

**Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
Wydział Prawa i Administracji**

Studia
Prawnoustrojowe

27



**Wydawnictwo
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie**

KOMITET REDAKCYJNY
Małgorzata Szwejkowska (redaktor naczelna)
Robert Dziembowski, Elżbieta Zębek (zastępcy)

RADA NAUKOWA
Stanisław Pikulski (przewodniczący), Jaime Bonet Navarro,
Janina Ciechanowicz-McLean, Gaetano Dammacco, Przemysław Dąbrowski, Jarosław
Dobkowski, Burduli Irakli, Mariola Lemonnier, Dorota Lis-Staranowicz, Maria LoGiacco,
Piotr Majer, Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Elena Safranowa, Myriam Senn,
Renata Świrgoń-Skok, Sebastiano Tafaro

ADRES REDAKCJI
Wydział Prawa i Administracji UWM
10-702 Olsztyn, ul. Warszawska 98
tel. 89 524 64 31, fax 89 535 15 97

Lista recenzentów zostanie zamieszczona
w ostatnim numerze danego roku

REDAKCJA WYDAWNICZA
Elżbieta Pietraszkiewicz

PROJEKT OKŁADKI
Maria Fafińska

PL ISSN 1644-0412

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2015

Wydawnictwo UWM
ul. Jana Heweliusza 14, 10-718 Olsztyn
tel. 89 523 36 61, fax 89 523 34 38
www.uwm.edu.pl/wydawnictwo/
e-mail: wydawca@uwm.edu.pl

Nakład: 100 egz.; ark. wyd. 22; ark. druk. 18,75
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. nr 439

Spis treści

ARTYKUŁY

Carmen Lázaro Guillamón , <i>Il “silenzio” sulla base della gl. Qui tacet, ad D. 50.17.142</i>	5
Przemysław Kubiak , <i>Czynny żal jako okoliczność łagodząca odpowiedzialność sprawcy w świetle pism jurystów oraz retorów</i>	11
Sławomir Kursa , <i>„Vigor” reguły „nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest” w prawie rzymskim</i>	27
Piotr Sadowski , <i>Wpływ kognacji na „ius conubii” w prawie rzymskim i kanonicznym</i>	41
Bronisław Sitek , <i>In dubio magis contra fiscum est respondendum (D. 49.14.10)</i>	55
Magdalena Sitek , <i>Commercium iure gentium commune esse debet</i>	63
Edyta Sokalska , <i>The tradition of ADR (Alternative Dispute Resolution) as an alterative form of justice in the American legal culture</i>	73
Adam Świętoń , <i>Odpowiedzialność żołnierzy za szkody wyrządzone na majątku osób prywatnych (privati) w świetle 7 księgi Kodeksu Teodozjańskiego – zarys problemu</i>	85
Kamil Frąckowiak , <i>Temulency as the distraction of mental actions</i>	103
Piotr Herbowski , Dominika Słabczyńska , <i>Badania poligraficzne jako element zarządzania ryzykiem w procesie weryfikacji informacji przekazywanych przez kandydata na świadka oraz świadka koronnego</i>	117
Karol Juszka , <i>Problematyka badawcza efektywności warunkowego umorzenia postępowania karnego stosowanego w reakcji na przestępstwa o charakterze gospodarczym</i>	133
Monika Kotowska , <i>Zagrożenie zjawiskiem korupcji ze strony członków zorganizowanych grup przestępczych z perspektywy funkcjonariuszy Służby Więziennej</i>	139
Krzysztof Krassowski , <i>Kilka uwag o kryminalistyce w świecie informacji cyfrowej oraz stojących przed nią wyzwaniach</i>	153
Piotr Majer , <i>Struktura, zadania i prawne podstawy działalności aparatu państwowego II RP do spraw repatriacji, reemigracji i emigracji</i>	165
Jarosław Moszczyński , Katarzyna Julia Furman , <i>Aktywne metody prowadzenia zajęć z kryminalistyki na przykładzie warsztatów poświęconych badaniom dokumentów. Wybrane zagadnienia</i>	179
Anna Opar , <i>Wina kombinowana w prawie karnym jako dualizm form winy</i>	191
Grzegorz Pieszko , <i>Ekonomiczno-społeczne aspekty przestępczości</i>	203
Marta Romańczuk-Grącka , <i>Zakaz reklamy lub promocji działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych w sposób umożliwiający zapoznanie się z nimi małoletniemu poniżej lat 15 (art. 200 § 5 k.k.)</i>	215
Ryszard Sztuchmiller , <i>Konstytucyjna ochrona małżeństwa i rodziny a ekspansja gender</i>	227
Małgorzata Szejnkowska , Anna Chodorowska , <i>Regulacje prawne dotyczące sprawców z zaburzeniami preferencji seksualnych – wybrane zagadnienia</i>	245
Andrzej Wawrzusiszyn , <i>Bezpieczeństwo w procesie poznania naukowego</i>	267
Monika Ziniewicz , <i>Bezpieczeństwo narodowe i logistyka Sił Zbrojnych RP po wstąpieniu Polski do NATO i UE</i>	267

GŁOSY

- Dariusz Jagiello**, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 20 grudnia 2012 r., II AKa 283/12, LEX nr 1292674* 281

RECENZJE

- Bogna Orłowska-Zielińska**, Marian Cabalski, *Przemoc stosowana przez kobiety. Studium kryminologiczne*, Impuls, Kraków 2014 289
- Jarosław Kostrubiec**, Mirosław Karpiuk, *Zadania i kompetencje zespolonej administracji rządowej w sferze bezpieczeństwa narodowego Rzeczypospolitej Polskiej. Aspekty materialne i formalne*, Wydawnictwo Akademii Obrony Narodowej, Warszawa 2013 293

SPRAWOZDANIA

- Marta Romańczuk-Grącka**, *Sprawozdanie z III Ogólnopolskiego Zjazdu Młodych Karnistów nt. „Reforma prawa karnego”*, Poznań, 3–4 kwietnia 2014 r. 297

Artykuły

Carmen Lázaro Guillamón

Universitat Jaume I
Castellón, Spain

Il “silenzio” sulla base della gl. *Qui tacet, ad D. 50.17.142*

Il vero significato e la portata del noto frammento di Paolo D. 50.17.142 (Paulus 56 ad ed.): *Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare*, che fa parte del titolo *De diversis regulis antiqui iuris*, è condizionato dal contesto originale del testo. Il brano è tratto dal libro LVI dei commenti all’Editto di Paolo, intitolato “chi confessa e non si difende” (*de confessis et indefensis*) come segue dalla Palingenesia del Lenel¹ la cui ricostruzione testuale è come segue:

- Lenel, Pal.I, 691: D. 42.2.1 (Paulus 56 ad ed.): *Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur*, del titolo II del libro XLII del Digesto *De confessis*.
- Lenel, Pal.I, 692: D. 50.17.142 (Paulus 56 ad ed.): *Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare*, il nostro testo.
- Lenel, Pal.I, 693. D. 42.3.5 (Paulus 56 ad ed.): *Quem paenitet bonis cecisisse, potest defendendo se consequi, ne bona eius veneant*, testo ubicato nel titolo III del libro XLII *De cessione bonorum*.

Dei testi organizzati dalla Palingenesia segue il fatto che Paolo ha cercato di definire due diverse situazioni:

1. Quella del *confessus*, che viene giudicato come se si trattasse di una sentenza pronunciata contro di lui.

2. Quella del *tacens* (che non si difende), che con il suo silenzio avrebbe cercato di evitare qualsiasi tipo di responsabilità e che non agendo o reagendo, dovrebbe essere considerato un vero *confessus*.

Come si vede, il trattamento del silenzio è processuale², ciò vale a dire che “qui tace, acconsente” non ci sia un principio generale. Nel’ultimo testo della Palingenesia viene aggiunto il caso della necessaria condotta di difesa di chi si è pentito di aver fatto una *cessio bonorum*.

¹ O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis I*, Lipsiae 1889, p. 1073 y 1074.

² J.A. Martínez Vela, *Algunas claves sobre el valor jurídico del silencio*, “Revista de Derecho UNED” 2012, no. 10, p. 406ss.

In ogni caso, sembra chiaro che, anche se alcune fonti danno certi effetti di un comportamento passivo e silenzioso (ad esempio, quello della *in iure cessio*), da un punto di vista giuridico, non è possibile attribuire al silenzio una valutazione univoca valida per qualsiasi tipo di rapporto giuridico.

Per tanto, sembra possibile contraddire la massima popolare “chi tace, acconsente”, che è venuta ad avere valore giuridico e non sempre dire che il “silenzio è assenso”, ma a volte semplicemente significa “non dire niente”.

Anzi, Paulo in D. 50.17.142 non ha voluto dirci che chi tace acconsente la sentenza (da un punto di vista procedurale non sarebbe opportuno parlare di “conformità nell condena”). Paulo determina che il silenzio si dovrebbe considerare come se il convenuto avesse confessato. Se ammettiamo nel silenzio un valore globale e complessivo, siamo falsando ed estrapolando ad altri settori il significato della inattività di chi occupa, da un punto di vista giuridico, la posizione di convenuto, per esempio, sarebbe un errore estrapolare il valore del silenzio assenso ai contratti, in cui la posizione del soggetto chi rimane in silenzio non sia quella dal detenuto, imputato o convenuto, soltanto è la parte di un contratto.

La vera generalizzazione del principio *qui tacet consentire videtur*³ si produce nel libro VI delle Decretali VI^o.5.12. reg 44: [...] *is qui tacet non fatetur neque utique negare videtur* [...] che trova origine in D. 23.1.12 (Ulpianus I.S. de sponsal): *Tunc autem solum dissentienti a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat*, concernente il comportamento della figlia nelli sponsali, resta inteso che la figlia consente se non si oppone alla volontà del padre. Ma si è dato la figlia il potere di dissentire da suo padre quando il padre scegliere solo marito indegno per le loro abitudini o imbarazzante.

La reinterpretazione del Diritto Canonico è del tutto estranea al significato del testo romano. In D. 23.1.12 l'interpretazione del silenzio come consenso è strettamente legata al caso della *sponsa* e a la particolare struttura della famiglia romana. Non c'è nelle intenzioni dell giurista romano fare appello ad un principio generale.

In questo contesto, è opportuno riesaminare la reinterpretazione dei glossatori su D. 50.17.14 dove è chiaramente esemplificata la mancanza di univocità di chi “non dice nulla”, vediamo sua analisi:

La prima cosa che ci colpisce è una nota a margine che è contenuta nell'edizione della glossa con cui laboriamo⁴ a *fatetur* de D. 50.17.142, questa nota literalmente afferma: *Unde Cic. in Catilinam, quid exspectas, inquit loquentium auctoritatem, quorum voluntatem tacitorum perspicias?* chiaramente l'allusione è all'*Oratio in Catilinam* del Cicerone, in particolare al paragrafo 20 dell'*Oratio Prima in Senatu Habita*, particolarmente, è la nota di chiusura o risposta alla domanda che Catilina

³ C. Magni, *Il silenzio nel Diritto Canonico*, “Rivista di Diritto Privato” 1934, vol. I, p. 52, i canonisti non solo introdussero la regola del Digesto ma anche la nuova regola di conio medioevale *qui tacet consentire videtur*. A dire di G., Tomás, *Fuentes jurídicas del principio qui tacet, consentire videtur. Realidad Jurídica versus difusión social*, RIDA 2003, no. 50, p. 385, le fonti romane e le canoniche si contraddicono.

⁴ *Digestum Vetus seu Pandectarum Iuris Civilis tomus primus*, Parisiis 1566, fol. 1917–1918.

lancia a Cicerone chi la reindirizza retoricamente al Senato su suo esilio; Cicerone, abilmente risponde che i senatori non devono prendere posizione su l'esilio di Catilina, il suo silenzio basta per capire che la sua volontà sia effettivamente l'esilio di Catilina. La nota raccoglie perfettamente un caso di silenzio assenso.

Dopo aver fatto questa valutazione che abbiamo ritenuto fosse importante, andiamo all'analisi del testo fondamentale della glossa che viene specificato nella gl. *Qui tacet*, ad D. 50.17.142⁵:

Tacere quidem medium est inter expressam voluntatem, et contradictionem expressam, ut non sit idem ius quod in alterutro est eorum: et pone exemplum in tributoria. nam si contrahat servus domino contradicente, tenetur de peculio tantum: et deducitur quicquid domino debetur: ut. §. de pecu. l. si quis servum. §. etiam. econtra si eo expressim volente, tenetur in solidum quod iussu. ut. ss. quod iussu. l. j. ubi autem scit. et tacet: tenetur tribu. ut hic, et. ss. de tribu. l. j. §. scientiam et de exerci. l. j. §. si is. Sed fallit haec regula: quia quandoque tacere est pro expressa contradictione: ut in procu. ut. ss. de procu. l. filius. §. invitus. et in servi. ut. ss. de servi. urba. praedi. l. invitum. Item in furto est: ut. ss. de fur. l. per qua. §. quae ex voluntate. Item in pratrono, ut. ss. de rit. nup. l. in eo iure. §. demum. Item in institutione heredum: quia expresse debet testator decere nomen heredis. Ut. C. de testa. l. iubemus. Item in interrogationibus in iure: ut. ss. de interro. ac. l. de aetate. §. qui tacuit. Et sic fallit secunda pars huius lex et econtra tacere habetur pro consensu expresso quandoque: et si fallit prima: ut ss. sol. mat. l. ij. §. voluntate, et. ss. de lib. ag. l. j. §. poena. et ss. loca. l. item quaeritur. §. qui impleto. Item ibicumque tacitum pactum an l. inducitur: ut supra de pac. l. qui in futurum. et ad hoc concurrunt duo generalia: patientia habetur pro consensu^d: item econtra. Item facit supra de except. l. non utique.

In primo luogo: *Tacere quidem medium est inter expressam voluntatem, et contradictionem expressam, ut non sit idem ius quod in alterutro est eorum: et pone exemplum in tributoria* [...] si chiarisce il significato del *tacere*, nel senso che il silenzio fa riferimento sia l'espressione esplicita di volontà sia la dichiarazione esplicita della contraddizione, cioè *tacere* è a volte silenzio assenso ed altre significa silenzio dissenso. Sembra che l'intenzione del glossatore è quella di fare uno studio della volontà e, quindi, afferma che il silenzio è a metà strada tra la manifestazione espressa di volontà e l'affermazione di contraddizione, così non ha lo stesso significato in tutti i casi. In questo contesto, l'azione tributaria può essere un esempio di silenzio preso come consenso. Il silenzio del *pater familias* nel caso che i figlio faccia interventi con suo peculio nel traffico commerciale conoscendo questi interventi il *pater familias* (cioè, con sua *scientia*), se il figlio diventa insolvente, il *pater* è incluso nel concorso di creditori; se il *pater familias* ha agito intenzionalmente per

⁵ Dobbiamo notare che nella trascrizione del testo abbiamo mantenuto la numerazione del Digesto di Mommsen poiché nell'edizione della Magna Glossa con cui lavoriamo, la formulazione effettiva è D. 50.17.184. Come avverte I.L. García del Corral, *Cuerpo del Derecho civil romano a doble texto traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias*, vol. III, Barcelona 1897, p. 954, n. 2, i numeri dal 118 (160) fino al frammento 199 denotano l'alterazione subita per essere erroneamente collegate due pagine del Codice Fiorentino, questa alterazione è stata ricevuta nell'Edizione dall'Haloandro (Nurenberg 1929) e nelle vulgari.

impedire tale concorrenza, il creditore o dei creditori potevano esecutare l'azione tributaria per rivendicare la loro rispettiva quota. Resta inteso che la *sciencia* del *pater familias* non ha bisogno di essere espressa, basta che non sia vietata espressamente l'attività commerciale del figlio.

Questo esempio iniziale è seguito da un confronto con il funzionamento di altre azioni adiecticie in cui il fatto di dire niente è dato come consenso nel caso delle attività dei *fili familiae* o degli schiavi: Si raccoglie il caso: *nam si contrahat servus domino contradicente, tenetur de peculio tantum: et deducitur quicquid domino debetur: ut. §. de pecu. l. si quis servum. §. etiam [...]* della proibizione della contrattazione con terzi con il richiamo a *§. de pecu. l. si quis servum. §. etiam* D. 15.1.29.1 (Gaius 9 ad ed. provinc.). *Etiamsi prohibuerit contrahi cum servo dominus, erit in eum de peculio actio*, dove l'opposizione del *pater familias* doveva essere effettiva, cioè, se non c'è *iussum* o *praepositio* il *pater familias* o il proprietario risponde in modo limitato attraverso l'*actio* di peculio. In particolare, si afferma che, se lo schiavo fa un contratto contraddicendo la volontà del proprietario, questo sarà responsabile solo nella misura del peculio. Cioè, l'opposizione deve essere concreta, pertanto, resta inteso che se il padre non dice nulla significa che non osta alla realizzazione del negozio giuridico, il silenzio si intende come assenso.

Il testo della glossa continua con diversi casi di silenzio-assenso: Se il *pater familias* o proprietario del *servus* autorizza la contrattazione con il figlio o schiavo, vale a dire se il *pater familias* acconsente –*iussum*–, sarà responsabile per l'*actio quod iussu*: *contra si eo expressim volente, tenetur in solidum quod iussu. ut. ss. quod iussu. l. j [...]*, il richiamo in questo caso *ss. quod iussu. l. j.* è a D. 15.4.1pr, dove si chiarisce che in caso di mandato *iussum*, l'azione sarà l'*actio quod iussu*. Altra volta il caso dell'azione tributaria ed anche dell'azione esecutoria: Se il figlio è impegnato con il proprio *peculium* nel traffico contrattuale conoscendo questa intervento il *pater familias* e non espressamente dichiarando la propria opposizione i creditori potranno esecutare contro i *pater familias* l'azione tributaria [...] *ubi autem scit. et tacet: tenetur tribu. ut hic, et. ss. de tribu. l. j. §. scientiam et de exerci. l. j. §. si is [...]* il richiamo in questo caso è a D. 14.4.1.3 ed a D. 14.1.1.19 nel caso della esecutoria. Si chiarisce la necessità di no opposizione, cioè, basta il silenzio per tenerlo come silenzio consenso.

Finora la prima regola, la del silenzio-assenso, comincia per presentare eccezioni quando il fatto del silenzio viene preso come contraddizione espressa: *Sed fallit haec regula: quia quandoque tacere est pro expressa contradictione: ut in procu. ut. ss. de procu. l. filius. §. invitus [...]*. Il testo che i glossatori citano come esempio di questa eccezione alla regola generale è D.3.3.8.1 (Ulpianus 8 ad ed.). *Invitus procurator non solet dari. invitum accipere debemus non eum tantum qui contradicit, verum eum quoque qui consensisse non probatur*, dove il silenzio sulla nomina come procuratore è equivalente alla manifestazione di non voler esserelo. Prosegue con le eccezioni alla prima regola del silenzio-assenso: [...] *et in servi. ut. ss. de servi. urba. praedi. l. invitum [...]*, sebbene con la citazione di un testo problematico

D. 8.2.5 (*Ulpianus libro septimo decimo ad edictum*). *Invitum autem in servitutibus accipere debemus non eum qui contra dicit, sed eum qui non consentit. ideo Pomponius libro quadragensimo et infansem et furiosum invitos recte dici ait: non enim ad factum, sed ad ius servitutis haec verba referuntur*, nel testo Pomponio sostiene che nel caso dei pazzi e dei minorenni, il silenzio deve essere preso come un segno di contraddizione, cioè, se avviene qualche attività equivalente all’esercizio di una servitù sul fondo del pazzo o del *infans*, il silenzio non è sinonimo di *patientia* e, pertanto, non fornisce l’acquisizione della servitù a chi l’esercita nonostante le apparenti condizioni di tolleranza, l’acquisto soltanto si raggiunge quando il proprietario del eventuale fondo servente ha condizione mentali e di età adatte. In questo testo, si verifica il particolare interesse del glossatore per analizzare il caso del silenzio in soggetti con capacità giuridica incompleta.

Il testo della glossa continua con un altro esempio di ciò che potremmo chiamare silenzio-dissenso: [...] *Item in furto est: ut. ss. de fur. l per qua. §. quae ex voluntate* [...]. I testi che servono come esempio sono quelli di un caso di furto, specificamente sono citati: D. 47.2.48.2 e 3: avere uno schiavo con la volontà espressa del suo *dominus* non risponde al tipo penale che descrive il furto di uno schiavo. In questo caso si evidenzia l’importanza della *scientia*. Si prosegue con la modellazione del silenzio negativo [...] *Item in pratrono, ut. ss. de rit. nup. l. in eo iure. §. demum* [...] con la citazione di D. 23.2.45.5 dove il silenzio del patrono è inteso come dissenso sul’eventuale divorzio dalla sua liberta⁶.

Casi simili continuano ad essere raccolti: *Item in institutione heredum: quia expresse debet testator decere nomen heredis. Ut. C. de testa. l. iubemus* [...], nel testo citato (C. 6.23.29) la mancata designazione di un erede nel testamento, cioè, il silenzio in riguardo a questa istituzione, provoca la caduta del testamento. Senza lasciare il contesto ereditario, la glossa prosegue con un esempio di *interrogatio in iure an erede sit: Item in interrogationibus in iure: ut. ss. de interro. ac. l. de aetate. §. qui tacuit* [...], la citazione di D. 11.1.11.4 ci chiarisce che è contumace chi rimane zito quando è interrogato dal Pretore in un processo sulla sua condizione di erede, in questo caso, il silenzio di chi è stato interrogato dal Pretore è tenuto come se lui non volesse essere erede.

A continuazione la glossa raccoglie nuovamente esempi di in silenzio-assenso esplicito (simile alle iniziali ipotesi dei rapporti *pater familias-filius* e *dominus-servus: Et sic fallit secunda pars huius lex et contra tacere habetur pro consensu expresso quandoque: et si fallit prima* [...]. Il primo richiamo è a D. 24.3.2.2: *ss. sol. mat. l. ij. §. voluntate-* nel caso del silenzio della figlia quando conosce che suo padre ha esercitato l’azione per reclamare la dote, in questo caso il silenzio della figlia si intende come la manifestazione del suo consenso all’esercizio dell’azione. Con il significato del silenzio come cosentimento abbiamo anche l’esempio de *ss. de lib. ag. l. j. § poena*, dove la citazione è quella di D. 25.3.1.4, alludendo al fatto che il silenzio del padre fornisce l’effettivo riconoscimento del *nasciturus* come legittimo. Ancora una volta, come una manifestazione di silenzio-assenso è chiamato

⁶ Si veda in questo caso S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio*, Milano 1982, p. 112.

D. 19.2.13.11 *ss. loca. l. item quaeritur. §. qui impleto* dove si ritiene a seguire il contratto di locazione se il conduttore continua nel contratto di locazione dopo la scadenza del termine fissato per la fine del contratto, caso della *relocatio tacita*.

Gli esempi di silenzio-assenso finiscono quando è raccolto il caso del patto tacito di D. 2.14.57pr: *Item ibicumque tacitum pactum an l. inducitur: ut supra de pac. l. qui in futurum [...]*, cioè, nel caso in cui viene applicato un interesse in anticipo, resta inteso che si è convenuto che il capitale non sarebbe chiesto per il tempo previsto.

Il testo della gl. *Qui tacet*, ad D. 50.17.142 conclude con la seguente dicitura: [...] *et ad hoc concurrunt duo generalia: patientia habetur pro consensua: item econtra. Item facit supra de except. l. non utique*, vale a dire che due *generalia* concorrono: in primo luogo: *patientia pro consensu habetur*, e il secondo: *non patientia pro disensu*, cioè, i casi del silenzio-consenso ed i casi del silenzio-dissenso. Il testo offre un esempio finale con carattere processuale, in particolare chiude con la citazione – *de except. l. non utique* – di D. 44.1.9 (Marcellus 3 dig.): *Non utique existimatur confiteri de intentione adversarii is quocum agitur, quia exceptione utitur*, cioè, certamente non confessa l'avversario che utilizza un'eccezione, pertanto, chi non vuole essere considerato *confessus* deve avviare una eccezione.

In conclusione, i glossatori hanno perfettamente catturato il senso dei giuristi romani: il significato del silenzio dipende dal caso e dell'instituto. In D. 50.17.142 c'è solo, infatti, un principio generale di diritto processuale: chi tace o non si difende, è tenuto come *confessus*.

Summary

“Silence” according to gl. *Qui tacet*, ad D. 50.17.142

Key words: silence in law, procedural law, glossators in Roman Law.

The renowned fragment of Paul (D. 50.17.142: *qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare*) can not be interpreted in a generic way, its true meaning and its scope are conditioned by its original context.

This passage comes from the Book LVI of Paul's Comments to Edict, whose title is *confessis et indefensis*. In the context of the text, the jurist tried to define two different situations: that of the *confessus* considered as if it were a judgment rendered against him as related in D. 42.2.1: *confessus pro iudicato est, qui quadammodo sua sententia damnatur*; and that of the *tacens* (who does not defend himself) so that his silence would try to avoid any liability.

In any case, it is sure that some Roman Law sources give several effects to the silent or the passive behavior from a legal point of view; it can not be attributed to silence an exclusive assessment valid for any type of activity or relationship. This follows from the *exempla* collected in gl. *Qui tacet*, ad D. 50.17.142 that are subject to review and revision.

Przemysław Kubiak

Katedra Prawa Rzymskiego

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego

Czynny żal jako okoliczność łagodząca odpowiedzialność sprawcy w świetle pism jurystów oraz retorów

Czynny żal jako instytucja prawa karnego doczekał się w literaturze przedmiotu zaledwie kilku wzmianek¹. Niewątpliwie główną przyczyną powyższego stanu rzeczy jest dosyć mała liczba źródeł prawnych nawiązujących do tego zagadnienia. Dość powszechnie wiadomo, iż juryści, celowo albo nie, unikali kompleksowego kreowania oraz opisywania instytucji prawnych, szczególnie tych z zakresu prawa karnego. W tym kontekście trudno chyba w ogóle mówić o instytucjach prawnych, a bezpieczniej jest posługiwać się określeniami takimi, jak „rozwiązania prawne”, „zasady” lub „konceptje”. W praktyce bowiem juryści często stosowali bardzo wyrafinowane konstrukcje, znane również współczesnym porządkom prawnym, rzadko kiedy jednak przybierały one postać rozbudowanej i usystematyzowanej teorii.

Niedostatek źródeł prawnych uzupełnić można, sięgając po teksty innego rodzaju. Pośród nich podkreślić należy znaczenie przekazów historycznych oraz filozoficznych, w szczególności zaś retorycznych, pełniących niejednokrotnie funkcję pomocniczą w stosunku do źródeł prawnych. Niekiedy stanowią one wręcz „skarbnicę wiedzy” nie tylko na temat ówczesnych sposobów rozumowania, przekonań lub wartości etycznych bezpośrednio wpływających na system norm prawnych, ale rów-

¹ Zob. T. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, s. 98, s. 670 przyp. 3 i s. 1044; H. Koch, *Culpa – paenitentia – venia (und ihre griechischen Entsprechungen) in den Darstellung der römischen delictio bei republikanischen und augusteischen Historikern*, Erlangen 1955, s. 33–36 oraz 40–45; T. Mayer-Maly, *Der rechtsgeschichtliche Gehalt der „Christenbriefe“ von Plinius und Trajan*, SHDI 22/1956, s. 327–328; W. Waldstein, *Zur Beachtlichkeit der tätigen Reue im römischen und im modernen Strafrecht*, [w:] *Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit: Festschrift für Hans R. Klecatsky*, Wien 1986, s. 999–1009; A. Riechelmann, *Paenitentia: Reue und Bindung nach römischen Rechtsquellen: Voraussetzungen und Wirkungen einseitiger Willensänderungen*, Frankfurt 2005, s. 138–148 (podobny wniosek tego autora na s. 7). W polskiej literaturze zaznacza jedynie ten problem J. Misztal-Konecka, *Incestum w prawie rzymskim*, Lublin 2007, s. 100 i n. Skrupulatną analizę społeczno-historyczną roli żalu w starożytności zawiera L. Fulkerson, *No Regrets. Remorse in Classical Antiquity*, Oxford 2013.

niez precyzyjnych informacji o obowiązujących regułach prawnych². W tym sensie są one nieocenionym (współcześnie też chyba nadal niedocenianym przez badaczy prawa rzymskiego³) źródłem informacji na temat praktyki stosowania prawa rzymskiego, poszczególnych rozwiązań, a przede wszystkim uzasadnień teoretycznych, które systematycznie pomijane były przez jurystów w ich komentarzach i opiniach.

Rzymscy prawnicy nie tylko nie wykształcili spójnej koncepcji czynnego żalu (zachowane źródła to jedynie kilka kazuistycznych rozwiązań), lecz także nie stworzyli odrębnej terminologii w tym zakresie. Na określenie sytuacji, gdy dochodziło do zaniechania popełnienia przestępstwa lub prób usunięcia skutków już dokonanego czynu, stosowali najczęściej określenie *paenitentia*⁴. Termin ten jednak odnosił się do czynnego żalu na gruncie prawa karnego, jak również do jednostronnego odstąpienia od zawartej umowy na gruncie prawa cywilnego. Fakt ten potwierdza jedynie, iż czynny żal dla jurystów nie oznaczał odrębnej instytucji prawa karnego, ze ściśle określonymi przesłankami i zakresem zastosowania, a jedynie pewne zachowanie mogące wywołać skutki na gruncie obu tych gałęzi prawa. Fragmenty źródłowe nawiązujące do niego dają zatem raczej przykład pewnego sposobu argumentacji oraz prawniczego rozumowania aniżeli opis koherentnej teorii prawnej. Przez to też zapewne stanowią wyraz społecznych poglądów jurystów na temat roli żalu i skruchy w przypadku wyrządzenia jakiegokolwiek zła.

Jak zostało to ujęte w tytule niniejszego opracowania, przedmiotem analizy będą przede wszystkim pisma jurystów rzymskich. Istnieje kilka konstytucji cesarskich nawiązujących do roli czynnego żalu w ramach prawa karnego, jednak ze

² Przykładem takiego wykorzystania tekstów retorycznych w literaturze polskiej może być E. Loska, *Insidiatorem interfici iure posse. Kontratypy jako sposób obrony w procesie – Pro Milone Cicerona*, „Ze-szyty Prawnicze UKSW” 8.1/2008, s. 71. Zob. też P. Kubiak, *Czyn Patroklosa a rzymskie prawo karne – czyli o przestępstwach popełnionych w afekcie w antycznym Rzymie*, „Studia Prawnicze KUL” (1)57/2014, s. 61–83, czy też idem, *Stan nietrzeźwości jako „afekt” w rzymskim prawie karnym?*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 15.1/2015.

³ Znaczenie pism retorycznych dla poznawania prawa rzymskiego podkreślał już F. Lanfranchi, *Il diritto nie retori romani*, Milano 1938, czy też C. Gioffredi, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, s. 70 oraz A.A. Schiller, *Roman Law: Mechanisms of Development*, Malta 1978, s. 84. O. Robinson namawia jednak do skrupulatnego analizowania tych dzieł z uwagi na to, iż często zawierają one fikcyjne kazusy oraz przykłady retoryczne odbiegające od obowiązującego stanu prawnego, w szczególności różne *Declamationes*. Zob. O. Robinson, *Quintilian (Book III) and his Use of Roman Law*, [w:] O.E. Tellegen-Couperus (red.), *Quintilian and the Law: The Art of Persuasion in Law and Politics*, Leuven 2003, s. 59–66. Wpływ retoryki na prawo rzymskie, w szczególności w zakresie jej aspektów formalnych i argumentacji, podkreślany jest obecnie przez J. W. Tellegen oraz O. E. Tellegen-Couperus, ostatnio w *Artes urbanae. Roman law and rhetoric*, [w:] P. J. du Plessis (red.), *New Frontiers: Law and Society in the Roman World*, Edinburgh 2013, s. 31–50. Zob. też A.R. Emmett, *Hermogenes of Tarsus: Rhetorical Bridge from the Ancient World to the Modern*, [w:] J.T. Gleeson, R.C.A. Higgins (red.), *Rediscovering Rhetoric: Law, Language and the Practice of Persuasion*, Sydney 2008, s. 114–162, szczeg. s. 115 i n.

⁴ Zob. A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, s. v. *paenitentia*; J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2001, s. v. *paenitentia*. Por. H. Koch, op. cit., s. 33 i 40. Na temat słów używanych na określenie żalu w starożytnej literaturze zob. L. Fulkerson, op. cit., s. 24 i n.

względu na ich specyfikę, jak również okres ich wydania zostaną one omówione w osobnym artykule⁵. Ma to głównie związek z wzrastającym wpływem chrześcijaństwa na poglądy oraz przekonania starożytnych Rzymian, co niewątpliwie mogło odcisnąć swoje piętno również na kwalifikacji prawnej okazanego żalu. Wymagają one zatem odrębnego oraz szerszego ujęcia, uwzględniającego także koncepcje filozoficzne oraz religijne.

Zachowane przekazy wskazują jedynie na kilka stanów faktycznych, w których czynny żal odgrywał pewną rolę. Pośród nich odnaleźć można kilka fragmentów nawiązujących do deliktów prawa cywilnego, które również zostaną uwzględnione w niniejszej analizie⁶. Takie podejście jest uzasadnione z kilku powodów. Przede wszystkim, jak zostało to wyżej podkreślone, dla jurystów czynny żal nie był instytucją związaną wyłącznie z prawem karnym, lecz zjawiskiem bardziej ogólnym, wywołującym skutki również na gruncie prawa prywatnego w postaci jednostronnego odstąpienia od umowy. Nic nie stoi na przeszkodzie zatem, aby przy ustalaniu jego znaczenia uwzględnić również „przestępstwa” prywatnoprawne. Tym bardziej iż celem niniejszej pracy jest ukazanie pewnego sposobu rozumowania jurystów, przejawiającego się w przypadku wyrządzenia jakiegoś zła (nieważne czy w postaci deliktu, czy przestępstwa), a nie przedstawienie spójnej teorii prawa karnego. Ponadto rozdział między prawem cywilnym a karnym nie był tak wyraźny w antycznym Rzymie, jak ma to miejsce obecnie. Ówczesne delikty prawa cywilnego są współcześnie kwalifikowane jako przestępstwa, uzyskane wnioski w tym zakresie zatem zainteresować mogą także prawników oraz badaczy dzisiejszych rozwiązań prawa karnego.

Do pierwszej grupy okoliczności opisanych w źródłach rzymskich, zawierających wzmianki na temat roli czynnego żalu, zaliczyć można delikty, takie jak kradzież oraz rabunek. Na temat pierwszego z wymienionych wypowiada się Ulpian w swoim komentarzu do edyktu edylów kurulnych, zachowanym fragmentarycznie w *Digestach*.

D. 47.2.66 (*Ulpianus 1 ad ed. aedil. curul.*): *Qui ea mente alienum quid contrectavit, ut lucrifaceret, tametsi mutato consilio id domino postea reddidit, fur est: nemo enim tali peccato paenitentia sua nocens esse desinit.*

Jeśli więc ktoś po dokonaniu kradzieży dla własnej korzyści zmieni zdanie i zwróci skradzione dobra właścicielowi, nadal pozostanie złodziejem⁷. Nikt bowiem w przypadku takiego przestępstwa nie przestaje być winnym tylko z powodu zmiany swojego zdania lub żalu. Wydaje się, iż kluczowym elementem przesądzają-

⁵ Należy tu przede wszystkim wskazać na CT. 16.5.41; C. 1.7.3.2-3 (CT. 16.7.4); 9.22.8; 9.23.3-4. Warto w nim uwzględnić również korespondencję Pliniusza oraz Trajana (Plin. *Epist.* 10.96.2; 10.97.1), w której mowa jest o *paenitentia*. Dotyczy ona jednak chrześcijan, z tego względu została też pominięta w niniejszym opracowaniu. Na ten temat, zob. T. Mayer-Mały, op. cit., s. 311–328; W. Waldstein, op. cit., s. 1005; A. Riechelmann, op. cit., s. 146.

⁶ Tak samo postąpili inni autorzy piszący o czynnym żalu (zob. dalsza analiza).

⁷ Analiza tego fragmentu, zob. W. Waldstein, op. cit., s. 1001; A. Riechelmann, op. cit., s. 139.

cym o bezskuteczności prawnej takiego zachowania jest umyślność popełnionego czynu⁸. Ulpian zdaje się to podkreślać w ostatnim zdaniu komentarza, które można potraktować jako swoistą regułę prawną dotyczącą sytuacji tego typu⁹. Nie trzeba chyba dodawać, iż dla Rzymian kwestia winy była fundamentalna dla ustalenia odpowiedzialności danego sprawcy. W omawianym przypadku działa on zaś w sposób świadomy i celowy, nie ma więc wątpliwości co do natężenia jego złej woli. Należy też zaznaczyć, że akt żalu ma miejsce już po dokonaniu przestępstwa, a przed wydaniem wyroku, co utrudnia właściwą ocenę jego motywacji. Nie można bowiem w takiej sytuacji wykluczyć, iż zmiana zachowania przestępcy była wywołana strachem oraz próbą ewentualnego uniknięcia kary, a nie chęcią naprawienia wyrządzonego zła¹⁰. Bez wątplenia z tego też względu w takich sytuacjach czynny żal nie powodował żadnych skutków prawnych. Inną sprawą jest jednak to, że w tym przypadku najwidoczniej nie wszczęto jeszcze postępowania przed sądem, istniała więc mała szansa na oskarżenie złodzieja. Właściciel, który odzyskał utracone dobro, nie będzie bowiem zbyt zdeterminowany do wniesienia skargi, o ile nie wynikły z tego tytułu jakieś dodatkowe szkody lub nieprzyjemności¹¹. Decyzja ta jednak pozostawała w gestii poszkodowanego – pomimo zwrotu rzeczy sprawca pozostawał złodziejem.

Zastanawiające jest, że Ulpian używa identycznego sformułowania, komentując opinie Caeliusa i Cassiusa na temat ucieczki niewolnika¹².

D. 21.1.17.1-2 (*Ulpianus 1 ad ed. aedil. curul.*): *Caelius autem fugitivum esse ait eum, qui ea mente discedat, ne ad dominum redeat, tametsi mutato consilio ad eum revertatur: nemo enim tali peccato, inquit, paenitentia sua nocens esse desinit. Cassius quoque scribit fugitivum esse, qui certo proposito dominum relinquit.*

Zdaniem tego pierwszego jurysty o zakwalifikowaniu oddalenia się niewolnika jako ucieczki decyduje jego nastawienie – jeśli nie zamierzał wracać do swojego

⁸ Jednym ze znamion kradzieży było właśnie działanie z chęci zysku: D. 47.2.1.3: *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Quod lege naturali prohibitum est admittere.*

⁹ Na ten temat, zob. P. Kubiak, *Nemo enim tali peccato paenitentia sua nocens esse desinit – reguła prawa czy kazuistyczne rozwiązanie?*, materiały pokonferencyjne, Brzeg 2015 [w druku].

¹⁰ Podobny wniosek wysnuwa A. Riechelmann, op. cit., s. 145. L. Fulkerson stwierdza, iż w ogóle kwestia, czy okazywany żal jest szczery, nie liczyła się w opinii starożytnych Rzymian, istotny był jedynie skutek w postaci obniżenia statusu oraz przyznania się do popełnienia błędu – zob. L. Fulkerson, op. cit., s. 7.

¹¹ W. Waldstein powołuje się nawet na możliwość zawarcia porozumienia (*Sühnevergleich*) między poszkodowanym a sprawcą na podstawie D. 2.14.17.1 – zob. W. Waldstein, op. cit., s. 1002. Por. też A. Riechelmann, op. cit., s. 143; P. de Plessis, *Borkowski's Textbook on Roman Law*, Oxford 2010, s. 331.

¹² Zob. W. Waldstein, op. cit., s. 1001; A. Riechelmann, op. cit., s. 139. Na temat *fugitivi* zob. W. W. Buckland, *Roman Law of Slavery*, Cambridge 1908, s. 267 i n.; O. Robinson, *Slaves and the Criminal Law*, ZSS 98/1981, s. 219; S. Llewelyn, *P. Harris I 62 and the Pursuit of Fugitive Slaves*, ZPE 118/1997, s. 245–246 i podana tam literatura. Z polskich pozycji warto zapoznać się z D. Słapek, *Ucieczki niewolników w okresie republiki... czyli o prestiżu i poszanowaniu prawa rzymskiego*, [w:] A. Dębiński, H. Kowalski, M. Kuryłowicz (red.), *Salus rei publicae suprema lex. Ochrona interesów państwa w prawie karnym starożytnej Grecji i Rzymu*, Lublin 2007, s. 289–309.

właściciela, to nawet gdy powróci do niego po zmianie zdania, zostanie ukarany. Ulpian wyraża w tym miejscu opinię cytowaną już wyżej – nikt w przypadku takiego przestępstwa nie przestanie być winnym tylko z powodu późniejszej skruchy¹³. Również w tej sytuacji czynny żal oraz przywrócenie stanu początkowego nie wpływały na zmianę kwalifikacji prawnej czynu. Konkluzję tę uzupełnia komentarz drugiego z jurystów, który za kluczową przesłankę do uznania niewolnika za *fugitivus* przyjmuje umyślność (*proposito*). Podobnie jak wyżej, zmiana zdania sprawcy czynu następuje już po dokonaniu przestępstwa, pod wpływem późniejszych okoliczności, do których zaliczyć można także obawę przed ukaraniem, a nie realną skruchę¹⁴. Powyższe rozwiązanie wydaje się w pełni uzasadnione, jeśli uwzględni się jego społeczne konsekwencje. Ucieczki niewolników stanowiły ogromny problem dla antycznych Rzymian, surowość i bezwzględność stosowanych środków zaradczych miały zatem na celu skutecznie odstraszać oraz przeciwdziałać podobnym występkom¹⁵. Z pewnego punktu widzenia cytowany kazus jest podobny do poprzedniego – przypomina bowiem kradzież, choć tym razem niewolnik kradnie niejako sam siebie¹⁶. Z tego też względu zapewne Ulpian zastosował analogiczne rozwiązanie, powołując się na zdanie swojego poprzednika.

Z zagadnieniem *fugitivus* łączy się też kolejne źródło nawiązujące do skutków czynnego żalu. Tym razem jednak nie dotyczy ono odpowiedzialności za ucieczkę samych niewolników, ale osób, które by ich ukrywały.

D. 11.4.1.1 (*Ulpianus 1 ad ed.*): *Senatus censuit, ne fugitivi admittantur in saltus neque protegantur a vilicis vel procuratoribus possessorum et multam statuit: his autem, qui intra viginti dies fugitivos vel dominis reddidissent vel apud magistratus exhibuissent, veniam in ante actum dedit: sed et deinceps eodem senatus consulto impunitas datur ei, qui intra praestituta tempora, quam repperit fugitivos in agro suo, domino vel magistratibus tradiderit.*

Ulpian komentuje postanowienia *senatus consultum*, na mocy którego wszyscy zarządcy majątków oraz prowadzący interesy posiadaczy dóbr ukarani będą grzywną, jeśli wpuszczą lub ukryją zbiegłych niewolników na terenie swojej posiadłości. Zostaną jednak ulaskawieni, jeśli w ciągu dwudziestu dni oddadzą zbiegów właścicielom lub dostarczą ich magistraturze. Tak samo potraktowane zostaną osoby, które w przepisanim czasie wydadzą niewolników znalezionych na swoich majątkach.

¹³ Szczegółowa analiza tego zagadnienia, zob. P. Kubiak, *Nemo enim...*

¹⁴ Czynny żal niewolnika zatem nie wywołuje w tym przypadku żadnego skutku prawnego, pomimo ogólnej zasady, iż w przypadku kobiet oraz osób z niższych warstw społecznych żal był akceptowany społecznie – zob. L. Fulkerson, op. cit., s. 218. Warto dodać, iż w szczególności komedie Plauta pokazują, że właściciele skłonni byli traktować zbiegłych niewolników bardzo łagodnie. Trudno się temu dziwić – nadmierna surowość w tym wypadku godziła bowiem w ich własne interesy. Być może z tego powodu właśnie głos w tej sprawie musieli zabrać juryści, aby przeciwdziałać takiemu „polubownemu” załatwianiu sprawy. Zob. D. Słapek, op. cit., s. 304.

¹⁵ Przynajmniej od okresu pryncypatu. Za Republiki dostrzegalna jest swoista „miałkość” aparatu ścigania zbiegłych niewolników – zob. D. Słapek, op. cit., s. 289.

¹⁶ Zob. D. 47.2.61. Tak też W. W. Buckland, op. cit., s. 31; D. Słapek, op. cit., s. 294.

Na pierwszy rzut oka wydawać się zatem może, iż w opisanej sytuacji chodzi po prostu o czynny żal po dokonaniu przestępstwa kradzieży niewolnika (tak kwalifikowane było przywłaszczenie sobie *fugitivus*¹⁷). Sprawa jest jednak bardziej skomplikowana. Ucieczki niewolników były dosyć częstym, a z pewnością bardzo niebezpiecznym zjawiskiem dla właścicieli ziemskich. W związku z tym liczba regulacji prawnych, w zdecydowanej większości o charakterze administracyjnym, była również znaczna. Jednym ze sposobów walki z tym problemem społecznym było właśnie powierzenie przedstawicielom władz lokalnych pewnych prerogatyw umożliwiających im poszukiwanie i odzyskiwanie zbiegów¹⁸. Dodatkowo zobowiązano wszystkich obywateli do wskazywania miejsca pobytu takich niewolników oraz do wydawania ich władzy publicznej lub właścicielowi. W powyższym *senatus consultum* nie chodzi zatem o okazanie żalu przez ewentualnych sprawców kradzieży, lecz o zmobilizowanie i zmuszenie wszystkich do „współpracy” przy ograniczaniu rozmiaru tego niebezpiecznego procederu społecznego. Opisane rozwiązanie nie dotyczy dobrowolnej próby naprawienia wyrządzonego zła, lecz nacisków ze strony władz służących wyłapaniu zbiegłych niewolników. Jest to tym bardziej prawdopodobne, iż nie chodzi wyłącznie o czyny umyślne (świadome ukrywanie niewolnika), ale też o nieświadome udzielenie schronienia zbiegowi lub po prostu wykrycie go na swojej posiadłości (o obu sytuacjach jest mowa w powyższym fragmencie). W drugim przypadku zatem nie dochodzi w ogóle do popełnienia przestępstwa. Taki zarządca zachowuje się praworządnie i zapobiega ewentualnemu dokonaniu czynu niedozwolonego – spełnia swój obywatelski obowiązek. Czynny żal jest więc swego rodzaju przesłanką niekaralności w tym wypadku. Powyższa regulacja zaś, jak też szereg innych dotyczących *fugitivi*, ma charakter bardziej administracyjny aniżeli karny. Warto odnotować, iż niekiedy ze względu na interes państwa lub ogółu obywateli korzystano z rozwiązań zbliżonych do koncepcji czynnego żalu¹⁹. Wydaje się jednak, iż specyfika opisanej sytuacji pozwala uznać ją za wyjątkową w tym zakresie. Czynny żal bowiem jest niejako wymuszany przez przedstawicieli władzy, ma zatem charakter warunku – jeśli się nie dostosujesz, to zostaniesz ukarany.

W powyższym źródle kwestia szczerości żalu oraz motywacji sprawy w ogóle nie jest poruszana²⁰. Podobnie we wcześniejszych cytowanych fragmentach odnaleźć można uwagi dotyczące przyczyn podejmowanego zachowania, wskazujące raczej na wolę uniknięcia kary aniżeli chęć poprawy i naprawienia wyrządzonej szkody. W sposób wyraźny wątpliwość tę wyraża Gajus, komentując skutki prawne czynnego żalu w przypadku dokonania rabunku²¹.

¹⁷ Zob. W. W. Buckland, op. cit., s. 269 w związku z D. 47.2.52.12. Z pewnością nie było to *plagium* – zob. D. 48.15.6. Por. też D. 11.4.1pr. w kontekście ukrywania niewolnika.

¹⁸ Ibidem, s. 268; S. Llewelyn, op. cit., s. 245–246.

¹⁹ Inaczej W. Waldstein, op. cit., s. 1006–1007. Dla tego autora bowiem powyższy kazus stanowi potwierdzenie, iż w ramach prawa rzymskiego czynny żal wywoływał niekiedy skutki prawne.

²⁰ Por. przyp. 7.

²¹ Zob. ibidem, s. 1000; A. Riechelmann, op. cit., s. 142.

D. 47.8.5 (*Gaius 21 ad ed. provinc.*): *Non prodest ei qui vi rapuit ad evitandam poenam, si ante iudicium restituat rem quam rapuit.*

Fakt zwrócenia przez rabusia tego, co zrabował siłą, w żaden sposób nie polepszy jego sytuacji, tym bardziej że istnieje domniemanie, iż uczynił to, aby uniknąć kary. Warto chyba podkreślić brak znaczenia prawnego żalu, pomimo dosyć aktywnego zachowania ze strony sprawcy. Nie chodzi bowiem w tym wypadku wyłącznie o przeproszenie ofiary lub zwykłe okazanie skruchy, ale o przywrócenia stanu poprzedniego²². Uzasadnieniem takiej opinii Gajusa jest z pewnością charakter popełnionego czynu, a więc kwalifikowanej kradzieży z użyciem siły, czyli przestępstwa umyślnego. Uwzględniając jednak wnioski wynikające z wcześniejszych źródeł, należy podkreślić, iż decydującą rolę odgrywa tu nie tyle gwałtowny sposób popełnienia czynu, ile nastawienie sprawcy (umyślność)²³. Doniosłe znaczenie ma również moment naprawienia szkody – po dokonaniu czynu, a przed wydaniem wyroku. Najczęściej bowiem, co zaakcentował jurysta wprost w treści swojego komentarza, motywacją takiej osoby nie jest szczerzy żal, a jedynie desperacka próba uniknięcia odpowiedzialności (*ad evitandam poenam*).

Istnieje jeszcze jedno źródło prawne, o którym warto wspomnieć w tym miejscu. Opisany w nim stan faktyczny również nawiązuje wprost do czynnego żalu wyrażonego po popełnieniu czynu. Kazus ten jednak nie dotyczy już przestępstwa prywatnoprawnego, ale dezercji, czyli jednego z najpoważniejszych przestępstw rzymskiego prawa wojskowego²⁴.

D. 49.16.3.9 (*Modestinus 4 de poen.*): *Si plures simul primo deseruerint, deinde intra certum tempus reversi sint, gradu pulsī in diversa loca distribuendi sunt. Sed tironibus parcendum est: qui si iterato hoc admiserint, poena competenti adficiuntur.*

Zdaniem Modestyna, jeśli kilka osób zdezerteruje wspólnie po raz pierwszy, a potem po jakimś czasie powróci, to po degradacji stopnia powinni być rozesłani do różnych miejsc w celu dalszego pełnienia służby (przypuszczalnie po to, aby sytuacja się nie powtórzyła). Zaleca jednak pewną wyrozumiałość w stosunku do rekrutów (*tirones*) – ci powinni zostać bezkarni. Dopiero w przypadku powtórnej dezercji zostanie im wymierzona odpowiednia kara.

