

STUDIA prawnicze

PÓŁROCZNIK

2012 NR 2 (11)

ROZPRAWY I MATERIAŁY

STUDIES IN LAW: RESEARCH PAPERS

2012 NO. 2 (11)

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-Frankiowski]

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

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

ISSN: 1689-8052

korekta: Margerita Krasnowolska

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 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

projekt graficzny: Joanna Sroka

skład i łamanie:
Margerita Krasnowolska

druk i oprawa:
Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne sp. z o.o.

Spis treści

Artykuły i studia

- Hieronim Kubiak (prof. zw. dr hab, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego)
Demokracja i indywidualna wola 9
- Tadeusz Biernat (dr hab., profesor Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego)
Soft law a proces tworzenia prawa w Unii Europejskiej. Wpływ soft law na konstrukcję i treść uzasadnień aktów normatywnych 27
- Filip Zamuliński (doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego)
Prawne aspekty zatrzymania cudzoziemca z zaburzeniami psychicznymi w szpitalu psychiatrycznym na tle ustawy o ochronie zdrowia psychicznego oraz kodeksu postępowania cywilnego 39

- Rafał Noworyta (doktorant, Uniwersytet Jagielloński)
Problematyka odpowiedzialności za przestępstwo z art. 217 kodeksu karnego w świetle art. 96¹ kodeksu rodzinnego i opiekuńczego 49
- Renata Pawlik (dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego)
Urządzenie niedozwolone jako jedno ze znamion przestępstwa shringu 57
- Kamila Irlik (aplikantka adwokacka)
Kilka uwag o ustawowej definicji pokrzywdzonego na tle art. 233 kk – zagadnienia materialnoprawne i karnoprocesowe 75

- Krzysztof Radwaniak (doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego)
Białe wywiad w policji – narzędzie rozpoznawania zagrożeń terrorystycznych 85

Marcin Gołaszewski (doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego) <i>Psychologiczne podstawy efektywności badań poligraficznych</i> – <i>nowe podejście w XXI w.</i>	101
Recenzje, sprawozdania, varia	
Krzysztof Gajek:	
Piotr Machnikowski, <i>Prawne instrumenty ochrony zaufania przy zawieraniu umowy</i> , Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010,	113
Mateusz Kolaszyński:	
Dobrosława Szumiło-Kulczycka, <i>Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego</i> , LexisNexis, Warszawa 2012	125
Piotr Sztompka:	
Laudacja z okazji przyznania Hieronimowi Kubiakowi nagrody Kowadła krakowskiej Kuźnicy	131
Lista recenzentów	137

Contents

Studies and articles

Hieronim Kubiak (professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University) <i>Demokracja i indywidualna wola</i>	9
Tadeusz Biernat (associate professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University) <i>Soft law vs. the premises of legislation in the European Union. Influence of soft law on the construction and content of justification of normative acts</i>	27
Filip Zamuliński (postgraduate student, doctoral degree, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University) <i>Legal aspects of the detention of a foreigner with a mental disorder in a psychiatric hospital against the law on mental health and the Code of Civil Procedure</i>	39

Rafał Noworyta (postgraduate student, doctoral degree, Jagiellonian University) <i>Responsibility for crimes against article 217 of the Criminal Code in the light of article 96' of the Family and Guardianship Code</i>	49

- Renata Pawlik (doctor, assistant professor, Andrzej Frycz Modrzewski
Krakow University)
Illicit device as one of the attributes of the crime of sharing 57
- Kamila Irlik (assistant legal advisor)
*Selected remarks on the legal definition of the aggrieved in article 233 of the
Criminal Code: material-legal and criminal procedure aspects*..... 75

- Krzysztof Radwaniak (postgraduate student, doctoral degree, Andrzej Frycz
Modrzewski Krakow University)
Open-source intelligence in the Police: a tool for investigating terrorist threats .. 85
- Marcin Gołaszewski (postgraduate student, doctoral degree, Andrzej Frycz
Modrzewski Krakow University)
*Psychological grounds for effectiveness of polygraph testing: new approach
in the 21st century* 101

Book reviews, Reports, Varia

Krzysztof Gajek:

Piotr Machnikowski, *Prawne instrumenty ochrony zaufania przy zawieraniu
umowy*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010 113

Mateusz Kolaszyński:

Dobrosława Szumiło-Kulczycka,
Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego,
LexisNexis, Warszawa 2012 125

Piotr Sztompka:

Laudatory address on presenting Hieronim Kubiak
with the Kowadło (Anvil) Prize from Kraków Kuźnica Association 131

List of Reviewers 137

ARTYKUŁY
i studia

Hieronim Kubiak

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Demokracja i indywidualna wola¹

Demokracja nie jest ani czarna, ani biała czy też czerwona.
Stanowi natomiast emporium pasji i interesów,
mieszanię gwałtu z cnotą, świętości z niegodziwością.
Jej wartość i smak jest szczególnie silnie rozpoznawalny dopiero wtedy,
gdy przegrywa pod naporem idei fundamentalistycznych.
To może być najważniejsze przesłanie XX wieku.
Adam Michnik, *Szare jest piękne*, „Gazeta Wyborcza”, 4–5 stycznia 1997 r.

Wprowadzenie

Rozważania przedstawione w tym eseju przyjmują za oczywiste cztery następujące prawdy:

- Natura ludzka i demokracja stanowią zakumulowany efekt działań ludzkich, choć te działania nigdy nie są wolne od strukturalnych uwarunkowań odziedziczonych z przeszłości. Jednak to tylko ludzie „wzmocniają lub modyfikują to dziedzictwo dla swych następców w przyszłości” (Sztompka 1991: 271). Przeto wyłącznie *homo creator* oraz *homo sociologicus* czynią ich społeczeństwo – obywatelskim (niepaństwowym obszarem aktywności społecznej), politycznym (sferą przedstawicielską aktywności społecznej), państwowym (sferą administracyjną wymuszającą aktywność) oraz publicznym (istniejącym przez powszechnie dostępny obieg informacji; Kennedy 1992: 301–302). I to są właśnie ci, którzy czynią historię.

¹ Rozszerzona wersja tekstu przygotowanego na zamówienie UNESCO i Unii Międzyparlamentarnej, opublikowanego w książce *La Democratie: Principes et Realisation*, red. C. Bas-siouni, Union Interparlementaire, Geneve 1998, s. 57–66. Został on również opublikowany przez to samo wydawnictwo w języku angielskim, hiszpańskim i portugalskim.

- Wzrastająca podmiotowość jednostek stanowi jeden z najważniejszych czynników generujących postęp ludzkości. Podmiotowość daje bowiem ludziom szansę dokonywania wyboru, zgodnie z ich ambicjami, możliwościami i wrażliwością, a także jest składnikiem koniecznym ogółu warunków dających szansę „ucieczki z gułagu religii, rasy, regionu i narodu” (Llosa 1996: 13).
- Natura ludzka i demokracja są wobec siebie kongruentne. Jeżeli natura ludzka jest „wolna, zorientowana na cel i racjonalnie kalkulująca”, to tylko demokratyczny system może, dzięki swoim założeniom, instytucjom i procedurom, „poradzić sobie z konsekwencjami ludzkiej wolności, społecznej orientacji i jednocześnie konfliktowości” (Baechler 1995: 65).
- Uczestnictwo (bezpośrednie lub przez swobodnie wybranych przedstawicieli), wolnych i równych obywateli *politei*, uznanie reguł gry oraz zaufanie do umowy społecznej to zasadnicze czynniki demokracji. Ale uczestnictwo, podobnie jak i inne postacie działań ludzkich, jest zawsze kontekstualne. Ów kontekst tworzy się w sposób ciągły pod wpływem osobowości podmiotów (indywidualnych i zbiorowych) życia publicznego, ich postawy, opinii, wartości i interesów. Powstaje w wyniku dramatycznych konfrontacji pomiędzy potrzebami, pragnieniami i środkami koniecznymi do ich zaspokojenia. Warunkują go więzi społeczne. Wreszcie, nie bez wpływu na treść i siłę oddziaływania kontekstu, w którym osadzone są zachowania ludzkie, pozostają również ich wyuczone (pod wpływem pierwotnej i wtórnej socjalizacji) kompetencje i niekompetencje.

Differentia specifica demokracji

We wszystkich racjonalnych analizach demokracji trzeba pamiętać, że jest to jedyny polityczny system, który ma, z samej natury wolnych i uczciwych wyborów, wmontowany wewnętrzny mechanizm korekcyjny. Dzięki niemu, spośród wszystkich systemów politycznych, tylko demokracja posiada umiejętność zakwestionowania samej siebie oraz bez uciekania się do nagiej siły – naprawy własnych ułomności. Niestety, pod naporem długotrwałych (a tym bardziej nasilających się) ostrych podziałów – w szczególności etnicznych, religijnych i społeczno-ekonomicznych – może on nawet doprowadzić do samounicestwienia. Dlaczego? Dlatego, że demokracja nie wynika z żadnych „żelaznych praw rządzących ludzkimi dziejami”, ani, tym bardziej, nie jest ich ostatnim słowem. Nie istnieje też tylko na zasadzie zwykłej inercji. Demokracja nie tylko powstawała w wielu społecznościach w różnych formach i różnym czasie historycznym, lecz również zanikała na długo z bardzo wielu

powodów. Dzieje się tak bowiem żywotność demokracji, zwłaszcza w jej poliarchicznej formie (Dahl 1995: 325–336), zależy od codziennego plebiscytu, angażującego miliony jednostek i społeczności ludzkich. Szczytowym momentem tego plebiscytu staje się głosowanie. I to jego wyniki występują współcześnie w roli starożytnego Platonowskiego demiurga, czyli – jak to przetłumaczył Władysław Kopaliński wspierając się dialogiem *Timaios* – „twórcy, budowniczego świata, formującego go z bezkształtnej pramaterii”. Ale *demiourgos*, w dosłownym greckim rozumieniu tego słowa to także ktoś pracujący dla ludu, a w niektórych greckich miastach-państwach po prostu wysoki urzędnik, kierujący się zasadami dobra wspólnego (Kopaliński 1985: 202).

Nie ma powodu, aby podać w wątpliwość przekonanie Karla Rajmunda Poppera, że demokratyczne instytucje powinny być zbudowane tak, aby nawet niekompetentni politycy (a tym bardziej działający w złej woli) nie byli w stanie ich zniszczyć. Oczywiście takie instytucje powinny być budowane, choć zapewne i w tym przypadku nie małą rolę odgrywa kontekst, w ramach którego politycy są wybierani i spełniają swe role.

Demokracja w czasach współczesnych stała się w wielu przypadkach autonomiczną wartością i zarazem ważnym składnikiem szeregu ideologii, a także rację istnienia instytucji stanowiących prawo, władz wykonawczych i sądowniczych. Niemniej o tym, czy do władzy dojdą kompetentni politycy czy też przeciwnie – niekompetentni, decyduje wyborca. To on legitymizuje – lub nie – całe polityczne systemy. Zatem to ludzie są podmiotem demokracji i ich kultura polityczna w ostatecznym rachunku decyduje o wszystkim, a nie tylko abstrakcyjnie pojęte, nawet bardzo piękne, idee, normy i instytucje. Czynniki determinujące zachowanie wyborców są ulokowane nie w ideach, procedurach czy instytucjach, lecz w ludzkich umysłach i ich egzystencjalnych doświadczeniach. Jeżeli więc przyszłość demokracji zależy od woli wyborców, to właśnie ta wola i jej przesłanki, a nie tylko normatywne i instytucjonalne rozstrzygnięcia winna znaleźć się w centrum uwagi nauk humanistycznych i ruchów społecznych, szczególnie tych, które pragną bronić demokracji. A ta obrona, jeśli nie akceptuje się pewnych zachowań dużych zbiorowości społecznych, musi, zgodnie ze starą metaforą, rozpocząć się od usunięcia przyczyn tychże zachowań.

Twierdzenie, że demokracja, jeśli chce trwać, musi zachować zdolność skutecznej autokorekty, choć wydaje się oczywiste, czy nawet trywialne, oznacza jednak w praktyce, że zdecydowana większość obywateli musi chcieć uczestniczyć w demokratycznym systemie politycznym, a to w praktyce znaczy obdarzenie zaufaniem jego zasad i stosowanie się do jego norm nie tylko od święta, ale codziennie.

Demokracja może zachować swą zdolność do ciągłej autokorekty tylko wtedy, gdy ludzie posiadający prawa polityczne będą chcieli żyć w jej ramach i zgodnie z jej normami, ufając tworzącym ją instytucjom i jednostkom wybranym do pełnienia ról publicznych. Ale tę wolę generuje nie tyle formalne prawo do – jak powiada XIX-wieczna metafora – „jedzenia na złotych talerzach”, lecz przede wszystkim realne możliwości korzystania z szans, jakie z sobą niesie współczesność. To z kolei znaczy, że polityczna wolność, prawa społeczne i socjalne w nowoczesnych demokracjach są nierozzerwalne i gwarantowane, podobnie jak prawo (bierne i czynne) do udziału w wyborach równych i uczciwych, przez prawo konstytucyjne.

Demokracja jako arena konfliktów społecznych

Nadzieja na poprawę własnej egzystencji, która z reguły tworzy podatny grunt dla dążeń do politycznej wolności, często ulega wzmocnieniu już po osiągnięciu części politycznych celów. Znajduje to wyraz m.in. w odłożeniu „na później” żądań ekonomicznych. Ale stan taki nie trwa długo. Wolność polityczna nie zastępuje bowiem dokuczliwego braku dóbr egzystencjalnych. Przeciwnie, sama w sobie staje się ważnym środkiem protestu przeciwko deprywacji. Najnowsza historia Europy Środkowo-Wschodniej w pełni potwierdza ten stan rzeczy. Transformacja systemowa tej części europejskiego kontynentu miała przynieść z sobą demokrację polityczną i gospodarkę rynkową. Wkrótce jednak okazało się, że demokratyzacja jest, przynajmniej z formalno-normatywnego punktu widzenia, procesem znacznie łatwiejszym i szybszym niż przekształcenie „planowanej” gospodarki państwowej w gospodarkę wolnorynkową, podporządkowaną także potrzebom grup społecznych utrzymujących się przede wszystkim ze sprzedaży pracy niskokwalifikowanej.

Pierwszy proces, jeśli nie liczyć byłych partyjnych elit, praktycznie nie wytworzył przegranych. Inaczej jednak było z efektami drugiego procesu. Transformacja ekonomiczna rozpoczęła się w warunkach głębokiego kryzysu gospodarczego i w pierwszej fazie doprowadziła do istotnego obniżenia się wskaźników GNP *per capita*, nasilenia bezrobocia i dramatycznego wzrostu poziomu społecznych nierówności. W tej sytuacji gwałtownie rosło poczucie społecznej i socjalnej niepewności. Istotna – społecznie i statystycznie – część społeczeństwa wstrzymała oddech. Efekt polityczny tego procesu przełożył się natychmiast na wyniki wyborów parlamentarnych. W latach 1992–1993 statystycznie istotne kategorie społeczno-zawodowe odrzuciła znaczącą część nowej, mówiąc najogólniej, solidarnościowej elity.

Lata następne, nie tylko w Polsce, lecz także w Czechach i na Węgrzech charakteryzowały dwa sprzeczne procesy. Z jednej strony, w każdym z tych krajów powstały wszystkie instytucje, które według Roberta Dahla, stanowią *conditio sine qua non* poliarchicznej politei (Dahl 1995: 310–312). Trzy części składowe demokratycznego rządu (legislatura, egzekutywa i judykatura) zostały rozdzielone. Legislatura, wyłoniona w wolnych i uczciwych wyborach, otrzymała uprawnienia konieczne do kontroli wszystkich poziomów państwowej administracji. Wybory stały się powszechne, bezpośrednie, równe, proporcjonalne i tajne. Praktycznie wszyscy pełnoletni obywatele, niezależnie od płci, religii, rasy narodowości etc. mogą wybierać i być wybrani w trakcie uczciwych okresowych wyborów. Wolność opinii, przekazywanie i dostęp do informacji został zapewniony. Obywatele mają pełne prawo stowarzyszania się z innymi w ruchach społecznych, zrzeszeniach, partiach politycznych i związkach zawodowych. Partie polityczne kwitną, także opozycyjne i pozaparlamentarne. Wszystkie korzystają z praw określonych w międzynarodowych standardach. Parlament i rady samorządów lokalnych są wybierane zgodnie z the Declaration of Criteria for Free and Fair Elections (przyjętą przez the Inter-Parliamentary Council w Paryżu 26 marca 1994 r. Procedury stanowienia prawa są w pełni zachowywane. Prawa własności i zasady związane z wolnym rynkiem są gwarantowane przez prawo konstytucyjne. Ponadto, społeczeństwa obywatelskie wyłoniło się w z ograniczeń narzuconych przez dawny system autorytarny.

Z drugiej strony jednak nietrudno zauważyć, że nie wszystkie kategorie społeczne korzystają w tym samym stopniu ze zmian systemu ekonomicznego, zwłaszcza z możliwości stworzonych przez wolny rynek. Ponadto niektóre z nich zachowują się obojętnie wobec formalnych zasad demokracji, czy przejawów ich małej efektywności. Fundamentalizm, często zmieszany z nacjonalizmem, ponownie dochodzi do głosu. Ruchy polityczne wyrastające z tych ideologicznych przesłanek stają się coraz głośniejsze, nie tylko w okresach symbolicznych świąt narodowych, lecz także wyborów parlamentarnych.

Wszystkie wymienione czynniki tworzą podatny grunt dla nowych postaci populizmu. Demokracja ponownie jest mylona z demofilią. Z demokracji łączącej rządu ludu z korzyściami dla ludu pozostaje w najlepszym przypadku tylko ogon (korzyści ludu) bez głowy (władzy ludu) (Satori 1994: 581–584). Nowy populizm, o Janusowym obliczu (Kubiak 2011: 33–61), nie ma jeszcze jednoznacznej nazwy, ale jego komponenty są już wyraźnie widoczne. Adam Michnik (1997: 9) tak określił ów nowy populizm: „trochę w nim faszyzmu i trochę komunizmu, szczypta egalitaryzmu i szczypta klerykalizmu”. Radykalna krytyka oświeceniowego ducha miesza się w tej orientacji z językiem nienawiści, a moralny absolutyzm wypiera racjonalną refleksję nad rzeczywi-

stością i właściwymi jej związkami przyczynowo-skutkowymi. W sumie i ta krytyka i ten język wyrażają narastający niepokój tych kategorii społecznych, które nie tylko nie skorzystały na zmianach okresu transformacji, ale jeszcze dodatkowo, pod wpływem biegu wydarzeń, straciły pewność pracy i ochrony socjalnej. Stało się więc odwrotnie niż opisał to Erich Fromm siedemdziesiąt lat temu w głośnej książce *Ucieczka od wolności*. W najbardziej dramatycznym momencie procesu dziejowego te masy społeczne jeszcze nie wiedziały, że w ich przypadku za uzyskiwaną wolność polityczną będą musiały zapłacić utratą bezpieczeństwa egzystencjalnego.

Syndromy i proces przekraczania ich granic

Czy ta transakcja była rzeczywiście nieuchronna? Spośród wielu odpowiedzi na pytanie, jakie przyniosły ze sobą analizy zrealizowane bezpośrednio po polskim Okrągłym Stole i upadku muru berlińskiego, trzy zasługują na szczególną uwagę. Pierwsza z nich zawarta jest w koncepcji *homo sovieticus* (Tischner 1992), druga – niekompetencji cywilizacyjnej (Sztompka 1993), a trzecia – syndromie ograniczonej suwerenności (Kubiak 1994).

Józef Tischner był zdania, że efektywność transformacji ustrojowej (politycznej i gospodarczej) zależała w dużym stopniu od ogólnych skutków procesów socjalizacyjnych (pierwotnych i wtórnych), odkładających się w latach realnego socjalizmu w warstwie osobowości społecznej obywateli krajów „realnego socjalizmu”. *Homo sovieticus* to produkt tej socjalizacji, prowadzącej do wytworzenia się osobowości skażonych mieszaniną buty i braku asertywności. Stan ten uniemożliwiał rozróżnienie między interesem prywatnym a dobrem wspólnym, co znajdowało swój wyraz m.in. w gotowości do „spalenia katedry, jeśli tylko przy tym ogniu można by było usmażyć jajecnicę”. Jednostki o takim typie osobowości zawsze czują się stroną poszkodowaną i gotowe są winić za ten stan wszystkich, tylko nie siebie, są patologicznie nieufne, pogrążone w przeżywaniu własnego nieszczęścia, niezdolne do poświęceń. *Homo sovieticus* traktuje posiadanie władzy jako substytucję nieposiadanej własności. Zatem jeśli jednostka nie może posiadać własności, powinna mieć przynajmniej władzę. Przecież w końcu „tylko wtedy, gdy masz władzę, możesz być pewny, że rzeczywiście istniejesz”. W zmienionym świecie *homo sovieticus* „zgubił swój kręgosłup i czuje się jak liść niesiony przez wiatr i oczekuje dziś od kapitalistów tego samego, czego wczoraj oczekiwał od komunistów” (Tischner 1992).

Według Piotra Sztompki, realny socjalizm nie tylko zablokował możliwość powstania warunków koniecznych do wytworzenia się współczesnej

triady złożonej ze społeczeństwa obywatelskiego, rządów prawa oraz wolnego rynku, ale z wielu powodów doprowadził do uformowania się przeciwieństwa tej triady, a mianowicie niekompetencji cywilizacyjnej. Stan ten najpełniej wyraża się w niedorozwoju czterech kultur: przedsiębiorczości (zawierającej w sobie m.in. impulsy innowacyjne, orientację na sukces, gotowość do współzawodnictwa, umiejętność racjonalnego oszacowania szans – każda z tych kultur jest nieodzowna, by móc uczestniczyć w gospodarce rynkowej), kultury obywatelskiej (koniecznej, by efektywnie uczestniczyć w demokratycznym *polis*, a składającej się z m.in. z aktywności politycznej, gotowości do uczestnictwa w zachowaniach zbiorowych, zainteresowania kwestiami publicznymi, szacunku dla rządów prawa, dyscypliny osobistej, szacunku dla oponentów, umiejętności współdziałania z większością), kultury dyskursywnej (nieodzownej, by móc uczestniczyć w swobodnym przepływie idei, być tolerancyjnym, nieuprzedzonym, akceptować różnorodność i pluralizm, a także sceptycyzm i krytycyzm), kultury codzienności (umożliwiającej egzystencję w warunkach społeczeństw zurbanizowanych, o rozwiniętych technologiach i orientacji konsumpcyjnej; schludność, czystość, porządek, punktualność, dbałość o własne ciało, umiejętność posługiwania się urządzeniami technicznymi – to najbardziej oczywiste komponenty tej kultury) (Sztompka 1993: 88–89).

Koncepcja syndromu ograniczonej suwerenności zwraca uwagę przede wszystkim na daleko sięgające konsekwencja (zarówno dla osobowości modalnej, jak i kultury politycznej w rozumieniu G. A. Almanda oraz S. Verby 1980) długotrwałego istnienia pod rządami obcej (nielegitymizowanej!) władzy państwowej, a często także w warunkach autorytarnej struktury politycznej. Składają się nań:

- ograniczona umiejętność pragmatycznej samoorganizacji, wyłaniania elit politycznych oraz parlamentarnej walki politycznej. Umiejętności tego typu nie należy mylić ze skłonnością do improwizacji, tworzenia różnorodnych struktur zastępczych w skali mikrospołecznej, z łatwością wyłaniania organizacji nieformalnych opozycyjnych wobec państwa, inklinacją do ulegania charyzmatycznym przywódcom czy posługiwaniem się ulicą jako środkiem nacisku na władzę;
- mitologizacja świadomości społecznej, kompensacyjna ucieczka w sferę symboli narodowych lub religijnych, gloryfikacja przeszłości (jako „wspañiałej” lub przynajmniej „lepszey”), przy jednoczesnym braku odporności na plotkę oraz oczekiwaniu na zmiany natychmiastowe;
- solidaryzm społeczny, budowany nie na podstawie stosunku do problemów i sposobów ich rozwiązywania, lecz przez negację nielegitymizowanej władzy i opozycję wobec państwa postrzeganego jako „obce”;

- upolitycznienie religii i instytucji religijnych traktowanych jako podstawa wspólnotowej tożsamości narodowej oraz infrastruktury opozycji;
- nowomowa, łatwość zastępowania jednego kodu propagandowego innym, z reguły równie prymitywnym;
- niestabilność prawa, naruszanie zasady *lex retro non agit* (motywowane względami „sprawiedliwości historycznej”) oraz negowanie roli prawa w ogóle (jako opóźniającego pożądane zmiany);
- skłonność do działania „na granicy prawa” lub poza prawem, tendencja do tłumaczenia własnych – indywidualnych i zbiorowych – niepowodzeń przez odwołanie się do „niesprzyjających okoliczności zewnętrznych”, presję „obcych”, spiski, wpływy agentur itp.;
- łatwe przenikanie do elit politycznych jednostek zorientowanych fundamentalistycznie, ideologów postrzegających świat z perspektywy barykad, a także jednostek dobrze się czujących w warunkach niewymagających samodzielności czy otwartej merytorycznej konkurencji;
- brak umiejętności łącznego widzenia procesów żywiołowych i planowanych, celów doraźnych i strategicznych, mylnie działań obliczonych na doraźne ograniczenie możliwości pojawienia się skutków niepożądanych z działaniami zorientowanymi na usuwanie ich przyczyn;
- brak pragmatycznych wizji średniego zasięgu oraz społecznie akceptowanych wzorów awansu: społecznego, ekonomicznego, w strukturach władzy i innych hierarchiach rodzących prestiż społeczny;
- skłonność do nieciągłego postrzegania procesu dziejowego, psychospołeczna gotowość do zaczynania wszystkiego „od początku”, uleganie myśleniu życzeniowemu;
- przekonanie, że jest się jako zbiorowość niedocenianym, niezrozumianym i nienagradzalnym przez społeczność międzynarodową proporcjonalnie do zasług;
- brak recepty na własną suwerenność, umiejętności realistycznego widzenia uzasadnionych interesów innych narodów, przy jednoczesnej gotowości występowania w roli szczególnie uprzywilejowanego klienta wobec sąsiadów – byle niebezpośrednich (Kubiak 1996; 1998: 61–62; 2002: 264–265).

Nikt, kto zna region środkowoeuropejski nie może zaprzeczyć, że „realny socjalizm” wytworzył zjawiska składające się w sumie na syndrom ograniczonej suwerenności oraz że zjawiska te mają żywot znacznie dłuższy niż system, w którym powstały. Jednak w niektórych krajach, w tym w Polsce, tradycja działania *contra legem*, wrogość wobec państwa i rządu ponieważ i państwo i rząd były „ich”, a nie „nasze”, kult opozycji, skłonność do improwizacji

i tworzenia struktur nieformalnych mają znacznie starsze podłoże. Korzenie tych zjawisk wyrastają także z rzeczywistości rozbiorowej i wiążą się z kulturą przetrwania w tamtych warunkach. Niezależnie jednak od tego, jak racjonalnie to wyjaśnienie brzmi, można mu przeciwstawić istotne kontrargumenty. Oto dwa spośród nich. Pierwszy: na przekór tworzącemu się przez 123 lata syndromowi ograniczonej suwerenności, proces odbudowy polskiej suwerennej państwowości po 1918 r. był szybki i efektywny. Drugi: w 1989 r. to przecież był Tischnerowski *homo sovieticus*, który na przekór prawie półwiecznej indoktrynizacji skutecznie sprzeciwił się „ich” władzy. Co więcej, skuteczna transformacja systemu politycznego i ekonomicznego rozpoczęła się nie od przelewu krwi, lecz unikatowych dysput pomiędzy „nami” i „nimi” przy Okrągłym Stole i kontraktu zawartego w ich wyniku. Zatem wygenerowała ją siła argumentu i wola porozumienia, a nie argument siły czy podstęp. Także utrata władzy politycznej przez obóz „Solidarności” w r. 1993 nastąpiła w wyniku wyborów parlamentarnych przeprowadzonych zgodnie z najlepszymi zasadami stabilnej demokracji, a przejście władzy przez Sojusz Lewicy Demokratycznej nie zawróciło kraju z drogi koniecznych reform. Zwerbalizowana przy Okrągłym Stole polska *raison d'état* zwieńczona została w następnej dekadzie przyjęciem Polski do Unii Europejskiej, a traktat akcesyjny 1 maja 2004 r. – po ogólnokrajowym referendum – podpisał lewicowy premier.

Nie ulega wątpliwości, że proces budowy państwa prawa, instytucji i zwyczajów nowoczesnej demokracji nie dokonuje się w ciągu przysłowiowej jednej nocy, lecz wymaga czasu. Niewolny jest przy tym od konfliktów i błędów. Bywa i tak, że koszt pewnych zmian okazuje się większy niż wygenerowane przez nie korzyści ogólnospołeczne. Niemniej, decydująca większość społeczeństwa, choć obciążona tradycjami *homo sovieticus*, skażona brakiem cywilizacyjnych kompetencji oraz syndromem ograniczonej suwerenności, podstaw demokracji uczyła się zdumiewająco szybko. Dlaczego? Bo egzystencjalne problemy, z którymi została skonfrontowana wymagały rozwiązań pilnych, a zarazem nowych. Nawet jeśli w pewnych zakresach mogły one po upływie lat okazać się mylnie jako rachuba. Jeszcze inaczej: trzeba było zdać przyśpieszony egzamin z kultury politycznej, która w wielu polskich środowiskach znajdowała się dopiero *in statu nascendi*.

Systemy polityczne przychodzą i odchodzą, to oczywiste. Ale wyparcie z historycznej sceny określonego systemu nie likwiduje automatycznie ani tych problemów, których dany system nie potrafił rozwiązać, ani tych, które sam stworzył. Wprost przeciwnie: wiedza o wielu z nich dopiero teraz z całą mocą dociera do opinii publicznej. Ponadto z faktu, że wiele krajów nie znajduje się w sytuacji Rosji z pierwszej połowy lat 90. XX w. (gdy „państwo

zbankrutowało, prezydent jest chory, rząd jest bezradny, a Duma nie posiada władzy” – Zyuganow 1996), nie wynika, że nowe demokracje nie mają ogromnych problemów. Część z nich stanowi podłoże historyczne i jest – nawet jeśli tylko w pewnym stopniu – dziedziczona po dawnym systemie (m.in. pozycja w społeczności międzynarodowej, stan bezpieczeństwa państwowego, niedorozwój ekonomiczny i stan infrastruktury kraju, niski wskaźnik PKB *per capita*, inicjalny (w porównaniu z krajami wysoko rozwiniętymi) stan kapitału ludzkiego oraz standard życia: mieszkalnictwo, zdrowotność, odżywianie. Inne wynikają z kosztów systemowej transformacji. Wydostanie się z kleszczy dawnych półkolonialnych zależności i wybicie się na suwerenność wymusza dramatyczne poszukiwanie nowej tożsamości i nowych gwarancji bezpieczeństwa międzynarodowego. Szara strefa nie wydaje się szczególnie bezpieczna.

Jeszcze inne problemy wywołuje przebudowa państwa: od państwa decydującego o wszystkim i wobec każdego do racjonalnie interweniującego w imię dobra wszystkich, w tym zbiorowości i zbiorów społecznych nieradzących sobie z nowymi wyzwaniami. Przebudowa stwarza nowe możliwości i wyzwania wobec społeczeństw obywatelskich, ale jednocześnie wyzwała wiele sił i procesów dezintegrujących. Gwałtowna prywatyzacja dotychczasowej własności państwowej na tak ogromną skalę ożywia gospodarkę, nie prowadzi jednak sama przez się do rozbudowy klasy średniej, lecz najczęściej do biegunowej polaryzacji bogactwa i nędzy. Nadzieje na poprawę przez wolny rynek warunków bytowych istotnej części społeczeństw postsocjalistycznych okazują się iluzoryczne. Powszechnie dostępne statystyki nie pozostawiają wątpliwości: dochody poszczególnych typów rodzin drastycznie różnicują się, rośnie bezrobocie, spada poczucie bezpieczeństwa socjalnego (zwłaszcza wśród młodzieży, w tym absolwentów szkół wyższych, oraz coraz liczniejszej warstwy emerytów).

Robotnicy wielkoprzemysłowi, tak ważni w latach 80. XX w. jako zbiorowy aktor chcianej zmiany politycznej, szybko znaleźli się na przegranej pozycji. Niektóre kategorie przegranych zaczęły postrzegać realną demokrację nie jako „władzę ludzi, dla ludzi i przez ludzi” (a więc zgodnie z tradycją Abrahama Lincolna), lecz jako raj dla politycznych elit – władzę elit, sprawowaną przez elity i głównie w ich interesie. Dawny podział na „my” i „oni” stał się znów widoczny. Odnowione i nowe czynniki zróżnicowania społecznego zaczęły przypominać te, które w europejskiej myśli społecznej już od XIX w. traktowano jako klasotwórcze. Choć powszechnie było wiadomo, że w czasie upaństwowionego socjalizmu za zniesienie istotnych różnic społecznych zapłacono zubożeniem całego społeczeństwa, to jednak hasło równości szans

pod wpływem nowych impulsów znów miało potężną moc mobilizującą ruchy społeczne. Wzmacniała je pamięć o pozytywnie ocenianej ruchliwości społecznej połączonej z awansem w pierwszych latach *ancien régime*'u (Wiatr 1996: 110). W końcowym okresie przebudowy systemowej w opinii publicznej doszło do głosu przekonanie, że awans zbiorowy został wyparty przez wykluczenia społeczne. Towarzyszy mu poczucie deprywacji.

Uwolnienie się od obcej przemocy i odrzucenie społecznych i politycznych utopii miało, w przekonaniu powszechnym, doprowadzić także do zaspokojenia innych potrzeb, zwłaszcza materialnych. Jednak dopiero w nowych warunkach ustrojowych zdano sobie sprawę z tego, jak wielkie są te potrzeby i jak trudno będzie je zaspokoić. Wcześniej opozycja polityczna w ogniu walki z dawnym systemem autorytarnym zdobywała społeczne wsparcie głosząc hasła nawiązujące do kanonu centralnych wartości europejskiego humanizmu. Po przejściu władzy stała się jednak więzieniem własnych haseł i wizji. Gdy potrzeby większości są zdeterminowane przez napór egzystencjalnych potrzeb, które trzeba zaspokoić *hic et nunc*, hasła, nawet te najszlachetniejsze, tracą swą mobilizującą moc. Teraz utopijne wizje muszą zastąpić racjonalny program działania, weryfikowany m.in. przez codzienne zakupy i poczucie egzystencjalnej pewności milionów rodzin. A ta, aby spełniła rolę politycznego argumentu skłaniającego do uczestnictwa w działaniach zbiorowych, wymaga nie tylko czasu, ale i wyrzeczeń.

W okresie realnego socjalizmu oczekiwano od mas cierpliwości i ofiarności w imię „szczęścia przyszłych generacji”. Teraz wyrzeczenia ma motywować nadzieja na „pomyślny przebieg transformacji systemowej”. W realnej rzeczywistości i długim okresie czasu ten typ argumentów nie przemawia już do wyobraźni większości. Teraz ważne stają się pytania o to, czy wszyscy ponoszą kosztą przebudowy proporcjonalnie do swych możliwości i korzyści odnoszonych z transformacji. Pytającym nie wystarcza już tylko formalna wolność. Jest tak, jak pisał Richard Roty: chcą, aby społeczne nierówności nie hamowały ich szans.

Ten rodzaj oczekiwań może być spełniony wyłącznie przez politykę państwa zorientowaną na zniesienie (lub przynajmniej ograniczenie) przemocy strukturalnej i, tym samym, pomnażanie kapitału ludzkiego. Wymaga ona inwestowania w człowieka, szczególnie w jego edukację, dostęp do kultury symbolicznej oraz usług zdrowotnych. Międzynarodowym wskaźnikiem rozwoju kapitału ludzkiego jest *Human Development Index* (HDI), którego wartość dla poszczególnych krajów ogłasza każdego roku United Nations Development Program w serii wydawniczej *Human Development Reports*. Wskaźnik kapitału ludzkiego informuje z jednej strony o wielkości nakładów

na jednego mieszkańca (PKB *per capita*), a drugiej – o rzeczywistej efektywności tych nakładów. Miernikami są: stopień skolaryzacji, umiejętność czytania i pisanie, liczba lat kształcenia oraz ludzi ze średnim i wyższym wykształceniem wśród ogółu mieszkańców danego kraju, a także liczba nauczycieli i lekarzy przypadających na 10 tys. mieszkańców, liczebność dzieci w klasie szkolnej, przeciętna długość życia (Kowalik 2005: 306).

Czym jest wspomniany kapitał ludzki? Sumą zasobów, jakimi dysponuje jednostka ludzka pod wpływem ciągłego inwestowania w jej szeroko pojętą wiedzę i umiejętności, inwestowania opartego o racjonalnie zbudowane prognozy, przynajmniej średnioterminowe. Dlaczego prognozy? Ponieważ „inwestycje te przynoszą korzyści dopiero po pewnym czasie, zwykle po 8–10 latach. Z tego też powodu prywatne przedsiębiorstwa [...] rzadko są nimi zainteresowane. Główny ciężar inwestycji w człowieka spaść musi na barki państwa – rzadziej organizacji społecznych” (Kowalik 2005: 305). Ponadto ciężar tych inwestycji musi być rozłożony proporcjonalnie do potrzeb, zarówno na państwo, jak i społeczeństwo obywatelskie, instytucje prywatne i organizacje pozarządowe (NGO), a także jednostki. Inspirowanie i koordynacja działań prowadzących do pomnażania kapitału ludzkiego to dziś istota modelu polityki społecznej propagowanej przez Unię Europejską. Nie pozostawia w tej kwestii żadnych wątpliwości m.in. zrewidowana Europejska Karta Społeczna (zwłaszcza część I tej Karty, w wydaniu polskim s. 5–10).

Poczucie niesprawiedliwości i doznanych krzywd skłania jednak nie tylko do racjonalnych żądań i działań zmierzających do przebudowy systemów społeczno-politycznych, a także ekonomicznych, lecz również tworzy klimat sprzyjający demagogii i populizmowi. Własną biedę naprawdę widać dopiero wśród bogatych. Pod wpływem tego klimatu poszukiwanie winnych i chęć korekty odrzucanego ładu społecznego już, zaraz, natychmiast dominuje wśród sfrustrowanych zbiorowości społecznych. Nawet tych złożonych z ludzi młodych i dobrze wykształconych.

Dalekowzroczna polityka społeczna nie jest semantycznym synonimem pomocy społecznej. Nie może więc ograniczać się wyłącznie do osób chorych, niepełnosprawnych oraz w wieku uniemożliwiającym nawet ograniczoną aktywność zawodową. Przedmiotem współczesnej polityki społecznej są przede wszystkim osoby, które mogą pracować, ale z powodów niezawinionych przez siebie zostały pozbawione (na czas dłuższy lub krótszy) dostępu do edukacji i rynku pracy. Stan taki może – poza ubóstwem materialnym – generować także dezorganizację osobowości dotkniętych nim ludzi, zwłaszcza jeśli trwa długo. Zjawisko to, odkryte w latach 70. przez Martina Seligmana nazwano pod jego wpływem fenomenem wyuczzonej bezradności. Współcześnie na-

zwa ta należy już nie tylko do zasobu leksykalnego psychologii społecznej, lecz także pozostałych nauk humanistycznych. Jej pole semantyczne uważane jest z reguły za efekt końcowy długotrwałego działania syndromu czynników i sytuacji alienujących. W wyniku tego syndromu jednostka traci zaufanie do własnych możliwości i staje się klientem sytuacji, a nie ich kreatorem. Przestaje być asertywna, ulega anomii (zarówno w Durkheimowskim, jak i Mertonowskim rozumieniu tego zjawiska) i gubi poczucie związków przyczynowo-skutkowych pomiędzy własnymi zachowaniami i ich konsekwencjami. Jednostki naznaczone stygmatem wyuczony bezradności zastępują wizję życia (nawet krótkoterminową!) działaniami doraźnymi, aż do pełnej utraty poczucia własnej podmiotowości. W efekcie bezradność i całkowita zależność od innych – silniejszych! – staje się w ich życiu samospełniającą się przepowiednią. Skutecznym lekiem na wyuczony bezradność może być tylko zbiór zabiegów socjotechnicznych oraz polityka społeczna przywracająca jednostce zdolność samorealizacji, samodzielnego rozwiązywania egzystencjalnych problemów, w tym przez zwiększenie jej kapitału ludzkiego.

Jednostki przygniecione ciężarem przemocy strukturalnej, wyuczony bezradności i wykluczenia społecznego nie łączą z demokracją żadnych nadziei. Przeciwnie – widzą w niej wyłącznie system usprawiedliwiający ich bezradność. Trwale wykluczonym, pozbawionym umiejętności racjonalnej analizy potrzebna jest nie demokracja upodmiotowująca jednostkę, partycypacyjna i deliberatywna, lecz jakaś forma autorytaryzmu. W skuteczność działań własnych, jednostkowych, już nie wierzą. Swą siłę odnajdują nie w argumentie, lecz tłumie ludzi bez twarzy. Nie pragną zostać stroną w społecznym dyskursie, bo nie potrafią w nim uczestniczyć i nie wierzą w jego skuteczność. Im potrzebny jest demagog w dosłownym, starogreckim, znaczeniu tego słowa. Przywódca, a może nawet Platoński demiurg. Populistyczne slogany, programy i ruchy wyrastają na takim podłożu. Już w latach 60. Daniel Bell tak pisał o tym szczególnym fenomenie: „scena dla charyzmatycznego lidera, świeckiego mesjasza, jest już gotowa; obdarowując każdego pozorami koniecznej łaski i obietnicą spełnienia jego osobowości zastępuje on sobą dawne integrujące wierzenia” (Bell 1961).

Czy takie postawy stanowią same przez się zagrożenie dla demokracji? Tak, ale jednocześnie tylko nowoczesna demokracja potrafi działać zgodnie z zasadą *durante causa, durat effectus*. Kto nie akceptuje niepożądanych, ale prawdopodobnych skutków – musi dostatecznie wcześniej usunąć ich przyczyny.

Wiedza w roli Ateny Glaukopis: sowy, ptaka mądrości, widzącego nawet po ciemku

Na barkach współczesnego demokratycznego państwa spoczywa odpowiedzialność za wspieranie takiego systemu edukacji, który znosiłby skutki przemocy strukturalnej, a więc nie tylko uznawał równość za naczelną zasadę życia społecznego i działania instytucji państwowych, ale także stwarzał wszystkim możliwość rzeczywistego korzystania z tej równości. Choć brzmi to wciąż utopijnie, formalna równość musi się dziś przekładać na realną możliwość życiowego startu każdego, niezależnie od pozycji zajmowanej w strukturze społecznej przez rodzinę pochodzenia. Jednocześnie jednostki muszą nabrać pewności, że inwestycja we własne wykształcenie, w tym w umiejętność permanentnego uczenia się, to początek drogi prowadzącej nie tylko do zamożności, lecz również urzeczywistnienia własnej podmiotowej niepowtarzalności. W pewnych przypadkach – wrodzonych zdolności – ta niepowtarzalność spełni się w elitach poznawczych lub/i kulturze symbolicznej. W innych – w społecznie sensownej umiejętności wymiany, organizowania działań zbiorowych i stawiania czoła – bez lęku – problemom nowym, nieznanym, lub jeszcze inaczej: odnajdywania radości życia wśród alternatywnych sposobów spełnienia swego człowieczeństwa, ograniczonego tylko, jak wspólnym mianownikiem, np. zasadami Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej.

Jednostkom i złożonym z nich wspólnotom potrzebne są na tej drodze drogowskazy i latarnie. Ale nie tak, jak pijakom, którzy – jak powiada anegdota przypisywana Stanisławowi Ossowskiemu – znajdują w nich jedynie podparcie. Współczesnemu człowiekowi, aby nie był analfabetą nie wystarczy już tylko umieć czytać i pisać. Jemu potrzebna jest umiejętność stałego uczenia się oraz światło wiedzy w niepewnym postmodernistycznym świecie (Toffler 2003). Zgodnie z rozumnie pojętymi zasadami społecznego podziału pracy, poszukującemu wiedzy i umiejętności uczenia się powinni pomóc uczeni.

Rola uczonych jako nosicieli światła ma w Polsce długą tradycję. Aby się o tym przekonać wystarczy zajrzeć do pism Floriana Znanieckiego, m.in. studium *Potrzeby socjologii w Polsce* z 1928 r., eseju *Uczeni polscy a życie polskie* z 1936 r. czy tekstu *Spoleczna rola uczonego* z 1940 r.

Z punktu widzenia bezpośredniego wpływu nauk społecznych na stan kultury obywatelskiej zasadnicze znaczenie ma wolność poszukiwania prawdy i swoboda jej głoszenia. Poprzez te dwie wolności, nauki społeczne uwalniają życie społeczne i polityczne od gorsetu *homo sovieticus*, poszerzają wyobraźnię ludzką i upowszechniają kompetencje cywilizacyjne, bez których ani społec-

czeństwo obywatelskie, ani partycypacyjno-deliberatywna demokracja nie są możliwe.

