kary była prewencja, tak indywidualna, jak i generalna.

Nader wątpliwe jest twierdzenie, że Krzymuski był zwolennikiem koncepcji Kanta, podobnie jak to, że był on „twórcą krakowskiej szkoły prawa karnego” (s. 52). Krzymuski jako typowy przedstawiciel szkoły klasycznej w prawie karnym, nawet do pewnego stopnia już jej epigon nie znalazł kontynuatorów. Żaden z jego uczniów nie poszedł tą drogą. Jego uczniem, w sensie formalnym był Juliusz Makarewicz, który jednak poszedł w nauce i filozofii swoją drogą, jako gorący zwolennik i orędownik pozytywizmu w jego socjologicznej postaci. Konflikt między tymi uczonymi, który uwidocznił się po raz pierwszy w czasie nieudanego kolokwium habilitacyjnego Makarewicza w 1896, a z czasem przerodził się w jawną wrogość, był to konflikt tyleż osobisty, co i nie do pogodzenia konflikt orientacji filozoficznych w prawie karnym. Nie był kontynuatorem Krzymuskiego o dwa lata od niego młodszy Józef Michał Rosenblatt, który zmarł jeszcze w 1917 roku, a więc na 11 lat przed Krzymuskim. Pozytywistą w socjologicznej odmianie, był też kolejny profesor prawa karnego na Uniwersytecie Jagiellońskim, Józef Reinhold, uczeń Makarewicza

we Lwowie i uczestnik seminariów Liszta w Berlinie, zmarły o dwa miesiące wcześniej od Krzymuskiego.

Następcą Krzymuskiego na katedrze prawa karnego był już od 1928 roku Władysław Wolter, który studia rozpoczynał w Wiedniu, a kończył w Krakowie, w którego twórczości trudno dopatrzeć się śladów szkoły klasycznej. Wolter był niewątpliwie pod wpływem pozytywizmu; a w okresie po 1945 roku, pozytywizmu także z pewnymi koniecznymi wówczas koncesjami na rzecz urzędowego marksizmu. Kontynuatorem klasycyzmu Krzymuskiego w każdym razie nie był.

Jeśli „szkołę” w nauce pojmować ściśle, to Krzymuski z całą pewnością „twórcą” żadnej szkoły nie został. Był wielki, ale zarazem ostatni. Nie miał kontynuatorów. Na okres jego życia przypada zasadnicza zmiana filozofii prawa karnego: klasycyzm ustępuje na lat co najmniej kilkadziesiąt, przychodzi młodsze pokolenie reprezentujące zupełnie inną filozofię prawa karnego: pozytywizm, zwykle w jego socjologicznej odmianie. Krzymuski był też ostatnim wielkim polskim karnistą, który prawo karne tak mocno związał z filozofią. Który był biegły nie tylko w dogmatyce prawa karnego, ale również w jego filozofii. Jeśli więc mówić o „krakowskiej szkole w prawie karnym”, to jej początków zapewne należało by szukać później, już po Krzymuskim.

Podstawy pozytywizmu w prawie karnym przedstawione są tak skrótowo (s. 52–53), że trudno zorientować się, na czym one naprawdę polegają i jaką dają podstawę do rozważań o przestępstwie i karze. Wśród wymienionych założeń pozytywizmu brak w szczególności ewolucjonizmu Darwina i ewolucjonizmu oraz organicyzmu i mechanicyzmu Spencera. A bez tego, nie sposób zrozumieć teorii Lombrosa.

Pisząc o teorii Lombrosa, Autorzy wypaczają jej sens. Piszą bowiem:

Cesare Lombroso autor książki pod znamienym tytułem „Człowiek zbrodniarz” (...) postawił tezę o wrodzonych skłonnościach do popełniania przestępstw. Te skłonności mogą być tak silne, że mają wpływ na cechy antropologiczne człowieka, szczególnie na budowę czaszki. Po tych cechach można stwierdzić, kto jest właściwie skazany na popełnianie przestępstw. Umożliwia to uruchomienie środków prewencyjnych zapobiegających popełnieniu przestępstwa.

Otóż nic takiego Lombroso nie twierdził. Wedle jego teorii, przyjmującej założenie pozytywizmu, że wszystko podlega ewolucji, przestępca, to człowiek zapóźniony zarówno w ewolucji moralnej, jak i somatycznej. Jest to żyjący współcześnie człowiek o moralności i antropologii człowieka prehistorycznego lub współczesnego dzikusa, należącego do zapóźnionego w rozwoju społeczeństwa. Jego odrębność antropologiczna jest równoległa odrębności moralnej. Znamionuje ją cofnięte w tył czoło, mała puszcza mózgowia, silnie rozwinięte

zuchwy, wystające kości policzkowe, częste anomalie uzębienia, gęste uwłosienie. Tym cechom antropologicznym towarzyszą – zdaniem Lombrosa – z reguły odrębności psychofizjologiczne (wyższa pobudliwość, wyższa odporność na ból itp.), a także cechy osobowościowe (okrucieństwo, kłamliwość, lekkomyślność, otepienie uczuciowe). Na wszystkie te tezy Lombroso szukał empirycznych potwierdzeń. Dokonywał licznych pomiarów antropometrycznych przestępców, badał eksperymentalnie ich emocjonalność itp.