Powyższe źródło sprawia pewne trudności interpretacyjne ze względu na bogactwo elementów stanu faktycznego wpływających na wymiar kary względem sprawców czynu, zarówno o charakterze zaostrzającym, jak i łagodzącym jego kwalifikację prawną. Jest w nim bowiem mowa o kilku osobach (*plures*), które wspólnie

²² Powstaje pytanie, na ile w ogóle Rzymianie postrzegali żal w ten sposób. L. Fulkerson (op. cit., s. 6 i n.) sugeruje, że dla nich żal był przede wszystkim przyznaniem się do wcześniej popełnionego błędu, a nie wyrazem chęci poprawy. Tłumaczyć to może sposób, w jaki czynny żal jest ujmowany w źródłach prawnych – nie bada się w ogóle motywacji sprawcy oraz szczerości okazywanej skruchy.

²³ Również W. Waldstein (op. cit., s. 1001) zaznacza, iż istniały też inne postaci rabunku, bez użycia siły, do których stosowałyby się tę samą zasadę.

²⁴ Wspomina o nim jedynie A. Riechelmann, op. cit., s. 142. Na temat dezercji zob. G. Kuleczka, *Studia nad rzymskim wojskowym prawem karnym*, Poznań 1974, s. 63 oraz 84–87.

(*simul*) po raz pierwszy (*primo*) dopuszczają się dezercji i w określonym czasie (*tempus*) wracają z własnej woli do jednostki. Już takie nawarstwienie okoliczności utrudnia znacznie ewaluację wymierzonej im kary, a z pewnością wpływały one na zakres odpowiedzialności sprawców²⁵. Bez wątplenia można jednak stwierdzić, że dobrowolność powrotu w określonym czasie zaliczyć można do elementów powodujących łagodniejsze potraktowanie dezercera²⁶. Co więcej, okoliczność ta stanowiła kluczowy fakt odróżniający *emansores* od *desertores*²⁷. Pewne jest zatem, iż na gruncie omawianego przypadku, jak również innych związanych z dezercją, czynny żal wywoływał skutki prawne. Mniejsze znaczenie dla prowadzonych rozważań ma ostatnie zdanie opinii Modesty, odnoszące się do nowych rekrutów. Ich bezkarność bowiem wynika przede wszystkim z ich statusu, a w związku z tym z większej tolerancji w stosunku do ich błędów oraz występków²⁸.

Wydaje się, iż w ramach prawa rzymskiego regułą było wyrażone przez Ulpiana zdanie: *nemo enim tali peccato paenitentia sua nocens esse desinit*²⁹. Oczywiście w odniesieniu do czynnego żalu w postaci prób naprawienia wyrządzonej szkody. Najistotniejsze zaprezentowane odstępstwo od tej reguły odnaleźć można w źródłach poświęconych prawu wojskowemu. Odmienność tej regulacji, specyficzne warunki, jakie panowały w armii rzymskiej, jak również interesy wpływające na rozwiązania prawne w ramach tej gałęzi prawa sugerują jednak konieczność podjęcia osobnych badań w tym zakresie³⁰. Pomijając ten ważny wyjątek, można stwierdzić, iż we wszystkich pozostałych omawianych sytuacjach nawet pełne przywrócenie stanu poprzedniego lub zapobieżenie pojawieniu się skutków popełnionego przestępstwa nie dawało żadnej gwarancji na uniknięcie lub chociażby złagodzenie odpowiedzialności sprawcy³¹. Najwyraźniej dla jurystów decydującym aspektem sprawy było nastawienie sprawcy (umyślność) oraz fakt, iż czyn został już popełniony. Powyższy wniosek można uznać za uzasadniony, należy jednak pamiętać, iż

²⁵ D. 49.16.5: *Non omnes desertores similiter puniendi sunt, sed habetur et ordinis stipendiorum ratio, gradus militiae vel loci, muneris deserti et anteaetae vitae: sed et numerus, si solus vel cum altero vel cum pluribus deseruit, aliudve quid crimen desertioni adiunxerit: item temporis, quo in desertione fuerit: et eorum, quae postea gesta fuerint. sed et si fuerit ultro reversus, non cum necessitudine, non erit eiusdem sortis.*

²⁶ Por. cytowany wyżej D. 49.16.5: *...item temporis, quo in desertione fuerit.* Zob. też D. 49.16.5.4. Por. art. 340 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. nr. 88, poz. 553 ze zm.).

²⁷ Zob. D. 49.16.3.2-3. Por. G. Kuleczka, op. cit., s. 87–88.

²⁸ Por. D. 48.3.14pr.; 49.16.4.15; 49.16.14.1. Zob. G. Kuleczka, op. cit., s. 87–88.

²⁹ Tak T. Mommsen, op. cit., s. 1044; A. Riechmann, op. cit., s. 148; T. Mayer-Maly, op. cit., s. 315 przyp. 27; P. Kubiak, *Nemo enim...* Inaczej W. Waldstein, op. cit., s. 1008.

³⁰ Dodatkowo, co wynika z analiz podjętych przez L. Fulkerson (op. cit., s. 161–185), czynny żal stanowił specyficzny element manipulacji społecznej oraz wykorzystywania emocji żołnierzy rzymskich.

³¹ Należy pamiętać o dość wyjątkowej sytuacji ułaskawiania osób, które w ciągu 20 dni oddały niewolnika właścicielowi. Jak już podkreślono, pomimo iż mechanizm ten przypomina czynny żal, inicjatywa podjęcia takiego zachowania ma charakter zewnętrzny – to naciski władz, a nie dobrowolne wyrażenie skruchy i chęci poprawy.

sformułowany on został jedynie na podstawie tych kilku źródeł, które na dodatek dotyczą wyłącznie przestępstw przeciwko mieniu³².

Z powodu braku innych źródeł prawnych trudno odnieść się do pozostałych czynów umyślnych, choć możliwe jest rozważenie kilku hipotez. Brak wzmianek o bezskuteczności czynnego żalu w pismach jurystów świadczyć może bowiem o pewnej oczywistości takiego faktu lub przynajmniej o braku związanych z tym problemów prawnych. Jeśli bowiem przyjąć, iż dla antycznych Rzymian ewidentne było, iż w przypadku umyślnie wyrządzonego zła żaden żal nie spowoduje uwolnienia od odpowiedzialności, to nie potrzeby komentowania takich sytuacji. Weryfikację takiego założenia stanowić mogą zaprezentowane niżej wyniki badań społecznej opinii na temat roli żalu w starożytności³³.

Dodatkowo warto zauważyć, iż w antycznym Rzymie jedynie w przypadku nielicznych przestępstw możliwe było w ogóle przywrócenie stanu początkowego. Spośród nich najwidoczniej w stosunku do omawianych wyżej stanów faktycznych (przestępstw przeciwko mieniu) zrodziły się wątpliwości odnośnie do znaczenia prawnego żalu i prób naprawienia szkody. Istotne, iż są to delikty, a więc czyny, które przede wszystkim godzą w interes jednostki. Być może właśnie ten element wywołał pewne wątpliwości, które musiały zostać rozwiane przez jurystów, autorytarnie wskazujących właściwą drogę postępowania oraz kwalifikacji prawnej aktów tego typu³⁴. Godne podkreślenia jest, że wymienione przestępstwa przeciwko mieniu stoją niejako na granicy pomiędzy prawem publicznym a prawem prywatnym. Z jednej strony bowiem skutkują osobistą szkodą, która może być naprawiona działaniem sprawcy, z drugiej zaś naruszają interes publiczny, który wymaga ukarania przestępcy³⁵. Opinia jurystów, potwierdzająca bezskuteczność czynnego żalu, wyraźnie wskazuje na prymat interesu państwa w tym zakresie. Nawet w przypadku zaspokojenia poszkodowanego, sprawca naruszający porządek społeczny musi ponieść tego konsekwencje.

Odnosząc się do powyższej hipotezy, warto zwrócić uwagę na badania dotyczące społecznej roli żalu w społeczeństwie antycznego Rzymu. Z analiz przeprowadzonych przez Laurel Fulkerson wynika kilka dosyć zaskakujących wniosków³⁶.

³² W ten sposób można zakwalifikować również ucieczkę niewolnika. Jak wyżej zaznaczono, niewolnik kradnie niejako sam siebie. Regulacja ta zatem odbiega od rozwiązań przyjętych w polskim prawie karnym w odniesieniu do naprawienia szkody wyrządzonej przy przestępstwach przeciwko mieniu (zob. art. 295 k.k.).

³³ Oczywiście taką przyczynę może też stanowić selekcja dokonana przy kompilowaniu *Digestów*, jest to chyba jednak mniej prawdopodobne (zob. dalsza analiza).

³⁴ Jak zostało to zasygnalizowane, we wszystkich omawianych kazusach, także w przypadku ucieczki niewolnika, właściciel rzeczy miał możliwość porozumienia się ze sprawcą, który uniknąłby w ten sposób kary. Juryści zatem musieli jednoznacznie wskazać, iż nadal zasługuje on na wymierzenie kary ze względu na interes publiczny. Wątpliwości tego typu nie powstawały oczywiście w przypadku *crimina publica*, stąd też być może brak przekazów na ich temat.

³⁵ Zob. W. Waldstein, op. cit., s. 1001.

³⁶ Zob. L. Fulkerson, op. cit., s. 213–219.

Przede wszystkim antyczni Rzymianie inaczej postrzegali znaczenie żalu. Poza nielicznymi wyjątkami nie był on wiązany z poprawą, wolą pozytywnej zmiany swojego zachowania, lecz z przyznaniem się do błędu oraz z potwierdzeniem, iż w ogóle nie powinno się zachować w dany sposób. Zmiana zdania oznaczała w ich mniemaniu nie tylko swoiste przyznanie się do winy, ale również okazanie pewnej słabości w chwili popełniania czynu. Dla Rzymian bowiem cnotą była konsekwencja oraz spójność zachowań – żal podkreślał więc nie tylko fakt popełnienia błędu, ale również pewną istotną wadę charakteru, a do tego bez wątpienia ciężko było się przyznać³⁷. Nie dziwi zatem konkluzja, iż rzymska arystokracja oraz przedstawiciele wyższych sfer nie okazywały żalu na forum publicznym, lecz ignorowały popełniony błąd, uzasadniały go, zbijały itp. Co do zasady również osoby dojrzałe zachowywały się w ten sposób w sytuacjach prywatnych, a zmiana zdania lub skrucha były akceptowane jedynie u osób z niższych warstw społecznych, kobiet oraz u ludzi młodych jako element kształtowania się ich charakteru. Zdaniem Rzymian mądzy ludzie nie żałują swoich czynów – od razu postępują właściwie. Z tego powodu też okazywanie żalu było niezbędnym elementem skruchy jedynie w przypadku działań podjętych w gniewie lub pod wpływem błędu lub nieświadomości. Przedstawiony pogląd dominował z pewnością do czasów triumfów chrześcijaństwa, zmiana tego paradygmatu jednak zachodziła bardzo powoli i najprawdopodobniej do przełomu w światopoglądzie doszło dopiero pod koniec IV wieku n.e.³⁸ Znając wnioski płynące z prowadzonych badań, trudno się dziwić, iż w podobny sposób juryści postrzegali rolę czynnego żalu. Nie stanowił on zatem przesłanki chęci poprawy u sprawcy, lecz raczej przyznanie się do winy oraz wyrządzonego zła. Tym bardziej iż przestępca zmieniał sposób swojego zachowania, co negatywnie wpływało na ocenę jego charakteru.

Przytoczone źródła pokazują, że okazanie skruchy po dokonaniu przestępstwa umyślnego nie było brane pod uwagę przez sędziów przy ustalaniu odpowiedzialności sprawcy. Inaczej jednak kwalifikowana była przez nich sytuacja, gdy dochodziło do czynnego żalu w postaci dobrowolnego zaniechania popełnienia czynu³⁹. W tym wypadku bowiem, głównie ze względu na moment podjęcia działań, a więc przed dokonaniem przestępstwa, sprawca mógł liczyć na darowanie kary. Sędzia mógł tak orzec z pewnością w odniesieniu do fałszerzy monet w antycznym Rzymie⁴⁰.

D. 48.10.19pr. (*Paulus 5 sent.*): *Qui falsam monetam percusserint, si id totum formare noluerunt, suffragio iustae paenitentiae absolvuntur.*

³⁷ Tym bardziej iż – jak wynika z analizy tekstów źródłowych – Rzymianie nie odróżniali od siebie tak wyraźnie zachowania oraz cech charakteru. Zmiana zachowania zatem traktowana była bardziej poważnie i wywoływała poważniejsze konsekwencje – zob. *ibidem*, s. 188–189. Wyjaśnia to więc doskonale, czemu za cnotę uważano konsekwencję w działaniu.

³⁸ *Ibidem*, s. 213.

³⁹ Odstąpienie od popełnienia czynu mogło mieć miejsce na etapie przygotowania lub usiłowania – por. art. 15 oraz art. 17 k.k.

⁴⁰ Zob. T. Mommsen, *op. cit.*, s. 670; W. Waldstein, *op. cit.*, s. 1000; A. Riechelmann, *op. cit.*, s. 144.

Kto bił fałszywe monety, lecz zaniechał ich całkowitego ukończenia, mógł być zatem uwolniony z powodu słusznego żalu. W tym wypadku *iusta paenitentia* polegała przede wszystkim na tym, że sprawca nie ukończył produkcji sfałszowanych pieniędzy, a więc skutecznie odstąpił od popełnienia tego przestępstwa. Widać więc wyraźnie, iż nawet pomimo znacznego natężenia złej woli przestępcy (przestępstwo umyślne) oraz ciężaru czynu (fałszerstwo monet karane było nawet śmiercią⁴¹), czynny żal w tej postaci powodował niewinnienie sprawcy.

Zastanawiać może fakt, iż powyższe źródło jest jedynym zachowanym fragmentem przewidującym skutki prawne czynnego żalu w postaci odstąpienia od dokonania czynu. Nasuwa się bowiem oczywiste pytanie, pomijając w tym momencie kwestie ewentualnych interpolacji, z jakiego powodu przestępstwo to zostało potraktowane tak odmiennie i wyjątkowo. Z pewnością nie chodzi o niewielki ciężar popełnionego czynu, należał on bowiem do bardzo surowo karanych, godził bowiem w interes państwa oraz godność cesarza. Brak wzmianek o skuteczności czynnego żalu w innych przypadkach badacze tłumaczą najczęściej niekaralnością usiłowania⁴². Taka sytuacja bowiem wyklucza potrzebę formułowania dodatkowych regulacji w tym zakresie – czyn niedokonany był po prostu niekaralny. Tym bardziej iż z chwilą odstąpienia od jego popełnienia, zanim wystąpią jakiegokolwiek jego skutki, zmienia się nastawienie sprawcy – nie chce on już popełnić przestępstwa. Trudno mu więc przypisać winę na tym etapie. W mniemaniu jurystów nie było więc pewnie potrzeby komentowania sytuacji tego typu. Fałszerstwo monet jednak posiada pewne cechy charakterystyczne, odróżniające je od pozostałych przestępstw – długość trwania oraz pewne widoczne jego efekty już na etapie przygotowania. Czyn ten zatem nie tylko może dość znacznie rozciągać się w czasie, ale też przez cały ten okres sprawca dokonuje pewnych czynności zmierzających do ostatecznego ukończenia fałszerstwa – gromadzi materiały, odpowiednie narzędzia, przystępuje do wstępnej obróbki, formuje monety itp. Ten fakt mógł wywołać pewne wątpliwości co do kwalifikacji prawnej takich czynności. Z jednej strony bowiem przestępstwo nie zostało jeszcze dokonane, z drugiej zaś sprawca podjął już pewne działania oraz uzyskał ich fizyczne rezultaty. Dopóki jednak nie ukończył swojego „dzieła”, w opinii Paulusa pozostawał bezkarny. Tych cech pozbawione były co do zasady pozostałe przestępstwa antycznego Rzymu – ich skutek następował niejako od razu, bez pośrednich oraz dostrzegalnych efektów czynności sprawcy.

⁴¹ D. 48.10.1.13: *Poena falsi vel quasi falsi deportatio est et omnium bonorum publicatio: et si servus eorum quid admiserit, ultimo supplicio adfici iubetur*. D. 48.10.8: *Quicumque nummos aureos partim raserint, partim tinxerint vel finxerint: si quidem liberi sunt, ad bestias dari, si servi, summo supplicio adfici debent*.

⁴² A. Riechelmann, op. cit., s. 148. W przypadku pewnych przestępstw, szczególnie w późniejszym okresie tworzenia prawa rzymskiego, usiłowanie było karalne – zob. M. Dyjakowska, *Cogitationis poenam nemo patitur – karalność zamiaru i usiłowania w rzymskim prawie karnym*, [w:] B. Sitek, K. Naumowicz, K. Zaworska (red.), *Interes prywatny a interes publiczny w prawie rzymskim*, Olsztyn 2012, s. 31–44.

Inaczej prezentuje się kwestia skutków czynnego żalu na gruncie przestępstw nieumyślnych, popełnionych na skutek błędu. W tym wypadku staje się on niejako koniecznym warunkiem niekaralności sprawcy. Uświadamiając sobie pomyłkę, winowajca powinien naprawić wyrządzone zło i odwrócić skutki swojego działania. Juryści doszli do takiego rozwiązania, komentując sankcje karne za przestępstwo *incestum*.

Coll. 6.6.1 (*Papinianus de adulteris*): *Qui sororis filiam uxorem duxerat per errorem, antequam praeveniretur a delatore, diremit coitum: quaero an adhuc possit accusari? Respondit: ei qui coitu sororis filiae bona fide abstinuit, poenam remitti palam est, quia qui errore cognito diremit coitum, creditur eius voluntatis fuisse, ut, si scisset se in eo necessitudinis gradu positum, non fuisset tale matrimonium copulaturus.*

Papinian otrzymał najprawdopodobniej pytanie, czy jeśli ktoś wziął sobie za żonę córkę swojej siostry, działając w błędzie (*per errorem*) i zanim na niego doniesiono, zerwał ten związek, to czy może być postawiony w stan oskarżenia. Udzielając negatywnej odpowiedzi, podkreślił, iż powinno mu się darować karę, gdyż po odkryciu swojego błędu w dobrej wierze i z własnej woli zerwał taką relację⁴³. Jeśli wiedziałby bowiem o tym fakcie od początku, to nie zawarłby w ogóle takiego małżeństwa. Najwyraźniej zatem w przypadku popełnienia przestępstwa pod wpływem błędu niezbędną przesłanką uniknięcia odpowiedzialności karnej było okazanie czynnego żalu, a więc skuteczne usunięcie skutków swojego czynu⁴⁴. Rozwiązanie takie jest również zgodne z ustaleniami poczynionymi przez Laurel Fulkerson – sprawca może w tym wypadku okazać żal, gdyż nie przyznaje się do zawinionego działania, lecz do zwykłej pomyłki. Takie działanie nie umniejsza jego statusu ani nie wpływa negatywnie na społeczną ocenę jego charakteru. Wręcz przeciwnie – jest ono pożądane i konieczne do uchylecia się od odpowiedzialności karnej. Trudno orzec z braku źródeł, jak wyglądało stanowisko jurystów w innych przypadkach przestępstw popełnionych pod wpływem błędu. Biorąc jednak pod uwagę przedstawiony tok rozumowania, można chyba bez większego ryzyka przyjąć, iż ich opinia byłaby podobna do zaprezentowanej. Oczywiście w sytuacjach, gdzie możliwe było przywrócenie stanu poprzedniego.

Powyższe wnioski warto skonfrontować z informacjami zawartymi w pismach retorycznych. Prace te, niejednokrotnie o charakterze podręcznikowym (w szczegól-

⁴³ Podobnie Coll. 6.5.1 Diocletianus: *His, qui incestas nuptias per errorem contrahunt, ne poenis subiciantur, ita demum clementia principum subvenit, si postea quam errorem suum rescierint, ilico nefarias nuptias diremerint*. Por. też D. 48.5.39.6 oraz C. 5.5.4.1-2.

⁴⁴ Por. J. Misztal-Konecka, op. cit., s. 100. Ten sam sposób rozumowania opisany został wyżej w odniesieniu do osób, które znalazły w swoich posiadłościach zbiegłych niewolników. Trudno znaleźć odzwierciedlenie tej argumentacji w rzymskich źródłach retorycznych. Dokładnie taką koncepcję opisuje jednak Arystoteles w swojej *Etyce Nikomachejskiej* (1110 b 18): „Co się tyczy czynów dokonywanych skutkiem nieświadomości, to żaden z nich nie jest od woli zależny, niezależne zaś od niej są tylko te, które wywołują żal i skrucę; bo jeśli ktoś uczyniwszy coś skutkiem nieświadomości, nie odczuwa wcale żalu z powodu swego postępkę, to nie uczynił wprawdzie tego, z czego sobie nie zdawał sprawy, zgodnie ze swą wolą, ale nie czynił znowuż tego wbrew swej woli, skoro go to przecież nie martwi” (tłum. D. Gromska).

ności dalej powoływana *Rhetorica ad Herennium*), stanowiły często zbiór praktycznych porad oraz wytycznych skierowanych do obrońców lub oskarżycieli, w jaki sposób najskuteczniej pełnić swoją funkcję przed sądem. Oprócz oczywistych uwag z zakresu retoryki *sensu stricto*, dotyczących na przykład argumentacji oraz sposobów wpływania na emocje sędziów, odnaleźć w nich można również odniesienia do konkretnych okoliczności lub „instytucji” prawnych, których powołanie wpływało na ocenę zakresu odpowiedzialności oskarżonego. W tym kontekście zatem stanowić mogą niezmiernie wartościowe źródło informacji na temat rozwiązań stosowanych w rzymskim prawie karnym. Z dużym prawdopodobieństwem bowiem przyjąć można, iż autorzy tych podręczników przekazywali najskuteczniejsze metody obrony oskarżonego, zgodne z obowiązującym stanem prawnym⁴⁵.

Na początku warto ustalić, czy na podstawie świadectwa pism retorycznych w ogóle dopuszczalne było powołanie się przed sądem na czynny żal sprawcy. Okazuje się, że zgodnie z treścią *Rhetorica ad Herennium*, istniała taka ewentualność. Obrońca mógł zaakcentować przejawy skruchy oskarżonego oraz jego wolę naprawienia szkody podczas prezentowania dowodów służących złagodzeniu grożącej mu kary (*rationes constitutionis*). Pośród takich okoliczności bowiem, jak motywacja sprawcy i wcześniejszy tryb jego życia, sposób popełnienia przestępstwa oraz poszlak innego rodzaju, mógł on również podkreślić kwestię zachowania się sprawcy po popełnieniu czynu zabronionego (*consecutio*)⁴⁶.

Rhet. Her. 2.8: Consecutio est, cum quaeritur, quae signa nocentis et innocentis consequi soleant. Accusator dicet, si poterit, adversarium, cum ad eum ventum sit, erubuisse, expalluisse, titubasse, inconstanter locutum esse, concidisse, pollicitum esse aliquid; quae signa conscientiae sint. Si reus horum nihil fecerit, accusator dicet eum usque adeo praemeditatum fuisse, quid sibi esset usu venturum, ut confidentissime resisteret et responderet; quae signa confidentiae, non innocentiae sint. Defensor, si pertimuerit, magnitudine periculi, non conscientia peccati se commotum esse dicet; si non pertimuerit, fretum innocentia negabit esse commotum.

Zachowanie się sprawcy po popełnieniu czynu można zatem uznać za swego rodzaju wskazówkę na temat stopnia jego zawinienia bądź też niewinności. Autor *Rhetorica ad Herennium* zaliczył do faktów mających ujawnić motywację oskarżonego takie jego zachowania, jak czerwienie się, okazywanie wstydu, bladnięcie, jękanie, zasłabnięcie oraz różnego rodzaju obietnice czynione względem ofiary przestępstwa. Przy czym, zgodnie z tokiem jego narracji, powyższe zachowania mogą być podkreślone zarówno przez obrońcę, jak i oskarżyciela – przez każdego z nich stosownie do zamierzonego celu. Oskarżyciel będzie więc próbował wykazać, iż potwierdzają one winę sprawcy, brak takich oznak natomiast uzna za przejaw premedytacji złooczyńcy. Podobnie odpowiedzi pewnego siebie oskarżonego mogą być zinterpretowane przez obrońcę jako dowody jego niewinności, przez oskarży-

⁴⁵ Uwagi na temat znajomości prawa przez retorów – zob. O.E. Tellegen-Couperus, *Quintilian and Roman Law*, RIDA 47/2000, s. 167–177 oraz J. W. Tellegen, *Law and Rhetoric in the causa Curiana*, OIR: “Journal of Ancient Law Studies” 6/2000, s. 171–203.

⁴⁶ J. Sondel, op. cit., s. v. *consecutio*.

ciela zaś jako przejawy potwierdzające jego winę. Stosując więc zaprezentowaną w tym miejscu argumentację, z powodzeniem można chyba przyjąć, iż również próby naprawienia wyrządzonego zła w postaci czynnego żalu mogą być wykorzystywane przez obronę jako fakty przemawiające na korzyść oskarżonego. Być może to miał na myśli autor, odnosząc się do obietnic składanych ofierze przestępstwa. Tym bardziej jeśli faktycznie uda się sprawcy w ten sposób w pełni naprawić poczynione szkody. Nie ma wątpliwości jednak, że ten fakt może stanowić również skuteczne narzędzie w rękach zręcznego oskarżyciela, podnoszącego tę okoliczność jako dowód winy oskarżonego.

W tym miejscu warto zadać sobie pytanie, czyja argumentacja, obrońcy czy oskarżonego, zyskiwała sobie większą przychylność sędziów. Źródła prawne dosyć jednoznacznie sugerują tego drugiego – w przypadku przestępstw umyślnych żal traktowany był raczej jako potwierdzenie winy aniżeli okoliczność łagodząca wymiar kary. Potwierdzenie tego sposobu myślenia odnaleźć można w pierwszej księdze *Rhetorica ad Herennium*. Opisane są w niej rozmaite sposoby obrony oskarżonego, do których zaliczona została również *concessio*, a więc przyznanie się do popełnienia czynu⁴⁷. Może ona jednak przyjąć dwojaką postać: przyznanie się do popełnienia czynu z jednoczesnym powołaniem się na brak winy (*purgatio*) albo przyznanie się do zawinionego działania z jednoczesną prośbą o darowanie kary (*deprecatio*). W tym drugim przypadku zatem oskarżony nie tylko przyznawał się do popełnienia czynu, ale również do działania w sposób umyślny, mimo to jednak wnosił o uwolnienie od kary. Samo to zachowanie mogło więc stanowić swoisty akt skruchy oraz wyraz woli przeproszenia za dokonane przestępstwo. Sędzia analizujący ewentualną prośbę tego rodzaju badał oczywiście całokształt sytuacji osobistej sprawcy⁴⁸. Dopiero w wyniku takiej oceny decydował o losach oskarżonego.

Rhet. Her. 1.24: *Deprecatio est, cum et peccasse se et consulto fecisse confitetur, et tamen postulat, ut sui misereantur. Hoc in iudicio fere non potest usu venire, nisi quando pro eo dicimus, cuius multa recte facta extant, hoc modo: in loco communi per amplificationem iniciemus: "quodsi hoc fecisset, tamen ei pro pristinis beneficiis ignosci conveniret, verum nihil postulat ignosci". Ergo in iudicium non venit: at in senatum, ad imperatorem et in consilium talis causa potest venire.*

Jak zostało to zaznaczone wyżej, *deprecatio* stanowiła przyznanie się zarówno do popełniania czynu, jak i winy umyślnej oraz prośbę o ułaskawienie. Autor *Rhetorica ad Herennium* podkreśla jednak wyraźnie, iż wnioski tego rodzaju były rzadko-

⁴⁷ *Rhet. Her.* 2.16: *Concessio est per quam nobis ignosci postulamus. Ea dividitur in purgationem et deprecationem. Purgatio est cum consulto a nobis factum negamus. Ea dividitur in necessitudinem, fortunam, imprudentiam...* Zob. J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2001, s.v. *concessio* – darowanie winy, uznanie winy z prośbą o przebaczenie. W cytowanym fragmencie termin *concessio* ma trochę szersze znaczenie, a przez uznanie winy z prośbą o przebaczenie należałoby rozumieć *deprecatio* – zob. ibidem, s.v. *deprecatio, purgatio*. Na temat *purgatio* oraz *concessio* zob. P. Kubiak, *Czyn Patroklosa...*, s. 77.

⁴⁸ Szerzej na ten temat, zob. *Rhet. Her.* 2.25-26.

ścią w sądach zwyczajnych, zdarzały się częściej w innego rodzaju postępowaniach, np. przed senatem lub cesarzem. Sytuacje te z pewnością nie należały do częstych. Nie powinno to jednak dziwić, mowa jest bowiem w tym wypadku o przestępstwach umyślnych, a więc dokonanych celowo i świadomie⁴⁹. Wyjątkowo jednak próśby tego typu mogły być uwzględnione przez sędziego, gdy oskarżony miał liczne zasługi i prowadził praworządny tryb życia (*cuius multa recte facta*), a popełniony czyn był prawdopodobnie pierwszym tego rodzaju. Zakładać można jedynie, że sprawca, w celu wzmocnienia niejako siły wyrażanego żalu, niejednokrotnie próbował naprawić wyrządzoną szkodę oraz odwrócić skutki swego działania, aby tym samym wpłynąć na decyzję sędziego. Mimo to czynny żal co do zasady nie był brany przez niego pod uwagę.

Z przeprowadzonej analizy wynika, iż choć juryści rzymscy nie stworzyli usystematyzowanej instytucji czynnego żalu, to znali i stosowali rozwiązania prawne oparte na tym sposobie rozumowania. Co więcej, uzupełniające się wnioski wynikające z pism retorycznych oraz prawniczych wskazują, iż w przypadku popełnienia przestępstwa umyślnego nie odgrywał on prawie żadnej roli przy łagodzeniu odpowiedzialności sprawcy. Takie konkluzje wynikają z cytowanych wyżej fragmentów *Digestów* dotyczących przestępstw przeciwko mieniu, można jednak z powodzeniem przyjąć, iż odnosiły się także do pozostałych czynów zabronionych. Zgodnie ze społeczną opinią na temat znaczenia żalu, takie zachowanie przestępcy potwierdzało przede wszystkim fakt, iż dokonał on czynu umyślnie i świadomie⁵⁰. Ponadto zmiana zdania w tym momencie rzutowała na całościową ewaluację jego charakteru oraz postępowania.

Inaczej kwestia ta kształtowała się w przypadku dobrowolnego zaniechania popełnienia przestępstwa. Z uwagi na generalny brak karalności przygotowania oraz usiłowania w rzymskim prawie karnym, zachował się jedynie jeden przypadek potwierdzający skuteczność czynnego żalu w tej postaci, a dotyczył on fałszerstwa monet. Najprawdopodobniej powstała pewna wątpliwość, jak potraktować sytuację, gdy przestępca nie dokonał jeszcze czynu, był na etapie przygotowań, ale jednocześnie zaistniały już rezultaty jego działań. Z dość oczywistych względów czynny żal mógł być też uwzględniony w przypadku przestępstw nieumyślnych – nieświadomie zawarte małżeństwo z córką siostry nie wywoływało negatywnych konsekwencji na gruncie prawa karnego, jeśli zostało dobrowolnie zerwane. Juryści podobnie też traktowali pewnie inne, analogiczne sytuacje, o ile oczywiście możliwe było przy-

⁴⁹ W prawie rzymskim umyślność czynu obejmowała zarówno element świadomości (*sciens*), jak i woli (*dolus malus*) – zob. J. Misztal-Konecka, *Incestum...*, s. 98; K. Amiełańczyk, *Crimina...*, s. 127 i n. Zob. też G.D. MacCormack, „*Sciens dolo malo*”, [w:] *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, Napoli 1983, s. 1448 i n.; idem, *Dolus in Republican Law*, BIDR 27/1985, s. 1–38; L. Winkel, „*Sciens dolo malo*” et „*ope consiliove*”: *acêtres de conception modernes?*, [w:] *Mélanges Felix Wubbe*, Fribourg 1993, s. 571–585.

⁵⁰ Warto pamiętać, iż powyższy paradygmat uległ zapewne zmianie w IV wieku n.e. na skutek wpływów chrześcijaństwa. Do wyjątków od tej zasady zaliczyć też można regulacje prawa wojskowego dotyczące dezercji i karania żołnierzy. Obie kwestie wymagają jednak dalszych analiz.

wrócenie stanu początkowego⁵¹. W tych wypadkach czynny żal stanowił niejako warunek konieczny bezkarności za dokonany czyn – sprawca musiał odwrócić skutki swoich działań, aby być uwolnionym od odpowiedzialności.

Summary

Active remorse as a mitigating circumstance in the light of juristic and rhetorical sources

Key words: Roman law, criminal law, active remorse, mitigation of penalty, exonerative circumstances.

Roman jurists did not create systematized institutions of Roman criminal law. However, they knew and used solutions known to modern legal systems. One of them is active remorse. There are only few legal sources concerning the matter, but historical and rhetorical texts can be very supportive in that area. According to jurists' writings, active remorse did not cause any effects in case of perpetration of intentional crimes, with some exceptions in the field of Roman military law. Also in later times, this rule could be changed as a result of influence of Christianity on Roman society. However, active remorse produced legal results in the event of abandonment of perpetration (*falsum*), as well as in case of unintentional crimes (*incestum*). Moreover, in handbooks of Roman rhetoric, such as *Rhetorica ad Herennium*, there are few instructions of how to defend or accuse criminals in most efficient way. Among them, there are some hints concerning the role of remorse in different parts of defendant's speech, like *deprecatio* or *consecutio*, which are in accordance with jurists' opinions.

⁵¹ Brak jednak innych źródeł potwierdzających to założenie, poza cytowaną wyżej regulacją dotyczącą oddawania zbiegłych niewolników znalezionych w swoich majątkach.

Sławomir Kursa

Wydział Prawa i Nauk Społecznych

Szkoła Wyższa Psychologii Społecznej w Warszawie

Vigor reguly nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest w prawie rzymskim

W systemie prawa rzymskiego konkurowały ze sobą ze względu na odmienne podstawy powołania do spadku dwa porządki dziedziczenia – *ab intestato* i *ex testamento*. Pierwszy wypływał z *ius naturale*, drugi został wykreowany przez *ius civile*. Nasuwają one badaczom szereg problemów i pytań. Należy do nich w szczególności problem relacji, a dokładniej mówiąc – kompatybilności między dziedziczeniem *ex testamento* i dziedziczeniem *ab intestato* oraz rządzących nimi reguł. Jedną z tych reguł jest reguła *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* występująca w licznych źródłach prawnych i pozaprawnych. Niniejszy artykuł ma na celu wyjaśnienie, jaką moc wiążącą miała ta reguła w systemie prawa rzymskiego. Związana z tą kwestią problematyka zostanie przedstawiona w następującym porządku: istota i skutki tej reguły, jej *ratio legis*, problem wyjątków od niej.

Ekspozycja reguły

Decydując się na skorzystanie z *testamenti factio activa*, obywatel rzymski miał obowiązek rozporządzenia całym swoim majątkiem. Myśl tę wyrażała reguła *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*¹. Reguła ta stanowiła dyrektywę dla testatora i eksponowała totalizującą i absorbującą naturę testamentu². Nie odnosiła się ona do wykonania testamentu.

Oto najważniejsze teksty pochodzące ze źródeł prawa rzymskiego i źródeł pozaprawnych, odnoszące się do reguły *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* [w skrócie: *nemo pro parte testatus*]:

¹ F. Longchamps de Bériet, *Law of succession. Roman legal framework and comparative law perspective*, Warszawa 2011, s. 55.

² S. Kursa, *Diseredazione nel diritto gustiniano*, Bari 2012, s. 191.

D. 50.17.7: (*Pomponius libro tertio ad Sabinum*) *Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est „testatus” et „intestatus”.*

I. 2.14.5: [...] *nam tot unctiae assem efficiunt quot testator voluerit, et si unum tantum quis ex semisse verbi gratia heredem scripserit, totus as in semisse erit: neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur [...].*

Cycero, *De inventione* 2.63: [...] *Subponatur enim ab heredibus haec ratio: „Unius enim pecuniae plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec umquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset”.*

Pomponius w księdze trzeciej *ad Sabinum* stwierdził, że według prawa nie jest dozwolone, by ktoś z obywateli umierał, rozporządziwszy w części testamentowo, a w części nie, ponieważ istnieje naturalna opozycja między tymi sposobami powołania do spadku. Użycie w tym tekście wyrażenia *in paganis* zamiast *in civibus* nie jest przypadkowe, gdyż termin *paganus* w kontekście *miles* oznaczał zawsze obywatela, który nie pełnił służby wojskowej³. *Implicite* tekst Pomponiusa potwierdza więc, że reguła *nemo pro parte testatus* nie miała zastosowania do testamentu żołnierskiego⁴. Wyraźnie mówią o tym Instytucje Justyniana, zaznaczając, że przy sporządzaniu testamentu przez żołnierza liczy się wyłącznie jego wola, a tym samym może on rozporządzić testamentowo całym swoim majątkiem lub jego częścią. Cycero w oderwaniu od kontekstu wojskowego w sprawach dotyczących dziedziców pisze, że ilekroć chodzi o jeden spadek, nie może być wielu dziedziców z różnych podstaw. Inaczej mówiąc, nie jest możliwe, aby jeden był dziedzicem tego samego spadku na podstawie testamentu, a drugi na podstawie ustawy.

Jak już podkreślono, reguła *nemo pro parte testatus* odnosiła się wyłącznie do sporządzenia testamentu. Z tego powodu wiązała ona testatora w momencie, gdy

³ Świadczą o tym liczne teksty literackie, m.in. Plinusz, *Epistulae* 10.86B: [...] *Apud me et milites et pagani, a quibus iustitia eius et humanitas penitus inspecta est, certatim ei qua privatim qua publice testimonium perhibuerunt [...]*; Tacyt, *Historiae* 1.53: [...] *et inter paganos corruptior miles [...]*; Swetoniusz, *De vita caesarum, Divus Augustus* 27: [...] *se admissa turba paganorum, apud milites subscribere quaedam animadvertisset [...]*; Wegecjusz, *Epitoma rei militaris* 2.23: [...] *nam si doctrina cesset armorum, nihil paganus distat a milite.*

⁴ B. Biondi słusznie zauważa, że „il principio ha una sola eccezione di ampia portata, cioè relativamente al testamento del militare”, zob. idem, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, Milano 1946, s. 118. Por. A. Manfredini, *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Torino 1991, s. 14; A. Hernández-Gil, *El testamento militar (en torno a un sistema hereditario militar romano)*, Madrid 1946, s. 80.

⁵ E. Renier, *Etude sur l'histoire de la quarela inofficiosi testamenti en droit romain*, Liège 1942, s. 121; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1984, s. 658; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, s. 678; W. Litewski, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1994, s. 318; M. Zabłocka, [w:] W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2001, s. 178; A. Dębiński, *Rzymskie prawo prywatne. Kompendium*, Warszawa 2003, s. 348; F. Longchamps de Bériér, *Rzymski fideikomis uniwersalny a zasada nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, [w:] G. Bałtrusajtys (red.), *Prawo wczoraj i dziś. Studia dedykowane Profesor Katarzynie Sójce-Zielińskiej*, Warszawa 2000, s. 169.

dokonywał tej czynności *mortis causa*. Zdaniem wielu autorów reguła ta ulegała derogacji w przypadku pominięcia milczeniem lub wydziedziczenia osób z kręgu zstępnych (np. córki, wnuków po synu)⁵. Jednakże źródła prawa nie wydają się potwierdzać tej tezy. Dyskusję w tej kwestii otwiera fragment pochodzący z czternastej księgi *quaestionum* Papiniana:

D. 5.2.15.2: (*Papinianus, lib. 14 quaestionum*) *Filus, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest et corpora vindicare et hereditatem dividere: verum enim est familiae erescundae iudicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum: et ideo pars hereditatis in testamento remansit, nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.* (Syn, który wszczął powództwo o [testament] niezgodny z obowiązkiem [pobożności] przeciwko dwom dziedzicom, otrzymał różne orzeczenia sędziowskie; wygrał w stosunku do jednego, przegrał względem drugiego; może częściowo pozwać dłużników i sam być przez wierzycieli pozwany, jak również domagać się wydania [poszczególnych] rzeczy i podziału spadku. Jest bowiem prawdą, że przysługuje mu powództwo o podział spadku, ponieważ uważamy, że jest on faktycznym dziedzicem ustawowym w części; i dlatego część spadku z testamentu utrzymuje się, i nie wydaje się być absurdem to, że [zmarły] w części uchodzi za pozostającego bez testamentu.)

W opisanym kazusie Papinian uznał za zasadne częściowe unieważnienie *testamentum inofficiosum*. Zauważyć jednak należy, że omawiany tekst nie wskazuje na to, by testator nie rozporządził całym spadkiem⁶. Jego testament został częściowo unieważniony, gdyż pominął w nim lub bezpodstawnie wydziedziczył syna, który z tego powodu wniósł *querella inofficiosi testamenti*⁷. Tak więc nie można mówić w tym przypadku o naruszeniu reguły *nemo pro parte testatus* przez testatora. Fakt zaś, że syn ten wygrał z pierwszym, a przegrał z drugim dziedzicem, należy tłumaczyć tym, że najprawdopodobniej pierwszy z tych dziedziców otrzymał na podstawie testamentu część spadku nieprzekraczającą należnej mu ustawowo części. Wyrok rozstrzygał o przyznaniu dziedzicowi *ab intestato* części spadku wbrew testamentowi, który w tej części został uznany za nieważny, ponieważ pomijał tego dziedzica. *De facto* zachodziło tu więc dziedziczenie *contra tabulas*, a nie *ab intestato*. Dlatego Papinian mówi *in fine* przytoczonego fragmentu, że nie jest absurdem to, że zmarły uchodzi w części za zmarłego bez testamentu. Z powyższego wynika, że wyrok na skutek *querella inofficiosi testamenti* nie naruszał reguły *nemo pro parte testatus*. Z tego

⁶ Podobny przypadek rozstrzygnął cesarz Gordian III w konstytucji z 240 r. (C. 3.28.13). Użyte tam zdanie *Cum duobus heredibus institutis, uno ex quinque, altero ex septem unciis, adversus eum qui ex septem unciis heres scriptus fuerat iusta querella contendisse, ab altero autem victum fuisse adlegas* dowodzi, że testator rozporządził testamentowo całym swoim majątkiem, przeznaczając jednemu dziedzicowi pięć, a drugiemu siedem uncji, pomijając dziedzica *ab intestato*. Także z treściowego podobieństwa tych przypadków można wnosić, że ten opisany przez Papiniana dotyczył całościowego rozporządzenia spadkiem w drodze testamentu, chociaż działy spadkowe dziedziców mogły być inne. Por. G. La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze 1930, s. 452.

⁷ Na ten temat zob. S. Kursa, *Przedmiot i cel querella inofficiosi testamenti*, „Themis Polska Nova” 2(3)/2012, s. 89 i n.

samego powodu nie można mówić o naruszeniu wspomnianej reguły, gdy nastąpiło wniesienie *actio ad supplendam legitimam*, na skutek której dziedzic ustawy otrzymał spadek na podstawie testamentu, a częściowo wbrew temu testamentowi⁸.

Ulpian w księdze czterdziestej ósmej komentarza *ad Sabinum*, pisząc o praktyce sądowej w sprawach *querella inofficiosi testamenti*, zadaje pytanie: co się dzieje w przypadku wniesienia skargi, gdy wnoszący skargę i dziedzic testamentowi mają różną pozycję prawną? I odpowiada, że w takiej sytuacji uważa się, że testator zmarł częściowo z testamentem, a częściowo bez testamentu⁹. Wyrażona w tym zdaniu ocena (*videbitur*) nie dotyczy jednak treści testamentu, bo nic nie wskazuje w tym fragmencie, że testator nie rozporządził całym swoim majątkiem, lecz mówi o skutku pozytywnego rozstrzygnięcia *querella inofficiosi testamenti*.

Tak więc przytoczone wyżej fragmenty, w których wprawdzie występuje sformułowanie przeciwne do reguły *nemo pro parte testatus*, nie stanowią dowodu, że w przypadku *querella inofficiosi testamenti* mamy do czynienia z derogacją reguły *nemo pro parte testatus*¹⁰.

Dodać należy, że reguła *nemo pro parte testatus* obowiązywała także niewolników narodu rzymskiego, którzy mogli dysponować testamentowo tylko połową posiadanego *peculium*. Druga połowa ich majątku po ich śmierci przypadała z mocy prawa państwu¹¹. Winne były jej przestrzegać także osoby ukarane częściową konfiskatą majątku za popełnienie przestępstwa¹². Jedni i drudzy, jeżeli chcieli sporządzić testament, musieli uczynić to w stosunku do całości pozostającego w ich dyspozycji majątku.

Źródła prawa wskazują na różne skutki płynące z zastosowania reguły *nemo pro parte testatus*. Po pierwsze, jeżeli testament zawierał ustanowienie dziedzica jedynie do części spadku, reszta spadku nie przypadała dziedzicom ustawowym. Ustanowiony w testamencie dziedzic otrzymywał także nierozdysponowaną część spadku.

⁸ Inaczej W. Osuchowski, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1971, s. 497; W. Litewski, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1994, s. 319.

⁹ D. 5.2.24: (*Ulpianus libro 48 ad Sabinum*) *Circa inofficiosi querellam evenire plerumque adsolet, ut in una atque eadem causa diversae sententiae proferantur: Quid enim si fratre agente heredes scripti diversi iuris fuerunt? Quod si fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur.*

¹⁰ Por. B. Schmidlin, *Sinn, Funktion und Herkunft der Testamentsregeln: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest – hereditas adimi non potest*, BIDR 78/1975, s. 72–74. Można zgodzić się z A. Sumanem, że tego rodzaju rozwiązania prawne *post mortem testatoris* stanowiły preludium do zniesienia tej reguły; zob. tenże, „Favor testamenti” e „voluntas testantium”, Roma 1916, s. 38.

¹¹ Ulp. 20.16: *Servus publicus populi Romani partis dimidia testamenti faciendi habet ius.*

¹² Świadczy o tym tekst PS. 2.26.13: *Qui voluntate sua stuprum flagitiumque impurum patitur, dimidia parte bonorum suorum multatur, nec testamentum ei ex maiore parte facere licet*, a także Coll. 5.2.2: *Qui voluntate sua stuprum flagitiumque impurum patitur, dimidia parte bonorum suorum multatur nec testamentum ei ex maiore parte facere licet*. Polskie tłumaczenie Coll. 5.2.2 mylnie sugeruje, że ukaranemu konfiskatą połowy majątku nie wolno było dysponować „więcej niż połową tego, co mu pozostaje” – zob. A. Dębiński, *Zbiór prawa Mojżeszowego i rzymskiego. Tekst łacińsko-polski*, Lublin 2011, s. 89.

Skutek ten opisują Instytucje Justyniana. Według I. 2.14.5 spadek co do zasady dzielono na dwanaście uncji, które razem stanowiły jednego asa. Jeżeli testator w testamencie ustanowił jednego dziedzica, ale tylko w sześciu uncjach, to otrzymał on cały spadek, czyli był dziedzicem *ex asse*¹³.

Według komentarza Gajusa do edyktu pretora miejskiego skutek ten zachodził także, gdy ktoś został ustanowiony dziedzicem w połowie, a w drugiej połowie pod warunkiem zawieszającym. Niezależnie od spełnienia tego warunku miał on prawo do całego spadku¹⁴.

Podobnie Marcjanus w czwartej księdze *institutionum* stwierdza, że dziedzic ustanowiony do części spadku, a do drugiej części pod warunkiem, jest dziedzicem całego spadku, mimo zawisłego warunku, chyba że do części ustanowionej pod warunkiem spadkodawca ustanowił mu substytut¹⁵.

Przytoczone powyżej teksty dowodzą, że w przypadku ustanowienia dziedzica do części spadku, w stosunku do nierozdysponowanej części spadku miało zastosowanie *ius adcrescendi*¹⁶.

Po drugie, skutkiem reguły *nemo pro parte testatus* było to, że w przypadku ustanowienia wielu dziedziców, gdyby któryś z nich nie mógł lub nie chciał przyjąć swojego udziału spadkowego, a nie został do tej części ustanowiony substytut, wakująca część przypadała pozostałym współdziedzicom, którzy nie mogli jej odrzucić, ponieważ jej przyrost następował z mocy prawa¹⁷.

Potwierdza to w szczególności konstytucja cesarzy Dioklecjana i Maksymiana, w myśl której ci spośród dziedziców jednocześnie ustanowionych dla siebie w testamencie substytutami, którzy zdecydowali się na przyjęcie swojej części spadku, byli zmuszeni do przyjęcia części spadku odrzuconych przez pozostałych¹⁸.

¹³ I. 2.14.5: [...] *nam tot unciae assem efficiunt quot testator voluerit, et si unum tantum quis ex semisse verbi gratia heredem scripserit, totus as in semisse erit* [...].

¹⁴ D. 28.5.33: (*Gaius libro secundo de testamentis ad edictum praetoris urbani*) *Si quis ita scripserit: „Titius ex parte dimidia heres esto: idem Titius ex altera parte dimidia, si navis ex asia venerit, heres esto”, cum ex pura institutione adierit heres, quamvis condicio alterius institutionis pendeat, ex asse fit heres, scilicet etiam condicione deficiente, cum non prosit ei condicio quicquam existens: quippe cum non dubitetur, quin, si quis ex parte dimidia heres institutus sit nec praeterea quisquam alius, ipse ex asse heres institui videatur.*

¹⁵ D. 29.2.52.1: (*Marcianus libro quarto institutionum*) *Qui ex parte heres institutus est pure, ex parte sub condicione solus, etiam pendente condicione, si adierit hereditatem, ex asse heres erit, quia solus heres futurus est omnimodo, nisi habeat in condicionalem partem substitutum.*

¹⁶ G. La Pira, op. cit., s. 177; M. Talamanca, op. cit., s. 731.

¹⁷ M. Talamanca, op. cit., s. 728.