Demokracja to w istocie ciągła debata. Zagrożeniem dla niej nie jest więc wielość stanowisk, lecz odwoływanie się stron uczestniczących w debacie – zwłaszcza, gdy brakuje im racjonalnych argumentów – do stanowisk ekstremalnych, fundamentalistycznych blokujących możliwość zawarcia porozumienia (Michnik 1997: 10).

Post scriptum

Dokąd zmierza współczesna ewolucja naczelnych wartości i zasad demokracji? Coraz wyraźniej wspierają one kategorię dobra wspólnego, także jako podstawy polityki społecznej. Uwolniona od pierwotnych konotacji religijnych, kategoria dobra wspólnego staje się, *hic et nunc*, normą konstytucyjną systemów demokratycznych, a zwłaszcza tych, które praktykowały dotychczas model przedstawicielski skutecznie uzupełniają o elementy obywatelskiego bezpośredniego uczestnictwa i dyskursu.

Zgodnie z art. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, „Rzeczpospolita jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli”. Kryjąca się za tym przepisem wizja normatywna społeczeństwa obywatelskiego, zorganizowanego w suwerenne państwo, jest spójna tylko wtedy, jeśli generuje je zgoda (lub przynajmniej kłótniwa akceptacja) konstytucyjnej większości na panujący ustrój – społeczno-polityczny i gospodarczy. Zgoda – bowiem „Dobro wspólne to dobro całości, dobro, w którym odnajdują się wszyscy obywatele”, to stan, w którym wszystkie trzy, wyróżnione przez Monteskiusza, postacie władzy – legislatura, egzekutywa i judykatura – nie służą „partykularnym celom jednej, największej grupy, ale wspólnocie trwającej w czasie, wyrastającej z przeszłości i zdążającej ku nieznanej przyszłości” (Śpiewak 2001).

Współczesny stan wiedzy przekonuje, że w dającej się przewidzieć przyszłości jedynym realistycznym sposobem uwolnienia się od biedy, opresji politycznych i niepokojów społecznych na dużą skalę jest scalenie w spójną całość demokracji z wolnym rynkiem. Ale ten typ integracji nie jest możliwy dopóty, dopóki nie istnieją funkcjonalne i strukturalne związki między prawami politycznymi, społecznymi, kulturalnymi a zasadami rządzącymi efektywną gospodarką. Brak tego typu powiązań czy nawet tylko ich istotne ograniczenie prowadzi nieuchronnie do biegunowej polaryzacji bogactw i biedy oraz nowych radykalnych utopii. Bieg najnowszych dziejów, także europejskich, dowodzi, że zdesperowane swym położeniem masy wyborców mogą wymienić (czy nawet sprzedać!) własną wolność za bezpieczeństwo socjalne. Wol-

ność polityczna, gdy nie prowadzi do zaspokojenia potrzeb egzystencjalnych traci po prostu swą wartość pragmatyczną. Zatem demokracja uwikłana w sprzeczność pomiędzy formalną wolnością i realną możliwością poprawy sytuacji ekonomicznej milionów wyborców uruchamia proces samozniszczenia. Paradoksalnie, jeśli polityczna wolność masy wyborców wsparta jest rzetelną wiedzą, mogą oni stać się wtedy siłą wymuszającą rozwiązanie podstawowej sprzeczności kapitalizmu w fazie trzeciej rewolucji przemysłowej (pomiędzy efektywnością wolnego rynku a podstawowymi wartościami współczesnych wspólnot społecznych, klasycznego problemu każdego *polis*; Bell 1994: 290) i, tym samym, umożliwiającą zawarcie rozumnego kompromisu podporządkowanego zasadzie dobra wspólnego.

Nauki społeczne mogą wesprzeć ten proces, dostarczając ludziom wiedzy umożliwiającej im zrozumienie ich własnej rzeczywistości – bez ograniczania pola obserwacji z powodu stosunków władzy lub/i ideologicznych dogmatów. Aby wiedza rozszerzająca zakres wolności była możliwa, tworzące ją procesy poznawcze musi, jak to określił Zbigniew Brzeziński, cechować „realizm bez oportunisty, odwaga bez fanatyzmu, wolność bez dowolności, patriotyzm bez megalomanii” (Michnik 2006: 23). Zapotrzebowanie na prometejską funkcję nauki jest dziś zdecydowanie większe niż kiedykolwiek wcześniej. Jest tak, ponieważ klasyczne podziały społeczne nie zanikły, lecz zostały uzupełnione o nowe, związane ściśle ze współczesnymi przemianami cywilizacyjnymi. Pod wpływem i tych dawnych, i nowych podziałów powstaje dziesiątki idei oraz pytań. Trzeba na nie znaleźć sensowne odpowiedzi, jeśli ludzkość chce „osiągnąć dynamiczną stabilność nowoczesnej demokracji” (Wallerstein 1991), ponieważ ich wspólnym mianownikiem „jest to, że pojawiają się one w sytuacjach społecznego przesilenia, wówczas gdy rozwój społeczny i związane z nim zmiany organizacji społecznej, w tym przede wszystkim organizacji władzy, stwarzają zagrożenie dla społecznej suwerenności i podmiotowości” (Skąpska 2005: 286).

Z dotychczasowych analiz nauk społecznych, politycznych i prawnych wynika, że gwarantem dynamicznej równowagi współczesnej demokracji może być tylko społeczeństwo obywatelskie, znajdujące się we wszystkich fazach swego rozwoju w ciągłej opozycji do „władzy despotycznej, władzy autorytarnej i opiekuńczej z boskiego nadania, władzy kapitału czy władzy kompleksowego i wszechogarniającego, zbiurokratyzowanego systemu, kierującego się przesłankami technokratycznej sprawności i efektywności” (Skąpska 2005: 286). Jednocześnie, spośród wszystkich dotychczas znanych, tylko ten typ społeczeństwa daje jednostce nie tylko prawo być wolnym i równym, ale i znosi przyczyny przemocy strukturalnej, blokującej możliwość rzeczywiste-

go skorzystania z tego prawa. Upodmiotowiając jednostkę, stymuluje rozwój jej kapitału ludzkiego, czyni suwerenną w suwerennych wspólnotach, uczy techniki działań w ramach tych wspólnot, z ich własnej woli zorganizowanych w państwo.

Abstract

Democracy and the Individual Will

Considerations presented in this essay take for granted that:

- a) Human nature and democracy are an accumulated effect of human action, although these actions are never free from some structural conditions inherited from the past. But it is the people who modify or reinforce these conditions. Hence, *homo creator and homo sociologicus* make their societies: civil, political, state and the public.
- b) The growing sovereignty of individuals is one of the most important advancements of humankind. Sovereignty enables people to make choice, according to their own ambitions, possibilities and sensitivities, and enables them – as Vargas Llosa asserts – *run away from the gulag of religion, race, region and nation*.
- c) Human nature and democracy are congruent. If human nature is *free, and-oriented and calculating /rationall, therefore* – as Jean Baechler rightly stresses – *only democratic order is able*, by its rules, devices and procedures *to overcome consequence of human freedom, sociability and conflictuality*.
- d) Participation, direct or through freely chosen representatives, of free and equal citizens in the polity, acceptance of the rules of the game and trust in the social contracts are the crucial factors for democracy.

Therefore, according to the author point of view, it has to be remembered that democracy is *neither black, nor white nor red*. As a matter of fact, it is the only political order which has, by the very nature of free and fair election, a built-in mechanism of self-correction, and, under the pressure of persistent or mounting cleavages (ethnic, religious and socio-economic especially), if majority of voters wishes so, even self-destruction. But, at the same time, only democracy possesses the ability to question itself and correct its own mistakes without resort to naked force.

Literatura

- The Civil Culture Revisited*, red. G. A. Almond, S. Verba, Little Brown, Boston–Toronto 1980.
- Baechler J., *Democracy: An Analytical Survey*, UNESCO Publishing, Paris 1995.
- Bell D., *The End of Ideology. On the Exhaustion of Political Ideas in the Fifties*, Collier Books, New York 1961.
- Bell D., *Kulturowe sprzeczności kapitalizmu*, PWN, Warszawa 1978.
- Dahl R., *Demokracja i jej krytycy*, Znak, Kraków 1995.
- Europejska Karta Społeczna*, Directorate General of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg 2005.
- Kennedy M., *Transformations of Normative Foundation and Empirical Sociology: Class, Stratification, and Democracy*, [w:] *Escape from Socialism. The Polish Route*, red. W. D. Connor, P. Płoszajski, IFiS PAN, Warszawa 1992, s. 283–312.
- Kowalik T., *System gospodarczy*, [w:] *Encyklopedia socjologii. Suplement*, Oficyna Naukowa, Warszawa 2005, s. 306.
- Kubiak H., *Social Science and the Challenge of Transformation: The Polish Case*, Council of Europe, AS Science, No. 7, Strasbourg, 1994.

- Kubiak H., *Democracy and the Individual Will*, [w:] *Democracy: its Principles and Achievement*, red. Ch. Bassiouni, Inter-Parliamentary Union, Geneva 1998, s. 57–65.
- Kubiak H., *Kontekst historyczny a wyjaśnienie socjologiczne*, [w:] *Polska i Polacy w XIX–XX wieku*, red. K. Ślusarek, Towarzystwo Wydawnicze „Historia Iagiellonica”, Kraków 2002, s. 255–272.
- Kubiak H., *Przyczynek do sporu o pole semantyczne nazw ‘równość’ i ‘równouprawnienie’*, [w:] *Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej*, red. L. Mitrus, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2009, s. 285–294.
- Kubiak H., *Political Parties and Democracy: The Polish Case*, [w:] *Political Parties and Democracy*, red. K. Lawson, t. 2: *Europe*, Praeger, Santa Barbara–Denver–Oxford 2010, s. 161–184.
- Kubiak H., *Janusowe oblicze populizmu*, „Krakowskie Studia Międzynarodowe” 2011, nr 4, s. 33–62.
- Lipset S. M., Rokkan S., *Party Systems and Voter Alignments: Cross-National Perspective*, The Free Press, New York 1967.
- Llosa Vargas M., *Run Away from the Captivity of Race, Nation, Fanaticism*, „Gazeta Wyborcza”, 28–29 grudnia 1996.
- Michnik A., *Lekcja odebrana od Zbigniewa Brzezińskiego*, „Gazeta Wyborcza”, 19 maja 2006.
- Michnik A., *Szare jest piękne*, „Gazeta Wyborcza”, 4–5 stycznia 1997.
- Roksan S., *Citizens. Elections, Parties*, Universitets Forlaget, Oslo 1970.
- Sartori G., *Teoria demokracji*, PWN, Warszawa 1987, s. 582–584.
- Skąpska G., *Spółczesność obywatelska*, [w:] *Encyklopedia socjologii. Suplement*, Oficyna Wydawnicza, Warszawa 2005, s. 285–289.
- Sztompka P., *The Theory of Social Becoming: An Outline of the Conception*, „The Sociological Bulletin” 1996, No. 4, s. 269–279.
- Sztompka P., *Civilizational Incompetence: The Trap of Post-Communist Societies*, „Zeitschrift für Sociologie” 1993, Vol. 22, No. 2, s. 85–99.
- Śpiewak P., *Dobro wspólne to publiczna aktywność*, www. areopag.pl/areopag.php?rok=2001&nr=09.
- Tischner J., *Etyka solidarności i ‘Homo sovieticus’*, Znak, Kraków 1992.
- Toffler A., *Zmiana władzy*, Zysk i S-ka, Poznań 2003, s. 95–106, 107–126.
- Wallerstein I., *Unthinking Social Science. The Limits of Nineteenth-Century Paradigms*, Polity Press Cambridge 1991.
- Wiatr J., *Political Sociology and Democratic Transformation in Poland*, Scholar, Warszawa 1996.
- Zyuganov G., *Waiting for Miracles in Russia*, „International Herald Tribune”, 7–8 December 1996, s. 1.

Tadeusz Biernat

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

***Soft law* a proces tworzenia prawa w Unii Europejskiej. Wpływ *soft law* na konstrukcję i treść uzasadnień aktów normatywnych**

Charakterystyka problemu

Poruszanie zagadnień dotyczących *soft law*, nawet w tak wąskim zakresie, jak to zostało zakreślone w tytule, następuje wiele trudności wynikających ze skomplikowanego charakteru systemu prawnego Unii Europejskiej¹. Niezależnie od tego, dynamika systemu europejskiego oraz realizowanych rodzajów polityki powoduje, że powstają wielopoziomowe powiązania i zależności, których identyfikacja, między innymi przez odniesienie do aktów prawa miękkiego, jest podstawą budowania koherentnego systemu prawnego.

Przy omawianiu tego zagadnienia uwaga zostanie skoncentrowana na wyjaśnieniu szczególnej roli *soft law*, czyli tak zwanego „miękkiego prawa unijnego” w systemie prawnym UE. Obok podstawowej roli, którą jest ukierunkowanie działań podmiotów, do których jest adresowany ten typ aktów prawnych, *soft law* jest ważnym elementem procesu uzasadnienia wiążących aktów prawnych z zakresu prawa pochodnego². Ściśle określony formalnie i proceduralnie obowiązek uzasadnienia podejmowanych działań prawotwórczych, stanowi istotną różnicę w stosunku do rozwiązań występujących w porządkach prawnych wielu państw członkowskich. Uzasadnienie, zarówno stanu prawnego, jak i faktycznego, przyjmuje sformalizowaną postać i podlega sądowej kontroli. Inną, możliwą do przypisania funkcją jest to,

¹ Szerzej na temat charakterystyki systemu prawnego zob.: T. Biernat, *Wspólnota prawa. O osobliwościach systemu europejskiego*, Toruń 2000.

² Jest to zagadnienie znacznie wykraczające poza kwestie pomijane w tej analizie – wypełniania przez *soft law* szczególnej roli w procesie prawotwórczym jako realizowanie, w określonych sytuacjach obowiązku konsultacyjnego, zasięgnięcia opinii z takimi instytucjami, jak Komitet Ekonomiczno-Społeczny czy Komitet Regionów.

że *soft law* może występować w szczególnej, „pilotażowej” roli. Wynika to z podwójnego zakotwiczenia *soft law*. Z jednej strony jest swoistego rodzaju dopełnieniem treści zakresu konkretnej polityki, której podstawą są traktatowo określone obszary działania (*policies*), a z drugiej – testem (głównie ze względów na przyjmowaną formę) przy wprowadzaniu prawnych regulacji w określonym aspekcie, przy wykorzystaniu prawnie wiążących, charakterystycznych dla europejskiego systemu prawnego, instrumentów prawnych.

Ukazanie roli miękkiego prawa unijnego w procesie prawotwórczym wymaga kilku wprowadzających uwag, pozwalających na pełniejszą charakterystykę problemu. Dotyczą one źródeł prawa i specyfiki ich tworzenia.

Źródła prawa europejskiego

Z punktu widzenia omawianego w tym opracowaniu problemu zasygnalizowania wymagają istotne zagadnienia odnoszące się zarówno do prawa traktatowego, jak i do prawa pochodnego. W odniesieniu do prawa traktatowego należy wyjaśnić kwestie dotyczące poszczególnych obszarów działania (polityk), które są wyróżnione w treści prawa traktatowego, oraz jaki jest ich związek z określonymi w prawie pierwotnym kompetencjami instytucji Unii Europejskiej i jakie instrumenty prawne są oddane do dyspozycji instytucji stanowiących prawo. W odniesieniu do prawa wtórnego należy wyjaśnić, które z występujących w nim rodzajów aktów prawnych, charakterystycznych dla systemu prawnego Unii Europejskiej, są wykorzystywane do uregulowania kwestii związanych z poszczególnymi obszarami działania.

W systemie prawnym Unii Europejskiej występują dwa rodzaje źródeł prawa. Kategoria pierwsza to źródła prawa pierwotnego. Prawo pierwotne, którego trzon stanowią traktaty założycielskie, wielokrotnie zmieniane i modyfikowane oraz traktaty akcesyjne, stanowi podstawę prawną działania Unii Europejskiej, jej instytucji. Określa obszary i zakres działania oraz wyznacza relacje między Unią a tworzącymi ją państwami członkowskimi. Równocześnie to prawo jest podstawą do stanowienia aktów prawnych tworzonych przez instytucje Unii. Stanowione przez instytucje Unii Europejskiej akty prawne, które zbiorczo określa się mianem prawa pochodnego lub wtórnego, należą do drugiej kategorii źródeł prawa.

Domena prawa. Prawo pierwotne a prawo wtórne

Konstrukcja systemu Unii Europejskiej, wynikająca z przyjętych rozwiązań w prawie traktatowym oparta jest na wyznaczeniu obszarów działania, podej-

mowania decyzji i wprowadzaniu regulacji prawnych. Unia i jej instytucje są aktywne tylko w tych dziedzinach, które są określone w prawie pierwotnym. Historia wspólnot europejskich jest naznaczona zmianami zakresu działania, począwszy od stosunków gospodarczych w pierwszym okresie, sukcesywne obejmowanie coraz szerszych sfer życia, aż do stanu obecnego, w którym zdecydowana większość stosunków społecznych leży w gestii kompetencji Unii. Te traktatowo określone obszary działania, nazywane politykami (*policies*), nie są traktowane ekwiwalentnie z punktu widzenia zakresu ingerencji Unii. Traktaty, wyznaczając pole działania, stanowią równocześnie, jaka jest skala interwencji instytucji unijnych i przy pomocy jakich instrumentów prawnych jest ona prowadzona. Jeśli uwzględni się ten aspekt, kwestie dotyczące miękkiego prawa wspólnotowego wydają się odzwierciedleniem podziału, uporządkowanego zmianami wprowadzonymi przez traktat lizboński, wyraźnie skorelowanego z władczymi uprawnieniami instytucji Unii Europejskiej. Tam, gdzie skala władczego uprawnienia tych instytucji jest zminimalizowana, *soft law* wydaje się podstawowym instrumentem oddziaływania prawnego. W rzeczywistości sprawa jest bardziej skomplikowana, a jej skomplikowanie wynika z różnorodności aktów miękkiego prawa wspólnotowego, ich statusu i sposobu wykorzystania.

Aktualny stan prawny, na poziomie prawa pierwotnego Unii Europejskiej, czyli prawa traktatowego, został określony przez wejście w życie 1 grudnia 2009 r. traktatu z Lizbony (podpisanego 13 grudnia 2007 r.³), zmieniającego i porządkującego podstawowe traktaty dotyczące Unii Europejskiej.

Elementem tego uporządkowania było przyznanie Unii różnych kompetencji w określonych dziedzinach. Określając kategorię dziedzin i kompetencji Unii wprowadzono trzy zasadnicze kategorie: pierwszą, samodzielnego działania, co oznacza, że tylko Unia może stanowić prawo oraz przyjmować akty prawnie wiążące; drugą, przyznanie w określonych dziedzinach kompetencji dzielonej z państwami członkowskimi, co oznacza, że Unia i państwa członkowskie mogą stanowić prawo i przyjmować akty prawnie wiążące w tej dziedzinie, a państwa członkowskie wykonują swoją kompetencję w zakresie, w jakim Unia nie wykorzystwała swojej kompetencji; trzecią, kompetencji wspomagania, co oznacza, że w niektórych dziedzinach i na warunkach przewidzianych w traktatach, Unia ma kompetencję w zakresie prowadzenia działań w celu wspierania, koordynowania lub uzupełniania działań państw członkowskich, nie zastępując jednak ich kompetencji w tych dziedzinach. W efekcie, w tym ostatnim wypadku nie ma możliwości kreowania wiążącego

³ Traktat z Lizbony zmieniający traktat o Unii Europejskiej i traktat ustanawiający wspólnotę europejską (Dz.U. nr C 306/2007).

prawa, a prawnie wiążące akty Unii przyjęte na podstawie postanowień traktatów odnoszących się do tych dziedzin nie mogą prowadzić do harmonizacji przepisów ustawowych i wykonawczych państw członkowskich⁴.

Jak wspomniano wyżej, w wyznaczonych obszarach Unia podejmuje zróżnicowane formy działania, które realnie przybierają formę prawnych regulacji z wykorzystaniem instrumentów prawnych należących do prawa wtórnego. Jakie środki prawne w jakich obszarach aktywności można stosować – to również jest określone w prawie traktatowym. Zasadnicza różnica polega na możliwości wykorzystania dostępnych instrumentów prawnych. Instrumenty te, czyli akty normatywne tworzone przez instytucje Unii, poza tym, że różnią się od rodzajów aktów prawnych charakterystycznych dla systemów prawnych państw członkowskich, np. prawa polskiego, które nie zna takiego aktu, jak dyrektywa, mają dodatkową właściwość. Część z nich, rozporządzenia, dyrektywy i decyzje mają moc wiążącą, nie mają jej natomiast zalecenia i opinie. Jest to wyraźnie stwierdzone w art. 288 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dawny artykuł 249 TWE), który stanowi:

W celu wykonania kompetencji Unii instytucje przyjmują rozporządzenia, dyrektywy, decyzje, zalecenia i opinie. Rozporządzenie ma zasięg ogólny. Wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich. Dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę

⁴ Szczegółowo kompetencje Unii określa art. 2:

- „1. Jeżeli traktaty przyznają Unii wyłączną kompetencję w określonej dziedzinie, jedynie Unia może stanowić prawo oraz przyjmować akty prawnie wiążące, natomiast Państwa Członkowskie mogą to czynić wyłącznie z upoważnienia Unii lub w celu wykonania aktów Unii.
2. Jeżeli traktaty przyznają Unii w określonej dziedzinie kompetencję dzieloną z Państwami Członkowskimi, Unia i Państwa Członkowskie mogą stanowić prawo i przyjmować akty prawnie wiążące w tej dziedzinie. Państwa Członkowskie wykonują swoją kompetencję w zakresie, w jakim Unia nie wykonała swojej kompetencji. Państwa Członkowskie ponownie wykonują swoją kompetencję w zakresie, w jakim Unia postanowiła zaprzestać wykonywania swojej kompetencji.
3. Państwa Członkowskie koordynują swoje polityki gospodarcze i zatrudnienia na zasadach przewidzianych w niniejszym Traktacie, do których określenia Unia ma kompetencję.
4. Zgodnie z postanowieniami traktatu o Unii Europejskiej Unia ma kompetencję w zakresie określania i realizowania wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa, w tym stopniowego określania wspólnej polityki obronnej.
5. W niektórych dziedzinach i na warunkach przewidzianych w traktatach, Unia ma kompetencję w zakresie prowadzenia działań w celu wspierania, koordynowania lub uzupełniania działań Państw Członkowskich, nie zastępując jednak ich kompetencji w tych dziedzinach. Prawnne wiążące akty Unii przyjęte na podstawie postanowień traktatów odnoszących się do tych dziedzin nie mogą prowadzić do harmonizacji przepisów ustawowych i wykonawczych Państw Członkowskich.
6. Zakres i warunki wykonywania kompetencji Unii określają postanowienia traktatów odnoszące się do każdej dziedziny” (Dz.U. nr C 83/2010).

*wyboru formy i środków. Decyzja wiąże w całości. Decyzja, która wskazuje adresatów, wiąże tylko tych adresatów. Zalecenia i opinie nie mają mocy wiążącej*⁵.

Niezależnie od stosowania, w ramach poszczególnych dziedzin, tak określonych aktów prawnych, Instytucje Unii Europejskiej mają możliwość wydawania innych, *sui generis* aktów normatywnych, które również, podobnie jak zalecenia i opinie, nie mają mocy wiążącej. Przyjmują one różne nazwy, najczęściej rezolucji, komunikatu, uchwały, a ich cechą charakterystyczną jest to, że podobnie jak zalecenia i opinie, o których mowa w cytowanym wyżej art. 288, nie mają mocy wiążącej adresatów.

Soft law i jego rola w systemie prawnym UE

W doktrynie prawa europejskiego zalecenia i opinie są ujmowane jako odrębna kategoria aktów prawnych i wspólnie z innymi aktami prawnymi nienazwanymi, tworzą odrębny rodzaj, określaną mianem *soft law*, w odróżnieniu od aktów wiążących.

Najważniejsze jest to, że miękkie prawo różni się od „prawa twardego”⁶ tym, iż nie posiada mocy wiążącej. Jeśli akt prawny nie ma mocy wiążącej adresatów, to naturalnym jest pytanie o cel i sens takiego prawa. Odpowiedź jest złożona, ale jak się wydaje, zasadniczy sens tworzenia i korzystania z takich instrumentów, jest związany ze specyfiką funkcjonowania Unii Europejskiej, zwłaszcza podejmującej działania w tych dziedzinach, które wykraczają poza tradycyjne obszary decyzyjne, czyli sprawy związane z ustanowieniem wspólnej, jednolitej przestrzeni gospodarczej i jednolitego rynku. Poza nimi decyzje Unii wymagane są w wielu obszarach, których dynamiczny rozwój jest niejako „naturalny” i stanowi pochodną postępującej integracji.

Soft law jako wyodrębniony instrument ma odniesienie do tych obszar aktywności, należy do tych dziedzin, w których Unia ma kompetencje do prowadzenia działań mających na celu wspieranie, koordynowanie lub uzupełnianie działań państw członkowskich⁷.

⁵ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. nr C 83/2010).

⁶ W opracowaniach polskich stosunkowo rzadko można napotkać określenie przeciwstawne do *soft law*, czyli *hard law*, raczej używane jest określenie „akty wiążące”. W opracowaniach angielskich takie określenie jest stosowane. Zob.: D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *European Union Law. Cases and Materials*, Cambridge 2010, s. 102–103.

⁷ Art. 6 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej: „Unia ma kompetencje do prowadzenia działań mających na celu wspieranie, koordynowanie lub uzupełnianie działań Państw Członkowskich. Do dziedzin takich działań o wymiarze europejskim należą:

- a) ochrona i poprawa zdrowia ludzkiego;
- b) przemysł;
- c) kultura;

Soft law – miękkie prawo wspólnotowe, jest instrumentem umożliwiającym realizowanie celów, ważnych z punktu widzenia Unii Europejskiej i państw członkowskich, w warunkach skomplikowanej sytuacji. Ta skomplikowana sytuacja powstaje w wyniku zderzenia *sui generis* presji na wprowadzenie prawnych regulacji w określonym aspekcie życia społecznego, z cechą europejskiego systemu prawnego, którego podstawą są traktatowo określone obszary działania (*policies*), oraz właściwe dla każdego z tych obszarów możliwości działań prawnych i wciąż szerokiej gamy uprawnień państw członkowskich. Jest to wyraźnie widoczne przy wzrastającym znaczeniu określonego typu relacji i sfery społecznej aktywności, konieczności realizacji celów bez możliwości harmonizacji rozwiązań pranych, np. w takiej dziedzinie jak sport⁸. W tym wypadku nie bez znaczenia jest to, że akty nienazwane nie różnią się zasadniczo od aktów prawnych wiążących pod względem budowy tekstu, który często jest podzielny na jednostki redakcyjne i zawiera jednoznacznie wyrażone dyrektywy.

Określenie funkcji i miejsca *soft law* w systemie prawnym UE jest tematem wielu doktrynalnych rozważań. Spór dotyczy kwestii zasadniczej, pytania o wartość tego typu rozwiązania prawnego. Przeciwnicy *soft law* podkreślają, że: brakuje mu jasności i precyzji charakterystycznej dla wiążących aktów prawnych, które są podstawą działania, że nie wywiera żadnego efektu, ale stanowi taktyczne posunięcie dla poszerzenia działań legislacyjnych instytucji UE, omija system odpowiedzialności, narusza legitymację UE. Zwolennicy wskazują natomiast, że: *soft law* jest bardziej relewantne od twardego prawa w odzwierciedlaniu różnic występujących między państwami członkowskimi, w przeciwieństwie do prawa twardego, założenia przyjmowane dla tworzenia twardego prawa są ugruntowane, podczas gdy sytuacja niepewności wymaga eksperymentowania i korygowania, *soft law* jest bardziej podatne na modyfikacje, co pozwala na lepsze odzwierciedlenie zachodzących zmian, egzekwowanie prawa jest trudne w przypadku braku internalizacji norm, a gdy ma się do czynienia z internalizacją, środki egzekwowania są zbyt cenne⁹. Trudno jest, bez obszerniejszej analizy tego problemu, wskazać jednoznacznie na dominujące stanowisko, wydaje się jednak, że *soft law* jest w coraz większym stopniu „na cenzurowanym”, a główne zarzuty są formułowane w kontekście

d) turystyka;

e) edukacja, kształcenie zawodowe, młodzież i sport;

f) ochrona ludności;

g) współpraca administracyjna” (Dz.U. nr C 83/2010).

⁸ R. Parrish, *The Birth of European Union Sports Law*, „Entertainment Law” 2003, Vol. 2, No. 2, s. 17.

⁹ Szerzej o tym zagadnieniu zob.: D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *European Union Law...*, s. 103 i przywołana tam literatura w przypisach 45 i 46.

teoretycznych ustaleń odnoszonych do wartości prawa, a szczególnie pewności prawa w znaczeniu formalnym i materialnym¹⁰.

Na uwagę zasługuje również stanowisko wyrażone w Rezolucji Parlamentu Europejskiego z 4 września 2007 r. w sprawie instytucjonalnych i prawnych skutków stosowania instrumentów tzw. „miękkiego prawa” (*soft law*) (2007/2028(INI))¹¹. Paradoksalnie przy użyciu aktu miękkiego prawa wspólnotowego, Parlament Europejski prezentuje stanowisko krytyczne wobec tego rodzaju aktów. Najlepiej obrazuje to pkt 19 rezolucji, który podkreśla, że we wszelkich oficjalnych dokumentach instytucji europejskich należy zawsze unikać wyrażenia „miękkie prawo” oraz odwołań do tego instrumentu.

Soft law a tworzenie prawa europejskiego

Wejście w życie traktatu z Lizbony, niezależnie od dokonania głębokiej reformy ustrojowej Unii Europejskiej, zmian w procedurze stanowienia prawa pierwotnego, stanowiło również wprowadzenie istotnych zmian w tworzeniu prawa wtórnego, pojawienie się nowych kategorii unijnego prawa pochodnego w postaci aktów delegowanych i aktów wykonawczych (wraz z nowym systemem komitologicznym)¹². Zmiany te nie naruszyły jednak w sposób zasadniczy charakterystycznej cechy procesu tworzenia prawa wtórnego w UE, którą jest obowiązek uzasadniania aktów prawnych, a który stanowi istotny wymóg proceduralny i jest podstawą kontroli legalności aktu. Ścisłe określony formalnie i proceduralnie obowiązek uzasadnienia podejmowanych działań prawotwórczych, stanowi istotną różnicę w stosunku do rozwiązań występujących w porządkach prawnych wielu państw członkowskich. Uzasadnienie, zarówno stanu prawnego jak i faktycznego, przyjmuje sformalizowaną postać i podlega sądowej kontroli. Postanowienia artykułu 296 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dawny artykuł 253 TWE) stanowią:

Jeżeli traktaty nie przewidują rodzaju przyjmowanego aktu, instytucje dokonują wyboru, jakiego rodzaju akt ma w danym przypadku zostać przyjęty, w poszanowaniu obowiązujących procedur oraz zasady proporcjonalności. Akty prawne są uzasadniane i odnoszą się do propozycji, inicjatyw, zaleceń, wniosków lub opinii przewidzianych w traktatach. Rozpatrując projekt aktu ustawodawczego, Parlament Europejski i Rada powstrzymują się od przyjmowania aktów nieprzewidzianych przez procedurę ustawodawczą obowiązującą w danej dziedzinie.

¹⁰ O wartości prawa w tym wymiarze, w odniesieniu do systemu europejskiego: E. Paunio, *Beyond Predictability – Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order*, „German Law Journal” 2009, Vol. 10, No. 11, s. 1470.

¹¹ Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, C 187 E, 24.07.2008.

¹² J. Barcz, *Traktat z Lizbony. Wybrane aspekty prawne działań implementacyjnych*, Warszawa 2012, s. 17.

Wcześniejsza regulacja, artykuł 253 TWE stanowiła, że:

Rozporządzenia, dyrektywy i decyzje przyjęte wspólnie przez Parlament Europejski i Radę, jak również takie akty przyjęte przez Radę albo Komisję, są uzasadniane i odnoszą się do wniosków lub opinii, które były wymagane zgodnie z niniejszym traktatem.

Mimo częściowo zmienionej treści cytowanych wyżej regulacji traktatowych, istota rozwiązania nie uległa zmianie. Przepisy wprowadzają obowiązek uzasadniania aktów prawnych, który w praktyce jest realizowany przez poprzedzenia aktów prawnych preambułami, niekiedy bardzo obszernymi. Sposób i zakres uzasadniania obejmuje elementy obligatoryjne, np. przywołanie przewidzianych w traktatach opinii, jak również takie, które nie mają obligatoryjnego charakteru, ale są przywoływane w celu faktycznego uzasadnienia przyjmowanych rozwiązań.

Analizując ten problem, również w oparciu o orzecznictwo ETS, w opracowaniach naukowych podkreśla się, że treść i stopień szczegółowości uzasadnień jest różny, w zależności od tego, czy chodzi o akty indywidualne, czy akty generalne. W wypadku tych ostatnich, wymagane jest

[...] aby w preambule została wskazana ogólna sytuacja, która doprowadziła do wydania danego aktu, a także generalne cele, jakie zamierza się osiągnąć. Nie jest natomiast potrzebne, aby w preambule organ rozważał dokładnie wszystkie okoliczności faktyczne i zagadnienia prawne. Jeśli zostały przytoczone motywy zasadniczego kierunku unormowania, nie jest wymagane uzasadnianie wszystkich rozwiązań szczegółowych¹³.

Tak określone cechy uzasadnienia są istotne z punktu widzenia oceny spełnienia wymagań proceduralnych dokonywanych przez ETS, w wypadku skargi na nieważność aktu w trybie artykułu 263 traktatu lizbońskiego. I w tym wypadku ma się do czynienia z praktycznym powtórzeniem rozwiązań prawnych przyjętych wcześniej w TWE¹⁴.

¹³ *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, red. J. Barcz, Warszawa 2002, s. 221.

¹⁴ Artykuł 263 (dawny artykuł 230 TWE). Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej kontroluje legalność aktów ustawodawczych, aktów Rady, Komisji i Europejskiego Banku Centralnego, innych niż zalecenia i opinie, oraz aktów Parlamentu Europejskiego i Rady Europejskiej zmierzających do wywarcia skutków prawnych wobec podmiotów trzecich. Kontroluje również legalność aktów organów lub jednostek organizacyjnych Unii, które zmierzają do wywarcia skutków prawnych wobec osób trzecich.

Artykuł 230 (TWE). Trybunał Sprawiedliwości kontroluje legalność aktów uchwalonych wspólnie przez Parlament Europejski i Radę, aktów Rady, Komisji i EBC, innych niż zalecenia i opinie, oraz aktów Parlamentu Europejskiego zmierzających do wywarcia skutków prawnych wobec podmiotów trzecich.

Pomijając kwestię rygorystycznego traktowania zakresu uzasadnień pod względem formalnym i merytorycznym oraz kontroli sądowej uzasadnień, która już sama w sobie jest istotnym czynnikiem wpływającym na podniesienie jakości prawa, konstrukcja uzasadnień stwarza potencjalną możliwość podniesienia poziomu racjonalności procesu prawotwórczego, osadzenie go w konkretnym wymiarze dyskursu legislacyjnego, w szerszym zakresie niż występuje to w tradycyjnych systemach prawnych, zwłaszcza typu kontynentalnego.

W literaturze przedmiotu podkreśla się, że uzasadnienie aktu prawnego z zakresu prawa wtórnego UE ma duże znaczenie interpretacyjne¹⁵. W mniejszym stopniu wskazuje się na jego rolę w procesie stanowienia prawa. Można przyjąć, a potwierdza to praktyka, że uzasadnienia stanowią nie tylko formalny element wyróżniający tryb stanowienia prawa wtórnego w UE, ale są wyrazem swoistego rodzaju „filozofii prawotwórczej”, której osnową jest dążenie do maksymalnie pełnego wyjaśnienia i usprawiedliwienia podejmowanej interwencji prawnej. Dowodzą tego dwie okoliczności.

Po pierwsze, uzasadnienia zawarte w preambułach tworzonych aktów prawnych w zdecydowanej większości wykraczają znacznie poza niezbędne, wymagane proceduralnie formalne minimum uzasadnienia. Są często bardzo rozbudowane i zawierają elementy, które stanowią *sui generis* „narrację uzasadniającą”, pozwalającą na uchwycenie wszystkich istotnych warstw polityki prawa w określonej dziedzinie. Przykładem może być dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/13/UE z 22 maja 2012 r. w sprawie prawa do informacji w postępowaniu karnym, której preambuła, poza przywołaniem podstawy prawnej, wymaganych konsultacji i opinii oraz określeniem procedury stanowienia, składa się z 45 obszernych punktów uzasadnienia, podczas gdy sama dyrektywa składa się z 13 artykułów¹⁶.

Po drugie, ukształtowana praktyka wskazuje, że w niewiążących aktach prawnych *sui generis*, należących do *soft law*, uzasadnienie jest traktowane również jak ważny element aktu. Przykładem może być rezolucja Rady z 30 listopada 2009 r. dotycząca harmonogramu działań mających na celu umocnienie praw procesowych osób podejrzanych lub oskarżonych w postępowaniu karnym¹⁷.

Podane przykłady dobrze ilustrują sformułowaną na wstępie tezę, że w systemie powiązanych uzasadnień ma się do czynienia z precyzyjnie określoną identyfikacją problemów/celów i doбором adekwatnego zakresu prawnej interwencji. Mówiąc bardziej poprawnie – ma się podstawę merytoryczną

¹⁵ C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. 1, Warszawa 2000, s. 622.

¹⁶ Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, L 142/6, 01.06.2012.

¹⁷ Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, C 295/2, 04.12.2009.

do oceny, czy problemy/cele zostały określone precyzyjnie i czy zastosowano adekwatny zakres prawnej interwencji.

Podkreślając rolę powiązań uzasadnień, należy mieć na względzie dwie okoliczności. Po pierwsze, wskazana wyżej dyrektywa, w preambule odwołuje się do rezolucji Rady dotyczącej harmonogramu działań mających na celu wzmocnienie praw procesowych osób podejrzanych lub oskarżonych w postępowaniu karnym¹⁸. Po drugie, w preambule do wymienionej rezolucji Rady, ma się do czynienia z odwołaniem do innych aktów z zakresu miękkiego prawa, które uzasadniają podjęte działania, np. Zalecenie Parlamentu Europejskiego dla Rady z 7 maja 2009 r. w sprawie rozwijania przestrzeni sprawiedliwości w sprawach karnych w UE – 2009/2012(INI)¹⁹, Komunikat Komisji Europejskiej dotyczący programu sztokholmskiego²⁰, a także konkluzje prezydencji z posiedzenia Rady Europejskiej w Tampere w dniach 15 i 16 października 1999 r.

System odwołań pozwala na prześledzenie historii unormowania konkretnego problemu, w ważnych z punktu widzenia procesu stanowienia prawa dwóch aspektach. Po pierwsze, *soft law* może być traktowane jako ważny element procesu prawotwórczego, precyzując cele i strategię działania w ramach poszczególnych polityk. Pozwala to na precyzyjne odtworzenie ukierunkowanego działania politycznego, wskazania przełomowych momentów wyznaczających przyjętą strategię działania. Po drugie, pozwala na identyfikację argumentacji przedstawianej w trakcie dyskursu prawnego nad proponowanymi rozwiązaniami, a w konsekwencji oceny adekwatności przyjętych rozwiązań prawnych.

Przedstawione uwagi dotyczą tylko wycinka szerszego zagadnienia: roli, jaką miękkie prawo unijne pełni w procesie tworzenia wiążących aktów prawnych. Inną, możliwą do przypisania funkcją jest to, że *soft law* może występować w szczególnej, „pilotażowej” roli. Wynika to z podwójnego zakotwiczenia *soft law*. Z jednej strony *soft law* jest bowiem swoistego rodzaju dopełnieniem treści zakresu konkretnej polityki, której podstawą są traktatowo określone

¹⁸ Między innymi w pkt. 11 preambuły, stanowiąc: „30 listopada 2009 r. Rada przyjęła rezolucję dotyczącą harmonogramu działań mających na celu wzmocnienie praw procesowych osób podejrzanych lub oskarżonych w postępowaniu karnym (zwanego dalej ‘harmonogramem działań’). Harmonogram działań zawierał wezwanie do stopniowego przyjmowania środków dotyczących prawa do tłumaczenia pisemnego i ustnego (środek A), prawa do informacji o prawach i do informacji o zarzutach (środek B), prawa do porady prawnej i pomocy prawnej (środek C), prawa do kontaktu z krewnymi, pracodawcami i organami konsularnymi (środek D) oraz specjalnych gwarancji dla osób podejrzanych lub oskarżonych wymagających szczególnego traktowania (środek E)”.

¹⁹ 2009/2012(INI).

²⁰ COM (2009) 262/4.

obszary działania (*policies*). Z drugiej, jest testem (głównie ze względów na przyjmowaną formę) dla wprowadzania prawnych regulacji w określonym aspekcie, przy wykorzystaniu prawnie wiążących, charakterystycznych dla europejskiego systemu prawnego, instrumentów prawnych. Można jednak przyjąć, że sygnalizowane w tym krótkim opracowaniu zagadnienie wykorzystywania aktów miękkiego prawa w konstrukcji i treści uzasadnień wiążących aktów prawa wtórnego, jest szczególnie istotne z punktu widzenia teoretyczno-prawnego i godne uwagi przy badaniu zjawiska efektywności prawa.

Abstract

Soft law vs. the premises of legislation in the European Union. Influence of soft law on the construction and content of justification of normative acts

The paper focuses on a particular aspect of the legislative process in the European Union: the soft law as well as its role in law making and in the evaluation of the EU legal system efficiency. Specific solutions adopted in the EU legislative system and the position of the soft law in this process should provide the grounds for a detailed discussion among legal experts, and particularly among the theorists and philosophers of law. The central thought of this short essay is the improvement of the legislative process and efficiency of legal acts, perceived as the key and pending problem, especially with regard to the extrapolation of legal regulations. The identification of the goals and a proper determination of the scope of legal intervention are considered crucial decisions at the preliminary stage of the process. A multidimensional justification of those decisions, based on a proper argumentation, is an essential condition of good law making.

Filip Zamuliński

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Prawne aspekty zatrzymania cudzoziemca z zaburzeniami psychicznymi w szpitalu psychiatrycznym na tle ustawy o ochronie zdrowia psychicznego oraz kodeksu postępowania cywilnego

Ustawa z 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego¹, zwana dalej ustawą, reguluje tryb postępowania w stosunku do osób przyjmowanych oraz przebywających w szpitalu psychiatrycznym. Artykuł 3 ust. 1 tejże ustawy określa, że:

[...] ilekroć przepisy niniejszej ustawy stanowią o osobie z zaburzeniami psychicznymi, odnosi się to do osoby chorej psychicznie (wykazującej zaburzenia psychotyczne), upośledzonej umysłowo, wykazującej inne zakłócenia czynności psychicznych, które zgodnie ze stanem wiedzy medycznej zaliczane są do zaburzeń psychicznych, a osoba ta wymaga świadczeń zdrowotnych lub innych form pomocy i opieki niezbędnych do życia w środowisku rodzinnym i społecznym.

Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego nie zawiera definicji zaburzeń psychicznych, a jedyne w art. 3 pkt 1 wymienione zostały trzy kategorie stanów, do których to pojęcie się odnosi². W psychologii i psychiatrii zarysowują się dwa nurty określające, co rozumie się przez pojęcie choroby psychicznej. W. A. Brodniak przez pojęcie choroby psychicznej rozumie tylko psychozę i wszystkie jej odmiany i rodzaje³. Inni znawcy tematu, jak S. Pużyński, do zaburzeń psychotycznych nazywanych dawniej „chorobami umysłowymi” a obecnie „chorobami psychicznymi”, zalicza m.in. schizofrenię, choroby afektywne, inne zespoły urojeniowe nieparanoidalne, cięższe formy otępie-

¹ Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego z 19 sierpnia 1994 r., Dz.U. z 1994 r. Nr 111 poz. 535.

² J. Duda, *Komentarz do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, Warszawa 2006, s. 23–24.

³ W. A. Brodniak, *Choroba psychiczna w świadomości społecznej*, Warszawa 2000, s. 29.

nia, zaburzenia świadomości⁴. Należy też wspomnieć o upośledzeniu umysłowym – jest to powstały w okresie rozwojowym stan, w którym ogólna sprawność intelektualna jest istotnie mniejsza od przeciętnej⁵.

Zakres innych zaburzeń ujętych w art. 3 pkt 1 lit c ustawy odpowiada w przybliżeniu zaburzeniom psychicznym zawartym w drugiej części V rozdziału Międzynarodowej Klasyfikacji Chorób Urazów i Przyczyn Zgonów IX Rewizji. Część ta obejmuje zaburzenia nerwicowe, osobowości i inne niepsychotyczne zaburzenia psychiczne, w których występują objawy harmoniczne⁶. Powyższy podział pojęcia „zaburzeń psychicznych” zgodny jest z X Wersją Międzynarodowej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych.