Ale zdaniem Lombrosa, z jednej strony nie każdy zapóźniony w ewolucji „człowiek zbrodniarz” popełnia przestępstwa, z drugiej zaś, przestępstwa popełniają także ludzie, którzy nie są zapóźnieni w ewolucji – czyli „zbrodniarze urodzeni”. Ci pierwsi mogą nie popełniać przestępstw, jeśli znajdą sobie jakieś substytucyjne zajęcie, dające im możliwość realizacji swych skłonności bez naruszania porządku prawnego, gdy mogą wyżyć się np. jako żołnierze na froncie, jako pracownicy rzeźni dokonujący uboju itp. Kobieta zbrodniarka urodzona może swe zbrodnicze instynkty rozładować w prostytucji. Z kolei przestępstw dokonywać mogą także osobnicy inni niż „zbrodniarze urodzeni”: mogą to być przestępcy z namiętności, przypadkowi (czyli pseudoprzestępcy), mało odporni na pokusy kryminoloidzi, czy wychowani wśród przestępców.

Nie jest prawdą, że Lombroso zalecał po cechach antropologicznych rozpoznawać przestępców po to, by można było przeciw nim uruchamiać „prewencyjne środki zapobiegające popełnieniu przestępstwa” (s. 53).

Nieściśle jest również twierdzenie, że „szkoła antropologiczna jest oparta na zasadzie determinizmu” (s. 53). Jest to tylko pół prawdy. Cały pozytywizm, ze szkołą socjologiczną włącznie, a także we wszystkich odmianach multikauzalnych (np. E. Ferri, u nas L. Wachholz) oparty jest „na zasadzie determinizmu”. Tyle, że każda z odmian pozytywizmu, gdzie indziej szukała czynników determinujących ludzkie zachowania, w tym zachowania przestępcze.

Trudno też zgodzić się z twierdzeniem (s. 55), że neoklasycyzm w prawie karnym był reakcją na „radikalizm szkoły obrony społecznej”. Neoklasycyzm lat 70. XX wieku (szczególnie w wydaniu von Hirscha, van den Haaga czy J.Q. Wilsona) był przede wszystkim reakcją na lewacką kryminologię radykalną, a przy okazji na teorię konfliktu i inne odmiany kryminologii antynaturalistycznej.

Pisząc o koncepcji indywidualno prewencyjnej kary (s. 422) Autorzy powtarzają za innymi niczym nie popartą i mocno wątpliwą tezę, że Juliusz Makarewicz był uczniem Liszta. O wątpliwych związkach Makarewicza z Lisztem pisałem niedawno w innej pracy³.

³ J. Widacki, *Krakowskie epizody Juliusza Makarewicza*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. II, red. P. Kardas, T. Sroka i W. Wróbel, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.

Wszystkie moje uwagi dotyczą krótkiego fragmentu książki W. Wróbla i A. Zolla. Ale fragmentu bardzo ważnego. Bez ustalenia i głębokiego przemyślenia filozoficznych podstaw fundamentalnych dla prawa karnego instytucji, uprawianie go jako nauki nie tylko jest płytkie i jałowe, ale może być niebezpieczne. Dlatego filozoficzna refleksja w prawie karnym jest tak ważna, a ostatnio jest ona coraz częściej nie tylko pomijana, ale wręcz lekceważona. Z zauważalną stratą dla jego rozumnego stanowienia i stosowania. Nie wspominając już o konsekwencjach widocznych w polityce kryminalnej państwa.

Agnieszka Domin-Kuźma

Violetta Kwiatkowska-Wójcikiewicz, *Ogłędziny miejsca. Teoria i praktyka*, TNOiK. „Dom Organizatora”, Toruń 2011

Końcem 2011 roku ukazała się książka *Ogłędziny miejsca. Teoria i praktyka* autorstwa Violetty Kwiatkowskiej-Wójcikiewicz. Tematyka ogłędzin była już wielokrotnie omawiana i analizowana przez licznych autorów, jednak recenzowana pozycja stanowi próbę kompleksowego ujęcia wiedzy dotyczącej ogłędzin miejsca w procedurze karnej, jak również – o czym pisze się niezmiernie rzadko – w procedurze cywilnej i administracyjnej. W książce zawarto część badawczą, w której autorka przedstawia rezultat prowadzonych analiz akt sądowych oraz ankiet.