¹⁸ C. 6.26.6: (*Imperatores Diocletianus, Maximianus*) *Testamento iure facto multis institutis heredibus et invicem substitutis, adeuntibus suam portionem coheredum etiam invitis repudiantium adcrescit portio.* Problematyczną kwestią w tej konstytucji jest zakres wzmiankowanej substytucji wyrażony w przysłówku *invicem*. Nie wiadomo, o jaką dokładnie wzajemność tu chodzi, czy jeden dziedzic był substytutem dla drugiego, drugi dla trzeciego itd., czy też wszyscy dziedzice byli równocześnie substytutami dla pozostałych.

Justynian zarządził, że w tych przypadkach, w których współdziedzice byli razem lub z osobna ustanowieni lub podstawieni, gdyby doszło do odrzucenia jednej lub wielu części spadku, części te wraz z ciężarami przyrastały z mocy prawa proporcjonalnie do przyjętych przez dziedziców działów spadkowych, chociażby ci po ich przyjęciu zmarli¹⁹.

Ulpian w księdze czterdziestej pierwszej komentarza *ad edictum* wyjaśnił z kolei losy spadku, który mieli otrzymać dwaj dziedzice, przy czym drugiemu z nich testator ustanowił substytut. Zdaniem Ulpiana w przypadku odrzucenia przez drugiego z nich dziedziczenia pretorskiego substytut wchodził w jego miejsce. Jeżeli zaś substytut nie chciał przyjąć części odrzuconej przez drugiego z dziedziców ani zgodnie z prawem cywilnym, ani w drodze dziedziczenia pretorskiego, wówczas pierwszemu z nich należała się *bonorum possessio* co do tej części. Nie musiał on o nią prosić, ponieważ jej przyrost następował z mocy prawa, tak jak przy dziedziczeniu cywilnym²⁰.

Po trzecie, dziedziczenie ustawowe nie było możliwe, dopóki wszyscy powołani w testamencie dziedzice nie odrzucili całego spadku. Na ten skutek uwagę zwrócił Ulpian w czterdziestej szóstej księdze komentarza *ad edictum*, pisząc, że jak długo możliwe jest przyznanie spadku *ex testamento*, tak długo nie jest możliwe dziedziczenie *ab intestato*²¹.

Po czwarte, nie mogło dojść do dziedziczenia ustawowego, jeżeli dziedzic został ustanowiony z zastrzeżeniem warunku lub terminu rozwiązującego, ponieważ modalności te były nieskuteczne w myśl reguły *semel heres semper heres*, wyprowadzanej z komentarza Gajusa zawartego *in libro singulari de casibus*²².

¹⁹ C. 6.51.1.10: (*Imperator Iustinianus*) [...] *In his itaque, si quidem coheredes sunt omnes coniunctim vel omnes disiunctim et vel instituti vel substituti, hoc, quod fuerit quoquo modo vacuatum, si in parte hereditatis vel partibus consistat, aliis coheredibus cum suo gravamine pro hereditaria parte, etiamsi iam defuncti sunt, adquiratur. Et hoc et nolentibus ipso iure ad crescat, si suas portiones iam agnoverint* [...].

²⁰ D. 37.11.2.8: (*Ulpianus libro 41 ad edictum*) *Si duo sint heredes instituti primus et secundus, secundo tertius substitutus, omittente secundo bonorum possessionem tertius succedit: quod si tertius noluerit hereditatem adire vel bonorum possessionem accipere, recedit bonorum possessio ad primum. Nec erit ei necesse petere bonorum possessionem, sed ipso iure ei ad crescat: heredi enim scripto sicut portio hereditatis, ita et bonorum possessio ad crescit.* P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 2004, s. 579.

²¹ D. 29.2.39: (*Ulpianus libro 46 ad edictum*) *Quam diu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.* W tym kontekście reguła *nemo pro parte testatus* sankcjonowała wyższość dziedziczenia testamentowego nad ustawowym utrwalając zasadę, że dziedziczenie beztestamentowe może mieć miejsce tylko wówczas, gdy wykluczona jest możliwość dziedziczenia testamentowego, zob. A. Manfredini, *La volontà oltre la morte...*, s. 14.

²² D. 28.5.89(88): (*Gaius libro singulari de casibus*) *Ei qui solvendo non est aliquo casu evenit, ut et servus cum libertate heres existat et praeterea alius heres adiciatur: veluti si servo cum libertate herede instituto ita adiectum sit: „Si mihi Stichus heres erit, tunc Titius quoque heres esto”: nam Titius, antequam Stichus ex testamento heres exstiterit, heres esse non potest, cum autem semel heres exstiterit servus, non potest adiectus efficere, ut qui semel heres exstitit desinat heres esse;* F. Longchamps de Bériér, *O elastyczność prawa spadkowego. Fideikomis uniwersalny w klasycznym prawie rzymskim*, Warszawa 2006, s. 157.

Każdy z wymienionych wyżej skutków potwierdza pierwszeństwo dziedziczenia testamentowego przed beztestamentowym.

Ratio legis reguły

Dyskusja na temat *ratio legis* reguły *nemo pro parte testatus* ma długą historię. Kwestią tą zajmowali się w szczególności prawnicy końca XVIII wieku. Wśród autorów dominowała wówczas opinia, że reguła ta wynikała z koncepcji reprezentacji zmarłego. O. Ruggieri, komentując różne odmiany tej teorii, stwierdza, że nie dawały one rozwiązania zasadniczej kontrowersji współistnienia dziedziczenia testamentowego i beztestamentowego²³.

Spośród opinii osiemnastowiecznych autorów na uwagę zasługuje opinia Ch. Haubolda, który w swoim dziele z 1788 r. pod tytułem *De causis cur idem et testato et intestato decedere non possit* przytoczył cztery argumenty za tym, że *ratio legis* reguły *nemo pro parte* była potrzeba rozwiązania logicznych i prawnych sprzeczności w obrębie różnych instytucji prawa. Po pierwsze, testament rzymski miał formę prawa²⁴, nie mogło być więc realizowane prawo wynikające z treści testamentu i z ustawy jednocześnie. Po drugie, ze spadkiem były związane *sacra privata*, które w antycznym prawie rzymskim były sprawowane przez zwierzchnika rodzinnego. Po trzecie, przy testamencie *per aes et libram* mancytacji podlegał cały majątek i rodzina; z tego więc powodu nie można było dokonać częściowej mancytacji majątku spadkowego. Po czwarte, w prawie rzymskim istniał *favor testamenti*, który suponował pierwszeństwo dziedziczenia testamentowego przed dziedziczeniem ustawowym.

Należy zauważyć, że wraz z rozwojem prawa rzymskiego dwa z tych argumentów straciły na znaczeniu. Najwcześniej moc swoją utracił argument drugi, ponieważ – jak wzmiankuje Ciceron²⁵ – już za pontyfikatu Scaevoli możliwe było sprawowanie *sacra privata* przez wielu dziedziców. Aktualność trzeciego z argumentów była nieco dłuższa. Jest on o tyle ciekawy, że testator przekazując cały majątek i rodzinę (*familiam pecuniamque*)²⁶ *familiae* emptorowi, tym samym rzeczywiście

²³ O. Ruggieri, *Esposizione della regola di diritto romano nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, SDSD 1/1880, s. 148: „Spiegazioni tutte, che, mentre hanno apparenza grandissima di verità, sono però poco idonee a soddisfar pienamente. Qualità, che siano veramente contraddittorie, non possono al certo coesistere nella persona medesima: non può un individuo essere insieme ricco e povero, dotto ed ignorante, buono e malvagio. Ma non è spiegato come simile contrarietà, insofferente di coesistenza, si trovi fra la rappresentanza testata e la intestata; la questione resta insoluta”.

²⁴ Por. Tab. 5.3.

²⁵ Ciceron, *De legibus* 2.19(48): *Hoc posito haec iura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut, ne morte patris familias sacrorum memoria occideret, iis essent ea adiuncta ad quos eiusdem morte pecunia venerit. [...] Quaeruntur enim qui adstringantur sacris. Heredum, causa iustissima est; nulla est enim persona quae ad vicem eius qui e vita emigravit propius accedat. Deinde qui morte testamentove eius tantundem capiat quantum omnes heredes [...]*.

²⁶ G. 2.104.

wykluczał dziedziczenie beztestamentowe. Gajus, pisząc o *familliae emptorze*, stwierdza: *is, qui familiam testatoris mancipio accipiebat, heredis loco erat*²⁷. Oznacza to, że zajmował on przejściowo aż do śmierci testatora pozycję dziedzica *ex asse*, co również wykluczało możliwość częściowego rozporządzenia testamentowego majątkiem spadkowym²⁸. Inną natomiast kwestią jest to, że z chwilą śmierci testatora *familiae emptor* realizował mandat wydania spadku stosowanie do jego nunkupacji. Tego rodzaju argument miał znaczenie, dopóki istniał testament mancyacyjny, który wyszedł z użycia wraz z zanikiem macytacji, o której nie wzmiankuje już prawo justyniańskie.

W współczesnej literaturze dotyczącej rzymskiego prawa spadkowego podkreśla się przede wszystkim, że regułą *nemo pro parte testatus* prawo narzuciło ze względu na inkompatybilność dziedziczenia testamentowego i beztestamentowego, czyli w istocie do dnia dzisiejszego uznaje się pierwszy z podanych przez Ch. Haubolda argumentów²⁹. Można jednak spotkać pogląd, że tej inkompatybilności nie traktuje się jako przyczyny, lecz jako konsekwencję omawianej reguły³⁰. W świetle *lex duodecim tabularum* należy jednak przyznać rację tym, którzy wyprowadzają ową regułę z alternatywy wyrażonej w Tab. 5.3-4. Wynika z niej, że rozporządzenie na wypadek śmierci w drodze testamentu (*uti legassit [...] ita ius esto*) miało moc prawną i wykluczało dziedziczenie beztestamentowe, które wchodziło w grę, gdy spadkodawca *intestato moritur*³¹. C. Fadda trafnie zauważa, że te dwie podstawy powołania do spadku wzajemnie się wykluczają. Sukcesja uniwersalna jest uregulowana w całości przez testament albo w całości przez ustawę i jeżeli istnieje ważna dyspozycja testamentowa, nie może być mowy o sukcesji ustawowej, nawet jeżeli taka dyspozycja byłaby ograniczona jedynie do części spadku. Inaczej mówiąc, powołanie do spadku jest zawsze oparte i podporządkowane wyłącznie jednej przyczynie (*una causa unica*), a istnienie ważnego testamentu wyklucza samo przez się ustawowe powołanie do spadku³².

Jeżeli chodzi o czwarty z przytoczonych wyżej argumentów, wydaje się, że u podstaw *favor testamenti* leżała domniemana intencja testatora, by ustanowiony

²⁷ G. 2.105.

²⁸ Zdaniem M. Marrone „la regola si suole spiegare facendo riferimento alla *mancipatio familiae*, la quale avrebbe dovuto necessariamente avere ad oggetto l'intero patrimonio del disponente”; zob. idem, *Istituzioni di diritto romano...*, s. 600. Także P. Voci uważa, że „la regola ha il suo fondamento nella natura del *testamentum per aes et libram*” – zob. idem, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 2004, s. 579.

²⁹ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 2000, s. 468. W. Litewski trafnie zauważa, że „dziedziczenie testamentowe wykluczało beztestamentowe z reguły także w tym sensie, że to ostatnie nie mogło występować obok pierwszego” – zob. idem, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1994, s. 303.

³⁰ G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*, Torino 1998, s. 513; A. Manfredini, *Istituzioni di diritto Romano*, Torino 2003, s. 213.

³¹ D. 50.16.120; M. i J. Zabłocky, *Ustawa XII tablic. Tekst – tłumaczenie – objaśnienia*, Warszawa 2000, s. 30–33; P.F. Girard, *Manuel elementaire de droit romain*, Paris 2003, s. 842. Zob. także B. Albanese, *Osservazioni su XII Tab. 5.3 (Uti legassit..., ita ius esto)*, s. 35–66.

³² C. Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, t. I, Milano 1949, s. 340. Podobnie uważa A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli 2001, s. 425.

przez niego dziedzic miał władzę nad całym jego majątkiem i rodziną po jego śmierci. Sporządzenie testamentu było więc z jednej strony wyrazem suwerenności testatora, a z drugiej dawało dziedzicowi ustanowionemu w testamencie większy prestiż społeczny.

W poszukiwaniu odpowiedzi na pytanie, co było podstawą *favor testamenti*, warta odnotowania jest wypowiedź Cycerona z Filipik: *In publicis nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum* (W sprawach publicznych nic nie jest donośniejsze od ustawy, w sprawach prywatnych najmocniejszy jest testament)³³. Należy podkreślić, że w Rzymie testament od najdawniejszych czasów³⁴ był traktowany jako najważniejszy akt obywatela rzymskiego, świadczący o jego niezależności. Ci, którzy nie posiadali *testamenti factio activa* za karę – określani mianem *intestabiles* – nie mogli sporządzać testamentów i występować w roli świadków przy dokonywaniu czynności prawnych. Byli oni przedmiotem żartów i satyr, dla przykładu w komedii Plauta Fedromus chciał powołać na świadka Kurkuliona, jednakże Terapontygonus stwierdził, że nie można tego zrobić, przez co naraził się na pogardliwe słowa: *Iuppiter te, miles, perdat, intestatus vivito* (Niech cię Jowisz żołnierzu ukarze, obyś żył nie sporządzisz testamentu)³⁵. Z podobnym przekleństwem spotykamy się w satyrach Horacego, w wyrażeniu: *is intestabilis et sacer esto* (niech nie mogąc świadczyć, nie sporządzi testamentu i będzie przeklęty)³⁶.

Wydaje się, że nie należy także lekceważyć rzymskiej *pietas* w utrwalaniu uprzywilejowanej pozycji dziedziczenia testamentowego. Jak słusznie zauważa A. Suman, *pietas* dziedziców względem zmarłego nie stanowiła jednak podstawy *favor testamenti*³⁷. Logiczną konsekwencją uznania *favor testamenti* było odrzucenie równoczesnego dziedziczenia testamentowego i ustawowego.

O pierwszeństwie dziedziczenia testamentowego przed ustawowym świadczą oprócz tekstów literackich źródła prawa, w szczególności Kodeks i Nowele Justyniana, chociaż nie podają one racji, dla której wola testatora przeważa nad dziedziczeniem ustawowym. *Favor testamenti* znajduje potwierdzenie m.in. w konstytucji Justyniana z 530 r., gdzie powiedziane zostało, że zgodna z prawem wola testatora powinna przeważać we wszystkich sprawach³⁸. Justynian miał ją na względzie, chociażby dokonując ograniczenia przyczyn umożliwiających wniesienie *querella inofficiosi testamenti*³⁹. Wcześniej konstytucją z 528 r. nakazał jej bezwzględne prze-

³³ Cicero, *Philippicae* 2.42.109.

³⁴ Por. Tab. 5.3.

³⁵ Plautus, *Curculio* 5.2.622.

³⁶ Horatius, *Sermonum* 2.3.181. J. Zabłocki wyjaśnia, że „*homo sacer* to ten, którego lud z powodu przestępstwa za takiego uzna” – idem, *Sacrorum detestatio w prawie rzymskim*, PK 1-2/1986, s. 279.

³⁷ Zob. szerzej na temat A. Suman, op. cit., s. 4 i n.

³⁸ C. 6.37.23.2a: (*Imperator Iustinianus*) [...] *In omnibus etenim testatoris voluntatem, quae legitima est, dominari censemus*. Zob. też Plinius, *Epistulae* 2.16.2: [...] *defunctorum voluntates, etiamsi iure deficerentur, quasi perfectas tuerer* [...].

³⁹ C. 3.28.30pr.: (*Imperator Iustinianus*) *Omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes magnam et innumerabilem occasionem subvertendae eorum dispositionis amputare censemus* [...]. Szerzej na ten temat zob. G. La Pira, op. cit., s. 482-483.

strzeżenie, jeżeli chodzi o ustanowienie dziedzicami pogrobowców⁴⁰. W Nov. 1.1pr. przypomniał, że na ustanowionych w testamencie dziedzicach, fideikomisariuszach i legatariuszach ciąży obowiązek wykonania wszystkich postanowień testatora, o ile te są zgodne z prawem⁴¹. Podobnie w Nov. 1.2pr., mając na względzie ochronę dyspozycji ostatniej woli testatorów, zobowiązał dziedziców do dokładnego przestrzegania ustawy falcydyjskiej⁴². Tak samo opowiedział się za *favor testamenti* w kontekście zabezpieczenia współmałżonka na wypadek śmierci⁴³ oraz testamentu potwierdzanego ustną przysięgą⁴⁴.

Każda reguła, jak zauważa Paulus w księdze szesnastej *ad Plautium*, wyraża krótko istotę rzeczy. Prawo nie wynika z reguły, lecz reguła z prawa⁴⁵. Biorąc pod uwagę to spostrzeżenie Paulusa, należy stwierdzić, że nie można byłoby mówić o regule *nemo pro parte testatus*, gdyby prawo:

- 1) nie uznawało alternatywy rozłącznej między dziedziczeniem testamentowym i beztestamentowym;
- 2) nie uznawało pierwszeństwa dziedziczenia testamentowego wobec dziedziczenia beztestamentowego;
- 3) nie przewidywało prawa przyrostu.

Taki stan prawny wskazuje, że *ratio legis* tej reguły była ochrona uprzywilejowanej pozycji i zupełności dziedziczenia testamentowego w stosunku do dziedziczenia beztestamentowego.

Wyjątek

Już z wyżej opisanych tekstów źródłowych wynika, że reguła *nemo pro parte testatus* nie miała powszechnie obowiązującego charakteru, ponieważ byli spod niej wyłączeni żołnierze. Wskazują na to wyraźnie także trzy inne fragmenty zamieszczone w Digestach Justyniana.

⁴⁰ C. 6.29.4.1: *Imperator Justinianus*) [...] *cum frequentissimas leges posuimus testatorum voluntates adiuvantes [...] maneat testatoris voluntas immutilata.*

⁴¹ Nov. 1.1pr.: [...] *sancimus, eos, qui ab aliquibus scripti sunt heredes, aut meruerunt fideicommissa, per universitatem forsitan aut per speciem, aut legatum, necessitatem habere, quaecumque testator et honorans eos disposuerit, ex omni modo complere [...].*

⁴² Nov. 1.2pr.: [...] *Sancimus igitur, quoniam tuenda nobis ubique est deficientium voluntas, heredes, si voluerint hac utilitate potiri, puram servare legis potestatem; et non per quae forte subripiunt aut malignantur, introducere temptent Falcidiam, cum utique, si nihil malignati essent, non forte competeret.*

⁴³ Nov. 22.44.9: [...] *tunc enim sequenda est defuncti voluntas. Studii enim nostri est defunctorum conservare secundum legem voluntates.*

⁴⁴ Nov. 48pr.: *Semper hanc unam habemus intentionem dispositiones morientium esse firmas, nisi resultent legi et aperte contrariae sint his quae illi placent [...].*

⁴⁵ D. 50.17.1: (*Paulus libro 16 ad Plautium*) *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.*

Ulpian w księdze piątej *ad Sabinum* stwierdza, że jeżeli żołnierz ustanowiłby dziedzica do części swojego majątku, uważa się, że co do reszty majątku umarł beztestamentowo, żołnierz bowiem może umrzeć, rozporządziwszy testamentowo w części swoim majątkiem, a w części nie⁴⁶. Ze stwierdzenia Ulpiana wynika, iż żołnierzowi to prawo przysługiwało do wszystkich dóbr, które były jego własnością, bez względu na to, z jakiego źródła pochodziły⁴⁷.

Paulus w księdze siódmej *quaestionum* opisuje kasus żołnierza wyzwolenca, który ustanowił w swoim testamencie dwóch dziedziców, z których drugi odrzucił spadek. Powołując się na regułę *miles pro parte testari potest*, uznał, że patronowi należała się *bonorum possessio ab intestato* w stosunku do odrzuconej części spadku, chyba że udowodniona zostałaby wola testatora, by odrzucona część przypadła dziedzicowi testamentowemu, który spadek przyjął⁴⁸. Z przytoczonego fragmentu wynika, że do testamentu żołnierskiego nie miało zastosowania *ius ad crescendi*.

Tryphoninus w księdze osiemnastej *disputatum* stwierdza, że regułę *miles ab initio pro parte testatus, pro parte intestatus potuerat mori* odnosiła się wyłącznie do żołnierzy pełniących służbę wojskową, a nie do weteranów wojennych. Stąd też dziedzic ustanowiony przez syna rodziny będącego weteranem, który rozporządził testamentowo tylko swoim *peculium castrense* i umarł, nie wiedząc, że jest dziedzicem dóbr po zmarłym ojcu, będzie dziedzicem wszystkich dóbr, a nie tylko tych, które stanowiły *peculium castrense*⁴⁹. Innymi słowy do testamentu weterana nie stosowano reguły *miles pro parte testari potest*, lecz regułę *nemo pro parte testatus*. W konsekwencji dziedzic z testamentu weterana był dziedzicem całego spadku.

Jest rzeczą oczywistą, że reguła *miles pro parte testari potest* pozostawała w wyraźnej opozycji do ogólnych norm rzymskiego prawa cywilnego. Powstaje pytanie: kiedy została wprowadzona w życie i dlaczego? W księdze czterdziestej piątej *ad edictum* Ulpian pisze, że wprowadził go Juliusz Cezar, a następnie podtrzymali go cesarze Tytus, Domicjan, Nerwa i Trajan, od którego czasów w mandatach znajdował się odpowiedni tytuł zezwalający żołnierzom, ze względu na ich prostotę, na sporządzenie testamentu w dowolny sposób (*ut quoquomodo testati*

⁴⁶ D. 29.1.6: (*Ulpianus libro quinto ad Sabinum*) *Si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditum quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisset: miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus.*

⁴⁷ C. Fadda, op. cit., s. 344.

⁴⁸ D. 29.1.37: (*Paulus libro septimo quaestionum*) *Si duobus a milite liberto scriptis heredibus alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, quia miles et pro parte testari potest, et competit patrono ab intestato bonorum possessio, nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ab alterum vellet totam redire hereditatem.* C. Fadda, op. cit., s. 344.

⁴⁹ D. 49.17.19.2: (*Tryphoninus libro 18 disputationum*) *Filius familias paganus de peculio castrensi fecit testamentum et, dum ignorat patri se suum heredem exitisse, decessit. Non potest videri pro castrensibus bonis testatus, pro paternis intestatus decessisse, quamvis id in milite etiam nunc rescriptum sit, quia miles ab initio pro parte testatus, pro parte intestatus potuerat mori, quod ius iste non habuerit, non magis quam sine observatione legum facere testamentum. Necessario ergo castrensis peculii heres scriptus universa bona habebit, perinde ac si pauperrimus facto testamento decessisset ignorans se locupletatum per servos alio loco agentes.*

fuissent)⁵⁰. Zdaniem F. Senna taka decyzja Trajana na korzyść żołnierzy była podyktowana korzyścią publiczną⁵¹.

Wyjątku od reguły *nemo pro parte testatus* nie znosiło popełnienie przez żołnierza przestępstwa wojskowego, chociaż mógł on w takim przypadku testować tylko posiadanymi *res castrenses*. Pozostały jego majątek *ab intestato* dziedziczył *fiscus*⁵².

O. Ruggieri sugeruje, że drugi wyjątek od reguły *nemo pro parte testatus* został określony przez Justyniana w Nov. 1.1 z 535 r.⁵³ W noweli tej Justynian dopuścił, aby ci, którzy przyjmowali spadek *ex testamento*, nie musieli przyjmować części spadku odrzuconej przez któregoś z ustanowionych w testamencie współdziedziców, lecz mogli ją pozostawić dziedzicom *ab intestato*. Ruggieri błędnie jednak sądzi, że stworzenie tej możliwości naruszało regułę *nemo pro parte testatus*. W rzeczywistości dokonana przez Justyniana reforma miała na celu jedynie ograniczenie zastosowania *ius adcrescendi* i nie zwalniała testatora z obowiązku rozporządzenia w testamencie całym majątkiem.

Przeprowadzona analiza źródeł prawa rzymskiego i rzymskiej literatury wykazała, że reguła *nemo pro parte testatus pro parte intestatus* obowiązywała każdą uprawnioną osobę, która zdecydowała się na sporządzenie testamentu, z wyjątkiem żołnierzy. Odnosiła się ona do sporządzenia testamentu, a nie do skutków wynikających z częściowego unieważnienia testamentu w drodze *querella inofficiosi testamenti* czy innych rozwiązań prawnych *post mortem testatoris*. Jej istota wyrażała się w tym, że powołanie testamentowe następowało zawsze do całego spadku, nawet jeśli jakaś jego część nie została z pewnych względów rozdysponowana. Braki w rzetelnym uwzględnieniu tej reguły przez testatora uzupełniało *ius adcrescendi*, które bazowało na domniemaniu jego intencji co do rozporządzenia całością spadku.

Ze źródeł prawa rzymskiego wynika, że *ratio legis* tej reguły była ochrona uprzywilejowanej pozycji i zupełności dziedziczenia testamentowego w stosunku do dziedziczenia beztestamentowego, gwarantująca utrzymanie suwerenności testatorów i prestiżu jego dziedzicom.

⁵⁰ D. 29.1.1pr.: (*Ulpianus libro 45 ad edictum*) *Militibus liberam testamenti factionem primus quidem divus Iulius Caesar concessit: sed ea concessio temporalis erat. Postea vero primus divus Titus dedit: post hoc Domitianus: postea divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit: eamque Traianus secutus est et exinde mandatis inseri coepit caput tale. Caput ex mandatis: „Cum in notitiam meam prolatum sit subinde testamenta a commilitonibus relicta proferri, quae possint in controversiam deduci, si ad diligentiam legum revocentur et observantiam: secutus animi mei integritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones simplicitati eorum consulendum existimavi, ut quoquomodo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint sufficere ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris”.*

⁵¹ F. Senn, *La notion d’heres suus et la règle*, „Nemo partim testatus partim intestatus decedere potest”, RHD 36/1958, s. 66; podobnie zob. F. Longchamps de Bériér, *Law of succession...*, s. 55.

⁵² C. 6.21.13: (*Imperatores Valerianus, Gallienus*) *Et militibus nostris, centurionibus quoque ob flagitium militare damnatis non aliarum quam castrensiarum rerum testamenta facere permittitur et intestatis iure proprio succeditur a fisco.*

⁵³ O. Ruggieri, *Esposizione della regola di diritto romano nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, cz. 2, SDSD 2/1880, s. 31–32.

Źródłowo potwierdzona reguła i wyjątek od niej pozwalają stwierdzić, że rzymskie prawo spadkowe dostarczyło potomności dwa różne modele sukcesji uniwersalnej: pierwszy oparty na regule *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* i drugi oparty na regule *miles pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

Summary

„Vigor” of the rule „*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*” in Roman law

Key words: will, testate inheritance, intestate inheritance, soldier.

The article includes an explanation occurring in the sources of Roman law and roman literature of the rule *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* and the exception to the rule expressed in the rule *miles pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Reveals its essence consisting in the fact that the testamentary appointment was always followed throughout the whole property of the testator, even if some part of it was not for some reason distributed by the testator. Deficiencies in a reliable comply of this rule by the testator complemented *ius adcrescendi*, which was based on the presumption that the testator's intention was to dispose the whole property.

In addition, the article provides an answer to the question of the binding force of the rule in relation to making up of the will. Takes in the discussion the opinion that due to the effective bringing up of *querella inofficiosi testamenti* occurred derogation of the rule. The article presents the effects of the functioning of the rule in Roman law and gives its *ratio legis*.

Piotr Sadowski

Uniwersytet Opolski

Wpływ kognacji na *ius conubii* w prawie rzymskim i kanonicznym

Wprowadzenie

Cycon w dziele *De officiis* pisze, że „bliskość krwi łączy z sobą ludzi miłością i życzliwością, albowiem wiele znaczy mieć te same pomniki przodków, jedne rodzinne obrzędy religijne, wspólne groby”¹. Z drugiej strony wiemy, że może być czynnikiem korupcyjnym, sprzyjać nepotyzmowi, czyli przedkładaniu interesu bliskich osób nad interes publiczny². Pokrewieństwo rzutuje na stosunki z zakresu prawa rodzinnego, opiekuńczego, spadkowego czy procesowego. Istotną rolę odgrywa w relacjach małżeńskich. Z przyczyn moralnych, etycznych, religijnych, społecznych czy eugenicznych może być też przeszkodą do zawarcia związku małżeńskiego.

W niniejszym artykule chcę zbadać wpływ pokrewieństwa naturalnego (kognacji) na *ius conubii* w prawie rzymskim i kanonicznym. Oba te porządki prawne, trwając od wieków, wiele się od siebie uczyły. Prawo kanoniczne w obliczaniu stopni pokrewieństwa w 1983 r. na nowo przyjęło komputację rzymską, mimo że przez wieki poza kościołami wschodnimi posiłkowało się komputacją germańską. Nawet jeśli w prawie kanonicznym spotykamy się z katalogiem przeszkód małżeńskich, o czym nie można powiedzieć w odniesieniu do prawa rzymskiego, to jednak oba porządki prawne nazbyt bliskie pokrewieństwo traktują jako niekorelujące z *ius conubii*. Pragnę także postawić pytanie o *ratio legis* zakazów zawierania małżeństw ze względu na bliskie pokrewieństwo. Przekonany o różnorodności przyczyn przyjrę się bliżej kwestii kazirodztwa.

¹ Cicero, *De Officiis*, 54-55: *Sanguinis autem coniunctio et benivolentia devincit homines [et] caritate. Magnum est enim eadem habere monumenta maiorum, eisdem uti sacris, sepulchra habere communia* (tłum. własne).

² Szerzej zob. F. Lempa, *Znaczenie pokrewieństwa w prawie rzymskim, kanonicznym i polskim a współczesne formy prokreacji*, [w:] F. Lempa, S. Tafaro (red.), *Rodzina i społeczeństwo. Wczoraj i dziś*, Białystok 2006, s. 224–226.

Pojęcie kognacji zarówno w prawie rzymskim, jak i kanonicznym nie zawsze było jednoznaczne. Świadom terminologicznych trudności przedmiotem rozważań czynię tu pokrewieństwo naturalne, marginalnie wspominając tylko o tym prawnym czy duchowym.

D. 38.10.4.2. (Modestyn w lib. 12): *Pandectarum* pisał o kognacji prawnej, naturalnej, a także mieszanej. *Cognationis substantia bifariam apud Romanos intellegitur: nam quaedam cognationes iure civili, quaedam naturali conectuntur; nonnumquam utroque iure concurrente et naturali et civili copulatur cognatio.*

Kodeks Prawa Kanonicznego z 1983 r. prawie nie posługuje się terminem *cognatio*. Oczywiście zajmuje się pokrewieństwem naturalnym. Inaczej było w kodeksie z 1917 r., który w myśl dawnej doktryny kanonistycznej szafował terminem *cognatio* obficie. Jednak w dawnej doktrynie kognacja była rozumiana jako naturalna – tożsama z pokrewieństwem, duchowa i prawna – bazująca na adopcji.

W starożytnym Rzymie *ius conubii* przez wieki mogło być postrzegane jako narzędzie utrwalania dyskryminacji socjalnej. Walczyli o nie plebejusze i wyzwolenci. Dopiero *lex Canuleia* z 445 r. dała plebejuszom prawo do zawierania związków małżeńskich z patrycjuszami. *Lex Iulia de maritandis ordinibus* Oktawiana Augusta z 18 r. przed Chr. wprowadzała zakaz zawierania małżeństw wolno urodzonych obywateli z kobietami złej reputacji, tudzież senatorów i ich męskich potomków z wyzwolenicami. Jednak *ius conubii* przede wszystkim polegało na braku bliskiego pokrewieństwa.

Kognacja w rzymskim prawie małżeńskim

W ścisłym tego słowa znaczeniu „kognacja” w prawie rzymskim to pokrewieństwo naturalne oparte na więzach krwi. Jednak często krąg kognatów krzyżował się z agnatami. Stąd w szerszym znaczeniu „kognacja” to także wszelkie pokrewieństwo³. Terminem *cognatio civilis* określano czasami agnację. Kognacja nabierała wagi, gdy słabły więzi agnacyjne. Wypieranie roli agnacji – charakterystyczne dla końca republiki – skutecznio się w czasach Justyniana. Z kognacją wiązano prawa i obowiązki w zakresie prawa spadkowego, opiekuńczego czy alimentacyjnego⁴. Pokrewieństwo krwi, nazywane także pokrewieństwem biologicznym⁵, oznaczało zarówno pochodzenie jednej osoby od drugiej, jak i większej liczby osób od jednego przodka. Wspólnym przodkiem mógł być tak ojciec, jak matka. Pokrewieństwo obliczano według linii i stopni. Opierając się na źródłach rzymskich, wypracowano zasadę *quot generationes, tot gradus* – ile urodzeń, tyle stopni. O stopniach pokrewieństwa kognacyjnego szczegółową informację przekazują *Instytucje justyniańskie*

³ W. Litewski, s.v. *Cognatio*, [w:] *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998, s. 43.

⁴ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 2000, s. 200.

⁵ A.R. Jurewicz, *O moralności i etyce*, [w:] A. Jurewicz, R. Sajkowski, B. Sitek, J. Szczerbowski, A. Świętoń (red.), *Rzymskie prawo publiczne. Wybrane zagadnienia*, Olsztyn 2011, s. 220, przypis 161.

3.6 czy *Digesta justyniańskie* 38.10⁶. W linii prostej kognaci dzielili się na wstępnych (ascendentów) i zstępnych (descendentów). W I. 3.6.9 czytamy o umieszczeniu w księdze stopni pokrewieństwa w formie rysunkowej, aby łatwiej dotrzeć do młodzieży. Stanowi to ewidentne dowartościowanie metody wzrokowej, obok słuchowej, w procesie dydaktycznym w czasach justyniańskich.

Nazbyt bliskie pokrewieństwo w starożytnym Rzymie stanowiło przeszkodę do zawarcia związku małżeńskiego. Kwestia ta została szczegółowo opisana m.in. przez Henryka Insadowskiego⁷, Joannę Misztal-Konecka⁸ czy Aldonę Ritę Jurewicz⁹. Zakaz małżeństw między krewnymi w linii prostej był bezwzględny i obowiązywał w całym okresie rozwoju prawa rzymskiego. Takie normy społeczne początkowo odzwierciedlały *veteres mores*. Później coraz częściej regulowano kwestię wpływu pokrewieństwa na możliwość zawarcia małżeństwa. Gaius 1.59 informuje, że wstępni i zstępni nie mogą zawierać między sobą małżeństwa. Relacjonuje, że gdyby przykładowo ojciec z córką, matka z synem, dziadek z wnuczką, babcia z wnukiem dopuścili się współżycia, to ich małżeństwo byłoby niegodziwe i kazirodzkie¹⁰. Zakaz ten dotyczył zstępnych i wstępnych nie tylko naturalnych, ale i adoptowanych czy emancypowanych. Również Ulpian w pojedynczej księdze *Regul* w tytule *O małżeństwach* pisał, że wstępni czy zstępni, niezależnie od stopnia pokrewieństwa, nie mogą zawierać między sobą małżeństw¹¹. Zakaz ten rozciągał się na ascendentów i descendentów każdego stopnia. *Instytucje justyniańskie* 1.10.10 informują, że pokrewieństwo biologiczne między krewnymi linii prostej będącymi niewolnikami, którzy później zostali wyzwoleni, też jest przeszkodą do zawarcia małżeństwa. Podobna sytuacja miała miejsce między bratem i siostrą, którzy byli niewolnikami, a zostaliby wyzwoleni¹². Różne były konsekwencje pożycia z osobą spokrewnioną w linii prostej. Tacyt w *Annales* 6.19 przekazał, że za kazirodzstwo z córką pewnego Mariusza zrzucano ze Skały Tarpejskiej. Natomiast *Pauli Sententiae* 2.26.15 traktują o karze deportacji¹³.

⁶ Zob. także J. Ruggiero, *Gli stemmata cognationum: Pauli Sententiae ed Etymologiae*, [w:] G. Bassanelli Sommariva, S. Tarozzi (red.), *Ravenna capitale. Uno sguardo ad occidente. Romani e Goti, Isidoro di Siviglia, Santarcangelo di Romagna* 2012, s. 101–116, zwłaszcza 105.

⁷ H. Insadowski, *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, Lublin 1935, s. 181–189.

⁸ J. Misztal-Konecka, *Incestum w prawie rzymskim*, Lublin 2007.

⁹ A.R. Jurewicz, op. cit., s. 220–221.

¹⁰ Gai. 1.59: *Inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est, veluti inter patrem et filiam, vel inter matrem et filium, vel inter avum et neptem „vel inter aviam et nepotem”, et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur.*

¹¹ Coll. 6.2.1: *Ulpianus libro regularum singulari sub titulo de nuptiis: Inter parentes et liberos, cuiuscumque gradus sint, conubium non est.*

¹² I. 1.10.10: *Illud certum est, serviles quoque cognationes impedimento esse nuptiis, si forte pater et filia aut frater est soror manumissi fuerint.* Zob. także V. Galati, *Effetti della “servilis cognatio”*, „Index” 24/1996, s. 321–331.

¹³ P. Sent. 2.26.15: *Incesti poenam, quae in viro in insulam deportatio est, mulieri placuit remitti: hactenus tamen, quatenus lege Iulia de adulteriis non apprehenditur.*

Przeszkodą do zawarcia małżeństwa było także pokrewieństwo drugiego stopnia w linii bocznej, czyli między bratem a siostrą, przy czym nie było ważne, czy mieli oni wspólnych obu rodziców (*germani*), czy tylko jednego (*consanguinei* czy *uterini*)¹⁴. Rodzeństwo spokrewnione na skutek przysposobienia także nie mogło zawrzeć związku małżeńskiego, chyba żeby adopcja została rozwiązana przez emancypację (Gai. 1.61).

W okresie królestwa i republiki obowiązywał zakaz zawierania małżeństw między krewnymi trzeciego stopnia w linii bocznej. Zakaz ten uchylono dopiero w czasach cesarza Klaudiusza, gdy na mocy *SC Claudianum* z końca 48 r. lub początku 49 r. przyzwolono na ożenek stryja z bratanicą (Gai. 1.62). Cesarz pragnął pojąć za żonę Agrypinę, która była córką jego brata Germanika. Ta zdaniem Swetoniusza (*Boski Klaudiusz*, 26) miała zdobyć go dzięki swym ponętom i prawu do pocałunków¹⁵. Jako że Klaudiuszowi zależało na uniknięciu niekorzystnych skutków *SC Pernicianum*¹⁶, cenzor Lucjusz Witeliusz nakłonił senatorów do zmiany prawa¹⁷. Przyzwalając na małżeństwo z bratanicą, nie przyzwolono wtedy jednak na ożenek z siostrzenicą (Gai. 1.62)¹⁸. Trzeba dodać, że według relacji Swetoniusza Klaudiusz miał pod koniec życia publicznie żałować związku z Agrypiną (*Boski Klaudiusz*, 43). *SC Claudianum* zostało co prawda zniesione w 97 r. przez Nerwę, jednak szybko je przywrócono. Nawet edykt Dioklecjana *De nuptiis* z 295 r. go nie uchylił. Konstytucja Konstancjusza i Konstansa z 31 marca 342 r. przewidywała karę śmierci za kazirodcze małżeństwo zawarte z córką brata czy siostry¹⁹, jednakże była kierowana do mieszkańców prowincji Fenicja, a zatem miała charakter lokalny i wyjątkowy²⁰. Justynian stanowił, że bratanicy czy siostrzenicy nie można pojąć za żonę²¹.

W prawie rzymskim nie było stałej praktyki w traktowaniu kolejnych stopni pokrewieństwa w linii bocznej jako przeszkody do zawarcia związku małżeńskiego. Według relacji Tacyty małżeństwa między krewnymi szóstego stopnia w linii bocz-

¹⁴ Gai. 1.61: *Sane inter fratrem et sororem prohibita sunt nuptiae, sive eodem patre eademque matre nati fuerint, sive alterutro eorum.*

¹⁵ Na temat prawa do pocałunków zob. J. Zabłocki, *Si mulier vinum bibit condemnatur*, „Prawo Kanoniczne” 32(1–2)/1989, s. 225.

¹⁶ Szerzej zob. M. Zabłocka, *Zmiany w ustawach małżeńskich Augusta za panowania dynastii julijsko-klaudyjskiej*, „Prawo Kanoniczne” 30(1–2)1987, s. 163.

¹⁷ Tacitus, *Annales* 12.5–6.

¹⁸ Ulpian informuje nas zaś, że małżeństwo z córką adoptowanej siostry jest możliwe. D. 23.2.12.4 (*Ulpianus libro vicesimo sexto ad Sabinum*): *Adoptivae sororis filiam possum uxorem ducere: cognata enim mea non est filia eius.*

¹⁹ C. Th. 3.12.1: *IMPP. CONSTANTIIUS ET CONSTANS AA. AD PROVINCIALES FOENICES. Si quis filiam fratris sororisve faciendam crediderit abominanter uxorem aut in eius amplexum non ut patruus aut avunculus convolaverit, capitalis sententiae poena teneatur. DAT. PRID. KAL. APR. ANTIOCHIAE CONSTANTIO III ET CONSTANTE II AA. CONSS.* Zob. także A. Watson, *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, Milano 2006, s. 77.

²⁰ A.R. Jurewicz, op. cit., s. 222 przypis 174.

²¹ I. 1.10.3: *Fratris vel sororis filiam uxorem ducere non licet.*

nej długo były niedozwolone (Annales 12.6: *coniugia [...] sobrinarum diu ignorata*)²². Z relacji Liwiusza, której wiarygodność nie przez wszystkich jest przyjmowana²³, dowiadujemy się, że pewien patrycjusz o imieniu Celiusz czy Cloelius pojął za żonę kobietę, z którą był spokrewniony w stopniu bliższym niżli siódmym²⁴. Informacja ta dotyczyłaby okresu pomiędzy pierwszą a drugą wojną punicką. Po drugiej wojnie punickiej dochodziło do zawierania związków w czwartym stopniu pokrewieństwa w linii bocznej. Świadczy o tym relacja Liwiusza 42.34.3 o Ligustinusie, który ożenił się z kuzynką. Dzisiaj przyjmuje się, że w II wieku przed Chr. małżeństwa między kuzynostwem (*consobrini*) stały się dozwolone czy społecznie akceptowane²⁵.

W czasach chrześcijańskich stosunek władców do ożenku krewnych czwartego stopnia w linii bocznej był ambiwalentny. Teodozjusz Wielki²⁶, a później Arkadiusz i Honoriusz²⁷ (8 grudnia 396) zabraniali takich związków. Jednak w 405 r. ci ostatni cesarze uchylili zakaz w odniesieniu do wschodniej części cesarstwa. Cztery lata później w zachodniej części stało się możliwe ubieganie o dyspensę od zakazu związków między *consobrini*²⁸. Cesarz Justynian zezwolił na małżeństwa między krewnymi czwartego stopnia w linii bocznej w całym cesarstwie. Przyzwolił na związki dzieci dwóch braci, dwóch siostr lub brata i siostry (I. 1.10.4).

Kognacja w kanonicznym prawie małżeńskim

Kodeks Prawa Kanonicznego z 1983 r. użył terminu *cognatio* w kan. 1094, gdzie mowa jest o przeszkodzie pokrewieństwa prawnego (*cognatio legalis*) powstałego z adopcji, w linii prostej czy też w drugim stopniu linii bocznej²⁹. Pośrednio kwestia kognacji występuje w kan. 108, w świetle którego pokrewieństwo oblicza się *per lineas et gradus*. Liczbę stopni w linii prostej określa liczba źródeł przy pominięciu przodka. W linii bocznej to liczba osób w obydwu liniach razem przy pominięciu przodka. Jednak w tym kanonie użyto terminu *consanguinitas*, czyli pokrewieństwa, traktując je jako związek osób oparty na wspólnocie krwi – pochodzeniu od siebie czy od wspólnych przodków. Związek ten może bazować zarówno na małżeństwie, jak i nie.

²² Termin *sobrini* wyjaśnia M. Bettini, *Il divieto fino al „sesto grado” incluso nel matrimonio romano*, [w:] *Parenté et stratégies familiales dans l'Antiquité romaine. Actes de la table ronde des 2-4 octobre 1986 (Paris, Maison des sciences de l'homme)*, Rome 1990, s. 32.

²³ Szerzej zob. *ibidem*, s. 47-49.

²⁴ Por. A. Cusmà Piccione, *Vincoli parentali e divieti matrimoniali: le innovazioni della legislazione del IV sec. d.C. alla luce del pensiero cristiano*, „Annali del Seminario Giuridico dell'Università degli studi di Palermo” 55/2012, s. 197-198.

²⁵ J. Misztal-Konecka, dz. cyt., s. 57.

²⁶ O niezachowanej konstytucji Teodozjusza Wielkiego wspomina C. Th. 3.10.1.

²⁷ C.Th. 3.12.3

²⁸ C.Th. 3.10.1.

²⁹ *Matrimonium inter se valide contrahere nequeunt qui cognatione legali ex adoptione orta, in linea recta aut in secundo gradu lineae collateralis, coniuncti sunt.*

Dawna doktryna kanonistyczna nieco inaczej ujmowała kognację. W *De impedimentis matrimonii: accedit collectio declarationum ac decretorum Benedicti XIV, Pii VI, aliorum summorum pontificum circa eandem materiam* (Mechliniae 1829) w rozdziale VI zatytułowanym *De cognatione* czytamy: „kognacja, która uniemożliwia zawarcie małżeństwa, jest potrójna: cielesna, czyli naturalna, która nazywana jest pokrewieństwem, duchowa i legalna”.

W *Corpus iuris canonici* z 1917 r. termin *cognatio* występuje w kanonach: 762 § 2, 763 § 2, 768, 797, 1042 § 2, 1059, 1079, 1080, 1990, najczęściej wtedy, gdy mowa jest o pokrewieństwie duchowym (*cognatio spiritualis*) wynikającym z chrztu (kan. 768) czy bierzmowania (797). W myśl kan. 1079 KPK z 1917 r. przeszkodą do zawarcia małżeństwa byłoby to wywodzące się z chrztu św., a dokładniej między osobą ochrzczoneą a tą, która jej chrztu udzieliła, była chrzestnym czy chrzestną, ale nie to z bierzmowania. Natomiast kan. 1080 KPK z 1917 r. traktuje o pokrewieństwie prawnym (*cognatio legalis*) powstałym z adopcji. Przeszkoda ta obowiązywała w kościele w tych krajach, w których była przewidziana przez poszczególne prawo państwowe. Innymi słowy, to przykład kanonizacji ustawodawstwa świeckiego. W myśl kan. 1990 KPK z 1917 r. pokrewieństwo duchowe było jedną z przyczyn skróconego procesu w rozstrzygnięciu spraw małżeńskich.

Przeszkoda pokrewieństwa (w całej linii prostej oraz do czwartego stopnia w linii bocznej) to jedna z wielu przeszkód zrywających przewidzianych przez KPK z 1983 r. obok braku wymaganego wieku, impotencji, węzła małżeńskiego, różności religii, święceń, wieczystego ślubu czystości złożonego w instytucie zakonnym, uprowadzenia kobiety, występku, powinowactwa, przyzwoitości publicznej czy pokrewieństwa prawnego³⁰. Poszczególne przeszkody zrywające regulowane są kan. 1083–1094 KPK z 1983 r. W przeciwieństwie do przeszkód czasowych jest to przeszkoda o charakterze trwałym, gdyż z reguły nie ustaje³¹. W katalogu przeszkód małżeńskich związanych z godnością osoby³², więzami religijnymi, więzami etyczno-prawnymi i niezdolnością z tytułu impotencji, przeszkoda pokrewieństwa została zaliczona do tych związanych z więzami etyczno-prawnymi obok przeszkód węzła małżeńskiego, powinowactwa, przyzwoitości publicznej i pokrewieństwa prawnego³³.

Kanon 1091 KPK z 1983 r. stanowi: „§ 1. W linii prostej pokrewieństwa nieważne jest małżeństwo między wszystkimi wstępnymi i zstępnyimi, zarówno prawego pochodzenia, jak i naturalnymi. § 2. W linii bocznej nieważne jest aż do czwartego

³⁰ Na temat pokrewieństwa prawnego zob. szerzej S. Cierkowski, *L'impedimento di parentela legale. Analisi storico-giuridica del diritto canonico e del diritto statale polacco*, Roma 2006.

³¹ Szerzej zob. W. Góralski, *Kanoniczne przeszkody małżeńskie in genere*, „Prawo Kanoniczne” 55(3)/2012, s. 9–11.

³² Henryk Stawniak uważa, że lepiej byłoby mówić o przeszkodach chroniących godność osoby – idem, *Przeszkody małżeńskie wynikające z węzła etyczno-prawnego*, „Prawo Kanoniczne” 55(3)/2012, s. 19.

³³ K.E. Boccafola, *Gli impedimenti relativi ai vincoli etico-giuridici tra le persone: affinitas, consanguinitas, publica honestas, cognatio legalis*, [w:] *Gli impedimenti al matrimonio canonico*, Città del Vaticano 1989, s. 203.

stopnia włącznie. § 3. Przeszkoda pokrewieństwa nie zwielokrotnia się. § 4. Nigdy nie zezwala się na małżeństwo, jeśli istnieje wątpliwość, czy strony są spokrewnione w jakimś stopniu linii prostej lub w drugim stopniu linii bocznej”. Natomiast zgodnie z kan. 1078 § 3 KPK z 1983 r. „nie udziela się nigdy dyspensy od przeszkody pokrewieństwa w linii prostej oraz w drugim stopniu linii bocznej”. Niewątpliwie taki zakaz w przypadku wątpliwości prawnej ma charakter prewencyjny, skoro nie jest jednoznaczny charakter przeszkody pokrewieństwa poza pierwszym stopniem w linii prostej czy w drugim stopniu linii bocznej. Zakaz w przypadku wątpliwości faktycznej, o której wspomina kan. 1091 § 4 odnosi się do związków tak ochrzczonych, jak i nieochrzczonych³⁴.