Zgodnie z dyspozycją art. 21 ust. 1 ustawy, osobą przyjętą do szpitala psychiatrycznego, a co za tym idzie, poddaną badaniu psychiatrycznemu, może być osoba, której zachowanie wskazuje na to, że z powodu zaburzeń psychicznych może zagrażać bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób, bądź nie jest zdolna do zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych. Takie przyjęcie może się odbyć również bez jej zgody. Artykuł 22 ust. 1 ustawy stanowi, że zgoda osoby przyjmowanej do szpitala psychiatrycznego powinna mieć formę pisemną. Przez pojęcie zgody przedmiotowej ustawa rozumie:

[...] swobodnie wyrażoną zgodę osoby z zaburzeniami psychicznymi, która – niezależnie od stanu jej zdrowia psychicznego – jest rzeczywiście zdolna do zrozumienia przekazywanej w dostępny sposób informacji o celu przyjęcia do szpitala psychiatrycznego, jej stanie zdrowia, proponowanych czynnościach diagnostycznych i leczniczych oraz o dających się przewidzieć skutkach tych działań lub ich zaniechania⁷.

W niniejszym opracowaniu zostanie podjęty temat szczególnej grupy pacjentów chorych psychicznie lub z zaburzeniami psychicznymi, a mianowicie takimi, którzy nie wyrazili zgody na przyjęcie do szpitala psychiatrycznego lub nie byli zdolni do jej wyrażenia. W stosunku do osób przyjętych do szpitala psychiatrycznego bez ich zgody konieczne jest zawiadomienie sądu opiekuńczego, który przeprowadza postępowanie mające na celu stwierdzenie, czy takie przyjęcie było zasadne, czy nie.

⁴ J. Duda, *op. cit.*, s. 24.

⁵ W. Pogorzelski, Z. Pośel, *Upośledzenie umysłowe*, [w:] *Podstawy psychiatrii*, red. M. Jarosz, Warszawa 1988, s. 253.

⁶ S. Dąbrowski, J. Pietrzykowski, *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Komentarz*, Warszawa 1997, s. 63.

⁷ Art. 3 ust. 4 ustawy z 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, Dz.U. Nr 111, poz. 535 z późn. zm.

W myśl ustawy, wśród osób przyjmowanych do szpitala psychiatrycznego, a wymagających orzeczenia sądu opiekuńczego, można wyróżnić ich trzy typy:

- osoba chora psychicznie lub upośledzona umysłowo niezdolna do wyrażenia zgody (art. 22 ust. 2 ustawy),
- osoba chora psychicznie lub upośledzona umysłowo, która sprzeciwiła się przyjęciu do szpitala psychiatrycznego, a jej dotychczasowe zachowanie wskazuje na to, że zagraża bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób (art. 22 ust. 2 C ustawy),
- osoba, której dotychczasowe zachowanie wskazuje na to, że z powodu zaburzeń psychicznych zagraża bezpośrednio swojemu życiu lub życiu lub zdrowiu innych osób, a zachodzą wątpliwości, czy jest ona chora psychicznie (art. 24 ustawy) w celu wyjaśnienia tych wątpliwości.

Szczególną grupą osób, co do których stosuje się przepisy o przyjęciu do szpitala psychiatrycznego bez ich zgody są osoby, które w trakcie leczenia cofnęły wyrażoną zgodę na pobyt i leczenie. W stosunku do takich osób, zgodnie z dyspozycją art. 28 ustawy jej przepisy stosuje się odpowiednio, a więc postępuje się z nimi, jak z osobami, które nie wyrażają zgody na przyjęcie do szpitala psychiatrycznego.

O przyjęciu osoby, o której mowa była powyżej postanawia lekarz wyznaczony do tej czynności po osobistym jej zbadaniu i zasięgnięciu w miarę możliwości opinii drugiego lekarza psychiatry lub psychologa. Lekarz ten jest zobowiązany wyjaśnić choremu przyczyny przyjęcia do szpitala psychiatrycznego bez zgody i poinformować o jego prawach. Przyjęcie takie wymaga zatwierdzenia przez lekarza ordynatora (lekarza kierującego oddziałem) w ciągu 48 godzin od chwili przyjęcia, a kierownik szpitala zawiadamia o powyższym sąd opiekuńczy miejsca siedziby szpitala w ciągu 72 godzin od chwili przyjęcia. W takim wypadku sąd opiekuńczy zobowiązany jest przeprowadzić postępowanie mające na celu stwierdzenie zasadności przyjęcia do szpitala psychiatrycznego osoby z zaburzeniami psychicznymi, upośledzonej umysłowo lub takiej, co do której zachodzi podejrzenie, że z powodu zaburzeń psychicznych zagraża bezpośrednio swojemu życiu lub życiu albo zdrowiu innych osób. Postępowanie to wszczynane jest z urzędu na podstawie powyższego zawiadomienia kierownika szpitala psychiatrycznego, lecz może być również zainicjowane z wniosku tej osoby, jej przedstawiciela ustawowego, małżonka, krewnych w linii prostej, rodzeństwa bądź osoby sprawującej nad nią faktyczną opiekę albo z urzędu (art. 25 ustawy).

Po zawiadomieniu sądu opiekuńczego, właściwego ze względu na siedzibę szpitala sędzia tego sądu jest zobowiązany w ciągu 48 godzin od otrzymania zawiadomienia, zgodnie z art. 45 pkt 2 ustawy, do wysłuchania tej osoby.

Następnie, jeżeli osoba wysłuchiwana przez sąd nie wyraziła zgody na przyjęcie jej podczas wysłuchania, sędzia sądu opiekuńczego zobowiązany jest w ciągu kolejnych 14 dni przeprowadzić rozprawę mającą na celu stwierdzenie zasadności lub jej braku, przyjęcia osoby z zaburzeniami psychicznymi do szpitala psychiatrycznego (art. 45 ust. 1 ustawy). Na termin rozprawy sędzia sądu opiekuńczego zarządza wydanie opinii psychiatrycznej przez biegłego psychiatrę (art. 46 ust. 2 ustawy).

Po przeprowadzeniu tych czynności sędzia na rozprawie orzeka, czy przyjęcie danej osoby było zasadne. O treści tego postanowienia sąd opiekuńczy zawiadamia niezwłocznie szpital, w którym osoba ta przebywa. W razie wydania postanowienia o braku podstaw do przyjęcia, szpital psychiatryczny jest obowiązany niezwłocznie wypisać tę osobę po doręczeniu jej postanowienia sądu.

Ustawa przewiduje, że sędzia jest władny bez przeprowadzenia postępowania dowodowego nakazać zwolnienie osoby zatrzymanej w szpitalu psychiatrycznym w trybie natychmiastowym, jeżeli pobyt tej osoby w szpitalu psychiatrycznym jest oczywiście bezzasadny (art. 45 pkt 2 *in fine* ustawy).

Podobnie jak stanowi przedmiotowa ustawa, wypowiedział się również Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku z 27 marca 2008 r., sygn. 44009/05, w którym stwierdzono, że osoby umyślowo chore winny zostać wysłuchane (przed sądem) albo osobiście, albo, gdy to konieczne, w drodze jakiejś formy reprezentacji. Trybunał podniósł również, że należy uznać za niezbędne, by sędzia miał przynajmniej krótki kontakt wzrokowy za skarżącym, a najlepiej, by go przesłuchał⁸.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że ustawodawca chciał w pełni zapewnić prawo osobie umieszczonej w szpitalu psychiatrycznym do zbadania zasadności jej zatrzymania, a co za tym idzie, uniemożliwienia różnym instytucjom bezprawnego pozbawienia jej wolności.

Ustawodawca w dość szczegółowy sposób określił tryb postępowania z osobami chorymi psychicznie lub z zaburzeniami psychicznymi, które są przyjmowane do szpitala psychiatrycznego, jednakże nie uwzględnił w omawianej ustawie obcokrajowców. Istotnym dla rozpatrzenia zasadności przyjęcia obcokrajowca bez jego zgody do szpitala psychiatrycznego jest art. 1099 § 2 k.p.c., który jednoznacznie stanowi, że brak jurysdykcji krajowej stanowi przyczynę nieważności, którą sąd bierze pod rozwagę z urzędu w każdym stanie sprawy. Tak więc jurysdykcja krajowa stanowi jedną z bezwzględnych przesłanek procesowych (oprócz wymienionych w art. 379 k.p.c.).

Artykuł 1110 k.p.c. w dawnym brzmieniu opierał jurysdykcję sądów polskich w postępowaniu nieprocesowym wobec cudzoziemca o dwa łączniki

⁸ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 27 marca 2008 r., sygn. 44009/05.

podmiotowe odnoszące się do przynajmniej jednego z uczestników postępowania nieprocesowego: obywatelstwa polskiego lub miejsca zamieszkania albo siedziby na terytorium Rzeczypospolitej. Tym samym, w stanie prawnym obowiązującym przed nowelizacją z 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw⁹ (Dz.U. z 2008 r. Nr 234, poz. 1571), obowiązująca od 1 lipca 2009 r., należało przyjmować brak jurysdykcji w stosunku do cudzoziemców, którzy w Polsce nie zamieszkiwali lub nie przebywali na stałe na terytorium RP.

W związku z powyższym, w przypadku gdy postępowanie dotyczyło obcokrajowca, który nie był w stanie wyrazić zgody na przyjęcie do szpitala psychiatrycznego lub jej nie wyrażał, sąd zgodnie z dyspozycją powyżej powołanego przepisu, zmuszony był umorzyć postępowanie i co za tym idzie, nie wydawać postanowienia o zasadności umieszczenia uczestnika w szpitalu psychiatrycznym. Przedmiotowe postępowanie było umarzone przez sąd na podstawie art. 1110 k.p.c. *a contrario* (w dawnym brzmieniu) wobec braku jurysdykcji krajowej. W związku z umorzeniem postępowania powstawał kolejny, bardzo poważny problem – przetrzymywania w szpitalu psychiatrycznym bez podstawy prawnej osoby, która na to nie wyraża zgody.

Idąc dalej należy stwierdzić, że pracownicy szpitala popełniali przestępstwo z art. 189 § 1 k.k., który stanowi: „Kto pozbawia człowieka wolności podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”. Mając powyższe na uwadze, osoba z zaburzeniami psychicznymi posiadająca chociażby minimalną świadomość prawną, mogła złożyć do prokuratury zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa, a kadra szpitala psychiatrycznego dopuszczająca się przestępstwa bezprawnego pozbawienia wolności, włącznie z ordynatorem tegoż szpitala, mogłaby odpowiadać karnie.

Z drugiej jednak strony nie do pomyślenia była sytuacja, aby osoby, które z powodu zaburzeń psychicznych, zagrażają swojemu życiu lub życiu i zdrowiu innych osób, mogły nie być odseparowane od społeczeństwa i nie miałyby im być zapewniona specjalistyczna pomoc tylko dlatego, że nie są obywatelami polskimi.

Lekarze i personel pracujący w placówkach leczących osoby z zaburzeniami psychicznymi stały w tym wypadku przed ogromnym dylematem, czy leczyć i narażać się na odpowiedzialność karną w przypadku wykrycia takiej praktyki, czy też zwolnić osobę, która nie jest w stanie w sposób świadomy pokierować swoimi czynami i przez to narażić siebie lub osoby z jej otoczenia na utratę życia lub zdrowia.

⁹ Ustawa z 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 234, poz. 1571.

Obecnie obowiązujący przepis art. 1110 k.p.c. wprowadza dodatkowy łącznik jurysdykcyjny: „jeżeli sprawa z innych względów wykazuje wystarczający związek z polskim porządkiem prawnym”. Treść tego przepisu pozwala na przyjęcie jurysdykcji polskiego sądu w sprawie cudzoziemca, który jedynie znajduje się na terytorium RP, ale nie ma tu miejsca zamieszkania ani miejsca stałego pobytu.

Istotny jest również cel ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, która w swoim założeniu ma pomagać osobom bezpośrednio zagrażającym własnemu życiu oraz zapobiegać sytuacjom, w których osoby chore psychicznie lub z zaburzeniami psychicznymi mogą zagrażać życiu lub zdrowiu innych osób.

Mając powyższe na uwadze, zasadna zdaje się interpretacja art. 1110 k.p.c. przyjmująca jurysdykcję sądów krajowych w sprawie obcokrajowca niemającego miejsca zamieszkania w Polsce i nieprzebywającego na stałe na terytorium RP albowiem pozostawienie takiej osoby bez specjalistycznej pomocy może zagrażać nie tylko jej, ale również innym osobom, a co za tym idzie, sprawa tego rodzaju wykazuje wystarczający związek z polskim porządkiem prawnym. Podobne stanowisko wyrażone zostało przez Ministerstwo Sprawiedliwości w odpowiedzi na zapytanie poselskie z 6 kwietnia 2011 r.. Stanowi ono, że

[...] przyjęć trzeba, że regulacja art. 1110 k.p.c. może stanowić podstawę do ustalenia jurysdykcji sądu polskiego w sprawach z ustawy o ochronie zdrowia psychicznego dotyczących cudzoziemców przebywających czasowo w Polsce, jeżeli sprawa wykazuje wystarczający związek z polskim porządkiem prawnym¹⁰.

Ratyfikowane umowy międzynarodowe, po ich ogłoszeniu w „Dzienniku Ustaw”, stają się częścią wewnętrznego porządku prawnego Polski i mogą być bezpośrednio stosowane, chyba że ich stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy. Zgodnie z enumeratywnym wyliczeniem obowiązujących w Polsce aktów prawnych, ratyfikowane umowy międzynarodowe mają pierwszeństwo przed ustawami krajowymi. Istotny jest również fakt, że od 1 maja 2004 r., kiedy Polska weszła do Unii Europejskiej, obowiązującym w RP jest prawo Unii Europejskiej. Może ono być stosowane bezpośrednio przez sądy krajowe. Tak więc i w omawianym przypadku zatrzymania cudzoziemca w szpitalu psychiatrycznym bez jego zgody, należy brać pod uwagę umowy międzynarodowe, których sygnatariuszem jest Polska, orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Stanowisko takie konsekwentnie prezentuje Europejski Trybunał Sprawiedliwości, który już w wyroku w sprawie *Costa v. ENEL* stwierdził, że w przeciwieństwie do klasycznych umów międzynarodowych, traktat

¹⁰ Odpowiedź na zapytanie poselskie nr DL-P-II-071-9/11/8.

o ustanowieniu Wspólnoty Europejskiej utworzył własny system prawny, który od wejścia traktatu w życie staje się integralną częścią systemów prawnych państw członkowskich i którego przepisy sądy państw członkowskich są obowiązane stosować¹¹.

W tym zakresie należy brać pod uwagę, czy prawo międzynarodowe i prawo Unii Europejskiej przed nowelizacją art. 1110 k.p.c. mogły dostarczyć odpowiedniego łącznika jurysdykcyjnego i wyeliminować powyżej omówione ograniczenie w kompetencji sądów polskich.

W Paktach Praw Człowieka, przyjętych 16 grudnia 1966 r. i ratyfikowanych przez Polskę 7 listopada 1991 r., wskazano, że państwa-strony uznają prawo każdego człowieka do korzystania z najwyższego osiągalnego poziomu zdrowia fizycznego i umysłowego. Przede wszystkim państwo-strona ma obowiązek stworzenia takich warunków, które zapewniają wszelką pomoc i opiekę lekarską na wypadek choroby. Z tego ogólnego stwierdzenia można wywnioskować, że państwa-strony zobowiązane są do stworzenia odpowiedniego prawodawstwa, które pozwoli na zapewnienie odpowiedniej pomocy osobom potrzebującym. Pomimo tak sformułowanego zobowiązania, Polska nie dopełniała ciężącego na niej obowiązku aż do chwili ratyfikowania omawianego art. 1110 k.p.c.

Omawiając zagadnienie międzynarodowego unormowania spraw zdrowotnych należy uznać, że znajdują się one wysoko na liście priorytetów Unii Europejskiej. Działanie Unii, które uzupełnia politykę krajową, nakierowane jest na poprawę zdrowia publicznego, zapobieganie chorobom i dolegliwościom ludzkim oraz usuwanie źródeł zagrożeń dla zdrowia fizycznego i psychicznego. Ogólne zasady w tym zakresie są formułowane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Niestety, orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości milczy na temat przymusowego umieszczenia osoby w szpitalu psychiatrycznym, a tym bardziej obcokrajowca.

Bogatsze na ten temat jest orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. W swoim orzeczeniu z 21 grudnia 2010 r., sygn. 13453/07, w sprawie Witek przeciwko Polsce, Trybunał, nawiązując do swoich wcześniejszych orzeczeń określających warunki, jakie muszą zaistnieć, aby pozbawienie wolności sprawcy czynu zabronionego cierpiącego na zaburzenia psychiczne mogło być uznane za zgodne z art. 5 ust. 1 E Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, zaakcentował konieczność opierania się przez sąd – przy dokonywaniu oceny zasadności stosowania sądowej detencji psychiatrycznej – na opinii lekarskiej opartej o aktualny stan zdrowia zainteresowanego, oraz prawo osoby przymusowo umieszczonej w zakładzie psychia-

¹¹ Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Flaminio Costa v. ENEL (C-6/64).

trycznym do bezzwłocznej sądowej kontroli legalności powyższej detencji¹².

Również w wyroku z 27 marca 2008 r., sygn. 44009/05, Europejski Trybunał Praw Człowieka jednoznacznie stwierdził, że choroba psychiczna nie oznacza, iż chory jest osobą, która nie potrafi stanowić o sobie i decydować we własnych sprawach¹³. To stwierdzenie zostało inkorporowane do polskiego porządku prawnego w art. 22 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, który stanowi, że przyjęcie osoby z zaburzeniami psychicznymi do szpitala psychiatrycznego następuje za jej pisemną zgodą na podstawie ważnego skierowania do szpitala, jeżeli lekarz wyznaczony do tej czynności, po osobistym zbadaniu tej osoby, stwierdzi wskazania do przyjęcia. Art. 1a powyższej ustawy stanowi, że w nagłych przypadkach, w szczególności uzyskania pomocy lekarskiej przed zgłoszeniem się do szpitala, osoba z zaburzeniami psychicznymi może być przyjęta do szpitala psychiatrycznego, za jej pisemną zgodą, bez skierowania, o którym mowa w ust. 1. Jednakże orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie podnosi zagadnienia zatrzymania obcokrajowca w szpitalu psychiatrycznym bez jego zgody.

Należy podnieść, że prawo europejskie kładzie mocny nacisk na potrzebę ochrony praw pacjenta. Zgodnie z art. 7 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny z 4 kwietnia 1997 r., osoba cierpiąca na poważne zaburzenia psychiczne może, bez wyrażenia zgody, zostać poddana interwencji medycznej mającej na celu leczenie tych zaburzeń, jeżeli brak interwencji stwarza ryzyko znacznego uszczerbku dla jej zdrowia pod warunkiem zachowania gwarancji określonych przez prawo określających nadzór, kontrole i środki odwoławcze¹⁴.

Ogólnym odniesieniem do omawianego przypadku zatrzymania cudzoziemca w szpitalu psychiatrycznym bez jego zgody jest zasada zawarta w art. 18 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, gdzie stwierdzono, że w zakresie zastosowania traktatów bez uszczerbku dla postanowień szczególnych, które one przewidują, zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową¹⁵. Jednakże europejska zasada niedyskryminacji sama w sobie nie może stanowić podstawy jurysdykcyjnej dla polskich sądów.

Przepisy traktatu o Unii Europejskiej – w przeciwieństwie do traktatów założycielskich – z zasady nie są zdadne do wywołania skutku bezpośredniego i nie korzystają z pierwszeństwa przed prawem państwem członkowskich. Ma to doniosłe znaczenie dla sądów państw członkowskich, które z zasady

¹² Orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 21 grudnia 2010 r., sygn. 13453/07.

¹³ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 27 marca 2008 r., sygn. 44009/05.

¹⁴ Art. 7 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny z 4 kwietnia 1997 r.

¹⁵ Art. 18 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

nie będą obowiązane do bezpośredniego stosowania przepisów tego traktatu¹⁶. Traktat o Unii Europejskiej jest odrębnym od traktatów założycielskich źródłem pierwotnego prawa wspólnotowego, jako tzw. traktat z Maastricht i tylko w tej części, w jakiej zawiera przepisy o Unii Europejskiej, a zatem z pominięciem przepisów zmieniających traktaty o ustanowieniu Wspólnot Europejskich. Zagadnienie relacji przepisów TUE do przepisów traktatów założycielskich jest sporne. W doktrynie prezentowane są stanowiska skrajne, a mianowicie od poglądu o jedności prawa wspólnotowego i prawa unijnego oraz odpowiednio Wspólnot Europejskich i Unii Europejskiej, do poglądu o ich strukturalnej odrębności. Na obecnym etapie rozwoju prawa wspólnotowego zasadne jest to ostatnie twierdzenie¹⁷.

Mając powyższe na uwadze należy uznać, że nowelizacja art. 1110 k.p.c. została podyktowana zobowiązaniem Polski, jakie podjęła ona ratyfikując umowy międzynarodowe, które zobowiązywały ją do niedyskryminacji osób ze względu na przynależność państwową. Gdyby nie przedmiotowa zmiana treści omawianego artykułu, Polska narażona byłaby na wytoczenie jej sprawy przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka lub Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Abstract

Legal aspects of the detention of a foreigner with a mental disorder in a psychiatric hospital against the law on mental health and the Code of Civil Procedure

The article on the legal aspects of the detention of a foreigner with mental disorder in a psychiatric hospital in the light of the law on mental health and the Civil Procedure Code describes the case in which a person without Polish citizenship and permanent residence in the territory of Poland is admitted to a psychiatric hospital without expressing consent to such an admission. The case described in the article is the more peculiar as until recently the binding law excluded the testing of legitimacy of admitting such a person to hospital and subjecting to treatment by the court supervising psychiatric hospitals, which could lead to patient abuse and offence, including even a charge of lawless imprisonment. The article refers also to the international law binding in Poland and the law of the European Union that could provide an appropriate connection between jurisdictions and eliminate the limitation in the competence of the Polish courts discussed above.

Summing up the discussion, the author of the article points to the fact that the amendment of article 1110 of the Civil Procedure Code, permitting the verification of justification of detention of a foreigner in a psychiatric hospital resulted from the obligations that Poland assumed while ratifying international agreements which obliged it to non-discrimination of people with respect to their state affiliation.

¹⁶ A. Wróbel, *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Kraków 2005.

¹⁷ *Ibidem*.

Rafał Noworyta
Uniwersytet Jagielloński

Problematyka odpowiedzialności za przestępstwo z art. 217 kodeksu karnego w świetle art. 96¹ kodeksu rodzinnego i opiekuńczego

Wraz z wejściem w życie ustawy z 10 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (Dz.U. z 2010 Nr 125, poz. 842), która wprowadziła do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego art. 96¹, ustawodawca *expressis verbis* zakazał osobom wykonującym władzę rodzicielską oraz sprawującym opiekę lub pieczę nad małoletnim stosowania kar cielesnych. Powyższy zabieg legislacyjny implikuje konieczność udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy wskutek wprowadzenia przedmiotowego zakazu, w aktualnym stanie prawnym, rodzic karcący dziecko tzw. kłapsem, naraża się na odpowiedzialność karną za przestępstwo naruszenia nietykalności tj. za występki z art. 217 k.k. Jak bowiem słusznie wskazano w doktrynie, jeszcze przed wejściem w życie powołanej ustawy, tego rodzaju zachowanie w sposób niewątpliwy stanowi realizację znamion powołanego typu czynu zabronionego¹. W świetle obu powołanych przepisów stwierdzić należy, że taki czyn *in abstracto* cechuje się bezprawnością oraz karalnością². Dlatego też konieczne jest dokonanie systemowej analizy aktualnego stanu prawnego, która umożliwi ocenę, czy przedmiotowe zachowanie, może skutkować odpowiedzialnością karną.

Przed rozpoczęciem właściwych rozważań warto wskazać, że o propozycji wprowadzenia do k.r.o. omawianego przepisu, w sposób sceptyczny wypowiedział się prof. Tadeusz Bojarski. Autor ten, opowiadając się zdecydowanie za koncepcją kontratypu karcenia małoletnich, dla którego uzasadnienia ustawowego doszukiwał się w normie art. 95 k.r.o. (a także w art. 1 §2 k.k.) uznał,

¹ I. Andrejew, *Oceny prawne karcenia nieletnich*, Warszawa 1964, s. 5.

² R. Noworyta, *Karcenie wychowawcze w świetle art. 96¹ Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2012, z. 2, s. 114 i nast.

że osoba dopuszczająca się karcenia powinna ponieść odpowiedzialność karną jedynie w wypadku przekroczenia granic kontrotypu. Natomiast wprowadzenie generalnego zakazu stosowania kar cielesnych, autor uznał za zabieg nie znajdujący uzasadnienia. Wskazał on między innymi, na możliwość zaistnienia problemu, z ustaleniem relacji pomiędzy zakresami nazw kara i karcenie. W jego ocenie, przedmiotowy zabieg legislacyjny zasługiwałby na akceptację, w wypadku rozróżnienia wyżej wymienionych pojęć. Powołany autor postulował, aby pod pojęciem kary cielesnej, zabronionej z mocy wówczas proponowanego (a obecnie obowiązującego) art. 96¹ k.r.o., rozumieć zachowanie przekraczające wypracowane w doktrynie granice kontrotypu, zaś karcenie wychowawcze mieszczące się w dotychczas aprobowanych (przez większość doktryny) granicach uznać za dopuszczalne³.

Stanowisko podobne do zaprezentowanego powyżej zostało wyrażone w doktrynie już na gruncie aktualnego stanu prawnego⁴. Zgodnie z tym poglądem, stosowania kar cielesnych, o którym mowa w art. 96¹ k.r.o., nie można utożsamiać z karceniem wychowawczym. Przedmiotowe stanowisko zostało uzasadnione argumentem natury systemowej, w myśl którego stosowanie kar cielesnych jest pojęciem z zakresu prawa rodzinnego i wywołuje skutki tylko w tej sferze, natomiast prawo karne, mające ze swej natury subsydiarny charakter, nie może wkraczać w tą sferę.

Do powołanych powyżej wypowiedzi należy odnieść się krytycznie. Przede wszystkim okoliczności towarzyszące uchwaleniu omawianej ustawy nakazują przyjąć, że intencją ustawodawcy było uznanie zachowania polegającego na wymierzeniu małoletniemu tzw. klapsa za *in abstracto* społecznie szkodliwe⁵. Ten sam argument wyklucza możliwość zawężenia zakresu przedmiotowego pojęcia kara cielesna w sposób proponowany przez wyżej powołanych przedstawicieli doktryny. Stwierdzenie, że intencją ustawodawcy (co wynikało jednoznacznie z okoliczności towarzyszących uchwalaniu ustawy), było zakazanie tzw. klapsa, przesądza bowiem o tym, że czyn tego rodzaju, uznać należy za *in abstracto* społecznie szkodliwy w stopniu wyższym niż znikomy. Natomiast stosowanie zabiegów interpretacyjnych, mających na celu odmienne wykładanie przepisu, stanowiłoby działanie ewidentnie sprzeczne z wolą tegoż ustawodawcy. Należy zatem postawić znak równości pomiędzy pojęciem „kary cielesne” w rozumieniu art. 96¹ k.r.o., a pojęciem karcenia wychowawczego polegającego na stosowaniu siły fizycznej.

³ T. Bojarski, *Zakres kontrotypu karcenia małoletnich w polskim prawie karnym*, [w:] *Prawne aspekty karcenia małoletnich*, red. F. Cieplý, Warszawa 2011, s. 6 i nast.

⁴ M. Kopeć, *Zwyczaj jako podstawa wyłączenia bezprawności karcenia małoletnich*, [w:] *Prawne aspekty...*, s. 3–4.

⁵ R. Noworyta, *Karcenie wychowawcze...*, s. 116.

Konsekwencją powyższego wniosku jest stwierdzenie, że jedynie *in concreto* można rozważyć wyłączenie karygodności przedmiotowego zachowania, z uwagi np. na atypową łagodność zastosowanej formy skarcenia.

Jak wskazano na wstępie, tego rodzaju czyn będzie cechował się również bezprawnością oraz karygodnością. Z punktu analizowanego zagadnienia ewentualnej odpowiedzialności karnej rodzica, konieczne jest natomiast rozważenia, czy istnieje podstawa dla „wtórnego” wyłączenia bezprawności takiego zachowania⁶. Zdaniem jednego z powołanych autorów, w polskim porządku prawnym istnieje umocowanie dla instytucji prawnokarnej karcenia wychowawczego. Jak wyjaśnia, w systemie istnieje norma, która *de lege lata* wyłącza bezprawność tego rodzaju zachowania⁷. Przedmiotową normą jest zastrzeżenie zawarte w ustawie ratyfikującej Konwencję o prawach dziecka⁸, zgodnie z którym wykonywanie przez dziecko praw określonych w Konwencji dokonuje się z poszanowaniem władzy rodzicielskiej, zgodnie z polskimi zwyczajami i tradycjami dotyczącymi miejsca dziecka w rodzinie i poza rodziną. Autor ten wskazuje, że zgodnie z art. 19 Konwencji, stosowanie przez rodziców przemocy fizycznej wobec dzieci jest zakazane, zaś zastrzeżenie, o którym mowa powyżej – powołujące się na polskie zwyczaje (do których należy karcenie w formie „klapsa”) wyłącza przedmiotowy zakaz. W ocenie powołanego autora, wymienione zastrzeżenie „wynosi” panujący zwyczaj karcenia do rangi obowiązującej normy prawnej, która to norma znajduje umocowanie w akcie o randze umowy międzynarodowej ratyfikowanej za zgodą wyrażoną w ustawie. Stwierdzenie powyższe implikuje z kolei wniosek, że norma wywodzona z umowy międzynarodowej ratyfikowanej za zgodą, wyrażoną w ustawie (czyli mającej pierwszeństwo przed ustawą „zwykłą”) uchyla zastosowanie wszelkich zawartych w ustawach norm zabraniających dozwolonego zwyczajem karcenia wychowawczego.

Odnosząc się do powyższej argumentacji należy stwierdzić, że bliższa analiza zarówno Konwencji, jak i poczynionych przez Polskę „zastrzeżeń”, nie uzasadnia takiego poglądu. Przede wszystkim, zgodnie z art. 19 Konwencji, poprzez jej ratyfikowanie, państwo polskie zobowiązało się podejmować działania legislacyjne, mające na celu ochronę dziecka przed przemocą fizyczną. Sama norma art. 19 nie zakazuje zatem tego rodzaju zachowań, a jedynie zobowiązuje państwo do wprowadzenia przedmiotowego zakazu w drodze

⁶ Na potrzeby niniejszego artykułu pominięto problematykę dopuszczalności powoływania się na kontratytypy pozaustawowe.

⁷ M. Kopeć, *Zwyczaj...*, s. 4 i nast.

⁸ Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 29 listopada 1989 r., ratyfikowana przez Polskę 30 kwietnia 1991 r. (Dz.U. z 1991 Nr 120, poz. 526).

stosownych ustaw. Niewywiązanie się z przyjętego zobowiązania nie implikuje *ex lege* powstania w polskim porządku prawnym takiego zakazu. W szczególności nie kreuje po stronie dziecka prawa do egzekwowania przedmiotowego zakazu. W związku z powyższym w przypadku stwierdzenia, że państwo polskie nie wywiązało się z obowiązku wynikającego z art. 19 Konwencji, jednostce mogłyby przysługiwać co najwyżej roszczenia, jakie odpowiednie przepisy wiążą z zaniechaniem legislacyjnym⁹. Natomiast odnosząc się do kwestii wprowadzenia do krajowego porządku prawnego zakazu karcenia wychowawczego, należy wskazać, że stwierdzenie, iż art. 19 Konwencji przedmiotowego zakazu nie wprowadził implikuje wniosek, iż poczynione przez Polskę przy ratyfikacji zastrzeżenie, nie mogło tego zakazu uchylać.

Kwestią odrębną pozostaje zagadnienie, czy istotnie polski ustawodawca, do momentu wejścia w życie omawianego art. 96¹ k.r.o. dopuszczał się zaniechania legislacyjnego.

Zagadnienie to *de lege lata* jest już nieaktualne. Skoro bowiem, wprowadzając art. 96¹ k.r.o., ustawodawca zakazał wszelkiej przemocy fizycznej względem dzieci znajdujących się pod opieką rodziców, opiekun lub innych osób, tym samym zadośćuczynił wymaganiom, jakie stawia Konwencja. Jak wyjaśniono w doktrynie, ustawodawca dokonał redakcji przepisu w sposób mający na celu objęcie jego dyspozycją właściwie wszelkich stanów faktycznych, w których mogłaby powstać wątpliwość, iż dopuszczalne jest zastosowanie kary cielesnej¹⁰.

Z przedstawionych powyżej rozważań wynika jednoznacznie, że zarówno zapis art. 19 Konwencji, jak i poczynionej przez państwo polskie deklaracji są bezprzedmiotowe z punktu widzenia odpowiedzialności osoby dopuszczającej się karcenia wychowawczego. Ponadto, jak zostało już wyjaśnione, czyn polegający na wymierzeniu małoletniemu „klapsa”, co do zasady jest zachowaniem bezprawnym, a także społecznie szkodliwym w stopniu wyższym niż znikomy. W związku z powyższym, biorąc pod uwagę, że w doktrynie panuje zgoda co do kwestii, że zachowanie takie realizuje znamiona występku z art. 217 k.k., w toku dalszych rozważań należy zastanowić się, czy nie istnieją inne podstawy do wyłączenia odpowiedzialności karnej rodzica stosującego przedmiotową formę karcenia.

Analizując powyższą kwestię warto odnieść się do zaprezentowanego w doktrynie stanowiska, zgodnie z którym odpowiedzialność osoby dopuszczającej się karcenia w formie „klapsa” może zostać wyłączona poprzez za-

⁹ Por. art. 417¹ §4 k.c.

¹⁰ P. Telusiewicz, *Przyczynek do dyskusji o zakazie karcenia dzieci w świetle kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, [w:] *Prawne aspekty...*, s. 79.

istnienie błędu co do kontraktynu albo też błędu co do prawa¹¹. Jeśli chodzi o pierwszą z wymienionych możliwości, jest ona wykluczona z samej istoty instytucji błędu co do kontraktynu. Jak bowiem słusznie podkreśla się w doktrynie, błędu co do okoliczności stanowiących znamiona kontraktynu nie można mylić z błędem co do oceny, czy określona sytuacja jest uznawana przez prawo za kontraktyn¹². Instytucja opisana w art. 29 k.k. nie dotyczy bowiem sytuacji, gdy sprawca pozostaje w błędzie co do obowiązującej regulacji prawnej lecz sytuacji, w której zachodzi niezgodność pomiędzy obiektywną rzeczywistością (stanem faktycznym), a jej odbiciem w świadomości sprawcy¹³, polegającym na urojeniu sobie przez sprawcę, że w tejże obiektywnej rzeczywistości zaistniała okoliczność wyłączająca bezprawność czynu. Jak bowiem słusznie podkreśla się w orzecznictwie i w doktrynie, błąd co do kontraktynu może polegać jedynie na urojeniu; zaś sprzecznością samą w sobie byłoby przyjmowanie konstrukcji nieświadomości kontraktynu¹⁴.

Przytoczone powyżej tezy implikują wniosek, że odwoływanie się do instytucji błędu co do kontraktynu jest z punktu widzenia omawianego problemu bezprzedmiotowe. Rodzic, który karci dziecko „klapsem” pozostając w błędnym przekonaniu, że taki czyn nie jest zachowaniem bezprawnym, pozostaje w błędzie co do prawa, nie zaś w błędzie co do okoliczności wyłączającej bezprawność czynu, o którym mowa w art. 29 k.k. Przepis ten mógł znaleźć zastosowanie (pod warunkiem zaakceptowania konstrukcji kontraktynów pozaustawowych) np. wobec rodzica, który skarcił dziecko pod wpływem błędnego przekonania, iż dopuściło się ono zachowania zasługującego na tego rodzaju oddziaływanie wychowawcze. Użycie w zdaniu poprzednim czasu przeszłego jest uzasadnione, bowiem warunkiem *sine qua non* dla zastosowania art. 29 k.k. jest uznawanie przedmiotowej urojonej okoliczności przez obowiązujący porządek prawny za kontraktyn. W związku z powyższym biorąc pod uwagę, że w obecnym stanie prawnym art. 96¹ k.r.o. wyklucza taką możliwość, odwoływanie się do art. 29 k.k. należy uznać za całkowicie niezasadne.

Przechodząc do drugiej z wymienionych możliwości, za słuszne uznać należy stwierdzenie, że rodzic karcący dziecko „klapsem” może pozostawać w nieświadomości, co do niezgodności swojego zachowania z normą usta-

¹¹ F. Ciepły, *Problem legalności kryminalnej karcenia cielesnego małoletnich z perspektywy zasad wykładni historycznoprawnej*, [w:] *Prawne aspekty...*, s. 10.

¹² A. Zoll, [w:] G. Bogdan, Z. Cwiąkowski, P. Kardas, J. Majewski et al., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007, t. 1, s. 460.

¹³ W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 8.

¹⁴ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 30 grudnia 1972 r. (sygn. akt Rw 1312/72, OSNKW 1973, z. 5, poz. 69); wyrok Sądu Najwyższego z 19 lutego 1997 r. (sygn. akt IV KKN 292/96, OSNPK 1997, z. 7–8, poz. 1); G. Bogdan, Z. Cwiąkowski, P. Kardas, J. Majewski et al., *Kodeks karny...*, s. 462.

wową – art. 96¹ k.r.o. W związku z powyższym konieczne jest rozważenie, czy istnieje możliwość wyłączenia bezprawności przedmiotowego czynu w oparciu o art. 30 k.k. Wydaje się, że kluczowe znaczenie z punktu widzenia odpowiedzi na powyższe pytanie będzie miało dokonanie właściwej interpretacji przesłanki usprawiedliwienia błędu. Dokonując takiej interpretacji Sąd Najwyższy w jednym z orzeczeń wyjaśnił, że analizy nieświadomości bezprawności, w jakiej pozostawał sprawca, należy dokonać przez pryzmat normatywu wzorcowego obywatela; ustalając, czy miałby on możliwość uniknięcia błędu co do prawa¹⁵. Aprobując powyższy pogląd Sądu Najwyższego należy stwierdzić, że wyłączenie przedmiotowej odpowiedzialności rodzica w oparciu o art. 30 k.k. będzie niedopuszczalne. Pogląd powyższy znajduje uzasadnienie w obserwacji społecznej rzeczywistości, na podstawie której należy stwierdzić, że wprowadzeniu zakazu karcenia towarzyszył na tyle długotrwały rozgłos medialny, iż niedopuszczalnym byłoby stwierdzenie, że powołany wyżej wzorcowy obywatel mógłby pozostawać w nieświadomości co do bezprawności zachowania. Spostrzeżenie, o którym mowa w zdaniu poprzednim, implikuje wniosek, że ewentualny błąd co do prawa byłby błędem nieusprawiedliwionym, a tym samym niespełniającym wymogów koniecznych dla wyłączenia odpowiedzialności karnej w oparciu o art. 30 k.k.

Należy ponadto wskazać, że rodzic dopuszczający się karcenia może pozostawać w błędnym przekonaniu, że jego zachowanie jakkolwiek bezprawne, będzie czynem cechującym się znikomym stopniem społecznej szkodliwości. Tego rodzaju błąd zasługiwałby na uznanie go za usprawiedliwiony. Przemawiałaby za tym w szczególności okoliczność, że pogląd o znikomym stopniu społecznej szkodliwości tego rodzaju czynu popiera część przedstawicieli doktryny¹⁶. Jednakże słusznie się podkreśla, że *de lege lata* Kodeks karny nie przewiduje instytucji błędu co do stopnia społecznej szkodliwości czynu¹⁷. Powyższe milczenie ustawodawcy implikuje stwierdzenie, że ewentualne błędne przekonanie rodzica co do stopnia społecznej szkodliwości jego zachowania, pozostanie irrelevantne z punktu widzenia odpowiedzialności karnej. Na marginesie wskazać należy, że w literaturze pojawił się pogląd postulujący wprowadzenie do Kodeksu karnego wyżej wymienionej kategorii błędu, jednakże nie zyskał on uznania ustawodawcy¹⁸. Przeprowadzona powyżej analiza aktualnego stanu prawnego, uprawnia do wyprowadzenia wniosku, że w oparciu o przepisy rangi ustawowej, rodzic dopuszczający się karcenia

¹⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z 14 maja 2003 r. (sygn. akt II KK 331/02, OSNwSK 2003, t. 1, poz. 969).

¹⁶ F. Ciepły, *Problem legalności...*, s. 10.

¹⁷ A. Zoll, [w:] G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski et al., *Kodeks karny...*, s. 460.

¹⁸ Z. Cwiakalski, *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym*, Kraków 1991, s. 119.

małoletniego w formie „klapsa”, podlega odpowiedzialności karnej za czyn z art. 217 k.k.

Podkreślenia wymaga również to, jak istotne jest uczynione w zdaniu poprzednim zastrzeżenie, że powyższy wniosek dotyczy jedynie analizy przepisów prawa, ograniczonej do norm rangi ustawowej. Wskazać bowiem należy, że osoba dopuszczająca się takiego czynu nie poniesie odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 217 k.k., z uwagi na treść art. 48 ust. 1 Konstytucji¹⁹. Na problem ten zwrócił uwagę również P. Czarnek wskazując, że omawiany art. 96¹ k.r.o. prawdopodobnie narusza konstytucyjne prawo rodziców do wychowywania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem²⁰. Zgodnie z poglądem tego autora, treść art. 48 Konstytucji implikuje wolność rodziców, prowadzących proces wychowania od ingerencji instytucji państwowych. Nie wymaga szerszego komentarza okoliczność, że powyższa wolność nie ma charakteru absolutnego. Jednakże konstytucyjne granice tej wolności nie zostaną przez rodzica przekroczone w sytuacji stosowania karcenia, spełniającego wypracowane przez doktrynę (w okresie poprzedzającym wejście w życie art. 96¹ k.r.o.) warunki konieczne dla przyjęcia legalności takiego zachowania. Wniosek powyższy jest logiczną konsekwencją dostrzeżenia treści owych warunków, w szczególności zaś wymogu, aby działanie osoby karcącej nakierowane było na cel wychowawczy. Dlatego też takiego rodzaju karcenie będzie mieściło się w granicach prawa do wychowywania dzieci, które zapewnia rodzicom Konstytucja.

Na poparcie przedstawionego stanowiska warto powołać jeszcze jeden argument. Otóż stwierdzić należy, że prawo rodziców do wychowywania dziecka zawiera w sobie także prawo do posługiwania się w trakcie procesu wychowania instrumentami niezbędnymi do właściwego przeprowadzenia tego procesu. Innymi słowy, implikacją przesłanki, że Konstytucja zapewnia rodzicom prawo do określonego kształtowania postaw dziecka jest wniosek, że zapewnia ona również prawo do stosowania instrumentów potrzebnych do kształtowania owych postaw. Jak bowiem słusznie zwrócono uwagę w doktrynie, wielu rodziców nie posiada umiejętności korygowania postaw dziecka, przy użyciu tylko i wyłącznie autorytetu oraz werbalnych środków perswazji²¹. Ponadto brak jest jakichkolwiek prawnych lub aksjologicznych podstaw, aby stawiać rodzicom wymóg posiadania takich umiejętności.

Podsumowując należy stwierdzić, że prawo rodziców do stosowania formy wychowawczej, jaką jest karcenie dziecka „klapsem” wynika z samego

¹⁹ R. Noworyta, *Karcenie wychowawcze...*, s. 117.

²⁰ P. Czarnek, *Karcenie małoletnich w świetle Konstytucji RP*, [w:] *Prawne aspekty...*, s. 10; T. Bójarski, *Zakres kontratypu...*, s. 8.

²¹ I. Andrejew, *Oceny prawne...*, s. 27–28.

konstytucyjnego prawa do wychowywania dzieci. Natomiast przepis rangi ustawowej, pozbawiający rodziców możliwości stosowania takiej formy, jest niezgodny z art. 48 ust. 1 Konstytucji. W związku z powyższym, biorąc pod uwagę hierarchię źródeł prawa, powołana norma konstytucyjna znajdzie bezpośrednio zastosowanie w miejsce niezgodnego z nią przepisu ustawy. Z kolei bezpośrednio zastosowanie przepisu konstytucyjnego przesądzi o zgodności z prawem takiego czynu. Tym samym zachowanie się rodzica karcącego dziecko „klapsem” jako zgodne z prawem, nie będzie stanowiło przestępstwa i nie będzie implikowało odpowiedzialności karnej w oparciu o art. 217 k.k.

Abstract

Responsibility for crimes against article 217 of the Criminal Code in the light of article 961 of the Family and Guardianship Code

The prohibition on corporal punishment by persons executing custody and/or guardianship of a minor is expressed in the article 961 of the Family and Guardianship Code. It is necessary to answer the question whether – due to the introduction of the aforementioned prohibition, in the current state of law, a parent punishing a child by so-called “spanking” runs the risk of criminal responsibility for the crime of infringing personal inviolability, i.e. for an offence against article 217 of the criminal code. The doctrine proves that such a behaviour constitutes beyond doubt such a prohibited action. In the light of the regulations discussed in the article, one must conclude that *in abstracto* such an action is lawless and punishable.

Renata Pawlik

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Urządzenie niedozwolone jako jedno ze znamion przestępstwa sharingu

Mianem sharingu określa się różnorodne postacie i sposoby wspólnego korzystania z zasobów lub przestrzeni. Oprócz oczywistych przypadków, które można zaobserwować w działalności człowieka, wiele przykładów takiej sytuacji daje się spostrzec w przyrodzie. Jest to podstawowy element ludzkiego wzajemnego oddziaływania, wzmacniający jednocześnie więzi społeczne.