Za przedmiot badań aktowych wybrano przestępstwo kradzieży z włamaniem. Przeprowadzono analizę akt spraw zakończonych umorzeniem z powodu niewykrycia sprawcy zarejestrowanych w 2010 r. w Prokuraturze Okręgowej w Toruniu oraz Komendzie Miejskiej Policji. Dodatkowo autorka przeanalizowała sprawy zakończone prawomocnym wyrokiem, prowadzone w 2010 r. przez Sąd Rejonowy w Toruniu. Ponadto przedstawione zostały wyniki ankiet prowadzonych wśród sędziów karnych i prokuratorów oraz sędziów cywilnych i urzędników administracyjnych, które miały na celu przedstawić praktykę ogłędzin przyjętą w poszczególnych instytucjach.

Celem pracy było ukazanie wyników badań dotychczasowej praktyki w procedurze karnej oraz ustalenie przyczyn nieprawidłowości, powodujących błędy i wskazanie sposobów ich naprawy.

Należy zauważyć, że autorka nie ograniczyła się wyłącznie do omówienia problematyki ogłędzin w polskich procedurach, ale również przedstawiła, jak wyglądają i są regulowane prawnie ogłędziny w innych krajach. Książka składa się z siedmiu rozdziałów, w których każdy poprzedzony jest stosownym mottem, cytatem z literatury.

W pierwszym rozdziale, *Ogłędziny – zagadnienia podstawowe*, autorka przedstawia definicje ogłędzin. W tym celu przytoczono definicje słowni-

kowe, ustawowe jak też poglądy, opinie występujące w literaturze krajowej i zagranicznej oraz funkcjonujące w praktyce, biorąc przy tym pod uwagę płaszczyznę funkcjonalną, językową oraz definicyjną (związaną z istnieniem licznych definicji oględzin). W punkcie drugim rozdziału *Oględziny jako czynność procesowa* uwagę zwraca zbyt obszerne opisane pojęcia „dowodu” w różnym ujęciu i procedurach zmierzające do stwierdzenia, że oględziny są procesowymi czynnościami dowodowymi we wszystkich trzech procedurach. Rozważania te nie są tu potrzebne ani dla uargumentowania żadnej tezy, ani też nie wnoszą niczego nowego do dyskursu, ani nawet nie wykraczają poza wiedzę podręcznikową.

Dalszą część rozdziału autorka poświęca analizie badań, których przedmiotem był zakres udziału oględzin w czynnościach dowodowych prowadzonych przez prokuratorów oraz sądy w procesie karnym, cywilnym i administracyjnym.

W omawianym rozdziale opisano rodzaje oględzin, najwięcej uwagi poświęcając oględzinom miejsca.

Kolejny rozdział nosi tytuł *Oględziny miejsca a wybrane zasady procesowe*. Autorka omawia tutaj oględziny jako niezbędny element służący realizacji zasad procesowych we wszystkich trzech procedurach, zwracając szczególną uwagę na oględziny jako element niezbędny do realizacji zasady prawdy obiektywnej.

Po przedstawieniu podstawowych kwestii z zakresu oględzin miejsca, czytelnik ma możliwość w rozdziale trzecim zapoznać się z teorią oraz praktyką oględzin w polskim procesie karnym. Jest to rozdział poświęcony m.in. teorii oględzin (omówienie poglądów różnych autorów), wskazaniu regulacji prawnych ujętych w kodeksie oraz procedurach postępowania policji podczas organizowania i przeprowadzania oględzin miejsca przestępstwa. Autorka wspomina tu również opracowaną przez amerykańską grupę naukowców analizę oględzin miejsca. Jednak nie do końca jest zrozumiałe, czemu miało to służyć, zważywszy na fakt, że wspomniana analiza została opisana dość szczegółowo; tu czytelnik dowiaduje się o jej konstrukcji, jednak brak podsumowania, wyciągnięcia wniosków, aby mógł się dowiedzieć, co autorka chciała osiągnąć omawiając ten wątek w regulacjach prawnych polskiego procesu karnego.

Dalszą część rozdziału poświęcono wskazaniu podmiotów realizujących oględziny miejsca (szczegółowe omówienie ich zadań, zakresu odpowiedzialności i sposobu postępowania). Autorka przytacza również ciekawe wyniki badań Amerykanki J.T. Fish przeprowadzone wśród osób wykonujących oględziny i ich szkoleniowców. Wniosek jaki wypływa z tych badań, jak cel-

nie spostrzegła autorka sprowadza się do stwierdzenia, że istnieje „rozziew” pomiędzy teorią, którą wpaja się w trakcie nauki, a policyjną „złą” praktyką, co daje się zauważać również w polskiej rzeczywistości procesowej.

W książce w miarę dokładnie omówiono, poparte przykładami poszczególne fazy oględzin miejsca.