Kanoniści na ogół są zgodni, że przeszkoda pokrewieństwa pierwszego stopnia linii prostej pochodzi z prawa naturalnego. Na poparcie swojej tezy przytaczają choćby wypowiedź św. Ambrożego, który w liście *ad Paternum* z około 393 r., odwołując się do zamyślenia ożenku swojego syna z córką swojej córki, skonał, że małżeństwo córki z ojcem nie jest dozwolone ze względu na prawo natury wpisane w serca wszystkich ludzi (*interdictum est lege, quae est in cordibus singulorum*)³⁵. Uważał, że małżeństwo zawarte między osobami zbyt spokrewnionymi byłoby niekorzystne, niebudujące, przeciwne porządkowi i instynktowi pobożności. Brakuje jednak jednomyślności w stosunku do pochodzenia pozostałych stopni pokrewieństwa w linii prostej czy w drugim stopniu linii bocznej. Co więcej, sama Stolica Apostolska dwukrotnie usankcjonowała małżeństwa zawarte pomiędzy przyrodnim rodzeństwem. Pierwszy raz 13 grudnia 1916 r. udzieliła dyspensy dla rodzeństwa pochodzącego z różnych ojców, które nawróciło się do Kościoła katolickiego. W sytuacji, gdy mężczyzna znajdował się w stanie bliskim śmierci, stwierdzono, że nie należy stron niepokoić. Drugi raz 21 stycznia 1977 r. papież Paweł VI udzielił dyspensy do zawarcia związku małżeńskiego dla rodzeństwa będącego także z innych ojców i wzrastającego oddzielnie. Małżeństwo miało służyć legitymizacji potomstwa już zrodzonego. Tym razem w reskrypcie powołano się na racje duszpasterskie³⁶. Kanoniści opowiadający się za tym, że przeszkoda pokrewieństwa drugiego stopnia linii bocznej nie pochodzi z prawa naturalnego, powoływali się na Księgę Rodzaju 20,12, w świetle której Sara była przyrodnią (z innej matki) siostrą Abrahama. Zdaniem niektórych przeszkoda ta pochodzi z prawa naturalnego, ale drugorzędnego³⁷.

W KPK z 1917 r. przeszkoda pokrewieństwa do zawarcia małżeństwa była regulowana treścią kan. 1076:

³⁴ G. Dzierżon, *Pochodzenie przeszkody pokrewieństwa w linii prostej i w drugim stopniu linii bocznej*, „Prawo Kanoniczne” 55(3)/2012, s. 45.

³⁵ Sancti Ambrosii, Mediolanensis episcopi, *Opera omnia, juxta editionem monachorum S. Benedicti*, t. IV, Parisiis 1836, s. 370.

³⁶ Szerzej zob. G. Dzierżon, op. cit., s. 35–52.

³⁷ Por. F. Cappello, *Tractatus canonico-moralis de Sacramentis*, vol. 5: *De matrimonio*, Romae 1961, s. 616. Na temat prawa naturalnego drugorzędnego zob. M. Kołaciński, *Dio fonte del diritto naturale: linee di dibattito tra teologia morale e filosofia del diritto*, Roma 1997, s. 65, przypis 204.

§1. *In linea recta consanguinitatis matrimonium irritum est inter omnes ascendentes et descendentes tum legitimos tum naturales.* §2. *In linea collateralis irritum est usque ad tertium gradum inclusive, ita tamen ut matrimonii impedimentum toties tantum multiplicetur quoties communis stipes multiplicatur.* §3. *Nunquam matrimonium permittatur, si quod subsit dubium num partes sint consanguineae in aliquo gradu lineae rectae aut in primo gradu lineae collateralis.*

Zatem niedozwolone było małżeństwo między krewnymi w linii prostej między wszystkimi ascendentami – wstępnymi czy descendantami – zstępnymi niezależnie od tego, czy byli pochodzenia prawego, czyli ślubnego, czy nieprawego, czyli nieślubnego. Natomiast w linii bocznej niedozwolone było małżeństwo aż do trzeciego stopnia włącznie. Przy czym trzeba zaznaczyć, że KPK z 1917 r., licząc stopnie pokrewieństwa, bazował na komputacji germańskiej, według której brat i siostra byli krewnymi pierwszego stopnia pokrewieństwa w linii bocznej, kuzynostwo drugiego stopnia, dzieci kuzynostwa trzeciego stopnia³⁸. W myśl kan. 1076 § 3 KPK z 1917 r. nie można było zezwolić na małżeństwo, ilekroć byłoby podejrzenie o pokrewieństwo w jakimkolwiek stopniu linii prostej czy pierwszym linii bocznej. Komputacja germańska stopni pokrewieństwa w linii bocznej była wprowadzana stopniowo najprawdopodobniej od VIII wieku³⁹, najpierw na terenach Francji, Anglii i Niemiec. W Italii Piotr Damiani w połowie XI wieku miał przysłuchiwać się w Rawennie dyskusji uczonych o stopniach pokrewieństwa i sam stał się autorem dzieła *De parentelae gradibus* (PL 145, kol. 191-208). Jego inspiracje zostały włączone do Dekretu Gracjana, przyjmując kształt dekretu papieża Aleksandra II (C. 35, q. 5, c. 2)⁴⁰. Natomiast przyjęcie komputacji rzymskiej w KPK z 1983 r. było argumentowane tym, że taki sposób obowiązywał w kościołach wschodnich i w ustawodawstwie polskim⁴¹.

Kościół, pomny słów św. Pawła (1 Kor 5,1), konsekwentnie przez wieki nie przyzwalał na związki małżeńskie osób nazbyt blisko spokrewnionych, o czym świadczą pisma wielu świętych. Synody we Francji czy Hiszpanii owocowały licznymi normami w analizowanej materii. Surową pokutą miało skutkować małżeństwo z *consobrina* w świetle kan. 54 synodu trullańskiego z 692 r. (Mansi 11, kol. 967)⁴². Także synod rzymski z 721 r. przewidywał anatemę w przypadku małżeństw zawartych z różnymi osobami pokrewnymi, jak np. *neptis*, *noverca*, *fratris*

³⁸ F. Bączkiewicz, *Prawo kanoniczne. Podręcznik dla duchowieństwa*, t. 2, Opole 1958, s. 239; José M. Fernández Castaño, *Legislación matrimonial de la Iglesia*, Salamanca 1994, s. 249–253.

³⁹ F. Lempa, op. cit., s. 215. Por. Dekret papieża Zachariasza z 742 r. w Mansi, t. XII, kol. 356.

⁴⁰ Por. F. Walter, *Manuale del diritto ecclesiastico, di tutte le confessioni cristiane*, Pisa 1848, s. 207; P. Legendre, *Espaces canoniques du christianisme occidentale*, „École pratique des hautes études, Section des sciences religieuses. Annuaire” 93/1984-1985, s. 457.

⁴¹ W. Góralski, *Tytuł VII. Małżeństwo (kan. 1055–1165)*, [w:] P. Hemperek, W. Góralski, F. Przytuła, J. Bakalarz, *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 r.*, t. 3: *Księga III. Nauczycielskie zadanie Kościoła. Księga IV. Uświęcające zadanie Kościoła*, Lublin 1986, s. 251.

⁴² Szerzej zob. H. Insadowski, op. cit., s. 187–188.

uxor czy *consobrina* (Mansi, 12, kol. 263). Papież Innocenty III na soborze laterańskim IV w 1215 r. (konst. L) ograniczył przeszkodę pokrewieństwa w linii bocznej do czwartego stopnia, mimo że wcześniej była ona rozciągana nawet do siódmego stopnia włącznie⁴³.

Współczesna kanonistyka staje przed nowymi wyzwaniem z związanymi z rozwojem metod sztucznego zapłodnienia. W hipotetycznej sytuacji zawarcia związku małżeńskiego surogatki, której metodą *in vitro* wszczepiono komórkę jajową obcej kobiety i mężczyzny, z mężczyzną, którego urodziła, nie zachodziłaby przeszkoda pokrewieństwa. W odniesieniu do takiej sytuacji Urbano Navarrete postulował dodanie ograniczenia opartego na prawie kościelnym⁴⁴. Dywagacje nad kwestią sztucznego zapłodnienia a przeszkodą pokrewieństwa każą Ginterowi Dzierżonowi sądzić, że treść kanonu 108 § 2 KPK z 1983 r.: „w linii prostej tyle jest stopni, ile zrodzeń, czyli osób, nie licząc przodka” brzmiałby lepiej, gdyby termin „zrodzenie” został zastąpiony terminem „pokolenie”⁴⁵.

***Ratio legis* przeszkody pokrewieństwa do zawarcia małżeństwa – casus kazirodztwa**

Szukając przyczyn zakazów związków małżeńskich między osobami spokrewnionymi, należy przede wszystkim pokreślić racje etyczne, społeczne czy eugeniczne. Uczni podkreślali, że przyzwolenie na pożycie cielesne osób blisko spokrewnionych mogłoby oddziaływać dekonstrukcyjnie na codzienne relacje rodzinne, zwłaszcza te o charakterze seksualnym. Wśród czynników wynikających z węzła etyczno-prawnego Henryk Stawniak dostrzega „potrzebę kreowania więzów przyjaźni i miłości poza grupami blisko rodzinnymi, czyli zbliżania ludzi do siebie”⁴⁶. Uważa, że rozszerzając przeszkodę pokrewieństwa, Kościół chciał „zmuszać mieszkańców do szukania żon poza murami miast i tym samym przyczyniać się do pokoju między ludźmi”⁴⁷. Zakazy małżeństw osób blisko spokrewnionych miały służyć także zwalczaniu kazirodztwa.

Kazirodztwo jako jedna z form zaburzeń seksualnych zaliczane jest do patologii społecznych. Na gruncie psychologii bywa tłumaczone wadliwą osobowością, niepełnym rozwojem emocjonalnym, męskim seksualizmem, niewłaściwą socjalizacją chłopców, agresywną formą zaspokajania potrzeb seksualnych czy zaburzonym sys-

⁴³ N.P. Tanner (red.), *Decrees of the Ecumenical Councils, Vol. One, Nicaea I to Lateran V*, Georgetown University Press 1990, s. 257: *Prohibitio quoque copulae coniugalis quartum consanguinitatis et affinitatis gradum de cetero non excedat quoniam in ulterioribus gradibus iam non potest absque gravi dispendio huius modi prohibitio generaliter observari.*

⁴⁴ U. Navarrete, *Novae methodi technicae procreationis humanae et ius canonicum matrimoniale*, „Periodica” 77/1988, s. 93.

⁴⁵ G. Dzierżon, op. cit., s. 51.

⁴⁶ H. Stawniak, op. cit., s. 22.

⁴⁷ Ibidem, s. 27.

temem rodzinnym. Dzisiaj w odczuciu społecznym szeregowane jest obok takich zachowań jak gwałty czy porwanie kobiet⁴⁸. Ci, którzy badają tę kwestię, podkreślają konieczność podejścia interdyscyplinarnego⁴⁹. Łacińskie słowo *incestum* w szerszym znaczeniu odnoszono do wszelkich zachowań niezgodnych z dobrymi obyczajami, w węższym – do relacji seksualnej między bliskimi krewnymi czy powinowatymi, tudzież do stosunku cielesnego westalki⁵⁰. Polski termin „kazirodztwo” wywodzi się od staropolskiego „kazić”, czyli niszczyć, szkodzić czy psuć⁵¹.

Związki kazirodcze były zwykle napiętnowane i surowo penalizowane. Skutkowały ostracyzmem społecznym. W Kodeksie Hammurabiego czytamy: „Jeśli obywatel z córką swą miał stosunek, człowieka tego z miasta wypędzi się” (§ 154); „Jeśli obywatel po (śmierci) ojca swego na łonie matki swej prześpi się, oboje oni zostaną spaleni” (§ 157). U Hetytów, którzy opowiadali się za monogamicznością małżeństwa, stosunki kazirodcze były także zabronione. Dowiadujemy się o tym np. z traktatu zawartego w XIV wieku p.n.e. pomiędzy królem hetyckim Suppiluliumą I a księciem Hukkaną z Hajasy. Czytamy w nim: „Ale w kraju Hetytów jest istotny zwyczaj: brat nie może pojąć swej siostry ani kuzynki, to jest zabronione. Kto zaś to czyni, taką rzecz, ten w Hattusa nie ujdzie z życiem, umrze. Wasz kraj jest barbarzyński, toteż można tam mieć stosunek z własnym bratem, siostrą czy kuzynką, ale w Hattusa to nie przystoi”⁵².

Tylko w nielicznych kulturach antycznych sporadycznie akceptowano zachowania kazirodcze, np. w Egipcie, Persji, Fenicji, u Inków czy na Tajwanie. Przykładem małżeństwa dynastycznego zawartego między rodzeństwem jest związek królowej Sydonu Immi – Aszartę z jej bratem Tabnitem I z V wieku p.n.e.⁵³ Także związki dzieci faraonów bywały uświęcane i miały służyć zachowaniu czystości krwi, jak małżeństwo Kleopatry z jej bratem Ptolomeuszem XIII. Temat kazirodztwa inspirował wielu muzyków, pisarzy czy twórców filmów. W utworze z 1951 r. pt. *Wybraniec* Tomasz Mann opisał losy średniowiecznego bohatera, zrodzonego ze związku rodzeństwa, który ożenił się później z własną matką, a po odbyciu pokuty został papieżem. Gregorius eremita czy peccator w średniowieczu był utożsamiany z Grzegorzem Wielkim (VI/VII w.).

Różnie starano się wytłumaczyć tabu kazirodztwa. Zakaz taki wynikał z natury (Westermarck), biologii (Bishop), eugeniki (Imieliński) czy z przyczyn społecznych (Freud, Levi-Straus). Zapewne każda z tych teorii może być w jakiejś mierze przekonująca. Fiński socjolog Edvard Westermarck już w 1891 r. uważał, że u osób

⁴⁸ I. Pospiszyl, *Patologie społeczne*, Warszawa 2008, s. 259.

⁴⁹ J. Gromska, J. Masłowski, I. Smoktunowicz, *Badanie przyczyn kazirodztwa na podstawie analizy opinii sądowych*, „Psychiatria w Praktyce Ogólnolekarskiej” 4(2)/2002, s. 271.

⁵⁰ J. Misztal-Konecka, op. cit., s. 6–7.

⁵¹ J. Strojnowski, s.v. *Kazirodztwo*, [w:] *Encyklopedia Katolicka*, t. 8, Lublin 2000, kol. 1297.

⁵² Cyt. za M. Popko, *Azja Mniejsza*, [w:] K. Szarzyńska, K. Łyczkowska, E. Lipiński, M. Popko, *Miłość i seks w kulturach Wschodu starożytnego*, Warszawa 1996, s. 132–133.

⁵³ E. Lipiński, *Semici zachodni*, [w:] ibidem, s. 105.

dorastających razem ma miejsce zahamowanie czy lęk przed podjęciem pożycia cielesnego. Shepher w książce *Incest a biosocial view* (1984) przedstawił swoje obserwacje zachowań stada małp. W stadzie o niezmiennym składzie przez okres jednego pokolenia miało prawie nie dochodzić do relacji kazirodzych. Inaczej rzecz się miała, gdy stado trwało w niezmiennym składzie przez kolejne pokolenia. U wiewiórek środkowoeuropejskich matka po wykarmieniu potomstwa ma je przeganiać.

Zwolennicy teorii eugenicznych podkreślali degenerację gatunku w przypadku potomstwa ze związków kazirodzych. Zdaniem zwolenników społecznych przyczyn zakazu kazirodztwa tabu takie jest czynnikiem socjalizacji społeczeństwa. Tym samym ludzie zmuszeni są opuszczać swoje domowe środowiska, by wchodzić w relacje z innymi, a przy okazji nabywają zdolności kooperacyjne. Zygmunt Freud wprowadził do psychoanalizy pojęcie kompleksu Edypa, będącego archetypem fallicznej fazy rozwoju psychoseksualnego dziecka pragnącego pozbyć się rodzica tej samej płci pojmowanego jako rywala w kontakcie z rodzicem płci przeciwnej. Nancy Thornhill uważa, że zakaz kazirodztwa wymyślony został przez władczych mężczyzn, aby uniemożliwić nadmierną kumulację majątku przez ich konkurentów poprzez małżeństwa zawierane z kuzynkami⁵⁴.

Czasami w hodowli zwierząt gospodarskich i domowych stosuje się kojarzenie krewniacze – tzw. chów wsobny (*inincrocio*, *inbreeding*) – celem utrwalenia wybitnych cech osobnika. Jednak w praktyce taki chów potrafi wyrzucić skutki negatywne. Angielski genetyk John F. Lasleya pisał: „Dopóki nie zna się genetycznej wartości własnego materiału hodowlanego, należy stosować inbred z wielką ostrożnością”. Współczesna genetyka krzewi przekonanie, że u potomstwa ze związku kazirodczego może nastąpić wzmocnienie zarówno cech negatywnych, jak i pozytywnych. Wynik zależy od konkretnego układu genetycznego⁵⁵.

W kodeksie karnym z 1932 r. kwestia kazirodztwa była regulowana w przepisie art. 206: „Kto spółkuje z krewnym w linii prostej, bratem lub siostrą, podlega karze więzienia do lat 5”, umieszczonym z XXXII rozdziale pt. „Nierząd”. W komentarzu Juliusza Makarewicza czytamy, że *ratio legis* takiego unormowania była „ochrona gatunku przed endogamią prowadzącą do zwyrodnienia rasy”. Natomiast w kodeksie karnym z 1969 r. w art. 175, umieszczonym w rozdziale XXIII pt. „Przestępstwa przeciwko obyczajności”, czytamy „Kto dopuszcza się obcowania płciowego z krewnym w linii prostej, bratem lub siostrą albo osobą pozostającą w stosunku przysposobienia, podlega karze pozbawiania wolności od 6 miesięcy do lat 5”. Tym samym racji karalności stosunków kazirodzych bardziej dopatrywano się w oby-

⁵⁴ M. Ridley, *Czerwona królowa. Płeć a ewolucja natury ludzkiej*, Poznań 2001, s. 304.

⁵⁵ E. Nowicka, *Świat człowieka – świat kultury. Systematyczny wykład problemów antropologii kulturowej*, Warszawa 1991, s. 355; E. Raczek, *Kazirodztwo – ujęcie sądowo-genetyczne*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” LXII/2012, s. 57: „współczesna genetyka nie potwierdza prawdziwości teorii obciążających wadami genetycznymi dzieci kazirodcze w stopniu większym niż te ze stosunków osób niespokrewnionych...”.

czajności. Art. 201 k.k. z 1997 r. (rozdz. XXVI „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”) stanowi: „Kto dopuszcza się obcowania płciowego w stosunku do wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”.

Przedmiotowy zakaz coraz częściej bywa kwestionowany (np. Warylewski czy Banasik⁵⁶). Magdalena Budyn-Kulik traktuje treść art. 201 k.k. z 1997 r. jako przejaw nadmiernego paternalizmu państwa. Dochodzi do wniosku, że dzisiaj trudno ustalić jednoznacznie racjonalne *ratio legis* tego artykułu, przy czym przywołuje tradycję, eugenikę i ochronę prawidłowych relacji rodzinnych. Podkreśla, że inaczej rzecz się ma w przypadku małoletnich, a inaczej dorosłych blisko spokrewnionych, którzy podejmują pożycie dobrowolnie, nie otwierając się na poczęcie dziecka, a tym samym nie narażając się na konsekwencje eugeniczne czy w relacji przysposobiony – przysposabiający. Autorka ta nie opowiada się za całkowitym zniesieniem art. 201 k.k. Obawia się, że całkowita dekryminalizacja tego przestępstwa byłaby nazbyt ryzykowna, gdyż mogłaby zostać odczytana jako przyzwolenie na kazirodztwo. W ramach *de lege ferenda* proponuje, by kodeks karny nie tyle zabraniał obcowania płciowego z bliskimi krewnymi, ile propagowania czy afiszowania się z takim zachowaniem⁵⁷.

Kwestia kazirodztwa rodzi dzisiaj nowe wyzwania etyczne, prawne, społeczne czy religijne. W listopadzie 2010 r. w Meksyku 50-letnia matka w charakterze surogatki i przy pomocy zapłodnienia *in vitro* urodziła dziecko swojemu synowi homoseksualiście⁵⁸. Jacek J. Pawłowicz określił ten fakt „zakamuflowanym” kazirodztwem, albowiem choć nie doszło do pożycia cielesnego między matką a synem, to jednak zrodzone dziecko, nie wiedząc nawet, kto był dawczynią komórki jajowej, jest pod pewnym względem ich wspólnym owocem⁵⁹. Propagowanie metody *in vitro*, w sytuacji gdy dawca nasienia jest anonimowy, może w danej sytuacji skutkować związkami osób poczętych z jednego ojca.

Zakończenie

Kwestia wpływu kognacji na prawo małżeńskie rzymskie i kanoniczne jest ciekawym przedmiotem analizy naukowej. Okazuje się, że sam termin *cognatio* nie jest jednoznaczny i w ścisłym znaczeniu bardziej pojmowany jest dzisiaj jako pokrewieństwo naturalne. W obszarze prawa rzymskiego jest przeciwstawiany agnacji,

⁵⁶ K. Banasik, *W kwestii penalizacji kazirodztwa*, „Prokuratura i Prawo” 4/2011, s. 65–72.

⁵⁷ M. Budyn-Kulik, *Prawnokarna problematyka kazirodztwa w ujęciu paternalistycznym*, „Woj-skowy Przegląd Prawniczy” 85(1–2)/2012, s. 59–71.

⁵⁸ Zob. [online] <<http://wiadomosci.onet.pl/swiat/urodzila-dziecko-swojemu-31-letniemu-synowi/dl50p>> (dostęp: 17.05.2014)

⁵⁹ J.J. Pawłowicz, *Zakamuflowane kazirodztwo w metodzie in vitro*, „Sprawy Rodzinne” 93.1/2011, s. 85–88.

choć w historii nie zawsze tak było. Obecny KPK z 1983 r. unika tego terminu, posilując się słowem *consanguinitas*. Tymczasem kodeks wcześniejszy ewidentnie pod terminem kognacji rozumiało to, co dla Rzymian było kognacją i agnacją. Można pokusić się o twierdzenie, że obecne rozwiązanie terminologiczne w KPK jest lepsze od tego z 1917 r.

Prawo rzymskie oraz prawo kanoniczne nie pozwalały na zawieranie związków między krewnymi w linii prostej i krewnymi drugiego stopnia w linii bocznej. Co do dalszych stopni pokrewieństwa w linii bocznej doktryna podlegała ewolucji. Starożytni Rzymianie i chrześcijanie na przestrzeni dziejów odrzucali to, co uważali za kazirodcze i niegodziwe. I chociaż dzisiaj spotykamy się z próbami depenalizacji kazirodztwa, to jednak praktyka wskazuje, że racje eugeniczne odczytywane na przestrzeni dziejów przez różne społeczności nie są obojętne. Eugeniczne skutki kazirodztwa stanowią nie lada wyzwanie dla małej wspólnoty religijnej samarytan, liczącej aktualnie w Izraelu około 700 czy 800 osób. Ta grupa etniczna posługuje się w mowie codziennej językiem arabskim, a w czynnościach liturgicznych antycznym hebrajskim. Członkowie tejże wspólnoty religijnej mogą się żenić tylko między sobą. Taki wymóg jest praktykowany od wieków. Okazuje się, że procent osób z obciążeniami genetycznymi w tej społeczności jest bardzo wysoki. W ostatnich latach w Tel-Awivie jedna z agencji wyspecjalizowała się w wyszukiwaniu dla samarytan kandydatek na żony z Ukrainy. Zainteresowanego kosztuje to 25–28 tys. dolarów⁶⁰.

Czy przeszkoda pokrewieństwa do zawarcia związku małżeńskiego stanowi dzisiaj praktyczny problem we wspólnocie katolików? Na ogół wierni Kościoła rzymskokatolickiego unikają zawierania związków małżeńskich, gdy są nazbyt blisko spokrewnieni. W diecezji opolskiej ksiądz odpowiedzialny za przyjmowanie próśb o różne dyspensy poinformował mnie, że w przeciągu 16 lat jego pracy w Kurii Diecezjalnej tylko raz jeden wpłynęła taka prośba i to od osób spokrewnionych w czwartym stopniu linii bocznej.

Gdy rzymskie *ius conubii* często odzwierciedlało elitarystyczne struktury społeczne, to niniejszy artykuł uzmysławia nam, że występujące w starożytności zakazy małżeństw osób blisko spokrewnionych i te obecne w prawie kanonicznym miały i mają wydźwięk egalitarystyczny. Przecież kondycja zdrowotna potomstwa nie jest kwestią obojętną ani dla rodziców, ani dla społeczeństwa.

⁶⁰ Zob. [online] <www.lemonde.fr/idees/article/2013/04/27/blondes-ukrainiennes-pour-bons-samaritains_3167479_3232.html> (dostęp: 17.05.2014); J.D. Macchi, *Les Samaritains: Histoire d'une légende. Israël et la province de Samarie*, Genève 1994; M. Schreiber-Humer, *Dissertation "The Comfort of Kin: Samaritan community, kinship, and marriage"*, Vien 2009 cf. [online] <http://othes.univie.ac.at/3377/1/2009-01-05_8403135.pdf> (dostęp: 17.06.2014).

Summary

An influence of cognation on ius conubii in the Roman and canon law

Key words: cognation, natural kinship, Roman law, canon law, incest.

Kinship affects the relations of family, guardianship, inheritance or process law. It plays a significant role in marital relations. Because of the morality, ethic, religion, society or eugenics it may be an obstacle to contract marriage. In this article the author examines the impact of natural kinship (cognatio) on *ius conubii* in Roman and canon law. Both these legal systems, from immemorial times, learned from each other a lot. *Code of Canon Law* in the calculation of the degree of kinship in 1983, returned to the Roman computation, despite the fact that over the centuries, except for the Eastern churches, it was using the Germanic computation. The article consists of three parts: cognation in the Roman marriage law (1), cognation in the canon marriage law (2), *ratio legis* of the obstacles of the relationship to contract marriage – *casus* of incest (3).

Roman and canon law did not allow to enter into relationships between relatives in a straight line and second-degree relatives in the collateral line. Further degrees of consanguinity in the collateral line doctrine was subject to changes. The ancient Romans and Christians throughout history have rejected what they considered incestuous and wicked. And although today we see attempts to decriminalize incest, the practice shows, however, that eugenic rights that have been read over the centuries by various communities are not indifferent.

In the ancient Rome, *ius conubii* for centuries could have been seen as a tool for preservation of social discrimination. However, this article reminds us that bans for marriages of people closely related that occurred in the ancient Rome, as well as these present in the canon law, had to and still have to serve evenly everybody. Nevertheless, the health condition of offspring is not just a matter of indifference for parents or for society.

Bronisław Sitek

Wyższa Szkoła Gospodarki Euroregionalnej
im. Alcide de Gasperi w Józefowie

In dubio magis contra fiscum est respondendum (D. 49.14.10)

Wprowadzenie

Współczesny system prawa podatkowego jest owocem ewolucji, początki której sięgają czasów antycznych, zwłaszcza prawa rzymskiego¹. Już wówczas wprowadzono system poboru ceł (*portorium*)², roczny czynsz pobierany za korzystanie z *ager publicus* (*vectigal*), podatek gruntowy (*tributum soli*), podatki od transakcji sprzedaży³ czy podatek od spadku⁴.

Zdefiniowanie i dookreślenie form podatkowych od najdawniejszych czasów wzbudzało wiele kontrowersji, dlatego też prawnicy rzymscy wypracowali instrumenty instytucjonalne i rozwiązania prawne umożliwiające procesowanie się obywatela z organami fiskalnymi w przypadkach wątpliwości co do istnienia obowiązku podatkowego, wysokości należności, a w końcu co do sposobu samego rozwiązania sporu.

Na kanwie licznych sporów z fiskusem oraz rozstrzygnięć sądowych późnoklasyfikacyjny prawnik Modestynus sformułował zasadę, według której wszelkie wątpliwości, których nie można było jednoznacznie rozstrzygnąć na korzyść którejkolwiek ze stron, tj. fiskusa lub zobowiązanego, należało rozstrzygać na korzyść tego drugiego – *in dubio magis contra fiscum est respondendum* (D. 49.14.10). Zasada ta jest

¹ Więcej o rzymskim systemie podatkowym zob. P. Krajewski, [w:] B. Sitek, P. Krajewski, *Rzymskie prawo publiczne*, Olsztyn 2003, s. 112–113.

² Zob. A. Pikulska-Radomska, *Portorium w Italii epoki republikańskiej*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 3063, seria Prawo CCCV, Wrocław 2008, s. 263–269.

³ Zob. A. Pikulska-Radomska, *Centesima rerum venalium i quinta et vicesima venalium mancipiorum: podatki od transakcji sprzedaży*, [w:] M. Mikołajczyk i in. (red.), *O prawie i jego dziejach księgi dwie: Studia ofiarowane Profesorowi Adamowi Lityńskiemu w 45-lecie pracy naukowej i 70-lecie urodzin*, Białystok–Katowice 2010, s. 101–105.

⁴ Zob. M. Kuryłowicz, *Vicesima Hereditatum: Z historii podatku od spadków*, [w:] *W kręgu prawa podatkowego i finansów publicznych: Księga dedykowana Profesorowi Cezaremu Kosikowskiemu w 40-lecie pracy naukowej*, Lublin 2005, s. 217–223.

immanentnie wpisana w system prawa podatkowego i wzbudza zainteresowanie prawników od dość dawna⁵. Celem niniejszej pracy jest ukazanie początków rozstrzygnięcia sporów fiskalnych na korzyść podatnika.

Zasada *in dubio contra fiscum* w prawie i orzecznictwie polskim

Trybunał Konstytucyjny w jednym ze swoich orzeczeń stwierdził, że jedną z fundamentalnych zasad prawa podatkowego w państwie demokratycznym jest określenie ustawą przedmiotu opodatkowania. Z tego stwierdzenia wynika zakaz stosowania interpretacji rozszerzającej na niekorzyść dłużnika. Zakaz ten ma ogromne znaczenie w stosunkach między obywatelem a państwem, gdzie obywatel tylko wyjątkowo i w bardzo ograniczonym zakresie ma możliwość oddziaływania na treść stosunków prawnych. Stąd ważną kwestią jest nie tylko ochrona podatkowych interesów państwa, ale również bezpieczeństwo prawne i ekonomiczne podatnika.

W przypadku istniejących wątpliwości co do obowiązku podatkowego rozstrzygnięcie sporu między podatnikiem a organem państwowym może dokonać się w oparciu o zasadę *in dubio contra fiscum* czy też *in dubio pro tributario*⁶. Zasada ta jest emanacją analogicznej reguły stosowanej w prawie karnym, tj. domniemania niewinności – *in dubio pro reo*⁷.

Najśłynniejszym przypadkiem zastosowania zasady *in dubio contra fiscum* w polskim prawie podatkowym jest kasus Romana Kluski z 2002 r. W wyniku istniejącej sprzeczności w przepisach zwalniających z podatku VAT organ administracji skarbowej orzekł wystąpienie nieprawidłowości skarbowych po stronie zobowiązanego, kwalifikując ten czyn jako przestępstwo skarbowe⁸. W związku z czym R. Kluska został zatrzymany oraz nałożono na niego inne dotkliwe kary, w tym majątkowe. W listopadzie 2003 r. Naczelny Sąd Administracyjny w trybie odwoławczym uchylił wszystkie decyzje organów administracji skarbowej, wskazując na liczne nieprawidłowości i wątpliwości, które winny być rozstrzygnięte na korzyść płatnika. W wyniku niezastosowania w tym przypadku zasady *in dubio contra fiscum* Skarb Państwa poniósł szkody w postaci odszkodowania za niesłuszne zatrzymanie, a także straty na autorytecie, na co wskazują liczne w tamtym czasie krytyczne doniesienia prasowe.

Zasada *in dubio contra fiscum* jest konsekwencją zasady *in dubio pro libertate*, która również pochodzi z rzymskiego prawa klasycznego⁹. Wówczas w przypadkach

⁵ Zob. S. Strykio, *Sententia contra fiscum ferenda. Ad L. X ff. De Jure Fisci*, Halae, Magdeburgicae 1693, s. 28–30.

⁶ Zob. M. Kalinowski, *Granice legalności unikania opodatkowania w polskim systemie podatkowym*, Toruń 2001, s. 61.

⁷ Zob. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 32–33.

⁸ Więcej o tym przypadku zob. [online] <http://pl.wikipedia.org/wiki/Roman_Kluska> [dostęp: 23.05.2014].

⁹ Zob. A. Mariański, *Rozstrzygnięcie wątpliwości na korzyść podatnika: Zasada prawa podatkowego*, Warszawa 2011, s. 99 n.

spornych co do wolności człowieka rozstrzygano na rzecz wolności. Zatem w zderzeniu interesów czy prawa państwa z prawem jednostki pierwszeństwo mają te drugie.

O rzymskim pochodzeniu zasady *in dubio contra fiscum* jednoznacznie stwierdza się w orzecznictwie¹⁰ i piśmiennictwie dotyczącym podatków i innych danin publicznych, gdzie od dawna ugruntował się pogląd, że wszelkie wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść podatnika, a nie wierzyciela – zgodnie z zasadą *in dubio pro tributario, contra fiscum*, co stwierdził Herennius Modestinus w Digesta 49.14 i 10¹¹. Zasada *in dubio contra fiscum* nie została *expressis verbis* zdefiniowana w polskim prawie podatkowym. Jest jednak konsekwencją innych zasad prawa podatkowego w zbiegu z analizą zasad konstytucyjnych i ustawowych, w tym art. 2 Konstytucji RP, a więc zasadą demokratycznego państwa prawa, która urzeczywistnia zasadę sprawiedliwości społecznej¹², jak też art. 20–22 Konstytucji RP, tj. zasadą wolności gospodarczej i zasadą ochrony własności. Co istotne, zasada *in dubio contra fiscum* współcześnie realizuje ogólne zasady prawa podatkowego: prawdy obiektywnej, pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa oraz czynnego udziału stron w postępowaniu¹³.

Zdaniem Adama Mariańskiego, zasada ta jest również logiczną konsekwencją konstytucyjnej zasady określoności, z której wynika, że wszelkie ciężary publiczne winny być określone w sposób jasny i zrozumiały dla zobowiązanego. Nakłada to na organy państwa obowiązek definiowania przepisów prawa tak, aby jednoznacznie określały zobowiązania obywatela wobec państwa, zwłaszcza w zakresie podatków oraz były przewidywalne dla płatnika¹⁴.

W literaturze i orzecznictwie podkreśla się, że zasada *in dubio contra fiscum* nie może jednak być interpretowana czy wykorzystywana przez podatnika w celu uniknięcia ponoszenia ciężarów publicznoprawnych, zwłaszcza podatków. Nadużycie prawa polegające na unikaniu opodatkowania poprzez stosowanie zasady *in dubio contra fiscum* również nie było dopuszczalne w prawie rzymskim¹⁵. Wówczas mogłoby dojść do stosowania przez państwo zasady przeciwnej – *in dubio pro fisco*¹⁶.

Obowiązek ponoszenia ciężarów publicznych wynika z art. 84 Konstytucji RP¹⁷. Wątpliwość winna zatem wynikać z niedookreśloności przepisu prawnego czy stanu

¹⁰ Wyrok WSA III SA/Wa 1153/13, Legalis 809111; wyrok WSA w Lublinie I SA/Lu 446/13, Legalis 788102; Wyrok NSA I FSK 387/10, Legalis 352140.

¹¹ Zob. komentarz do art. 317 prawa upadłościowego i naprawczego autorstwa S. Gurgula [w:] Legalis 2013.

¹² Szerszy komentarz do art. 2 Konstytucji RP zob. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2012, s. 17–57.

¹³ Zob. A. Mariański, op. cit., s. 100.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Zob. A. Tarwacka, „*Incensus*”, czyli co groziło Rzymianom uchylającym się od płacenia podatków i służby w armii, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2010, z. 3, s. 173–185.

¹⁶ Zob. H.M. Lenz, *Privilegia fisci*, Centaurus, Pfaffenweiler 1994, s. 129 i n.

¹⁷ Zob. W. Nikiel, *Prawo do zapłaty podatku w wysokości wynikającej z przepisów prawa*, „Prawo i Podatki” 1/2008, s. 1.

faktycznego, który może być nową sytuacją w stosunku do istniejących uregulowań prawnych. Zdarza się też, iż nie można jednoznacznie określić podmiotu zobowiązanego w przypadku skomplikowanych przekształceń spółek kapitałowych.

Rzymski pierwowzór zasady *in dubio contra fiscum*

Znaczący wkład w rozwój prawa podatkowego, zwłaszcza w obszarze określenia granic ponoszenia ciężarów publicznych przez obywateli, wniosły rozwiązania prawne i instytucjonalne wypracowane w prawie rzymskim. Nowością w stosunku do innych koncepcji poboru podatków było wprowadzenie możliwości rozwiązywania sporów fiskalnych na drodze sądowej. Rzymianie odeszli od autorytarnego określania obowiązków podatkowych, jak również od rozstrzygania sporów między organami państwa a jednostką w sposób władczy. Przyjęli bowiem, że wielkość publicznej daniny, a nawet sam fakt istnienia obowiązku może rodzić wątpliwości tak po stronie samego fiskusa, jak zobowiązanego. Zobowiązany winien mieć możliwość dochodzenia swoich racji przed w miarę niezależnym organem państwowym.

W źródłach literackich i prawniczych pochodzących z czasów rzymskich znajdujemy liczne przykłady wskazujące na możliwość wdania się w spór z fiskusem. Jednym z nich jest poniższy tekst Ulpiana.

D. 43.8.2.4 (Ulp. 68 *ad ed.*): *Hoc interdictum ad ea loca, quae sunt in fisci patrimonio, non puto pertinere: in his enim neque facere quicquam neque prohibere privatus potest: res enim fiscales quasi propriae et privatae principis sunt. Igitur si quis in his aliquid faciat, nequaquam hoc interdictum locum habebit: sed si forte de his sit controversia, praefecti eorum iudices sunt.*

Przedmiotem tego fragmentu jest interdykt pretorski *ne quid in loco publico*. Był to instrument o charakterze prawnoadministracyjnym, przy pomocy którego można było domagać się od pretora, aby ten wydał zakaz prowadzenia prac lub wznoszenia jakichkolwiek konstrukcji na drodze publicznej. Według Ulpiana interdykt ten w żaden sposób nie odnosił się do dróg czy placów należących do fiskusa, gdyż miały one specjalny status. Nie oznacza to jednak, że pozycja obywatela była z góry przegrana w przypadku niemożności zastosowania interdyktu *ne quid in loco publico* w odniesieniu do dróg cesarskich. Niemożność zastosowania instrumentu administracyjnego nie zamykała drogi procesowej¹⁸.

Dla historii, a może też i dla współczesnej dogmatyki prawa podatkowego niezwykle ważne jest stwierdzenie, że gdyby jednak miał miejsce jakiś spór (*sit controversia*) dotyczący prawa do prowadzenia prac lub wznoszenia jakichś konstrukcji na drodze lub placu publicznym należącym do fiskusa w kontekście zastosowania interdyktu *ne quid in loco publico*, wówczas winien on być rozstrzygnięty

¹⁸ Zob. G. Melillo, "Interdicta" e "operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia", "Labeo" 12/1996, s. 178–203.

przez prefektów. Zakłada się zatem możliwość dochodzenia swoich racji przed sądem, nawet w przypadku, gdy spór miałby być toczony o dobra należące do fiskusa. Pozycja obywatela nie była zatem z góry przesądzona w kwestiach spornych z państwem – mógł on swoich praw dochodzić przed sądem. Takie rozwiązanie, umożliwiające wytoczenie powództwa przez zwykłego obywatela fiskusowi, uwiadcza się również w prawie podatkowym.

D. 49.14.10 (*Modest. l. singul. de praescriptionibus*): *Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit.*

Według Modestyna nie jest przestępstwem wniesienie powództwa przeciwko fiskusowi, wówczas gdy istnieje wątpliwość co do zobowiązania fiskalnego¹⁹. Tym samym dokumentuje się istnienie wykoncypowanej już w prawie rzymskim możliwości poddania pod ocenę sądu sporów między obywatelem a państwem, również w obszarze należności podatkowych. Fiskus w zderzeniu z podatnikiem w tym procesie stawał się równoprawnym podmiotem.

Reprezentant fiskusa w sprawach podatkowych

Możliwość prowadzenia sporów z fiskusem spowodowała, że cesarz musiał posiadać własnego reprezentanta procesowego, jakim był *advocatus fisci*.

D. 49.14.7 (Ulp. 54 *ad ed*): *Si fiscus alicui status controversiam faciat, fisci advocatus adesse debet. Quare si sine fisci advocato pronuntiatum sit, divus Marcus rescripsit nihil esse actum et ideo ex integro cognosci oportere.*

Według Ulpiana w sprawach spornych z fiskusem skarb państwa jest reprezentowany przez *advocatus fisci*. Brak udziału tego reprezentanta procesowego powodował nieważność samego postępowania. Zastosowanie procedury *restitutio in integrum* w tym przypadku oznaczało wszczęcie procesu z fiskusem na nowo (*ex novo*)²⁰.

D. 5.3.13.9 (Ulp. 15 *ad ed.*): *Item si quis a fisco hereditatem quasi vacantem emerit, aequissimum erit utilem actionem adversus eum dari.*

W kolejnym fragmencie autorstwa Ulpiana chodzi o możliwość wytoczenia skargi o wydanie spadku – *hereditas petitio*. Z tą skargą można było wystąpić również przeciwko fiskusowi, jeśli ten nabył go, a nie było spadkobierców. Gdyby później okazało się, że jednak spadkobiercy byli, oznaczałoby to, że nie mogło dojść do nabycia takiego spadku. W takim przypadku uzasadnione byłyby roszczenia spadkobierców o zwrot niesłusznie zajętego przez fiskus majątku.

¹⁹ Szerszy komentarz do tekstu Modestyna zob. S. Pugliatti, *Il "De iure fisci" di Calistrato e il processo fiscale in età severiana*, Milano 1992, s. 116.

²⁰ L. Raggi, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano 1965, s. 339; S. Pugliatti, *op. cit.*, s. 340.

Stosowanie zasady *in dubio contra fiscum* według Pliniusza

Pliniusz Młodszy (61–113) był jednym z bardziej gorliwych piewców imperium rzymskiego, bardzo oddanym panującemu wówczas cesarzowi Trajanowi (89–117), na część którego napisał panegiryk. Wśród pochwał mądrych i dobrych czynów cesarza rzymskiego znajdują się fragmenty odnoszące się do polityki fiskalnej. Najważniejszym z nich jest fragment 36.

Plin. Panegr. Ad Trajan 36: *At fortasse non eadem severitate fiscum, qua aerarium, cohibes. Immo tanto maiore, quanto plus tibi licere de tuo, quam de publico credis. Dicitur actori, atque etiam procuratori tuo: In ius veni: sequere ad tribunal. Nam tribunal quoque excogitatum principatui est, par ceteris, nisi illud litigatoris amplitudine metiaris. Sors et urna fisco iudicem assignat: licet reicere, licet exclamare: Hunc nolo, timidus est, et bona seculi parum intelligit: illum nolo, quia Caesarem fortiter amat. Eodem foro utuntur principatus et libertas. Quae praecipua tua gloria est, saepius vincitur fiscus; cuius mala caussa nunquam est, nisi sub bono principe. Ingens hoc meritum: maius illud, quod eos procuratores habes, ut plerumque cives tui non alios iudices malint. Liberum est autem disceptanti dicere: Nolo eum eligere. Neque enim ullam necessitatem muneribus tuis addis, ut qui scias, hanc esse beneficiorum principatum summam, si illis et non uti licet.*

W tekście tym znajdujemy szereg istotnych informacji dla zobrazowania procesu kształtowania się równouprawnienia obywatela i fiskusa czy też dzisiejszego skarbu państwa. W pierwszym zdaniu jest mowa o równym traktowaniu funkcjonujących jeszcze w początkach II wieku dwóch skarbcach, tj. *aerarium* (zarządzanego przez senat rzymski) i *fiscus* (prywatnego skarbcza cesarza). W dalszej części tekstu wynika, że Trajan nawet surowiej traktuje swój majątek aniżeli publiczny. Kluczowym stwierdzeniem w tym fragmencie jest zdanie: *Eodem foro utuntur principatus et libertas*, co oznacza, iż przed tym samym trybunałem staje obywatel i *princeps*, oczywiście poprzez swojego przedstawiciela, jakim wówczas był zarządca majątku cesarskiego (*actor*). Pliniusz wkłada w usta samego Trajana słowa: *In ius veni: sequere ad tribunal*. To rozkaz mogący być wydany cesarskiemu zarządcy (*actor*) prywatnego majątku cesarza (*fiscus*), aby ten poszedł do sądu w celu obrony jego praw i interesów. Tym samym cesarz uznał uprawnienie trybunału do rozstrzygania jego spraw na tych samych zasadach, które obowiązują innych obywateli – *par ceteris*.

Jeszcze innym argumentem przemawiającym za równym traktowaniem interesów fiskusa i obywatela już w czasach rzymskich jest kwestia wyboru sędziego. W procesie formułkowym sędziowie byli bowiem wybierani przez strony z listy kandydatów (*album*) tworzonej przez pretora: *sors et urna fisco iudicem assignat*. Zarządca majątku cesarskiego miał takie samo prawo jak wszyscy obywatele wyboru i oceny skuteczności danego sędziego, co mogło skutkować odrzuceniem kolejnych kandydatów. Argumentem przemawiającym za odrzuceniem mogła być chociażby bojaźliwość (*nolo, timidus est...*) czy brak wiedzy, zwłaszcza niezrozumiałość zawłości nie tylko prawa, ale i samych spraw wraz z ich kontekstem środowiskowym (*nolo, [...] et bona seculi parum intelligit*). Wybrany na sędziego mógł zostać

w ten sposób kandydat w sposób szczególny oddany sprawie państwa, którego symbolem w owym czasie był już cesarz (*quia Caesarem fortiter amat*).

Wolność wyboru sędziego przez strony, w tym przez cesarza lub jego zastępcę procesowego, była o tyle ważna dla kwestii sporów fiskalnych, że w tym okresie funkcjonował już specjalny organ stały uprawniony do ich rozstrzygania, tj. prokurator (*procurator*), nie zaś namiestnik prowincji (*praeses*)²¹.

D. 1.16.9 pr. (Ulp. *l. primo de off. Proconsulis*): *Nec quicumque est in provincia, quod non per ipsum expediatur. Sane si fiscalis pecuniaria causa sit, quae ad procuratorem principis respicit, melius fecerit, si absteat.*

Zgodnie z powyższym tekstem, prokonsul posiadał władzę sądowniczą na prowincji i był uprawniony do rozstrzygania spraw spornych między mieszkańcami, jednak z wyłączeniem sporów z fiskusem. Te kwestie bowiem należały do kompetencji prokuratora (*procurator*). Według Ulpiana lepiej byłoby, aby namiestnik prowincji wstrzymał się od rozstrzygania takich sporów. Nie oznacza to zatem całkowitego wykluczenia czy wyboru jeszcze innego sędziego. W cytowanym panegiryku Pliniusz pochwałł przecież Trajana za pozostawienie obywatelom możliwości wyboru sędziego. Zatem sędzią nie zawsze musiał być prokurator: [...] *maius illud, quod eos procuratores habes, ut plerumque cives tui non alios iudices malint*. Strona tocząca spór z fiskusem wobec wskazania prokuratora jako właściwego organu do rozstrzygnięcia sporu mogła powiedzieć: *Nolo eum eligere*.

Według Pliniusza w konfrontacji obywatela z fiskusem nie zawsze wygrywał ten drugi. Takie rozstrzygnięcia sądowe uznał on za przejaw wielkości cesarza, który nie wywierał nacisków na rozstrzygnięcia sędziów: *Quae praecipua tua gloria est, saepius vincitur fiscus*. Zredukowanie fiskusa do pozycji procesowej analogicznej do tej, jaką zajmował obywatel w sporach fiskalnych, nie było odbierane w kategoriach słabości cesarza (czy też współczesnych koncepcji państwa prawa, czy państwa demokratycznego). Pliniusz uważa, że władza cesarza jest nieograniczona, a zatem może on korzystać z swoich praw bezgranicznie, jak też na swoją korzyść rozstrzygać spory fiskalne. Przejawem wielkości Trajana było niekorzystanie z tych uprawnień i łaskawe przyznanie przywilejów obywatelom: *Neque enim ullam necessitatem muneribus tuis addis, ut qui scias, hanc esse beneficiorum principalium summam, si illis et non uti licet*.

²¹ Według G. Provera, *La vindictio caducorum. Contributo allo studio del processo fiscale Romano*, Torino 1964, s. 122, urzędnikiem kompetentnym do rozstrzygania tych spraw był *procurator*. Występował on jako *iudex datus* mianowany przez namiestnika prowincji. Za koncepcją łącznego rozstrzygania spraw opowiada się A. Burdese, *Sull'origine dell' "advocatus fisci"*, [w:] *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova 1975, s. 87. Zob. również P. Lambrini, *In tema di advocatus fisci*, SDHI 59/1993, s. 325 i n. oraz T. Spagnuolo Vigorita, *Bona caduca e giurisdizione procuratoria agli inizi del terzo secolo d.C.*, "Labeo" 24/1978, s. 167.

Zakończenie

Omnipotencja państwa i jego przewaga nad obywatelem była różnie ukształtowana w poszczególnych kulturach politycznych i prawnych. W czasach antycznych panowała zazwyczaj kultura całkowitej dominacji państwa nad poddanym (np. w Persji czy Egipcie, a nawet Izraelu). Odmienne zaś relacja obywatel vs państwo, zwłaszcza w obszarze zobowiązań fiskalnych, kształtowała się w antycznym Rzymie. Dowodem na równość stron postępowań fiskalnych jest fragment Modestyna (D. 49.14.10), będący podstawą zasady *in dubio pro contra fiscum*.

W prawie polskim zasada ta nie została *explicite* zapisana w przepisach prawa. Jest ona jednak powszechnie akceptowana w orzecznictwie oraz w literaturze prawniczej. Jako wniosek *de lege ferenda* konieczne wydaje się wprowadzenie zmian ustawowych w zakresie wprowadzenia tej zasady do przepisów prawa. Intensywne poszukiwanie środków finansowych przez państwo może prowadzić do licznych nadużyć, jak bezpodstawne zajęcie konta bankowego, a w konsekwencji doprowadzenie firmy do upadłości. Konieczne jest zatem stworzenie ustawowego wentyla bezpieczeństwa dla ochrony praw i interesów jednostki przed zawsze silniejszym aparatem państwowym. Zasada *in dubio contra fiscum* jest instrumentem najlepiej się do tego nadającym.

Summary

In dubio magis contra fiscum est respondendum (D. 49.14.10)

Key words: tax law, Roman law, resolving disputes, doubt on the tax, Plinius, the emperor.

State's supremacy over the citizen was differently shaped in various political cultures of law. In ancient times this supremacy over the individual was something common. The relation between citizens vs. state, especially in the area of fiscal commitments was much different in ancient Rome. Basic evidence for equality of the parties as a fragment of fiscal procedures can be found in the fragment of Modestinus (D. 49.14.10), according to which it is not a crime getting into a dispute with tax authorities. This text is the basis of the principle *in dubio procontra fiscum*. In Polish law, this principle has not been explicitly enrolled in the law legislation. However, it is widely accepted in jurisprudence and in the legal literature. Drawing *de lege ferenda* conclusion it seems necessary to introduce legal changes in the scope of this principle to legal regulations.