Dzielenie się jest kluczowym sposobem prowadzącym do dynamicznego rozwoju wolnego oprogramowania, w tym tzw. *open source*¹. Działania takie wspierane są m.in. przez Creative Commons czy General Public License². Zjawisko to, poza korzyściami w zakresie rozwoju tzw. wolnego oprogramowania oraz aspektami ekonomicznymi, prowadzi także do konieczności zweryfikowania podejścia m.in. do licencji, patentów i praw autorskich, a w ściśle określonych przypadkach również do odpowiedzialności karnej.

Jedną z wielu postaci sharingu jest dzielenie kodowanych usług świadczonych drogą elektroniczną, w praktyce najczęściej sygnału płatnych platform telewizyjnych. Do takich przejawów piractwa telewizyjnego należą m.in. nielegalne podłączenia do sieci kablowej połączone niejednokrotnie z dewastacją urządzeń, instalowanie w domach podrabianych filtrów do odbioru sygnału płatnej telewizji, łamanie kodów zabezpieczających w kartach, które umożliwiają korzystanie z telewizji satelitarnej, wyłudzenie nielegalnego sprzętu i handlowanie nim³.

¹ www.opensource.org [08.11.2012].

² Creative Commons jest międzynarodowym projektem oferującym darmowe rozwiązania prawne i inne narzędzia służące zarządzaniu przez twórców prawami autorskimi do swoich utworów. Creative Commons wspiera wolną kulturę: produkcję i wymianę utworów traktowanych jako dobro wspólne; www.creativecommons.pl/o-nas [07.11.2012]; www.gnu.org [09.11.2012].

³ www.sygnał.org.pl/content.php?idNode=4 [08.11.2012]; K. Korus, *Komentarz do ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających*

Na przełomie XX i XXI w. walkę z nielegalnymi postaciami sharingu podjęły – uznając to zjawisko za niewątpliwie szkodliwe m.in. dla rozwoju usług świadczonych drogą elektroniczną, opartych lub polegających na tzw. dostępie warunkowym – w zasadzie równolegle niemalże wszystkie państwa europejskie i wiele państw pozaeuropejskich⁴.

cych na dostępie warunkowym, „Lex” (el.) 2002; K. Dąbkiewicz, *Ochrona prawnokarna niektórych usług elektronicznych*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 1, s. 68 i nast.

⁴ Austria: Zugangskontrollgesetz – ZuKG, 11 July 2000 (Federal Law on the protection of services based on conditional access – Conditional Access Law); Belgium: Decree amending the Flemish Media Decree 1995 (article 64); Flemish community; Décret sur la radio diffusion 2003 – French Community; Programmdekret 2000, amending the Mediendekret 1999; Law amending the Brussels – Capital Media Law 1995; Law on the legal protection of information society conditional access services; Cyprus: Law of 2002 ratifying the Council of Europe Convention 178 – Law ratifying the European Convention for the Legal Protection of Services based on, or consisting of, Conditional Access, 11 July 2002; Denmark: Radio and Television Broadcasting Act – Consolidating Act No. 138, 19 February 1998; Finland: Section 25 of the Finnish Telecommunications Market Act 396/1997; France: Article 268 Loi No. 92-1336, 16 décembre 1992 relative à l’entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines disposition de droit pénal et de cetter entrée en vigueur (Journal Official No. 298, 23 décembre 1992); Loi No. 88-19, 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique (dite “loi Godfrain”); Article 79-1 Loi No. 86-1067, 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication modifiée et complete; Germany: Gesetz über den Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten “Zugangskontrolldiensteschutz-Gesetz” – ZKDSG, 19 March 2002 (BGBl. I, S. 1090), amended by article 3 of law of 26 February 2007 (BGBl. I, S. 179); Greece: Presidential Decree No. 343, 22 November 2002 (Harmonization of the Greek legislation with the provisions of the 98/84/EC Directive of the European Parliament and the Council of 20 November 1998 for the legal protection of the services based on, or consisting of, the conditional access provision (pay services)); Hungary: Section 300/E of the Hungarian Criminal Code, 1 April 2002, as amended by Act CXXI of 2001 in December 2001 with regard to the Cyber Crime Convention and Directive 98/84/EC; Ireland: European Communities Conditional Access Regulations, 2000, Statutory Instruments, S. I. No. 357/2000; Italy: Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 4 September 2000, No. 206; D. Lgs. 15 November 2000, No. 373 (Legislative Decree No. 373, 15 November 2000, implementation of Directive 98/84/EC on the legal protection of the services based on, or consisting of, conditional access), Attuazione della Direttiva 98/84/CE sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 15 December 2000, S. G. 292, p. 5; Art. 171 octies Legge, 18 August 2000, n. 248, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 23 August 2000; Legge 7 February 2003, n. 22 – Modifica al decreto legislative, 15 November 2000, n. 373, in tema di tutela del diritto d’autore, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 15 February 2003, n. 38; Lithuania: Telecom Law Article 27 (Conditional Access Services and Related Facilities); Administrative Offences Code; Government Resolution; Civil Code – Articles 6.249 and 6.255; Civil Procedure Code – Articles 135, 145, 270; Luxembourg: Loi du 2 août 2002 sur la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d’accès conditionnel; The Netherlands: Implementatie richtlijn 98/84/EG, Staatscourant 6 juli 2000, n. 128, p. 11; Portugal: Decreto-Lei No 287/2001, 8 November 2001 (Decree-Law No. 287/2001, 8 November 2001); Slovakia: Art. 25 of Electronic Communications Act 610/2003, 31 December 2003 (Partial implementation of directive 98/84/EC); Spain: Antiproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, de código penal, Article 92 (Draft Article 286 Penal Code as amended by Article 92 of draft Law amending the Penal Code); Sweden: Lag (2000:171) om förbud beträffande viss avkodningsutrustning (SFS Nr, 2000: 171); United Kingdom: Sections 297A and 298 Copyright and Patents Act as amended by the European Communities Conditional Access Regulations, 2000,

Na gruncie europejskim początki negatywnej oceny tego typu zachowań sięgają roku 1998, kiedy Parlament Europejski i Rada wprowadziły prawną ochronę kodowanych usług świadczonych drogą elektroniczną, przyjmując dyrektywę 98/84/WE⁵ w sprawie prawnej ochrony usług opartych lub polegających na warunkowym dostępie. Zasadniczym celem opisanej dyrektywy jest zbliżenie przepisów prawnych państw członkowskich, dotyczących środków podejmowanych przeciwko nielegalnym urządzeniom dającym nieuprawniony dostęp do usług podlegających ochronie, opartych lub polegających na warunkowym dostępie, pozwalających w konsekwencji również na uzyskiwanie niedozwolonych korzyści majątkowych⁶. W rozumieniu wyżej opisanej dyrektywy, urządzeniem nielegalnym jest wszelkie wyposażenie lub oprogramowanie zaprojektowane lub przystosowane do udostępniania usług chronionych w zrozumiałej formie bez zezwolenia świadczącego usługi⁷. Usługą chronioną zaś na gruncie wspomnianej dyrektywy jest dowolna z następujących usług, świadczona w zamian za wynagrodzenie i na podstawie dostępu warunkowego: transmisja telewizyjna zgodnie z definicją art. 1 lit. a dyrektywy 89/552/EWG, transmisja radiowa, oznaczająca dowolną transmisję kablową lub bezprzewodową, w tym przez satelitę, programów radiowych skierowanych do odbioru publicznego, usługi społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 98/34/WE z 22 czerwca 1998 r., ustanawiającej procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, lub świadczenie warunkowego dostępu do powyższych usług, uznane za usługę samą w sobie⁸.

Kontynuacją, a zarazem poszerzeniem terytorialnym podjętych przez UE działań, jest prawie równoczesne przyjęcie Europejskiej konwencji o prawnej

Statutory Instruments No. 1175/2000, The Conditional Access (Unauthorised Decoders) Regulations 2000; www.aepoc.org/index2.htm [07.11.2012]; Canada: Radiocommunications Act and Articles 326, 327 Criminal Code; Japan: Unfair Competition Act 1998; USA: Article 17 USC § 1201, "Circumvention of Copyright Protection Systems", Article 18 USC § 1343, "Fraud by Wire, Radio or Television"; Article 18 USC § 2511, "Interception and disclosure of wire, oral or electronic communication prohibited"; Article 18 USC § 2512, "Manufacture, distribution, possession, and advertising of wire, oral, or electronic communication intercepting devices prohibited"; Article 47 USC § 553, "Unauthorized Reception of Cable Service"; Article 47 USC § 605, "Unauthorized Publication or Use of Communications"; Communication Act 1934 and 1996, section 633 and 705; www.aepoc.org/index2.htm [07.11.2012].

⁵ Dyrektywa 98/84/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 20 listopada 1998 r. w sprawie ochrony prawnej usług dostępu warunkowego lub usług opartych na dostępie warunkowym (Dziennik Oficjalny Wspólnot Europejskich [dalej Dz.U.UE.], L 320/54, 28.11.1998).

⁶ *Ibidem*, por. w tym zakresie: preambuła, pkt 19; art. 1.

⁷ *Ibidem*, art. 2.

⁸ *Ibidem*.

ochronie usług opartych lub polegających na dostępie warunkowym, podpisanej w Strasburgu 24 stycznia 2001 r.⁹, przyjmującej ramy regulacyjne, które są prawie identyczne z zawartymi w przywołanej wyżej dyrektywie 98/84/WE Parlamentu Europejskiego i Rady. Celem wspomnianej konwencji jest doprowadzenie do uznania za niezgodne z prawem na terytorium stron pewnej liczby działań umożliwiających uzyskanie nieuprawnionego dostępu do usług chronionych i zbliżenie ustawodawstw w tej dziedzinie¹⁰. W rozumieniu wspomnianej konwencji „urządzenie nielegalne” oznacza wszelki sprzęt, oprogramowanie lub urządzenie zaprojektowane lub przystosowane do udostępniania w zrozumiałej formie jednej z usług, o których mowa w lit. a artykułu 2, bez zezwolenia usługodawcy¹¹. Wskazana definicja wydaje się zbieżna z przyjętą definicją urządzenia nielegalnego na gruncie dyrektywy 98/94/WE, aczkolwiek zwrócić uwagę należy na nieco inne ujęcie zakresowe „urządzenia nielegalnego”, jest to bowiem sprzęt, oprogramowanie lub urządzenie, podczas gdy dyrektywa 98/94/WE posługuje się pojęciem wyposażenia¹² lub oprogramowania. Decyzją Rady z 29 listopada 2011 r.¹³ w sprawie podpisania w imieniu Unii Europejskiej Konwencji o prawnej ochronie usług opartych lub polegających na dostępie warunkowym, Rada upoważniła przewodniczącego Rady do wyznaczenia osoby lub osób umocowanych do podpisania tejże konwencji¹⁴.

⁹ Europejska konwencja o prawnej ochronie usług opartych lub polegających na dostępie warunkowym, podpisana w Strasburgu 24 stycznia 2001 r. (Dz.U.UE., L 336/2, 20.12.2011).

¹⁰ *Ibidem*, art. 1.

¹¹ Telewizyjne usługi programowe określone w art. 2 zmienionej Europejskiej konwencji o telewizji ponadgranicznej, usługi transmisji radiowej, oznaczające programy radiowe skierowane do odbioru publicznego transmitowane drogą kablową lub bezprzewodową, w tym przez satelitę, usługi społeczeństwa informacyjnego, rozumiane jako usługi świadczone drogą elektroniczną, na odległość i na indywidualne zamówienie odbiorcy, lub świadczenie warunkowego dostępu do powyższych usług, uznane za usługę samą w sobie (art. 2, lit. a Konwencji).

¹² W wersji angielskojęzycznej pojawia się sformułowanie *equipment*, tłumaczone jako „sprzęt” (*equipment, tackle, utensil, implement, paraphernalia, layout*) oraz „wyposażenie” (*equipment, furnishings, outfit, endowment, dowry*); w uzasadnieniu projektu polskiej regulacji zwracano uwagę, że większość definicji zaproponowanych w projekcie ustawy zaczerpnięta została wprost z poszczególnych dyrektyw. Należy przy tym zauważyć, że tłumaczenie niektórych terminów wywołało liczne trudności związane przede wszystkim z faktem, że dotyczą one zupełnie nowego obszaru, w szczególności komunikowania się i świadczenia usług poprzez Internet, zaś w tej dziedzinie powszechnie stosowana jest terminologia angielskojęzyczna (zob. Sejm IV kadencji, druk 353), przy czym choćby w opinii Sejmowego Biura Analiz z 15 kwietnia 2002 sygnalizowano, że zgodnie z art. 2 lit. e dyrektywy 98/84/WE: „urządzenie nielegalne oznacza wszelkie wyposażenie lub oprogramowanie zaprojektowane lub przystosowane dla udostępniania usług chronionych w zrozumiałej formie bez upoważnienia przez usługodawcę”, zwracając uwagę jedynie na pominięcie słów „w zrozumiałej formie”.

¹³ Dz.U.UE., L 336/1, 2011.

¹⁴ 21 grudnia 2011 r. Urszula Gacek, stały przedstawiciel Polski przy RE, podpisała w imieniu Unii Europejskiej Konwencję RE w sprawie ochrony prawnej usług opartych lub polegających na warunkowym dostępie (ETS 178).

Implementacja wspomnianej wyżej dyrektywy 98/84/WE na grunt ustawodawstwa polskiego nastąpiła ustawą z 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym¹⁵.

Do 5 lipca 2002 r. w ustawodawstwie polskim w tym zakresie nie pojawiały się kompleksowe regulacje. Powszechnie zwraca się uwagę na art. 118¹ ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z 4 lutego 1994 r.¹⁶, w którym dopatrywać się można pierwowzoru dzisiejszej regulacji¹⁷. Penalizacją objęto tutaj zachowania polegające na wytwarzaniu przedmiotów przeznaczonych do niedozwolonego usuwania lub obchodzenia technicznych zabezpieczeń przed odtwarzaniem, przegrywaniem lub zwielokrotnianiem utworu, bądź też służących do nielegalnego odbioru nadawanych programów, przeznaczonych dla zamkniętego grona odbiorców, uzyskujących do nich dostęp po zapłaceniu wynagrodzenia usługodawcy, albo dokonywaniu obrotu takimi przedmiotami¹⁸.

Wspomnieć należy również art. 267 k.k.¹⁹, gdzie opis karalnego zachowania polega na uzyskaniu bez uprawnienia dostępu do informacji nieprzeznaczonej dla otwierającego zamknięte pismo, podłączającego się do sieci telekomunikacyjnej lub przełamującego albo omijającego elektroniczne, magnetyczne, informatyczne lub inne szczególne jej zabezpieczenie, jak również uzyskaniu bez uprawnienia dostępu do całości lub części systemu informatycznego oraz w celu uzyskania informacji, do której nie jest uprawniony, zakładaniu lub posługiwaniu się urządzeniem podsłuchowym, wizualnym albo innym urządzeniem lub oprogramowaniem²⁰.

¹⁵ Ustawa z 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym, Dz.U. z 2002 r. Nr 126, poz. 1068 z późn. zm.

¹⁶ Dz.U. z 2000 r. Nr 80, poz. 904 z późn. zm.

¹⁷ Zob. m.in.: uzasadnienie uchwały SN, sygn. akt I KZP 19/07 z 29 sierpnia 2007 r., cytowanej wyżej; Z. Cwiakalski, [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Cwiakalski, R. Markiewicz, E. Traple, *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Kraków 2005, s. 861.

¹⁸ Wspomniana ustawa z 5 lipca 2002 r., dokonując w zakresie swojej regulacji wdrożenia dyrektywy 98/84/WE, w art. 11 wprowadziła zmianę opisaną w regulacji, polegającą na skreśleniu wyrazów „bądź też służące do nielegalnego odbioru nadawanych programów, przeznaczonych dla zamkniętego grona odbiorców, uzyskujących do nich dostęp po zapłaceniu wynagrodzenia usługodawcy”.

¹⁹ Ustawą z 24 października 2008 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 214, poz. 1344:) zmieniono m.in. art. 267, dokonując w ten sposób implementacji Decyzji ramowej Rady 2005/222/WSiSW z 24 lutego 2005 r. w sprawie ataków na systemy informatyczne (Dz.U.UE., L 69/67, 16.03.2005). Po zmianie art. 267 § 1 k.k. za zabronione pod groźbą kary uznaje się już samo nieuprawnione uzyskanie dostępu do informacji. Sformułowanie „podłączając się do przewodu służącego do przekazywania informacji” zastąpiono wyrażeniem „podłączając się do sieci telekomunikacyjnej”, co miało na celu poszerzenie ochrony prawnej wynikającej z dyspozycji tego przepisu na sieci bezprzewodowe. Rozszerzono nadto znamię strony przedmiotowej czynu o sformułowanie „albo omijając” (zob. także uzasadnienie projektu, Sejm VI kadencji, druk nr 458; www.sejm.gov.pl/prace/prace.html [dostęp 12.11.2012]).

²⁰ W uchwale z 22 stycznia 2003 r., I KZP 43/02 (OSNKW 2003, z. 1–2, poz. 5), stwierdził: „działanie sprawcy, polegające na bezprawnym podłączeniu odbiornika telewizyjnego do sieci

Poza wskazanym występkiem w tym zakresie, należy również zwrócić uwagę na wykroczenia opisane w: art. 121 k.w., polegające na wyłudzeniu przejazdu koleją lub innym środkiem lokomocji, w § 2 – na wyłudzeniu pożywienia lub napoju w zakładzie żywienia zbiorowego, przejazdu środkiem lokomocji należącym do przedsiębiorstwa niedysponującego karami pieniężnymi określonymi w taryfie, wstępie na imprezę artystyczną, rozrywkową lub sportową, działaniach automatu lub innego podobnego świadczenia, o którym wie, że jest płatne. Stosowanie w zakresie tzw. sharingu jako podstawy odpowiedzialności tej ostatniej regulacji budziło znaczne wątpliwości w odniesieniu do wyłudzenia innego podobnego świadczenia²¹.

W ustawie o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym w omawianym zakresie, przyjęto dwa typy karalnego zachowania, a mianowicie: w art. 7 ust. 1 posiadanie lub używanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej urządzenia niedozwolonego – z zagrożeniem karą grzywny, karą ograniczenia wolności albo

kablowej, godzi w prawa majątkowe nadawcy programu, nie wyczerpuje jednak znamion przestępstwa określonego w art. 267 § 1 k.k.". W wyroku z 24 marca 2004 r., IV KK 46/04 (Lex, nr 109831) Sąd Najwyższy wyjaśnił, że sprawca, który bezprawnie korzysta z programów sieci kablowej telewizyjnej i uzyskuje zawarte w nich informacje, nie narusza dyspozycji art. 267 § 1 k.k., lecz godzi jedynie w prawa majątkowe. Wskazał też, że takie zachowanie należałoby zakwalifikować jako wyczerpujące znamiona występków z art. 7 pkt 1 lub art. 7 pkt 2 ustawy z 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym. Krytycznie do powyższego podchodzi W. Wróbel (*Kodeks karny, część szczególna*, t. 2, red. A. Zoll, Kraków 2006, s. 1281), zwracając uwagę, że prawo do dysponowania informacją związane jest nie tylko z jej treścią, ale także sposobem jej utrwalenia. W tym sensie ochronie podlegają prawa do stworzonych baz danych czy innych konglomeratów informacji niebędących z uwagi na ich treść szczególnie chronioną tajemnicą. Kodeks karny w art. 267 nie różnicuje chronionej informacji, nie jest także istotne, czy z uwagi na treść lub też sposób utrwalenia, dysponowanie informacją powiązane jest z uzyskiwaniem korzyści majątkowej.

²¹ W postanowieniach z 29 września 2004 r., I KZP 21/04 (OSNKW 2004, z. 9, poz. 90) oraz I KZP 22/04 (OSNKW-R 2004, poz. 1691), Sąd Najwyższy orzekł, że „innym podobnym świadczeniem, o którym mowa w art. 121 § 2 k.w., jest także płatna usługa, polegająca na podłączeniu odbiornika telewizyjnego do systemu zbiorowego odbioru (sieci kablowej) i na udostępnieniu programów”. J. Skrzypczak w głosie do powołanego rozstrzygnięcia podniósł, że opłata za dostęp do sieci kablowej jest należnością za udostępnienie pakietu programów radiowych i telewizyjnych, względnie innych jeszcze usług, o odpowiedniej jakości (zarówno technicznej, jak i merytorycznej). Podobieństwo zatem chociażby do opisywanego w art. 121 § 2 k.w. wyłudzenia wstępu na imprezę artystyczną, sportową, rozrywkową jest widoczne. Nie zmienia takiej oceny okoliczność, że usługi takie dostępne są w różnej formie, tzn. możliwości osobistego uczestniczenia w widowisku (uczestnictwa osobistego, fizycznego) czy też uzyskania określonego nadania radiowego czy telewizyjnego (przekazu dźwięków lub obrazów). To samo dotyczy kwestii opłat. Za wstęp na zbiorową imprezę pobiera się wprawdzie zwykle opłatę jednorazową, nie można jednak wykluczyć rozłożenia takiej kwoty na płatności okresowe w postaci abonamentu (np. za serię imprez). Podobnie dzieje się z należnościami w zamian za możliwość uzyskania usług oferowanych przez operatora sieci kablowej radiofonii lub telewizji (J. Skrzypczak, *Glosa do postanowienia SN z dnia 29 września 2004 r., I KZP 21/04*, „Palestra” 2005, nr 1–2, s. 284).

pozbawienia wolności do roku, oraz w ust. 2 używanie urządzenia niedozwolonego wyłącznie na własne potrzeby – z zagrożeniem wyłącznie karą grzywny. Zakres zachowań karalnych uzupełnia art. 6 powołanej regulacji, gdzie penalizacją objęto wytwarzanie urządzenia niedozwolonego w celu użycia w obrocie lub wprowadzanie takiego urządzenia do obrotu, względnie świadczenia usług niedozwolonych zgodnie z legalną definicją ustawową, zawartą w art. 2 pkt. 7, polegających na: instalacji, serwisie lub wymianie urządzeń niedozwolonych lub przekazie informacji handlowej dla promocji urządzeń niedozwolonych lub usług z nimi związanych, albo mającej za przedmiot niedozwolone urządzenia lub usługi²².

Kluczowym dla obu typów karalnego zachowania jest znamię urządzenia niedozwolonego, które w polskiej regulacji, jak to wskazano wyżej, definiowane jest jako sprzęt²³ lub oprogramowanie, które zostały zaprojektowane lub przystosowane w celu umożliwienia korzystania z usług chronionych bez uprzedniego upoważnienia usługodawcy. Konstruując legalną definicję ustawową w tym zakresie, do definicji urządzeń dostępu warunkowego z art. 2 pkt 2 ustawy dodano sformułowanie, że urządzenia takie umożliwiają korzystanie z usług chronionych bez uprzedniego upoważnienia usługodawcy²⁴. Ta pozornie prosta w ujęciu teoretycznym konstrukcja rodzi znaczne problemy, tak w teorii, jak i w praktyce wymiaru sprawiedliwości, co widać m.in. w niejednolitej, prezentowanej poniżej linii orzeczniczej SN.

Poszukując rozwiązania i spójnej argumentacji we wskazanym wyżej zakresie zwrócić uwagę w pierwszej kolejności należy na to, że Konstytucja RP w art. 42²⁵ stanowi wymóg dostatecznej określoności typów czynów za-

²² W obu przypadkach na zasadzie art. 8 Sąd orzeka obligatoryjnie przepadek urządzeń chociażby nie były one własnością sprawcy. Ściganie przestępstw określonych w art. 6 i 7 następuje na wniosek: pokrzywdzonego świadczącego usługi oparte na dostępie warunkowym, pokrzywdzonego świadczącego usługi polegające na dostępie warunkowym, krajowych lub regionalnych organizacji, których celem statutowym jest ochrona interesów przedsiębiorców świadczących usługi oparte lub polegające na dostępie warunkowym, prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

²³ Zob. przyp. 14.

²⁴ Zob. m.in.: uchwała SN sygn. akt I KZP 19/07 z 29.08.2007; OSNKW 2007/9/60, „Biuletyn Sądu Najwyższego” 2007, nr 8, s. 9; „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 11, s. 7; OSP 2008/11/115 (głosy: A. Baszkowskiego i J. Skrzypczaka); uchwała z 22 stycznia 2003 r., I KZP 43/02, OSNKW 2003, z. 1–2, poz. 5; postanowienie z 29 września 2004 r., I KZP 21/04, OSNKW 2004, z. 9, poz. 90; I KZP 22/04, OSNKW-R 2004, poz. 1691; wyrok z 24 marca 2004 r., IV KK 46/04, Lex, nr 109831; J. Barta, R. Markiewicz, *Media a Internet*, [w:] *Prawo mediów*, red. J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, Warszawa 2004; X. Konarski, *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Warszawa 2004.

²⁵ Zgodnie z art. 42 ust. 1, zdanie 1 Konstytucji RP, „odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Zasada ta nie stoi na przeszkodzie ukaraniu za czyn, który w czasie jego popełnienia stanowił przestępstwo w myśl prawa międzynarodowego”; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo*

bronionych. Ustawa musi określać zachowanie zabronione w taki sposób, aby można było jednoznacznie odróżnić typy zachowań zabronionych przez ustawę od zachowań dozwolonych, oraz aby można było wzajemnie odróżnić od siebie poszczególne typy czynów zabronionych²⁶. Kwestia należytej określoności była wielokrotnie przedmiotem wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego²⁷.

Z jednej strony przez ustawowe znamiona przestępstwa rozumie się cechy zewnętrznego zachowania człowieka, skutku i okoliczności tego zachowania określone w ustawie, których całokształt charakteryzuje przestępstwo, a które muszą być udowodnione w postępowaniu karnym, aby mogło nastąpić skazanie za przestępstwo²⁸. Z drugiej zaś pamiętać należy, jak to słusznie podnosi A. Zoll, że jedną z zasadniczych funkcji prawa karnego jest motywowanie adresatów norm prawnych do postępowania zgodnego z tymi normami. Aby ta funkcja została wypełniona, adresat normy prawnej musi otrzymać jednoznaczną informację, jakie czyny są zakazane i popełnienie jakich czynów pociągać będzie za sobą odpowiedzialność karną²⁹.

W przypadku tzw. urzędnika niedozwolonego na gruncie powołanej wyżej ustawy o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym, można mieć wątpli-

karne, Warszawa 1995, s. 50–51; L. Kubicki, *Nowa kodyfikacja karna a Konstytucja RP*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 9–10, s. 25; B. Kunicka-Michalska, [w:] *Kodeks karny – część ogólna. Komentarz*, red. G. Rejman, Warszawa 1999, s. 58.

²⁶ A. Zoll, [w:] G. Bogdan, Z. Cwiąkalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny część ogólna – komentarz*, Kraków 2004, s. 49; zob. także argumentację rzecznika w opinii w sprawie C 403/08 – przyp. 50.

²⁷ Orzeczenie TK, sygn. S. 6/91, OTK ZU w latach 1986–1995, t. 3, poz. 34; „w demokratycznym państwie prawa funkcją prawa karnego nie jest tylko ochrona państwa i jego instytucji, nie jest także tylko ochrona społeczeństwa lub poszczególnych jednostek przed przestępstwami, ale także, w nie mniejszym stopniu, ochrona jednostki przed samowolą państwa. [...] w demokratycznym państwie prawa prawo karne musi być oparte przynajmniej na dwóch podstawowych zasadach: określoności czynów zabronionych pod groźbą kary (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) oraz na zakazie wstecznego działania ustawy wprowadzającej lub zaostrzającej odpowiedzialność karną (*lex severior retro non agit*). Zasady te wyrażone w kodeksie karnym składają się także na zawartą w art. 2 Konstytucji RP zasadę demokratycznego państwa prawa”. Z kolei w postanowieniu z 13 czerwca 1994 r. podkreślono, że „każda regulacja prawna, nawet o charakterze ustawowym, dająca organowi państwowemu uprawnienie do wkraczania w sferę praw i wolności obywatelskich, musi spełniać warunek dostatecznej określoności. Należy przez to rozumieć precyzyjne wyznaczenie dopuszczalnego zakresu ingerencji oraz trybu, w jakim podmiot ograniczony w swoich prawach i wolnościach może bronić się przed nieuzasadnionym naruszeniem jego dóbr osobistych”; orzeczenie TK, sygn. S. 1/94, nie publik.; orzeczenie TK z 19 czerwca 1992 r., sygn. U. 6/92, nie publik.; orzeczenie TK, sygn. akt U. 7/93; nie publik.

²⁸ Wyrok SN z 29 grudnia 1992 r., sygn. WR 175/92; OSNKW 1993/5-6/36.

²⁹ A. Zoll, [w:] G. Bogdan, Z. Cwiąkalski, P. Kardas..., s. 50; zgodnie z § 25 ust. 1 rozporządzenia prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. Nr 100, poz. 908), przepis prawa materialnego powinien możliwie bezpośrednio i wyraźnie wskazywać, kto, w jakich okolicznościach i jak powinien się zachować (przepis podstawowy).

wości, czy zarysowane wyżej kwestie zostały w sposób należyty wzięte pod uwagę.

Dyrektywa 98/84/WE w art. 1 określa wyraźnie, że celem zawartych w niej uregulowań jest zbliżenie przepisów prawnych państw członkowskich, dotyczących środków podejmowanych przeciwko nielegalnym urządzeniom dającym nieuprawniony dostęp do usług podlegających ochronie, określając w art. 3 środki, jakie należy przyjąć w odniesieniu do usług opartych na warunkowym dostępie oraz urządzeń dostępu warunkowego w ramach rynku wewnętrznego. Stosowane środki nie mogą ograniczać świadczenia usług chronionych, ani usług towarzyszących pochodzących z innego państwa członkowskiego, ani też ograniczać swobodnego przepływu urządzeń dostępu warunkowego z powodów należących do dziedziny regulowanej przez niniejszą dyrektywę³⁰. W uzasadnieniu projektu ustawy o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym stwierdzono, że celem projektowanej ustawy jest zapewnienie ochrony usługodawcom, świadczącym usługi tego rodzaju przed pozbawianiem ich należnych im wynagrodzeń przez osoby, które wprowadzają, a także używają w obrocie handlowym niedozwolonych urządzeń oraz innych rozwiązań technicznych służących obejściu zabezpieczeń³¹.

Z wprowadzonej legalnej definicji ustawowej i jej konstrukcji wynika, że „urządzenia niedozwolone” są szczególną kategorią urządzeń dostępu warunkowego wymienionych w art. 2 pkt 2 ustawy – takich, które zostały specjalnie zaprojektowane lub przystosowane do obchodzenia zabezpieczeń usług chronionych. W konsekwencji, jak zauważył SN w uchwale z 29 sierpnia 2007 r., przykładowo, standardowy komputer, telefon, telewizor nie mogą być uznane za urządzenia niedozwolone, nawet jeśli byłyby wykorzystywane do odbioru usług chronionych, bowiem ich użytkownik uzyskał dostęp do czyjegoś hasła, w wypadku gdy usługi zabezpieczone są kodem hasłowym³².

We wcześniejszym judykacie³³, SN argumentując przyjęte stanowisko wywodził w uzasadnieniu, że bezprawne podłączenie odbiornika telewizyjnego do sieci kablowej po uprzednim pokonaniu zabezpieczeń skrzynki rozdzielczej i korzystanie w związku z tym z usługi chronionej, polegającej na rozpowszechnianiu i rozprowadzaniu programu telewizyjnego, stanowi używanie urządzenia niedozwolonego w rozumieniu tej ustawy i jeśli działanie to podjęto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, to wyczerpuje znamiona występku z art. 7 ust. 1, zaś w przypadku używania tego urządzenia niedozwo-

³⁰ Zob. Dyrektywa 94/84/WE, art. 3–5.

³¹ Druk sejmowy nr 353 z 3 kwietnia 2002 r.

³² Zob. m.in. uchwała SN, sygn. akt I KZP 19/07 z 29.08.2007; OSNKW 2007/9/60.

³³ Wyrok SN z 24 marca 2004 r., IV KK 46/04, Lex, nr 109831.

lonego wyłącznie na własne potrzeby – występku z art. 7 ust. 2 teżej ustawy. W głosie do uchwały Sądu Najwyższego z 29 września 2004 r.³⁴ J. Skrzypczak podniósł, że za sprzęt (urządzenie dostępu warunkowego w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną) nie może

[...] uchodzić odbiornik telewizyjny umożliwiający odbiór dostępnych w sieci kablowej programów. Urządzeniem niedozwolonym w rozumieniu (art. 2, pkt 6) cytowanej ustawy nie można także nazwać działania polegającego na podłączeniu się do przewodu, po uprzednim pokonaniu zabezpieczeń skrzynki rozdzielczej. Takim urządzeniem będzie wyłącznie sprzęt lub oprogramowanie, które zostały zaprojektowane lub przystosowane do korzystania z usług chronionych. [...] Jednocześnie konkludując słusznie, że określenie „przystosowanie do umożliwienia korzystania z usług chronionych” odnosi się wyłącznie do działań o charakterze technicznym, dotyczącym jedynie niedozwolonego urządzenia, a nie np. telewizora czy też radioodbiornika³⁵.

W piśmiennictwie podniesiono również, że nie poszczególne, wysoce wyspecjalizowane środki techniczne czy specjalistyczne oprogramowanie, powinny decydować o charakterze użytego przedmiotu, ale przede wszystkim zamiar i czynności faktyczne podjęte przez sprawcę, np. „przerobienie” telewizora przez zamontowanie kabla – a więc nadanie mu cech narzędzia służącego popełnieniu przestępstwa³⁶.

W tym miejscu przypomnieć należy, że zgodnie z dyrektywą 98/84/WE, urządzenie nielegalne oznacza wszelkie wyposażenie lub oprogramowanie zaprojektowane lub przystosowane do udostępniania usług chronionych w zrozumiałej formie bez zezwolenia świadczącego usługi. W wyniku transpozycji wspomnianej dyrektywy do polskiego porządku prawnego wprowadzono definicję, zgodnie z którą urządzenia niedozwolone to sprzęt lub oprogramowanie, które zostały zaprojektowane lub przystosowane w celu umożliwienia korzystania z usług chronionych bez uprzedniego upoważnienia usługodawcy. Zwrócenia uwagi wymaga w tym miejscu relacja pojęć „wyposażenie” i „sprzęt”, która nakreśli zakres transpozycji wskazanej dyrektywy na grunt prawa polskiego³⁷.

³⁴ Uchwała Sądu Najwyższego I KZP 21/04 z 29 września 2004 r.; OSNKW 2004/9/90, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 1, s. 6–7; „Biuletyn Sądu Najwyższego” 2004, nr 10, s. 16.

³⁵ J. Skrzypczak, *Głosa do uchwały Sądu Najwyższego...*, s. 286.

³⁶ A. Baszkowski, *Głosa do wyżej powołanej uchwały (I KZP 21/04) Sądu Najwyższego*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 7–8, s. 232. Zdaniem glosatora również telewizor wyposażony w odpowiedni kabel, umożliwiający uzyskanie dostępu do usług chronionych bez zgody upoważnionego usługodawcy, należy uznać za urządzenie niedozwolone w rozumieniu ustawy.

³⁷ W tej materii warto także zwrócić uwagę na orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z 7 stycznia 2004, C 58/02, ECR 2004/1A/I-00621; w którym TS słusznie przyjął: „Transposing a directive

„Wyposażenie” w języku polskim oznacza urządzenia potrzebne do prawidłowego funkcjonowania czegoś, jak również urządzenie dodatkowe do danej maszyny lub do urządzenia głównego³⁸. Poglębiona analiza w odniesieniu do pojęcia sprzęt pojawia się w powołanym już wyżej orzeczeniu SN³⁹, gdzie przyjęto rozumienie „sprzętu” w znaczeniu zbiorowym, jako przedmiotów używanych w określonej dziedzinie życia. Jak widać, w języku polskim nie można powiedzieć, że pojęcia „wyposażenie” i „sprzęt” są zakresowo tożsame.

Jedynie na marginesie niniejszych rozważań odnośnie do zakresu desygnatów znamienia urządzenie niedozwolone wspomnieć należy, że konkludując powyższe rozważania SN przyjął, iż „sprzętem” w rozumieniu art. 2 pkt 6 ustawy jest urządzenie skonstruowane z elementów elektronicznych, które zostało zaprojektowane lub przystosowane w celu umożliwienia korzystania z usług chronionych bez uprzedniego upoważnienia usługodawcy. Wyrażonego w tym miejscu poglądu nie sposób zaaprobować, spotkał się on zresztą z zasłużoną krytyką w doktrynie⁴⁰. W głosie do powołanego wyżej rozstrzygnięcia M. Rogalski zasadnie wywiódł, że nie wydaje się uzasadnione, aby z pojęcia „sprzęt” używanego w języku polskim, wykluczyć rozumienie tego słowa także jako przedmiot użytkowy, jak np. narzędzie. Słusznie, według M. Rogalskiego, w tym rozumieniu sprzęt nie będzie musiał mieć cechy bycia sprzętem elektronicznym, ale będzie nim mogło być takie narzędzie, jak igła, przewód czy nawet bardziej skomplikowane urządzenie, ale elektryczne, a nie

into national law does not necessarily require the provisions of the directive to be enacted in precisely the same words in a specific express legal provision and the general legal context may be sufficient if it actually ensures the full application of the directive in a sufficiently clear and precise manner. National legislation which does not prohibit all the infringing activities referred to in Directive 98/84 on the legal protection of services based on, or consisting of, conditional access does not meet that requirement”.

³⁸ Zob. m.in. *Słownik języka polskiego*, red. W. Doroszewski, Warszawa 1996–1997.

³⁹ Uchwała SN z 29 sierpnia 2007 r., sygn. I KZP 19/07, OSP 2008, nr 11, poz. 115. W języku polskim przez „sprzęt” rozumie się: 1) przedmiot użytkowy, jak mebel, narzędzie, naczynie itp., 2) w znaczeniu zbiorowym: przedmioty używane w jakiejś dziedzinie życia: sprzęt budowlany, gospodarski, pożarniczy, ratowniczy, samochodowy, sanitarny, sportowy, turystyczny, wędkarski, żeglarski, 3) koszenie, żęcie zboża, kopanie, zrywanie owoców itp. (por. *Słownik języka polskiego*, red. M. Szymczak, t. 3, Warszawa 1999, s. 289). Niemal tak samo (*Uniwersalny słownik języka polskiego*, red. S. Dubisz, t. 4, Warszawa 2003, s. 497). Dla rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego pożyteczne jest pojęcie „sprzętu” w znaczeniu zbiorowym, jako przedmiotów używanych w określonej dziedzinie życia. W kontekście treści art. 1 ustawy dziedziną tą jest korzystanie z niektórych usług świadczonych odpłatnie drogą elektroniczną, opartych lub polegających na dostępie warunkowym. Chodzi więc o przedmioty używane w elektronice, czyli sprzęt elektroniczny. W celu sprawdzenia trafności wykładni językowej przepisu trzeba wziąć pod uwagę jego kontekst systemowy i funkcjonalny. Z punktu widzenia wykładni systemowej należy zwrócić uwagę na treść całego art. 2 ustawy.

⁴⁰ M. Rogalski, *Glosa do uchwały SN z dnia 29 sierpnia 2007 r., sygn. I KZP 19/07*, OSP 2008, nr 11, poz. 115.

elektroniczne, albo jeszcze szerzej – jako urządzenie techniczne, w którym jednak brak elementów elektronicznych⁴¹.

W kontekście rozbieżności pomiędzy treścią dyrektywy a wprowadzonym do prawa krajowego przepisami należy zwrócić uwagę, że transpozycja dyrektywy co prawda nie wymaga, aby przepisy dyrektywy zostały wprowadzone dokładnie przy pomocy takich samych słów do określonego przepisu prawnego, wystarczy, że ogólny kontekst gwarantuje pełne stosowanie dyrektywy w sposób wystarczająco jasny i precyzyjny⁴². Niezbędne jest więc w procesie transpozycji, poddanie aktów unijnych specjalistycznej weryfikacji pod względem języka prawnego i prawniczego. W procesie wykładni może bowiem pojawić się problem, czy dane zwroty znaczą w języku polskim to samo, czy też mają inny zakres pojęciowy. Niewłaściwe przełożenie definicji może w istotny sposób wpłynąć na jakość transpozycji. Przyjęcie błędnych definicji może skutkować zmianą zakresu podmiotowego, przedmiotowego oraz treści praw i obowiązków związanych z ochroną środowiska. W procesie transpozycji nie jest wymagane, aby postanowienia dyrektywy zostały wprowadzone dosłownie. Ważne natomiast jest, aby tekst mający na celu dostosowanie nie odbiegał od tekstu unijnego⁴³.

Jak się wydaje, z uwagi na przyjęty zakres penalizowanych zachowań w regulacji polskiej, należy się opowiedzieć za przyjęciem w tym zakresie, zgodnie zresztą z legalną definicją ustawową, interpretacji, że urządzeniem niedozwolonym w rozumieniu ustawy jest sprzęt lub oprogramowanie, które zostały zaprojektowane lub przystosowane do korzystania z usług chronionych bez uprzedniego upoważnienia usługodawcy, przy czym zaprojektowanie lub przystosowanie winno być rozumiane jako jakakolwiek ingerencja w także legalnie produkowane urządzenie⁴⁴. Taką ingerencją będzie w szczególności jakakolwiek modyfikacja legalnego urządzenia, wyposażenie legalnego urządzenia w jakiegokolwiek dodatkowe elementy zmieniające jego funkcjonalność, jak również pozbawienie takiego urządzenia dodatkowych elementów czy oprogramowania (np. blokad). Do przyjęcia takiego rozwiązania daje podstawy m.in. użycie w polskiej definicji znamienia sprzęt, który jak zasadnie przyjęto wyżej⁴⁵, rozumiany być winien w znaczeniu zbiorowym

⁴¹ *Ibidem*; aprobującą także: K. Dąbkiewicz, *Ochrona prawno-karna niektórych usług elektronicznych*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 1, s. 75 i nast.; A. Baszkowski, *Glosa...*, s. 232 i nast.

⁴² Zob. cytowane wyżej w oryginale (przyp. 39) orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z 7 stycznia 2004 r., C 58/02, ECR 2004/1A/I-00621.

⁴³ L. Karski, *Wybrane problemy dostosowania polskiego prawa ochrony środowiska do prawa wspólnotowego*, „Prawo i Środowisko” 2009, nr 1, s. 23 i nast.

⁴⁴ W tej materii słusznie SN w powołanym wyżej wyroku z 24 marca 2004 r., IV KK 46/04, Lex, nr 109831; A. Baszkowski, *Glosa...*, s. 232 i nast.

⁴⁵ Zob. przyp. 41.

– jako przedmioty używane w określonej dziedzinie życia – nadto, jak się wydaje, nie bez znaczenia jest w tym miejscu także pierwotny zakres transponowanej na grunt polski dyrektywy 98/84/WE.

W interpretacji znamienia urządzenia niedozwolonego na gruncie omawianej wyżej ustawy o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym, pojawia się interesujący problem, który stał się przedmiotem wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawach połączonych C-403/08 i C-429/08, dotyczących wniosków o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożonych przez High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Zjednoczone Królestwo) i przez High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court; Zjednoczone Królestwo), postanowieniami z 11 i 28 lipca 2008 r., które wpłynęły do Trybunału, odpowiednio, 17 i 29 września 2008 r.⁴⁶

Postępowania, które doprowadziły do rozstrzygnięcia w sprawie C-403/08, opierają się na powództwach wniesionych przez FAPL⁴⁷ wspólnie z przedsiębiorstwami odpowiedzialnymi za transmisję meczów w Grecji. W Grecji licencjobiorcą w umowie sublicencji był (i nadal pozostaje) NetMed Hellas SA, któremu umowa praktycznie zabraniała dostarczania kart do dekodatorów poza terytorium Grecji. Mecze są nadawane na kanałach „SuperSport” platformy „Nova”, której właścicielem i operatorem jest Multichoice Hellas SA. Powództwa dotyczą korzystania w Zjednoczonym Królestwie z zagranicznych kart do dekodatorów w celu uzyskania dostępu do zagranicznych satelitarnych transmisji na żywo meczów piłkarskich Premier League. FAPL jest zdania, że karta do dekodera legalnie sprzedana w jednym państwie członkowskim, będzie nielegalnym urządzeniem, jeśli zostanie użyta w innym państwie członkowskim wbrew woli przedsiębiorstwa emitującego chronioną usługę. K. Murphy uważa natomiast, że takie używanie prawidłowo wprowadzonej na rynek karty do dekodera nie może jej uczynić nielegalnym urządzeniem.