Autorka zwróciła również uwagę na oględziny miejsca na etapie postępowania jurysdykcyjnego, badając opinie sędziów karnych i dla porównania opinie prokuratorów. Celem badań była praktyka oględzin w sądach karnych i prokuraturze. Badania prowadzono za pomocą ankiet. Materiał badawczy pochodził od sędziów orzekających I i II instancji w sądach karnych o różnym stażu pracy, w różnym wieku, z całej Polski – łącznie 224 osoby.

Drugą grupę badawczą stanowili prokuratorzy pracujący w sądach rejonowych i okręgowych całej Polski, w różnym wieku i o różnym stażu pracy, łącznie 240 prokuratorów. Wątpliwości budzi przypadkowy sposób doboru grupy badanej, co jest sprzeczne z przyjętą metodologią badań w naukach społecznych. Wartość tak przeprowadzonych badań jest znikoma, nie wiadomo bowiem, czy opisane poglądy są reprezentowane przez wszystkich sędziów i prokuratorów czy tylko przez badanych, wobec czego nie wiadomo, czy możemy uznać opisywaną rzeczywistość za prawdziwą.

Badania przeprowadzone zostały za pomocą ankiet składających się z serii pytań, które miały określić cele i różnice oględzin miejsca na etapie postępowania przygotowawczego a sądowego. Wnioski autorki z przeprowadzonych badań wskazują, że niezależnie od etapu, w jakim realizowane są oględziny oraz mimo tej samej regulacji prawnej, na etapie postępowania przygotowawczego oględziny są czynnością wykrywczą, w postępowaniu jurysdykcyjnym – weryfikacyjną i poznawczą, natomiast na etapie sądowym są ograniczone, gdyż nie występuje w nim faza dynamiczna. Nie do końca zrozumiałe jest określenie „ograniczenie” braku fazy dynamicznej na etapie postępowania sądowego, ze względu na jej specyfikę wydaje się bowiem zrozumiały jej brak na etapie orzekania. Zastrzeżenie budzi również kwestia, czy na podstawie tak przeprowadzonych badań, w których dają się zauważyć błędy metodologiczne, można wysunąć powyższe, a nawet jakiegokolwiek wnioski.

W dalszej części omawianego rozdziału zwrócono uwagę na funkcję identyfikacyjną oględzin miejsca, zakładając, że w epoce wysokiego zaawansowania technik kryminalistycznych wykrywanie i ujawnianie śladów powinno wzrastać i zwiększyć rolę wykrywczą i dowodową. Wątek ten został przez autorkę wsparty licznymi przykładami badań opisanych w literaturze (m.in. *Under the Microscope: Thematik Inspection Report of Scientific and Technical Support*, badania australijskiego programu Vendas czy badania Kanadyjczyka

R.V. Ericson). Wnioski badań naukowców z kraju (w tym autorki) i ze świata są podobne i nie napawają optymizmem, zmuszają natomiast do zastanowienia się nad obecną praktyką i rolą oględzin. Rozdział zamyka część poświęconą judykaturze wobec czynności oględzin miejsca.

W recenzowanej książce mamy też rozdział *Oględziny miejsca w wybranych procedurach karnych innych państw*. Czytelnik znajdzie tutaj regulacje kodeksowe na temat oględzin w takich krajach jak np. Francja, Niemcy, Bułgaria, Serbia czy Estonia. Biorąc pod uwagę podobieństwa występujące w niektórych z omawianych systemach prawnych, można było ująć tę kwestię w sposób kompleksowy i wyszczególnić tylko te systemy, które coś wyróżnia. Autorka przedstawiła te kwestie jako prezentacje i powstał rozdział przedstawiający wyłączenie przegląd przepisów dotyczących oględzin w innych krajach.

Następną część książki autorka poświęca przedstawieniu kwestii dotyczącej teorii oraz praktyki w polskim postępowaniu cywilnym. Wstęp zawiera teoretyczne aspekty oględzin z uwzględnieniem podstawy prawnej, dalej przechodzi do omówienia praktyki oględzin w postępowaniu cywilnym. Zarówno wyniki badań akt sądowych, jak i przeprowadzonych ankiet pozwalają wysunąć autorce wniosek, że oględziny miejsca wykonywane są niezmiernie rzadko i służą głównie „naocznym ustaleniom faktycznym” oraz weryfikacji zebranego materiału dowodowego. Rozdział kończą fazy oględzin miejsca, w których wyróżniono fazę czynności wstępnych, oględzin szczegółowych i fazę końcową.

Podczas lektury kolejnego rozdziału poznajemy teorię i praktykę miejsca oględzin w polskim procesie administracyjnym. Podobnie jak w przypadku procedury cywilnej, autorka i w tym przypadku przeprowadziła badania w zakresie poszczególnych czynności dowodowych z wyszczególnieniem oględzin miejsca. Jak wiadomo nie jest możliwe porównywanie sposobu realizacji oględzin w postępowaniu administracyjnym z pozostałymi postępowaniami zważywszy na ich odmienny cel, oględziny w administracji służą ustaleniu konkretnych faktów, ustalonych na podstawie obserwacji.