Magdalena Sitek

Wyższa Szkoła Gospodarki Euroregionalnej
im. Alcide de Gasperi w Józefowie

Commercium iure gentium commune esse debet

Wprowadzenie

W dobie globalizacji, zniesienia granic politycznych, celnych czy kontroli granicznych nastąpił rozwój handlu na skalę dotąd niespotykaną. Znaczny wkład w rozwój tego zjawiska wniosła Unia Europejska, a wcześniej Wspólnota Europejska, dzięki stworzeniu unii walutowej, gospodarczej i celnej oraz wprowadzeniu czterech podstawowych swobód¹.

Czynnikami hamującymi swobodny rozwój handlu są różnego rodzaju ograniczenia polityczne, prawne czy administracyjne, jak np. cła, limity, koncesje, pozwolenia. W doktrynie ekonomicznej toczy się dyskusja nad idealnym modelem gospodarki, zwłaszcza nad rolą w niej państwa. Wdrażano już modele czysto teoretyczne, np. model gospodarki planowej, ściśle kontrolowanej przez państwo, czy model gospodarki wolnorynkowej ze znacznym ograniczeniem roli państwa². W Europie na przestrzeni ostatnich 30 lat dokonały się właśnie takie przekształcenia gospodarcze. Ten proces realizuje się również z różnym skutkiem w innych częściach świata, zwłaszcza w Azji i Ameryce Południowej.

To jednak co dzisiaj wydaje się być dobrodziejstwem, jeszcze nie tak dawno było limitowane poprzez wprowadzanie ograniczeń działalności gospodarczej, w tym handlowej. Dążenie jednak do pełnej swobody działalności gospodarczej nie jest czymś nowym. Przedmiotem niniejszego opracowania jest ukazanie procesu odchodzenia od gospodarki planowej do wolności obrotu gospodarczego.

¹ Zob. R.R. Ludwikowski, *Regulacje handlu i biznesu międzynarodowego*, t. 1, Warszawa 1996, s. 99–138.

² Zob. A.M. Zawiślak, *Ekonomia, nauka praw tymczasowych*, Warszawa 2010, s. 58–96. Więcej o historii rozwoju różnych modeli ekonomii – A. Piettre, *Pensée économique et théories contemporaines*, Dalloz 1966, s. 277 i n.

Charakterystyka ekonomii antycznego Rzymu

Ekonomia antycznego Rzymu była przedmiotem licznych opracowań, wśród których najsłynniejsze jest dzieło Michaela Rostovtzeffa³. Fascynacja romanistów i historyków kształtem gospodarki tamtego okresu wynika ze ścisłego powiązania zasad organizacji ekonomii z rozwojem prawa prywatnego, który stał się podstawą kontynentalnego systemu prawa cywilnego. Witold Wołodkiewicz uważa, że „wykształcone w źródłach prawa rzymskiego pojęcia i instytucje stanowią podstawy współczesnego prawa obligacyjnego”⁴.

W okresie królewskim i początkach republiki zasadniczo działalność handlowa mogła być prowadzona tylko między obywatelami rzymskimi, osobami *sui iuris* będącymi mężczyznami.

D.18.1.1.pr. (*Paul l. 33 ad ed.*): *Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. Olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. Eaque materia forma publica percussa usum domini-umque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur.*

Paulus wskazał, że początki wymiany handlowej sięgają czasów, kiedy ludzie dokonywali wymiany dóbr, które im zbywały. *Peregrines* zyskali tę zdolność dopiero w okresie późniejszym, kiedy pojawiły się pieniądze, zwłaszcza po wojnach punickich. Od tego czasu Rzym stał się centrum politycznym, kulturalnym i handlowym ówczesnego świata. Gospodarka oparta na pracy niewolniczej dynamicznie się rozwijała, wspierana zdobyczami wojennymi, rozwojem banków, transportu morskiego. W tym ostatnim przypadku pojawił się już pierwszy zakaz prowadzenia handlu morskiego przez senatorów na podstawie *lex Claudia* z 218 r. przed Chr. Ponadto prowadzono ożywioną dyskusję nad ograniczeniem nadmiernego bogacenia się przez przedsiębiorców⁵. W konsekwencji pojawiła się seria ustaw zwanych *leges sumptuariae* – zakazujących przepychu. Pierwszą z nich była ustawa Meteliusza *de fullonibus* z 217 r. przed Chr. – ograniczająca luksus w ubieraniu⁶.

³ M.I. Rostovtzeff, *The social & economic history of the Roman Empire*, t. 1, Biblio & Tannen Publishers, 1926.

⁴ W. Wołodkiewicz, *Czy prawo rzymskie przestało istnieć?*, Zakamycze 2003, s. 71.

⁵ Cat. *De agri cult., Praef.* 1-4:1.

⁶ A. Pikulska-Robaszkiewicz, *Ustawowa regulacja obyczajów w prawie rzymskim. Wykład habilitacyjny*, „*Studia Iuridica*” 37/1999, s. 214; M. Kuryłowicz, *Leges sumptuariae w państwie i prawie rzymskim. Z historii państwa, prawa, miast i Polonii: Prace ofiarowane Prof. Wł. Ćwikowi w 40-lecie*, Rzeszów 1998, s. 139–154; J. Sondel, *Les “leges sumptuariae” considérées comme l’expression des conditions sociales et économiques de la Rome antique*, „*Archivum Iuridicum Cracoviensis*” 6/1973, s. 101–124. Ostatnio o *leges sumptuariae* pisała A.R. Jurewicz, [w:] *Rzymskie prawo publiczne. Wybrane zagadnienia*, Olsztyn 2011, s. 206–2013.

W II wieku przed Chr. doszło do głębokich przeobrażeń gospodarczych. Zaczęto odchodzić od gospodarki rolnej, często rozdrobnionej, do gospodarki opartej na produkcji rzemieślniczej i handlu. Nowy typ gospodarki pociągnął za sobą duże inwestycje, w tym kapitałowe. Powstały wielkie fortuny, a w konsekwencji system banków⁷. Dzięki wprowadzeniu na podstawie *actiones adiecticiae qualitatis* odpowiedzialności osób *sui iuris*, tj. *pater familias*, za działania osób *alieni iuris*, czyli podległych ich władzy, rozwinęła się cała sfera działalności gospodarczej prowadzonej przez osoby zajmujące się zarządzaniem cudzego majątku⁸. W przypadku zakładów produkcyjnych byli to *magistri*, zaś składów handlowych – *institores*. Współcześnie można byłoby ich nazwać menedżerami kierującymi samodzielną masą majątkową niezależną od majątku rodzinnego. Był to pierwowzór współczesnych spółek kapitałowych.

Rozwój gospodarczy, jaki miał miejsce pod koniec republiki, doprowadził do wzrostu handlu niewolnikami, a co z kolei powodowało wzrost wielkich fortun. W tym okresie rozwinął się nie tylko rynek kapitałowy, ale również spekulacyjny⁹. Musiano zatem rozbudować system prawny dostosowany do nowych potrzeb gospodarczych.

Już w początkach pryncypatu, a więc w czasie największego rozkwitu gospodarczego Rzymu i tworzenia ponadczasowego systemu prawa, państwo starało się zachować kontrolę nad rynkiem. Kontrola ta miała charakter normatywny i administracyjny¹⁰. Odpowiednie organy (*aediles*) nadzorowały handel na bazarach (*nundinae*), zaś *praefectus urbi* uprawniony był do kontrolowania handlu poza bazarami w całej Italii¹¹, jak też funkcjonowania banków¹². Ponadto wprowadzano cła (*portoria*), dzięki którym ułatwiano sprowadzanie produktów koniecznych i ograniczano napływ produktów niepożądanych.

W okresie poklasycznym rzymską gospodarkę dotknął kryzys. Nastąpił upadek rolnictwa, rzemiosła, handlu, zwłaszcza morskiego. Wzrosły obciążenia publiczne ponoszone na utrzymanie administracji i wojska. Coraz mniejsze znaczenie w tym okresie miał kapitał spekulacyjny, co negatywnie odbijało się na handlu¹³.

⁷ P. Cerami, [w:] P. Cerami, A. di Porto, A. Petrucci, *Diritto commerciale Romano. Profilo storico*, Torino 2004, s. 26.

⁸ Zob. A. Wacke, *Die adjekizischen Klagen im Überblick (I. Teil Von der Reeder- und Betriebsleiterklagen zur direkten Stellvertretung)*, ZSS 111/1994, s. 280–362.

⁹ Zob. P. Cerami, op. cit., s. 31.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ D. 11.12.1.13 (Ulp. l. sing. de off. Praef. Urbi): *Et urbe interdicere praefectus urbi et qua alia solitarum regionum potest, et negotiatione et professione et advocacionibus et foro, et ad tempus et in perpetuum: interdicere poterit et spectaculis: et si quem releget ab Italia, summovere eum etiam a provincia sua.*

¹² D. D. 11.12.1.9 (Ulp. l. sing. de off. Praef. Urbi): *Praeterea curare debet praefectus urbi, ut nummularii probe se agant circa omne negotium suum et temperent his, quae sunt prohibita.*

¹³ P. Cerami, op. cit., s. 32.

Znaczenie pojęcia *commercium*

Łacińskie pojęcie *commercium* oznacza prawo do zawierania stosunków handlowych ważnych i prawnie skutecznych w świetle prawa cywilnego, obejmuje zatem prawo do nabycia lub zbycia rzeczy (*merces*), a więc czynności będącej podstawą handlu¹⁴. Przedmiotem obrotu handlowego były przede wszystkim rzeczy importowane, takie jak: zboże, wino, warzywa, sery, mięso, miód, ubrania, materiały budowlane, metale, zwłaszcza metale szlachetne, wyposażenia domów. Podstawą do handlu był rozwój takich sektorów gospodarki, jak: budownictwo, produkcja ubrań i obuwia, handel, produkcja rolna, zwierzęca, zakłady przetwarzające produkty żywnościowe, transport lądowy i morski, a przede wszystkim szeroka gama usługowa¹⁵. Zakłady rzemieślnicze były małe, kilkuosobowe. Bardzo często proces technologiczny produktu od początku do końca nadzorował jeden rzemieślnik czy producent, który zresztą nierzadko sam zajmował się sprzedażą. Istniały oczywiście również przedsiębiorstwa produkcyjne zatrudniające wielu pracowników, zwłaszcza niewolników. Strategiczne dla Rzymian działy gospodarki, zwłaszcza kopalnie, pozostawały natomiast w rękach państwa.

Pojęcie *commercium* w prawie rzymskim zasadniczo oznaczało handel, a więc obrót towarów i usług drogą lądową i morską¹⁶. Pietro Cerami twierdzi, że w prawie rzymskim wyrażało ono zdolność do dokonywania czynności uroczystych rodzących skutki prawne z użyciem wagi, tzw. *gesta per aes et libra*¹⁷. To stwierdzenie jest o tyle ważne, że wskazuje na istnienie w antycznym Rzymie różnych okresów rozwoju handlu. W najdawniejszym okresie, tj. królewskim i republikańskim do okresu wojen punickich, prawo do dokonywania czynności skutecznych prawnie mieli tylko obywatele rzymscy. Do rozstrzygania sporów handlowych między *cives Romanorum* w 367 r. przed Chr. został powołany specjalny urzędnik – *praetor urbanus*.

Pod koniec republiki prawo to uzyskali Latyni oraz niektóre miasta sprzymierzone i blisko współpracujące z Rzymem na zasadzie przyznania im klauzuli najwyższego uprzywilejowania w handlu z Rzymianami, czyli tzw. *ius commercii*. W 242 r. utworzono urząd pretora peregrynów, czyli urzędnika (sędziego) właściwego do rozstrzygania sporów pomiędzy obcokrajowcami (*peregrines*). Stąd czynności cywilnoprawne mogły być dokonywane między żywymi (*inter vivos*) obywatelami rzymskimi, ale również między nimi a obcokrajowcami (*peregrines*)¹⁸.

Tituli ex corpore Ulpiani 19.4: *Mancipatio locum habet inter cives Romanos et Latinos colonarios Latinosque iunianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est.*

¹⁴ Zob. P.G.W. Glare (red.), *Oxford Latin Dictionary*, Oxford 2009, s. 363.

¹⁵ Zob. H. Jefferson Loana, *Industry and commerce of the City of Rome*, (50 B.C. – 200 A.C.), Baltimore 1938.

¹⁶ Tituli ex corpore Ulpiani 19.5: *Commercium est emendi vendundique invicem ius.*

¹⁷ P. Cerami, op. cit., s. 15.

¹⁸ Zob. M. Kaser, *Zum Begriff des commercium*, [w:] *Ausgewählte Schriften*, t. I, Milano 1976, s. 135.

Ten fragment autorstwa Ulpiana pozwala stwierdzić, że Rzymianie mieli świadomość, iż handel nie może posiadać ograniczeń narodowych i winien się rozgrywać między ludźmi niezależnie od narodowości. Czynności prawne przez nich dokonywane powinny znaleźć uznanie władz politycznych i sądowych powołanych do rozstrzygnięcia sporów.

Należy jednak zwrócić uwagę na to, że łacińskiego *commercium* nie można do końca utożsamiać ze współczesnymi polskimi terminami „handel” czy „obróć handlowy”, a to ze względu na brak porównywalnej terminologii handlowej i prawnej stosowanej w obu systemach prawnych, a także ze względu na brak wydzielonego sektora gospodarczego w Rzymie. Ponadto, ówczesna gospodarka w znacznej mierze opierała się na pracy niewolniczej. Sami niewolnicy jako *instrumentum vocale* nie mogli brać udziału w obrocie handlowym. Sytuacja ta zmieniła się dopiero po wprowadzaniu *actiones adiecticiae qualitatis*, o których była mowa wyżej. Konkludując, można powiedzieć, że pojęcie *commercium* oznaczało bezpośrednio handel, ale pośrednio również całą sferę działalności gospodarczej.

Niemniej istniejące w antycznym Rzymie formy działalności gospodarczej, istniejąca wówczas terminologia i rozwiązania prawne, zwłaszcza w zakresie regulacji czynności handlowych (prawo kontraktowe i deliktowe), wskazują na początek rozwoju handlu we współczesnym pojęciu, a w konsekwencji również i prawa prywatnego z częścią prawa handlowego¹⁹.

Czy można mówić o wolności gospodarczej w antycznym Rzymie?

W tej optyce kwestią fundamentalną jest pytanie o kształt zasady swobody działalności handlowej (gospodarczej) oraz granic ingerencji ówczesnego państwa w wolność gospodarczą. Warto się też zastanowić, jak owa wolność wypada w porównaniu do współczesnych rozwiązań prawnych zarówno w Polsce, jak i na arenie międzynarodowej, zwłaszcza w prawie Unii Europejskiej. Postawienie pytania o wolność gospodarczą wynika m.in. z zachowanego fragmentu autorstwa późnoklasycznego prawnika Hermogonianusa.

D. 1.1.5 (*Hermogonianus libro primo iuris epitomarum*): *Ex hoc iure gentium introducta bella, discretas gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae: exceptis quibusdam quae iure civili introductae sunt.*

Hermogonianus w przytoczonym fragmencie wskazuje, że na podstawie *ius gentium* wszystkie narody prowadzą wojny, budują państwa, ale też tworzą koncepcje własności, wytyczają granice między nieruchomościami czy miejsca pod budynki, a także prowadzą wymianę handlową poprzez kupno-sprzedaż, najem czy inne

¹⁹ T. Ascarelli, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano 1962, s. 79.

zobowiązania. Tekst ten stał się podstawą do sformułowania jednej z reguł prawa, a mianowicie *commercium iure gentium commune esse debet*²⁰. Według tej zasady każdy może dokonywać czynności typowych dla obrotu handlowego.

Czy można zatem mówić o istnieniu swobody działalności gospodarczej w antycznym Rzymie? Jeśli tak, to czy istniał jakiś spójny system regulacji prawnych będący jej fundamentem i zarazem spoiwem? W ramach systemu prawa rzymskiego sami Rzymianie nie wydzielali gałęzi prawa handlowego. Stąd odpowiedź na pytanie o swobodę działalności gospodarczej nie jest jednoznaczna. Prawo rzymskie zasadniczo dzieliło się na prywatne i publiczne. Podział ten był przeprowadzony ze względu na użyteczność adresata normy prawnej.

D. 1.1.1.2. (*Ulp. l. primo inst.*): *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.*

Według Ulpiana przepisy prawa publicznego dotyczą spraw należących do państwa, zaś przepisy prawa prywatnego dotyczą spraw osób prywatnych, zarówno fizycznych, jak i prawnych w dzisiejszym tego słowa rozumieniu²¹. Czy można jednak mówić o istnieniu w prawie rzymskim gałęzi prawa karnego, administracyjnego, pracy, a także handlowego czy gospodarczego? Wielu współczesnych badaczy podejmuje próby odtworzenia różnych gałęzi prawa, operując wzorcami wypracowanymi w XIX i XX wieku. I tak, już w XIX wieku tworzono system rzymskiego prawa karnego²², w XX wieku zaś system rzymskiego prawa zobowiązań²³, prawa pracy czy prawa bankowego²⁴. W przypadku *ius mercatorum*, czyli rzymskiego prawa handlowego, należy raczej mówić o historii rzymskiego prawa handlowego, w której można wyizolować okresy rozwoju form ekonomicznych i regulacji prawnych²⁵.

Jak widać, trudno mówić o istnieniu spójnego systemu prawa rzymskiego w ramach konkretnej gałęzi prawa. Raczej należy mówić o zbiorze regulacji prawnych, które można przyporządkować według współczesnych kryteriów systematyzacji wypracowanych w dużej mierze na bazie dorobku niemieckiej pandektystyki. Choć zachowane przepisy nie tworzą spójnego i pełnego systemu, a w efekcie nie mogły w sposób kompleksowy regulować zdarzeń w obrębie konkretnej gałęzi prawa, nie oznacza to jednak, że nie można dokonywać porównań rozwiązań prawnych

²⁰ Zob. W. Waldstein, *Jus naturale im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian*, ZSS 111/1994, s. 1–65.

²¹ Koncepcja osoby prywatnej powstała dopiero w wiekach średnich w prawie kanonicznym. Niemniej jednak jej praktyczne zastosowanie widać wyraźnie już w prawie rzymskim. Można mówić jako o osobie prawnej w odniesieniu do państwa rzymskiego, municypiów, różnych spółek, np. *societates publicanorum*. Zob. B. Sitek, *Rozwój koncepcji osoby prawnej od prawa rzymskiego do współczesności*, [w:] B. Sitek, M. Szejnkowska (red.), *Podmiotowość w prawie*, Olsztyn 2012, s. 197–214.

²² T. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899.

²³ Zob. S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, t. 1, G. Barbèra, 1906.

²⁴ Zob. A. Petrucci, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino 2002, s. 13 i n.

²⁵ P. Cerami, op. cit., s. 10.

pochodzących z różnych systemów prawnych, nawet czasowo odległych. Takie porównanie budzi bowiem refleksje nad współczesnymi rozwiązaniami, także z zakresu swobody prowadzenia działalności gospodarczej.

Należy podkreślić, że powołanie organów do rozstrzygnięcia sporów między stronami prowadzącymi działalność gospodarczą i stworzenie dość szerokiej gamy regulacji prawnych do obsługi tych sporów pozwala stwierdzić, że w prawie rzymskim mamy do czynienia z początkiem swobody działalności gospodarczej, zwłaszcza handlowej. Dowodem tego jest przedmiotowa reguła prawna *commercium iure gentium commune esse debet*, przekazana przez Ulpiana.

Swoboda działalności gospodarczej w Polsce

We współczesnym świecie istnieją różne modele gospodarki. Do lat 90. XX wieku w Polsce dominował model gospodarki kierowanej przez państwo, kontrolowanej przez politykę. Ten model gospodarki socjalistycznej przynosił krótkotrwałe korzyści, zwłaszcza w rozwoju niektórych gałęzi gospodarki, np. przemysłu ciężkiego. W perspektywie długofalowego rozwoju gospodarczego ten typ organizacji gospodarki przegrał z modelem gospodarki wolnorynkowej, gdzie państwo głównie pełni rolę regulatora²⁶.

W art. 20 Konstytucji RP czytamy, że społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej. Jak słusznie zauważył Bogusław Banaszak, pojęcie społecznej gospodarki rynkowej nie zostało zdefiniowane ani w samej Konstytucji RP, ani w innych aktach prawnych²⁷. Niemniej jednak obejmuje ono respektowanie przez prowadzących działalność gospodarczą oraz przez państwo zasady nienaruszalności godności człowieka, sprawiedliwości społecznej, ale także swobody umów, wolności konkurencji, własności prywatnej.

Stąd w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej²⁸ działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, usługowa, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. W świetle tej ustawy do podstawowych zasad prowadzenia działalności gospodarczej zalicza się swobodę prowadzenia działalności gospodarczej, legalizm działania organów, równomierne wsparcie przedsiębiorców, pewność obrotu gospodarczego i uczciwość konkurencji.

Zasada swobody działalności gospodarczej została sformułowana w art. 6 ust. 1 ustawy. Według polskiego ustawodawcy podejmowanie, wykonywanie i zakończe-

²⁶ Zob. C. Kosikowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 1994, s. 17–29.

²⁷ Zob. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 155–166.

²⁸ Dz.U. z 2013 r., poz. 672 (dalej jako ustawa).

nie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa. Tak sformułowana zasada swobody gospodarczej rodzi pytanie o granice ingerencji państwa. Niewątpliwie zależą one od koncepcji państwa. Inne są w państwie totalitarnym (np. komunistycznym czy faszystowskim), inne w państwie o systemie teokratycznym (np. Arabia Saudyjska), inne w państwach o ustroju republikańsko-liberalnym (np. Stany Zjednoczone) czy w państwach demokratycznych (np. państwa Unii Europejskiej). Można również wskazać na państwa hybrydowe, tj. łączące ustrój komunistyczny z systemem wolnorynkowym (np. współczesne Chiny czy Kuba).

W świetle prawa polskiego ograniczenia swobody podejmowania, prowadzenia i zakończenia działalności gospodarczej mogą być wprowadzane poprzez system koncesyjny oraz kontrolę działalności gospodarczej przedsiębiorcy. W tym ostatnim przypadku ograniczenia zakładania czy prowadzenia działalności gospodarczej mogą wynikać nie tylko z uprawnień instytucji do tego upoważnionych, takich jak Krajowy Rejestr Sądowy, ale również z konieczności uzyskania pozwoleń administracyjnych na prowadzenie działalności gospodarczej szczególnie oddziałującej na środowisko naturalne²⁹.

Ustawodawca polski wprowadził jednocześnie ograniczenia przed nadmierną ingerencją organów państwowych w działalność gospodarczą: właściwy organ nie może żądać ani uzależniać swojej decyzji w sprawie podjęcia, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej przez zainteresowaną osobę od spełnienia przez nią dodatkowych warunków, w szczególności od przedłożenia dokumentów lub ujawnienia danych, nieprzewidzianych przepisami prawa (art. 6 ust. 2 ustawy).

Działalność gospodarcza nie może być też uzależniana od ponoszenia nadmiernych kosztów administracyjnych czy sądowych. W art. 6 ust. 3 ustawy wprowadzono zakaz nakładania przez organy administracji publicznej pozaustawowych wymogów, od których uzależniano wydanie rozstrzygnięcia, np. wymogu dostarczenia oryginalnych dokumentów, poświadczonych kopii lub poświadczonego tłumaczenia. Oznacza to, że takie wymogi mogą być wprowadzane jedynie przepisami ustaw szczególnych z uwagi na nadrzędny interes publiczny, przepisami ustaw powszechnie obowiązujących czy też ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi.

Podsumowanie

Swoboda działalności gospodarczej, w tym handlowej, swoimi korzeniami sięga czasów rzymskich. Zachowane źródła pokazują wspaniałą historię procesu od-

²⁹ Ocena oddziaływania na środowisko jest instrumentem administracyjnym wprowadzonym na podstawie amerykańskiej ustawy o państwowej polityce wobec środowiska – NEPA. Unia Europejska obowiązek ten wprowadziła dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/42/WE z dnia 27 czerwca 2001. W Polsce obowiązek ten wprowadzono na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska (Dz.U. nr 62, poz. 627).

chodzenia od prostych form gospodarki rolnej, przeznaczonej tylko dla wąskiej grupy pełnoprawnych obywateli. Geniusz Rzymian pozwolił na stopniowe dopuszczanie do obrotu handlowego coraz to nowych grup narodowościowych, jak też przyznawanie im klauzuli najwyższego uprzywilejowania (*ius commercii*) do dokonywania czynności prawnych. Dla rozstrzygania sporów handlowych powołano najpierw urząd pretora miejskiego, a następnie pretora dla peregrynów. Dynamiczny rozwój myśli prawniczej i regulacji prawnych przyczynił się znacząco do rozwoju handlu, a na pewno nie powstrzymywał go.

Zasada *commercium iure gentium commune esse debet* jest dzisiaj zasadą konstytucyjną i ustawową. W tym zakresie polskie regulacje odpowiadają standardom europejskim. Nie można jednak zapomnieć, że swoboda działalności gospodarczej, w tym handlowej, jest jedną z podstawowych zdobyczy współczesnej cywilizacji dzięki dziedzictwu, jakie pozostawiło po sobie imperium rzymskie. Pozostałe kwestie, np. rola państwa we współczesnym handlu czy zasięg ingerencji państwa, wymagają dalszych badań.

Summary

Commercium iure gentium commune esse debet

Key words: Roman law, European law, trade, economic freedom, preference clause.

Freedom of economic activity, including trade has its roots dating back to Roman times. The literary and legal sources from that period show great story of moving away from simple forms of agriculture, designed only for a small group of citizens. The dynamic development of legal thought and legal regulation has contributed significantly to the development of trade, and certainly did not refrain from it. Nowadays also Polish law includes the constitutional and statutory principle of freedom of trade. In this respect, the Polish regulations meet the European standards. We can not forget, however, that the freedom of economic activity, including trade, is one of the main achievements of modern civilization, thanks to the inheritance left by the Roman Empire. However, there still remain issues that require further examination, like the role of the state in the modern trade, or range of state interference.

Edyta Sokalska

Katedra Historii Państwa i Prawa

Wydział Prawa i Administracji UWM

The tradition of ADR (Alternative Dispute Resolution) as an alterative form of justice in the American legal culture

Introduction

The growing process of the functional and social differentiation of social systems makes weaken the importance of the universality of the legal proceedings. One of the effects of more spectacular complexity and unpredictability of social phenomena and increasing of axiological pluralism is the “relaxation” of procedures under which disputes are resolved and agreements are made¹. They need to be more open and flexible to meet the growth and differentiation of social changes. In response to these challenges there are changes in the language, structure of the legal system and the procedures for its use. One manifestation of this trend is the emergence of “alternative forms of justice”. They are generally less formal. They allow the parties to have a greater impact on the course and outcome of the proceedings. They also take into consideration the subjective interests of the parties. The term “alternative form of justice” is rather ambiguous. There are at least three varied meanings of that term. Firstly, it may include the alternative forms of judicial proceedings in relation to the traditional procedure, for example in non-litigious proceedings and various separate proceedings. Secondly, it refers to all forms of proceedings that are not based on judicial decision-making mode, for example, judicial settlement procedure, conciliation or arbitration². Two types of alternatives presented above – taking into

¹ The article presented here has appeared with some changes on-line <[http://lawconference.sk/bpf/_index.php?page=14 &lang=en](http://lawconference.sk/bpf/_index.php?page=14&lang=en)>.

² The essence of judicial proceedings is: binding decisions and supporting the system with legal sanctions, depriving the parties of the influence on the choice of a judge and determining material rules and procedures for adjudication, ensuring them the opportunity to actively participate in the proceedings mainly by quoting the relevant arguments, evidence and reporting applications, presenting evidence and other procedural demands. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003, p. 213.

account the place of the course of legal proceedings – are described as internally alternative. In the third meaning, the alternative to the court proceedings will be all forms of over judicial conflict resolutions and decision-making in individual cases. This type of alternatives is described as external alternatives³.

In the presented article the third perspective of the “alternative forms of justice” is taken into account, especially in the context of issues related to solving and resolving conflicts⁴. Today, the basic concept of the area is the Alternative Dispute Resolution (abbreviated ADR) which is “each separable dispute resolution procedure, based on certain assumptions and determining the parent sequence of behaviors organized parties and – possibly – other parties involved in the dispute”⁵. ADR involves contractive (negotiative), mediatory-conciliate and arbitration procedure of solving conflict, as well as other related mixed forms⁶. The primary objective of ADR is to support (follow-up) the court as an institution that adjudicates disputes to improve the traditional justice system⁷. Compared to litigation, alternative procedures are more flexible, focused on decision-making subjectivity of the parties. It should be also emphasized the prospective orientation of the disputes. In many cases it is not only the question who was “to blame” in the past, but rather to ensure good

³ Ibidem, p. 230–321.

⁴ It is accepted here that that the concept of “conflict” means “the state of tension between two or more people or groups that have conflicting objectives”. See, E. Smoktunowicz (red.), *Wielka encyklopedia prawa*, Białystok – Warszawa 2000, p. 364. More on the phenomenon of social conflicts: S. Chelpa, T. Witkowski, *Psychologia konfliktów. Praktyka radzenia sobie ze sporami*, Taszów 2004; R. Dahrendorf, *Nowoczesny konflikt społeczny. Esej o polityce wolności*, Warszawa 1993; Z. Pawlak, *O konfliktach*, Warszawa 1987; Z. Uniszewski, *Konflikty i negocjacje*, Warszawa 2000, p. 121, 126–139. In the literature, there is a separation between a conflict and a dispute. A dispute is regarded as one of the possible stages of a conflict, which is “socially revealed conflict of certain social actors (individuals, groups, or their organization). A. Korybski, *Alternatywne formy rozwiązywania sporów w USA. Studium teoretycznoprawne*, Lublin 1993, p. 26. The same is from the point of view of J. Kurczewski: “conflict may develop into dispute, if contrary claims of the parties and their incompatibility are communicated to the environment, even to one person” – see, J. Kurczewski, *Spór i jego rozwiązanie*, [in:] *Konflikt i przystosowanie*, „Prace Instytutu Profilaktyki Społecznej i Resocjalizacji Uniwersytetu Warszawskiego”, vol. IV, Warszawa 1979, p. 10–11. In the debate we have to deal with a specific decision-making process that is located in a normative context in which the parties pursue their own interests at the expense of the interests of the other parties. It is based on the axiological or legal justification of their demands. In the dispute, conflicting interests are transformed into parties’ claims.

⁵ A. Korybski, op. cit., p. 104.

⁶ For more see, R. Tokarczyk, *Alternatywne rozstrzygnięcie sporów w Stanach Zjednoczonych*, „Palestra” 9–10/1995; L. Morawski, *Proces sądowy a instytucje alternatywne*, „Państwo i Prawo” 1/1993, p. 12–24; R. Morek, *ADR w sprawach gospodarczych*, Warszawa 2004; A. Rau and others, *Processes of dispute resolution. The role of lawyers*, New York 2002.

⁷ In connection with that purpose there appeared some proposals of replacing the term “Alternative Dispute Resolution” with such terms as „Efficient Dispute Resolution” (EDR), „Complementary Dispute Resolution” (CDR), „Supplementary Dispute Resolution” (SDR). A. Korybski, op. cit., p. 87. The term of „Dispute Resolution” contains every forms and mechanisms of controlling the disputes (including litigation) – operating mostly in American reality, only in the case of failure the forms of dispute resolution based on negotiations. Ibidem, p. 10.

relations and cooperation in the future. This approach causes the fact that sometimes there is the situation that legal proceedings are abandoned. It allows considerably to shorten time and to reduce costs⁸.

An important premise for the development of ADR is to recognize that in democratic societies in the area of civil liberty there is a right to choose the institution that will settle the dispute. Monopolizing the functions of the courts appears to be justified only if there are substantial public reasons such as serious criminal matters. In free societies, citizens should have the right to a court, not the obligation of the state justice. Compulsion to judicial proceedings should be reduced to the situation when it is necessary⁹. In short, in a pluralistic society there is also demand of pluralism in the forms of justice¹⁰.

The outline of evolution of ADR (ADR in cultural and historical perspective)

A conflict is a common phenomenon in all cultures. In addition to resolving conflicts by force, there are also used non-violent means. This can be achieved in various ways. The dispute could be settled by a judgment announced by a ruler, a judge or an arbitrator. To end the conflict could also help the intervention of an independent person, endowed with confidence and authority. Therefore, some forms that are similar to the contemporary forms of mediation should not be treated as a new phenomenon¹¹. They are rooted in a lot of legal cultures and it can be considered that essentially they precede formal proceedings of the courts. Even in the primitive legal cultures some method based on conciliation may be found. There were also in almost every ancient country¹². For example, there was a demand in Sumerian state for prior to settlement of the dispute by the council to serve the functions of the court, the case was presented to a special person who was to assist the parties in reaching a solution to the dispute. Mediation has been practiced in Jewish, Christian, Hindu, Buddhist, Confucian, Islamic and Indian tribes cultures¹³.

Conciliatory methods have a long tradition in Asian countries based on Confucianism. There was considered that taking legal actions demonstrated the inability to pose peaceful relations with others, so it was a shameful last resort. Lack of confidence in the courts, the perception of them as a corrupted institution, biased, slow, devoid of moral authority, meant that in China until the early twentieth century, there

⁸ S. Włodyka, *Arbitraż gospodarczy*, Warszawa 1985, p. 13.

⁹ L. Morawski, *Główne problemy...*, p. 237–238.

¹⁰ L. Morawski, *Proces sądowy a instytucje alternatywne...*, p. 22.

¹¹ J.T. Barrett, J.P. Barrett, *History of Alternative Dispute Resolution*, San Francisco 2004, p. 1–18.

¹² See, J. Kurczewski, *Prawo prymitywne. Zjawiska prawne w zjawiskach przedpaństwowych*, Warszawa 1973, p. 8–13.

¹³ J.D. Rosenberg, *In Defense of Mediation*, "Arizona Law Review" 33(467)/1991, p. 471.

weren't any classic legal profession – a judge, a prosecutor, an advocate. These roles were fulfilled, if it came to a judicial resolution of the dispute, people enjoying the esteem sages¹⁴. They also functioned as intermediaries transferring information and offers to parties of the conflict and assisting in finding the optimal solution of the dispute. Similarly, conciliatory attitude is present in Japan, where only a small number of cases brought before the court. It is associated with the cultural emphasis on the search for understanding, balance and harmony in social relations and the avoidance of selfish individualism.

The art of mediation has developed well in areas dominated by Buddhism. In India Hindu villages used traditional justice system called panchaya. In this system, the bench of five elderly people served multiple functions, including mediation¹⁵. An important role in the practice of mediation played Buddhist monastic communities.

Unfortunately, there is no direct equivalent of mediation in Roman law. The institution of varied forms of mediation seems to be developed rather poorly. In connection with Roman law there are some traces and there could be found some references to the institution of “transactio”.

In the culture of Judaism the mediation functioned already in biblical times, and the key role there was played by rabbis. In the Christian tradition there are interpretations that recognize Christ as the chief mediator. As a consequence, peacekeeping duties in support of peace are assigned to the clerics¹⁶.

With the development of the modern Western world the evidences of mediation have gained more pragmatic than religious nature. They spread in the area of trade, in manufacturing, where the guild organizations served as forums for mediation and their members as mediators.

The determinants of the American system of civil law in the context of ADR

The modern ADR movement is rooted primarily in the common law legal culture that created for him more friendly ground than it was in the positive law systems. It is interesting to consider that the fastest and most efficient development of ADR took place in the case law countries: the United Kingdom, the United States, Canada, Australia and New Zealand. In this context, it is reasonable to ask whether, and what features of the common law system promote the usage of non-judicial forms of resolving conflicts. It should be noted here the nature of civil

¹⁴ R. Tokarczyk, *Współczesne kultury prawne*, Kraków 2000, p. 264.

¹⁵ C.W. Moore, *The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict*, San Francisco 1996, p. 20.

¹⁶ *Ibidem*, p. 37. According to *Ewangelia według Św. Łukasza (2:5–6)*: “there is one God and one mediator between God and man and his name is Jesus Christ”. *Biblia Tysiąclecia. Pismo Św. Starego i Nowego Testamentu*. Poznań 2003.

procedure, the role of the judiciary, education and legal practice. The adoption of specific perceptions and actions in these areas is of course due to a number of elements of political, cultural and axiological preferences associated with the society. Typically, the concrete solutions relate to more general philosophical assumptions. For example, the reflection of John Locke influenced American Constitution, especially formulated on its basis the idea of inalienable rights. The author of *Two Treatises on Government* understood the society and the government as a result of the agreement, originally signed in the hypothetical state of nature, where all men were equal and free and their major motivation for the establishment of a political community was not anxious about his own life but more rational reasons justifying the need to protect the broad sense of ownership that were life, liberty, and property¹⁷. Thus, a key objective of the social contract was better and more effective protection for natural rights of an individual. This message is also expressed in the text of the Declaration of Independence of 4.07.1776. In the future the Declaration became the basis of the American Constitution. The declaration claimed that “all men are created equal; they are endowed by their Creator with certain unalienable rights and among these rights are life, liberty and the pursuit of happiness. To secure these rights there are appointed governments among Men, deriving their powers from the consent of the governed”¹⁸.

It is worth mentioning that especially today, in a lot of aspects the United States and most of Europe states refer to very similar traditions, for example in the case of the democratic system of government, free market economy, aiming to ensure a fair trial and due procedure, equal treatment of the parties, the right to defense, the right to be heard in the court. However, these general principles are implemented in different ways, due to the varied history of these countries, with the other structures of political and legal institutions. The set of conditions on the one hand affect the nature of the mentality of the society, and on the other this mentality shapes the institutional system axiology.

Alex de Tocqueville tried to depict fundamental characteristics of the American society. He emphasized that Americans value the individuality and autonomy of individuals very highly but it does not lead to closing within their own privacy. On the contrary, the scale of involvement of citizens in various forms of grassroots activity shows the need to search for new solutions and it is often associated with the need to develop the consensus between the public and private interests. Tocqueville says: “Regardless of age, position and mental level Americans are constantly associating. They have not only commercial and industrial companies, which include everyone, but also plenty of others: there are religious and moral associations, associations of serious and trivial character, associations dealing with the general and very specific things, large and small associations. Americans associate to organize

¹⁷ J. Locke, *Dwa traktaty o rządzie*, trans. Z. Rau, Warszawa 1992, p. 222.

¹⁸ *Deklaracji Niepodległości*, available at <www.republika.pl> (last visited: 20.06.2013).

games, to create seminars, to build inns, to build churches, to distribute books, to send missionaries to the antipodes. In this way it is assumed in American hospitals, prisons and schools. Americans also associate in order to proclaim a truth or by providing an example in the community to develop any feelings”¹⁹.

It is not surprising that in many situations where the system of state institutions proved to be inefficient, where there were some organizational gaps, there were some attempts to resolve that situation. In these circumstances there was created the law with some differences from the continental system. It was connected with the understanding of the role of law in achieving democratic ideals. The law was conceived not as a rigid system of rules and regulations, which are usually the result of long-term, the process gradually entering into force. The law was expected to keep up with the changing reality. It was to respond to the dynamic needs and social values²⁰. Such understanding of the role of law caused the adoption of the system of case law. Moreover, from the beginning in the minds of Americans there was dominating the hostility towards all forms of authoritarianism, bureaucracy and hierarchy. It concerned also the codification projects that was based on the assumption that the power of the state is a centralized structure, and it has certain responsibilities to the citizens²¹.

In the common law system, unlike the continental system, the role of the courts in the interpretation and application of the law is understood differently. “The United States has a strong society, but a weak government”²². Political power is distributed and the federal government shares his power with the states, local governments, administrative agencies and courts²³. The courts are more flexible and creative than in the legal system of civil law. The U.S. justice system is open to new types of complaints and disputes and the impact of political and social movements. Lawyers often play an important role in the struggle for the defense of individual rights, against corruption and the institutional arbitrariness.

In comparison with the courts system of positive law, the role of the American judiciary is undoubtedly higher. While in the case of the first ones, the courts only interpret the law created by the legislative bodies, American courts combine the legislative and interpretative functions. In the first system there is only source of

¹⁹ A. de Tocqueville, *O demokracji w Ameryce*, trans. B. Janicka, M. Król, Kraków 1996, p. 116–117.

²⁰ R.A. Kagan, *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, Cambridge 2001, p. 10.

²¹ M.R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, New Heaven 1986, p. 17. Despite some attempts to codify some fields of law in the United States in the XXth century (one of the example could be The Uniform Commercial Code – UCC), the situation can not be comparable to the European codes, from the objective and territorial scope, even if the majority of states accepted UCC, but in compliance with the case law, every state jurisdiction developed its own interpretation of the legal articles. See, R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie*, Warszawa 2009, p. 39–40.

²² S. Krasner, *Defending the National Interest: raw materials investments and U.S. foreign policy*, Princeton 1978, p. 61.

²³ R.A. Kagan, op. cit., p. 15.

rights created by the normative acts of the legislature, in the second there are mainly the precedent decisions of courts. So, the American judges create, amend, apply and interpret the law²⁴. About their higher capability in the case of creating law proves the fact that before mediation systems was introduced in the United States by state laws, the judges launched pilot mediation programs in some courts ms. In addition, in the U.S. system there is greater participation of citizens who have the ability to bring an action, which includes the part of the constitutional complaint. They may also become the members of the jury.

A clear feature of the specificity of American legal system is adversarial proceedings with the active role of the parties, which with the help of lawyers play a dominant role in the process. The lawyers are able, among others. To use cross-examination, a discovery procedure, to interview and to prepare witnesses for a trial, and they routinely engage the in activities designed to collect and to present evidence²⁵. In the American procedure there was adopted the model of not engaging the judge in the process. A judge is a neutral and passive, the parties do not expect him to ask questions of witnesses²⁶. He is responsible for gathering relevant evidence. His task is not to seek or discovering the truth, but the decision whether the parties adequately proved their position. In this perspective, the court is seen as a forum where parties can meet to exchange arguments to enforce claims to each other. The role that in the American process play parties with their representative lawyers requires from them to initiate negotiations and active co-operation, as this is the requirement of the process.

The features of the American legal system affect its strong settlement in specific social realities, opportunities for innovative decisions (precedents). However, this system also has certain unpredictability, lack of coherence (complexity), and high costs. The result may appear to be complicated, uncoordinated, unjust, unfair or creating inaccurate or unfair precedents. Not surprisingly, that American accustomed to the bottom-solving social problems sought cheaper and faster methods of dispute resolution, which created a very fertile ground for the development of mediation²⁷. Settlement of disputes by mediation fits well with the American legal culture, for which it is vital for individualism, autonomy of the parties to the dispute and the conviction that an individual is equipped with the best knowledge as to how to implement the own needs and interests.

It is also worth mentioning that some changes have occurred in the past twenty years in the United States. The system has evolved into a system, which is based on the agreement and cooperation of the parties. Some features of the civil procedure create favorable conditions for the tendencies of seeking compromise solutions.

²⁴ R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie...*, p. 32.

²⁵ *Ibidem*, p. 126.

²⁶ *Ibidem*, p. 123.

²⁷ R.A. Kagan, *op. cit.*, p. 10.

Then, the parties and their representatives have the time for interaction and conversation. Some factors as the introduction into education at the level of primary and secondary schools, and most of all the faculties of law the lectures on the theory and practice of mediation and negotiation have played also an important role in creating the attitudes of conciliation²⁸.

The development of the contemporary ADR in the United States

There are two key concepts concerning general reasons for the development of mediation in the United States. The first one connects that process with the judicial crisis that manifests itself for example in the increase of the number of cases, in the extending time of the proceedings, in dissatisfaction of the parties with the outcome of the trial and high costs and difficulties in the enforcement of implementation that are published in authoritative, decisive pursuance of the provisions. Under these conditions, the mediation was the result of practically oriented research in the field of cheaper and more effective conflict resolution. The second theory focuses on the more abstract criteria of the introduction of mediation. They are based on the assumption of the need of the implementation citizens' freedoms and rights to improve access to justice. So, it was necessary to create new forums where conflicts would have been solved. These forums would make it possible to go beyond the rigid rules of procedural and substantive law, which are sometimes a barrier in reaching satisfactory solutions²⁹. Among the other reasons for encouraging the development of mediation – the incensement of the public awareness of individual rights and human dignity, willingness to participate and to control procedures where decisions are made directly and they concern individuals - can be also underlined.

Taking into consideration a chronological perspective for the development of mediation in the United States, it should be noted that the earliest institutionalized mediation was conducted on workers' rights. In 1947, relaying on existing institutions at the Labor Department there was created the Federal Mediation and Conciliation Service (FMCS). It was assumed that agreements between workers and employers developed by conciliation will allow obtaining more efficient stabilization of the area of employment and production, particularly by reducing the harmful effects of strikes³⁰.

Crucial for the development of mediation was the second part of the twentieth century; especially the 60s and 70s, when basing on the Civil Rights Act of 1964 there were established two important institutions for the development of mediation.

²⁸ E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym. Zastosowanie w Europie i w Polsce*, Warszawa 2007, p. 243.

²⁹ *Ibidem*, p. 5–6.

³⁰ C.W. Moore, *op. cit.*, p. 23.

The first was the Community Relations Service (CRS) at the Department of Justice. Its task was to mediate in local communities in the conflict of discrimination on grounds of race or nationality. The second agenda was the Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), which investigated discrimination in the workplace and created against this background that led to the dispute mediation. In parallel with the activities of the state administration in the field of anti-discrimination there were developed some programs to promote mediation in local communities. Since the early 60s, the federal government financed the activities of the so-called (NJC's) Neighborhood Justice Centers which were engaged in the conduct of free or low-cost mediation in small neighborhood conflicts and matters of a criminal nature with a low social harm act³¹. Subsequently, the range of cases settled by ADR increased with the issues related to the care of children and divorce cases.

An important step in the development of mediation it was a conference organized in connection with the crisis in the judiciary in 1976, where Professor Frank Sanders of Harvard University presented the concept *multidoor courthouse* justifying the introduction of the justice system, in addition to traditional litigation, new ways of solving disputes cases that were brought to courts. The further development of mediation took place in the 80s when the emergence of a large number of scientific publications³² and branch magazines³³ devoted to this subject can be noticed. The last period of the development of ADR in the United States occurred in the 90s, when the methods of mediation started to be regarded as relevant and they were becoming more common tools to resolve disputes. They were applied to almost all types of civil cases in courts of all instances, starting from lower state courts instances and ending with the federal courts of appeal. Mediation also developed outside the courts – in this period a number of private companies and public organizations that practiced this form of dispute resolution came into existence.

ADR in the United States is full variety of forms. They can be divided into basic (primary), which include negotiation, mediation (conciliation), arbitration³⁴ and non-basic (secondary, hybrid, mixed, combined). The last ones assume the hybrid nature, combining elements from the basic elements of judicial and administrative proceedings such as med-arb, arb-med, small claims courts (courts for minor

³¹ Ibidem, p. 25.

³² W. Ury and others, *Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Cost of Conflict*, San Francisco 1988, p. 120; C.W. Moore, op. cit., p. 23; see also the literature cited in J.T. Barrett, J.P. Barrett, op. cit., p. 215.

³³ For example, "Journal of Dispute Resolution in Missouri/Columbia", "Negotiation Journal"; for more see, J.T. Barrett, J.P. Barrett, op. cit., p. 214.

³⁴ Basically, the basic forms have already established in the culture of statutory law and have been described in the literature, for example R. Świeżak, M. Tański, *Alternatywne metody rozwiązywania sporów. Przegląd zagadnień*, Warszawa 2003; A. Jakubiak-Mironczuk, *Alternatywne a sądowe rozstrzygnięcie sporów sądowych*, Warszawa 2008; A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Mediacja sądowa i pozasądowa. Zarys wykładu*, Warszawa 2009; R. Morek, *Mediacja i arbitraż. Komentarz*, Warszawa 2006; A. Zienkiewicz, *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Warszawa 2007.

civil cases), mini-trial, neutral fact-finding, confidential listening, early neutral evaluation, private judging, online dispute resolution (ODR), summary jury trial (accelerated process by jury), baseball arbitration – last offer arbitration, ombudsman³⁵.

Taking into account the multiplicity of criteria, in addition to basic and hybrid forms of ADR there can be also distinguished varied divisions of ADR: the forms associated with courts (court-annexed) and not associated with courts (out of court) forms; public and private forms; formal and informal forms; voluntary and non-voluntary forms; with binding character and non-binding character forms; forms that are distinguished because of the nature of the potential third person, for example: *mediator, arbiter, moderator, advisor, evaluator, confidential, listener, ombudsman, private judge*³⁶.

Conclusions

In every epochs and cultures in parallel with the occurrence of conflicts there have appeared varied ways of overcoming these difficulties. One of the remedies was mediation. The humanism of mediation is associated with respect for an individual who, as one of the parties of conflict, has the right to participate actively in finding a solution. So, a person is given the impact on these areas of life, which are traditionally decided by the others: judges or arbitrators. Mediation stands out from the other ways of mastering disputes because gives all parties the chance of discursive making decision and expressing the will of seeking creative solutions outside the adjudical legal system. One of the results of the mediation is the harmonization and stabilization of social relations by strengthening the culture of dialogue and setting disputes in a conciliatory manner that prevent their reviving in the future.

The genesis of the modern movement of ADR is associated with the United States, where it was the need to reform the judiciary. The changes had to rely on a more efficient resolution of disputes, but also they should have been adapted to the transformation of civilization in the sphere of justice which essence is expressed in the other understanding of the role of law. The law has not only the right to dictate programs, objectives and means of action but should also create an organizational framework, standards of competence and decision-making procedures that allow social subsystems to solve their problems in an independent way. Such an approach is also a response to the changing structure of modern societies where not only individuals but also groups are becoming more autonomous and reluctant to the

³⁵ Hybrid forms that exist in the United States are presented in: E. Gmurzyńska, *op. cit.*, p. 14–24; R. Tokarczyk, *Prawo...*, p. 331–335.

³⁶ A. Korybski, *op. cit.*, p. 108–135; R. Tokarczyk, *Prawo...*, p. 329; R. Morek, *ADR w sprawach gospodarczych*, Warszawa 2004, p. 75–101; A. Rau and others, *op. cit.*, p. 1–124.

imperious and authoritarian forms of social control. It should be underlined that the success of mediation in the United States became the inspiration for the introduction of mediation programs in the other countries, particularly in Europe.

Streszczenie

Tradycja ADR (Alternative Dispute Resolution) jako alternatywna forma wymiaru sprawiedliwości w amerykańskiej kulturze prawnej

Słowa kluczowe: konflikt, mediacja, alternatywne formy wymiaru sprawiedliwości, prawo precedensowe (*common law*).