⁴⁶ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 4 października 2011 r., sygn. C-403/08, www.eur-lex.europa.eu. Wnioski te zostały złożone w ramach sporów między Football Association Premier League Ltd (zwaną dalej FAPL), NetMed Hellas SA (zwaną dalej NetMed Hellas) i Multichoice Hellas SA (zwaną dalej Multichoice Hellas; zwanymi dalej FAPL i in.) a QC Leisure, D. Richardsonem, AV Station plc (zwaną dalej AV Station), M. Chamberlainem i M. Maddenem, SR Leisure Ltd, P.G.C. Houghtonem i D. Owenem (zwanymi dalej łącznie QC Leisure i in.), (sprawa C-403/08) oraz między K. Murphy a Media Protection Services Ltd (zwaną dalej MPS), (sprawa C-429/08), w przedmiocie sprzedaży i używania w Zjednoczonym Królestwie urządzeń dekodujących zapewniających dostęp do usług przekazu satelitarnego organizacji nadawczej, które są produkowane i sprzedawane za zezwoleniem tej organizacji, lecz używane wbrew jej woli, poza obszarem geograficznym, na który zostały dostarczone (zwanymi dalej „zagranicznymi urządzeniami dekodującymi”).

⁴⁷ Football Association Premier League Ltd (zwaną dalej FAPL).

Takie używanie jest właśnie zgodnie z dyrektywą legalne, ponieważ art. 3 ust. 2, zakazuje wszelkiego ograniczania handlu legalnymi kartami do dekodera⁴⁸.

W kontekście tej sprawy na gruncie polskiej regulacji pojawia się pytanie, czy urządzeniem niedozwolonym w rozumieniu ustawy o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym, będzie także urządzenie zakupione legalnie w jednym z krajów członkowskich UE, a używane wbrew wyraźnemu zastrzeżeniu usługodawcy na innym niż to państwo terenie w zakresie zastosowania polskiej regulacji.

W opinii rzecznika generalnego Juliane Kokott, przedstawionej 3 lutego 2011 r.⁴⁹ odnośnie do wspomnianej kwestii, pojawiła się argumentacja oparta na art. 4 oraz art. 2 lit. e dyrektywy 98/84/WE. Wskazano, że brzmienie art. 2 lit. e dyrektywy 98/84/WE nie jest jednak nakierowane na zapobieżenie używaniu urządzeń dostępu wbrew woli świadczącego usługi. Wymaga ono urządzenia zaprojektowanego lub przystosowanego do udostępniania usług bez zezwolenia świadczącego usługi. Ta definicja obejmuje zatem urządzenia wyprodukowane albo dostosowane specjalnie do tego celu. Karta do dekodera służy natomiast do udostępniania usług za zezwoleniem świadczącego usługi. Karta do dekodera nie zostaje również dostosowana poprzez przewieszenie jej do Zjednoczonego Królestwa. Tylko taka narzucająca się wykładnia jest zgodna z podstawowym celem dyrektywy 98/84/WE. Zgodnie z jej motywem 2 i 3, ma ona promować transgraniczne świadczenie usług. Nie byłoby z tym zgodne przyjęcie, że transgraniczny przewóz legalnych urządzeń warunkowego dostępu wystarczy do uznania ich za urządzenia nielegalne⁵⁰.

Słusznym uzupełnieniem niniejszej argumentacji jest odniesienie do art. 3 ust. 2 lit. a dyrektywy 98/84/WE, który zakazuje ograniczania świadczenia usług chronionych oraz usług towarzyszących pochodzących z innego pań-

⁴⁸ Zob. uzasadnienie wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 4 października 2011 r., sygn. C-403/08, www.eur-lex.europa.eu.

⁴⁹ www.curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db4481f8df20b745eeb0c3cb70ef44005a.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKbx10?doclang=PL&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=84316&occ=first&dir=&cid=172093 [12.11.2012].

⁵⁰ *Ibidem*, ponadto w argumentacji powołano zasadę pewności prawa, która stanowi zasadę ogólną prawa wspólnotowego, wymaga w szczególności, by uregulowanie było jasne i precyzyjne, tak by podlegające mu podmioty mogły ustalić w sposób jednoznaczny swoje prawa i obowiązki oraz podjąć w związku z tym odpowiednie kroki. W przypadku przepisów karnych należy przestrzegać również zasady ustawowej określoności czynów zabronionych i kar (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), która wymaga, aby przepisy wspólnotowe definiowały w jasny sposób naruszenia i grożące za nie kary. Gdyby prawodawca unijny rzeczywiście chciał chronić geograficzny podział rynków telewizyjnych, a samo obejście tego podziału poprzez przewieszenie legalnych w państwie pochodzenia kart do dekodera do innego państwa członkowskiego chciał poddać sankcjom, musiałby to w konsekwencji wyrazić w sposób o wiele bardziej jasny.

stwa członkowskiego, zaś art. 3 ust. 2 lit. b zakazuje ograniczania swobodnego przepływu urządzeń dostępu warunkowego. Te zakazy ograniczania są jednak kwalifikowane: niedopuszczalne są jedynie ograniczenia ze względów dotyczących dziedziny koordynowanej przez dyrektywę. Zgodnie z definicją w art. 2 lit. F, dziedzina ta oznacza wszelkie przepisy odnoszące się do nielegalnej działalności, o której mowa w art. 4, chodzi o szereg zakazów w odniesieniu do postępowania z urządzeniami nielegalnymi. Ograniczenia z innych względów nie są zatem wykluczone przez art. 3 ust. 2. Naruszenie warunków umownych dotyczących dostępu do programów w określonych państwach członkowskich, podanie fałszywego nazwiska albo adresu przy zakupie urządzeń dostępu albo używanie kart do dekodera przeznaczonych do prywatnego lub domowego użytku w celach handlowych, nie stanowi środka skierowanego przeciwko nielegalnym urządzeniom⁵¹.

W świetle wyroku w sprawie FAPL należy wobec tego przyjąć, że urządzenia dekodujące, które zostały sprowadzone z innego państwa członkowskiego nie są objęte zakresem pojęcia „urządzenia niedozwolone”, zdefiniowanego w art. 2 pkt 6 ustawy o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym, ponieważ nie spełniają przesłanki zaprojektowania lub przystosowania w celu umożliwienia korzystania z usług chronionych bez uprzedniego upoważnienia usługodawcy, nawet w sytuacji, gdy usługodawca nie zezwolił na korzystanie z nich poza określonym terytorium⁵². Trybunał stwierdził wprost, że wykładni pojęcia nielegalnego urządzenia w rozumieniu art. 2 lit. e dyrektywy o warunkowym dostępie należy dokonywać w ten sposób, iż nie obejmuje ono ani zagranicznych urządzeń dekodujących, ani urządzeń uzyskanych lub aktywowanych w wyniku podania nieprawdziwego nazwiska i adresu, ani urządzeń używanych z naruszeniem ograniczenia umownego pozwalającego na używanie ich jedynie do celów prywatnych. Jednocześnie też wskazał, że art. 3 ust. 2 dyrektywy o warunkowym dostępie nie stoi na przeszkodzie przepisom krajowym zabraniającym używania zagranicznych urządzeń dekodujących, w tym urządzeń uzyskanych lub aktywowanych w wyniku podania nieprawdziwego nazwiska i adresu lub urządzeń używanych z naruszeniem ograniczenia umownego, pozwalającego na używanie ich jedynie do celów prywatnych, ponieważ takie przepisy nie są objęte dziedziną regulowaną przez tę dyrektywę⁵³.

Kolejnym pojawiającym się na gruncie wspomnianej polskiej regulacji problemem w zakresie znamienia urządzenia niedozwolonego (art. 7 ust. 1

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 4 października 2011 r...; K. Klafkowska-Waśniowska, *Glosa do wyroku TS z dnia 4 października 2011 r., C-403/08 i C-429/08*, Lex (el.) 2012.

⁵³ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 października 2011 r....

i 2 ustawy), może być zachowanie polegające na zdalnym używaniu urządzenia bez jego posiadania (przykładowo, korzystanie przez kilka osób z czyjegós nielegalnego dekodera płatnej telewizji kablowej)⁵⁴, najczęściej przy pomocy legalnego urządzenia z zainstalowanym nielegalnym oprogramowaniem pozwalającym na podejmowanie tego typu czynności. Teoretycznie takie zachowanie z punktu widzenia znamion czynności wykonawczej w obu typach karalnego zachowania jest możliwe, praktycznie zaś może budzić wątpliwości aczkolwiek w świetle powyższych rozważań, jak się wydaje, pozwala na jednoznaczną spójnie argumentowaną ocenę.

Proces działania nielegalnego rozpowszechniania sygnału płatnej platformy telewizyjnej polega najczęściej na podpięciu legalnej karty do programatora i najczęściej przy pomocy programów SBCS i SBCK dzieleniu sygnału i przesyłaniu go odbiorcom. U odbiorcy potrzebny jest sprzęt do dekodowania sygnału wyposażony w nielegalne oprogramowanie klienckie, i dopiero ten sprzęt wyposażony w nielegalne oprogramowanie wraz z instalacją satelitarną stanowi urządzenie niedozwolone w rozumieniu art. 7 ust. 2 cytowanej wyżej ustawy⁵⁵. Gromadząc materiał dowodowy ten właśnie sprzęt winien być zabezpieczony w poczet materiału dowodowego. W przypadku kwalifikacji z art. 7 ust. 2 ustawy zwrócić uwagę należy bowiem na to, że zachowaniem penalizowanym nie jest tutaj samo posiadanie urządzenia niedozwolonego, a jego używanie, stąd zabezpieczenie np. samego programowania, może budzić wątpliwości w zakresie realizacji znamion strony przedmiotowej wskazanego typu.

W sprawach z art. 7 ust. 2 cytowanej wyżej ustawy, sąd I instancji wydając rozstrzygnięcie w praktyce rzadko jednoznacznie i wyraźnie deklaruje, za co wymierza karę i które z zachowań kwalifikuje jako zachowanie zabronione, realizujące znamiona powołanego typu, przyjmując często z uwagi na nakreślone wyżej braki w materiale dowodowym (najczęściej brak zabezpieczonego sprzętu do dekodowania sygnału wyposażonego w nielegalne oprogramowanie klienckie), że oskarżony był użytkownikiem w programie SBCS – programie, który był własnością tzw. dawcy, a z którego ewentualne korzystanie możliwe jest tylko i wyłącznie przy posiadaniu przez oskarżonego odpowiednika tego programu oraz spełniających odpowiednie wymagania sprzętowe urządzeń, na podstawie np. zestawienia wpływów na konto tzw. Dawcy, po

⁵⁴ Na taki problem zwraca uwagę K. Korus, *Lex (el.) 2002; Komentarz do art. 7 ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym*, Dz.U. z 2002 r. Nr 126, poz. 1068.

⁵⁵ W tym zakresie często dla serwerów postawionych na programie SBCS (SatBazarCardSerwer): oprogramowanie klienckie to: SBC, np. SBCL v0.5f (Tryb 1 – fergusonRS, pionierRS) lub SerwerTCP, SBCL v0.5f (Tryb 3) +program odpowiedni dla posiadanego tunera (Ptuner0.2, PseudacN0.5, Jabba).

przyporządkowaniu najczęściej tzw. nicku ze zrzutu ekranowego uruchomionego programu. Taka subsumcja jest rażąco niedopuszczalna, daje podstawę jedynie do przyjęcia jednej z form stadialnych, domniemania zaś i wszelkie wątpliwości sądu w tym zakresie winny być rozstrzygane w oparciu o jasną regulację, zarówno § 2, jak i § 1 art. 5 k.p.k. Nawet bowiem jeśli przyjąć, że w art. 7 ust. 2 cytowanej wyżej ustawy, chodzi o to właśnie nielegalne urządzenie znajdujące się w posiadaniu innej osoby, należy wykazać u oskarżonego chociażby możliwość tzw. zdalnego korzystania. Ekspertyza zabezpieczonego programu najczęściej tzw. dawcy, służącego do sharingu, a stanowiąca kluczowy dowód w sprawie, prowadzona jest najczęściej na tzw. martwym programie, uruchomionym tylko w zakresie bazy i to nawet nie w momencie rzekomego korzystania z urządzenia niedozwolonego, a w okresie późniejszym⁵⁶.

Podsumowując rozważania odnośnie do zakresu desygnatów znamienia urządzenie niedozwolone, w rozumieniu ustawy o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym, zwrócić uwagę należy, że już od dawna w nauce w zakresie zasadności formułowania i umieszczania w ustawach definicji spotkać się można z różnymi poglądami – od tych, które opierają się na przeświadczeniu, że określenie sensu wyrażenń występujących w przepisach prawnych należy do orzecznictwa i nauki nie zaś ustawodawcy, przez stanowiska nieprzeceniające definicji legalnych jako środków służących do ścisłego określania pojęć przez ustawodawcę, aż po stanowiska charakteryzujące się daleko idącym przywiązaniem wagi do ścisłości pojęć oraz do definicji jako narzędzia służącego do tego celu⁵⁷. Zadaniem ustawodawcy, jak to trafnie ujął B. Wróblewski⁵⁸, jest stanowienie norm, nie zaś konstruowanie pojęć. Trafnie też B. Wróblewski zauważył, że konstruując pojęcia, ustawodawca naraża się, że pojęcia te mogą być skrytykowane i odrzucone, nadto dodać należy, ustawodawca stanowiąc taką definicję w zasadzie naraża się na szybką jej dezaktualizację.

Innym zarzutem, także przemawiającym na niekorzyść, jaki formułuje się pod adresem definicji ustawowych, negując potrzebę ich tworzenia, jest ich nieprzydatność i nieprzystosowanie do potrzeb życia⁵⁹, które stwarza tyle róż-

⁵⁶ Nadto zauważyć należy, że sąd I instancji z reguły ustala kluczowy z punktu widzenia realizacji znamion typu opisanego w art. 7 ust. 2 cytowanej wyżej ustawy stan faktyczny, a mianowicie przyporządkowuje tożsamość osób dokonujących wpłat, konfrontując zrzut ekranowy programu SBSC z wpłatami, przy czym zrzut ekranowy ma najczęściej miejsce, jak już to wskazano powyżej, z tzw. martwego programu, w postępowaniu przygotowawczym, w czasie kiedy nie ma już osób faktycznie korzystających z programu, a więc w takiej sytuacji ma wątpliwą wartość dowodową.

⁵⁷ Przegląd stanowisk w tej materii za: J. Gregorowicz, *Definicje w prawie i nauce prawa*, Łódź 1962, s. 52.

⁵⁸ B. Wróblewski, *Język prawny i prawniczy*, Kraków 1948, s. 90.

⁵⁹ Z. Ziemiński, *O zwrotach definicyjnych w ustawodawstwie PRL*, „ZNU im. Adama Mickiewicza w Poznaniu”, zeszyt specjalny, Poznań 1956, s. 64.

norodnych sytuacji, że żaden ustawodawca nie zdołałby przewidzieć szczegółowo wszystkich. Z drugiej jednakże strony zauważyć należy, że posługiwanie się przez ustawodawcę niewykrystalizowanymi i nieprecyzyjnymi pojęciami uniemożliwia kwalifikację stanów faktycznych, jest szczególnie groźne na gruncie prawa karnego, nie wskazuje bowiem żadnych cech umożliwiających przyporządkowanie stanu faktycznego do pojęcia⁶⁰.

Z drugiej zaś strony, jak to podkreślono wyżej, z zasady *nullum crimen sine lege* wywodzi się postulat do ustawodawcy, aby formułował on zakazy karne w sposób możliwie jednoznaczny i ogólnie zrozumiały, jeśli zaś byłoby to niemożliwe, powinien on z kryminalizacji zrezygnować, gdyż od przyszłych naruszcycieli przepisu karnego trudno wymagać uświadomienia sobie treści i zakresu zakazu, którego ustawodawca nie potrafił uprzednio zdefiniować⁶¹. Podkreśla się jednocześnie, że nie należy tworzyć przepisów karnych, opisujących czyny, których udowodnienie jest niemożliwe⁶². Z tych wszystkich względów zasadne wydaje się bliższe przyjrzenie się, a zarazem analiza znamienia urządzenie niedozwolone i jego definicji na gruncie ustawy o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym.

Abstract

Illicit device as one of the attributes of the crime of sharing

Struggle against the illegal forms of “sharing” began in the late 20th and early 21st centuries in nearly all European and also many non-European ones, who considered the phenomenon as doubtlessly injurious, among others, for the development of online services based on, or consisting of, the conditional access. The earliest negative assessments of sharing behaviours in Europe date back to 1998, when the European Parliament and Council introduced legal protection of encoded services provided online, approving the 98/84/EC Directive on the legal protection of services based on, or consisting of, conditional access. The implementation of the said directive, in Polish law took place on 5th July 2002 in the form of the act on the protection of some services provided online and based on, or consisting of, conditional access. The goal of the paper is to discuss the practical and theoretical aspects of one of attributes of the offence of sharing, namely an illicit device. The analysis encompasses success of regulations at the European and national levels, and accounts for the judgements of the Supreme Court and European Court of Justice, and especially the ruling in the case C-403/08.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 151; W. Gallas, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechts-gutsverletzung*, [w:] *Festschrift für W. Gleisbach*, Berlin 1936, s. 14.

⁶² L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 153.

Kamila Irlik
aplikantka radcowska

Kilka uwag o ustawowej definicji pokrzywdzonego na tle art. 233 kk – zagadnienia materialnoprawne i karnoprosesowe

I.

Ustawowa definicja pokrzywdzonego zawarta jest w art. 49 § 1 k.p.k.: „Pokrzywdzonym jest osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone”. W myśl tego przepisu, o pokrzywdzeniu decyduje bezpośrednio naruszonego lub zagrożonego przestępstwem dobra prawnego. Status pokrzywdzonego może mieć także instytucja państwowa samorządowa lub społeczna, choćby nie miała osobowości prawnej (§ 2 art. 49).

O tym, czyje dobro prawne zostało w konkretnej sytuacji naruszone lub zagrożone przestępstwem, decyduje prawo karne materialne. Stąd też definicja pokrzywdzonego oparta jest na wyznacznikach związanych z tą dziedziną prawa. Jak widać, definicja pokrzywdzonego ma przede wszystkim charakter materialnoprawny, jest jednak również pojęciem procesowym, gdyż wynika z niego zespół uprawnień procesowych¹.

Z kolei przedmiotem ochrony przestępstwa określonego w art. 233 k.k. zasadniczo jest prawidłowe funkcjonowanie polskiego wymiaru sprawiedliwości, tj. instytucji, która w szerokim zakresie ten wymiar sprawiedliwości realizuje oraz wiarygodność ustaleń dokonanych w postępowaniach przewidzianych na podstawie ustawy².

¹ J. Grajewski, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Kraków 2003.

² M. Szewczyk, *Kodeks karny. Część szczególna. Tom 2: Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Kraków 2006.

Wykładnia literalna powyższych przepisów, w szczególności art. 49 k.p.k., prowadzi wobec tego do wniosku, że fałszywe zeznanie świadka w procesie karnym, które przesądza (lub może przesądzić) bądź też przyczynia się (lub może przyczynić się) do odpowiedzialności karnej innej osoby (podejrzanego i/lub w dalszej konsekwencji oskarżonego), jest występkiem godzącym w dobro wymiaru sprawiedliwości. Nie może jednak schodzić z pola widzenia fakt, że bardzo często fałszywe zeznanie dotyczące innej osoby, naruszając bezpośrednio dobro wymiaru sprawiedliwości, równocześnie bezpośrednio narusza dobro prawne tej osoby. Na tym tle powstają problemy w praktyce wymiaru sprawiedliwości.

Najczęstszą sytuacją jest odmowa nadania przez organ procesowy statusu pokrzywdzonego osobie składającej zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa fałszywych zeznań przez świadka występującego w procesie, które to fałszywe depozycje godziły w dobro prawne osoby składającej zawiadomienie. Ma to niebagatelne konsekwencje procesowe w sytuacji, kiedy organ postępowania przygotowawczego odmówi wszczęcia śledztwa w sprawie o przestępstwo z art. 233 § 1 k.k., gdyż skutkuje pozostawieniem przez sąd złożonego środka odwoławczego (zażalenia) bez rozpoznania. Sąd uznaje w takiej sytuacji, że zawiadamiający nie jest pokrzywdzonym, zaś jako osoba zawiadamiająca (to dalsza konsekwencja karnoprosesowa – o czym niżej) nie ma prawa do prawnie skutecznego złożenia takiego środka odwoławczego.

Przyjęcie takiej interpretacji jedynie z punktu widzenia wykładni literalnej jest niedopuszczalnym uproszczeniem. Rzecz jasna każde przestępstwo złożenia fałszywych zeznań narusza dobro wymiaru sprawiedliwości, może jednak naruszać również inne dobra (lub też im zagrażać), co nie znaczy oczywiście, że tak musi być zawsze.

Judykatura Sądu Najwyższego wyraża jednolity pogląd (przykładowo, uchwały z 15 września 1999 r., sygn. akt I KZP 26/99, OSNKW 11-12/99, poz. 69 lub z 21 grudnia 1999 r., sygn. akt I KZP 43/99), że krąg pokrzywdzonych w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. ograniczony jest zespołem znamion czynu będącego przedmiotem postępowania oraz czynów współukaranych (nie ma przy tym znaczenia to, czy fakt bezpośredniego naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego konkretnego podmiotu został uzewnętrzniony w opisie czynu zarzucanego sprawcy, względnie w przyjętej kwalifikacji). Jednakże to kryterium nie zawsze pozwoli, jak zauważył Sąd Najwyższy w postanowieniu z 23 kwietnia 2002 r., sygn. akt I KZP 10/02, LEX 53077, na pełne i niewywołujące zastrzeżeń określenie kręgu pokrzywdzonych konkretnym czynem stanowiącym przedmiot postępowania karnego. Mogą bowiem wystąpić sytuacje, w których dobro prawne konkretnego podmiotu zostało

bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo pomimo tego, że nie wyczerpuje ono znamion żadnej innej normy karnej, tzn. nie zachodzi kumulatywny zbieg przepisów ustawy ani wypadek współukarania. Jak dalej stwierdza się w powołanym postanowieniu,

[...] przyjęcie wąskiej, materialnej definicji pokrzywdzonego stwarza niebezpieczeństwo wyłączenia z kręgu pokrzywdzonych tych osób, których dobra prawne zostały bezpośrednio zagrożone w wyniku np. przestępstw z narażenia oraz przestępstw popełnionych w innych formach stadialnych i zjawiskowych niż dokonanie. Ocenę, czy doszło do bezpośredniego naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego danego podmiotu, należy zatem opierać na analizie okoliczności każdego czynu będącego przedmiotem postępowania. Konieczne jest ustalenie w każdym jednostkowym wypadku naruszenia normy karnej zakresu ochrony i poszukiwanie związku pomiędzy znamionami czynu a zagrożeniem dobra prawnego konkretnego podmiotu.

Interpretacja tego wywodu jest jednoznaczna – dopuszczalne jest przyznanie legitymacji procesowej pokrzywdzonego przestępstwem z art. 233 § 1 kk osobie występującej jako strona w postępowaniu sądowym wtedy, gdy złożenie fałszywego zeznania narusza bezpośrednio dobro prawne tej osoby lub też mu zagraża, nawet jeśli nie naruszało jednocześnie innej normy prawa karnego³.

Argumentacja powyższa znajduje także oparcie w uchwale połączonych Izb Karnej i Wojskowej Sądu Najwyższego z 26 listopada 1976 r., sygn. akt VI KZP 11/75, OSNKW 1-2/77, poz. 1:

[...] o tym, kto jest osobą pokrzywdzoną w konkretnej sprawie decyduje dobro prawne tej osoby naruszone lub zagrożone przez sprawcę czynu, i to w sposób bezpośredni [...], choćby nie wynikało to wprost z opisu tego czynu i jego kwalifikacji prawnej. Owa bezpośredniość wchodzi w grę także wtedy, gdy przedmiotem ochrony jest wprawdzie dobro ogólniejszej natury, ale naruszenie lub zagrożenie tego dobra powoduje również bezpośrednie pokrzywdzenie indywidualnej osoby⁴.

Pogląd ten kwestionuje w swojej glosie krytycznej do postanowienia SN z 23 kwietnia 2002 r. M. Siwek, wydaje się on jednak przywiązywać nadmierną wagę do wykładni językowej [pomijając zupełnie wykładnię celowościową – zd. moje, K.I.] kiedy stwierdza, że:

[...] wbrew bowiem zawartemu w nim [postanowieniu] pogładowi, przyjęcie materialnoprawnej definicji pokrzywdzonego wiąże się z wykluczeniem uczestników

³ K. Dudka, *Skuteczność instrumentów ochrony praw pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym w świetle badań empirycznych*, Lublin 2006, s. 24.

⁴ Jako przykład będący egzemplifikacją takiej sytuacji wskazuje się w uzasadnieniu cytowanej uchwały właśnie przestępstwo fałszywych zeznań.

postępowań, o których mowa w art. 233 § 1 k.k., z kręgu pokrzywdzonych wyznaczonego dyspozycją art. 49 § 1 k.p.k. [...] Dla przyznania statusu pokrzywdzonego nie tylko zatem niezbędne jest ustalenie naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego danej osoby, ale także stosunku bezpośredniości między przestępstwem a naruszeniem lub zagrożeniem tego dobra prawnego. Zgodnie z wykładnią gramatyczną przyjmuje się jednolicie, że słowo „bezpośredni” oznacza „nie mający ogniw pośrednich, dotyczący kogoś lub czegoś wprost. Wskazane rozumienie słowa „bezpośredni” eliminuje zatem z kręgu pokrzywdzonych te osoby, których dobro prawne zostaje naruszone lub zagrożone przez przestępstwo, jednak między tym przestępstwem a naruszeniem, czy narażeniem da się wyodrębnić co najmniej jedno ogniwo pośrednie⁵.

Ten sam autor zwraca jednak uwagę na fakt, że również doktryna prawa karnego prezentuje poglądy, zgodnie z którymi pokrzywdzonym może być osoba co do której sprawca złożył fałszywe zeznanie, zwracając uwagę na fakt, iż w przypadku przestępstwa fałszywych zeznań ma się do czynienia *de facto* z dwoma bezpośrednio pokrzywdzonymi – społeczeństwem i jednostką (autor przywołuje w tym miejscu S. Siewierskiego i K. Marszałę)⁶.

Zwrócić należy uwagę na fakt, że w praktyce wymiaru sprawiedliwości wcale nierzadkie (stanowią jednak mniejszość) są przypadki, kiedy organy procesowe nadają status pokrzywdzonego osobie co do której w innym postępowaniu złożono fałszywe zeznania. Przykładem takiego procesu jest sprawa tocząca się przed Sądem Rejonowym dla Krakowa – Śródmieścia w Krakowie, sygn. akt XIV K 110/11/S. Pomijając już wątpliwą sensowność stawiania zarzutu fałszywych zeznań akurat w tym postępowaniu, pokrótce należy przedstawić stan sprawy dla zobrazowania sytuacji. Zarzut złożenia fałszywych zeznań, pod którym stoi oskarżona, dotyczy zeznań złożonych przez nią jako pokrzywdzoną w sprawie toczącej się przed innym sądem o przestępstwo z art. 197 k.k. (którego popełnienie z pokrzywdzeniem wymienionej zarzucano oskarżonemu). Ostatecznie oskarżony został prawomocnie uniewinniony od stawianego mu zarzutu. Wobec takiego obrotu sprawy, niejako na zasadzie automatyzmu, prokuratura zarzuciła dotychczasowej pokrzywdzonej popełnienie czynu z art. 233 § 1 k.k. W toku tego postępowania dotychczasowy oskarżony występuje od początku (przez kolejne toki instancji z uwagi na dwukrotne uchylanie wyroku przez sąd okręgowy) jako pokrzywdzony – oskarżyciel posiłkowy, co więcej, działa w tym postępowaniu przez swojego pełnomocnika. Zauważyć należy, że ani prokurator, ani kolejne składy sądów I i II instancji nie podawały w wątpliwość takiego rozwiązania.

⁵ M. Siwek, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 23 kwietnia 2002 r., I KZP 10/02*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 3, s. 113 i nast.

⁶ *Ibidem*.

Wydaje się zatem w świetle powyższego, że nie ma przeszkód, by organy procesowe stosowały w takich wypadkach nie tylko interpretację zawężającą, ograniczoną wykładnią literalną, ale zechciały również sięgać po inne rodzaje wykładni przepisów, mając choćby na względzie zasadę słuszności i elementarnej sprawiedliwości.

II.

Niezależnie od powyższego, dalszą konsekwencją opisaną powyżej sytuacji jest pozbawienie składającego zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa z art. 233 k.k. prawa do skutecznego podważenia decyzji o odmowie wszczęcia śledztwa – tj. zaskarżenia takiego postanowienia zażaleniem do właściwego sądu, jeżeli jednocześnie organy procesowe odmówią mu statusu pokrzywdzonego (co najczęściej ma miejsce w praktyce). W takiej sytuacji, nawet jeżeli składający zawiadomienie zaskarży postanowienie o odmowie wszczęcia śledztwa zażaleniem, to taki środek odwoławczy sąd pozostawi bez rozpoznania. W tym przypadku pojawia się problem regulacji przewidzianych w art. 305 i 306 k.p.k. oraz wzajemne relacje pomiędzy nimi (a raczej brak spójności regulacji i brak konsekwencji).

Jeżeli zawiadomienie o przestępstwie wniosła osoba fizyczna niebędąca pokrzywdzonym lub podmiot niebędący instytucją wymienioną w art. 304 § 2 k.p.k. (instytucje państwowe i samorządowe, które w związku ze swą działalnością dowiedziały się o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu), to w wypadku wydania postanowienia o odmowie wszczęcia śledztwa podmiotom tym nie służy prawo zaskarżenia tego orzeczenia. Prawo to służy natomiast pokrzywdzonemu oraz instytucji państwowej i samorządowej, która złożyła zawiadomienie o przestępstwie. Zakres podmiotowy instytucji zażalenia obejmuje zgodnie z § 3 art. 459 k.p.k. strony oraz osoby, które postanowienie bezpośrednio dotyczy, chyba że ustawa stanowi inaczej⁷. Zatem istnieje możliwość zarówno rozszerzenia, jak i ograniczenia przez przepis szczególnie kręgu podmiotów uprawnionych do złożenia zażalenia⁸.

W doktrynie prawa karnego, jak podaje A. Baj⁹, pojawiają się głosy, by rozszerzyć zakres podmiotów uprawnionych do złożenia zażalenia na postanowienia o odmowie wszczęcia, czy też umorzenie postępowania przygotowawczego¹⁰. Jest to pogląd, z którym należy się zgodzić.

⁷ A. Baj, *O potrzebie przyznania prawa do zażalenia każdemu podmiotowi zawiadamiającemu o przestępstwie*, „Prokurator” 2010, nr 1–2, s. 90.

⁸ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2003, s. 825.

⁹ A. Baj, *O potrzebie...*, s. 91.

¹⁰ T. Razowski, *Podmioty uprawnione do wniesienia zażalenia na postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 6, s. 52.

Art. 306 k.p.k. wskazuje jako podmioty uprawnione do złożenia zażalenia na postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego na pokrzywdzonego oraz na instytucję państwową, samorządową i społeczną, która złożyła zawiadomienie o przestępstwie. Natomiast na postanowienie o umorzeniu śledztwa (zgodnie z art. 325a § 2 k.p.k. także na dochodzenie) mogą żalić się strony postępowania. Zarówno w pierwszym, jak i w drugim przypadku, podmioty te mają prawo przejrzenia akt. Jednocześnie ustawodawca wprowadził instytucję umożliwiającą złożenie zażalenia osobie lub instytucji, która zawiadomiła o przestępstwie i nie została w ciągu 6 tygodni powiadomiona o wszczęciu albo odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego.

Art. 305 § 4 k.p.k. stanowi, że o wszczęciu, odmowie wszczęcia albo o umorzeniu śledztwa zawiadamia się osobę lub instytucję państwową, samorządową lub społeczną, która złożyła zawiadomienie o przestępstwie, oraz ujawnionego pokrzywdzonego, a o umorzeniu także podejrzanego – z pouczeniem o przysługujących im prawach. Z literalnej wykładni tego przepisu wynika, że „osoba, która złożyła zawiadomienie o przestępstwie ma jakieś prawa, o których powinna być poinformowana”. Automatycznie rodzi się pytanie, co to za konkretne prawa.

Przepis art. 306 k.p.k. nie jest jasny i jego wykładnia budzi zasadnicze wątpliwości. § 1 tego przepisu wskazuje na „pokrzywdzonego oraz instytucje wskazaną w art. 305 § 4 k.p.k.”, którym to podmiotom przysługuje zażalenie na postanowienie o odmowie wszczęcia śledztwa. Jak widać, nie ma tu wymienionej osoby „składającej zawiadomienie o przestępstwie”. Ten ostatni podmiot pojawia się ponownie dopiero w regulacji § 3 art. 306 k.p.k., wedle którego jeżeli w ciągu 6 tygodni nie zostanie on powiadomiony o wszczęciu albo o odmowie wszczęcia śledztwa, może wnieść zażalenie do prokuratora nadzrędnego albo powołanego do nadzoru nad organem, któremu zawiadomienie złożono.

Dla czołowych przedstawicieli doktryny (i jednocześnie praktyki wymiaru sprawiedliwości) nie ulega wątpliwości, że „na postanowienie o odmowie wszczęcia śledztwa przysługuje zażalenie pokrzywdzonemu oraz osobie lub instytucji, która złożyła zawiadomienie o przestępstwie”¹¹.

Literalna wykładnia art. 306 § 1 k.p.k. prowadzi do absurdu prawnego: osoba składająca zawiadomienie o przestępstwie ma być poinformowana o tym, że prokurator odmówił wszczęcia śledztwa oraz pouczona o przysługujących jej prawach (art. 304 § 4 kpk *in fine*), ale jednocześnie nie ma żadnych

¹¹ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Tom 2: Komentarz do artykułów 297–467*, Warszawa 2007, s. 48.

praw – poza jednym, które wynika z kolei z § 3 tego przepisu, który daje jej instrument w postaci zażalenia do prokuratora nadrzędnego na wypadek „niepowiadomienia o wszczęciu albo odmowie wszczęcia śledztwa”. Tyle tylko, że z kolei nie o tym uprawnieniu jest mowa w art. 305 § 4 k.p.k. (!). Pojawia się zatem pytanie¹², czy krąg podmiotów uprawnionych w myśl art. 306 k.p.k. został określony prawidłowo. Odpowiedź powinna być przecząca.

Zdaje sobie z tego sprawę ustawodawca, skoro trwają prace nad zmianą redakcji tego przepisu. Żywić należy nadzieję, że przeważą względy celowościowe i słusznościowe, a w każdym razie, iż wysłuchane zostaną uwagi doktryny i praktyki. W toku pracy nad zmianą procedury karnej istotnie pojawiają się propozycje zakładające zmianę art. 306 k.p.k. Jedną z nich jest projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego¹³, który zakłada poszerzenie kręgu podmiotów uprawnionych do złożenia zażalenia na postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego, bądź też na postanowienie o jego umorzeniu.

Ta propozycja zmiany redakcyjnej art. 306 k.p.k. zakłada, że prawo do złożenia zażalenia na postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego, jak i na postanowienie o jego umorzeniu, będą miały oprócz podmiotów wskazanych w dotychczasowej treści tych przepisów również osoby fizyczne, które przestępstwo ujawniły lub wystąpiły o jego wszczęcie. Zwrócić jednak należy uwagę na to, że zakres spraw, w których możliwe byłoby tak szerokie ujęcie podmiotu uprawnionego nie będzie, przynajmniej w założeniach aktualnie rozpatrywanych, nieograniczony. Dotyczyć ma bowiem jedynie czterech kategorii przestępstw, tj. przestępstw przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego (art. 222–231 k.k.), przestępstw przeciwko wiarygodności dokumentów (art. 270–277 k.k.), przestępstw przeciwko mieniu (art. 278–295 k.k.) oraz spraw o przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu (art. 296–309 k.k.). W tych kategoriach spraw podmioty uprawnione do złożenia zażalenia miałyby również prawo przejrzenia akt¹⁴. Wydaje się więc zasadne postawienie dalej idącego postulatu *de lege ferenda*, tj. rozszerzenie tego katalogu o przestępstwa wymienione w rozdziale XXX kk (przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości), a w szczególności art. 233–238 k.k. Wyjaśniłoby to raz na zawsze wszelkie wątpliwości, które, jak widać, niestannie dzielą doktrynę i judykaturę, a dotyczą czynów szczególnie dotkliwych, nie tylko dla wymiaru sprawiedliwości, ale także (a często przede wszystkim) dla osób nimi dotkniętych.

¹² Stawia je bardzo słusznie A. Baj, *O potrzebie...*, s. 91.

¹³ Druk sejmowy nr 2425, 17 lipca 2009 r., www.sejm.gov.pl.

¹⁴ A. Baj, *O potrzebie...*, s. 91.

A. Baj stwierdza, że w odniesieniu do propozycji zawartej w projekcie nowelizacji należy stwierdzić, iż jest ona nowatorska i jednocześnie „odważna”¹⁵. Rzeczywiście, analizując przepisy w kolejnych kodyfikacjach stwierdzić można, że pewna ewolucja następuje (począwszy od k.p.k. z roku 1969). Od ustawodawcy nie wymaga się jednak odwagi, ale rozważli i przytomności, a w szczególności szerszego spojrzenia na regulację, pod kątem wykładni nie tylko literalnej, ale i celowościowej oraz systemowej. Z tego punktu widzenia taki postulat legislacyjny powinien być oceniany pozytywnie, gdyż podmioty najbardziej zainteresowane postępowaniem przygotowawczym (pokrzywdzony i podejrzany) winny mieć na nie największy wpływ.

Wymieniona wyżej autorka zwraca ponadto uwagę na inny aspekt, wydaje się, że niedoceniany w literaturze, a słusznie wyeksponowany przez wymienioną autorkę, mianowicie na uprawnienie instytucji państwowej i samorządowej, które powzięły wiadomość o przestępstwie, wyprowadzone z nałożonego na nie obowiązku prawnego (art. 240 § 1 k.k.)¹⁶. Powyższe nie dotyczy instytucji społecznej, co jednak nie stało na przeszkodzie, by zrównać ją z instytucją państwową i samorządową w zakresie możliwości skarżenia. Trudno zatem znaleźć racjonalne uzasadnienie rozwiązania, które jedynie wybranemu podmiotowi przyznaje przedmiotowe uprawnienie.

W konsekwencji osoba fizyczna realizująca społeczny obowiązek zawiadomienia o przestępstwie, niebędąca pokrzywdzonym, w wypadku wydania decyzji odmawiającej wszczęcia postępowania nie będzie miała żadnej możliwości jej kwestionowania. Jest to przejaw nierównego traktowania przez ustawodawcę podmiotów zawiadamiających o przestępstwie poprzez przyznanie pozycji uprzywilejowanej instytucji społecznej.

W świetle powyższej uwagi poszerzenie kręgu podmiotów uprawnionych z art. 306 § 1 k.p.k. jest jak najbardziej zasadne. Jak zwraca uwagę A. Baj, i z poglądem tym należy się zgodzić (z zastrzeżeniem jedynie podniesionym wcześniej co do katalogu przestępstw z rozdziału XXX k.k.), założenie projektodawców jest słuszne i zakłada eliminację nieprawidłowości i nadużyć w instytucjach publicznych, bądź też w jednostkach samorządu terytorialnego¹⁷.

Obecna regulacja jest bez wątpienia niewystarczająca, gdyż uniemożliwia ona osobom fizycznym, które nie posiadają statusu pokrzywdzonego, a zawiadomiły o przestępstwie lub wystąpiły o wszczęcie postępowania, prawnie skuteczne podważenie postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego lub o jego umorzeniu.

¹⁵ *Ibidem*, s. 92.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

Fakt pochodzenia zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa nie od pokrzywdzonego nie oznacza tym samym, że podmiot ten jest mniej zainteresowany wynikiem toczącego się postępowania, a także wynikiem podjętych czynności mających na celu sprawdzenie owego zawiadomienia. Istnieje przecież całkiem liczna grupa przestępstw bez skonkretyzowanych pokrzywdzonych, gdzie chronione są pewne wartości ogólne, nieodzwierciedlone w dobrach przynależnych pokrzywdzonemu zidentyfikowanemu jako osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, w tym instytucja państwowa, samorządowa lub społeczna – to tym samym uzasadnia wyposażenie każdego składającego zawiadomienie o przestępstwie w uprawnienie do kwestionowania decyzji odmawiającej wszczęcia postępowania przygotowawczego¹⁸.

Słuszny jest pogląd¹⁹, że zmiana art. 306 k.p.k. nie musi (a można przyjąć, że wręcz nie powinna) zakładać zbyt szerokiego ujęcia podmiotów skarżących (tj. przyznania komentowanych uprawnień każdemu obywatelowi), gdyż to bez wątpienia sparaliżowałoby niejedno postępowanie przygotowawcze i nie znajdowałoby żadnego racjonalnego uzasadnienia. Zasadne jest natomiast, by osobami fizycznymi, którym powinno przysługiwać prawnie skuteczne uprawnienie do wniesienia zażalenia, były te, które przestępstwo ujawniły lub wystąpiły o wszczęcie postępowania (niezależnie nawet od tego, czy przyzna się im przymiot pokrzywdzonego w ścisłym, literalnym, rozumieniu art. 49 § 1 kpk). Stąd też wskazane powyżej rozwiązania należy uznać za słuszny krok zmierzający do pełniejszej realizacji zadań i celów procesu karnego, zgodnie bowiem z regulacją art. 2 § 1 k.p.k., przepisy tego kodeksu mają na celu takie ukształtowanie postępowania karnego, aby sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, zaś osoba niewinna tej odpowiedzialności nie poniosła, a także, aby uwzględnione zostały prawnie chronione interesy pokrzywdzonego.

Abstract

Selected remarks on the legal definition of the aggrieved in article 233 of the Criminal Code: material-legal and criminal procedure aspects

As defined in law, the aggrieved party is a natural or legal person whose legally protected right was directly infringed or jeopardised. Decisive for the injury is the immediacy of the legally protected right infringed or jeopardised with the offence. The status of the aggrieved party may be enjoyed also by a state, local authority, or civic institution, even when it has no legal personality.

¹⁸ T. Razowski, *Podmioty uprawnione...*, s. 52.

¹⁹ A. Baj, *O potrzebie...*, s. 94.

The definition of the aggrieved party is based on premises from the realm of substantive criminal law, yet it is also a procedural notion, as resulting from it are a number of procedural powers. In turn, what is protected against crime or offence stated in the definition of article 233 of the Criminal Code is the correct operation of the Polish judiciary, i.e. an extensive range of institutions that execute law and the credibility of the decisions made in the proceedings envisaged on the power of the act.

Krzysztof Radwaniak

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Biały wywiad w policji – narzędzie rozpoznawania zagrożeń terrorystycznych

Wprowadzenie

Policja, jako formacja powołana do ochrony bezpieczeństwa ludzi oraz utrzymywania bezpieczeństwa i porządku publicznego, swoją misję realizuje przede wszystkim przez ochronę życia i zdrowia ludzi oraz ich mienia przed bezprawnymi zamachami naruszającymi te dobra¹, a akt terrorystyczny do tej grupy niewątpliwie należy. Na szczeblu krajowym i w kontaktach międzynarodowych policja, a w szczególności wyspecjalizowane jednostki organizacyjne Komendy Głównej Policji, takie jak Biuro Operacji Antyterrorystycznych, Centralne Biuro Śledcze, Główny Sztab Policji czy Biuro Prewencji, realizują zadania związane z przeciwdziałaniem i zwalczaniem zagrożeń terrorystycznych przede wszystkim na poziomie taktycznym, współdziałają też z innymi podmiotami na poziomie strategicznym i operacyjnym².

Policja prowadzi działania defensywne i ofensywne. Działania defensywne są działaniami obronnymi i noszą nazwę działań antyterrorystycznych, natomiast działania ofensywne, czyli bezpośrednie akcje siłowe wyspecjalizowanych służb, mające na celu likwidację zagrożeń terrorystycznych, noszą nazwę działań kontrterrorystycznych³. Najogólniej ujmując, reaktywne działania policji mają miejsce po uzyskaniu informacji o zagrożeniu, natomiast działania proaktywne skupiają się na zapobieganiu wystąpienia zdarzeń ter-

¹ Ustawa o policji z 6 kwietnia 1990 r., Dz.U. 1990 Nr 30 poz. 179, z późn. zm., art. 1.

² www.msw.gov.pl/portal/pl/85/8478/Zagrozenia_terrorystyczne.html [14.10.2012].

³ K. Dębiński, *Przeciwterroryzm – rola i zadania polskiej policji w działaniach antyterrorystycznych*, [w:] *Praktyczne elementy zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu*, red. L. Paprzycki, Z. Rau, Warszawa 2009, s. 262, 263.

rorystycznych. W ocenie K. Liedla⁴, podejście proaktywne jest lepszą opcją, gdyż zmniejsza ryzyko wystąpienia aktu terrorystycznego, a tym samym strat w ludziach i mieniu. W ustawie o policji brak bezpośredniego odniesienia działań tej formacji do terroryzmu, a jednak (choćby intuicyjnie) trudno wyobrazić sobie jej pasywność wobec tego rodzaju zagrożeń. Czym zatem jest terroryzm? Słowo „terror” pochodzi od łacińskiego wyrazu *terrere* – straszyć, wywoływać przerażenie. Zatem akt terrorystyczny ma na celu właśnie wzbudzenie niepokoju, ma bezwzględny charakter i jest obliczony na możliwie największy wpływ społeczeństwo. Przemoc stosowana jest dla osiągnięcia celów politycznych, religijnych bądź ideologicznych. Popełniane przestępstwo ma często symboliczny charakter, jest zamierzone na efekt wykraczający poza bezpośrednie ofiary⁵. Przytoczone powyżej źródłowski i definicja nie są oczywiście jedynymi w literaturze⁶. Niemniej przybliżenie pojęcia i zjawiska terroryzmu na tak ogólnym poziomie prowokuje zadanie ważnego pytania: dlaczego pomimo nieostrego ujęcia w przepisach, w oparciu o które pracuje policja, terroryzm jest zauważalny i pozostaje w jej szczególnym zainteresowaniu?