Ważnym elementem książki jest rozdział poświęcony dokumentacji oględzin miejsca. Biorąc pod uwagę niepowtarzalność czynności oględzin, należy mieć na względzie prawidłowe wykonanie poszczególnych czynności.

W rozdziale zwrócono drobiazgową uwagę na kwestie dotyczące właściwego sporządzenia protokołu oględzin miejsca. Autorka przedstawiła problemy i uchybienia w trakcie sporządzania protokołów, jakie zauważyła podczas badania i analizy akt spraw sądowych. Dalsza część rozdziału dotyczy jakże ważnego elementu, mającego wpływ na prawidłowość oględzin – dokumentacji technicznej za pomocą szkiców, rysunków, fotografii oraz filmu.

W ostatnim rozdziale omawianej książki autorka porównała oględziny miejsca z innymi czynnościami procesowymi i kryminalistycznymi. Porównanie to miało na celu wyjaśnienie i przedstawienie różnic z uwagi na wielość czynności procesowych i nieprocesowych, jakie można wykonać na miejscu zdarzenia, gdyż często prowadzi to do różnorodnych interpretacji poszczególnych czynności, a te do pomyłek i błędów.

W zakończeniu autorka zwraca uwagę na konieczność zmian idących w kierunku właściwego szkolenia osób przeprowadzających oględziny, przestrzegania procedur i wytycznych a przede wszystkim wyciągania wniosków z popełnianych błędów. Obecna sytuacja w znaczącej mierze wygląda tak jak w cytowanym przez autorkę fragmencie opisu wyników badań empirycznych H.J. Schnidera „skuteczne dochodzenie nie rozpoczyna się zwykle od zebrania śladów, lecz przeważnie od zatrzymania przypuszczalnego podejrzanego, który umożliwił poprzez swoje informacje zebranie śladów o nim i o czynie, co będzie stanowić podstawę oskarżenia”.

Recenzowana pozycja w całości poświęcona oględzinom miejsca jest bardzo wnikliwa. Autorka bez wątpienia zadała sobie wiele trudu analizując literaturę przedmiotu, akta spraw sądowych oraz przeprowadzeniu autorskich badań, które jednak okazały się nie do końca poprawne metodologicznie. Daje się również zauważyć, że w książce znajdują się liczne informacje typowo podręcznikowe, które mogłyby być przekazane bardziej skrótowo z odesłaniem do literatury (np. pojęcie dowodu). Zwraca również uwagę brak podsumowania poszczególnych rozdziałów, rozwiązanie to ułatwiłoby usystematyzowanie omawianych kwestii oraz spoiłoby rozdział w całość, tak jak zostało to zrobione w rozdziale czwartym. W bibliografii autorka powołuje się na wiele pozycji literatury naukowej z zakresu omawianej problematyki. Niestety nie uwzględnia ona licznych publikacji na temat oględzin, jakie ukazały się na świecie w ostatnich latach, m.in. np. *Scientific Protocols for Fire Investigation* J.J. Lentini (LLC, Big Pine Key 2006), *Scientific Protocols for Forensic Examination of Clothing* J.M. Taupin, Ch.Cwiklik (CRC Press Taylor&Francis Group LLC, 2011), *Footwear Impression Evidence* W.J. Bodziak (CRC Pr I Llc, 2011), *Tire Tread and Tire Track Evidence* W.J. Bodziak (CRC Pr I Llc, 2008), o których, warto byłoby co najmniej wspomnieć.

Ku pamięci. O jubileuszu Pana Profesora Apoloniusza Kosteckiego

Tegoroczna sesja plenarna XII Międzynarodowej Konferencji Naukowej „Państwo – gospodarka – społeczeństwo” tradycyjnie organizowanej w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego w czerwcu miała charakter wyjątkowy, a to z racji obchodów jubileuszu 60-lecia pracy naukowo-dydaktycznej prof. zw. dr hab. Apoloniusza Kosteckiego. W wydarzeniu tym udział wzięli reprezentanci katedr prawa finansowego z całej Polski; dostojnemu Jubilatowi, wraz z władzami Krakowskiej Akademii życzenia składali profesorowie: Jan Głuchowski, Cezary Kosikowski, Hanna Litwińczuk, Andrzej Gomułowicz, Jerzy Małecki, Ryszard Mastalski, Zbigniew Ofiarski, Eugeniusz Ruśkowski, Irena Czaja-Hliniak.