Przybierające na sile procesy funkcjonalnego i społecznego różnicowania się systemów społecznych sprawiają, że słabnie znaczenie uniwersalizmu postępowania sądowego. Jednym z efektów pogłębiającej się złożoności i nieprzewidywalności zjawisk społecznych oraz zwiększającego się pluralizmu aksjologicznego jest „rozluźnienie” procedur, w ramach których rozwiązywane są spory i uzgadniane stanowiska, gdyż muszą one być bardziej otwarte i elastyczne, by sprostać dynamice i zróżnicowaniu przemian społecznych. Odpowiedzią na te wyzwania są zmiany zachodzące w języku, strukturach systemu prawa oraz procedurach jego stosowania. Jednym z przejawów tej ewolucji jest pojawienie się „alternatywnych form wymiaru sprawiedliwości”. Są one na ogół mniej sformalizowane, umożliwiają stronom większy wpływ na przebieg i wynik postępowania oraz w większym stopniu uwzględniają subiektywne interesy stron.

Termin „mediacja” nie posiada bezpośredniego odpowiednika w prawie rzymskim. Można jednak odnaleźć pewne powiązania z instytucją określaną mianem *transactio* (umowa stron).

Współcześnie podstawowym pojęciem z obszaru alternatywnych form wymiaru sprawiedliwości jest *Alternative Dispute Resolution* (dalej: ADR), obejmująca kontraktowy (negocjacyjny), mediacyjno-koncyliacyjny i arbitrażowy tryb rozwiązywania oraz rozstrzygania konfliktów, a także inne pokrewne formy mieszane. Podstawowym celem ADR jest wsparcie (uzupełnienie) sądu jako instytucji rozstrzygającej spory zmierzające do udoskonalenia tradycyjnego wymiaru sprawiedliwości. W porównaniu do postępowania sądowego procedury alternatywne są bardziej elastyczne, zorientowane na decyzyjną podmiotowość stron.

Adam Świętoń

Katedra Powszechnej Historii Prawa, Prawa Rzymskiego i Komparatystryki Prawniczej
Wydział Prawa i Administracji UWM

Odpowiedzialność żołnierzy za szkody wyrządzone na majątku osób prywatnych (*privati*) w świetle 7 księgi Kodeksu Teodozjańskiego – zarys problemu

Wprowadzenie

W okresie późnego antyku interakcje pomiędzy żołnierzami a resztą społeczeństwa rzymskiego nasilały się. Decydującą rolę odegrało w tym kilka czynników: legiony dyslokowane w prowincjach dostarczały wykwalifikowanej kadry urzędniczej dla *officium* namiestnika prowincji, zatem armia rzymska stawała się coraz bardziej istotnym elementem aparatu administracji¹, w efekcie żołnierze wspomagali działania władz prowincjonalnych w poborze kontrybucji i podatków oraz utrzymaniu porządku publicznego². W okresie reform z przełomu III i IV wieku obecność wojska w strukturach administracji była już na tyle zauważalna, że odbiła się na zasadach organizacji pionu administracji cywilnej (*militia cohortalis*)³ oraz stosowa-

¹ W okresie wczesnego cesarstwa duży odsetek służących w biurze (*officium*) namiestnika prowincji stanowili żołnierze (por. D. 1.16.4.1). Ich wprowadzanie do służby przy namiestniku zaczęło się już w schyłkowym okresie republiki, z czasem delegowano do *officia* coraz więcej legionistów. *Officium* namiestnika z pewnością powieliło wzorce wojskowej biurokracji, prowadzącej skrupulatne rejestry i wykazy, czego dowodem jest późnoantyczna terminologia. O procesie „militaryzacji” administracji państwa zob. R. MacMullen, *Soldier and civilian in the later Roman Empire*, Cambridge 1963 i n.; R.S. O Tomlin, *Notitia Dignitatum omnium, tam civilium quam militarium*, [w:] R. Goodburn, P. Bartholomew (red.), *Aspects of the Notitia Dignitatum. Papers presented to the Conference in Oxford. December 13 to 15, 1974*, Oxford 1976, s. 191 i n.; B. Rankov, *The governor's men: the officum consularis in provincial administration*, [w:] A. Goldsworthy, I. Haynes (red.), *The Roman Army as a community*, Portsmouth 1999, s. 18 i n.

² R. MacMullen, *Soldier and civilian...*, s. 50 i n.

³ Funkcjonującej obok nowo tworzonego (z różnorakim skutkiem) pionu administracji wojskowej – *militia armata*. Zob. A.H.M. Jones, *The Later Roman Empire 284–602. An social economic and administrative survey*, Oxford 1964, s. 378.

nej nomenklaturze⁴. W IV wieku armia rzymska pełniła pewną rolę w poborze podatków przeznaczanych na cele wojskowe – *annona militaris*, *collatio equorum* oraz *vestis collatio*⁵. Systematycznemu poborowi tych podatków, często przeprowadzanemu przez żołnierzy (wbrew intencji władz), towarzyszyły liczne nadużycia (w tym pobór ponad miarę, *superexactio*) i akty przemocy wobec *privati*⁶. Ponadto w okresie późnego antyku żołnierze pojawili się w dużej liczbie w przestrzeni miejskiej, będącej dotychczas we władaniu *privati*.

W rzymskiej tradycji miasto było obszarem, w którym *milites* pojawiali się rzadko. Pierwotna przyczyna miała charakter czysto polityczny i wywodziła się z republikańskiego zwyczaju, zaś późniejsze czynniki geopolityczne wpłynęły na rozmieszczenie oddziałów wojskowych na słabo zurbanizowanych obszarach położonych wzdłuż *limes*, w ufortyfikowanych obozach (które, *notabene*, często stanowiły zaczątek ośrodków miejskich), a kohorty pretoriańskie w Rzymie stanowią wyjątek potwierdzający regułę. Nawet w sytuacji, gdy oddziały wojskowe stacjonowały w mieście, z reguły były izolowane od miejskiej społeczności⁷. Reformy militarne Dioklecjana i Konstantyna Wielkiego były zaczątkiem zmian – wraz z nadejściem armii mobilnych (*comitatenses*), niezwiązanych z konkretnym odcinkiem

⁴ Termin *militia*, oznaczający służbę wojskową, zaczął być w IV wieku stosowany także na określenie służby urzędniczej. Rzymska administracja zachowała wiele cech militarnych: stroje urzędników miały wojskowe elementy (pas żołnierski, *cingulum*), a stopnie urzędnicze czy pewne przywileje prawne (np. *peculium quasi castrense*) wykazują wojskowy rodowód. Zob. A.H.M. Jones, *The Later Roman Empire 284–602...*, s. 377 i n., s. 566 i n.

⁵ Mimo że pobór podatków powinni przeprowadzać cywilni urzędnicy (w późnym antyku za pobór na poziomie podstawowym odpowiadał *praeses provinciae* (A.H.M. Jones, *The Later Roman Empire 284–602...*, s. 374), przez cały okres cesarstwa angażowano do tej działalności żołnierzy, którzy wykorzystywali sytuację do dokonywania wymuszeń (R. MacMullen, *Soldier and civilian...*, s. 60–62). W IV wieku armia była z pewnością żywotnie zainteresowana poborem *annona militaris*, ściąganej z reguły w naturze (potem równowartości w pieniądzu), służącej do zaopatrywania żołnierzy w żywność, paszę dla koni czy broń. Podobnie jak *annona militaris*, *vestis collatio* był podatkiem pobieranym w naturze (później z możliwością uiszczania w pieniądzu). Jego celem było zaopatrzenie żołnierzy w ubrania. *Collatio equorum* miał na celu dostarczanie wojsku koni. Zob. R. Delmaire, *La caisse des largesses sacrées et l'armée au Bas-Empire*, [w:] *Armées et fiscalité dans le monde antique*, Paris 1977, s. 315 i n.; C. Vogler, *La rémunération annonaire dans le Code Théodosien*, „Ktema” 4/1979, s. 297 i n.; J-M. Carrié, *L'Esercito: trasformazioni funzionali ed economie locali*, [w:] A. Giardina (red.), *Società Romana e Impero Tardoantico*, t. 1: *Istituzioni, ceti, economie*, Roma – Bari 1986, s. 454 i n.; J.A. Sheridan, *Columbia Payri IX. The Vestis Militaris Codex*, Atlanta 1998, s. 87 i n.; R. Delmaire, *Largesses sacrées et res privata. L'arearium impèrial et son administration du IVe au VIe siècle*, Rome 1989, s. 314–321, 332–345; J. Wiewiorowski, *Udział gubernatorów późnorzymskich w dostawach annona militaris w świetle Kodeksu Teodozjańskiego*, [w:] D. Bogacz i M. Tkaczuk (red.), *Podstawy materialne państwa. Zagadnienia historyczno-prawne*, Szczecin 2006, s. 3 i zamieszczony tam wykaz literatury; A. D. Lee, *War in Late Antiquity. A social history*, Malden – Oxford – Carlton 2007, s. 86. i n.

⁶ Terminem *privatus* określano osoby niezwiązane ze służbą publiczną (*militia armata* i *militia cohortalis*). Zob. A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, s. 651, s.v. *privatus*.

⁷ O obecności żołnierzy w miastach w okresie wczesnego cesarstwa zob. R. MacMullen, *Soldier and civilian...*, s. 77 i n.; N. Pollard, *Soldiers, cities and civilians in Roman Syria*, Michigan 2000, s. 38 i n.

limes, pojawił się problem kwaterowania całych oddziałów wojskowych w miastach, co rodziło wiele tarć między żołnierzami i lokalną społecznością. W tych okolicznościach kwestia odpowiedzialności za szkody wyrządzone na majątku osób prywatnych przez żołnierzy (zarówno prostych, szeregowych *milites*, jak i zajmujących wyższe miejsce w hierarchii *virii militares*) nabrała znaczenia i stanowi ciekawy, wart przybliżenia problem. W rozważaniach pominięte zostały jednakże zagadnienia związane ze szkodami wyrządzonymi przez żołnierzy na skutek popełnienia przez nich przestępstw wojskowych (*delictum militare*), np. dezercji czy *emansio*⁸, którym towarzyszył inny typ deliktu (kradzież lub *latrocinium*⁹), ponieważ podlegały one karaniu na gruncie *disciplina militaris*, będąc związane z regulacjami w obrębie wojskowego prawa karnego. Uwagę autora przyciągnęły szkody, które powstawały w wyniku nadużycia prawa podczas wykonywania przez żołnierzy powierzonych im zadań lub korzystania z przyznanych im uprawnień.

Codex Theodosianus, najważniejsze źródło jurydyczne dla okresu IV i V wieku, zawiera niewielką liczbę regulacji odnoszących się do omawianej problematyki. Kilka konstytucji cesarskich bezpośrednio porusza kwestię szkód wyrządzanych ludności cywilnej przez wojsko, kilka innych zaledwie pośrednio do niej nawiązuje. W porównaniu z ilością zachowanych w Kodeksie konstytucji poświęconych nadużyciom względem *privati*, jakich dopuszczali się podczas wykonywania swoich obowiązków urzędnicy administracji cywilnej (*militia cohortalis*), jak np. *agentes in rebus* czy poborcy podatkowi, liczba zachowanych regulacji poświęconych podobnym nadużyciom ze strony żołnierzy jest nieproporcjonalnie mała, chociaż źródła literackie przekazują informacje o licznych przypadkach takich zachowań. Konstytucje te można podzielić na dwie główne grupy:

- a) odnoszące się do szkód spowodowanych przez pojedynczych żołnierzy;
- b) odnoszące się do szkód spowodowanych przez oddziały wojskowe.

Szkody powstałe w związku z kwaterunkiem żołnierskim

W pierwszej grupie przeważają konstytucje związane z korzystaniem przez żołnierzy z prawa kwaterunku w prywatnych domach. Proces pojawiania się żołnierzy w przestrzeni zurbanizowanej rozpoczął się w okresie wczesnego cesarstwa. Już

⁸ Było to przestępstwo bliskie dezercji (D. 49.16.3.2 – *Emansor est, qui diu vagatus ad castra regreditur*). Żołnierz popełniał je wskutek nieuzasadnionego spóźnienia podczas powrotu do jednostki z urlopu (*commeatus*). Zob. także M.P. Speidel, *Roman Army Studies*, t. 2, Stuttgart 1992, s. 330(282)–341(294); G. Wesch-Klein, *Commeatus id est tempus, quo ire, redire quis possit. Zur Gewährung von Urlaub im römischen Heer* [w:] G. Alföldy, B. Dobson, W. Eck (red.), *Kaiser, Heer und Gesellschaft in der Römischen Kaiserzeit*, Stuttgart 2000, s. 459–471.

⁹ O bandytyzmie dezercerów zob. A. Świętoń, *Desertores et latrones. Problem żołnierzy-rozbójników w świetle konstytucji cesarskich zachowanych w Kodeksie Teodozjańskim*, „Studia Prawnicze KUL” 2–3 (30–31)/2007, s. 85–96.

w połowie II wieku takie miasta, jak Rzym, Palmyra, Dura-Europos, Argentoratum czy Londinium, posiadały stałe garnizony wojskowe, jednakże były one oddzielone od populacji miejskiej barierą fizyczną, stanowiąc izolowane obszary (np. *Castra Praetoria* w Rzymie lub ufortyfikowane koszary w Dura-Europos¹⁰). Pojawienie się w początkach IV wieku armii *comitatenses* zmieniło dotychczasową strategię trwałego przywiązywania legionów do wybranych obszarów stacjonowania¹¹. Od tego momentu owe „mobilne” armie przemieszczały się po *Imperium Romanum* w zależności od militarnych potrzeb. Jako że miasta położone w rzymskim interiorze nie posiadały wystarczającej infrastruktury (koszary, stajnie), która mogłaby zaspokoić doraźne potrzeby dużych jednostek wojskowych¹², *comitatenses* wykorzystywali infrastrukturę cywilną. Żołnierze mieli prawo kwaterować w domach prywatnych¹³.

W *Codex Theodosianus* zachowane zostały konstytucje dotyczące tzw. *onus metatorum* (*munus hospitalitatis*), czyli ciężaru publicznego spoczywającego na właścicielach prywatnych nieruchomości, zobowiązanych do zapewnienia przestrzeni mieszkalnej żołnierzom¹⁴. Dostarczają one interesujących informacji na temat

¹⁰ R. MacMullen, *Soldier and civilian...*, s. 79 i n.

¹¹ Jak wzmiankuje Zosimos, za panowania Konstancy Wielkiego część żołnierzy została wycofana z rejonów nadgranicznych i rozmieszczona po miastach (Zos. II. 34). Część sił wojskowych (*limitanei*) pozostawiono jednak w stałych nadgranicznych garnizonach. O armiach *comitatenses* i powodach ich powołania zob. H.M.D. Parker, *The Legions of Diocletian and Constantine*, „The Journal of Roman Studies” 23/1933, s. 182 i n.; M. Nicasie, *Twilight of Empire. The Roman Army from the reign of Diocletian until the battle of Adrianople*, Amsterdam 1997, s. 4 i n.; B. Campbell, *The Roman Empire*, [w:] K. Raaflaub, N. Rosenstein (red.), *War and Society in the Ancient and Medieval Worlds. Asia, The Mediterranean, Europe, and Mesoamerica*, Cambridge – London 1999, s. 233. O *limitanei* i ich genezie zob. J. Wiewiorowski, *Sytuacja prawna osadników wojskowych nad dolnym Dunajem. Refleksje na podstawie noweli 24 cesarza Teodozjusza II z 443 r.*, [w:] H. Olszewski (red.), *Studia z historii ustroju i prawa. Księga dedykowana Profesorowi Jerzemu Walachowiczowi*, Poznań 2002, s. 461, przyp. 1, a także ogólne opracowanie zagadnienia przez H. Elton, *Military forces*, [w:] P. Sabin, H. van Wees, M. Whithy (red.), *The Cambridge History of Greek and Roman Warfare*, t. II: *Rome from the late Republic to the late Empire*, Cambridge 2007, s. 270–309.

¹² Legion *comitatenses* mógł liczyć średnio 1000 żołnierzy, oddziały jazdy od 350 do 500 jeźdźców. Liczby te mogły znacząco się różnić w zależności od sytuacji czy teatru działań wojennych. Zob. A.H.M. Jones, *The Later Roman Empire 284–602...*, s. 679–686; R. MacMullen, *How Big was the Roman Imperial Army?*, „Klio” 62/1980, s. 457 i n.; M. Nicasie, *Twilight...*, s. 74; H. Elton, *Warfare in Roman Europe AD 350–425*, Oxford 1996, s. 89.

¹³ Kwaterunek wojskowy w domach prywatnych praktykowano znacznie wcześniej (N. Pollard, *Soldiers, cities...*, s. 67), jednak na szerszą skalę był stosowany dopiero w późnym antyku. Rozproszenie żołnierzy rozwiązywało problemy logistyczne, wpływało jednak niekorzystnie na dyscyplinę i gotowość bojową (P. Southern, *The Late Roman...*, s. 171).

¹⁴ Tych 16 konstytucji znajduje się w księdze 7 pod tytułem 8: *De metatis*. Zob. także A. Świętoń, *Przymusowy kwaterunek wojskowy w IV i V w. n. e i związane z nim nadużycia*, [w:] M. Kuryłowicz, H. Kowalski (red.), *Contra leges et bonos mores. Przystępstwa obyczajowe w starożytnej Grecji i Rzymie*, Lublin 2005, s. 343–350. Ponieważ oprócz armii po cesarstwie często przemieszczał się obszerne cesarski dwór (*comitatus*) lub mniejsze grupy urzędników, *onus metatorum* wprowadzono także w ich interesie (A.H.M. Jones, *The Later Roman Empire 284–602...*, s. 367). W związku z tym konstytucje zamieszczone we wspomnianym tytule (a także inne, pośrednio związane z przymusowym kwaterunkiem, zamieszczone w tytułach 9: *De salgamo hospitibus non praebendo*, 10: *Ne quis in palatiis maneat* i 11:

potencjalnych konfliktów, jakie mogły powstawać pomiędzy żołnierzem a właścicielem lub posiadaczem kwatery. Kluczowa konstytucja, wydana 6 lutego 398 r. przez cesarzy Arkadiusza i Honoriusza, zobowiązywała właściciela lub posiadacza domu do wydzielenia trzeciej jego części na potrzeby kwaterunkowe, przy czym przy wyznaczaniu przestrzeni należnej żołnierzowi przestrzegano reguły, według której właściciel wybierał 1/3 przestrzeni, następnie wyboru dokonywał żołnierz, pozostała trzecia część przypadała właścicielowi¹⁵. Ponieważ – jak już wspomniano – obowiązek przyjęcia żołnierza pod dach domu miał charakter powszechnego ciężaru publicznego¹⁶, nie przewidywano w związku z tym żadnej rekompensaty dla właściciela/ posiadacza nieruchomości¹⁷. Konstytucje cesarskie szczegółowo regulowały prawa i obowiązki właściciela, m.in. w zakresie zakwaterowania wojskowych *officiales* w randze *illustris*¹⁸ (którym należała się połowa domu), oraz przywileje zwalniające z *munus*, przyznane niektórym grupom społecznym i zawodowym¹⁹. Podczas wyznaczania przestrzeni kwaterunkowej musiało dochodzić do sytuacji konfliktowych (zwłaszcza w przypadku rezydencji o wyższym standardzie), włącznie z usuwaniem właściciela z części domu, z której ten zgodnie z prawem mógł korzystać²⁰. Odpowiedzialność w przypadku przekroczenia prawa przez żołnierza (a więc zajęcia dla siebie większej części niż przewidziana konstytucją) była uzależniona od zajmowanego stanowiska. *Vir militaris* w randze *illustris* był

Ne comitibus et tribunis lavacra praestentur) mogły odnosić się nie tylko do żołnierzy, ale do wszystkich członków *militia* (*militia cohortalis* i *militia armata*). Por. E. Demougeot, *Une lettre de l'empereur Honorius sur l'hospitium des soldats*, „Revue Historique de Droit Français et Étranger” 4(34)/1956, s. 27.

¹⁵ CTh. 7.8.5.

¹⁶ Por. CTh. 7.8.3: *Ab hospitalitati munere domum privatorum nullus excuset* [...]. Próby uniknięcia tego obowiązku były surowo karane. I tak usunięcie znaku lub napisu umieszczonego przez kwatermistrza (*ensor*, *metator*) na drzwiach domu wyznaczonego na kwaterę od 393 r. było równoznaczne z *crimen falsi* (CTh. 7.8.4).

¹⁷ A.D. Lee, *The Army*, [w:] A. Cameron, P. Garnsey (red.), *The Cambridge Ancient History*, t. XIII: *The Late Empire A.D. 337–425*, Cambridge 1998, s. 230.

¹⁸ Por. CTh. 7.8.5.2, do *dignitates* w randze *illustris* zaliczano *praefectus praetorio*, *praefectus urbi*, *magister militum*, a także najwyższych urzędników pałacowych, jak np. *magister officiorum* (A.H.M. Jones, *The Later Roman Empire 284–602...*, s. 378).

¹⁹ *Immunitas* przysługiwała w tym zakresie senatorom (CTh. 7.8.1, 361 r.), duchownym chrześcijańskim (CTh. 16.2.8, 343 r.), rzemieślnikom pracującym w warsztatach wytwarzających broń (tzw. *fabricenses*, zob. CTh. 7.8.8, wydana w 400 lub 405 r.), od pierwszej połowy IV wieku lekarzom (*medici*) i nauczycielom (*professores litterarum*, *magistri*, *grammatici*) oraz ich żonom i synom (CTh. 13.3.3, 333 r.; 13.3.10, 373 r.; 13.3.16, 414 r.). W roku 444 (Nov. Th. 25) z obowiązku zostały zwolnione położone w Konstantynopolu domy należące do *consulares* i *illustres*. Ponadto kupcy i rzemieślnicy nie mieli obowiązku wydzielać pod kwaterunek tej części domu, w której znajdował się sklep lub warsztat (CTh. 7.8.5.1, 398 r.).

²⁰ Ustawodawca był świadomy tego, jak dokuczliwy był to ciężar – określał go niekiedy jako *molestia* (CTh. 7.5.8). Kwaterujący żołnierze i oficerowie mogli nadużywać swojego prawa poprzez nieuzasadnione wydłużanie pobytu (sugeruje to tekst konstytucji z 413 r.: CTh. 7.8.10.2). Niekiedy żołnierze domagali się wyznaczenia w prywatnym domu kwatery, mimo iż byli właścicielami domu położonego w tym samym mieście (por. CTh. 7.8.15). Zarządzono, że w takim przypadku żołnierze musieli korzystać z własnego domu, który w zamian był wolny od *munus hospitalitatis*.

zobowiązany do zapłaty kary finansowej w wysokości 30 *libra*²¹ złota na rzecz skarbu cesarskiego (*fiscus*), pozostali byli pozbawiani stanowiska (*ceteri vero militia sciunt se esse privandos...*²²), jednak nie wiadomo, czy było to związane z degradacją, przeniesieniem do innego, gorszego rodzaju służby (*gradus deiectio* lub *militiae mutatio*) czy też równoznaczne z usunięciem z wojska. Ponadto w konstytucji wydanej 12 czerwca 413 r. dla diecezji Afryki zakazywano kwaterującym domagania się czegokolwiek od gospodarzy pod karą grzywny w wysokości 10 *libra* złota²³. Kary te miały zatem albo charakter dyscyplinarny albo administracyjny. Jednakże brak jest w treści konstytucji poświęconych *onus metatorum* odpowiedzi na pytanie, jak kształtowała się w tym przypadku odpowiedzialność odszkodowawcza względem pokrzywdzonego właściciela zarówno w przypadku pozbawienia go przestrzeni mieszkalnej, jak i wszelkich szkód wyrządzonych w okresie zakwaterowania.

Konstytucje o interesującej treści można odnaleźć w 9 tytule tej samej księgi (CTh 7.9: *De salgamo hospitibus non praebendo*). Poświęcone zostały kwestii wymuszania przez zakwaterowanych żołnierzy od swoich gospodarzy oliwy, drewna na opał i tym podobnych artykułów pierwszej potrzeby (tzw. *salgamum*), co było częstą praktyką²⁴. Ustawodawca dawał właścicielom lub posiadaczom nieruchomości przyzwolenie do udzielania żołnierzom tego rodzaju pomocy (kojarząc ją, poprzez użycie sformułowania *humanitas*, z uprzejmym i cywilizowanym zachowaniem), zakazywał jednak stosowania przez żołnierzy jakichkolwiek wymuszeń²⁵. Zakaz został dobitnie sprecyzowany w konstytucji cesarza Konstancjusza i Konstansa

²¹ Jednostka wagi (ok. 330 g.).

²² CTh. 7.8.5.3.

²³ CTh. 7.8.10. Ogłoszenie konstytucji, która brała w ochronę ludność diecezji, można wiązać z obecnością tam dużej liczby wojsk rzymskich, które tłumili bunt wszczęty przez *comes Africae* Herakliana w początkach 413 r. (por. J. R. Martindale, *The Prosopography of the Later Roman Empire*, t. II: *AD. 395–537*, Cambridge 1980, s. 539, s.v. *Heraclianus* 3). Kara 10 *libra* przewidziana była głównie dla urzędników cywilnych, którzy powołując się na nadzwyczajne okoliczności, mogli wysuwać nadmierne żądania w stosunku do gospodarzy, aczkolwiek mowa jest także o *metator* oraz ogólnie o przedstawicielach władzy (*militans vel agens*).

²⁴ Żołnierze mieli w zwyczaju żyć na koszt swoich gospodarzy, których skargi kierowane do przełożonych pozostawały bez odpowiedzi. Zob. R. MacMullen, *Soldier and civilian...*, s. 84, przyp. 27, s. 86 (tamże przywołanie CIL. 3. 12336 z 238 r.). Zabierali ubrania i żywność. Często nie płacili w sklepach za towar, rabowali kupców (A.H.M. Jones, *The Later Roman Empire 284–602...*, s. 631–632; J.H.W.G. Liebeschuetz, *Antioch. City and imperial administration in the Later Roman Empire*, Oxford 1972, s. 11). O wymuszeniach informuje także Ulpian (D. 1.18.6.5–6). Słowo *salgamum* (l. mn. *salgama*) pierwotnie oznaczało zakonserwowane w solance lub occie owoce lub warzywa, w późnym antyku mogło oznaczać rzeczy niezbędne do przygotowania posiłku i odświeżenia się (*Paulys Real-Encyclopädie des Classischen Altertumswissenschaft*, 2.1.[R–Z], Stuttgart 1920, kol. 1870–1871, s.v. *salgama*).

²⁵ W edykcie skierowanym do *provinciales* wydanym w roku 340 (CTh. 7.9.1) cesarze Konstancjusz i Konstans napominali: *ut nec spontanea in vobis humanitas retardetur nec contra voluntatem vestram ac patronorum vestrorum familiaris res adteratur*.

ogłoszonej w 340 (lub 342) r., skierowanej do Flawiusza Domicjusza Leonejusza, *praefectus praetorio Orientis*²⁶.

IDEM AA. LEONTIO PRAEFECTO PRAETORIO.

Ne quis comitum vel tribunorum aut praepositorum aut militum nomine culcitas lignum oleum a suis extorqueat hospitibus nec volentibus, vel magistratibus vel hospitibus in praedictis speciebus aliquid auferant, sed provinciales sint nostri ab hac praebitione securi, comitibus tribunis vel certe praepositis militibusque gravi vexationi subiacentibus.

DAT. V ID. OCT. CONSS

Zgodnie z treścią konstytucji nikt nie mógł, powołując się na rangę wojskową, niezależnie czy wysoką (*comes*), średniego szczebla (*tribunus, praepositus*), czy też najniższą (*miles*), żądać wydania dla siebie materacy (*culcitrae*), drewna na opał (*lignum*) czy oliwy (*oleum*). Urzędnicy municypalni lub sami gospodarze goszczący żołnierzy mogli dobrowolnie udzielać żołnierzom pomocy, jednakże sami mieli być wolni od obowiązku dostarczania *salgamum* na żądanie. W tekście konstytucji nie zachowała się informacja o rodzaju kary grożącej żołnierzom za wymuszenia (poza tym, że była ona surowa – *gravis vexatio*). Zakaz powtórzono w konstytucji wydanej 29 lipca 393 r. w Konstantynopolu przez Teodozjusza I²⁷, skierowanej do wszystkich wyższych dowódców wojskowych armii Wschodu²⁸. Zaprowadzano w tym czasie porządek w sprawach wojskowych i przygotowywano się do wojny z uzurpatorem Eugeniuszem, zatem ponowienie restrykcji było zachowaniem właściwym w obliczu koncentracji armii²⁹. Zakaz pojawia się także w konstytucji Honoriusza i Teodozjusza II z 416 r.³⁰

Żadna z zachowanych w Kodeksie konstytucji poświęconych wymuszaniu *salgamum* nie precyzuje niestety kwestii odpowiedzialności żołnierza. Niejasna

²⁶ CTh. 7.9.2. Zob. A.H.M. Jones, J.R. Martindale, J. Morris, *The Prosopography of the Later Roman Empire*, t. I, Cambridge 1971, s. 502, s.v. Fl. Domitius Leontius 20.

²⁷ CTh. 7.9.3. IMPPPP. VALENTINIANUS, THEODOSIUS ET ARCADIUS AAA. ABUNDANTIO, STILICHONI ET CETERIS COMITIBUS UTRIUSQUE MILITIAE. *Nemo militum a suo hospite salgami aliquid nomine postulet, id est ne lignum aut oleum culcitraeve poscantur.* DAT. IIII KAL. AUG. CONSTANTINOPOLI THEODOSIO A. III ET ABUNDANTIO V C CONSS.

²⁸ M. in. do Flawiusza Abundantiusza, *comes et magister utriusque militiae* oraz *magister utriusque militiae per Thracias* Stylichona. A.H.M. Jones, J.R. Martindale, J. Morris, *The Prosopography...*, s. 4, s.v. Flavius Abundantius; s. 853, s.v. Flavius Stilicho.

²⁹ W początkach tego roku rozszdono spór o zakres jurysdykcji pomiędzy *magister militum per Orientem* Addeuszem a namiestnikiem prowincji (*corrector*) *Augustamnica* (CTh. 1.5.10, CTh. 1.7.2), rozpoczęto oczyszczanie armii z tych, którzy awansowali niezasłużenie (CTh. 6.24.5, CTh. 7.3.1), ukrócono żądania wypłacania *annona militaris* w postaci pieniędzy (CTh. 7.4.18, CTh. 7.4.20). Gromadzenie wojska na wojenną wyprawę wywoływało napięcie pomiędzy armią a ludnością cywilną – żołnierze widocznie nie przejmowali się dyscypliną, a mieszkańcy miast zaczęli stosować bierny opór. Wspomniany już wcześniej zakaz wycierania znaku pozostawionego na ścianie domu przez *metator* (CTh. 7.8.4) został wydany dość krótko po konstytucji dotyczącej *salgamum*. Symptomatyczna jest treść konstytucji z grudnia tegoż roku, poświęcona oskarżeniom o *adulterium* kierowanym w stronę *virii militares* (zob. CTh. 9.7.9).

³⁰ CTh. 7.9.4.

wzmianka o surowej karze (*gravis vexatio*) widoczna w tekście CTh. 7.9.2 nie wyjaśnia wiele. Z pewnością kara ta miała charakter dyscyplinarny (konstytucja CTh. 7.9.1 wyraźnie wskazuje na możliwość wniesienia skargi na żołnierza do wyższego oficera, określonego jako *praepositus*³¹, co wiązało się ze sferą *disciplina militaris*). Krótka wzmianka autorstwa Ammianusa Marcellinusa³² o środkach podjętych odnośnie do żołnierzy kwaterujących w syryjskiej Antiochii i okolicach przed rozpoczęciem perskiej wyprawy cesarza Juliana (363 r.) potwierdza, że żołnierskie nadużycia związane z kwaterunkiem spotykały się z karami dyscyplinarnymi, których surowość zależała od wymierzającego je dowódcy. Jednakże nic nie wiadomo o odpowiedzialności odszkodowawczej. W treści konstytucji brakuje jakiegokolwiek sugestii związanej z możliwością uzyskania rekompensaty za szkody poniesione przez właściciela nieruchomości przyjmującej żołnierzy.

Problem podobny do wymuszania *salgamum* stanowiły wysuwane przez oficerów i urzędników wojskowych średniego szczebla żądania dostarczenia przez miejskie rady drewna służącego do podgrzewania wody w prywatnych łaźniach lub przejęcia przez *privati* i *curiales* kosztów z tym związanych. Dwie konstytucje zachowane w tytule 11 księgi 7 Kodeksu (*Ne comitibus et tribunis lavacra praestentur*) zostały wydane w reakcji na tego rodzaju nadużycia. W tej wydanej 27 października 406 r. przez cesarzy Arkadiusza, Honoriusza i Teodozjusza II i zaadresowanej do *praefectus praetorio Orientis* Anthemiusza³³ czytamy:

IMPPP. ARCADIVS, HONORIVS ET THEODOSIVS AAA. ANTHEMIO PRAEFECTO PRAETORIO.

Omnes vel ex pristini severitate decreti vel ex hoc sacro praecepto, quod sub eadem poena profertur, inquietudinem a curiis et civitatibus praecipimus prohiberi nec ullas privatas ab his succendi balneas ad tribunorum sive ad minorum comitum usus, sed illustribus tantum viris comitibus ac magistris militum, si tamen id voluerint, concessum esse cognoscant hoc ministerium.

DAT. V KAL. DEC. CONSTANTINOPOLI ARCADIO A. VI ET PROBO V C CONSS

Zgodnie z treścią konstytucji prawo do domagania się od *privati* i władz municipalnych pokrycia kosztów skorzystania z prywatnej łaźni mieli tylko *comites* w randze *illustris* oraz *magistri militum*, a więc osoby stojące najwyżej w hierarchii *militia armata*. Jednakże, zgodnie z przekazem źródłowym, przywilej ten uzurpowali sobie także *comites* niższej rangi i trybuni. Praktyka taka była zakazana znacznie wcześniej – w pierwszych liniijkach tekstu cesarze powołują się na uprzednio wyda-

³¹ *Praepositus* miał rangę niższą od trybuna, dowodził mniejszymi oddziałami, niemniej jednak zastosowanie tej nazwy było bardzo powszechne, i trudno umiejscowić *praepositi* w konkretnym miejscu wojskowej hierarchii. Zob. R. Grosse, *Die Rangordnung der römischen Armee des 4.–6. Jahrhunderts*, „Klio” 15/1918, s. 25 i n. Ponadto termin *praepositus* był używany w ogólnym sensie na oznaczenie osoby, której powierzono dowodzenie (A.H.M. Jones, *The Later Roman Empire 284–602...*, s. 640). Zatem w konstytucji użycie tego słowa wcale nie musiało być związane z terminem technicznym, a mogło oznaczać przełożonego.

³² Ammianus Marcellinus, XXII. 12.6.

³³ CTh. 7.11.1. Zob. J. R. Martindale, *The Prosopography...*, s. 93, s.v. Anthemius 1.

ną niezidentyfikowaną konstytucję (*ex pristini severitate decreti...*) i ustalone w niej kary. Natura kar nie jest jednak znana³⁴. Kolejna konstytucja Honoriusza i Teodozjusza II, wydana 28 lipca 417 r.³⁵, stanowi:

IMPP. HONORIUS ET THEODOSIUS AA. MONAXIO PRAEFECTO PRAETORIO.

Lege dudum lata, quae omnem licentiam exigendi ab provincialibus lavacra tribunis et comitibus inferioribus denegavit, duces limitis Eufratensis diurnos tremisses pro lignis et balneis exegisse comperimus. Ideoque praecipimus memorati limitis duces, quos abhinc triennio talia sibi contra legem lucra vindicasse constiterit, in duplum ea redhibere et in posterum sub eiusdem poenae metu hanc exactionis licentiam prohiberi.

DAT. V KAL. AUG. CONSTANTINOPOLI HONORIO A. XI ET CONSTANTIO II V C CONSS

W związku z wymuszeniami kwot pieniężnych w wysokości 3 *tremisses*³⁶ dziennie na drewno i łaźnię (*pro lignis et balneis...*), dokonanych na przestrzeni minionych trzech lat przez dowódców wojsk *limitanei* stacjonujących na granicy rzymsko-perskiej (*duces limitis Eufratensis*), sprawcy wymuszenia winni byli zwrócić poszkodowanym podwójną wartość szkody (*in duplum ea redhibere...*). Nie jest pewne, czy sankcja ta została wprowadzona w związku z opisanymi w konstytucji wydarzeniami (na co mogłyby wskazywać słowa: *et in posterum sub eiusdem poenae metu hanc exactionis licentiam prohiberi*), czy też obowiązywała wcześniej i jest tą samą sankcją, o której wspomina się w zachowanym fragmencie konstytucji z 406 r. (C.Th. 7.11.1). Ciekawostką jest fakt, że konstytucja z 406 r. nie zabraniała (na ile pozwala tak sądzić zachowany materiał źródłowy) *expressis verbis* dowódcom *limitanei* w randze *duces* domagania się od *privati* i *curiales* pokrycia kosztów kąpieli w łaźni (mowa w niej była jedynie o niskiej rangi *comites* i trybunach), co stawia pod znakiem zapytania zasadność ukarania *duces*³⁷. W każdym razie konstytucja z 406 r. pojawia się w Kodeksie Justyniana (C. 1.47.1) w postaci interpolowanej – *duces* są już tam wymienieni obok *comites* i trybunów³⁸, poruszono też kwestię odszkodowania *in duplum* (*dupli poena violatoribus huius sanctionis imminente...*).

Nadmierne żądania wysuwali także prości żołnierze. Zaświadcza o tym treść konstytucji Walentyniana i Walensa z 27 maja 364 r., skierowanej do naczelnika jazdy (*magister equitum*) Wiktora, będącej reakcją na raport (*suggestio*) *comes rei*

³⁴ R. MacMullen ma wątpliwości, czy jakkolwiek kara za takie zachowanie była wymierzana. Zauważa, że w niektórych przypadkach naruszania obyczajności czy porządku publicznego dowódcy stosowali jedynie upomnienie (R. MacMullen, *Soldier and civilian...*, s. 84–85 przyp. 31).

³⁵ C.Th. 7.11.2.

³⁶ Były to złote monety o wadze 1/3 solidy (*solidus*). A.H.M. Jones, *The Later Roman Empire 284–602...*, s. 207; F. Carli, *L'oro nella tarda antichità: aspetti economici e sociali*, Torino 2009, s. 287.

³⁷ Pamiętając jednakże o lukach w materiale źródłowym wynikających z natury zabiegów, jakim poddano oryginalną treść konstytucji cesarskich podczas redagowania Kodeksu.

³⁸ Por. [...] *ab his succendi balneas ad tribunorum sive ad minorum comitum usus* (C.Th. 7.1.11) i [...] *ab his succendi balnea ad tribunorum vel ducum aliorumve militarium comitum usus* (C. 1.47.1).

militaris Ursycyna³⁹. Konstytucja została wydana w położonej w diecezji Tracja stacji poczty cesarskiej Bona Mansio⁴⁰ podczas przemarszu obu cesarzy wraz z towarzyszącą im armią do Naissus i Sirmium.

IDEM AA. AD VICTOREM MAGISTRUM MILITUM.

In provinciis statione militum adfici possidentes ursicini comitis suggestione cognovimus, a quibus superstatutorum grave atque inusitatum quoddam nomen cenaticorum fuerit introductum. Quod magnifica auctoritas tua missis competentibus litteris in omnibus provinciis iubebit aboleri, ut milites recordentur commoda sua, quae in annonarum perceptione adipiscuntur, extrinsecus detrimentis provincialium non esse cumulanda.

DAT. VI KAL. IAN. BONAMANSIONE DIVO IOVIANO ET VARRONIANO CONSS.

Ursycyn donosił, że podczas postojów żołnierze rozproszeni po prowincjach diecezji nakładają na okoliczną ludność „nadmierne i bezprawne ciężary”, które zwą *cenaticum*. Słowo to (zdaniem R. MacMullena greckiego pochodzenia⁴¹) występuje w *Codex Theodosianus* tylko w tej konstytucji. Według A.H.M. Jonesa przedmiotem wymuszenia był darmowy posiłek⁴². Twierdzenie, że pod pojęciem *cenaticum* kryła się jakaś postać *salgamum*, nie wydaje się przekonujące. Kompilatorzy umieścili tę konstytucję w Kodeksie Teodozjańskim pomiędzy tekstami poświęconymi *annona militaris*. Sugeruje to, że prawdopodobnie w maju 364 r. w Tracji doszło do nadużyć podczas dokonywania dozwolonych prawem rekwizycji. Żołnierze pobierali więcej *annona* niż wynikało z zobowiązań podatkowych nałożonych na *provinciales* (słowo *superstatutum* oznacza ‘więcej, niż ustalono’, ‘nadmierną ilość’, działanie żołnierzy mogło zatem odpowiadać *superexactio*, jakiego dopuszczali się poborczy podatkowi⁴³). Trzeba przy tym mieć na uwadze morale armii, która przed niecałym rokiem zakończyła katastrofalną kampanię w Persji i doświadczyła w przygnębiająco krótkim czasie straty dwóch cesarzy (Juliana i Jowiana). *Milites* mogli kierować się przekonaniem, że za trudy kampanii należy im się wyjątkowy „dodatek”. Treść konstytucji nie zawiera informacji o sankcjach, cesarz jedynie zobowiązał *magister equitum* do przywrócenia porządku i napomnienia żołnierzy, aby poprzestali na tym, co zgodnie z prawem im się należy. Jest to dosyć łagodne zachowanie, zważywszy, że – jak informuje nas konstytucja Arkadiusza i Honoriusza z 400 r.⁴⁴ – Walentynian karał poborców podatkowych, którzy dopuścili się *superexactio* śmiercią. Zachowanie cesarzy wydaje się jednak zrozumiałe – rozpoczęli dopiero panowanie

³⁹ CTh. 7.4.12. Wiktor dzierżył stanowisko *magister equitum per Orientem*. W konstytucji tytułowany jest jako *magister militum*. Osoba Ursycyna nie jest pewna – nie wiadomo, czy można go utożsamiać z tak szanowanym przez Ammianusa Marcellinusa *magister equitum* (potem *magister peditum*) za rządów Konstancjusza (A.H.M. Jones, J.R. Martindale, J. Morris, *The Prosopography...*, s. 947, s.v. Victor 4, oraz s. 987, s.v. Ursicinus 4).

⁴⁰ J. den Boeft, J.W. Drijvers, D. den Hengst, H.C. Teitler, *Philological and Historical Commentary on Ammianus Marcellinus XXVI*, Leiden – Boston 2008, s. 95.

⁴¹ R. MacMullen, *Changes in the Roman Empire. Essays in the ordinary*, Princeton 1990, s. 68.

⁴² “Free supper” – A.H.M. Jones, *The Later Roman Empire 284–602...*, s. 631.

⁴³ Por. np. CTh. 11.8.1.

⁴⁴ CTh. 11.8.1.

(Walentynian był cesarzem od trzech miesięcy, Walens od dwóch), a do tego mieli pod rozkazami armię o poważnie nadszarpniętym morale.

Szkody spowodowane przez oddziały wojskowe

Inną grupą regulacji odnoszących się do szkód na majątku prywatnym jest ta związana z wyrządzeniem lokalnej społeczności szkód przez wykonujące swoje zadania oddziały wojskowe. Zachowało się kilka interesujących tekstów dotyczących natury szkód, jakie mogły być spowodowane przez obozujących lub maszerujących żołnierzy.

11 marca 398 r. Arkadiusz i Honoriusz skierowali do naczelnika sił zbrojnych we wschodniej części cesarstwa (*comes et magister utriusque militiae per Orientem*) Symplicjusza⁴⁵ konstytucję o następującej treści⁴⁶:

IMPP. ARCADIUS ET HONORIUS AA. SIMPLICIO COMITI ET MAGISTRO UTRISQUE MILITIAE.

Insignis auctoritas tua hac condicione a publicis pratis Apamenis animalia militum prohiberi praecipiat, ut universi cognoscant de emolumentis eorum tuique officii facultatibus duodecim libras auri fisci commodis exigendas, si quisquam posthac memorate prata mutilare temptaverit, non minore decernenda poena, si etiam prata privatorum Antiochenorum fuerint devastata, ita tamen, ut sine laesione provincialium provideant curiales, quo pacto animalium militarium pastui consulatur.

DAT. V ID. MART. CONSTANTINOPOLI HONORIO A. IIII ET EUTYCHIANO V. C. CONSS.

Cesarze napominali naczelnika, aby zabronił żołnierzom wypasu zwierząt wojskowych na łąkach należących do miasta Apamea⁴⁷ pod karą grzywny w wysokości 12 *libra* złota, wymierzonej zarówno żołnierzom łamiącym zakaz, jak i *officium* samego Symplicjusza⁴⁸ na rzecz skarbu cesarskiego (*fiscus*). Ustanowiona kara finansowa była odpowiedzią na rozległe zniszczenia (*mutilatio, devastatio*). Ta sama kara (*non minore decernenda poena...*) została ustanowiona w przypadku niszczenia przez wojskowe zwierzęta prywatnych łąk położonych wokół syryjskiej Antiochii (jednocześnie przypominano, że rady municypalne tych miast miały obowiązek wy-

⁴⁵ J.R. Martindale, *The Prosopography...*, s. 1013, s.v. Simplicius 2.

⁴⁶ CTh. 7.7.3.

⁴⁷ Na wschodzie cesarstwa były cztery miasta o tej nazwie – w Bitynii, Frygii, Mezopotamii oraz Syrii. W konstytucji jest mowa o Apamei syryjskiej położonej nad rzeką Orontes, ponieważ nieco dalej leży wzmiankowane w tekście najważniejsze miasto Syrii – Antiochia. Zob. A.H.M. Jones, *The Cities of the Eastern Roman Provinces*, Amsterdam 1983, s. 578.

⁴⁸ Wymierzanie kary finansowej w przypadku złamania prawa *officium* urzędnika, który miał czuwać nad jego przestrzeganiem, było cechą charakterystyczną późnorzymskiej administracji. Wobec nasilającej się korupcji wprowadzało zasadę odpowiedzialności zbiorowej. Szerzej na ten temat zob. K. Rosen, *Iudex und officium. Kollektivstrafe, Kontrolle und Effizienz in der spätantiken Provinzialverwaltung*, „Ancient Society” 21/1990, s. 273 i n.

znaczenia miejsc wypasu zwierząt wojskowych bez szkody dla własności prywatnej i publicznej⁴⁹). Z treści tej konstytucji wynika, że albo obowiązki rad municypalnych we wspomnianych miastach w odniesieniu do ciężarów publicznych nie zostały dotychczas wyraźnie sprecyzowane, albo żołnierze dopuszczali się nadużyć i bezprawnie korzystali z prywatnych i municypalnych pastwisk. Ponadto o licznych żołnierskich nadużyciach względem właścicieli łąk i dzierżawiących je kolonów informuje treść konstytucji wydanej 5 września 415 r. przez Honoriusza i Teodozjusza II, zaadresowanej do Aureliana, *praefectus praetorio Orientis*⁵⁰. Tego samego dnia skierowano do dowódców wschodnich sił zbrojnych (*comites et magistri militum*) konstytucję, w której mowa o prześladowaniu (*perniciosa molestia*) właścicieli pastwisk przez żołnierzy⁵¹. Mimo że takie działanie zostało określone jako bezprawne, brak jest wzmianki o przewidywanych sankcjach. Można przypuszczać, że były one takie same albo zbliżone do tych przewidzianych konstytucją z 398 r. (CTh. 7.7.3). Zauważalny jest zatem brak jakiegokolwiek odpowiedzialności o charakterze odszkodowawczym (grzywna w wysokości 12 *libra* złota była wpłacana do skarbu cesarskiego).

Inna konstytucja o interesującej treści została wydana 27 maja 391 r. przez cesarzy Gracjana, Walentyniana II i Teodozjusza I⁵². Jej adresatem był dowódca piechoty i jazdy (*comes et magister utriusque militiae*) Richomeres.

⁴⁹ Takie „wojskowe” łąki (*prata*) funkcjonowały w pobliżu permanentnego stacjonowania wojsk (np. na temat pastwisk zlokalizowanych na Półwyspie Iberyjskim zob. A. Hyland, *Equus: the Horse in the Roman World*, London 1990, s. 91). Sytuacja stawała się jednak problematyczna w przypadku przemieszczających się armii *comitatenses*. Rady municypalne musiały zapewne organizować takie pastwiska *ad hoc*.

⁵⁰ CTh. 7.7.4 (IMPP. HONORIUS ET THEODOSIUS AA. AURELIANO PRAEFECTO PRAETORIO ET PATRICIO. *Possessores nihil plus debent, quam quod nostro arbitrio nostrae perennitatis et magnificae sedis tuae dispositione per annos singulos iubentur inferre. Nec vero milites aliquid praesumere debent, nisi quod largitate nostri numinis consequentur. ideoque possessores vel coloni super pratis nullam molestiam patiantur*. DAT. NON. SEPT. DD. NN. HONORIO X ET THEODOSIO VI AA. CONSS). Zob. A.H.M. Jones, J.R. Martindale, J. Morris, *The Prosopography...*, s. 128, s.v. Aurelianus 3.

⁵¹ CTh. 7.7.5 (IDEM AA. COMITIBUS ET MAGISTRIS MILITUM. *Prata provincialium nostrorum perniciosum est militum molestia fatigari. ideoque lege ad amplissimam praefecturam promulgata censuimus, ne hoc deinceps usurpetur. Super qua re universos quorum interest convenire tua magnificentia non moretur, ne permittant possessores vel colonos pratorum gratia qualibet importunitate vexari*. DAT. NON. SEPT. HONORIO X ET THEODOSIO VI AA. CONSS).

⁵² CTh. 7.1.13. Gracjan zakończył panowanie w 383 r. Kompilatorzy justyniańscy, zamieszczając tę konstytucję w Kodeksie (C. 12.35.12), wymienili w *inscriptio* Teodozjusza, Arkadiusza i Honoriusza. Jednak daty ich panowania wciąż nie pokrywają się dokładnie z datą wydania konstytucji. W dniu wydania konstytucji cesarstwem rządili Teodozjusz I, Walentynian II i Arkadiusz (por. także *inscriptio* w innych konstytucjach z tego okresu, np. CTh. 9.14.2). Zob. Á. D’Ors *Parerga historica (Indecencia y polución. Sobre CTh 7.1.13)*, Pamplona 1997, s. 201.

IDEM AAA. RICHOMERI COMITI ET MAGISTRO UTRIUSQUE MILITIAE.