Definicja terroryzmu ewaluuje wraz z dynamiką procesów społecznych, zmienne bywają role ich uczestników. Często wczorajsi „terroryści”, po osiągnięciu władzy stają się „mężami stanu”, a upadli władcy podlegają surowej ocenie, nie tylko moralnej, ale i karnej. Policja jako organ państwowy powołany do „ochrony bezpieczeństwa ludzi oraz do utrzymywania bezpieczeństwa i porządku publicznego”⁷, unika z zasady zaangażowania politycznego, skupiając się w głównej mierze na przeciwdziałaniu przestępczości. Biorąc pod uwagę poszczególne cechy terroryzmu, tj. popełnianie poważnych przestępstw kryminalnych, takich jak morderstwo, uszkodzenie ciała, mienia znacznej wartości itp. oraz motywacji, na podstawie których zostały one dokonane, np. chęć zastraszenia społeczności w celu wywołania zmian na scenie politycznej, jawi się jej zharmonizowana definicja⁸. Zatem w konwencjonal-

⁴ K. Liedel, *Zarządzanie informacją w walce z terroryzmem*, Warszawa 2010, s. 58–59.

⁵ F. Boltz Jr., K. J. Dudonis, D. P. Schulz, *The Cuterterrorism: Handbook Tactics, Procedures, and Techniques*, London–New York–Singapore 2005, s. 3, 4.

⁶ Zob.: B. Hoffman, *Oblicza terroryzmu*, Warszawa 1999. Autor pochodzenie słowa „terroryzm” wywodzi z okresu rewolucji francuskiej, kiedy system *regime de la terreur*, miał pozytywne konotacje, jako instrument zarządzania w na nowo budowanym, w założeniu – lepszym – społeczeństwie. Miał na celu zastraszanie kontrrewolucjonistów i ogólnie mówiąc pozostałych „wrogów ludu”.

⁷ Ustawa o policji..., art. 1, ust. 1–2, pkt. 1–4.

⁸ Decyzja ramowa Rady 2002/475/WSiSW z 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu, www.europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_terrorism/133168_pl.htm [19.10.2012].

nym ujęciu, na poziomie ogólności użytecznym dla dalszych rozważań można przyjąć, że terror, to metoda akcji przestępczej, przez którą sprawcy dążą do narzucenia przy pomocy strachu swej dominacji społeczeństwu lub państwu, aby zachować, przekształcić lub zniszczyć więzi porządku prawnego.

Policja inicjuje lub włącza się w działania związane z przeciwdziałaniem zagrożeniom terrorystycznym przez działania prewencyjne, zasadniczo niejawną pracę, określaną jako operacyjną i przez fizyczną likwidację terroryzmu⁹. J. Szafranski w publikacji *Edukacja antyterrorystyczna* zwrócił uwagę na równie istotną płaszczyznę działań antyterrorystycznych, tj. reagowanie¹⁰. Warto w tym miejscu przybliżyć wskazane obszary działań związanych z zapobieganiem i zwalczaniem terroryzmu, ze szczególnym uwzględnieniem zadań policji:

- rozpoznanie, ukierunkowane na rozpoznanie potencjalnych zagrożeń, środowisk podatnych na werbunek, osób lub organizacji prowadzących lub wspierających działalność terrorystyczną, oraz wymiana tychże informacji z innymi służbami,
- działania prewencyjne, realizowane przez ochronę osób i obiektów wymagających szczególnej ochrony, działania zabezpieczające w trakcie patroli prewencyjnych w służbach patrolowych i obchodowych oraz przez odpowiednią politykę kryminalną państwa,
- fizyczne zwalczanie, aktywność policji w zakresie kontrterroryzmu, tj. zwalczanie wszelkich aktów terroryzmu realizowane przez wyspecjalizowane służby, w szczególności przez oddziały antyterrorystyczne,
- reagowanie, w sytuacji zaistnienia ataku terrorystycznego, realizowane przez wdrażanie określonej wiedzy lub procedur przez uczestników zdarzenia lub służby odpowiedzialne za jego likwidację. Powyższe działania są realizowane w ramach systemu zarządzania kryzysowego¹¹.

Fizyczne zwalczanie oraz reagowanie (najogólniej ujmując), związane jest z umiejętnością likwidowania zagrożeń przez wyspecjalizowane jednostki umiejscowione w strukturach konkretnych służb, jak również sprawnością działania i współdziałania w sytuacji kryzysowej, w tym zagrożenia terrorystycznego. Działania prewencyjne również związane są z uzyskaniem określonej wiedzy na temat potencjalnych ataków oraz wypracowania i realizacji procedur ochrony ważnych osób lub obiektów. Innymi słowy, są to działania wymagające rozpoznania zagrożeń, a miarą sprawności służb jest umiejętność przeciwdziałania zagrożeniom i likwidacji skutków po ich wystąpieniu. Jesz-

⁹ K. Dębiński, *op. cit.*, s. 267–268.

¹⁰ J. Szafranski, *Edukacja antyterrorystyczna*, [w:] *Zarządzanie kryzysowe wyzwaniem dla edukacji*, red. A. Urban, Szczytno 2007, s. 85.

¹¹ *Ibidem*, s. 85–86.

cze ściślejszy związek z rozpoznaniem ma odpowiednia polityka kryminalna, a w szczególności profilaktyka społeczna. Zagrożenie terrorystyczne jest zjawiskiem powszechnym, zatem edukacja antyterrorystyczna nie powinna ograniczać się jedynie do szkolenia funkcjonariuszy, ale również zwykłych obywateli. Przykładowo, informacje na temat zachowania osób, które planują dokonanie zamachu terrorystycznego, czy też dokonują werbunku do organizacji terrorystycznych, nie są umiejscowione w próżni. Wyszukanie tego rodzaju informacji i jej wykorzystanie daje szansę zapobieżenia zdarzeniu lub minimalizacji jego skutków. Z kolei wiedza każdego obywatela na temat rozpoznawania sytuacji mogących skutkować wystąpieniem określonych zagrożeń, czy też umiejętności zachowania się w środowiskach podatnych na propagandę terrorystów, może być nieoceniona. Rozpoznanie z kolei jest jednym z najistotniejszych elementów budowania wiedzy w służbach policyjnych i specjalnych, ma bezpośrednie przełożenie na prewencję, likwidację zagrożeń oraz reagowanie. Jak zauważył J. Konieczny¹², w dzisiejszych czasach niezwykle ważne jest budowanie wiedzy, która zapewnia określony potencjał, ale jeszcze istotniejsze jest jej należyte wykorzystanie. Mądrość organizacji w połączeniu z jej doświadczeniem powinna mieć źródło w wiedzy, której elementem budowania jest właśnie rozpoznanie. Objętość referatu nie pozwala na szczegółowy opis wszystkich płaszczyzn działań antyterrorystycznych. Aby dokonać wyboru najważniejszego obszaru aktywności policji, gdzie wykorzystuje się biały wywiad, przybliżenie rozpoznania i dalsze rozważania na temat analizy informacji pochodzących ze źródeł otwartych, wydają się ścieżką najbardziej wskazaną.

Biały wywiad w policji

Biały wywiad najogólniej ujmując, jest metodą pozyskiwania i analizy informacji pochodzących z otwartych, ogólnodostępnych źródeł¹³. Kojarzony jest najczęściej z działalnością służb wywiadowczych (cywilnych lub wojskowych), jako jedna z metod jej pracy. Typologia została opracowana w oparciu o rodzaje źródeł informacji, przyjmując nazewnictwo z połączenia skrótu nazwy źródła, którego ma dotyczyć (np. od angielskiego słowa *Human* – człowiek – HUM) oraz skrótu anglojęzycznej nazwy wywiadu (angielskie słowo *Intelligence* – wywiad – INT), czyli HUMINT. Oprócz wymienionej, w praktyce służb wojskowych i niektórych specjalnych wykształciły się ta-

¹² J. Konieczny, *Zagadnienia wprowadzające*, [w:] *Analiza informacji w służbach policyjnych i specjalnych*, red. J. Konieczny, Warszawa 2012, s. 2.

¹³ K. Liedel, T. Serafin, *Otwarte źródła informacji w działalności wywiadowczej*, Warszawa 2011, s. 57–74.

kie metody pracy wywiadowczej, jak SIGINT (*Signal Intelligence*) – wywiad sygnałowy, IMINT (*Imagery Intelligence*) – w oparciu o analizę zdjęć satelitarnych i lotniczych, MASINT (*Measurement and Signature Intelligence*) – realizowany za pomocą specjalistycznych czujników w oparciu o pomiary wszelkich obiektów i prowadzenie na tej podstawie ich identyfikacji oraz charakterystyki, czy wreszcie OSINT (*Open Source Intelligence*) – wywiad prowadzony w oparciu o źródła otwarte. Warto w tym miejscu przybliżyć kilka podstawowych pojęć białego wywiadu. W publikacji pt. *NATO Open Sources Intelligence Handbook* (2001 s. 2, 3) znajdują się następujące terminy:

- dane jawne (*open source data – OSD*) – surowe dane dostępne w otwartych źródłach,
- informacje z otwartych źródeł (*open source information – OSINF*) – dane wstępnie opracowane, zebrane w jeden dokument, poddane pewnym zabiegom edytorskim (np. książki, artykuły i inne publikacje prasowe, raporty, inne),
- biały wywiad (*open source intelligence – OSINT*) – metoda, ale również wynik pewnych czynności w stosunku do informacji z otwartych, jawnych źródeł. Tak rozumiany biały wywiad to opracowanie analityczne (produkt analityczny), zawierające konkretne wnioski wynikające z analizy wyłącznie informacji z otwartych źródeł,
- zweryfikowany, potwierdzony biały wywiad (*validated open source intelligence – OSINT-V*) – produkt o wysokim stopniu pewności, prawdopodobieństwa. Jest efektem pracy wyszkolonego analityka, zazwyczaj posiadającego dostęp do różnych, innych niż otwarte informacji lub baz danych (także objętych tajemnicą, niejawnych). OSINT-V jest uzasadniony tego rodzaju informacjami, ale może także być potwierdzony przez informacje ze źródeł otwartych, co do których nie ma wątpliwości, że są pewne, wiarygodne i wartościowe¹⁴.

Opierając się na wnioskach K. Radwaniaka i P. J. Wrzoska, dotyczących białego wywiadu¹⁵, na obecnym etapie rozważań można przyjąć, że w działaniach policji stosowany był i nadal praktykuje się biały wywiad. Przy obecnym, bardzo szerokim dostępie policjantów do otwartych źródeł (w dużej mierze internetowych), trudno sobie wyobrazić prowadzących rozpoznanie lub różnego rodzaju postępowania funkcjonariuszy, którzy unikaliby korzystania z ogólnodostępnych źródeł informacji.

¹⁴ US Army, *NATO Open Sources Intelligence Handbook*, www.au.af.mil/au/awc/awcgate/nato/osint_reader.pdf [20.10.2012].

¹⁵ K. Radwaniak, P. J. Wrzosek, *Biały wywiad w policji – pozyskiwanie i analiza informacji ze źródeł otwartych, Analiza informacji...*, s. 113–120.

Paradoksalnie, przy coraz szerszym dostępie do otwartych źródeł informacji, przy ustalaniu regulaminów komend sukcesywnie zmienia się lub usuwa zadania związane z białym wywiadem. Aby bliżej zobrazować ten proces, można porównać, przykładowo, zadania Wywiadu Kryminalnego ujęte w Regulaminach KGP z roku 2004 i 2010. W Regulaminie KGP z 2004, a dokładnie w załączniku nr 13 do Zarządzenia nr 366 Komendanta Głównego Policji z 20 kwietnia 2004 r. w sprawie regulaminu Komendy Głównej Policji, w pkt. 1 ppkt. 2 ujęto jedno ze szczegółowych zadań Wydziału: „pozyskiwanie i gromadzenie informacji przydatnych do rozpoznania osobowego, obiektowego i zagadnieniowego z ogólnie dostępnych, otwartych źródeł informacji”¹⁶ [podkreślenie moje – K.R.]. Z kolei Zarządzenie nr 749 Komendanta Głównego Policji z 27 maja 2010 r. w sprawie regulaminu Komendy Głównej Policji, nie zawiera już podobnych zapisów. Najbardziej zbliżony do cytowanego powyżej zadania ujętego w załączniku nr 3, tj. pkt 1 ppkt 5, „określanie i identyfikacja, na podstawie prowadzonych analiz, czynników sprzyjających występowaniu przestępczości oraz metod jej zapobiegania”¹⁷, wskazuje na wysoki stopień ogólności zadania oraz pominięcie kluczowych terminów dotyczących białego wywiadu. Odnosząc się do praktyki policyjnej i badań z tego zakresu można przyjąć, że biały wywiad jest stosowany, ale w formie ograniczonej, niemalże „intuicyjnie”, bez wsparcia specjalistycznej wiedzy zawartej np. w piśmiennictwie krajowym i zagranicznym. Korzystanie z doświadczeń wywiadowczych innych służb, przy uwzględnieniu specyfiki pracy policji, z pewnością podniosłoby poziom jej pracy.

Edukacja antyterrorystyczna z uwzględnieniem białego wywiadu

Jak zostało wcześniej zaznaczone, zagrożenie terrorystyczne należy traktować jako powszechne, dlatego edukacja w tym zakresie powinna być udziałem całego społeczeństwa, nie tylko odpowiednich służb. Warto tu przybliżyć przeprowadzone przez J. Szafrąńskiego badania dotyczące poziomu edukacji antyterrorystycznej w polskich szkołach policji. Z analizy programów szkoleniowych wynika, że policjanci – słuchacze szczególnie kursów podstawowych, mają w programie przedmioty dotyczące przeciwdziałania terroryzmowi, ale w liczbie godzin nieadekwatnej do treści koniecznych do przekazania¹⁸. Warto nadmienić, że są to zajęcia podające ogólne informacje o terroryzmie

¹⁶ Zarządzenie nr 366 Komendanta Głównego Policji z 20 kwietnia 2004 r., Dz.U. KGP, nr 7.

¹⁷ Zarządzenie nr 749 Komendanta Głównego Policji z 27 maja 2010 r., Dz.U. KGP, nr 6.

¹⁸ J. Szafrąński, *Edukacja antyterrorystyczna*, [w:] *Zarządzanie kryzysowe wyzwaniem dla edukacji*, red. A. Urban, Szczytno 2007, s. 87.

i ewentualnie (choć w wymiarze niedostatecznym) sposób postępowania policjanta na miejscu zdarzenia. Wiedza dotycząca sposobów rozpoznania osób, organizacji oraz innych zagrożeń terrorystycznych przekazywana jest w sposób nieusystematyzowany, natomiast zagadnienia dotyczące białego wywiadu, o ile w ogóle występują – są traktowane marginalnie. Na wyższym poziomie szkolenia programy przewidują zapoznanie słuchaczy z podstawową wiedzą na temat wywiadu jawnoźródłowego. Przykładowo, w programie szkolenia dla absolwentów szkół wyższych (SASW) w Wyższej Szkole Policji w Szczytnie, odbywają się wykłady dotyczące właśnie białego wywiadu. Uczelnia prowadzi również studia podyplomowe w zakresie kryminalistyki w procesie karnym, gdzie białemu wywiadowi poświęcono 13 godzin. Popularne i wydawałoby się nośne twierdzenie, że „w dzisiejszym świecie nie chodzi już o to, czy wystąpi sytuacja kryzysowa czy nie, ale o to, kiedy, jakiego rodzaju i w jaki sposób”, nie zawsze jednak trafia do słuchaczy – policjantów, którzy jako jedni z pierwszych mogą zetknąć się z atakiem terrorystycznym lub przez stosowanie określonej wiedzy takowemu zapobiec. Policjant często myśli „nic nie ma prawa się wydarzyć, a jeżeli już, to z pewnością gdzie indziej” lub „zagadnienie jest ciekawe, ale do walki z terroryzmem są inne służby”. Następnie wracając do macierzystej jednostki ten sam funkcjonariusz często słyszy „mamy wiele innych ważniejszych spraw na głowie, dajmy sobie spokój z terroryzmem, weźmy się do pracy” itp. Oczywiście policja posiada opracowane procedury związane z osiąganiem gotowości do przeciwdziałania zagrożeniom terrorystycznym (pięciostopniowe – oznaczone kolorami, od zielonego do czerwonego, w zależności od stopnia zagrożenia)¹⁹. Takie procedury posiada każda jednostka organizacyjna policji, od komendy głównej począwszy, a na komisariatach skończywszy. Są to jednak dokumenty chronione klauzulami niejawności. Mając na względzie „wrażliwość” niektórych informacji utajnianie wydaje się słuszne pod kątem ich ochrony, lecz taka sytuacja nie sprzyja budowaniu wiedzy szeregowych policjantów na temat istoty zagrożeń terrorystycznych, zapobieganiu im, udziału w zwalczaniu, czy reagowaniu²⁰.

Dokumentacja często tworzona jest przez specjalistę w dziedzinie zarządzania kryzysowego, a użyta terminologia i procedury nie zawsze są zrozumiałe nawet do przełożonych. Ponadto katalog zadań policji z biegiem lat

¹⁹ Zarządzenie nr pf 964 Komendanta Głównego Policji z 9 września 2004 r. w sprawie określenia sposobu osiągania gotowości policji do przeciwdziałania zagrożeniom terrorystycznym.

²⁰ Obecnie trwają prace nad przepisami dotyczącymi wprowadzenia nowego aktu prawnego w sprawie określenia sposobu osiągania gotowości policji do przeciwdziałania zagrożeniom terrorystycznym, ma to być dokument jawny. Tym samym powyższy akapit może stracić częściowo na aktualności, co jest zgodne z przedstawionymi przez autora postulatami.

systematycznie się poszerza, a nieubłagany „wyścig mierników ocennych”²¹ sprawia, że z natury niezwykle istotne sprawy rozpoznawania i przeciwdziałania zagrożeniom terrorystycznym bywają traktowane jako drugorzędne. Tak zarysowany problem zaburzeń komunikacji i wymiany informacji o zagrożeniach w policji (a także poza jej struktury), nie napawa optymizmem. Aktywizacja antyterrorystyczna nie tylko funkcjonariuszy policji, ale każdego obywatela napotyka bariery organizacyjne i kulturowe. Panująca w służbach policyjnych „kultura tajności” w stosunku do równie umownie określonej „kultury otwartości”²² sprawia, że poważaniem cieszą się informacje zdobyte przez pracę operacyjną (por. HUMINT), a opatrzenie dokumentów klauzulami niejawności ma w założeniu nadawać informacjom znaczenia. W praktyce często zdarza się, że np. dyżurni komend powiatowych otrzymują niejawne komunikaty, których treść jest zbliżona do wiadomości, które slyszeli poprzedniego dnia w środkach masowego przekazu. Taka sytuacja często rodzi niezrozumienie, a nawet skrywaną kpinę tam, gdzie powinna być najmniej wskazana. Tak naprawdę już po uzyskaniu informacji z otwartych źródeł, hipotetyczny policjant winien na nią odpowiednio zareagować, nie czekając na komunikaty z „centrali”.

Tutaj pojawia się kolejna przeszkoda w komunikacji – nieumiejętność wychwycenia informacji o zagrożeniu, a jeśli już zostanie zauważona – brak wiedzy na temat możliwości jej wykorzystania. Nierzadko funkcjonariusze lub osoby cywilne, będące w posiadaniu ważnych informacji dla wsparcia rozpoznania często nie wiedzą, w jaki sposób mają je przekazać, zdarza się też, że informacja zostaje przekazana, ale zostaje przez służby zlekceważona²³. Jaskrawym przykładem tego rodzaju sytuacji były wydarzenia z lipca 2011 r. w Norwegii. Anders Breivik wysadził w powietrze budynek rządowy w centrum Oslo, zabijając 7 osób i raniąc kolejnych 7, a następnie, po kilku godzinach zastrzelił 76 osób, w tym wielu nastolatków. Znamienne jest, że na 90 minut przed atakiem Breivik wysłał do ponad 1000 adresatów poczty elektronicznej swój manifest wraz z linkiem do nagrania wideo, w których zapowiadał atak (opisując szczegółowo jego przygotowanie), tłumaczył też swoje motyw²⁴. Komunikat był na tyle jasny, a czasu na zapobieżenie tragedii tak dużo, że na obecnie mówi się o porażce norweskich władz, służb specjal-

²¹ M. Otrębski, *Apolityczność policji – nakaz prawny czy zobowiązanie moralne władzy państwowej*, „Bezpieczeństwo. Teoria i Praktyka” 2008, nr specjalny.

²² H. Bean, *No More Secrets. Open Source Information and the Reshaping of US Intelligence*, Santa Barbara–Denver–Oxford 2011, rozdz. 3: *A Discourse-Centered Perspective on Open Source Developments*.

²³ *Ibidem*, rozdz. 6: *Open Source as a Resource for Citizen Participation in National Security Affairs*.

²⁴ J. Gill, *Open Mind – precyzyjne narzędzie pozyskiwania informacji wywiadowczych z otwartych źródeł*, „Policja 997” 2011, nr 11, s. 38.

nych, a także moralnej odpowiedzialności zwykłych obywateli. Można tylko przypuszczać, że przypadek norweskiego terrorysty, opisywany powyżej sposób prezentacji poglądów nie był jedyny. Sytuacja taka mogła mieć miejsce w sieciach społecznościowych, np. skupiających środowiska ultraprawicowe, co zapewne również nie zostało dostrzeżone lub po prostu zlekceważone. Należy zatem przyjąć, że takich i podobnych informacji jest i będzie w otwartych źródłach wiele. Dlatego właśnie biały wywiad jako narzędzie rozpoznawania zagrożeń terrorystycznych wart jest docenienia i popularyzacji.

Możliwości wykorzystania białego wywiadu

Pomimo przedstawionych wyżej przeszkód w stosowaniu białego wywiadu, narzędzie to nie jest policjantom obce²⁵. Potwierdzeniem tej tezy są ciekawe badania przeprowadzone przez Wojciecha Filipkowskiego, a dotyczące wiedzy funkcjonariuszy policji na temat pozyskiwania i analizy informacji ze źródeł otwartych²⁶. Badania zostały przeprowadzone na grupie 263 respondentów, biorących udział w różnego rodzaju szkoleniach i kursach policyjnych. Na pytanie, „czy ankietowany brał udział w szkoleniu specjalistycznym z zakresu zbierania i analizowania informacji pochodzących ze źródeł otwartych”, aż 251 osób odpowiedziało przecząco, a tylko 3 miało takie doświadczenie (9 w ogóle nie udzieliło odpowiedzi). Respondenci generalnie mieli wiedzę na temat podstawowych źródeł białego wywiadu, a przeszło połowa z nich (61,45%) w swojej pracy pozyskiwała informacje z tych źródeł. Ponadto ankietowani upatrywali w większym stopniu miejsca białego wywiadu w pracy operacyjnej (42,76%), a tylko 6,90% w postępowaniu przygotowawczym. Warto przy tym zauważyć że najliczniejsza grupa respondentów (48,28) była zdania, że wykorzystanie informacji z otwartych źródeł ma takie samo znaczenie w pracy operacyjnej, jak w postępowaniach przygotowawczych. Trzeba jednak zaznaczyć, że policjanci odpowiadający na to i inne pytania nie zawsze mieli szerszą wiedzę na temat rozumienia białego wywiadu, a także jego usystematyzowanej formy OSINT oraz cyklu wywiadowczego. Niemniej można wyciągnąć wniosek, że prawie połowa ankietowanych widzi korzyści wywiadu jawnoźródłowego na obu etapach wykrywania i ścigania sprawców przestępstw. Wyniki przedstawionych badań są zbieżne z wnioskami P. Chlebowicza, który badając biały wywiad w świetle szeroko pojętej kryminalistyki, umieścił wywiad jawnoźródłowy w obszarze pracy operacyjno-rozpoznawczej

²⁵ K. Radwaniak, P. J. Wrzosek, *op. cit.*, s. 138–149.

²⁶ W. Filipkowski, *Wykorzystanie otwartych źródeł informacji. Wyniki badań ankietowych*, [w:] *Biały wywiad, otwarte źródła informacji – wokół teorii i praktyki*, red. W. Filipkowski, W. Mądrzejowski, Warszawa 2012.

z akcentem na czynności rozpoznawcze pod kątem zapewnienia okresowego lub stałego dostępu do informacji, a następnie ich opracowywania i wykorzystania w określonych prawem celach²⁷. W ramach swoich badań W. Filipkowski poruszył wiele innych ważnych zagadnień dotyczących białego wywiadu, w opinii autora trafionych i istotnych dla zdiagnozowania wykorzystania w policji, a także wskazania możliwości i barier. Warto też przytoczyć jeszcze jeden wniosek z badań. Otóż na podstawie udzielonych odpowiedzi można postawić tezę, że policjanci widzą potrzebę wykorzystania białego wywiadu praktycznie na każdym szczeblu organizacyjnym policji. Pogląd ten skłania do postrzegania białego wywiadu nie jako ekskluzywnego zajęcia wąskiej grupy analityków w centralnych jednostkach policji, ale jako przydatnego narzędzia pracy policjantów liniowych.

Traktując rozpoznanie jako niezwykle ważny element przeciwdziałania zagrożeniom, w tym terrorystycznym, zasadna będzie analiza obecne uwarunkowania obiegu informacji o zagrożeniach, z zaznaczeniem wykorzystania otwartych źródeł informacji. Obecnie w policji rzadko spotyka się model analizy informacji OSINT (dla przypomnienia, analizie podawane są jedynie informacje pochodzące ze źródeł otwartych, dlatego wnioski z tego rodzaju analizy mogą być wykorzystywane bez ograniczeń prawnych). Narzędziem najbardziej zbliżonym do tradycyjnego białego wywiadu jest wywiad kryminalny, a szczególnie analiza kryminalna. Wywiad kryminalny jest narzędziem pomocniczym w realizacji przez policjantów określonych czynności służbowych, zawiera wiele cech systemowego postępowania z informacją kryminalną i wpisuje się w filozofię wywiadu jawnoźródłowego²⁸. Odsyłając czytelnika do bardziej szczegółowych opracowań na ten temat warto jednak (przynajmniej na poziomie praktycznym i w pewnym stopniu ogólności) przybliżyć funkcjonowanie wywiadu kryminalnego w policji. W tego rodzaju podejściu do informacji spotyka się pojęcie cyklu wywiadowczego, na który składają się: pozyskiwanie, ocena, gromadzenie i przetwarzanie informacji, dokonywanie ocen i analiza oraz ukierunkowanie działań (por. Bronicki 2007: 99). Cykl ten jest zbliżony do innych tego rodzaju modeli w pokrewnych służbach. Informacje do analizy są pozyskiwane z wszelkich dostępnych źródeł informacji, w tym właśnie ze źródeł otwartych²⁹. Szczególnym narzędziem wywiadu kryminalnego jest System Informacji Operacyjnych (SIO). Wszelkie infor-

²⁷ P. Chlebowicz, „Biały wywiad” z perspektywy kryminalistyki, [w:] *Biały wywiad...*, s. 61–63.

²⁸ K. Radwaniak, P.J. Wrzosek *Biały wywiad...*, s. 140–144.

²⁹ Wytyczne nr 1/09 dyrektora Biura Wywiadu Kryminalnego KGP z 29 lipca 2009 r. w sprawie szczegółowego sposobu wykonywania przez funkcjonariuszy i pracowników jednostek oraz komórek organizacyjnych policji, czynności służbowych związanych z przetwarzaniem informacji w Systemie Informacji Operacyjnych, § 7 pkt 2.

macje, w tym pochodzące ze źródeł otwartych, wprowadzane są do systemu danych przy użyciu Systemu Meldunku Informacyjnego (SMI), za pomocą wystandaryzowanego formularza. Informacje powinny mieć przydatność wykrywczą, dowodową lub identyfikacyjną, o dowolnym stopniu wiarygodności bez względu na ich źródło³⁰. Generalnie ujmując, każdy policjant może pozyskać informację z otwartego źródła, wykorzystać ją zgodnie z przepisami, a gdy uzna, że dana informacja jest na tyle cenna, że powinna zastać przekazana do szerszego wykorzystania, ma możliwość przekazania jej do systemu za pomocą meldunku informacyjnego³¹. Impulsem do gromadzenia informacji jest spostrzeżenie, że z pozoru mało użyteczna informacja, w połączeniu z innymi informacjami lub użyta w innym kontekście może zupełnie zmienić swój charakter i przynieść korzyści w procesie wykryczym.

Zdaniem autora, postępowanie z informacjami o zagrożeniu terrorystycznym, w tym pochodzące ze źródeł otwartych mogą mieć podobny obieg, jak pozostałe informacje w SIO, gdzie w określonych zbiorach i podzbiorach gromadzone są wszelkie informacje odpowiadające wskazanym kryteriom. Tego rodzaju zgromadzenie w jednym miejscu wszelkich tematycznych informacji daje możliwość ich usystematyzowania i szerszej analizy. Przy braku w jednostkach terenowych i nadrzędnych stanowisk, które przypisane byłyby głównie do realizacji białego wywiadu, takie postępowanie z informacją z otwartego źródła wydaje się najbardziej optymalne.

Analiza informacji, w tym jawno-źródłowej, może być wykonywana na każdym poziomie decyzyjnym. Za T. Aleksandrowiczem³² można powiedzieć, że analiza jest tworzeniem przy pomocy intelektu swoistej wartości dodanej, wychodząc poza dostępne fakty, informacje. Innymi słowy, np. pozyskane przez policjanta z otwartych źródeł informacje mogą być przez niego odpowiednio zinterpretowane i wykorzystane w procesie wykryczym lub po prostu zapomniane. Aby uniknąć błędu zaniedbania, ten sam funkcjonariusz ma możliwość przekazania informacji do Wywiadu Kryminalnego, gdzie zostają zgromadzone i mogą zostać poddane analizie przez specjalistów. Oczywiście opis możliwości postępowania z informacją jawnoźródłową nie jest kompletny. Jak zostało wcześniej zauważone, w tej właśnie formacji występują prawne i techniczne możliwości analizy jawnoźródłowej prowadzonej indywidualnie przez funkcjonariuszy, a także w ramach cyklu wywiadowczego.

Warto się jednak zastanowić, czy jest to „górną granicą” możliwości białego wywiadu w policji. Zapoznając się z ofertami producentów nowoczesnych

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² T. Aleksandrowicz, *Analiza informacji w administracji i biznesie*, Warszawa 1999, s. 26.

technologii i oprogramowań do analizy informacji rysuje się nowe widzenie przedmiotu badań. Przykładem może być produkt szwajcarskiej firmy 3i-MIND³³, specjalizującej się w dziedzinie nowych rozwiązań w zakresie zarządzania ryzykiem dla organów ochrony porządku publicznego oraz agencji wywiadowczych.

W materiałach reklamowych firmy narzędzie przedstawione jest jako „kompletne, całościowe oprogramowanie obejmujące pełen zakres działalności służb i instytucji odpowiedzialnych za bezpieczeństwo”. W jego ramach analizowane są informacje z analizy powiązań, analizy geograficznej, monitoringu, różnorodnych baz danych, raportów i dokumentów, wywiadu osobowego oraz właśnie białego wywiadu. Zaletą programu jest jego proaktywność. Ma on za zadanie identyfikowanie i alarmowanie użytkowników o nowych zagrożeniach, osobach podejrzanych i innych anomaliami. Zdaniem twórców produktu, gdyby został on w odpowiednim czasie zastosowany w Norwegii, być może nie doszłoby do masakry na wyspie Utoya³⁴. Kolejnym oprogramowaniem komputerowym wspomnianej firmy, umożliwiającym legalne, pełne zbieranie informacji, analizę i zarządzanie informacjami ze źródeł otwartych w czasie realnym, bez konieczności wcześniejszego badania ich zawartości metodami klasycznymi, jest Open Mind. Wyzwaniem dla nowoczesnego OSINT-u jest bowiem:

- olbrzymia ilość i różnorodność informacji,
- zawartość „głębokiej sieci” (*deep web*),
- wielojęzyczność, gwary, żargony,
- nieustanne zmiany i aktualizacje
- ukrywanie tożsamości i sfer działania firm i organizacji.

Open Mind, zdaniem twórców programu może przynieść pożytek w pokonaniu tychże barier w sposób legalny, jako narzędzie wspomagające biały wywiad. Ma zapewniać wczesną identyfikację zagrożeń i działań o charakterze kryminalnym, które uprzednio mogłyby być przeoczone lub nieczytelne. Daje możliwość podjęcia działań proaktywnych zamiast reagowania na skutki³⁵.

Warto w tym miejscu zastanowić się, czy przedstawiony przez J. Widackiego³⁶ postulat stosowania analizy informacji dla optymalizacji wykorzystania danych gromadzonych w toku zwalczania przestępczości, nie powinno

³³ 3i-MIND Technologies GmbH, Fortunagasse 28, 8001 Zurich, Switzerland, sales@3i-mind.com.

³⁴ J. Gill, *op. cit.*

³⁵ Posiłkując się materiałami firmy 3i-MIND autor nie podejmuje się próby reklamy, czy popularyzacji opisywanego oprogramowania. Zapewne niekompletna – skrótowa prezentacja informacji o produkcie ma na celu jedynie pokazanie nowych możliwości nowoczesnych technologii, ze szczególnym uwzględnieniem ich wykorzystania w rozpoznaniu zagrożeń.

³⁶ *Kryminalistyka*, red. J. Widacki, Warszawa 2008, s. 71, 72.

skłaniać właśnie do sięgnięcia po nowocześniejsze rozwiązania, zapewniające należyte miejsce białemu wywiadowi.

Podsumowanie

Pomimo braku wyraźnego zapisu dotyczącego zwalczania terroryzmu w ustawie o policji, formacja ta pełni ważną rolę w systemie przeciwdziałania zagrożeniom terrorystycznym. W tym celu policja prowadzi działania defensywne, noszące nazwę działań antyterrorystycznych oraz ofensywne, mające na celu bezpośrednią likwidację zagrożeń terrorystycznych, noszące nazwę działań kontrterrorystycznych. Policja realizuje oba zadania przez prewencję, zasadniczo niejawną pracę, określaną jako operacyjną i przez fizyczną likwidację terroryzmu, natomiast odnosząc się do poziomów działania, ukierunkowana jest na rozpoznanie, działania prewencyjne, fizyczne zwalczanie i reagowanie. Rozpoznanie spełnia kluczową rolę w kwestii przeciwdziałania terroryzmowi, dostarcza informacji i buduje wiedzę dając formacji potencjał. Jego wartość polega przede wszystkim na proaktywności, a tym samym zwiększa możliwości ochrony ludzi i ich mienia, pomaga też zidentyfikować zagrożenia i dopomóc w ich likwidacji. Jednym z narzędzi rozpoznania zagrożeń terrorystycznych jest biały wywiad oraz jego nowoczesna, usystematyzowana forma analityczna OSINT (*open source intelligence*). W policji nie wykształciła się odrębna, zbliżona do OSINT praktyka, niemniej jej elementy są znane i w niektórych przypadkach stosowane, aczkolwiek w sposób nieusystematyzowany. Policjanci coraz częściej i szerzej korzystają z otwartych źródeł informacji, a metody i techniki białego wywiadu są niejednokrotnie używane doraźnie zgodnie z kierunkami zainteresowania i w zakresie określonych potrzeb wynikających z prowadzonych lub planowanych działań. Pomimo niedoceny możliwości białego wywiadu przez kierownictwo i szkolnictwo policyjne, liniowi funkcjonariusze są zainteresowani metodą i doskonaleniem zawodowym w tym kierunku. Przyjmując założenie, że cena informacji może pochodzić zarówno od wyspecjalizowanego osobowego źródła wywiadowczego, jak i od zwykłego funkcjonariusza policji, należy przyjąć, że są to źródła równorzędne, gdyż jakość uzyskanej informacji jest najważniejsza. Funkcjonariusze, którzy korzystają służbowo lub prywatnie z otwartych źródeł powinni informacje w należyty sposób pozyskiwać, dokumentować i służbowo wykorzystywać. W zakresie rozpoznania jawnoźródłowego, wiadomości zostają poddane analizie i jeżeli dotyczą działalności terrorystycznej muszą być przekazane i wykorzystane w krajowym systemie przeciwdziałania terroryzmowi. W świetle obowiązujących przepisów nie

ma przeszkód w stosowaniu przez policjantów białego wywiadu, natomiast pozyskane informacje mogą być wykorzystane w czynnościach służbowych doraźnie lub gromadzone w bazach policyjnych bazach danych, a następnie wykorzystywane specjalistycznie.

Wywiad kryminalny i analiza kryminalna posiadają atrybuty zbliżone do tych właściwych także dla OSINT-u. Chociaż ten obszar zarządzania informacją w policji jest dobrze zorganizowany i wyraźnie usystematyzowany, warto się jednak zastanowić nad możliwościami rozwoju w dziedzinie wykorzystania nowoczesnych technologii i oprogramowań, które doceniają potencjał białego wywiadu. We współczesnej „erze informacji” pojemność otwartych źródeł jest wręcz nieograniczona. Logiczne zatem wydaje się rozwinięcie przez funkcjonariuszy umiejętności korzystania z informacji jawnoźródłowych, na przykład przez stosowanie białego wywiadu. Obieg informacji o zagrożeniach napotyka liczne bariery organizacyjne i kulturowe. Dominująca w służbach policyjnych i specjalnych, opozycyjna do kultury dzielenia się informacją, zwana umownie „kultura tajności” sprawia, że cenione są głównie informacje utajnione, pozyskane drogą operacyjną, ze szkodą dla jawnoźródłowych. Ponadto niedostateczna edukacja antyterrorystyczna wśród przedstawicieli służb policyjnych i specjalnych oraz zwykłych obywateli sprawiają, że język procedur może być niezrozumiały dla odbiorcy lub mogą nastąpić przeszkody w dotarciu istotnej informacji do osoby decyzyjnej. Dzisiejsza przestrzeń informacyjna nie jest przestrzenią braku, ale nadmiaru informacji. Dla przeciwdziałania zagrożeniom terrorystycznym kluczowe wydają się umiejętne zarządzanie wiedzą (zdobytą z uwzględnieniem źródeł otwartych) oraz optymalizacja jej wykorzystania.

Abstract

Open-source intelligence in police: a tool for identifying terrorist threats

The paper considers the identification of threats of terrorist nature by the police, with the emphasis on the potential of open-source intelligence in the area. Open-source intelligence is a tool that makes it possible to obtain and analyse correctly information from open sources, and primarily to acquire objective and reliable conclusions. Setting the research in the context of the national system of identifying, countering, and reacting to crime of terrorist nature, the author makes an attempt to answer the question how information obtained from open sources can contribute to developing knowledge of such threats. Moreover, the work contains an analysis of the vertical and horizontal information flow in the police, and accounts for the significance of information from open sources. A study of police regulations and other acts of law, referring to the position and tasks of the police in the system for countering and fighting terrorist threats, a review of Polish and foreign literature, and own observations from police practice provide convenient complementation of legal information. The author emphasises his observations on the so-called “culture of secrecy” predominant in the circulation of information in police and special forces today

and suggests an alternative solution, namely “share information” (*kultura wymiany informacji*). Presentation of the problem aims primarily at portraying both opportunities (new solutions) and limitations in the use of open source intelligence in police practice of identifying terrorist threats.

Literatura

Źródła

- T. Aleksandrowicz, *Analiza informacji w administracji i biznesie*, Wyższa Szkoła Handlu i Prawa, Warszawa 1999.
- Analiza informacji w służbach policyjnych i specjalnych*, red. J. Konieczny, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- H. Bean, *No More Secrets. Open Source Information and the Reshaping of U.S. Intelligence*, Praeger Security International, Santa Barbara–Denver–Oxford 2011.
- F. Boltz Jr., K. J. Dudonis, D. P. Schulz, *The Cuterterrorism Handbook Tactics, Procedures, and Techniques*, Taylor & Francis Group Boca Raton, London–New York–Singapore 2005.
- M. Bronicki, *Wywiad kryminalny w systemie komunikacji wewnętrznej policji*, [w:] *Znaczenie komunikacji i czynnika ludzkiego w funkcjonowaniu policji. Wybrane aspekty*, red. M. Trojak, Biuro Wydawnictw Prawniczych Polbod–Wyższa Szkoła Umiejętności Społecznych w Poznaniu, Poznań 2007.
- P. Chlebowicz, „Biały wywiad” z perspektywy kryminalistyki, [w:] *Biały wywiad, otwarte źródła informacji – wokół teorii i praktyki*, red. W. Filipkowski, W. Mądrzejowski, C.K. Beck, Warszawa 2012.
- K. Dębiński, *Przeciwterroryzm – rola i zadania polskiej policji w działaniach antyterrorystycznych*, [w:] *Praktyczne elementy zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu*, red. L. Paprzycki, Z. Rau, Wolter Kluwer, Warszawa 2009.
- J. Gill, *Open Mind – precyzyjne narzędzie pozyskiwania informacji wywiadowczych z otwartych źródeł*, „Policja 997” 2011, nr 11, listopad.
- W. Filipkowski, *Wykorzystanie otwartych źródeł informacji. Wyniki badań ankietowych*, [w:] *Biały wywiad, otwarte źródła informacji...*
- B. Hoffman, *Oblicza terroryzmu*, Bertelsmann Media, Warszawa 1999.
- Kryminalistyka*, red. J. Widacki, C.H. Beck, Warszawa 2008.
- K. Liedel, *Zarządzanie informacją w walce z terroryzmem*, Trio, Warszawa 2010.
- K. Liedel, T. Serafin, *Otwarte źródła informacji w działalności wywiadowczej*, Difin, Warszawa 2011.
- K. Radwaniak, P. J. Wrzosek, *Biały wywiad w policji – pozyskiwanie i analiza informacji ze źródeł otwartych*, [w:] *Analiza informacji w służbach policyjnych i specjalnych...*
- R. D. Steele, *The New Craft of Intelligence Personal, Public & Political*, OSS International Press Oakton, Virginia 2002.
- M. Otrębski, *Apolityczność policji. nakaz prawny czy zobowiązanie moralne władzy państwowej*, „Bezpieczeństwo. Teoria i Praktyka” 2008, numer specjalny.
- J. Szafrąński, *Edukacja antyterrorystyczna*, [w:] *Zarządzanie kryzysowe wyzwaniem dla edukacji*, red. A. Urban, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Policji, Szczytno 2008.

Akty prawne

Ustawa o policji z 6 kwietnia 1990 r., Dz.U. z 1990 r. Nr 30, poz. 179, z późn.zm.

Zarządzenie nr pf 964 Komendanta Głównego Policji z 9 września 2004 r. w sprawie określenia sposobu osiągania gotowości policji do przeciwdziałania zagrożeniom terrorystycznym.

Zarządzenie nr 366 Komendanta Głównego Policji z 20 kwietnia 2004 r., Dz.U. KGP, 21.05.2004.

Zarządzenie nr 749 Komendanta Głównego Policji z 27 maja 2010 r., Dz.U. KGP, 15.06.2012.

Wytyczne nr 1/09 Dyrektora Biura Wywiadu Kryminalnego KGP z 29 lipca 2009 r. w sprawie szczegółowego sposobu wykonywania przez funkcjonariuszy i pracowników jednostek oraz komórek organizacyjnych policji, czynności służbowych związanych z przetwarzaniem informacji w Systemie Informacji Operacyjnych.

Źródła internetowe

www.msw.gov.pl/portal/pl/85/8478/Zagrozenia_terrorystyczne.html [14.10.2012].

Decyzja ramowa Rady 2002/475/WSiSW z 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu (z późniejszymi zmianami) [14.10.2012].

NATO Open Sources Intelligence Handbook, US Army 2001, www.au.af.mil/au/awc/awcgate/nato/osint_reader.pdf [20.10.2012].

www.europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_terrorism/l33168_pl.htm [19.10.2012].

Marcin Gołaszewski

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Psychologiczne podstawy efektywności badań poligraficznych – nowe podejście w XXI w.

W procedurach detekcji wprowadzania w błąd poszukuje się takich zmiennych i metod ich pomiaru, które pozwalają na przyporządkowanie badanego albo do populacji osób prawdomównych, albo do populacji osób nieszczerych, czyli „świadomie wypowiadających zdanie logicznie fałszywe lub zdanie, co do którego wartości logicznej wypowiadający nie ma pewności, a chce, aby było odebrane jako prawdziwe”¹. Owo przyporządkowanie dotyczy zachowania badanego w konkretnej sprawie, a nie cechy osobowości związanej ze skłonnością do konfabulacji (nie zawsze bowiem osoba o takich skłonnościach decyduje się na kłamstwo, jak również osoba bez takich skłonności nie kłamie tylko wtedy, kiedy zwyczajnie nie chce). Nie istnieje, niestety, takie kryterium, które umożliwi w 100% przypadków bezbłędne zakwalifikowanie osoby do jednej lub drugiej populacji. Dlatego decydując się na takie przyporządkowanie, można wnioskować jedynie w kategoriach prawdopodobieństwa. Każdy człowiek jest inny, zatem natężenie danej cechy diagnostycznej również będzie występowało w populacji w sposób zróżnicowany. Przy określonej metodzie pomiaru takiej cechy uzyska się nie tylko jednoznaczne rezultaty, ale także oznaczające, że pewna grupa osób może należeć zarówno do populacji osób szczerych, jak i nieszczerych. To pokazuje, jak ważne jest poszukiwanie narzędzi pozwalających przy formułowaniu opinii z badań poligraficznych na wskazanie ich prawdopodobieństwa błędu.