Sylwetkę Jubilata wszechstronnie oddał profesor Jan Głuchowski, który w *Laudacji dedykowanej Panu Profesorowi Apoloniuszowi Kosteckiemu*, powiedział między innymi:

Pan Profesor urodził się 11 marca 1923 roku w Warszawie w rodzinie inteligentnej, wywodzącej się z Krakowa, ale do wybuchu wojny mieszkał w Poznaniu. Tam kończył liceum ogólnokształcące im. Jana Kantego. W tym wczesnym okresie związany był silnie z harcerstwem. Okres wojny spędził w podkieleckiej wsi, której mieszkańców do dziś wspomina z sentymentem. W ruchu oporu nosił pseudonim „Nauczyciel”, co zapewne miało związek z tajnym nauczaniem miejscowej młodzieży. [...] We Wrocławiu, do którego się przeniósł w 1946 roku, rozpoczął studia ekonomiczne w ówczesnej Wyższej Szkole Handlowej, w ramach których uczęszczał na seminaria dwóch znakomitych profesorów prawa, wywodzących się ze Lwowa. Pierwszym był Lestaw Adam, którego wielu z nas pamięta jako człowieka błyskotliwego i życzliwego wobec młodych adeptów nauki. [...] Drugi to Tadeusz Bigo, specjalista z dziedziny prawa administracyjnego i współtwórca wrocławskiej szkoły prawa administracyjnego. Ci właśnie znakomici mistrzowie zachęcili ówczesnego studenta, Apoloniusza Kosteckiego, do podjęcia studiów praw-

nicznych, co też uczynił, zdając w 1948 roku egzamin wstępny na Wydział Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Dyplom jurysty uzyskał w 1952 roku. Natomiast jego przygoda z dydaktyką akademicką rozpoczęła się przed pół wiekiem – w 1951 roku rozpoczął pracę asystencką w Katedrze Ekonomii Politycznej Wydziałów Politechnicznych Akademii Górniczej w Krakowie. Równocześnie jako adiunkt prowadził wykłady na Wydziale Rolnym i Leśnym Uniwersytetu Jagiellońskiego, oraz na Wydziale Lekarskim Akademii Medycznej. Jest więc Jubilat zapewne jedynym spośród nas, reprezentujących prawo finansowe, który miał wkład w kształtowanie absolwentów kierunków rolniczych i medycznych.

Przekazywana przez Niego wiedza nawiązywała do klasycznych kanonów nauki ekonomii oraz wykładów nauczyciela z okresu studiów ekonomicznych, profesora Wincentego Stysia. Nie mogło to zyskać aprobaty ówczesnych czynników politycznych i spowodowało – bardzo szczęśliwie z perspektywy lat – przeniesienie do Katedry Prawa Finansowego Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego, którą kierował Profesor Karol Ostrowski, pozostający w naszej wdzięcznej pamięci po dzień dzisiejszy.

Z końcem roku akademickiego 2001/2002 Pan Profesor zakończył pracę na Uniwersytecie Jagiellońskim. Nie przerwał jednak działalności akademickiej. [...] Od 1 kwietnia 2003 roku Profesor podjął pracę w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego w Krakowie (wówczas Krakowskiej Szkole Wyższej), na Wydziale Prawa i Administracji, gdzie pełni funkcję Kierownika Katedry Prawa Finansowego. Reprezentuje Krakowską Akademię na licznych konferencjach międzynarodowych, kieruje rozwojem młodej kadry naukowej oraz jest promotorem licznych prac magisterskich i dyplomowych. Prowadzi wykłady, m in. z międzynarodowego prawa podatkowego, europejskiego prawa finansowego i postępowania podatkowego, ciesząc się dużym zainteresowaniem studentów. Kontynuuje także pracę badawczą, co znajduje wyraz w licznych opracowaniach naukowych.

Twórczość naukową Pana Profesora Apoloniusza Kosteckiego charakteryzuje wielostronność tematyki badawczej, jej interdyscyplinarne powiązania oraz charakter porównawczy. Ten ostatni element siłą rzeczy zadecydował o bardzo intensywnym nawiązywaniu do prawa międzynarodowego. W dorobku Jubilata można wyróżnić – poza początkowym okresem zainteresowań prawno-finansowymi aspektami gospodarki rolnej – zainteresowanie: prawem budżetowym, prawem podatkowym i międzynarodowym prawem finansowym i podatkowym.

Mówiąc o dorobku naukowym Szanownego Jubilata należy w sposób szczególny zaakcentować jego współredaktorstwo – obok profesora Mariana We-

rańskiego z Uniwersytetu Warszawskiego – w wydaniu pięciotomowego systemu instytucji prawno-finansowych, pierwszej tego typu publikacji polskiej. Obaj współredaktorzy wykazali ogromny talent i włożyli bardzo wiele wysiłku w integrację środowiska naszej dyscypliny i doprowadzili do wydania tego dzieła pod auspicjami Polskiej Akademii Nauk. Było to dzieło unikalne na tle innych dyscyplin prawniczych. Dopiero później ukazały się tego typu opracowania innych działów prawa.