Cum supra virentes fluminum ripas omnis legionum multitudo consistit, id provida auctoritate decernimus, ut nullus omnino immundo fimo sordidatis fluentis commune poculum polluat neve abluendo equorum sudore deproperus publicos oculos nudatus incestet atque ita et turbido potum caeno misceat et confundat aspectum, sed procul a cunctorum obtutibus in inferioribus partibus fluviorum, id est infra tentoria vagos natatus animalium, prouti libitum videtur, exerceat. Sublimis igitur magnificentia tua id sollicitudinis studio et admonitionis praecepto faciet custodiri, ut unusquisque tribunus agnoscat gravi se subdendum esse supplicio, in cuius parte neglectum probabitur quod agnoscit imperatum.

DAT. VI KAL. IUN. VINCENTIAE TATIANO ET SYMMACHO CONSS.

Treść konstytucji dotyczy istotnego problemu, jakim było zanieczyszczanie ujęć wody przez masy obozujących żołnierzy. Stosując kwiecisty styl charakterystyczny dla wielu tekstów prawnych późnego antyku, cesarze ogłaszali, iż kiedykolwiek wojska w wielkiej liczbie (*multitudo legionum*) obozują nad „zielonymi nurtami rzecznyymi”, zabrania się zanieczyszczać brudem i zwierzęcymi ekskrementami (*fimum*) nurt rzeczny służący wspólnemu dobru wszystkich ludzi. Nie wolno także z tego samego powodu obmywać w rzece koni, aby nie zanieczyścić jej końskim potem (*sudor equorum*). Ustawodawca wykazał też troskę o obyczajność, zakazując żołnierzom obmywania zwierząt nago na widoku publicznym⁵³. W celu dokonania ablucji żołnierze wraz ze zwierzętami musieli udać się w miejsce położone w pewnym oddaleniu od skupisk ludności, w dół rzeki, „z dala od namiotów” (*in inferioribus partibus fluviorum, id est infra tentoria...*), aby nieczystości nie skaziły źródeł wody pitnej.

Okoliczności wydania konstytucji wiążą się z pobytom Teodozjusza i jego armii pod dowództwem Richomeresesa w Akwilei, przed powrotem do Konstantynopola po zwycięskiej wojnie z uzurpatorem Magnusem Maksymusem. Jej ogłoszenie musiało być reakcją na skargi *privati* na zachowanie żołnierzy⁵⁴. O tym, że w okolicach Akwilei *milites* dopuszczali się licznych aktów przemocy wobec okolicznej ludności, świadczą nadzwyczajne uprawnienia przyznane latem tego roku *provinciales*, na mocy których mieli oni prawo stawiać żołnierzom-bandytom zbrojny opór⁵⁵.

⁵³ Należy pamiętać o różnicach w kulturze i obyczajach pomiędzy cywilizowanymi mieszkańcami cesarstwa a barbarzyńskimi żołnierzami, którzy za panowania Teodozjusza zaczęli pojawiać się w armii rzymskiej w coraz większej liczbie.

⁵⁴ Á. D’Ors, (*Parerga historica...*, s. 203) uważa, że zdarzenia, do których nawiązuje konstytucja, mogły mieć miejsce w północnej Italii, w okolicach Akwilei (konstytucję wydano w mieście Vincentia – położonym niedaleko Akwilei), pod murami której zakończyła się wojna z uzurpatorem i wokół której koncentrowały się wojska Richomeresesa przed wyruszeniem na wschód. Zob. także ibidem, s. 205.

⁵⁵ CTh. 9.14.2. Mimo że w tekście nie zachowała się informacja o miejscu wydania tej konstytucji, T. Honoré (*Law in the crisis of Empire 379–455 AD. The Theodosian Dynasty and its Quaestors*, Oxford 1988, s. 70) nie ma wątpliwości, że odpowiada za nią kwestor pałacowy przebywającego wówczas w Akwilei Teodozjusza. Można także założyć, że konstytucja była reakcją na skargi płynące z innych części zachodniej części cesarstwa i odzwierciedla upadek porządku publicznego w okresie następującym po wojnie domowej z Maksymusem. Zob. też przypis 66 poniżej.

Intencje ustawodawcy wydają się być czytelne. Chociaż liczba żołnierzy w jednostkach wojskowych w okresie późnego antyku nie była tak duża, jak w okresie pryncypatu, to w przypadku koncentracji liczebność armii mogła osiągać kilkadziesiąt tysięcy ludzi⁵⁶, a należy dodać do tego znaczną ilość pomocników, a także zwierząt pociągowych i wierzchowców (rola konnicy zwiększyła się wydatnie w porównaniu z okresem wczesnego cesarstwa). Obecność kilkunastu lub kilkudziesięciu tysięcy ludzi i znacznej liczby zwierząt intensywnie korzystających ze źródeł wody dla celów ablucji mogła doprowadzić do poważnego ich zanieczyszczenia.

Treść konstytucji nie zawiera żadnych pomocnych informacji na temat odpowiedzialności żołnierzy za szkody w ten sposób wyrządzone. Z pewnością ponosili oni odpowiedzialność o charakterze dyscyplinarnym (aczkolwiek tylko w stosunku do trybunów, którym nakazano przestrzeganie porządku i pilnowanie, czy cesarski nakaz jest egzekwowany, przewidywano w konstytucji wymierzenie niesprecyzowanej surowej kary⁵⁷). Nie jest do końca pewne, w czym interesie została wydana konstytucja. Można ją z jednej strony odczytywać jako próbę ochrony interesu ludności korzystającej z rzeki, nad którą obozowała armia, a także próbę ochrony obyczajności (*pudor*), z drugiej jednak strony regulacje mogły powstać w celu ochrony zdrowia żołnierzy: nakaz mycia zwierząt w dole rzeki, poniżej namiotów (*infra tentoria*), a więc w z dala od miejsc, w których żołnierze czerpali wodę do spożycia, miał zapobiec chorobom lub epidemii. Álvaro D'Ors utrzymuje, że celem konstytucji była ochrona interesu *privati*⁵⁸. Brak jednak bliższych informacji o odpowiedzialności w przypadku zatrucia innych niż rzeki ujęć wody (źródeł, małych zbiorników wodnych), z których mogły korzystać osoby prywatne (być może z uwagi na szczególny charakter konstytucji).

Pewną wskazówką może być miejsce, jakie zajmuje omawiana konstytucja w Kodeksie Teodozjańskim. Poprzedza ją konstytucja cesarzy: Gracjana, Walentyńiana II i Teodozjusza I, wydana w 384 r.⁵⁹ i skierowana do *praefectus praetorio Orientis* Cynegiusza⁶⁰. Żołnierzom (zarówno prostym *militēs*, jak trybunom) zakazano wkraczania na prywatne posiadłości (*possessiones*), winni oni pozostawać w miejscach postoju w wyznaczonych miejscach publicznych, przy swoich znakach (*cum signis propriis*). Konstytucja ta mogła zostać wydana w celu uniknięcia rozprężenia i przypadków dezercji, jednakże powód mógł być inny. W kodeksie za-

⁵⁶ Zob. przypis 12. Pod Argentoratum Julian miał dyspozycji zaledwie 13 tys. żołnierzy. Tenże sam, już jako August, na wyprawę do Persji powołał 65 tys. żołnierzy. Pod Adrianopol pomaszerowała armia licząca prawdopodobnie około 40–60 tys. *militēs*. Por. T. S. Burns, *The Battle of Adrianople: a Reconsideration*, Historia 22 (1973), s. 344; R. MacMullen, *How Big was the Roman...*, s. 459; A.D. Lee, *War in Late...*, s. 78; H. Elton, *Military...*, s. 285.

⁵⁷ Określenie *grave supplicum* pojawia się w innych konstytucjach, z reguły w odniesieniu do nadużyć urzędników: C. 11.67.1, CTh. 12.1.80 (380 r.), CTh 8.1.12 (382 r.), CTh. 8.5.56 (396 r.), CTh. 9.26.2 (400 r.). W konstytucji CTh. 9.26.2 jako *grave supplicum* widnieje kara wygnania (*deportatio*).

⁵⁸ Á. D'Ors, *Parerga historica...*, s. 205.

⁵⁹ CTh. 7.1.12.

⁶⁰ A.H.M. Jones, J.R. Martindale, J. Morris, *The Prosopography...*, s. 235, s.v. Maternus Cynegius 3.

mieszczono bowiem inną konstytucję, wydaną w tym samym dniu co CTh. 7.1.12 i skierowaną do tego samego adresata⁶¹. Konstytucja ta zawiera informację o nadużywaniu (*usurpatio*) przez żołnierzy prawa do skorzystania z *cursus publicus*. Być może owe wkraczanie na posiadłości prywatne, którego wzbraniało żołnierzom i trybunom, miało na celu rekwirowanie prywatnych zaprzęgów i zwierząt pociągowych. Zatem konstytucja zakazująca zanieczyszczania rzek także mogła mieć podobny wydźwięk – nawet jeśli pierwotnie została wydana w innym celu, to osoby redagujące *Codex Theodosianus* uznały ją za służącą interesom *privati* i chroniącą ich prawa⁶². Kwestia odpowiedzialności odszkodowawczej żołnierzy pozostaje jednak nierozstrzygnięta.

Zakończenie

Omawiana problematyka znacznie przekracza granice, jakie wytycza zawartość konstytucji zachowanych w 7 księdze Kodeksu Teodozjańskiego. Źródła pozaprawne zawierają wiele przekazów o niesprawiedliwości, jakiej doświadczali *privati* (nawet jeżeli weźmie się poprawkę na obecny w literaturze topos bezkarnego „żołnierza-rabusia”). Żołnierze dokonywali rabunków na własną rękę lub przy okazji poboru *annona militaris* (co widać już było przy okazji omawiania CTh. 7.4.12)⁶³. Niektóre listy zachowane w kolekcji papirusów Abinnausza uwidaczniają bezprawie, jakiego dopuszczali się w Egipcie *viri militares*⁶⁴.

⁶¹ CTh. 8.5.45.

⁶² Por. V. Giuffrè, który uważa, że CTh 7.1.12 i 7.1.13 były reakcją na naruszanie przez żołnierzy interesów *privati* i wraz z konstytucjami zachowanymi w tytułach 7–11 księgi 7 (w których zachowały się omawiane powyżej konstytucje poświęcone *onus metatorum*, *salgamum*, pastwiskom itp.) tworzą „korpus praw” chroniących prawa obywateli (V. Giuffrè, „*Iura*” e „*Arma*”. *Intorno al VII libro del Codice Teodosiano*, Milano 1979, s. 27 i 31). Wagę spraw regulowanych konstytucją 7.1.13 musieli rozumieć kompilatorzy justyniańscy, którzy zachowali ją (interpolowaną) w Kodeksie Justyniana (jako C. 12.35.12, poprzedza ją także CTh 7.1.12, jako C. 12.35.11, co, będąc konsekwencją chronologicznego układu tekstów, może jednocześnie sugerować związek, jaki widzieli kompilatorzy pomiędzy tymi konstytucjami). D’Ors uważa, że kierowali się oni przede wszystkim względami moralizatorskimi (*Parerga historica...*, s. 198). Co ciekawe, w interpolowanym tekście nie znalazła się wzmianka o sankcjach wymierzanych trybunom.

⁶³ R. MacMullen, *Soldier and civilian...*, s. 88 i n.

⁶⁴ Por. H.I. Bell, V. Martin, E.G. Turner, D. v Berchem (red.), *The Abinnaeus Archive. Papers of a Roman officer in the reign of Constantius II*, Oxford 1962. Flavius Abinnaeus był dowódcą jednostki jazdy stacjonującej w Dionysias w Egipcie. Służył na tym stanowisku w czasach cesarza Konstancjusza. Żołnierze pod jego dowództwem obrabowali mieszkańców wioski Theoxenis, być może pod pozorem rek wizycji (list 18, skarga urzędowego przedstawiciela lokalnej społeczności Chaeremona do Abinnaeusza). Inny żołnierz, imieniem Atenodorus, napadł i poturbował niejakiego Demetriusza (list 28). Jeszcze w innym przypadku dwaj żołnierze we współdziałaniu z innymi *privati* uprowadzili z zagrody Aureliusza Aboula owce i świnię (list 48). Tylko w przypadku listu 28 widnieje sugestia, że poszkodowany liczył na rekompensatę. W liście 18 skarżący się wypomina Abinnauszowi, że ten ochrania swoich ludzi przed wymiarem sprawiedliwości i grozi odwołaniem się do lokalnego *dux*.

Z krótkiego przeglądu źródeł wyłania się jednoznaczny wniosek – ustawodawca unikał formułowania prawnych ram odpowiedzialności odszkodowawczej za szkody wyrządzone przez żołnierzy. Wyjątkiem może być tutaj konstytucja z 417 r. (CTh. 7.11.2), która zobowiązywała *duces limitis Eufkratensis* do naprawienia szkody *in duplum* i wyznaczała podobne sankcje na przyszłość. Nie upoważnia to jednak do stwierdzenia, że zbliżone zasady mogły obowiązywać winnych przypadkach. Zauważmy, że większość wymienionych sankcji to grzywny administracyjne (CTh. 7.8.5.3, 7.8.10, 7.7.3, 7.1.13), których celem nie jest zaspokojenie roszczeń poszkodowanych. W kilku przypadkach najwyraźniej pozostawiano dowódcy zadanie ukarania żołnierza w drodze odpowiedzialności dyscyplinarnej, która to kara mogła zadośćuczynić jedynie moralnej krzywdzie poszkodowanego. Brak jest w analizowanych tekstach (z wyjątkiem sugestii zawartej w CTh. 7.11.2) informacji o możliwości dochodzenia roszczeń od żołnierzy lub odpowiedzialnych za ich działania dowódców na zasadach ukształtowanych przez *ius privatum*. Nie oznacza to, że takiej możliwości nie było, należy jednak pamiętać, że IV wiek to epoka, w której kształtuje się późnoantyczna postać patronatu, w tym także jego wojskowej odmiany. W swej słynnej mowie syryjski retor Libaniusz dawał wyraz frustracji, jaką rodziła bezsilność obywateli wobec bezprawnych działań *viri militares* i ich protegowanych. Jeśli wierzyć Libaniuszowi, *privatus* w prawnym konflikcie z *miles* nie miał szans⁶⁵. Wydaje się zatem, że jakkolwiek prawodawcy przejawiali troskę o dobro *privati*, przedmiotem ich zainteresowania było powstrzymanie bezprawnych działań żołnierzy, zaś kwestia reperacji szkód wyrządzonych przez *milites* nie przyciągała ich zbyt dużej uwagi, chociaż posuwali się w swoim ustawodawstwie niekiedy do przyznawania obywatelom nadzwyczajnych uprawnień w celu obrony przez żołnierską swawolą⁶⁶.

⁶⁵ Zob. A. Świętoń, *Dowódcy wojskowi jako patroni humiliores w późnym cesarstwie rzymskim (na przykładzie mowy 47 Libaniasza i listów Abinneusza)*, [w:] R. Sajkowski, M. Wolny (red.), *Z antycznego świata*, t. I: *Grecja. Kartagina. Rzym*, Olsztyn 2009, s. 172–195.

⁶⁶ Warto zwrócić uwagę na konstytucję wydaną 1 lipca 391 r. przez Walentyniana II, Arkadiusza i Teodozjusza (CTh. 9.14.2). Wobec powtarzających się aktów przemocy nadano wszystkim *provinciales* możliwość niczym nieograniczonych działań przeciw bezprawiu, jakiego dopuszczali się żołnierze i *privati* grabiący nocą posiadłości i rabujący podróżnych. I jedni, i drudzy mogli być zabijani w akcie samoobrony (patrz przyp. 55 powyżej). Podobnie w konstytucji wydanej 2 października 403 r. (CTh. 7.18.14. pr.) Arkadiusz i Honoriusz zezwolili *provinciales* na zabijanie żołnierzy-bandytów. Zob. A. Świętoń, *Desertores et latrones...*, s. 85–96.

Summary

The question of liability for losses and damages caused by soldiers on civilian property in the late imperial constitutions (Codex Theodosianus)

Key words: Roman law, Roman army, Theodosian Code, late Roman Empire, civili liability.

The paper presents the question of liability of the soldiers (both common *militēs* and higher military officials) for the losses and damages caused on the civilians' property. In the turbulent 4th and 5th centuries Roman army became the important pillar of the social and political order and played important role in the sphere of public administration. Apart from defending the country soldiers collected the taxes and backed up local administration in their functions. The levy of the taxes and almost permanent presence of the *comitatenses* in the cities caused many tensions between military and civilians. Author analyses some constitutions related to the soldiers' billeting in the private houses, demands of the military men for some extras (*salgammum*, *cenatica*) and some other specific laws connected with the compensatory character of the liability.

Kamil Frąckowiak

Katedra Prawa Karnego Materialnego

Wydział Prawa i administracji UWM

Temulency as the distraction of mental actions

Preamble

The notion “other distractions of mental actions”, despite the fact that it has been present in Polish criminal law since 1932, it has not been described in the literature on the subject. In spite of attempts taken, does not define what the group of other distractions is and what states are included in them. According to the art. 31 of the Penal Code, mental disorder and mental impairment are included in the group of mental illnesses, however as the legislator used the word “other”, it may mean that all what results in inability of recognition of deed or directing proceedings, is not any of states mentioned above, it is included in the different group. What is more, it appears in only one negative definition – contradiction. A situation mentioned, presents the problem of the categorization of the notion. So if these are all states included in the group of mental disorder and mental impairment what can be understood under the expression “other distractions of mental disorder”? Much more important seems to be the dilemma of complete description of states present in the psychiatric and judicial practice than the creation of general definitions.

It can be assumed that the amount of knowledge on the subject is limited and otherness together with the only one characteristic of the described notion with reference to the rest of biological-psychiatric aspects of the institution included in the art. 31 of the Penal Code and it is called “other”.

The attempt to present that alcohol inebriation can be included in the term “other distractions of mental disorders” which decrease or even excludes penalty responsibility of a perpetrator, is the main aim of the paper. Considerations below are made taking into account that ordinary alcohol inebriation can be included in “other distractions of mental disorders”, however, because of the regulation art. 31 § 3 of the Penal Code it does not have legal and penal nature.

Dispute on the nature of “other distractions of mental disorders”

On the basis of the Penal Code 1932 a dilemma connected with nature of other disruption appeared – whether they are psychopathological states or they should be considered as physiologic phenomenon, not related with pathological changes in human’s psyche. In the doctrine and judicature many views which were completely diverse and not consistent appeared. In the initial stage of being in force the norms of mental incompetence, the first view dominated, however in the middle of 70s, when the next Penal Code was in force, such views were present. Łuniewski is one of those who are the supporters of the narrow definition of the issue: “»other distractions of mental disorders« include only pathological disruptions of mental actions, not all quantitative deviations from average mental processes. Only in states of pathological distraction of mental actions lack of possibility to understand the act or the reasons of certain behavior”¹. Malinowski, Wdowiak and Dreszer are also supporters of the same point of view.

Supreme Court also is for the attitude described above, which was included in the sentence from 11th July 1973 explicitly claiming: “states described in the art. 25 § 1 or § 2 of Penal Code (now art. 31 § 1 and § 2 of Penal Code) are pathological”². However, we cannot agree with such arguments. Currently, the dominant view is the one according to which we can include in this category both states – pathological and non-pathological. Daszkiewicz is the one who agrees with the wider aspect of this notion. He claims that the view with the double – sided base of distraction has been present since a long time in the theory and practice of criminal law, that is why it should be considered as the most important. Such an attitude was presented during work of Codification Commission on Penal Code 1932, where it was highlighted that “[...] those special and unusual expressions of mental lives of healthy people”³.

Crucial is that the Supreme Court in 30s’ was for the wide aspect of the notion described (judgment 6th February 1935 I K 1075/2, ZO 1935, no 11)⁴. The judgment dated 7th February 1963 is the next one on the subject. Its validation is as follows: “[...] views of some psychiatrics, according to whom the base for the usage of extraordinary mitigation of punishment [...] can be only pathological criteria cannot be assumed as the correct ones. The source of these distractions can be also causes which are not connected with the mental underdevelopment or mental disorder, these can be, e.g. poisoning, sexual maturation, period, pregnancy, and emotions such as anger, terror, despair, etc. [...]. The judicature was directed into widening of the interpretation art. 18 § 1 of Penal Code (now 31 § 2 of Penal Code) introducing

¹ M. Tarnawski, *Silne wzburzenie jako „inne zakłócenie czynności psychicznych”*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1975, no. 2.

² Supreme Court sentence 11th July 1973, II KR 52/73, OSP 1974, no. 7–8.

³ K. Daszkiewicz, *Glosa do wyroku SN z dn. 11 lipca 1973 r.*, OSP 1974, no. 7–8.

⁴ J.K. Gierowski, *Rola biegłego psychologa w opiniowaniu o poczytalności – problemy diagnostyczne i kompetencyjne*, „Palestra” 1995, no. 5–6.

notion »partially relating to illness the state of distraction of mental actions«, resigning from categorical criteria of pathological in nature”⁵. According to the mentioned judicature and the doctrine’s views it can be assumed that decreasing the bases for “other distractions of mental disorders” has been developing for years from belief in its pathological nature, through the view on the partially related to illness states, till the claim in its dual origin. Linguistic interpretation is also for the wide aspect of the term as if a legislator intended to limit the problematic meaning, they would use the term *explicite* in the codification, however this does not result from the current Penal Code. Batawia points out that the basis to apply for narrowing the meaning of this notion could be the usage of the term “disturbance” instead of “distraction” as the one which has plenty of pathological features or simple addition of adjective “related to illness”⁶. The next argument which approves the wide interpretation of the notion in dispute is the art. 31 § 3 of Penal Code which orders to exclude from the institution of mental incompetence and diminished capacity, states caused by alcohol and other substances which lead to stupor. Logically, if these states are exceptional, however they definitely are physiological, so the general rule which includes such states in the expression of “other distractions of mental disorders” appears. What is more, many criminal law specialists such as Śliwiński, Gubiński, Daszkiewicz, Bojarski, Lernell, Wolter, Andrejew, Mioduski, Sawicki and Wąsek are those who consider both aspects – physiological and pathological. It should be highlighted that the dispute on the nature of this part of mental incompetence and diminished capacity is actually the dispute on the two environments: legal and psychiatric.

The first one advocates the wide view and the second one the narrow. Psychiatrists’ tendencies are based on their lack of confidence on giving opinions on physiological states and the necessity of the usage in this regard the solutions and psychological knowledge. In the literature on the subject providing a definition “other distractions of mental disorders” the explanation is limited to automatic repetition of formulaic schemes. Marek understood it as pathological mental state, inebriation, poisoning disorders, stupor, states after coma, meningitis, and sometimes even hypnosis⁷. Rejman claims “to other causes of mental incompetence forensic psychiatry includes pathological mental states, short term stupor states which appear after epilepsy, serious injury, toxic poisoning, both alcoholic and drug”⁸. The next comment is as follows: “other distractions of mental disorders, are disturbances on the bases of which there are no inborn defects and illness related processes, but those which are the results of short and fading reactions of organism on certain inside and outside stimuli (e.g. alcohol, drug, medicine poisoning, strong affections,

⁵ Supreme Court sentence dated 7th February 1963, V K 423/62, OSPiKA 1963, no. 11, item 290.

⁶ S. Batawia, *Uwagi o przepisach dotyczących niepoczytalności i poczytalności zmniejszonej w projekcie kodeksu karnego*, „Nowe Prawo” 1995, no 5.

⁷ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2006, p. 156.

⁸ Red. G. Rejman, *Kodeks karny – część ogólna – komentarz*, Warszawa 1999, p. 820.

period, pregnancy, labor, puberty and menopause, hypnosis”⁹. Actually, the same phenomena are enumerated in books by Gardocki, Cieślak and Andrejew. In the further part of the paper, the attention will be paid to the processes in order to claim what states are included in the enumerated names, what the causes, course and consequences can be, and, what is crucial here, whether their influence on one’s psyche is as required by art. 31 § 1 or § 2 of Penal Code.

Temulency as the distraction of mental actions

Poisonings are “other distractions of mental disorders”. Alcohol is definitely a poison, it disables the functioning of human body, mainly brain. What is more, it also disables central nervous system, at the same time influencing human’s intellect and moral limitations. Temulency limits or even gets rid of consciousness and has an influence on the one’s will. It can lead to insanity or diminished capacity. However, such a claim is generalization. This issue is partially regulated by the art. 31 § 3 of Penal Code, in which “regulations § 1 and 2 are not in power, when the perpetrator became intoxicated or stupor causing exclusively or the limitation of insanity, which they predicted or could have predicted”. Basically, in case of intoxication, excluded is the possibility of using the benefits provided by the usage of insanity or diminished capacity. In such a case, following conditions must be fulfilled:

1. The perpetrator must become intoxicated. In literature, this term includes, three types of intoxication: unassisted, conscious or deliberate. However, the correct should be the one connected with voluntariness, acting without any compulsion. This is the way in which the circumstance will be presented in the paper.

2. The consequence of the stupor is the state of insanity or diminished capacity. Such a claim provided by a legislator, leads to the conclusion that biologically insane person or not totally sane, is treated according to the law, as completely sane. In this case legal fiction is introduced.

3. The above consequences must be predicted or possible to predict by the perpetrator.

The regulation described above is the example of the conflict between on guilt rule and the rule of social protection. Severe attitude towards the political – criminal issue presented in the paper is intentional sign of the fight against more and more common alcoholism among society. There is an anxiety connected with the doctrine whether such an attitude is not the complete abandonment of the on guilt rule and come back to an old strict liability. Wolter was one of those who supported this opinion. Andrejew, Filar and Pławski are against this statement. The art. 31 § 3 of Penal Code, requires in its construction, the appearance of unintentional guilt, which is described in mentioned item 3, which definitely supports the tendency of subjecti-

⁹ Red. O. Górnioł, *Kodeks karny – komentarz*, Warszawa 2004, p. 96.

ve responsibility. On the other hand, practice focuses on completely different aspects of the issue. It accepts a priori, the fact that every adult is aware of consequences of drinking alcohol and is aware of all effects of drinking, which actually means the presumption of guilt in this case. An example of this issue can be the ruling of the Supreme Court dated 5th of June 2013, in which it was proved that according to the art. 31 § 3 of Penal Code, insobriety does not exclude criminal liability, and even does not license to extraordinary mitigation of punishment, however even if it would lead to the exclusion or significant diminishing of capacity – the one which, according to the rule will be considered as culpable by a perpetrator (so-called: the guilt on the foreground of prohibited act)¹⁰.

The contradiction of the rule of guilt with the rule of security is not only a dilemma of Polish legislation. In foreign legal systems, attempts to reconcile both aspects of law, were made. The first concept is known as *action libera in causa*. The idea was included in the 1932 Polish Penal Code and it was based on the assumption that a stunned perpetrator as sane, if they got intoxicated in order to commit a prohibited act (fault on the foreground of act). However, it includes a mistake. It claims that a person is able to realize his or her aims which appeared before intoxication in the state of doping¹¹. The attempt to mitigate the concept was the acceptance of its presuppositions in a bit modified form as *action libera in causa* is unintentional. In this case, it is understood as a situation in which, a perpetrator should predict that in case of intoxication he or she will commit a prohibited act. Despite this fact, if he or she decides to drink alcohol, at the moment of drinking the person is guilty of carelessness or recklessness. If he or she commits a crime in this state, a person will be judged as for an unintentionally committed crime. Imperfection of the concept is easily noticeable in case of crimes, which can be considered only as intentional. Which is why they were beyond the interest of criminal law. The next available concept is so-called *Rauschdelikt*, which clue is based on the creation of *sui generis* crime, in which a person gets intoxicated and commits in this state a prohibited act. It is an extreme form of responsibility based on the objective conditions towards subjectivity, which means that the guilt refers only to the act neutral in terms of the criminal law – the consumption of alcoholic substance. All these aspects cause that even traditional bastions and cradles, resign from its standardizing¹². The legislation of ZSRR proposed other solutions. The rule of security was the basic one, totally compromising the influence of the rule of guilt, which resulted in the acceptance of full sanity of the perpetrator being in the state described and it was even considered as exacerbation of circumstances¹³. Current Polish Penal Code, uses some kind of type of this concept, however it is modified by the usage of elements of fault.

¹⁰ The provision of Supreme Court 5th June 2013, III KK 443/12, publ. LEX no. 1331337.

¹¹ A. Zoll (ed.), *Komentarz. Kodeks karny – część ogólna*, Kraków 2004, p. 566–567.

¹² M. Filar, *Odurzenia alkoholem a zagadnienie uznania niepoczytalności*, „Palestra” 1970, no. 1.

¹³ A. Zoll (ed.), op. cit., p. 567.

Discussed paragraph of art. 31 of Penal Code, concerns only one field of relations between alcohol and crime. Supreme Court in sentence dated 28th September 1978 (II KR 193/78) announced: “relation between crime and compulsive intoxication or the usage of other dope by the addicted perpetrator, and in situation when the perpetrator’s addiction is the cause of the commitment”¹⁴. During the investigation of perpetrator’s sanity in terms of alcohol, not only the states of daze caused by drinking alcohol should be taken into account, but also situations, when the perpetrator *tempore criminis* was not under the influence of the discussed substance, but in the state of desire to drink indicating the addiction and also when long lasting taking of substances, caused mental illness.

What is more, the last of discussed situations has a significant meaning for the assessment of person’s sanity, however it is not so important in context of the paper, that is why we can enumerate the states having an influence on sanity and included in the group of mental disorders. These are as follows, psychosis: dipsomania (periodical), delirium (*delirium tremens*) alcoholic hallucinosis (*hallucinosis potatorum*), morbid jealousy (*paranoia alcoholica*) Korsakoff’s syndrome¹⁵. All of presented psychotic disorders appear in the course of alcoholism. However, not every addiction causes such serious changes. Alcoholism, as every addiction, develops gradually, that is why also other situations should be taken into account.

The state of “hunger” is the first one to be considered, it appears together with addictions, in psychiatry called “absence syndrome” or “withdrawal syndrome”, as it appears at the phase of break from taking or the significant decrease in consuming the substance. It is the state of physical addiction caused by multiple intoxication causing serious symptoms in both body and mind. Among mental, we can enumerate: angst, anxiety, distraction, irritation or apathy. However, among physical effects there are: headaches, painful muscle pangs, vomiting, anorexia, chills. As it has been already mentioned, it is an addiction connected with the physical sphere. However, it always goes together with mental aspects, determined as need or sometimes even necessity of introducing to the organism addictive substance. According to the psychiatrists, the mental necessity is a significant reason of considering the sanity of perpetrator, because it is a factor having a significant influence on person’s willingness, paralyzing his or her free leading of behavior. According to Liszowska, addiction is included in the term “other distractions of mental actions”, if it doesn’t lead to fixed organic damages, then it would be included in the term of mental illness¹⁶. The view is to be agreed. There are no bases in order to reject the view that one state can be classified as “other distractions of mental actions” and after the reaching certain intensity and changes in body and mind, in this case organic changes to qualify it as mental illness. So, if a person acts as a result of withdrawal

¹⁴ J. Kocur, S. Duszyk, *Uzależnienia a poczytalność*, „Psychiatria Polska” 1990, vol. XXIV, no. 3.

¹⁵ M. Cieślak, K. Spett, W. Wolter, *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1991, p. 315–319.

¹⁶ A. Liszowska, *Problem odpowiedzialności karnej osób zażywających środki odurzające*, „Pa-lestra” 1992, no. 5–6.

syndrome, and the addiction does not have the final character, causing the prohibited act together with simultaneous lack of the state of stupor his or her mental incompetence or diminished capacity because of “other distractions of mental actions”, it is similar situation when the perpetrator being in the state described above, is stupored and being in this state, committed a prohibited act. As one of three basic conditions was not fulfilled – voluntary intoxication, because of the action of irresistible constraint, the act. 31 § 3 cannot be used.

Moreover, the most important in this case are situations in which the perpetrator is and takes actions under the influence of alcohol. Described art. 31 § 3 refers to the ordinary inebriation, which symptoms are commonly known: decrease of criticism, increase of mood, carelessness, stress release, and decrease of angst, increase of sexual excitability, jabber, lurching, decrease of dexterity, and the accuracy of perception. Among some people – especially egocentrics – instead of euphoria, belligerence and despondency appear¹⁷. However, not every alcohol stupor proceeds in the same, typical way which does not cause any judicature difficulties. There is also a range of other types of inebriations, which are in the field of interested of forensic psychiatry. In older judicature only ordinary and pathological inebriations were present. This dichotomous division has been questioned by psychiatry. From the doctor’s point of view, such cases appear as were not adequate to any of mentioned forms. According to this the doctrine created different classifications. Binder presented the one which distinguishes ordinary, pathological and complicated (*komplizirte*) inebriation. Fiutowski, using the divisions created by other theoreticians, proposes the usage of following forms: typical (ordinary), and “atypical” (complicated, pathological, pathologically based, abnormal reaction on alcohol, called Hoff’s reaction and hysterical reaction on alcohol). In Polish forensic literature and judicature the rule of classification is based on 3 forms: ordinary, pathological inebriation, and pathologically based inebriation¹⁸.

Types of inebriation

There is a wide range of types of inebriation which are distinguished in judicature and psychiatry at the same time included in “other distractions of mental actions”. They are divided according to the criteria of atypicality and symptoms. That is why, the norm included in art. 31 § 3 of Penal Code cannot be used. They do not fulfil the requirement of the prediction or the possibility of predicting the resulting in mental incompetence or diminished capacity.

Pathological inebriation (*ebrietas pathologica*) as the one which is most commonly listed as “other distraction of mental actions” is present in judicature. Despite

¹⁷ M. Cieślak, K. Spett, W. Wolter, op. cit., p. 298–299.

¹⁸ M. Tarnawski, *Zmniejszona poczytalność sprawcy przestępstwa*, Warszawa 1976, p. 108–109.

the fact the name of the phenomenon is well known, it is not correct, as it assumes that there is a phenomenon called proper inebriation, which is untrue, as every inebriation is poisoning, which is a kind of anomaly. Because of the fact that any other different term which would refer to the state of art was not assigned to the phenomenon, it is necessary to use this one. Classically, it is described as intoxication psychosis with quality distraction of consciousness, improper thinking and perception. It appears after the consumption of little amount of alcohol, suddenly and without typical for simple inebriation increase of irritability and anger. However, it can appear in the course of simple inebriation, billowing into pathological state. That is why, detailed and thorough psychiatric opinion. In the course of pathological inebriation, aggression and excitement increase, there is also total break up with the reality, and the loss of orientation. A person does not know where he or she is, he or she is also not able to provide personal data, does not recognize family and close friends. Strong angst, delusion and sometimes even hallucinations appear. Person's action in this state are difficult to understand for the environment. "It is said to be »alien actions of perpetrator«, which characterizes otherness and peculiarity of behavior. T. Bilikiewicz describes it as »transposition into split personality«"¹⁹ it is short – term state, it usually lasts a few minutes, seldom prolonged to few hours. It finishes suddenly, usually as terminal sleep, lasting several dozen minutes and even a few hours, in a totally random place. However, after waking up, a person is totally sober. It should be highlighted that in this type of inebriation there is a lack of symptoms typical for normal inebriation, such as: jabber or unstable walk. The lack of pupils' reaction on light is an important symptom, it usually lasts longer than other symptoms mentioned mental disorders. In psychiatry, factors intensifying and eliciting described state have been searched for many years. However, any independent cause has been found. Its appearance cannot also be excluded even in a person who does not show any deviations from mental order. Moreover, it is only known that there are both permanent and temporary factors which further the creation of this state. Organic changes in brain are the main causes of the pathological inebriation. It is also often connected with epilepsy, highlighting the fact that influence on its appearance have exhaustion, weakness after illness, malnutrition, or not having good sleep. A vast number of authors of theses on the subject, claims that condition sine qua non are changes of personality. There are two types of pathological inebriation. The first one is called epileptic which is based on the sudden appearance of deep changes in one's consciousness, in the form of stupor with strong motion agitation and the attacks of aggression. This form of agitation stops gradually, finishing with deep sleep, after which the memories of a state are single, and in 1/3 of cases, it finishes with complete oblivion. The second form – delusion, is more seldom in practice than the previous one. In this state, the person's behavior seems to be normal or even purposeful. He or she can omit the stumbling blocks, doing

¹⁹ J. Przybysz, *Psychiatria sądowa. Opiniowanie w procesie karnym*, Toruń 2000, p. 203.

complicated activities, ask questions. However, out of touch with reality and delusion are visible. Anxiety, angst, aggression together with hallucinations and delusions appear. In comparison to the first form – it also finishes with sleep. However, in this case, memories are always patchy. Controversial is the fact that pathological inebriation can appear only once in a lifetime, or repeatedly. Independently on the discussion, it should be stated that as the excluding or diminishing mental incompetence circumstance, should be taken into account only within the first appearance. An adult should be aware, that if alcohol caused such a pathological reaction, the next drinking, can lead once again to such a result and often to tragic results, also in the field of criminal law. Pathological inebriation is a very rare phenomenon in court and psychiatric practice and known mostly from statements of witnesses. The diagnosis of the state needs to be based on the general analysis of all symptoms, as none of them present separately does not denote pathological inebriation²⁰. Pathological inebriation, introduced to Polish science by Batawia, who noticed controversial cases, not possible to include in neither in proper inebriation nor in pathological one, is the one which arises controversy. Its core is based on the significant narrowing of consciousness, strong psycho – motion excitement with elements of unsupported aggression, which is beyond the state of ordinary intoxication. It is caused by the consumed alcohol mixed with the pathological factors of a person, to which we can include: skull – brain injuries, atherosclerosis, epilepsy, psychopathy, or neurosis. Also syphilis, encephalitis, strong physical and mental illnesses, and oligophrenia. In these cases alcohol cause, despite ordinary symptoms of intoxication, intensification of psychotic symptoms, or other, previously existed mental distractions, alternatively, psychotic symptoms such as: consciousness distraction, hallucinations, delusions, which were not present in the time straight before the consumption of alcohol. The amount of alcohol needed to get intoxicated is usually quite small, which is the sign of decreased alcohol tolerance. According to the described intoxication a problem appeared: does the exclusion of art. 31 § 3 of Penal Code causes only pathological inebriation, or also on the pathological ground, so on the basis of human's psyche anomalies, which separately or in combination with alcohol, cause states completely different from the ordinary intoxication. All these aspects cause the necessity to treat the phenomenon in a different way. The range of discrepancies appeared in the dilemma. In justification to the previous Penal Code, it was written: "difficult and complicated issue resulting when exclusion or limitation of sanity of the perpetrator was caused only by illness and daze, leaves the project for judicature and doctrine"²¹. The judicature expressed their opinion on the subject many times. In sentence

²⁰ M. Cieślak, K. Spett, W. Wolter, op. cit., p. 302–304; Z. Falicki, L. Wandzel, *Psychiatria sądowa dla studentów wydziału prawa*, Białystok 1990, p. 92–95; K. Krauze, B. Spisła, *Upojenie patologiczne jako zagadnienie kliniczne i sądowo-psychiatryczne*, „Problemy Alkoholizmu” 1968, no. 3–4; J. Przybysz, *Psychiatria sądowa. Opiniowanie w procesie karnym*, Toruń 2000, p. 202–203; L. Uszkiewicz, *Zarys psychiatrii sądowej*, Warszawa 1979, p. 108–110.

²¹ M. Tarnawski, *Zmniejszona poczytalność...*, p. 112.

dated 25th June 1973 Supreme Court maintained the sentence issued in 1968, stating: “if the perpetrator’s act is in close relation with its pathological state, made more intensive by the overuse of alcohol, it is not elicited only by being intoxicated, and that is why art. 25 § 3 of Penal Code (currently 31 § 3), should be eliminated, however the case should be researched according to the art. 25 § 2 of Penal Code (currently 31 § 2 of Penal Code)”²². On the field of doctrine, a problem appeared: is the intoxication on the pathological bases, of the same importance, in terms of law – criminal consequences as pathological intoxication. It seems that both states should be considered separately, because of the fact that pathological intoxication is always caused by consumed alcohol, however in case of pathological intoxication, psyche distractions and anomalies can result in mental incompetence, or diminished capacity, or only with the joining with alcohol, they can lead to such results. The judicature mentioned above, seems to have one flaw, it is that it does not differentiate states in which pathological changes cause diminished capacity/mental incompetence and alcohol has only an influence on increase of limitations in the ability of recognition of the meaning of the act or directing of behavior and states, in which in correlation with alcohol, diminished capacity/mental incompetence appear. Linguistic interpretation supports the Supreme’s Court view as in the art. 31 § 3 of Penal Code, we can read: “set oneself in the state of daze causing the exclusion or limitation of sanity, and in the discussed case, these results are caused not only by the consumption of alcohol but also, as it is required by the norm, but also the state of daze and pathological distractions”. However, such an attitude arises controversy. Accepting such a point of view, all cases of pathological intoxication should be considered according to art. 31 § 1 or § 2 of Penal Code, joining states, in which mental distraction only leads to diminished capacity/ mental incompetence, and alcohol makes this state only deeper (intensification of pathological state by alcohol), same as those in which the result appears after the consumption of alcohol (abnormal state as a result of alcohol consumption). In case of pathological intoxication, the basic issue is to determine by experts and court, what was the influence of pathology and alcohol daze on the appearance of diminished capacity/ mental incompetence. Malinowski raises this issue: “it can happen that the pathological base played an insignificant role in the drunk perpetrator’s behavior, that is the reason why we can treat daze as the state of ordinary intoxication”²³. In terms of those possibilities, Tarnawski suggests following solutions:

1. If the influence of pathological base was not significant, which means independently, does not lead to diminished capacity/ mental incompetence, then art. 31 § 1 or § 2 of Penal Code are forbidden to be used, and all states of alcohol intoxication should be considered in terms of § 3 of this article.

²² Supreme Court sentence dated 25 June 1973, II KR 111/73, OSNKW 1973, no. 12; Supreme Court sentence dated 22 August 1968, V KR 442/68, OSNKW 1969, no. 2.

²³ M. Tarnawski *Zmniejszona poczytalność...*, p. 115.

2. When pathological base together with alcohol, cause diminished capacity/ mental incompetence, art. 31 § 1 or § 2 of Penal Code should be used, unless the person could predict or predicted, that setting oneself in the state of daze, will lead to the diminished capacity/ mental incompetence.

3. When pathological base independently caused diminished capacity/ mental incompetence and alcohol only intensified this state, also the usage of art. 31 § 1 lub § 2 will be possible²⁴.

Przybysz claims that the distinction of such type of intoxication has currently no sense and justification. There is a range of arguments which stand for the resigning from the usage of this notion in terms of judicature. These are as follows: that the above phenomenon refuses the symptoms criteria of classification and it is impossible to specify it in the limited clinical view. Serious doubts arise from the term “pathological base”, as not well specified and not predestinating on the person’s sanity, it leads to many distractions and dilemmas when it comes to its usage. All the states described by now classified as pathological intoxications are possible to categorize in four clearer and easier to practical usage forms. Firstly, in situations of in which people function in society without any deviations, and just specialist and precise research show disruptions in functioning of central nervous system, which is a problematic “pathological base”. In such situations, influence and the amount of alcohol consumed is omitted in terms of the course of intoxication and recognized “pathological base” is emphasized. In terms of a priori, that the appearance of such a factor with illness characteristics, is connected with the appearance of pathologically based intoxication, predestinating on the diminished capacity of the perpetrator of prohibited act. In such a case, ordinary intoxication should be taken into account, however the fact, e.g. of mental disorder, does not mean that every intoxication of such a person is connected with his or her pathological state. Secondly, some of the states classified as so-called “Hoff’s abnormal reaction on alcohol”, which is explained below. In some other cases “pathological base” has such an important meaning that it should be considered as separate circumstance of sanity towards consumed alcohol intensifying only pathological state, is not so important here. Lastly, intoxications which can be considered in terms of being atypical, which similar as atypical reaction on alcohol, is described further²⁵. The above statement seems to be justified, as in doctrine states known as clinical, e.g. “atypical reaction on alcohol” have been distinguished or atypical intoxication, which clinical images are precise and more simple to use in practice, there is no sense to insist on the old institutions worked out by jurisprudence. It should be remembered that the described issue is not only lawyer’s domain, however it is also based on close cooperation with psychiatric and psychological specialists. Proper fulfillment of the assigned tasks requires the dates and construction bases present in both fields of study, were common and

²⁴ Ibidem, p. 112–116.

²⁵ J. Przybysz, op. cit., p. 205–207.

coherent. As it cannot be properly judged, if the same problems are described differently. It seems that working out of these terms connected with the subject is psychiatry and experts' domain. Court in this case is obliged to assess whether in this particular case the situation is similar to the clinical view presented by specialists and predicates the person's sanity. It cannot be that each of these fields has its theoretical assumptions, which are not compatible. It is not possible to judge the same, taking into consideration different theoretical constructions. Solutions which are present in law, cannot be much different than those include in the current psychiatry. Of course, law should be certain, however it cannot be based on anachronistic solutions, as then it will not fulfill its roles and it will be inadequate to the current needs.

Hoff's atypical reaction on alcohol is based on the intensification of aggression and outburst of anger directed on both companions of drinking alcohol and random people. It is often displayed by the demolishing of rooms, in which alcohol consumption takes place. Many factors distinguish this reaction from pathological intoxication. The first difference is frequent and repeated reacting on alcohol in such a way, while, as it has been stated discussing pathological intoxication, it is not clear whether is it possible to repeat, however the majority of researchers, claims that it is a single phenomenon. In anomalous reaction on alcohol, bodily distractions appear, e.g. jabber or psychomotor hyperactivity which are typical for ordinary intoxication, oblivion is also not recognized, or even single memories from the state, and memory is only blurred, behavior is not completely foreign for person's personality, however in electroencephalography deviations are not detected before and after the consumption of alcohol²⁶.

Binder was the one who in 1935 distinguished atypical intoxication as an indirect form between ordinary intoxication and pathological one. In these states personality, thinking and perception disorders are not ascertain. However, bodily disorders of ordinary intoxication appear. By contrast, the distinction from ordinary intoxication is not so clear. It is characterized by the intensification of symptoms in psyche as in "typical" intoxication, quantitative mental disorders, which results in decreasing of orientation, disabling the acts of perception, the ability to concentrate. On the other hand there is no break off with environment, however it is reduced. Behavior of the person being in this state is inadequate to the situation, and an attempt taken to guess his or her motifs, makes troubles. A human being is over impulsive, aggressive, irritated, and hyperactive. Aggression is not only directed in strangers, but also towards herself on himself, appearing by the complex tendencies and in extreme cases – suicide. Such a behavior is suddenly appears, without typical for ordinary intoxication, mounting of moods. What is more, strong reduction of moral limitations and emotionalism appear. Often, after such strong and expressive actions, hysterical state arises (standtillness, flouncing). Similar as in case of patho-

²⁶ M. Cieślak, K. Spett, W. Wolter, *op. cit.*, p. 309.

logical intoxication, this state finishes with terminal sleep. The memory from this state is blurred and patchy. Many dogmatic people try to assess causes and factors which have an influence on such reaction. In such predispositions we can include all kinds of mental and physical workload, depletion of resistance, strong emotional experience. To be honest, it is not possible to state whether any of these phenomena has any relation with this type of intoxication. Not possible is an explanation that why a person in one of described states once “gets drunk” typically, and next time atypical form of intoxication will take place. Not out of the question is the appearance of such a state in people not having such symptoms. In the course of such intoxications there are crimes against health and life committed. In this case it is not possible to use art. 31 § 3 of Penal Code, because these are not intoxications the course of which is possible to predict. Dependently on the level of intensification of symptoms, it is possible to predicate both diminished capacity or insanity²⁷.

Exclusion of the usage of art. 31 § 3 of Penal Code, is justified in the situation of reaction which takes place in human’s body as a result of combination of some medicines with alcohol. Intensified disorder of brain functions takes place then. Such a situation appears especially while taking psychotropic drugs, which drastically decrease the level of alcohol tolerance, at the same time increasing disorders of consciousness and motility. More plentiful consumption of alcohol can even lead to death, despite that previously the same amount of alcohol did not cause such a damage for organism. The course of getting drunk is not also “typical” while using some anti-tubercular medicines, which in opposition to the previously described group of medicaments, have a stimulating influence on brain, intensifying psychomotional actions and abrasiveness, often aggression, and reaction inadequate to the amount of drunk alcohol and not connected with person’s personality. There is also a group of medicaments, mostly anti-rheumatic changing metabolism of burning alcohol by accumulation of metabolites in blood, e.g. aldehyde or acetic acid. In described cases, the exclusion of art. 31 § 3 of Penal Code appears because of atypicality of reaction on consumed alcohol.

It should be a rule, that a patient is informed about the possibility of atypical reaction on consumed alcohol can take place²⁸.

Conclusions

In conclusion, all states of alcohol intoxication described in the paper can lead to the judgment on diminished capacity or insanity, at the same time excluding the possibility of usage of exception which is included in art. 31 § 3 of Penal Code.

²⁷ J. Przybysz, op. cit., p. 195–198; L. Uszkiewicz, op. cit., p. 113–114.

²⁸ A. Wasik, *Wpływ niektórych leków na przebieg upicia alkoholowego*, „Problemy Alkoholizmu” 1968, no 3.

The criterion prejudging about impossibility of its usage is impossibility of prediction of its effects, described previously, in terms of atypical course of intoxication. However, automatism and assumption that listed states mean at the same time the exclusion of prediction of effects after consumption of alcohol. Solving the meaning of alcohol intoxication, every time their course should be confronted with previously existed forms of intoxications and life experience.

Summing up, it should be emphasized that to “other distractions of mental actions” in terms of consumed alcohol we can include such states which can have an influence on perpetrator’s sanity, these are: addiction, excluding its extreme cases, which can be considered as mental disorders, alcoholism, pathological intoxication, Hoff’s atypical reaction on alcohol, atypical intoxication, and alcohol intoxication, connected with interaction with certain types of medicaments. Ordinary alcohol intoxication is also included in the group of “other distractions of mental actions”, however, because of the regulation art. 31 § 3 of Penal Code, it does not have legal and penal overtone.

Streszczenie

Upojenie alkoholowe jako inne zakłócenie czynności psychicznych

Słowa kluczowe: poczytalność, niepoczytalność, upojenie, czynności psychiczne.

Opracowanie jest próbą wykazania, że stan upojenia alkoholowego może wchodzić w zakres pojęcia „inne zakłócenie czynności psychicznych” i pociągać za sobą orzeczenie poczytalności zmniejszonej bądź niepoczytalności, tym samym wyłączając możliwość zastosowania wyjątku przewidzianego w art. 31 § 3 k.k. Do „innych zakłóceń czynności psychicznych” w zakresie dotyczącym alkoholu zalicza się następujące stany mogące wpływać na poczytalność sprawcy: uzależnienie, wyłączając jego skrajne przypadki stanowiące chorobę psychiczną, zespół absencyjny, upojenie patologiczne, nietypową reakcją na alkohol Hoffa, upojenie atypowe, zatrucie alkoholem w związku z interakcją określonych środków farmakologicznych. Rozstrzygając znaczenie intoksykacji alkoholowej, należy każdorazowo skonfrontować ich przebieg z występującymi postaciami upojen i doświadczeniem życiowym.