Wieloletnia praktyka i badania naukowe dowodzą, że osoby poddawane testom na poligrafie wykazują zróżnicowany sposób reagowania fizjologiczne-

¹ J. Widacki, *Kierunki poszukiwań nowych technik detekcji nieszczerości*, [w:] *Normy prawne i standardy branżowe w zakresie badań poligraficznych w wybranych krajach*, materiały z Międzynarodowego Sympozjum Poligraferów, Centralny Ośrodek Szkolenia ABW, Emów 21–24 czerwca 2010, s. 114.

go na poszczególne pytania testowe. W 1947 r. John Reid wprowadził termin pytanie z porównywaną reakcją, które potem nazywano kontrolnym, a dziś najwłaściwsze wydaje się określenie pytanie porównawcze. Ten rodzaj pytania stanowi kluczowy element techniki pytań porównawczych (CQT – z ang. *comparison question technique*), opartej na założeniu, że osoba prawdomówna, udzielając odpowiedzi na pytania porównawcze, będzie bardziej reaktywna fizjologicznie niż przy pytaniach relewantnych, zaś osoba wprowadzająca w błąd – odwrotnie. Wyjaśnieniem istoty tego założenia miała być koncepcja nastawienia psychologicznego (z ang. – *psychological set*) Cleve’a Backstera z 1960 r. Zgodnie z nią, badany skupia się na tym problemie, który postrzega jako największe zagrożenie dla jego dobra². Nastawienie psychologiczne przypomina rozbudowaną wersję pojęcia selektywnej uwagi, czyli zdolności skupienia uwagi na jednym, wybranym elemencie otoczenia i zignorowania pozostałych. W zależności od oczekiwań osoba obniża próg odbioru bodźca danej kategorii, jednocześnie podwyższając ten próg dla innych bodźców i interpretuje je w określonym kontekście sytuacyjnym. Obawy i lęki badanego będą orientować jego uwagę w taki sposób, że na podstawie analizy przebiegu reakcji fizjologicznych będzie możliwe ustalenie, jakich zagadnień dotyczy. Pośrednio można więc wyciągać wnioski na temat prawdomówności badanego.

Szkopuł w tym, że pojęcia nastawienia psychologicznego nie znajdzie się w żadnym dziale psychologii. Owszem, sam termin nastawienie występuje w literaturze wraz z różnymi przedrostkami (np. nastawienie percepcyjne – jako predyspozycja mentalna do postrzegania jednej rzeczy zamiast innej; nastawienie mentalne – podejście do problemu w określony sposób; nastawienie sensoryczne – przygotowanie do reakcji raczej poprzez skoncentrowanie na odbiorze sygnału niż wytworzeniu reakcji)³, ale nie w takim znaczeniu, ja-

² Backster zaproponował jeszcze dwa inne pojęcia. Jednym z nich jest „super tłumienie” (z ang. *super dampening*) – gdy badany skupia uwagę na nieznanym zewnętrznym problemie (np. związanym z traumatycznym przeżyciem lub nieujawnionym przestępstwem). Odpowiedzią na ten problem mają być tzw. pytania symptomatyczne. Drugim jest „tłumienie antyszczytowe” – polegające na tym, że badany może skupiać się tylko na jednym pytaniu testowym, postrzeganym jako największe zagrożenie. Dlatego właśnie, przedstawiając końcowe wyniki testów, należy się odnosić zawsze do całości testu, a nie każdego pytania z osobna. Przykładowo – jeśli w teście z trzema pytaniami relewantnymi uzyska się odpowiednio wyniki: -7, +3 i +4, nie można zakładać, że badany odpowiadał na pytania z dodatnimi wynikami zgodnie z prawdą, a wprowadzał w błąd tylko odnośnie do pierwszego zagadnienia. Zazwyczaj tak rzeczywście będzie, ale nigdy nie ma pewności. Wobec tego, jeśli sytuacja miała miejsce w teście wielozagadnieniowym – po zweryfikowaniu problematycznego zagadnienia – ponownie przeprowadza się test z pozostałymi pytaniami, pomijając pierwsze zagadnienie.

³ A. Ginton, *Relevant Issue Gravity (RIG) Strength – a New Concept in PDD that Reframes the Notion of Psychophysiological Set and the Role of Attention in CQT Polygraph Examinations*, „Polygraph” 2009, Vol. 38, No. 3, s. 209.

kie funkcjonowało przez wiele lat w badaniach poligraficznych. Teoria nastawienia psychologicznego, bazująca na poczuciu zagrożenia, nie daje ponadto odpowiedzi na wiele pytań – m.in.: dlaczego badany reaguje podczas testów na poligrafie w przewidywany sposób mimo braku jakichkolwiek obaw (np. w teście zapoznawczym); dlaczego swoją funkcję spełniają pytania typu DLC (z ang. *directed lie comparison* – porównawcze z ukierunkowanym kłamstwem) i wreszcie – dlaczego jest skuteczny test CIT (z ang. *concealed information test*), skoro opiera się na rozpoznaniu (wiedzy o czynie), a nie strachu przed zdemaskowaniem kłamstwa.

W związku z powyższym, w XXI w. zastąpiono przestarzałą i niepełną koncepcję nastawienia psychologicznego – nową, zróżnicowanego znaczenia (z ang. *differential salience*). Termin *salience* oznacza w języku angielskim „wagę, istotność, znaczenie”. Dany bodziec bywa postrzegany jako istotny z różnych powodów. Może być bowiem: zagrażający, dziwaczny, zaskakujący, znajomy, skomplikowany itp.⁴ Istotność/znaczenie powiązana jest z takimi zagadnieniami, jak pamięć, uwaga, pragmatyka mowy, percepcja, emocje, poznanie, kontekst społeczny i inne. Skoro nie istnieje unikatowa reakcja związana wyłącznie z kłamaniem, jedynym podejściem – uprawniającym do wnioskowania na temat czyjejs prawdziwości, bądź stwierdzenia, że jedna rzecz została przez badanego rozpoznana jako wyjątkowa względem innych – jest ustalenie stopnia znaczenia, które badany przypisuje poszczególnym pytaniom testowym. „Ta istotność ujawnia się poprzez reakcje fizjologiczne, które występują w odpowiedzi na ocenę poznawczą badanego, pamięć, doświadczenie behawioralne i wartościowanie emocjonalne odnośnie pytań testowych”⁵. Emocje rozumie się jako

[...] świadome doznania i zmiany fizjologiczne, które pojawiają się w odpowiedzi na zewnętrzny lub wewnętrzny bodziec. Mają trzy komponenty: pobudzenie fizjologiczne, przejaw behawioralny, wewnętrzną świadomość uczucia. Poznanie natomiast odnosi się do świadomych lub nieświadomych procesów mentalnego przetwarzania informacji w celu uzyskania, przetworzenia i przechowywania wiedzy. Zawiera się w tym ocena sytuacji i okoliczności, aby zdecydować się na odpowiednią reakcję. Poznanie i emocje przeplatają się wzajemnie⁶.

⁴ S. Senter, D. Weatherman, D. Krapohl, F. Horvath, *Psychological Set or Differential Salience: A Proposal for Reconciling Theory and Terminology in Polygraph Testing*, „Polygraph” 2010, Vol. 39, No. 2, 2010, s. 111.

⁵ J. Kahn, R. Nelson, M. Handler, *An Exploration of Emotion and Cognition during Polygraph Testing*, „Polygraph” 2009, Vol. 38, No. 3, s. 195.

⁶ *Ibidem*, s. 185.

Pierwszą rzeczą, która przychodzi na myśl, gdy mowa o roli emocji w psychofizjologicznej detekcji nieuczciwości, jest reakcja autonomicznego układu nerwowego związana ze strachem, nazywana reakcją „walcz lub uciekaj” (z ang. *fight-flight*). Do tego dochodzi unieruchomienie (powstrzymanie bieżącego zachowania). Wszystkie te reakcje mają na celu zwiększenie szans na przetrwanie organizmu. Jednakże, poza strachem, również inne emocje mogą mieć znaczenie w badaniach psychofizjologicznych. W wywoływaniu emocji i ich fizjologicznych korelatów istotną rolę odgrywa ocena poznawcza (rozpoznanie sytuacji jako znacząca z punktu widzenia interesów i celów jednostki). Pojawienie się konkretnych emocji będzie zależało od dotychczasowych doświadczeń, wartości, celów i oczekiwań. Podczas badania poligraficznego nie jest jednak możliwe wskazanie, jakiego rodzaju emocje badany łączy z danym zagadnieniem (co nie zmienia faktu, że możliwe jest skuteczne odróżnienie wprowadzania w błąd od prawdomówności).

Zgodnie z dwuczynnikową teorią emocji Stanleya Schachtera z 1960 r. – w reakcji na bodziec najpierw zachodzi jego wstępna interpretacja (ocena poznawcza) wraz z równoczesną aktywizacją autonomicznego układu nerwowego, a następnie świadome postrzeganie (z ang. *conscious awareness*) emocji. Paul Ekman zaproponował w 1977 r. koncepcję automatycznej oceny poznawczej (z ang. *autoappraisal*). Doszedł do wniosku, że w pewnych sytuacjach związanych z zagrożeniem (np. unik kierowcy na drodze, upadek z krzesła) człowiek reaguje tak błyskawicznie, że muszą istnieć automatyczne mechanizmy wstępnej oceny na poziomie podświadomości, które „nieustannie śledzą świat wokół nas i wykrywają, kiedy dzieje się coś ważnego dla naszego dobra, przetrwania”⁷. W procesy zachodzące wtedy w mózgu zaangażowane są zmysły wzroku, słuchu, dotyku, zapachu lub smaku. Po reakcji autonomicznego układu nerwowego przychodzi czas na ocenę refleksyjną, „kiedy jesteśmy świadomi naszych procesów ewaluacyjnych; myślimy i rozważamy to, co się dzieje”⁸. Ta ocena może wywoływać szeroki wachlarz emocji w związku z różnymi doświadczeniami, spostrzeżeniami i znaczeniem przypisywanym do wstępnego bodźca.

W przypadku badań poligraficznych „poznanie i ocena są procesami analizy bodźca pod względem zgodności celów z ramami motywacyjnymi badane go”⁹. Określenie, jakie konkretnie znaczenie dany badany przypisuje poszczególnym pytaniom testowym, nie jest możliwe, ale można mówić o różnych ewentualnościach, o czym badany mógł myśleć w kategorii zgodności celów.

⁷ P. Ekman, *Emotions Revealed*, New York 2003, s. 21.

⁸ *Ibidem*, s. 24.

⁹ J. Kahn, R. Nelson, M. Handler, *An Exploration of Emotion...*, s. 187.

W typowych poligraficznych badaniach diagnostycznych celem badanego jest przedstawienie swojej osoby jako wolnej od podejrzeń, niewinnej. Natomiast w przypadku badań przedzatrudnieniowych chodzi o potwierdzenie tego, że jest osobą wiarygodną i spełniającą kryteria przyjęcia do pracy lub służby. Przedstawienie prawdy może być sprzeczne z tymi celami. Badany może się więc zdecydować na kłamstwo, ograniczać zakres udzielanych informacji i umniejszać znaczenie tego, co przyznał do tej pory. Z tego tytułu będzie odczuwał różne emocje, na przykład: złość (wobec podmiotu, który ustalił niewygodne pytania i wobec siebie samego za brak rozważliwosci w przeszłości – co w konsekwencji blokuje obecną drogę do upragnionego celu), niepokój (zagrożenie dla siebie i swoich zamierzeń), poczucie winy, zakłopotanie, smutek (z powodu porażki).

Określony bodziec może wywołać reakcję kognitywną w formie pamięci, ale także emocjonalną reakcję skojarzeniową związaną z odtwarzaniem pamięciowym, klasycznym uwarunkowaniem w odniesieniu do sytuacji, kiedy ocena poznawcza dokonała się wcześniej i została utrwalona w pamięci. Dzięki temu człowiek w podobnych do siebie sytuacjach jest w stanie działać sprawniej. W przypadku osób wprowadzających w błąd podczas badania poligraficznego ujawniają się negatywne stany emocjonalne z powodu możliwości zdemaskowania kłamstwa i poniesienia konsekwencji. Poza tym z kłamstwem w ogóle wiążą się negatywne konotacje społeczne. W procesie socjalizacji człowiek od dziecka uczy się, że kłamstwo spotyka się z generalną dezaprobatą, choć oprócz kar zdarza się też nagradzanie (np. gdy na życzenie domownika mówi się przez telefon, że nie ma go w domu) i rodzi się wówczas świadomość, że kłamstwo stanowi jedno z narzędzi realizacji celów i redukcji własnego niepokoju. Czasem łatwiej jest bowiem skłamać, niż wyjawic kłopotliwe dla siebie fakty, a nawet więcej – kłamstwu nieraz towarzyszy radość (choćby przy udanym żarcie *prima aprilisowym*).

W testach poligraficznych z pytaniami porównawczymi (CQT) pytania relewantne dotyczą zazwyczaj najbardziej znaczących okoliczności danego czynu (zarzutu) – bezpośredniego sprawstwa, współudziału i wiedzy na temat jakiegoś zdarzenia. Natomiast pytania porównawcze mogą być formułowane jako pytania z prawdopodobnym kłamstwem (PLC – z ang. *probable lie comparison*) lub ukierunkowanym (DLC – z ang. *directed lie comparison*). Pytania typu PLC przedstawia się badanemu jako niezbędne do oceny profilu badanego i weryfikowanego problemu. Zaznacza się, że wprowadzanie w błąd odnośnie do któregośkolwiek z pytań (zarówno relewantnych, jak i porównawczych) spowoduje niekorzystny wynik całego testu. Pytania PLC najczęściej dotyczą zagadnień podobnych w kategorii do tych, które poruszono

ne są w pytaniach relewantnych. Chodzi jednak o takie przewinienia, które praktycznie każdy mógł popełnić, ale w kontekście badania jest wielce prawdopodobne, że spotkają się z zaprzeczeniem. Badający prowadzi rozmowę w sposób mający zniechęcić badanego do w pełni otwartej postawy i wyczerpujących odpowiedzi przy tych pytaniach. W konsekwencji badany albo nie zdecyduje się na całkowitą prawdomówność, albo przynajmniej będzie miał wątpliwości, czy na pewno wszystko na dany temat powiedział, pytania bowiem porównawcze mają szeroki zakres i wywołują więcej skojarzeń. Dla osoby prawdomównej bardziej istotne niż pytania relewantne będą właśnie pytania porównawcze (z powodu relatywnie większego zagrożenia lub innego rodzaju większego znaczenia). Natomiast w przypadku nieszczerego badanego będzie odwrotnie.

Zatem test z pytaniami PLC jest skuteczny z powodu różnych poziomów zagrożenia lub istotności (co obejmuje termin saliency) wynikających z treści różnych kategorii pytań dla badanych nieszczerych i prawdomównych¹⁰.

To zróżnicowane znaczenie zostało potwierdzone empirycznie (poprzez analizę obiektywnych danych fizjologicznych) oraz na podstawie subiektywnych relacji samych badanych po zakończeniu testów laboratoryjnych.

W pewnych sytuacjach lepiej użyć pytań porównawczych z ukierunkowanym kłamstwem (DLC) – czyli takich, na które badany ma odpowiedzieć przeciwnie do tego, co rzeczywiście sądzi. Jest to wskazane na przykład wtedy, gdy badany był już wcześniej poddawany testom na poligrafie albo naukowo zajmował się tą dziedziną i ma wiedzę na temat funkcjonalności pytań typu PLC. Różnica dla dwóch kategorii pytań – relewantnych i DLC – dotyczy poziomów kognitywnego zaangażowania. Osoba prawdomówna będzie postrzegała pytania DLC jako bardziej znaczące i na nich się skupi, ponieważ wymagają one wykonania określonego wysiłku poznawczego. Z kolei nieszczerzy badany będzie odczuwał zagrożenie z powodu pytań relewantnych, co umniejszy w jego przypadku znaczenie pytań DLC. Dlatego można przyjąć, że test z pytaniami DLC jest skuteczny z powodu zróżnicowanych poziomów kognitywnego zaangażowania i istotności wynikających z treści dwóch różnych kategorii pytań dla badanych prawdomównych i nieszczerych.

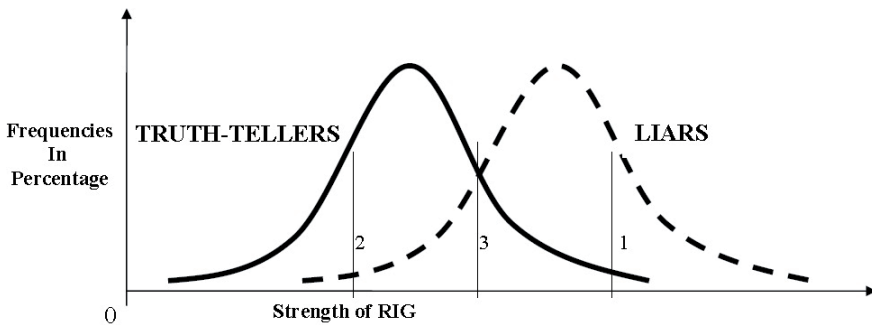
Avital Ginton zwrócił uwagę na problem siły, z jaką uwaga badanego jest nakierowana i skupiona na zagadnieniu relewantnym.

Im wyższa intensywność bieżącego zaabsorbowania umysłu (kognitywnie i emocjonalnie) zagadnieniem relewantnym, tym silniejsze jest poświęcenie uwagi podejrz-

¹⁰ S. Senter, D. Weatherman, D. Krapohl, F. Horvath, *Psychological Set...*, s. 112.

nego i jej różnorodnych procesów wokół tego zagadnienia, co prowadzi do zwiększonego skupienia na nim i z kolei wpływa na zaabsorbowanie umysłu poprzez dodatnie sprzężenie zwrotne¹¹.

To zjawisko Ginton nazywa „ciążeniem zagadnienia relewantnego” (z ang. RIG – *relevant issue gravity*) i wskazuje, że jest zależne od wielu czynników sytuacyjnych i osobowościowych, ale ma podstawy sądzić, że występuje odmiennie w populacjach osób prawdomównych i nieszczyrych. Sposobem na pomiar siły RIG jest ustalenie, jak wiele wysiłku trzeba do oderwania uwagi badanego od zagadnienia relewantnego. Im trudniej tego dokonać, tym większa siła RIG. Jedną z możliwości jest wprowadzenie „przynęt” o różnej sile przyciągania uwagi, np. w postaci pytań porównawczych. Taka przynęta nie może być ani zbyt silna, ani za słaba. Specjalista prowadzący badanie musi ją odpowiednio wyważyć.



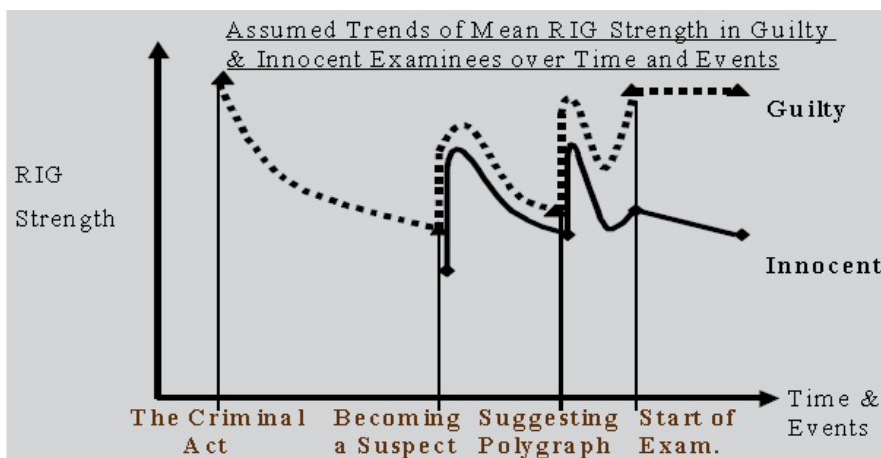
Rysunek 1. Hipotetyczny rozkład siły „ciążenia zagadnienia relewantnego” (RIG) u osób prawdomównych i nieszczyrych, przy wartościach dla 3 osób. Przyjęto, że siła RIG jest wyższa dla populacji kłamców i w przybliżeniu jest 90% prawdopodobieństwo, że osoba nr 1 należy do kłamców, osoba nr 2 – do osób prawdomównych, zaś osoba nr 3 ma jednakowe szanse znalezienia się w jednej z tych populacji.

Źródło: A. Ginton, *Relevant Issue Gravity (RIG) Strength...*, s. 208.

Siła ciężenia zagadnienia relewantnego z reguły jest większa u osoby winnej (nieprawdomównej), ale istnieją czynniki, które mogą zmieniać nastawienie badanego. Wśród tych czynników są z pewnością czas upływający od danego czynu i występowanie zdarzeń z nim powiązanych. Najsilniejsze zaabsorbowanie umysłu jest w momencie, gdy dzieje się coś znaczącego, np. dochodzi do popełnienia przestępstwa. Potem, w miarę upływu czasu to za-

¹¹ A. Ginton, *Relevant Issue Gravity (RIG) Strength...*, s. 207.

absorbowanie słabnie, lecz jeśli wydarzy się coś mającego związek z przestępstwem, następuje wyraźny wzrost zaabsorbowania umysłu jednym i drugim zdarzeniem. Ginton powołuje się na doświadczenia swojego zespołu poligrafów i wskazuje, że gdy dochodziło do badań natychmiast po zaangażowaniu badanego w jakieś istotne zdarzenie powiązane ze śledztwem, rosła liczba błędnych wyników pozytywnych (nietrafnych stwierdzeń nieprawdomówności badanego). Wydział Badań Poligraficznych Policji Izraela wprowadził wobec tego zasadę, aby nie stosować podczas badania techniki CQT, jeśli akt przestępczy miał miejsce tego samego dnia¹². Tę samą zasadę rozciągnięto na sytuację, kiedy podejrzany zostaje oficjalnie wezwany na badanie.



Rysunek 2. Założone trendy średniej siły RIG u osoby winnej (*guilty*) i niewinnej (*innocent*) na osi czasu i zdarzeń

Źródło: A. Ginton, *Relevant Issue Gravity (RIG) Strength...*, s. 212.

Powyższe wnioski, zdaniem autora, potwierdzają zasadność koncepcji RIG. Dodatkowym argumentem jest nieco wyższy niż zwykle odsetek błędów fałszywych pozytywnych u ofiar przestępstw, co można wytłumaczyć tym, że ofiara ma prawdziwe wspomnienia odnośnie do weryfikowanego zdarzenia,

¹² W świetle przedstawionych doświadczeń specjalistów z Izraela, a także własnych obserwacji – wydaje się, że idealnym czasem na przeprowadzenie testów z pytaniami porównawczymi jest od 2–14 dni, licząc od momentu popełnienia przestępstwa. Nie wyklucza to oczywiście możliwości wykonania tego typu testów ani wcześniej, ani później. Nieco inaczej wygląda sprawa z testem CIT/GKT, w którym chodzi o rozpoznanie kluczowych faktów (szczegółowych aspektów przestępstwa znanych jedynie sprawcy i śledczym). W tym wypadku obowiązuje zasada: im szybciej – tym lepiej. Liczy się bowiem to, co sprawca zapamiętał na miejscu przestępstwa.

stąd siła RIG jest wyższa w porównaniu do udawanej ofiary. Ginton zachęca do poszukiwań sposobów pomiaru siły RIG, a także innych zmiennych, które różnie rozkładałyby się w populacjach osób prawdomównych i nieszczerych w danej sprawie.

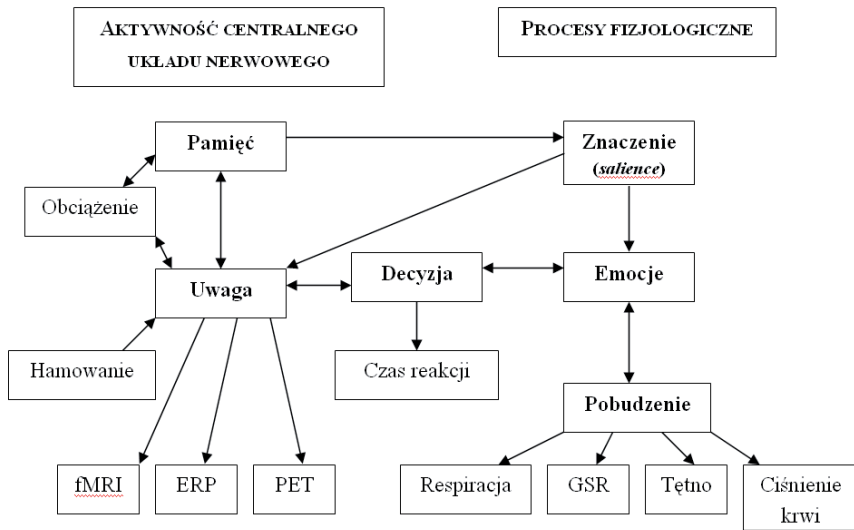
Koncepcja zróżnicowanego znaczenia wyjaśnia również efektywność innych niż CQT technik badawczych. Na tym gruncie przyjmuje się, że test CIT/GKT (zakładający, że osoba, która popełniła przestępstwo, będzie знаła kluczowe fakty z tym związane) jest skuteczny z powodu różnicy w znaczeniu kluczowego bodźca względem bodźców kontrolnych – z punktu widzenia winnego, który rozpoznaje kluczową odpowiedź. Natomiast w przypadku osoby niewinnej nie powinno być różnicy w istotności bodźca kluczowego względem bodźców kontrolnych.

„Test pytań relewantnych/nierelewantnych opiera się na założeniu, że określone pytanie relewantne, które stanowi dla badanego największe zagrożenie, spowoduje znaczące i konsekwentne reakcje fizjologiczne względem pozostałych pytań relewantnych”¹³. Pytania dotyczące zagadnień, przy których badany ukrywa informacje, są zatem bardziej istotne (mają większą wagę dla badanego) niż pozostałe, z powodu różnych poziomów zagrożenia, które wynikają z ich treści.

J. M. C. Vendemia, R. F. Buzan i S. L. Simon-Dack przedstawili w 2005 r. model wzajemnych relacji między koncepcjami teoretycznymi związanymi z procesem wprowadzania w błąd. Model ten uwzględnia zmienne fizjologiczne oraz dotyczące autonomicznego układu nerwowego. W części modelu poświęconej autonomicznemu układowi nerwowemu umieszczono takie zmienne jak: fMRI (z ang. *functional magnetic resonance imaging* – funkcjonalny magnetyczny rezonans jądrowy – metoda obrazowania mózgu poprzez pomiar hemodynamicznej odpowiedzi ośrodkowego układu nerwowego), ERP (z ang. *event-related potential* – potencjały wywoływane), PET (z ang. *positron emission tomography* – pozytonowa emisyjna tomografia komputerowa). Miary te są uwarunkowane procesami pamięciowymi i uwagi.

Natomiast druga część modelu zawiera zmienne fizjologiczne zależne od znaczenia bodźca, procesów emocjonalnych i pobudzenia. Wśród fizjologicznych korelatów emocji wymieniono zmiany w respiracji, tętnie i ciśnieniu krwi oraz odruch skórno-galwaniczny. Można by to jeszcze rozszerzyć m.in. o zmiany w temperaturze ciała, brzmieniu głosu, ruchu gałek ocznych i źrenic.

¹³ S. Senter, D. Weatherman, D. Krapohl, F. Horvath, *Psychological Set...*, s. 114.



Rysunek 3. Model procesu wprowadzania w błąd

Źródło: J. M. C. Vendemia, R. F. Buzan, S. L. Simon-Dack, *Reaction Time of Motor Responses in Two-stimulus Paradigms Involving Deception and Congruity with Varying Levels of Difficulty*, „Behavioral Neurology” 2005, No. 16.

Abstract

Psychological grounds for effectiveness of polygraph testing: new approach in the 21st century

The article compares the traditional concepts, dominant until recently and explaining the essence of polygraph examination and its effectiveness with a relatively new approach based on more solid scientific foundations. The so-called “differential salience” concept of test stimuli is based on the assumption that the subject may find a given stimulus more significant than others for a variety of reasons: for example, because he or she considers it threatening, shocking or simply familiar. The above is conditioned by a number of psychological processes related not only to emotions but also to the processes involved in focusing, memory, and behavioural conditioning. Thus, the idea is not only to detect the physiological fear of being revealed (emotional traces) or to seek traces of memory. Nor is there a simple standard of deception (lie). The current state of research in psychophysiology of the human makes it possible to explain what the phenomenon of efficiency of polygraph testing results from.

RECENZJE
sprawozdania
varia

Krzysztof Gajek

Piotr Machnikowski, *Prawne instrumenty ochrony zaufania przy zawieraniu umowy*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010

Prawne instrumenty ochrony zaufania przy zawieraniu umowy to kolejna monografia Piotra Machnikowskiego, autora takich pozycji, jak m.in. *Swoboda umów według art. 353(1) KC. Konstrukcja prawna* (Warszawa 2005) oraz współautora komentarza do *Kodeksu cywilnego* pod redakcją E. Gniewka (wyd. 5, Warszawa 2012). Piotr Machnikowski w swojej pracy naukowej zajmował się dotychczas głównie zagadnieniami części ogólnej prawa cywilnego oraz prawa zobowiązań. Tym razem skupił się na materii interdyscyplinarnej, która z założenia stawia szczególne wymagania metodologiczne. Z tego względu, na wstępie rozważań kilka uwag poświęcić należy celom, jakie postawił przed sobą jej autor. Kwestia ta jest o tyle istotna, że prowadził on badania w zakresie kilku dyscyplin naukowych, co samo w sobie przesądza już w pewnym stopniu o charakterze pracy oraz może wpływać na jej innowacyjność metodologiczną. Monografia poświęcona została bowiem tym instytucjom szeroko rozumianego prawa umów, które stanowią narzędzia wspierające zaufanie jednego podmiotu do drugiego, niezbędne do podjęcia decyzji o zawarciu umowy. Postawienie takiego celu badawczego niesie ze sobą przede wszystkim dwie istotne konsekwencje. Po pierwsze, praca wymaga posługiwania się dorobkiem nie tylko nauk prawnych, ale również dyscyplin socjologicznych oraz zajmujących się psychologią społeczną. Po drugie, relewantne dla pracy instytucje prawa umów przedstawione zostały ze szczególnego punktu widzenia – jako narzędzia służące do ochrony zaufania we wspomnianym powyżej zakresie. O ile zatem każda spośród rzeczonych instytucji została już w wyczerpujący sposób opisana w literaturze, o tyle łączne ich ujęcie w celu

ukazania zagadnienia roli zaufania w procesie zawierania umów z pewnością stanowi pewne *novum*.

Struktura monografii opiera się na podziale treści pod kątem ich związku z poszczególnymi dyscyplinami naukowymi, tak jednak, aby kolejne rozdziały pozostawały ze sobą powiązane. I tak oto w pierwszym rozdziale autor opisuje rolę zaufania oraz ryzyka w świecie współczesnym, podkreślając znaczenie tego pierwszego w stosunkach gospodarczych jako czynnika wzmacniającego kooperację. Roboczą definicję zaufania autor przedstawia jako stan psychiczny, polegający na gotowości akceptacji niebezpieczeństwa poniesienia szkody. Na przykładzie dwóch postaci z różnych epok, tj. Henry'ego Forda oraz Billa Gatesa, autor ukazuje różnicę pomiędzy starym, „ciężkim”, „hardware’owym” kapitalizmem a kapitalizmem współczesnym, „software’owym”. Jako cechy tego pierwszego wskazane jest powszechne zaufanie oraz stabilność, zaś gospodarcze funkcjonowanie drugiego określono takimi przymiotami, jak płynność, nietrwałość oraz mobilność. Autor podkreśla, że zaufanie znajduje się obecnie w stanie kryzysu, na co wpływ mają różne czynniki: tempo zachodzących aktualnie zmian oraz ich zakres, jak również natura nowoczesnych instytucji. Zaznacza, że żyjemy obecnie w tzw. kulturze ryzyka, w której weryfikacja empiryczna wypiera rolę tradycji, pomimo że samo życie staje się mniej ryzykowne niż w czasach minionych. Narastająca globalizacja implikuje spadek zaufania w społeczeństwie, gdyż interakcje społeczne – chociaż częstsze – stają się coraz bardziej powierzchowne. Wszystko to powoduje, że coraz więcej decyzji gospodarczych podejmowanych jest w warunkach deficytu wiedzy o ich rzeczywistej treści i możliwych skutkach, co z kolei zwiększa ryzyko kontraktowania.

W rozdziale drugim, poświęconym rodzajom oraz źródłom zaufania, autor ukazuje wieloaspektowość i nieuchwytność zaufania. Podkreśla konieczność badania tegoż pojęcia za pomocą narzędzi wielu dyscyplin naukowych, ukazuje ponadto konstytutywną cechę zaufania, jaką jest obecność zarówno składników kognitywnych, jak i emocjonalnych. Odnosząc się do elementów kognitywnych podkreśla jednakże, że pełna wiedza nie zostawia miejsca na zaufanie, zaś brak wiedzy nie daje do niego podstaw. Zdaniem autora, za właściwe podejście do próby sformułowania definicji zaufania oraz określenia jego składników należy uznać to, które zakłada wzięcie w nawias niepewności, niebezpieczeństwa i niewiedzy, podkreślając przy tym rolę emocji (a nawet „quasi-religijnej wiary”) przy podejmowaniu decyzji (podzielając w tym zakresie stanowisko Guido Mölleringa). Ukazuje różnice między rozumieniem pojęcia zaufania reprezentowanym przez najważniejszych przedstawicieli nauk zajmujących się przedmiotowym zjawiskiem. Przedstawia m.in. poglą-

dy Niklasa Luhmana (analiza funkcjonalna, zaufanie jako forma ryzykowej inwestycji, a nawet hazardu), Anthony'ego Giddensa (zaufanie łącznikiem między wiarą a przekonaniem), przedstawicieli racjonalnych teorii zaufania (Coleman, Gambetty, Hardin). Autor ukazuje ponadto koncepcje zaufania moralnego oraz związek pomiędzy zaufaniem a rolami społecznymi, opisuje także wnioski płynące z teorii gier a także przedstawia, tytułem podsumowania opisanych uprzednio poglądów na temat pojęcia zaufania, przyjętą na potrzeby pracy definicję zaufania, która zostanie poddana analizie w dalszej części niniejszej recenzji. Opisujący rozdział kończy wyliczenie rodzajów zaufania (podział ze względu na adresata, na treść oraz na jego charakter) oraz czynników wpływających na powstanie zaufania (czynniki poznawcze, cechy podmiotu udzielającego zaufanie, reguły kulturowe, kształtowanie zaufania w kontaktach internetowych).

W rozdziale trzecim autor omawia wzajemną relację i koordynację zaufania i prawa jako dwóch narzędzi kontroli społecznej, rzecz jasna, w zakresie przedmiotu opracowania, czyli w obrębie prawa umów. Ukazuje funkcje zaufania, za najważniejsze uznając wprowadzanie ładu, redukcję złożoności i kontrolę społeczną, posługując się przy tym, w ślad za P. Sztompką, interesującym z punktu widzenia obrotu gospodarczego pojęciem „kultury zaufania”. W dalszej części przedstawione zostają bardziej szczegółowe aspekty wzajemnej korelacji prawa i zaufania, przez naświetlenie funkcji zaufania w dziedzinie umów, w szczególności tych, które polegają na ułatwianiu kontraktowania i obniżaniu kosztów transakcyjnych. Następnie przybliża koncepcję ryzyka kontraktowania (fazy przedkontraktowej oraz fazy wykonywania umowy), przechodząc do analizy reakcji systemu prawnego na istnienie wspomnianego ryzyka. Wskazane zostają sposoby, w jakie prawo może realizować swoje zadania w odniesieniu do rodzajów ryzyka opisanych w pracy, spośród których do najważniejszych zalicza takie, jak redukcja asymetrii informacyjnej oraz prawne sankcje naruszenia zaufania. Uwaga zostaje zwrócona także na zagrożenia związane z mechanizmami prawnej ochrony zaufania oraz na tak zwane umowy szczególnego zaufania (m.in. umowa ubezpieczenia, agencyjna czy o pośrednictwo).

Czwarty rozdział poświęcony jest ochronie oczekiwań zawarcia skutecznej umowy. Rzeczono oczekiwania dzieli na te, które żywione są co do woli i zdolności zawarcia umowy (w ramach tych rozważań analizowana jest wykładnia oświadczeń woli, sankcja odszkodowawcza oraz konsekwencje braku zdolności do zawarcia umowy i wadliwości decyzji drugiej strony), jak i te, które podmiot żywi wobec tożsamości i właściwej reprezentacji drugiej strony (z rozróżnieniem na zaufanie do reprezentanta jak i reprezentowanego).

W kolejnym, piątym rozdziale, poruszona zostaje kwestia ochrony zaufania co do treści zobowiązania. Ukazuje rolę drugiej strony w kształtowaniu informacyjnych podstaw decyzji o zawarciu umowy, opisuje sposoby realizacji oczekiwań strony, po raz kolejny posiłkując się narzędziami wykładni oświadczeń woli. Analizuje także moc wiążącą oświadczeń przedkontraktowych oraz rozważa przepisy o błędzie, podstępie i wyzysku w kontekście pełniących przez nie funkcji restytucyjnej ochrony zaufania.

Rozdział szósty poświęcony jest ochronie oczekiwań co do możliwości wykonania umowy. Po krótkim opisie problemu obiektywnej niemożliwości świadczenia, autor przechodzi do kompleksowej analizy zagadnienia problemu nabycia prawa od uprawnionego, analizując przedmiotową kwestię w kontekście nabywania własności nieruchomości, rzeczy ruchomej, wierzytelności, a także nabycia prawa na podstawie czynności pozornej oraz prawa należącego do spadku. Rozdział podsumowują krytyczne wnioski dotyczące polskiej regulacji nabycia od nieuprawnionego.

Siódmy rozdział dotyczy zagadnienia ochrony oczekiwań właściwego wykorzystania przekazanej drugiej stronie informacji. Autor wskazuje na potrzebę oraz instrumenty ochrony zaufania w tymże zakresie, porównując polską regulację do standardów wynikających z prawa europejskiego (Projekt Wspólnego Układu Odniesienia – Draft Common Frame of Reference).

Ostatni, ósmy rozdział, porusza kwestię odpowiedzialności za naruszenie zaufania według przepisów o czynach niedozwolonych. Autor opisuje m.in. podstawy odpowiedzialności deliktowej, analizuje kwestię winy, porusza zagadnienie odpowiedzialności za cudze czyny i wskazuje na zakres obowiązku naprawienia szkody.

Autor bez wątpienia postawił przed sobą zadanie niełatwe. Opisywanie prawnych instytucji za pomocą języka posługującego się pojęciami, których definicje zaczerpnięte zostały z dorobku nauk pozaprawnych, jest zawsze zadaniem trudnym oraz wymagającym z jednej strony precyzji, a z drugiej należytej elastyczności i umiejętności spojrzenia na poruszane zagadnienia z szerszej perspektywy. Z uwagi na powyższe trudności, rozsądne wydaje się dokonane zawężenie badanych instytucji jedynie do zakresu, który bezpośrednio dotyczy ochrony zaufania podmiotów uczestniczących w kontraktowaniu. Dzięki takiemu założeniu autor unika zarzutu braku dostatecznej rekonstrukcji opisywanych instytucji i otwiera przed sobą drogę do drobiazgowej analizy poszczególnych kwestii z zakresu omawianych instrumentów prawnych. Na pozytywną ocenę zasługuje również nowatorstwo przedmiotowej pracy. Należy bowiem zauważyć, że autor nie dokonuje kolejnego opracowania badanego uprzednio przez polską doktrynę tematu, jego praca nie stanowi także

podsumowania dotychczasowych opracowań dotyczących prawnej ochrony zaufania. Monografia jest poświęcona zagadnieniu dotychczas nieopracowanemu i pomimo, że opisuje instytucje prawa umów szczegółowo i wielokrotnie omówione już w literaturze polskiej, robi to ze szczególnego punktu widzenia – „jako narzędzia, za pomocą których system prawny wspiera zaufanie jednego podmiotu do drugiego, niezbędne do podjęcia decyzji o zawarciu umowy” (s. 11).

Monografia P. Machnikowskiego otwiera nowe pola poszukiwań, sygnalizując jedynie pewne zagadnienia, których rozwinięcie nie było możliwe z uwagi na postawione cele. Doskonałym przykładem jest tutaj podrozdział o kształtowaniu się zaufania w kontaktach internetowych (s. 72–73). Czynniki sprzyjające powstawaniu zaufania, które obecne są w kontaktach gospodarczych istniejących w sieci, zostają jedynie zasygnalizowane, podczas gdy w dobie błyskawicznego rozwoju handlu w Internecie¹, każdemu spośród tych czynników poświęcić można osobny artykuł. W sposób szczególny widoczne jest to na przykładzie zagadnienia sieciowych systemów reputacji, gdyż mechanizmy te są obecnie bodaj najsilniejszymi katalizatorami zaufania w internetowym obrocie gospodarczym, zaś ich funkcjonowanie oparte jest na skomplikowanych i dalece rozwiniętych systemach.

Odnosząc się do kwestii otwarcia nowych obszarów poszukiwań w prezentowanej pracy, nie sposób nie zauważyć, że skupia się ona na zagadnieniu prawa umów². O ile rację ma autor stwierdzając, że „Umowa jest podstawowym narzędziem wymiany dóbr i usług w gospodarce rynkowej i stanowi to, w mojej ocenie, wystarczające uzasadnienie wyróżnienia na potrzeby analizy naukowej z całości systemu prawa prywatnego tych reguł, które dotyczą wyłącznie lub przede wszystkim umów i umownych stosunków prawnych” (s. 12), o tyle podkreślić trzeba, że temat prawnych instrumentów ochrony zaufania nie wyczerpuje się z pewnością w zakresie prawa umów. Poza obszarem zainteresowania recenzowanej pracy znajdują się zagadnienia z zakresu ochrony zaufania w pozostałych czynnościach prawnych, w tym m.in. z takich dziedzin, jak prawo spadkowe czy też z zakresu wybranych zagadnień dotyczących obrotu instrumentami finansowymi. Również i w tym zakresie praca P. Machnikowskiego stanowi zatem impuls do nowych poszukiwań naukowych.

Recenzowana praca ma charakter przekrojowy. Autor dotyka tak wielu zagadnień, rozpatrując je pod kątem ich ewentualnego związku z ochroną zaufania, że w naturalny sposób opierać musi się na autorytetach w zakresie

¹ Raport „E-commerce w Polsce 2010”, www.praktycy.com/infoteka/news50.html.

² Sposób, w jaki autor rozumie pojęcie „prawa umów”, wyjaśniony został na s. 11–12.

analizowanych dziedzin prawa. Jest to oczywiście zabieg niezbędny w opracowaniach przeglądowych, powoduje jednak, że duża część pracy ma charakter syntetyczny, nie zaś twórczy *sensu stricto*. Z tego względu na szczególną uwagę zasługują te fragmenty rozważań, w których autor formułuje własne poglądy, zwłaszcza jeśli stoją one w opozycji wobec linii dominującej w doktrynie lub orzecznictwie. Warto przyrzeć się tym rozważaniom.

W rozdziale dotyczącym nabycia prawa od nieuprawnionego, a konkretnie w podrozdziale traktującym o nabyciu własności rzeczy ruchomej, autor wyraża swój sprzeciw wobec powszechnej opinii dotyczącej interpretacji art. 169 § 2 k.c. Panujący pogląd głosi, że dobra wiara po stronie nabywcy istnieć musi przez cały trzyletni okres, o którym mowa w komentowanym przepisie. P. Machnikowski uważa go za chybiony. Jego zdaniem, posługując się zasadami wykładni funkcjonalnej stwierdzić należy, że przepis o nabyciu rzeczy ruchomej od nieuprawnionego służy ochronie nabywcy, który podjął decyzję o zawarciu umowy w zasadnym zaufaniu do uprawnień kontrahenta. Przedmiotowa norma ma za zadanie eliminować ryzyko braku uprawnień zbywcy i tym samym ułatwić nabywcy podjęcie decyzji w warunkach niepewności. Zdaniem autora, nabywca, który decyzję tę podjął i była ona w chwili jej podejmowania oparta na zasadnym zaufaniu, nie może być postawiony w takiej sytuacji, że z powodu późniejszego dowiedzenia się o tym, iż jego przekonanie o uprawnieniach zbywcy było błędne, skutki jego wcześniejszego, uzasadnionego działania zostają zniweczone (s. 161). Stanowisko to uznać należy za dobrze uargumentowane oraz przekonujące. *In plus* zaliczyć trzeba autorowi chęć oraz umiejętność krytycznego spojrzenia na referowane przez niego zagadnienia, podczas gdy w opracowaniu przeglądowym mógłby wszak ograniczyć się do roli kompilatora, od którego nikt nie wymagałby specjalistycznej wiedzy z każdej z poruszonych w monografii dziedzin.