Opis dorobku naukowego Pana Profesora jest nietatwy ze względu na jego wartość i wspomnianą różnokierunkowość. Nie można jednak pominąć faktu, że obok 79 publikacji w wydawnictwach zwartych aż 28 to prace w językach obcych. Pierwszą z nich opublikowano już w 1964 roku w cieszącym się po dziś dzień światową renomą wydawnictwie IBFD Bulletin for International Fiscal Documentation.

Jubilat jest profesorem międzynarodowego formatu, przywiązującym niezmiennie uwagę do kontaktów zagranicznych. Temu celowi służyły Jego wykłady w ramach dłuższych pobytów za granicą w charakterze visiting professora lub w czasie wielokrotnych wizyt w ramach wymiany bezpośredniej, a także referaty wygłaszane na międzynarodowych konferencjach, których był często organizatorem lub współorganizatorem. Przez szereg lat był stałym współpracownikiem International Bureau of Fiscal Documentation w Amsterdamie. Na uwagę zasługuje również jego wkład pracy w organizowanie z ramienia Polski kolejnych Międzynarodowych Sympozjów Nauki Prawa Finansowego w różnych państwach oraz inicjowanie wymiany młodych pracowników naukowych oraz studentów pomiędzy różnymi uniwersytetami. Obok rozległej działalności dydaktycznej – wypromowania około 1000 dyplomantów – Pan Profesor poświęcał swój czas na promowanie kadry naukowej; promując dziewięciu doktorów.

Pan Profesor nie szczędził swojego trudu w służbie Uniwersytetowi Jagiellońskiemu pełniąc rozliczne funkcje o charakterze organizacyjnym na szczeblu wydziałowym i uczelnianym [...] współdziałając z Panem Profesorem Patkaniowskim w stworzeniu ikonografii dziekanów Wydziału Prawa, a także kierując pracami związanymi z likwidacją zniszczeń akt Wydziału Prawa spowodowanych pożarem.

Uczestniczył od roku 1963 w pracach badawczych Instytutu Nauk Prawnych PAN, a także publikował w ramach opracowań Instytutu. Od roku 1969 jest członkiem Komisji Nauk Prawnych PAN w Krakowie.

Pan Profesor pełnił też funkcję w centralnych i lokalnych gremiach doradczych. Był członkiem Rady Naukowej przy Ministrze Finansów, ekspertem do spraw podatkowych Sejmu, Senatu, członkiem Rady Legislacyjnej oraz

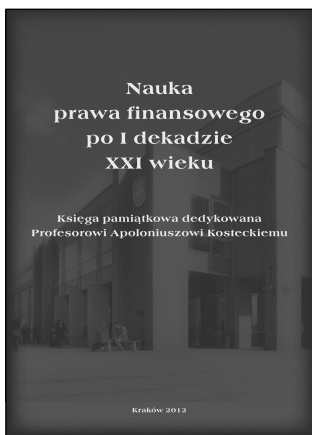
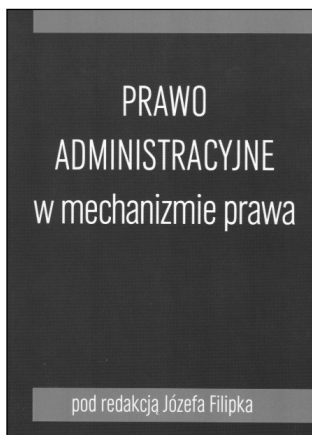
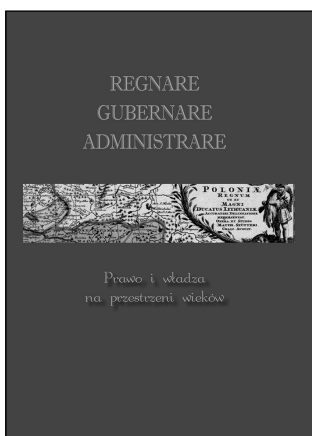
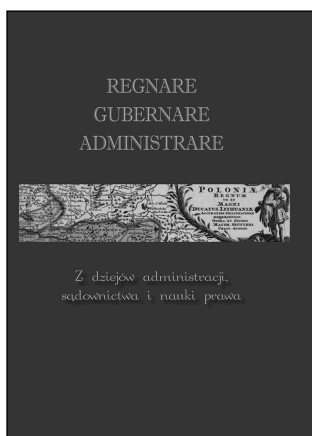
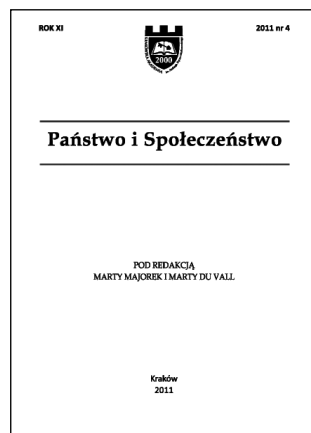
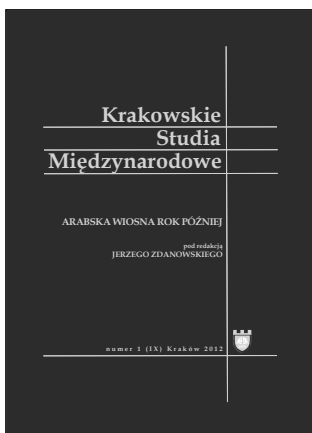
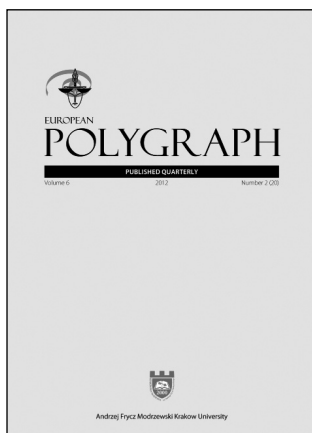
członkiem Komisji Finansów i Budżetu Prezydium Wojewódzkiej Rady Narodowej w Krakowie.

Za swą pracę naukową i dydaktyczno-wychowawczą Profesor Apoloniusz Kostecki był wielokrotnie nagradzany nagrodami Rektora Uniwersytetu Jagiellońskiego, Ministra Edukacji Narodowej; odznaczony został Złotym Krzyżem Zasługi (1975) oraz Krzyżem Kawalerskim Orderu Odrodzenia Polski (1981).

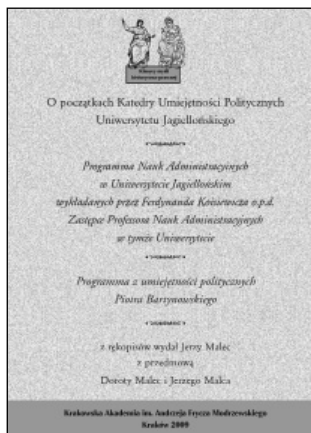
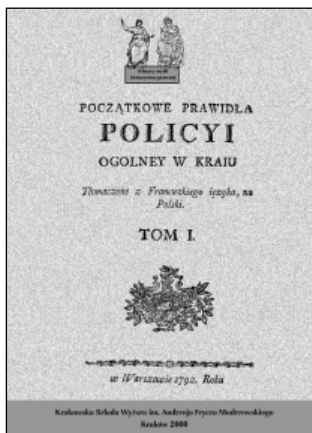
Szanowny Jubilat jest człowiekiem najwyższej próby: życzliwym dla otoczenia, chętnym do pomocy, otwartym dla studentów i kolegów. Rozmowa z Nim wzbogaca każdego interlokutora. Cechuje go wyjątkowa szarmancja i kultura osobista.

DROGI I KOCHANY POLKU: AD MULTOS ANNOS!

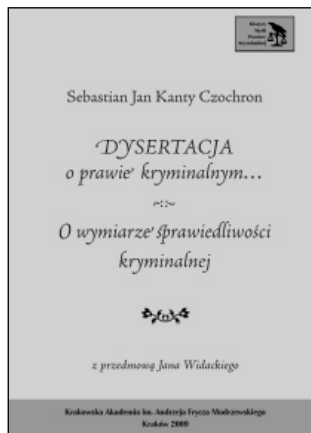
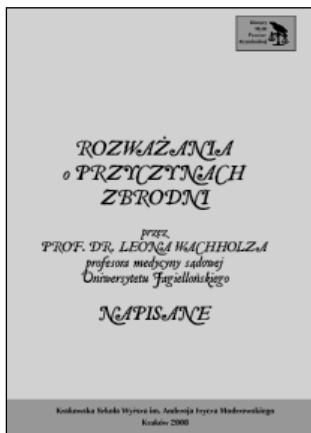
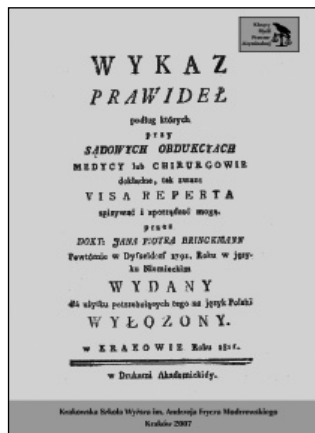
Opr. H. B-J.



Seria „Klasyki myśli historyczno-prawnej”



Seria „Klasyki myśli prawnokryminalnej”



Księgarnia u Frycza

Kampus Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

ul. Gustawa Herlinga-Grudzińskiego 1, 30-705 Kraków

tel./faks: (12) 252 45 93; e-mail: ksiegarnia@kte.pl