Autor w sposób krytyczny patrzy nie tylko na poglądy doktryny, lecz również na kształt obowiązujących przepisów. Krytykuje on m.in. brzmienie art. 83 § 2 k.c., podkreślając, że zakres ochrony zapewnianej przez ten przepis jest zbyt wąski oraz podnosząc, iż wymagania stawiane przez tę normę w celu zapewnienia ochrony zaufania (w tym przypadku chodzi konkretnie o wymóg odpłatności przysporzenia), obce są jakiemukolwiek innemu europejskiemu systemowi prawnemu (s. 177).

P. Machnikowski formułuje również propozycje *de lege ferenda*, co wiadać chociażby na przykładzie rozdziału dotyczącego odpowiedzialności za naruszenie zaufania (podrozdział „Zakres obowiązku naprawienia szkody”). Podkreśla, że prawo polskie nie przewiduje kompensacji niemajątkowych następstw naruszenia zaufania, tj. w szczególności szkód polegających na

ujemnych przeżyciach psychicznych związanych z niespełnieniem oczekiwań, rozczarowaniu, utracie zaufania itp. Jego zdaniem, należałoby rozważyć uniezależnienie rozmiaru świadczenia odszkodowawczego od wysokości wyrządzonej szkody w ścisłym znaczeniu, przy jednoczesnym przyznaniu sądowi kompetencji do zasądzenia na rzecz poszkodowanego „stosownego odszkodowania”, które stanowiłoby kompensację niemajątkowych następstw naruszenia zaufania poszkodowanego. Rozwiązanie takie z pewnością uznać należy za nowatorskie, a jego zaproponowanie przez autora, za kolejny przejaw nieszablonowego podejścia do pracy, która – jak już podkreślono – ma zasadniczo charakter przekrojowy, ale w pewnym stopniu utrudnia krytyczne spojrzenie na prezentowane treści.

Oceniając metodologię pracy należy rozpocząć od kwestii fundamentalnej, jaką jest przyjęta przez autora definicja tytułowego pojęcia zaufania. Rozumienie tego terminu jest kluczowe, gdyż warunkuje metodę badawczą wszelkich opisywanych instrumentów prawnych. Nie sposób bowiem opisywać wpływu określonych instytucji na ochronę zaufania w procesie zawierania umowy bez dogłębnego zrozumienia tego czym jest zaufanie, które podlega ochronie, lub innymi słowy – jakie postaci zaufania zasługują na to, żeby ustawodawca objął je szczególną protekcją.

Doniosłość tego zagadnienia dostrzeżona została wyraźnie przez autora, który naświetleniu kwestii wielopłaszczyznowego wytłumaczenia terminu zaufania poświęcił niemal połowę pracy (pierwsza wzmianka o konkretnym instrumencie prawnym służącym ochronie zaufania znajduje się dopiero na s. 94). Z całą pewnością nie można odmówić autorowi rzetelności w podejściu do ukazania rozumienia pojęcia zaufania na płaszczyźnie rozmaitych dyscyplin naukowych oraz w ujęciu różnych badaczy zjawiska. Kluczowe pozostaje zatem tylko zrekonstruowanie tej definicji zaufania, na której oparte zostały przedstawione w dalszej części pracy rozważania prawne.

Próbę odnalezienia wspomnianej definicji rozpocząć należy od przedstawienia przywołanych przez autora poglądów Guido Mölleringa, zdaniem którego zaufanie jest nie tylko „słabą formą wiedzy indukcyjnej”, ale zawiera też element „socjo-psychologicznej, quasi-religijnej wiary”, stanowiąc „pośrednik pomiędzy wiedzą a niewiedzą o człowieku”. W tym ujęciu istotą zaufania jest wzięcie niepewności, niebezpieczeństwa i niewiedzy w nawias, odsunięcie jej na bok przy podejmowaniu decyzji (s. 32).

Przywołanie w tym miejscu poglądów Mölleringa jest o tyle istotne, że autor właśnie to podejście uważa za właściwe, co jest dla czytelnika informacją cenną, gdyż pozwala na uzupełnienie przedstawionej w dalszej części definicji pojęcia zaufania, przyjętej na potrzeby pracy, a która wydaje się mieć jed-

nak pewne luki. Niezbędne więc tutaj wydaje się przywołanie przedstawionej przez autora definicji zaufania:

W dalszych rozważaniach przyjmę takie rozumienie pojęcia zaufania, w myśl którego jest ono żywieniem oczekiwań względem przyszłego i niepewnego zachowania innej osoby lub bytu złożonego (organizacji, systemu); oczekiwań, że efekty zachowania podmiotu obdarzanego zaufaniem będą z punktu widzenia podmiotu ufającego korzystne. Zaufanie polega na przeświadczeniu, iż osoba dysponująca swobodą pozwalającą jej zawieść nasze oczekiwania jednak je spełni. Przekonanie to może być oparte na wiedzy o podmiocie obdarzanym zaufaniem, ale głównym elementem zaufania jest to, że ta wiedza nie daje pewności co do przyszłych zachowań tego podmiotu. Istnieje nadal niepewność, która jest przewyżczana przez zaufanie (s. 59).

Analiza przywołanej definicji nasuwa kilka spostrzeżeń. Oto bowiem autor wskazuje na kognitywne czynniki kształtujące zaufanie, podkreślając jednak ich poboczny, posiłkowy charakter („może być oparte na wiedzy”). P. Machnikowski nie określa jednak wyraźnie, na czym, co do zasady, oparte jest zaufanie lub chociaż na jakich czynnikach przekonanie to również może zostać oparte. Powyższych elementów, dzięki którym możliwe byłoby uzupełnienie definicji autora, należy zatem szukać w pozostałych częściach monografii.

Połączenie definicji zaufania zaproponowanej przez P. Machnikowskiego z tą, którą sformułował G. Möllering, a która w ocenie autora jest właściwa, dostarcza ciekawych wniosków. Oto bowiem otrzymujemy wyjaśnienie terminu zaufania, które zakłada, że stan ten oparty jest nie na wiedzy, ale na „quasi-religijnej wierze”, zaś jego istotą jest „wzięcie niepewności, niebezpieczeństwa i niewiedzy w nawias, odsunięcie jej na bok przy podejmowaniu decyzji” (s. 32). Wszelkie, poczynione w dalszej części monografii, rozważania na temat roli prawa w służbie ochrony zaufania oparte zostają zatem na takim rozumieniu tego ostatniego, w myśl którego jest ono przekonaniem ugruntowanym emocjami oraz wiarą jednostki.

Wydaje się, że takie podejście może okazać się niewłaściwe. Wprawdzie poszczególne instytucje nie posługują się pojęciem zaufania, ujmując poważnie przedmiot ochrony w inny sposób, jednak obecność w przepisach je statuujących licznych klauzul generalnych sprawia, że właściwe rozumienie pojęcia zaufania może okazać się kluczowe. Z doniosłości tego faktu z pewnością zdawał sobie sprawę sam autor, uwagom dotyczącym należytego wyjaśnienia terminu zaufania poświęcił bowiem bez mała połowę swojej książki.

Analizując zagadnienie zaufania konieczne wydaje się w tym miejscu nawiązanie do konkretnych rozważań, których analiza przez pryzmat przyjętej przez autora definicji pojęcia zaufania przysparzać może pewnych trudności.

W rozdziale traktującym o czynnikach wpływających na powstanie zaufania, autor pisze:

Nawet autorzy niepodzielający poglądu o ściśle racjonalnym charakterze zaufania, [...] podkreślają, że zaufanie nie może obejść się bez jakiegoś zasobu informacji o sytuacji, okolicznościach działania i partnerach, choćby informacje te były niezupełne i nie w pełni wiarygodne. Zaufanie „ślepe”, nieoparte na żadnej wiedzy, nawet jeżeli jest możliwe, to ma charakter patologiczny (s. 65).

Z powyższego wynika, że autor ma świadomość, iż immanentnym składnikiem zaufania jest właśnie wiedza, ów „jakiś zasób informacji”, choćby niezupełnych, a nawet „nie w pełni wiarygodnych”. Oznacza to, że żywienie oczekiwań, które oparte są wyłącznie na czynnikach innych niż wiedza (a zatem na emocjach, wierze itp.), nie spełnia elementarnych przesłanek do tego, ażeby mogło zostać scharakteryzowane jako zaufanie. Zaproponowanej przez autora definicji tegoż pojęcia nie da się zatem w pełni pogodzić z przywołanymi wyżej rozważaniami, przez co w zakresie tym powstać może odczucie lekkiego zaburzenia spójności metodologicznej pracy.

Pod kątem analizowanego powyżej zagadnienia warto przyjrzeć się także fragmentowi rozdziału VI.I („Ochrona zaufania co do treści zobowiązania: rola drugiej strony w kształtowaniu informacyjnych podstaw decyzji o zawarciu umowy”). Wskazane wydaje się tu przywołanie całego fragmentu dotyczącego omawianej kwestii:

Mimo to, podejmując decyzję o zawarciu umowy, strony mają jakieś wyobrażenie także co do tych treści, które nie zostały w umowie w ogóle zawarte bądź są w niej wyrażone niejasno; mają pewne oczekiwania co do przyszłych zachowań kontrahenta, które nie są mocno oparte na jednoznacznych postanowieniach umownych. Część tych oczekiwań, stanowiących kognitywne podstawy decyzji o zawarciu umowy, jest skutkiem informacji przekazanych przez drugą stronę bądź interpretacji zachowań drugiej strony, a nawet jej właściwości. W tym sensie możemy mówić, że decyzja o zawarciu umowy opiera się w jakimś stopniu na uzyskanych od kontrahenta informacjach, przy czym pojęcie „uzyskanie informacji” rozumiem w tym momencie szeroko, jako aktywne przekazanie informacji przez drugą stronę, a także powzięcie jakiegось przekonania na podstawie obserwacji cech i zachowania drugiej strony (s. 122).

Powyższy cytat jednoznacznie potwierdza, że autor zdaje sobie sprawę z tego, iż owo żywienie oczekiwań musi opierać się – co najmniej częściowo – na powziętych informacjach, a zatem na wiedzy. Skoro więc podjęta w zaufaniu decyzja o zawarciu umowy opiera się w jakimś stopniu na uzyskanych od kontrahenta informacjach, nie sposób zaakceptować definicji, zgodnie z którą zaufanie nie musi, lecz jedynie może być oparte na wiedzy.

Wydaje się, że w celu usunięcia powyższych zastrzeżeń pomocne mogłoby okazać się wprowadzenie do definicji przedmiotowego pojęcia sformułowań, takich jak np. zaufanie istotne oraz zaufanie *sensu largo*. Zaufanie istotne – jako podlegające ochronie prawnej – oznaczałoby takie żywienie oczekiwań wobec przyszłego i niepewnego zachowania drugiej strony, jakie byłoby udziałem modelowego uczestnika obrotu gospodarczego, znajdującego się w danych okolicznościach zewnętrznych i dysponującego daną wiedzą (istnienie pewnego zasobu informacji byłoby zatem obligatoryjną częścią składową zaufania). Każde inne żywienie oczekiwań, w tym opartych wyłącznie na emocjach czy wierze, jak również podpartych wiedzą na podstawie informacji, które zostały zinterpretowane inaczej niż zrobiłby to w danych okolicznościach modelowy uczestnik obrotu gospodarczego, stanowiłoby zaufanie *sensu largo*, które co do zasady pozostawałoby poza ochroną przewidzianą przez prawo. Co istotne, autor wprowadza pośrednio w kilku miejscach przedmiotowej książki rozróżnienie podobne do powyższego. I tak oto w rozdziale poświęconym reakcji systemu prawnego na istnienie ryzyka kontraktowania (w podrozdziale „celowość istnienia prawnych sankcji naruszenia zaufania”), autor podnosi:

Rozstrzygnięcia wymagają dwie zasadnicze, a przy tym niezmiernie trudne i złożone kwestie. Pierwsza dotyczy tego, kiedy ochrona prawna zaufania ma mieć zastosowanie. Nie ma bowiem wątpliwości, że nie każde niespełnienie oczekiwań powinno wywoływać reakcję prawną. Druga kwestia to właściwe metody tej ochrony (s. 97).

Ciekawych wniosków dostarcza również inny fragment („Ochrona oczekiwań co do możliwości wykonania umowy: nabycie prawa na podstawie czynności pozornej”), w którym P. Machnikowski stwierdza: „Poziom ochrony osoby działającej w zaufaniu powinien być uzależniony między innymi od wiarygodności źródła, na którym ona swoje zaufanie opiera” (s. 180). Biorąc pod uwagę powyższe fragmenty wydaje się, że w przedstawionych przez autora, a opisanych uprzednio w niniejszej recenzji, rozważaniach na temat wyjaśnienia pojęcia zaufania brakuje dostatecznego rozróżnienia analizowanego terminu. Podział pojęcia na podlegające ochronie prawnej zaufanie *sensu stricto* oraz zaufanie w szerszym rozumieniu, co do zasady pozostające poza ochroną przepisów prawa, mogłoby uczynić dalsze rozważania bardziej czytelnymi oraz pozwoliłoby oszczędzić – przynajmniej w niektórych miejscach – dodatkowych wyjaśnień dotyczących „istotności zaufania”. Rozważania te są wprawdzie niezbędne, jednak dzięki ewentualnemu wprowadzeniu klasyfikacji rodzajów zaufania pod kątem ich ochrony prawnej, mogłyby zostać uproszczone.

Powyższe wątpliwości, jak wspomniano, nie wpływają w żadnym stopniu na poprawność stawianych przez autora tez, nie można uczynić z nich zatem zarzutu *stricte* merytorycznego. Uważny czytelnik dostrzeże jednak w kilku miejscach drobne zaburzenia spójności wywołane przez niedostateczne rozwinięcie definicji kluczowego dla monografii pojęcia zaufania, stąd wskazanie powyższych uwag wydaje się zasadne.

Autor prowadzi narrację w sposób płynny i zrozumiały. Unika niepotrzebnych dywagacji w środku analizy danego wątku oraz skrupulatnie porusza sygnalizowane uprzednio we wstępie danego rozdziału zagadnienia, przez co struktura treści jest spójna. Referując kwestie na podstawie obcojęzycznych źródeł, autor wskazuje oryginalne brzmienia problematycznych terminów, przez co usuwa ryzyko błędnej wykładni językowej określonych pojęć. Bogate przypisy umożliwiają rozwinięcie poszczególnych tematów przez odesłanie do materiałów źródłowych.

Monografia P. Machnikowskiego ma w pewnym sensie charakter przełomowy. Opisuje nieujęte dotąd kompleksowo zagadnienie wzajemnej korelacji prawa i zaufania, posługując się językiem oraz dorobkiem kilku dyscyplin naukowych. Referowane instytucje prawa przedstawiane są w sposób krytyczny, co jest szczególnie cenne oraz godne pochwały z uwagi na fakt, że książka ma charakter przeglądowy i dotyka zagadnień z wielu gałęzi prawa. Monografia otwiera pole dla dalszych badań, sygnalizując wiele wartych rozwinięcia tematów powiązanych z tytułowym zagadnieniem zaufania.

Książka stanowi pracę interdyscyplinarną, dlatego jej treść zainteresować może nie tylko badaczy prawa. Co więcej, narracja prowadzona jest przystępnym językiem, który umożliwia lekturę niemal każdemu, bez względu na wykształcenie specjalistyczne. *Prawne instrumenty ochrony zaufania przy zawieraniu umów* śmiało polecić mogą każdemu, kogo w jakimkolwiek stopniu interesuje tematyka obecnych we współczesnym świecie form zaufania oraz sposobów jego ochrony. Tematyka ta jest bez wątpienia ciekawa – od zakresu ochrony zaufania przez prawo zależy wszak zaufanie społeczeństwa do prawa.

Mateusz Kolaszyński

Dobrosława Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, LexisNexis, Warszawa 2012

Z uznaniem należy przyjąć monografię Dobrosławy Szumiło-Kulczyckiej, mającą na celu usystematyzowanie zagadnienia czynności operacyjno-rozpoznawczych, w tym szczególnie możliwości ich wykorzystania w procesie karnym. Takie opracowanie jest istotne w kontekście obserwowanej po 1990 r. tendencji do zacierania wyraźnej i nieprzekraczalnej granicy między czynnościami operacyjnymi a procesowymi. Wzbogaca ono skromny jak do tej pory dorobek doktryny w omawianej materii, która z przyczyn historyczno-politycznych nie mogła rozwinąć się w ramach poprzedniego systemu politycznego¹.

Recenzowana praca została poprzedzona wstępem i składa się z sześciu rozdziałów o bardzo zróżnicowanej obojętności. Napisana jest w oparciu o metodę prawną-dogmatyczną. Autorka zastosowała również elementy metody prawnoporównawczej, przedstawiając unormowania występujące w Republice Federalnej Niemiec. Rozwiązania niemieckie w zakresie pozyskiwania informacji operacyjnych zostały przedstawione w rozdziale otwierającym opracowanie. Warto podkreślić, że jest to pierwsze tak obszerne omówienie tamtejszych uregulowań w polskiej literaturze. Z drugiej jednak strony, pewien niedosyt pozostawia brak odwołania w pracy do rozwiązań prawnych przyjętych w innych krajach o długiej tradycji demokratycznej i wysokim standardzie ochrony praw człowieka. W konsekwencji wykorzystana literatura obcojęzyczna ogranicza się zasadniczo do opracowań niemieckojęzycznych.

¹ Warto w tym miejscu odnotować przywoływaną przez autorkę wcześniej wydaną monografię o podobnej tematyce, zob.: A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006.

Podstawowa wątpliwość, jaka się nasuwa w związku z pierwszym rozdziałem dotyczy jego miejsca w strukturze całego opracowania. Celowym zamierzeniem autorki jest nieodwoływanie się w prowadzonych w tym miejscu rozważaniach do polskich rozwiązań (s. 21–22), które zostały przedstawione dopiero począwszy od rozdziału drugiego. Trzeba odnotować, że takie ustalenia terminologiczne nie zostały poczynione również we wstępie. Jeśli unormowania występujące w Republice Federalnej Niemiec mają stanowić punkt odniesienia dla rozwiązań rodzimych (s. 20–21), to konieczne wydaje się poprzedzenie tych rozważań choćby ogólnym wprowadzeniem do problematyki czynności operacyjno-rozpoznawczych. Takie podstawowe rozstrzygnięcia konceptualne mogłyby pozwolić na identyfikację zagadnień, w których niemieckie unormowania okazują się inspirujące. Umożliwiłoby to czytelnikowi lekturę pierwszej części opracowania z uwzględnieniem podstawowych problemów związanych z ich regulacją w Polsce. Ułatwieniem dla większości odbiorców byłoby też przytaczanie przepisów z Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec w języku polskim zamiast w oryginalnym (np. przypisy 47–51, s. 39–40), zwłaszcza że powszechnie dostępne są jej tłumaczenia, w tym m.in. wybitnego znawcy tej problematyki – Marka Sobolewskiego².

W ramach drugiego rozdziału, na nieco ponad dwudziestu stronach, przedstawiona została geneza czynności operacyjno-rozpoznawczych w Polsce. W kontekście struktury monografii pewne zastrzeżenie może budzić wyodrębnienie tych z konieczności skrótowych rozważań w osobnym rozdziale, który objętościowo ustępuje co najmniej jednemu podrozdziałowi monografii i jest zbliżony pod tym względem do kilku kolejnych. Otwarte pozostaje jednak pytanie, czy geneza czynności operacyjnych nie powinna być omówiona szerzej, z uwzględnieniem obszernej literatury dotyczącej działalności służb policyjnych i specjalnych okresu międzywojennego oraz lat 1943–1989.

W tym drugim wypadku szczególnie interesujące mogłyby okazać się odtajnione instrukcje o pracy operacyjnej z okresu PRL, odślaniające, jak szerokim wachlarzem metod operacyjnych mogą posługiwać się służby posiadające takie uprawnienia. Pewne uwagi można wysunąć także do umówienia rozwoju czynności operacyjno-rozpoznawczych po przemianach ustrojowych z 1989 r. Autorka za kluczową datę uważa tutaj 2001 r. Omawiając rozwój czynności operacyjno-rozpoznawczych w latach 1990–2001 skupia się głównie na nowelizacji ustaw policyjnych z 1995 r. Znacznie ograniczona została tym samym kwestia zmian dokonanych w 1990 r., związanych z uchwaleniem ustaw policyjnych. Warto podkreślić, że prawne uregulowanie działalności operacyjnej stanowiło przedmiot ożywionej dyskusji przy opracowaniu tych

² G. Rysiak, *Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec*, Opole 1972.

aktów normatywnych, przy czym w wątpliwość podawano nawet konieczność wyposażania funkcjonariuszy Urzędu Ochrony Państwa w uprawnienia do stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych. Głównym oparciem dla takiego poglądu były doświadczenia związane z funkcjonowaniem Służby Bezpieczeństwa. Ostatecznie przeważał pogląd, że nieuregulowanie tych kwestii w ustawie oznaczałoby pozostawienie jej praktyce, ze wszystkimi konsekwencjami dla praw i wolności jednostki, jakie się z tym wiążą, co niezwykle celnie ujął Jerzy Zimowski: „wolimy otworzyć furtkę i postawić przy niej strażnika, niż pozostawić otwartą szeroko bramę”³. Natomiast omawiając sytuację po 2001 r. autorka nie poświęciła uwagi dwóm nowelizacjom z ostatnich lat, istotnym w kontekście budowania systemu zewnętrznej kontroli nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi. Pierwsza dokonana została na mocy ustawy z 9 października 2009 r. o zmianie ustawy o prokuraturze oraz niektórych innych ustaw⁴, zgodnie z którą nastąpił rozdział organizacyjny i funkcjonalny ministra sprawiedliwości i prokuratora generalnego. Ustawa stworzyła formalne gwarancje niezależności prokuratury od innych organów i niezależności prokuratora przy wykonywaniu czynności określonych w ustawach. Dodatkowo w związku z wejściem w życie ustawy z 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw⁵, wzmocniona została, przynajmniej pod względem formalnym, kontrola prokuratorska, sądowa i parlamentarna nad niektórymi czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi.

Bez wątplenia zaletą opracowania jest wyodrębnienie osobnego rozdziału dotyczącego ogólnych standardów, które muszą być uwzględnione przy tworzeniu przepisów o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych, a wynikających wprost z konstytucji, konwencji międzynarodowych, a także z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Taka zawarta w trzecim rozdziale ocena czynności operacyjno-rozpoznawczych z perspektywy ochrony praw i wolności jednostki zdecydowanie wzbogaca opracowanie. W ramach tych rozważań autorka słusznie zwraca uwagę, że stosowanie niektórych metod pracy operacyjnej może ingerować w konstytucyjnie zagwarantowaną wolność przemieszczania. Zauważa przy tym, że jest to szczególnie istotne w kontekście możliwości stosowania elektronicznej czy satelitarnej obserwacji osoby, w tym prowadzonej przy zastosowa-

³ J. Zimowski, *Wystąpienie parlamentarne z dnia 6 kwietnia 1990 r.*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2010, wydanie specjalne, s. 29. Obszerniej na temat zmian z 1990 r. zob.: J. Wiśniewski, *System bezpieczeństwa wewnętrznego – ewolucja struktur i funkcji*, [w:] *Druga fala polskich reform*, red. L. Kolarska-Bobińska, Warszawa 1999.

⁴ Dz.U. z 2009 r. Nr 178 poz. 1375.

⁵ Dz.U. z 2011 r. Nr 53, poz. 273.

niu urzędzeń określających jej ruch (s. 120). Wypada się zgodzić, że duże wyzwanie, zarówno pod względem legislacyjnym, jak i faktycznym, stanowi w omawianej materii dokonany w ostatnich latach postęp technologiczny. Wydaje się, że uwaga autorki mogłaby skupić się w tym miejscu na reprezentatywnym dla tego zagadnienia przykładzie, jakim jest uprawnienie funkcjonariuszy do analizy bilingów telefonicznych i logowań telefonów komórkowych na poszczególnych stacjach przekaźnikowych. Czynność ta umożliwia obecnie odtwarzanie przemieszczania się posiadacza telefonu komórkowego i jego spotkań z innymi posiadaczami telefonów komórkowych. Taka forma śledzenia jednostki stanowi głęboką ingerencję w prawa i wolności jednostki. Warto zatem podkreślić, że obecnie to uprawnienie służb pozostaje poza kontrolą sądową i prokuratorską, a do jej zainicjowania nie jest nawet wymagana forma pisemna wniosku, wystarczy ustne żądanie funkcjonariusza.

Zdecydowanie najobszerniejszym rozdziałem monografii jest rozdział czwarty, charakteryzujący obecny stan prawny pod kątem uregulowanych w ustawach metod operacyjno-rozpoznawczych. Jego objętość stanowi niemal połowę publikacji, co pozwala zastanawiać się nad możliwością jego podziału na mniejsze części. Może bardziej zasadne byłoby podzielenie go na trzy mniejsze rozdziały, mając na uwadze różne standardy w zakresie zewnętrznej kontroli nad poszczególnymi metodami operacyjnymi. Przy tak zastosowanym podziale osobno omówiona została by poddana sądowej weryfikacji kontrola operacyjna. Oddzielnie potraktowana mogłaby zostać transakcja pozorna i przesyłka niejawnie nadzorowana, nad którymi roztoczona jest kontrola prokuratorska. Wreszcie osobne omówienie miałyby metody niepoddane obecnie jednostkowej kontroli przez organy usytuowane poza egzekutywą.

Pomijając poruszane już kilkakrotnie kwestie struktury opracowania należy uznać, że zaletą prowadzonych w tym miejscu rozważań jest uwzględnienie wszystkich ustaw uprawniających poszczególne służby do stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych. Zastrzeżenia może budzić jedynie uznanie Służby Celnej za uprawnioną do stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych (s. 158). W tej części rozważań z niezwykłą dbałością przedstawione zostały nawet najdrobniejsze różnice między poszczególnymi ustawami kompetencyjnymi, co nie jest zadaniem prostym z uwagi na licznie występujące między nimi odmienności w zakresie unormowania czynności operacyjno-rozpoznawczych. W tym względzie uważne śledzenie wywodu ułatwiają zamieszczone na końcu opracowania tabele, w których zestawione zostały przepisy z poszczególnych ustaw. To konsekwentnie przeprowadzone porównanie poszczególnych ustaw doprowadziło autorkę do postulowanego

już wcześniej w doktrynie ujednoczenia uregulowań poszczególnych ustaw policyjnych.

Można jednak odnieść wrażenie, że poza dostrzeżeniem niespójności w poszczególnych aktach normatywnych autorka nie pochyliła się nad drugim, może nawet bardziej istotnym zagadnieniem. Mianowicie co najmniej równie istotne wydaje się nadużywanie tych czynności przez poszczególne służby i rozbudowywanie ponad rozsądną miarę nieskoordynowanych ze sobą podmiotów uprawnionych do ich stosowania. W pracy brakuje takiej generalnej oceny zasadności przyznania uprawnień do stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych tak dużej liczbie służb. Podobne braki można zaobserwować w kwestii oceny sądowej kontroli nad tymi uprawnieniami, która obecnie jest jedynie nominalna. Wydaje się, że postulowanie jej roztoczenia nad kolejnymi, prócz kontroli operacyjnej, czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi (obecnie sądy akceptują ponad 99% wniosków o zarządzanie kontroli operacyjnej) wymagałoby w pierwszej kolejności pogłębionych rozważań na temat niezbędnej reorganizacji sądów, która uczyniłaby tę kontrolę bardziej skuteczną. W poszukiwaniu modelu kontroli zewnętrznej, niekoniecznie opartego jedynie na kontroli sądowej pomocne mogłoby się okazać przybliżenie rozwiązań niemieckich w tym względzie⁶.

Rozdział piąty jest syntezą rozważań na temat modelu relacji jakie zachodzą pomiędzy czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi a procesowymi. Autorka poddaje krytycznej analizie pojawiające się we wcześniejszych opracowaniach wyznaczniki czynności operacyjno-rozpoznawczych. Sama postuluje „porzucenie wielce problematycznego terminu czynności operacyjno-rozpoznawcze, zastępując go raczej pojęciem czynności zapobiegawczo-wykrywczych”, oznaczającym czynności operacyjno-rozpoznawcze, które są prowadzone przed wszczęciem postępowania karnego. Ponadto wszystkie metody działania tajne wobec osoby, względem której są stosowane, autorka proponuje określać jako czynności operacyjne, a nie, jak to tej pory, jako czynności operacyjno-rozpoznawcze. Wydaje się, że zamiast wprowadzania nowych pojęć, można się pokusić o nową klasyfikację czynności operacyjno-rozpoznawczych, dokonaną z uwagi na ochronę praw i wolności jednostki i uwzględniającą ich relacje do procesu karnego.

Ostatni rozdział stanowią postulaty *de lege ferenda*. Jeden z całej gamy w większości słusznych postulatów dotyczy braku potrzeby tworzenia szczegółowych norm upoważniających do podejmowania działań w postaci wywiadów czy tzw. rozpytań. Autorka uzasadnia to twierdzenie tym, że zdobyte

⁶ Zob. m.in.: P. Czarny, *Parlamentarna kontrola działalności służb specjalnych w Niemczech*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 6.

w ten sposób informacje zależą od dobrej woli osoby, która je udziela. Jej zdaniem teza ta zachowuje aktualność także wówczas, gdy takie działania podejmuje utajniony pracownik organów ścigania lub tajny współpracownik (s. 364). Generalnie należy zgodzić się z powyższym twierdzeniem. Szkoła jednak, że autorka nie odniosła się w tym kontekście do pewnej szczególnej sytuacji, jaką jest stosowanie czynności operacyjno-rozpoznawczych w aresztach śledczych i zakładach karnych. W tej kwestii zasadny wydaje się postulat wprowadzenia ustawowych ograniczeń stosowania tych czynności w tych dwóch szczególnych miejscach, gdzie jednostka jest całkowicie zależna od organów państwa, które są odpowiedzialne za jej bezpieczeństwo. Przede wszystkim trudno w tym wypadku rozgraniczyć, kiedy kończy się dobra wola w udzielaniu informacji, a zaczyna przymus wynikający z miejsca i sytuacji, w jakiej taka osoba się znalazła⁷.

Podsumowując rozważania o publikacji trzeba zwrócić uwagę na fakt, że jest to jedno z pierwszych tego typu opracowań w Polsce. Można wyrazić nadzieję, że wniesione uwagi okażą się pomocne przy ewentualnym przygotowywaniu drugiego wydania monografii. Stanowi ona, mimo pewnych niedoskonałości, cenną inicjatywę wydawniczą.

⁷ Problem ten został już dostrzeżony w literaturze przedmiotu, zob.: A. Cempura, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze prowadzone w aresztach śledczych i zakładach karnych*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 10.

Piotr Sztompka

Laudacja z okazji przyznania Hieronimowi Kubiakowi nagrody Kowadła krakowskiej Kuźnicy¹

Nieczęsto się zdarza, aby ktoś pełniący na swojej życiowej drodze wiele różnych ról społecznych, w każdej z nich zdobywał uznanie i szacunek. A to jest właśnie przypadek dzisiejszego laureata. Życie Hieronima Kubiaka wypełniały i wypełniają cztery role: badacza naukowego, nauczyciela i wychowawcy młodzieży akademickiej, organizatora i konstruktora instytucji naukowych oraz działacza społecznego i politycznego. Dobrze sprawdził się we wszystkich.

Jest przede wszystkim wybitnym socjologiem. Ale zaczynał jako filolog, a do socjologii zaprowadziła go chyba ta sama wyniesiona z robotniczej Łodzi lewicowa wrażliwość, która znacznie później kazała mu podejmować trudne i niepopularne funkcje polityczne. Zanim zaczął działać publicznie, chciał społeczeństwo lepiej zobaczyć i głębiej zrozumieć. To dobra kolejność, warta przypomnienia w czasach, gdy na marsze uliczne i barykady idą zaślepieni ignoranci. Tak więc Kubiak szybko przekraczał kolejne szczeble socjologicznego wtajemniczenia: cztery lata po magisterium – doktorat, w cztery następne lata – habilitacja, a siedem lat później – profesura belwederska. Cały czas pod egidą Uniwersytetu Jagiellońskiego i opieką ówczesnego nestora polskiej socjologii profesora Kazimierza Dobrowolskiego. Dopiero emerytura zamyka jego mariaż z uniwersytetem i otwiera rozdział dalszej pracy w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego.

A w długim „międzyzyciu” buduje swój dorobek naukowy, ważne dzieło znakomitego badacza empirycznego, ale i wnikliwego, refleksyjnego obserwatora życia społecznego niestroniącego od uogólnień i syntez. Ktoś, kto

¹ Honorowa Nagroda Kowadła, ustanowiona w 1976 r., przyznawana jest za dzieła, czyny i postawy szczególnie poruszające środowisko Kuźnicy i zarazem ważne dla polskiego życia społecznego i kulturalnego; otrzymali ją m.in.: Ewa Łętowska, Kazimierz Dejmek, Jacek, Kuroń, Tadeusz Kowalik, Henryk Markiewicz, Zygmunt Bauman.

może postawić na półce w domu i odnaleźć w bibliotekach pod literą „K” dwadzieścia własnych książek – sześć autorskich, siedem współautorskich i tyle samo zbiorowych, redagowanych – może śmiało zameldować, że plan życiowy wykonał. I nie są to książki pisane po to, aby spełnić naukometryczne standardy mierzone liczbą stron, owe tak częste dzisiaj książki będące dziełem introligatorów raczej niż uczonych. Kubiak pisze bo coś go zastanawia, dziwi, interesuje i długo, mozolnie drąży do głębi społeczną materię, zanim się podzieli wynikiem z czytelnikami. Żyje problemami, pytaniami, zagadkami społecznymi. Każdy, kto go zna wie, że przy każdym spotkaniu będzie słuchał długiej relacji o jakiejś nurtującej Kubiaka właśnie kwestii.

A co go zastanawia, dziwi i interesuje? Po pierwsze, religia jako uniwersalny fenomen kulturowy i jego zmieniające się kształty w dzisiejszym, złożonym, pluralistycznym świecie. Sam, daleki od światopoglądu religijnego, bada religię z koniecznym dla badacza dystansem, jako obiektywny fakt społeczny o wielkim znaczeniu. Po drugie, Kubiaka fascynuje fenomen narodu, procesów narodotwórczych, świadomości narodowej, kariera nacjonalizmu, siła więzi etnicznych. Terenem jego refleksji jest nie tylko Polska, ale także Stany Zjednoczone – gdy pyta o istnienie narodu amerykańskiego, czy Europa po traktacie westfalskim – zderzająca się do dzisiaj z unijnym projektem integracji. Po trzecie, podejmuje zagadnienie migracji, a w szczególności losów polskiej diaspory, w których stapiają się podejmowane wcześniej wątki katolickiej religijności i narodowej lojalności. Zaryzykuję tezę, że prace Kubiaka o Polonii amerykańskiej, polskim kościele narodowym, gettoizacji i kłopotach asymilacji Polaków w Stanach Zjednoczonych, są najważniejszym polskim wkładem w tę tematykę od klasycznego dzieła Floriana Znanieckiego i Williama I. Thomasa *The Polish Peasant in Europe and America*. Po czwarte, wiele pracy, także w międzynarodowych zespołach badawczych, a także gronach eksperckich i doradczych w kraju, poświęca dzisiejszy laureat problematyce pokoju, konfliktów międzygrupowych, strategii ich rozwiązywania i znaczeniu ruchów pokojowych. Po piąte wreszcie, a data nie jest tu przypadkowa, dopiero w latach osiemdziesiątych Kubiak wkracza wprost na pole socjologii polityki. Jak się domyślam, wtedy dopiero jego wieloletni czynny udział w świecie polityki – o czym będzie jeszcze mowa – stwarza w jego odczuciu legitymację do opisywania tego świata z pozycji „insidera”, a czas wolności otwiera szansę dla porzucenia dyskursu ideologicznego na rzecz w pełni naukowego. Bierze udział w międzynarodowych zespołach i projektach badawczych analizujących dylematy demokracji, pisze o przywództwie politycznym, systemach partyjnych, mechanizmach władzy. Ktoś powiedział, że badacz naukowy w dziedzinie nauk o człowieku, pisze zawsze

w końcu swoją własną biografię. Chyba ten piąty wątek naukowych dokonań Hieronima Kubiaka ilustruje tę myśl najlepiej.

Druga rola społeczna Hieronima Kubiaka, to nauczyciel i wychowawca młodzieży akademickiej. Kiedy po długiej przerwie powraca w 1989 r. do pracy dydaktycznej w Instytucie Socjologii, i do tego powraca ze stygmatem działacza partyjnego – sale wykładowe zapełniają się od razu studentami, którzy przyjmują go z otwartymi ramionami, a w procedurze ewaluacji dają mu najwyższe noty. Nic dziwnego, bo przed każdym wykładem widzę go, jak ugiąć się pod ciężarem książek, które niesie dla studentów, aby naocznie pokazać, kto dane zagadnienie badał i zachęcić ich do samodzielnej lektury. Chce formować umysły i charaktery. A gdy przychodzi do egzaminów, jest bodaj ostatnim, który trzyma się tradycyjnej formy ustnej i spędza nieraz ponad tydzień na wielogodzinnych, indywidualnych rozmowach z egzaminowanymi, z których każdy ma prawo do co najmniej trzydziestu minut jego czasu. Boją się okropnie, ale doceniają. A gdy dochodzą do etapu pisania prac magisterskich, krążą legendy o tym, jak Kubiak sprawdza każdy przecinek, pomaga sformułować każde zdanie i nadać całości sensowną strukturę. A wypromował ponad pięciuset magistrów socjologii. Można się domyślać, ile wysiłku poświęcał swoim doktorantom, których wypromował osiemnastu, a o tym, że miał dobrą rękę, niech świadczą cztery tytuły profesorskie jego uczniów i świetne kariery kilku innych. Pomagał im wszystkim, lansował, pielęgnował, troszczył się osobiście znacznie ponad zwykłą miarę. Inna sprawa, że niektórzy nie potrafili tego daru docenić i odwzajemnić.

Trzecia z ról dzisiejszego laureata, to budowniczy i organizator instytucji naukowych. Najważniejsze jego materialne, organizacyjne i intelektualne dzieło to Instytut Badań Polonijnych Uniwersytetu Jagiellońskiego w Przegorzalach. Dzięki inicjatywie, uporowi, a także sile politycznego „przebicia” Hieronima Kubiaka – powstała w trudnych latach siedemdziesiątych inwestycja i placówka naukowa, którą kierował przez następne szesnaście lat i która stała się dumą Uniwersytetu Jagiellońskiego, lokum niezliczonych konferencji, sympozjów, szkół letnich. W tym okresie Kubiak stworzył i przez kilkanaście lat redagował wysoko cenione czasopismo „Przegląd Polonijny”, a także dwie serie monografii na tematy polonijne, których ukazało się niemal pięćdziesiąt tomów. Wymienianie wszystkich innych funkcji, jakie dzisiejszy laureat pełnił w życiu naukowym – w komisjach, komitetach, radach i redakcjach – znużyłoby wszystkich Państwa, a zapewne i jego samego również.

Przejdę więc do roli ostatniej, ale nie najmniej ważnej – działacza społecznego i politycznego. Już w czasach studenckich Kubiak odczuwał imperatyw samorealizacji także w takim zakresie, zdobywając szybko pozycję prze-

wodniczącego krakowskiego Oddziału ZSP. Ale z tytułem przewodniczącego nie pozostał – jak wielu w podobnych sytuacjach – ale stał się prawdziwym, uznanym przywódcą licznego środowiska studenckiego Krakowa. Także i tu pozostawił po sobie ślady trwałe, gdy z architektem Tomaszem Mańkowskim inicjował i kreślił koncepcję wielotysięcznego miasteczka studenckiego. Wrócił wtedy z pierwszego studenckiego stypendium w USA i przejął się wizją prawdziwego kampusu w Krakowie. Z pożytkiem dla studentów po dziś dzień.

Ta sama lewicowa wrażliwość, pasja społecznikowska i ateistyczny światopogląd, które zapewne doprowadziły go do socjologii, kazały mu jeszcze przed dwudziestymi urodzinami wstąpić do Polskiej Zjednoczonej Partii Robotniczej, w której pozostał przez trzydzieści sześć lat, dochodząc w latach osiemdziesiątych do najwyższych partyjnych funkcji: sekretarza KC i członka Biura Politycznego. I także w tych rolach, w odbiorze wielu Polaków, a także większości środowiska naukowego nader niepopularnych, Kubiak cieszył się zawsze szacunkiem, a często uznaniem. Jak to było możliwe? Myślałem sobie w tamtych czasach, że prawdziwych komunistów łatwiej było wtedy znaleźć w Paryżu i Oksfordzie niż w Krakowie czy Warszawie. Wydaje mi się, że Kubiak był tu jednym z wyjątków, działaczem lewicowym na serio, ze szczerego przekonania, że naprawdę wierzył w ideę emancypacji mas ludzkich, uwolnienia ich od alienacji, nadania sensu życiu – przez tę formę organizacji ustrojowej, której inspirację dawał Karol Marks, a którą niestety strywializowali i wypaczyli późniejsi marksiści. Chciał budować socjalizm humanistyczny, nie autokratyczny czy tym bardziej nie totalitarny, łączący wartości marksistowskie z ideami liberalizmu i demokracji. I w tym sensie był bliższy marksizmowi zachodniemu Gramsciego, Lukacsa czy Althussera, niż marksizmowi Lenina. A do tego szukał ścieżek racjonalnych, opartych na krytycznym myśleniu i naukowym rozpoznaniu, a nie na ideologicznym entuzjazmie. Reprezentował w partii nurt otwarty, trzeźwy, gotowy do budowania mostów, a nie wznoszenia murów. Dostrzegali to ludzie, nawet gdy był „tam”, był jakoś inny, był „naszym człowiekiem” w tych przeważnie obcych dla wielu Polaków kręgach.

I jeśli mogę pozwolić sobie na refleksję prywatną, trudno mi było wtedy zrozumieć i darować mu, dlaczego 13 grudnia 1981 r. nie dołączył do tych kilkuset tysięcy członków partii, którzy w geście protestu przeciwko zdławieniu „Solidarności” rzucili legitymację partyjne. Dlaczego pozostał u boku generała? Może chciał być wierny swojemu słowu, bo kilka lat wcześniej pisał w agitacyjnej broszurce, że nigdy partii nie opuści? No i rzeczywiście, dotrzymał słowa i to partia go opuściła, kiedy w 1986 r. został usunięty z najwyż-

szych stanowisk partyjnych, a niedługo później już jako szeregowy członek patrzył na wyprowadzanie sztandaru PZPR z sali Kongresowej.

A dzisiaj, z perspektywy lat myślę jeszcze inaczej: że gdyby choć trochę ludzi pokroju intelektualnego i orientacji ideowej Kubiaka nie zostało wtedy w partii, to może Okrągły Stół nie stałby się najwspanialszym meblem w naszej historii, przy którym zresztą sam zasiadał, a potem nie doszłoby do historycznego kompromisu i cudu wyborów czerwca 1989 r. Po przełomie ustrojowym Kubiak należał do tych, którzy z pokorą przyjęli wyrok społeczeństwa i historii i włączył się z pełną pasją w budowanie lepszej Polski w obszarach zawsze sobie najbliższych: naukowym i nauczycielskim. A środowisko naukowe przyjęło go z powrotem bez oporów. Jego osiągnięcia w ostatnim dwudziestoleciu są znakomitą dowodem na mądrość polityki grubej kreski Tadeusza Mazowieckiego, który zresztą nie wahał się powierzyć mu pewnych funkcji doradczych.

I tak w pracowitym życiu Hieronim Kubiak realizował cztery swoje społeczne role. Ale za rolami społecznymi stoi jeszcze człowiek i obywatel. I tu szukać trzeba tej najważniejszej tajemnicy jego sukcesów. Człowiek myślący, racjonalny, tolerancyjny i otwarty. Człowiek wrażliwy na biedę i ludzkie niedole, zatroskany o dobro wspólne. Człowiek przyjazny, gotów do pomocy i bezinteresownego wsparcia udzielanego innym, niekoniecznie tylko najbliższym i przyjaciółom. Człowiek odpowiedzialny i uczciwy. Optymistyczny i uśmiechnięty. Życzliwy dla ludzi i zakochany w pewnym jamniku imieniem Maciuś.

Nagroda Kowadła honoruje dzisiaj to, co Hieronim Kubiak w swoich czterech rolach społecznych osiągnął, ale także to – kim po prostu jest.

Lista recenzentów

W roku 2012 artykuły zgłaszane do „Studiów Prawniczych. Rozpraw i Materiałów” opiniowali pod kątem ich naukowej przydatności do rozpowszechniania:

Janina Czapska, dr hab. prof. UJ
Jerzy Konieczny, dr hab.
Maksymilian Pazdan, prof. dr hab.
Wojciech Pyziół, prof. dr hab.
Barbara Stańdo-Kawecka, dr hab.
Leszek Starosta, prof. dr hab.
Jerzy Stelmach, prof. dr hab.
Maria Szewczyk, prof. dr hab.
Andrzej Światłowski, dr hab.
Tadeusz Widła, prof. dr hab.
Magdalena Zubańska, dr