Piotr Herbowski*

Dominika Słabczyńska**

* Katedra Prawa Karnego

Szkoła Wyższa Psychologii Społecznej Wydział Zamiejscowy w Poznaniu

** Zakład Badań Dokumentów i Technik Audiowizualnych

Centralne Laboratorium Kryminalistyczne Policji – Instytut Badawczy

Badania poligraficzne jako element zarządzania ryzykiem w procesie weryfikacji informacji przekazywanych przez kandydata na świadka oraz świadka koronnego

Znaczącą przydatność instytucji świadka koronnego w zwalczaniu przestępczości zorganizowanej dowiodły lata jej funkcjonowania w polskim procesie karnym, a mankamenty występujące w początkowym okresie stosowania ustawy o świadku koronnym¹ zostały dostrzeżone i skorygowane nowelizacją z 2006 r.² Pomimo istnienia obszernego piśmiennictwa, w którym przeanalizowano wiele aspektów funkcjonowania tego instrumentu prawnego, problem weryfikacji informacji przekazywanych przez kandydatów i świadków koronnych nie był jak dotąd przedmiotem pogłębionych rozważań. Jest on jednak sygnalizowany przez przedstawicieli organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości³. Polska praktyka śledcza pokazuje, że nie wystarczą dobre chęci i zaangażowanie policjantów, prokuratorów i sędziów, by zawsze były podejmowane właściwe decyzje⁴. Dowodzą tego

¹ Ustawa z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym (tekst jedn.: Dz.U. z 2007 r., nr 36, poz. 232 z późn. zm.) – dalej: u.ś.k.

² A. Kassyk, *Zwalczanie przestępczości zorganizowanej z wykorzystaniem świadka koronnego*, [w:] *Piętnaście lat w służbie państwu i prawu 1994–2009*, Biuro ds. Przestępczości Zorganizowanej Prokuratury Krajowej, Warszawa 2009, s. 5–6.

³ Zob. G. Ociecek, *Ocena poziomu makiawelizmu wśród polskich świadków koronnych jako czynnik oceny wiarygodności ich zeznań*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2013, nr 9, s. 76; M. Piekarska-Drażek, *Pomówienia w zeznaniach świadków koronnych i tzw. małych świadków koronnych jako źródło pomyłek procesowych*, „Problemy Współczesnej Kryminalistyki” 2012, t. XVI, s. 176.

⁴ Por. Z. Rau, *Wyniki badań świadków koronnych – empiryczne badania porównawcze w latach 2001, 2009 i 2012*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 5, s. 78–79.

m.in. sprawy Janusza Cz. ps. Stopa⁵, Igora M. ps. Patyk⁶ oraz Macieja B. ps. Gruby⁷.

Miernikiem przydatności tej instytucji nie mogą być informacje medialne, w których eksponuje się postaci nieuczciwych świadków koronnych. Trzeba pamiętać, iż pomimo szeregu nietrafnych decyzji o nadaniu takiego statusu, już pierwsze lata funkcjonowania ustawy o świadku koronnym przyniosły niezaprzeczone korzyści. Z kompleksowych badań przeprowadzonych już w marcu 2002 r. wynikało, że w sprawach, w których dopuszczono dowód z zeznań świadków koronnych, skierowano 68 aktów oskarżenia przeciwko 633 osobom, z których 67 prawomocnie skazano. Ponadto w postępowaniach przygotowawczych przedstawiono prawie 2,5 tys. zarzutów oraz zabezpieczono mienie podejrzanych o wartości prawie 4,3 mln zł⁸. Tym niemniej nie można pozostać całkowicie obojętnym wobec wspomnianych powyżej trudności. Każda sytuacja związana z niewłaściwym wyborem osób, którym nadaje się status świadków koronnych, lub popełnieniem przez nie kolejnych przestępstw w istotny sposób osłabia tę bardzo przydatną instytucję.

Wydaje się, że nadszedł już czas, by rozważyć wprowadzenie pewnych zmian do ustawy o świadku koronnym, które pozwolą na jej dostosowanie do aktualnych potrzeb wymiaru sprawiedliwości⁹.

Ryzyko podejmowania niewłaściwych decyzji procesowych związanych z instytucją świadka koronnego rośnie, gdy brak jest narzędzi pozwalających je zidentyfikować, a tym samym uzyskać odpowiednią wiedzę o sprawie, z którą to ryzyko jest związane¹⁰. Skutki takich decyzji przejawiały się dotychczas w postaci:

- bezpodstawnych zarzutów karnych,
- stosowania tymczasowego aresztowania osób niesłusznie pomówionych,
- zawieszania policjantów w czynnościach służbowych,
- długotrwałych postępowań sądowych.

Ewentualne odszkodowania za oczywiście niesłuszne aresztowania, zresztą bardzo niskie w Polsce, nigdy nie zrekompensują wszystkich strat i krzywd osobom, które zostały nimi dotknięte¹¹. Ponadto współpraca z „nieuczciwym” świadkiem

⁵ Janusz Cz. ps. Stopa – świadek koronny skazany w 2006 r. na dożywotnie pozbawienie wolności za dwa zabójstwa dokonane przed objęciem go programem ochrony w roku 2000, [online] <www.gazeta.policja.pl/997/archiwum-1/2012/numer-88-072012/78966,dok.html> (dostęp: 10.03.2014).

⁶ Igor M. ps. Patyk – po 11 latach bycia świadkiem koronnym postawiono mu zarzut zabójstwa byłego Komendanta Głównego Policji nadinsp. Marka Papaty. W swoich zeznaniach obciążył m.in. kilku policjantów uniewinnionych po kilkuletnich procesach. Zon. [online] <http://gazeta.policja.pl/portal/997/1323/80430/Swiadek_koronny_korzysci_i_zagrozenia.html> (dostęp: 6.09.2012).

⁷ Maciej B. ps. Gruby – świadek koronny skazany na 7 lat pozbawienia wolności za usiłowanie wyłudzenia pieniędzy od rodziny pomawianych przez siebie osób w zamian za wycofanie obciążających ich zeznań. Zob. [online] <www.rp.pl/artukul/859064.html> (dostęp: 10.03.2014).

⁸ A. Kassyk, op. cit., s. 4.

⁹ G. Ocieczek, op. cit., s. 96–97.

¹⁰ J. Kudła, P. Kosmaty, *Ryzyko w czynnościach operacyjno-rozpoznawczych. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Difin, Warszawa 2013, s. 21.

¹¹ M. Piekarska-Drażek, op. cit., s. 172.

koronnym to również ryzyko pojawienia się wielu innych negatywnych zdarzeń, takich jak:

- narażenie organów procesowych na utratę zaufania społecznego,
- ujawnienie informacji na temat planowanych zatrzymań,
- narażenie życia funkcjonariuszy ochraniających świadka koronnego,
- niewłaściwe angażowanie sił i środków w działaniach Policji,
- strata czasu.

Przyznanie statusu świadka koronnego danej osobie powinno być więc zawsze poprzedzone dokładnym rozpoznaniem okoliczności popełnienia przez nią czynów przestępczych i ustaleniem jej faktycznej roli w funkcjonowaniu grupy. Jest to bardzo istotne, gdyż w procesach związanych z przestępczością zorganizowaną występują najlepsi adwokaci, merytorycznie bardzo dobrze przygotowani do prowadzenia spraw¹². Próbuje oni wszelkimi możliwymi sposobami udowodnić m.in. to, że to właśnie świadek koronny jest organizatorem grupy i jego rola w działaniu była najistotniejsza¹³. W dotychczasowej praktyce nie zawsze status ten był przyznawany w sposób do końca przemyślany. Częstokroć fakty ujawnione w trakcie postępowania dowodowego wskazywały, że właśnie osoby występujące w roli świadków koronnych były inicjatorami działań przestępczych określonych w art. 4 u.ś.k. Konieczna jest więc szybka i obiektywna weryfikacja takich zarzutów¹⁴.

Kilkunastoletnie polskie doświadczenia związane z wykorzystaniem tego instrumentu prawnego pokazują, że w takich sytuacjach może nie wystarczyć rozważa i doświadczenie prokuratorów i sędziów. Słusznie wskazuje Emil W. Pływaczewski, że dowód z zeznań takich świadków ma charakter szczególny. Oznacza to, iż kryteria oceny ich wiarygodności, zarówno na etapie procedury kandydackiej, jak i po uzyskaniu statusu świadka koronnego, powinny być bardziej zaostrzone z racji splotu interesów procesowych i pozaprocesowych osób uzyskujących ten status¹⁵.

Kolejnym argumentem przemawiającym za dokładniejszą weryfikacją informacji przekazywanych przez osoby ubiegające się o status świadka koronnego jest też to, iż zorganizowane grupy przestępcze w Polsce uczą się, jak żyć z tą instytucją. Pośrednio wzmacnia ona brutalność tych grup. W niektórych z nich przyjmuje się założenie, że wszyscy w otoczeniu lidera mają mieć na koncie przestępczym tzw. głowy – czyli powinni być sprawcami zabójstw. Wyklucza to ich z grona ewentualnych kandydatów na świadków¹⁶. Szef czy też zarząd danej grupy, jeśli otoczy się osobami, które zabiły, współdziałały w zabójstwie lub usiłowały go dokonać, może

¹² Z. Rau, *Przestępczość zorganizowana w Polsce i jej zwalczanie*, Zakamycze, Kraków 2002, s. 223.

¹³ Z. Rau, *Instytucja świadka koronnego w świetle wyników przeprowadzonych badań*, [w:] E. Pływaczewski (red.), *Przestępczość zorganizowana, świadek koronny, terroryzm w ujęciu praktycznym*, Zakamycze, Kraków 2005, s. 564.

¹⁴ Z. Rau, *Przestępczość zorganizowana...*, s. 225.

¹⁵ E. Pływaczewski, *Świadek koronny jako instrument zwalczania przestępczości zorganizowanej*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 7–8, s. 97.

¹⁶ Z. Rau, *Instytucja świadka koronnego...*, s. 567.

być spokojny, że najbliżsi kompani, a więc osoby mające największą wiedzę o działalności grupy, nigdy nie zostaną świadkami koronnymi¹⁷ i nie podzielią się posiadaną wiedzą¹⁸.

Z danych Prokuratury Generalnej wynika, że w ostatnich latach spada w Polsce liczba osób uzyskujących status świadków koronnych. W 2001 r. było ich 25, podczas gdy w 2011 i 2012 tylko po 4. Spadek ten prokuratorzy tłumaczą ostrożnością w korzystaniu z tej instytucji. Od września 2006 r. do lipca 2012 r., prokuratorzy wydali wobec 34 podejrzanych postanowienia o odmowie wystąpienia z wnioskiem w przedmiocie dopuszczenia dowodu z zeznań świadka koronnego. Powodem tych decyzji były istotne zastrzeżenia wobec podejrzanych, wykazane przez prokuratora w trakcie trwania procedury kandydackiej¹⁹. Dane te wskazują na dużo większą rozwagę prokuratorów w korzystaniu z tego narzędzia prawnego, niż w początkowym okresie jego funkcjonowania. Wydaje się też, że istotną rolę odgrywa tu właściwie sprawowany nadzór ze strony prokuratorów z Prokuratury Generalnej. Jednocześnie w obliczu niemalejącej liczby zorganizowanych grup przestępczych w Polsce²⁰ postawa ta może częściowo wynikać z dostrzegania braku metod służących dokonaniu szybkiej i dokładnej weryfikacji informacji podawanych przez kandydatów na świadków koronnych, a tym samym i oceny związanego z tym ryzyka.

Jednym z podstawowych sposobów weryfikacji informacji przekazywanych przez kandydata na świadka koronnego jest w Polsce wciąż tradycyjne przesłuchanie. Prowadzi je prokurator, ale nie różni się ono niczym od standardowych przesłuchań. Zdaniem Zbigniewa Raua jest ono często pobieżne, co niejednokrotnie skutkuje koniecznością ponownego przesłuchania świadka już po nadaniu mu statusu. Niestety w Polsce pewna część prokuratorów przyzwyczajona jest do modelu – najpierw dokładnie przesłuchuje policjant, a później prokurator jeszcze raz, wykorzystując slogan o podtrzymywaniu wyjaśnień podejrzanego złożonych przed policjantem²¹. Wydaje się więc, że przydatność takich przesłuchań jest ograniczona i nawet przygotowanie specjalnie przeszkolonej małej grupy prokuratorów weryfikujących kandydatów na świadków koronnych czy też wprowadzenie instrukcji przesłuchiwania takich świadków na wzór włoski nie podniesie znacząco ich wartości. Dotychczas zazwyczaj opierano się na informacjach od kandydatów na świad-

¹⁷ Nie można uznać, że żaden zabójca nie może zostać świadkiem koronnym. Na pewno nie może zostać nim osoba, która popełniła zabójstwo lub współdziałała w jego popełnieniu, jednak dotyczy to tylko takiego związanego z uczestnictwem w zorganizowanej grupie przestępczej. Świadkiem koronnym może zostać natomiast osoba, która popełniła zabójstwo, ale w innej grupie, bądź zabójstwo samoistnie – zob. *ibidem*.

¹⁸ M. Adamczyk, *Świadek koronny. Analiza prawnokryminalistyczna*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 285.

¹⁹ M. Kujawski, *Analiza – świadek koronny w prokuratorskiej praktyce*, opublikowane dnia 16 maja 2012 r., [online] <www.pg.gov.pl/index.php?0,1206> cyt. za: Z. Rau, *Wyniki badań...*, s. 75.

²⁰ Wynosi ona około 400, w tym 60% z nich można nazwać dużymi zhierarchizowanymi grupami – zob. Z. Rau, *Wyniki badań...*, s. 57.

²¹ Z. Rau, *Przestępczość zorganizowana...*, s. 229.

ków koronnych, weryfikowanych m.in. przez często niedokładne wyniki czynności operacyjnych. Prowadziło to w niektórych sytuacjach do lekceważenia ograniczeń podmiotowych określonych w art. 4 u.ś.k., a w konsekwencji do powstania poważnych komplikacji w toku postępowania karnego.

Kolejne problemy wynikają z tego, iż postępowania z udziałem świadków koronnych trwają w Polsce kilka lat lub nawet dłużej. Konieczne jest więc, aby w tym czasie sprawdzać, czy nie naruszają oni zapisów art. 10 u.ś.k., a w szczególności, czy:

- popełnili nowe przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego,
- zataili majątek, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 lit. b u.ś.k.

Nie można też zapominać, że kilkanaście lat polskich doświadczeń z tym instrumentem prawnym pokazuje, iż proces swoistej resocjalizacji świadków koronnych niestety nie zawsze kończy się sukcesem. Potwierdzają to szacunki Leszka Kardaszyńskiego, byłego Szefa Zarządu Ochrony Świadka Koronnego Centralnego Biura Śledczego Komendy Głównej Policji (ZOŚK CBS KGP). Wynika z nich, że około 60% świadków koronnych nigdy już nie wróci na drogę przestępstwa²². A co z pozostałymi 40%? Przecież świadkowie koronni to byli członkowie najpoważniejszych zorganizowanych grup przestępczych i w większości przypadków znaczną część dorosłego życia spędzili na łamaniu prawa, żyjąc najczęściej na wysokim poziomie. Pomoc, jaką otrzymują od państwa, jest znacznie niższa niż dochody uzyskiwane wcześniej z działalności przestępczej. Nakłada się na to zniechęcenie i znużenie wieloletnim programem ochrony. Powodować to może u części z nich chęć powrotu do poprzedniego stylu życia już podczas trwania programu ochrony albo tuż po jego zakończeniu. Wnioski takie można wyprowadzić z wyników badań Z. Raua, które pokazują, że program ochrony w coraz mniejszym stopniu spełnia oczekiwania świadków koronnych²³. Coraz rzadziej z propozycją ubiegania się o taki status wychodzą sami członkowie zorganizowanych grup przestępczych, natomiast coraz częściej taką ofertę składają im policjanci²⁴.

Bezpośrednie zainteresowanie działalnością świadków koronnych ze strony organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości ustaje często w praktyce w momencie uprawomocnienia się postanowienia o umorzeniu postępowania przeciwko nim. Powinno jednak trwać jeszcze co najmniej 5 lat. W tym okresie osoby objęte przywilejem całkowitego uwolnienia od odpowiedzialności karnej (swoistym przywilejem quasi-abolicyjnym)²⁵, powinny powstrzymać się od popełniania przestępstw. Kwe-

²² L. Kardaszyński, *Świadek koronny – 10 lat tradycji*, [w:] L. Paprzycki, Z. Rau (red.), *Praktyczne elementy zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu. Nowoczesne technologie i praca operacyjna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 464.

²³ Z. Rau, *Wyniki badań...*, s. 75.

²⁴ *Ibidem*, s. 73.

²⁵ M. Gabriel-Węglowski, *Ustawa o świadku koronnym: komentarz. Zarys instytucji w Europie*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 19.

stię tą reguluje art. 11 ust. 1 pkt 1 i 2 u.ś.k., zgodnie z którym postępowanie wznawia się, jeżeli w ciągu ww. okresu świadek koronny popełnił nowe przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub zostały ujawnione okoliczności świadczące o tym, że świadomie nie ujawnił swojego majątku lub związane z udziałem w zabójstwie lub kierowaniem zorganizowaną grupą przestępczą. Na fakultatywność wszczęcia postępowania karnego wskazuje natomiast art. 11 ust. 2 u.ś.k. Obecnie brak jednak systemowych rozwiązań, które służyłyby monitorowaniu zachowań byłych świadków koronnych. Wydaje się, że ich wprowadzenie podniosłoby ocenę tej instytucji w oczach opinii publicznej, a pośrednio przyczyniłoby się też do wzrostu społecznego zaufania do organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości.

Zarządzanie ryzykiem

Organy procesowe, współpracując ze skruszonymi członkami zorganizowanych grup przestępczych, powinny skupiać się nie tylko na zdobywaniu dowodów, które pozwolą obciążyć odpowiedzialnością karną innych członków grupy i tym samym przyczynią się do jej rozbitcia. Muszą również analizować potencjalne źródła nieprzewidzianych okoliczności, które mogą tę współpracę zakłócić.

Z teorii na temat zarządzania ryzykiem wynika, że na ten proces składają się:

- rozpoznanie (identyfikacja) czynników negatywnych i ich ocena,
- sterowanie ryzykiem i kontrola podjętych działań²⁶.

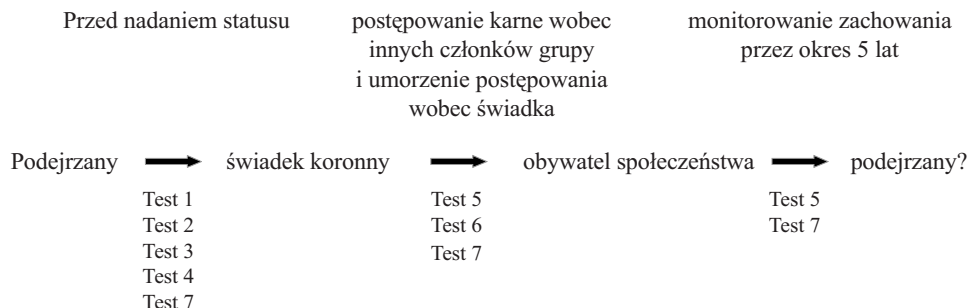
Celem takiego zarządzania jest ograniczanie ryzyka oraz zabezpieczanie się przed skutkami nieprzewidzianych zdarzeń, co może zagwarantować niezachwiany tok postępowania karnego prowadzonego przeciwko innym członkom grupy. Szybkie ustalenie, iż istnieje istotne ryzyko występowania ograniczeń podmiotowych wynikających z art. 4 u.ś.k., pozwoliłoby przecież organowi procesowemu przyjąć odpowiednią taktykę wobec osoby, która ubiega się o ten status.

Jednym z elementów zarządzania ryzykiem w obszarze instytucji świadka koronnego może być usystematyzowana procedura badań poligraficznych prowadzonych w celu weryfikacji informacji pochodzących od kandydata, świadka lub byłego świadka koronnego (rys. 1). Jej wyniki mogłyby być pomocne przy podejmowaniu kolejnych działań organów procesowych. Badania te powinny być częścią składową obu ww. procesów. Pierwszym etapem zarządzania ryzykiem byłoby rozpoznanie okoliczności, które dyskwalifikują kandydatów w drodze do uzyskania statusu świadka koronnego. Sterowanie ryzykiem może być z kolei rozumiane jako aktywne monitorowanie i kontrola działań po uzyskaniu takiego statusu.

²⁶ Zarządzanie ryzykiem w sektorze publicznym. Podręcznik wdrożenia systemu zarządzania ryzykiem w administracji publicznej w Polsce, Ministerstwo Finansów, s. 9, [online] <www.mf.gov.pl/documents/764034/3349878/20130307_3_zarządzanie_ryzykiem_w_sektorze_publicznym.pdf> (dostęp: 13.07.2013).

IDENTYFIKACJA RYZYKA

STEROWANIE RYZYKIEM



test 1. udział w zabójstwie; test 2. kierowanie grupą; test 3. ujawnienie statusu majątkowego; test 4. wiarygodność zeznań; test 5. monitorowanie zachowania; test 6. przestrzeganie wymagań PO; test 7. diagnostyczny (badanie ewentualnego związku podejrzanego z konkretnym przestępstwem)

Rys. 1. Badania poligraficzne w procesie zarządzania ryzykiem w związku z realizacją przepisów ustawy o świadku koronnym

Istotne jest to, by organy procesowe w pełni rozumiały istotę zarządzania ryzykiem w procedurze świadka koronnego. Badania poligraficzne pozwoliłyby ochronić dotychczasowe wyniki ich pracy, a nawet je zweryfikować. Taka propozycja nie stanowi nowego rozwiązania w kwestii oceny wiarygodności informacji przekazywanych przez kandydatów²⁷, ma ona jednak charakter kompleksowy. Warto rozważyć stworzenie polskiego systemu zarządzania ryzykiem w instytucji świadka koronnego, który byłby oparty o badania screeningowe (przesiewowe) i diagnostyczne. Procedura ta mogłaby w istotny sposób wzmocnić tę instytucję. Trzeba jednak pamiętać, że ze względu na czynniki związane z osobowością i doświadczeniem przestępczym osób ubiegających się o status świadka koronnego badania te mogą stanowić szczególne wyzwanie dla poligraferów.

W Stanach Zjednoczonych na poligrafie obligatoryjnie badane są osoby ubiegające się o objęcie Programem Ochrony Świadka, jeśli odbywają karę pozbawienia wolności, a istnieje realne zagrożenie dla ich życia w związku obciążającymi zeznaniami składanymi przez nie przeciwko członkom zorganizowanych grup przestępczych. Zgodnie z amerykańskimi uregulowaniami prawnymi badania poligraficzne prowadzone są w celu ochrony innych osób objętych wspomnianym programem²⁸. Trzeba dodać, że są też stosowane w procesie resocjalizacyjnym osób skazanych za

²⁷ Zob. R. Jaworski, *Opinia z ekspertyzy poligraficznej jako dowód odciążający*, Kolonia Limited, Wrocław 1999, s. 244; P. Majewski, *Zasadność i potrzeba stosowania badań wariograficznych w stosunku do kandydatów na świadka koronnego oraz świadka koronnego*, [w:] J. Bryk, A. Szajowska, M. Zubańska (red.), *Badanie wariograficzne w polskim prawie karnym*, Wyd. WSPol., Szczytno 2005, s. 121–124; G. Ociecek, op. cit., s. 95–98; A. Kiełtyka, B. Kurzępa, A. Ważny, *Ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2013, s. 42–43.

²⁸ Zob. [online] <www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/21mcr.htm> (dostęp: 13.07.2013).

przestępstwa na tle seksualnym. Stanowią bardzo skuteczny instrument wspomagający ten proces oraz znacząco redukujący zjawisko recydywy. Wykorzystywane są jako narzędzie monitorujące przestępców przebywających na wolności w ramach przeterminowanego warunkowego zwolnienia albo po odbyciu kary pozbawienia wolności²⁹.

Istota badań poligraficznych i rodzaje procedur badawczych

Badania poligraficzne nie są procedurą wykrywania kłamstwa ani oceny wiarygodności wypowiedzi. Ich celem jest sprawdzenie, czy w świadomości osoby badanej są lub nie są zarejestrowane ślady pamięciowe i emocjonalne związane z określonym zdarzeniem³⁰. Stosowane są w kilkudziesięciu krajach na świecie, zarówno w procesie karnym, w ramach procedur kadrowych służb mundurowych oraz w sektorze „cywilnym”. W Polsce badania z użyciem poligrafu były wykorzystywane przez służby specjalne już od początku lat 50. XX wieku, natomiast w procesie karnym pierwsze ich zastosowanie miało miejsce w 1963 r.³¹

W trakcie badań poligraficznych wykorzystuje się niekwestionowane w świetle psychofizjologii ustalenia, zgodnie z którymi pobudzenie emocjonalne współwystępuje z określonymi zmianami psychovegetatywnymi: reakcją elektrodermalną, naczyniowo-sercową oraz oddechową³². Badania oparte są na wystandaryzowanych testach, których dokładność została potwierdzona w wyniku wieloletnich badań naukowych³³. Metodyka badań zakłada kilkukrotną prezentację sekwencji pytań testowych o określonym znaczeniu, które pełnią rolę bodźców. Wywołują one zmiany w pobudzeniu psychofizjologicznym wtedy, gdy w psychice badanego przechowywany jest zapis pamięciowy dotyczący rozpoznawanych kwestii. Przez zaaplikowanie bodźca (pytania) ślad pamięciowy zostaje „uruchomiony” i oddziałuje na stan emocjonalny badanego w kierunku zwiększonego pobudzenia. Zgodnie z aktualną teorią dotyczącą psychologicznych podstaw badań poligraficznych, zmiany diagno-

²⁹ Zob. M. Skorecki, *Poligraf (wariograf) jako instrument wspomagający proces resocjalizacji osób skazanych za przestępstwa na tle seksualnym*, [w:] J. Kasprzak, B. Młodziejowski (red.), *Kryminalistyka i inne nauki pomocowe w postępowaniu karnym*, Print Group, Olsztyn 2009, s. 693–705.

³⁰ P. Herbowski, *Badanie poligraficzne jako metoda weryfikacji wersji śledczych*, Wyd. CLKP, Warszawa 2011, s. 15.

³¹ Zob. P. Herbowski, *50 lat badań poligraficznych w polskim procesie karnym*, „Problemy Kryminalistyki” 2013, nr 280, s. 7–15.

³² D. Karczmarzka, *Zastosowanie poligrafu w postępowaniu karnym w świetle znowelizowanych przepisów kodeksu postępowania karnego*, [w:] Z. Sobolewski, G. Artymiak, C.P. Kłak (red.), *Problemy znowelizowanej procedury karnej*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 148.

³³ Zob. R. Nelson, P. Show, M. Handler, D. Krapohl, *Meta-Analytic Survey of Criterion Accuracy of Validated Polygraph Techniques*, The Ad-Hoc Committee on Validated Techniques, 2011 [online] <www.polygraph.org/section/validated-polygraph-techniques/executive-summary-meta-analytic-survey-criterion-accuracy-val> (dostęp: 18.12.2013).

styczne w monitorowanych parametrach fizjologicznych są wypadkową czynników emocjonalnych, poznawczych oraz behawioralnych³⁴.

W praktyce badania te służą osiągnięciu przynajmniej jednego z trzech celów: uzyskaniu informacji, jej weryfikacji, a także zniechęcaniu osoby do podejmowania w przyszłości określonych działań niezgodnych z prawem. W zależności od celu czynności specjalista wybiera z obszernego katalogu testów taki format, który umożliwia uzyskanie wiarygodnych wyników, mogących następnie być poważną przesłanką w trakcie podejmowania kolejnych decyzji procesowych czy kadrowych.

Ze względu na cel badania wyróżnia się dwa rodzaje procedur badawczych. Jeśli ukierunkowane są one na sprawdzenie, czy dana osoba ma związek z określonym przestępstwem, którego okoliczności są znane, wdrażana jest procedura diagnostyczna. W tym przypadku powszechnie stosowane są testy pytań porównawczych np. UZCT³⁵ (ang. *Utah Zone Comparison Technique*) oraz testy informacji ukrytej CIT³⁶ (ang. *Concealed Information Test*). Procedura ma charakter badań kryminalistycznych, a pytania testowe dotyczą okoliczności określonego przestępstwa. Jeśli natomiast celem jest ustalenie, czy badany mógł w przeszłości brać udział w określonych typach przestępstw, takich jak pozbawienie życia czy korupcja, a nie konkretnych zdarzeniach, stosowana jest procedura screeningowa, która pozwala ów fakt potwierdzić lub wykluczyć. W jej trakcie stosowany jest np. test RIT³⁷ (ang. *Relevant-Irrelevant Technique*) lub odpowiedni format UZCT.

Badania poligraficzne przed nadaniem statusu świadka koronnego

Rozważając możliwość stosowania badań poligraficznych jako elementu zarządzania ryzykiem w procesie weryfikacji informacji przekazywanych przez kandydata na świadka i świadka koronnego, przygotowano propozycję pytań krytycznych testów. Odnosiłyby się one do poszczególnych ograniczeń podmiotowych ujętych w art. 3 i 4 u.ś.k. Ze względu na ich liczbę, a także rodzaj taka procedura powinna składać się z odrębnych zagadnieniowo testów.

Kluczową kwestią jest konieczność sprawdzenia, czy przeszłość kandydata na świadka koronnego nie będzie stanowiła przeszkody w nadaniu mu takiego statusu i wykorzystaniu jego zeznań w postępowaniu karnym. Jeśli wpisane są w nią zdarzenia określone w art. 4 u.ś.k., to badanie poligraficzne może służyć jako narzędzie, dzięki któremu organ procesowy jest w stanie sprawdzić, czy istnieją takie podmiotowe przeciwwskazania.

³⁴ J. Kahn, R. Nelson, M. Handler, *An exploration of emotion, cognition during polygraph testing*, "Polygraph" 2009, t. 38 (3), s. 195.

³⁵ Zob. J. Konieczny, *Badania poligraficzne. Podręcznik dla zawodowców*, WAiP, Warszawa 2009, s. 119–122.

³⁶ Ibidem, s. 64–86.

³⁷ Ibidem, s. 87–95.

W trakcie analizy art. 4 u.ś.k. pod kątem stworzenia procedury screeningowej wyłoniło się kilka istotnych zagadnień, które należy uwzględnić podczas tworzenia pytań testowych. Ich zlekceważenie mogłoby skutkować niewłaściwym sformułowaniem pytań krytycznych i uzyskaniem niewiarygodnych wyników.

Określone w art. 4 u.ś.k. czyny muszą zachodzić w związku z działaniem w zorganizowanej grupie lub związku. Trzeba zatem ustalić kryteria, które pozwolą odróżnić popełnienie konkretnego przestępstwa w ramach grupy, od popełnienia tegoż przestępstwa samoistnie lub w ramach współsprawstwa. Musi to znaleźć swoje odzwierciedlenie w poszczególnych testach.

Właściwym rozwiązaniem tego problemu może być rozpoczęcie pytań krytycznych z uwzględnieniem przedziału czasowego, w trakcie którego kandydat działał w grupie albo związku przestępczym lub przytoczenie w nich imion (pseudonimów) innych osób z grupy w następującej postaci:

- 1) *Czy działając wspólnie z Czarnym dokonał Pan.....?*
- 2) *Czy w okresie od 2004 do 2010 dokonał Pan.....?*
- 3) *Czy w ciągu ostatnich 10 lat dokonał Pan.....?*

Kolejny dylemat wynika z faktu, że ani ustawa o świadku koronnym, ani inne przepisy prawa karnego nie definiują pojęcia zorganizowanej grupy czy związku mającego na celu popełnienie przestępstw³⁸. Praktyka badań poligraficznych wymaga z kolei doprecyzowania tych pojęć, gdyż są to znamiona konkretnego przestępstwa, z którym wiąże się zachowanie danej osoby. Należy więc zwrócić uwagę na kryteria pojęcia „kierowanie zorganizowaną grupą przestępczą”, aby trafnie sformułować pytania i określić status kandydata w tejże grupie czy związku w odniesieniu do innych jej członków. Nie można więc formułować pytań krytycznego wprost: *Czy kierował Pan grupą.....?*, bowiem może ono nie wywołać miarodajnej reakcji u osoby, która faktycznie to robiła. Trzeba wspomnieć, że sami przywódcy takich grup skłonni są do minimalizowania znaczenia swoich działań, twierdząc np. że kiedyś „tylko trochę łobuzowali”³⁹. Przy definiowaniu powyższych pojęć można posłużyć się zapisami zawartymi w Konwencji Narodów Zjednoczonych Przeciwko Międzynarodowej Przestępczości Zorganizowanej z 15 listopada 2000 r.⁴⁰ Zgodnie z art. 2(a) zorganizowana grupa przestępcza oznacza posiadającą strukturę grupę składającą się z trzech lub więcej osób, istniejącą przez pewien czas oraz działającą w porozumieniu w celu popełnienia jednego lub więcej poważnych przestępstw, tj. przestępstw podlegających maksymalnej karze pozbawienia wolności w wysokości co najmniej czterech lat lub karze surowszej, albo uzyskania w sposób bezpośredni lub pośredni korzyści finansowej lub innej korzyści materialnej. Kierowanie zorga-

³⁸ M. Adamczyk, *Procedura dopuszczenia dowodu z zeznań świadka koronnego*, [w:] E. Gruza (red.), *Wybrane aspekty zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu*, SA WPiA UW, Warszawa 2010, s. 11.

³⁹ Informacje własne autorów uzyskane w trakcie prowadzonych badań poligraficznych.

⁴⁰ Dz.U. z dnia 31 stycznia 2005 r., nr 18, poz. 158.

nizowaną grupą lub związkiem może więc polegać na faktycznym sprawowaniu kontroli nad działalnością związku lub grupy, wydawaniu poleceń innym członkom, podejmowaniu istotnych decyzji, w tym o sprawach finansowych czy planowaniu przedsięwzięć. W celu sprawdzenia, jaką faktycznie przestępca zajmował pozycję w grupie, można przeprowadzić test uwzględniający określone ramy czasowe i oparty na następujących pytaniach krytycznych:

Test 1. Kierowanie zorganizowaną grupą

- 1) *Czy w okresie od X do Y wydawał Pan polecenia innym członkom grupy Z?*
- 2) *Czy w okresie od X do Y decydował Pan o kwestiach finansowych w grupie Z, o podziale pieniędzy?*
- 3) *Czy w okresie od X do Y podejmował Pan decyzje odnośnie.... ?*

Próbując określić pozycję zajmowaną w grupie przez kandydata na świadka koronnego, należy jednak pamiętać, iż nie zawsze wszystkie ww. zachowania muszą występować łącznie, aby móc mówić o zorganizowanej grupie lub związku. Zbigniew Rau trafnie zauważył, iż w polskich grupach nie zawsze występuje podporządkowanie i hierarchia, co nie odbiera tej grupie osób przynależących do grupy zorganizowanej⁴¹.

Ewentualny udział w zabójstwie kandydata na świadka koronnego można zwerifikować testem z następującymi pytaniami krytycznymi:

Test 2. Udział w zabójstwie

- 1) *Czy w okresie od X do Y pozbawił Pan kogoś życia?*
- 2) *Czy w okresie od X do Y zlecił Pan komuś pozbawienie życia innej osobie?*
- 3) *Czy w ciągu ostatnich 6 lat próbował Pan pozbawić kogoś życia?*

W badaniu screeningowym powinien znaleźć się również test dotyczący kwestii majątkowych, a dokładniej ujawnienia własnego majątku oraz znanego majątku pozostałych sprawców przestępstw.

Test 3. Ujawnienie stanu majątkowego

- 1) *Czy przepisał Pan jakiś majątek na członków najbliższej rodziny w celu jego zatajenia przed Policją?*
- 2) *Czy posiada Pan majątek, o którym nie poinformował w trakcie składania zeznań w..... ?*
- 3) *Czy zdeponował Pan pieniądze/ wartościowe przedmioty w celu ich ukrycia?*
- 4) *Czy powierzył (oddał na przechowanie) Pan komuś pieniądze/ wartościowe przedmioty w celu ich ukrycia?*

W przypadku, gdy kandydat zostanie pomówiony o udział w konkretnym zabójstwie, można poddać go typowemu badaniu kryminalnemu opartemu na testach

⁴¹ Z. Rau, *Przestępczość zorganizowana...*, s. 385.

diagnostycznych⁴², które będzie miało za zadanie zweryfikować wersję jego udziału w tym zdarzeniu⁴³.

Celowe może być ponadto przeprowadzenie kolejnego testu, w przypadku gdy organ procesowy nabierze podejrzeń co do wiarygodności informacji przekazywanych przez kandydatów na świadków koronnych. Wprowadzenie takiego testu jest szczególnie uzasadnione w kontekście danych zebranych przez funkcjonariuszy ZOŚ CBS KGP, iż tylko 10% świadków koronnych dobrowolnie poddałoby się badaniom poligraficznym przed uzyskaniem takiego statusu⁴⁴. Dane te potwierdzają konieczność wielopłaszczyznowej weryfikacji informacji przekazywanych przez kandydatów na świadków koronnych.

Test 4. Weryfikacja informacji

1) *Czy w trakcie składanych zeznań pomówił Pan kogoś o czyn, którego ta osoba nie dokonała?*

2) *Czy podał Pan nieprawdziwe informacje na temat przestępstw, o których zeznawał Pan w trakcie przesłuchania?*

3) *Czy celowo wprowadził Pan w błąd funkcjonariuszy w trakcie składania zeznań odnośnie przestępstw popełnionych przez członków grupy Z?*

Badania poligraficzne po nadaniu statusu świadka koronnego

Zgodnie z art. 10 ust. 1 pkt 2 u.ś.k., świadek koronny traci swój status, jeżeli w toku postępowania popełnił nowe przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Badania poligraficzne prowadzone w regularnych odstępach czasu np. co 3 lub 6 miesięcy, stosowane jako narzędzie sterowania ryzykiem, dawałyby możliwość monitorowania zachowania świadka koronnego w trakcie trwania postępowania, jak też po uprawomocnieniu się umorzenia jego postępowania na podstawie art. 11 u.ś.k. Badania te służyłyby weryfikacji informacji uzyskiwanych m.in. przez policjantów z ZOŚK CBS KGP o podjętej działalności przestępczej już w trakcie prowadzonej ochrony⁴⁵. Ujawnienie okoliczności mogących przemawiać za możliwością powrotu świadka na drogę przestępstwa stwarza organowi procesowemu szansę modyfikacji warunków współpracy z nim.

W przypadku badań monitorujących działalność obecnych i byłych świadków koronnych wskazane jest określenie w treści pytania krytycznego przedziału czasowego, którego ono dotyczy. Jest to możliwe przez podanie daty nadania podejrzane-

⁴² Oznaczonych na rysunku jako nr 7.

⁴³ Autorzy spotkali się z sytuacją badania świadka koronnego na poligrafie w związku z podejrzaniem o udział w zabójstwie.

⁴⁴ G. Ociecek, op. cit., s. 96.

⁴⁵ P. Majewski, op. cit., s. 123.

mu statusu np.: *Czy w okresie od 2004 r. (od momentu nadania Panu statusu świadka) do chwili obecnej, celowo złamał Pan prawo/popełnił jakieś przestępstwo?*

Jeśli natomiast jest to kolejne badanie okresowe, pytanie może rozpoczynać się zwrotem: *Czy w ciągu ostatnich 3 miesięcy.....? Czy w ciągu ostatnich 6 miesięcy.....?*

Test 5. Monitorowanie zachowania

- 1) *Czy w ciągu ostatnich 6 miesięcy popełnił Pan jakieś przestępstwo?*
- 2) *Czy w ciągu ostatnich 6 miesięcy kontaktował się Pan z osobami popełniającymi przestępstwa?*
- 3) *Czy w ciągu ostatnich 6 miesięcy czerpał Pan korzyści z nielegalnego źródła?*
- 4) *Czy w ciągu ostatnich 6 miesięcy czerpał Pan korzyści z przestępstwa popełnionego przed nadaniem Panu statusu?*
- 5) *Czy w ciągu ostatnich 6 miesięcy posłużył się Pan dokumentami legalizacyjnymi w innym celu niż ten, do którego zostały wytworzone?*

Katalog tychże pytań nie jest oczywiście zamknięty. Zasadne wydają się np. pytania o utrzymywanie kontaktów z konkretnymi osobami ze środowiska przestępczego i udział w określonych przestępstwach, takich jak rozboje, wymuszenia rozbójnicze, kradzieże. Pytania mogą mieć wówczas następujące brzmienie:

- 1) *Czy w ciągu ostatnich 6 miesięcy dokonał Pan kradzieży samochodu?*
- 2) *Czy w ciągu ostatnich 6 miesięcy szantażował/ groził Pan kogoś/ komuś?*

W procedurze testowej należy też uwzględnić zmiany zachodzące na przestrzeni ostatnich lat w obszarach działalności polskiej przestępczości zorganizowanej: od bardzo zbrutalizowanych form działania w początkowym okresie transformacji ustrojowej do form bardziej wysublimowanych, idących w kierunku przestępstw gospodarczych⁴⁶. Nie można też pominąć pytań o przestępstwa godzące w interes finansowy państwa. Pytania w testach okresowych mogą więc być następujące:

- 1) *Czy w ciągu ostatnich 6 miesięcy czerpał Pan korzyści finansowe z gier hazardowych?*
- 2) *Czy w ciągu ostatnich 6 miesięcy wystawiał Pan fałszywe faktury?*
- 3) *Czy w ciągu ostatnich 6 miesięcy zarejestrował Pan fikcyjną firmę?*
- 4) *Czy w ciągu ostatnich 6 miesięcy czerpał Pan korzyści finansowe z prostytucji innych osób?*
- 5) *Czy w ciągu ostatnich 6 miesięcy czerpał Pan korzyści finansowe z obrotu nielegalnym alkoholem/papierosami/ narkotykami?*
- 6) *Czy w ciągu ostatnich 6 miesięcy sporządził Pan fikcyjne umowy pożyczek?*
- 7) *Czy w ciągu ostatnich 6 miesięcy czerpał Pan korzyści z nielegalnego obrotu paliwami?*
- 8) *Czy w ciągu ostatnich 6 miesięcy posługiwał się Pan fałszywymi dokumentami?*
- 9) *Czy w ciągu ostatnich 6 miesięcy wyludził Pan kredyt lub pożyczkę?*
- 10) *Czy w ciągu ostatnich 6 miesięcy brał Pan udział w wyludzaniu podatku VAT?*

⁴⁶ E. Gruza (red.), *Wybrane aspekty zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu*, SA WPiA UW, Warszawa 2010, s. 7.

Na tych samych pytaniach krytycznych mogą opierać się testy screeningowe, których celem byłoby monitorowanie zachowania osoby w pięcioletnim okresie po umorzeniu zawieszono wcześniej postępowania karnego. Należałoby się jednak zastanowić nad częstotliwością tych badań, które można byłoby ograniczyć np. do jednej procedury badawczej w roku.

Kontrola zachowania byłego już świadka koronnego przez okres 5 lat przy pomocy poligrafu służyłaby swego rodzaju weryfikacji rzeczywistych pobudek kierujących osobą, która uzyskała ten status⁴⁷ i została uwolniona od odpowiedzialności karnej.

Większość polskich świadków koronnych oraz członkowie ich rodzin podlega wieloletniej ochronie ZOŚK CBS KGP w trakcie trwania procesów karnych z ich udziałem⁴⁸. Przykładowo w roku 2012 prowadzono wciąż aż 95 programów ochrony⁴⁹. Sama realizacja zadań związanych z ochroną świadków i ich rodzin nastęrcza wiele problemów prawnych, logistycznych i organizacyjnych⁵⁰. Bez wątplenia jest również kosztowna, dlatego zgodnie z art. 16 u.ś.k. objęcie ochroną świadka koronnego uzależnione jest od złożenia przez niego pisemnego zobowiązania do przestrzegania zasad i zaleceń w zakresie ochrony. Dla właściwego funkcjonowania programu niezbędne jest więc dostosowanie się świadków koronnych do stawianych im wymogów. Ich zachowanie w zakresie przestrzegania przyjętych zobowiązań również powinno podlegać kontroli w zakresie wymaganym przez Policję. Przykładowe pytania krytyczne dotyczące programu ochrony wiążą się nierozzerwalnie z weryfikacją zachowania świadka koronnego pod kątem jego powrotności do przestępstwa (test 5) i stanowią jego dopełnienie.

Test 6. Przestrzeganie wymagań Programu Ochrony

- 1) *Czy w ciągu ostatnich 6 miesięcy opuścił Pan miejsce zamieszkania/ wyjechał za granicę bez informowania oficera prowadzącego?*
- 2) *Czy w ciągu ostatnich 6 miesięcy kontaktował się Pan z osobami ze środowiska przestępczego?*
- 3) *Czy przekazuje Pan komuś informacje dotyczące postępowania, współpracy z Policją/ prokuratorem?*

Podstawy prawne badań poligraficznych

Kwestią wymagającą rozważenia jest podstawa dowodowa, na podstawie której można dokonać ustalenia powodującego niedopuszczalność przyznania statusu świadka koronnego. Za nadmierne trzeba uznać wymaganie skazania za jedno

⁴⁷ E. Pływaczewski, *Świadek koronny...*, s. 104.

⁴⁸ Zob. art. 14 ust. 1 u.ś.k.

⁴⁹ Z. Rau, *Wyniki badań...*, s. 55.

⁵⁰ E. Pływaczewski, *Świadek koronny...*, s. 104.

z przestępstw, których popełnienie wyklucza uzyskanie takiego statusu⁵¹. Wydaje się, że uprawdopodobnienie zarzutu popełnienia choćby jednego z przestępstw wymienionych w art. 4 u.ś.k. w procedurze badań poligraficznych mogłoby stanowić dostateczną przesłankę do odmowy dokonania „przemiany” podejrzanego w świadka koronnego. Jeśli po uzyskaniu tego statusu, w trakcie badań na poligrafie, zostaną ujawnione informacje dotyczące powrotu do działalności przestępczej lub nieprzestrzegania zaleceń programu ochrony, powinno to stanowić podstawę do podjęcia czynności operacyjnych i procesowych mających je zweryfikować. Podobnie sytuacja wygląda w przypadku byłych świadków koronnych.

Obowiązek poddawania się badaniom poligraficznym przez ww. osoby powinien znaleźć się w ustawie o świadku koronnym, a nie w aktach prawnych niższego rzędu. Badanie o znaczeniu operacyjnym, nawet w przypadku uzyskania negatywnego wyniku przez osobę badaną, nie mogłoby być przecież ujawnione w materiałach postępowania o nadanie statusu ani też stanowić podstawy do podjęcia jakichkolwiek czynności o charakterze procesowym. Trafną propozycję takiej zmiany w odniesieniu do kandydata na świadka koronnego przedstawił Jan Wojtasik. Treść art. 3 pkt 1 u.ś.k. należałoby uzupełnić o literę „c” w następującym brzmieniu: „wyrzcił gotowość poddania się badaniom mającym na celu ocenę wiarygodności i przeszedł takie badanie z wynikiem pozytywnym”⁵². Przepis ten uzależniałby dopuszczenie dowodu z zeznań świadka koronnego od jego zobowiązania się do udziału w okresowych badaniach. Taka procedura miałaby za zadanie uzyskanie jak największej informacji o kandydacie, skali działalności grupy przestępczej oraz faktycznych korzyściach, jakie ona uzyskała. Wprowadzenie analogicznych zmian w ustawie o świadku koronnym, dotyczących możliwości monitorowania zachowań świadków koronnych w trakcie trwania programu ochrony i po jego zakończeniu, pozwoliłoby na weryfikację ewentualnych podejrzeń dotyczących powrotu do popełniania przestępstw i z pewnością służyło wzmocnieniu tej potrzebnej instytucji prawnej.

Podsumowanie

Implementacja instytucji świadka koronnego do polskiego systemu prawa karnego wynikała z konieczności rozwiązania problemu braku środków dowodowych w walce z przestępczością zorganizowaną. Od momentu jej wprowadzenia, obok licznych i wymiernych korzyści, zaczęto dostrzegać także problemy związane z oceną wiarygodności tej kategorii świadków. Spowodowane było to tym, że przydatność dotychczas wykorzystywanych metod, m.in. przesłuchań i czynności operacyjnych, uznano za niewystarczającą. Należy więc rozważyć wprowadzenie proce-

⁵¹ A. Gaberle, *Dowody w sądowym procesie karnym. Teoria i praktyka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 186.

⁵² Zob. [online] <www.janwojtasik.pl/moje-teksty/najnowsze-teksty/15-%C5%9Bwiadek-koronny.html> (dostęp: 6.10.2013).

dury kontrolnej opartej na badaniach poligraficznych, która mogłaby w istotny sposób poprawić funkcjonowanie tej instytucji prawnej. Zastosować można je wobec osób ubiegających się o status świadka koronnego, do okresowego monitorowania zachowania tych świadków w trakcie postępowania karnego, jak też po zakończeniu ich współpracy z wymiarem sprawiedliwości. Stosowanie tej metody pozwoliłoby obniżyć ryzyko wystąpienia czynników, które mogą negatywnie wpływać na działania organów procesowych, a nawet zniweczyć ich wysiłki. Oznaczałoby także zaspokojenie społecznych oczekiwań zwiększenia rygorystyki w stosunku do świadka koronnego. Z jednej strony taki zabieg umożliwiłby sprawdzenie podawanych przez niego informacji, z drugiej zaś jeszcze bardziej uwiarygodniłby samego świadka koronnego, który poddając się tej procedurze, potwierdzałby pośrednio swoje intencje. Tym samym stawałby się wiarygodniejszym źródłem dowodowym. Dokładne sprawdzenie przeszłości przestępców, którzy chcą być objęci przywilejem całkowitego uwolnienia od odpowiedzialności karnej, przy pomocy poligrafu, może przyczynić się do zwiększenia społecznej akceptacji omawianej instytucji.

Przedstawiona w artykule koncepcja wykorzystania badań poligraficznych ma charakter kompleksowy. Wprowadzenie jej w życie wymaga szerszej i – jak się wydaje – od dawna oczekiwanej dyskusji z udziałem osób zajmujących się tą problematyką, a w szczególności przedstawicieli Policji, prokuratury, sądownictwa i nauki. Jej wynikiem mogłoby być opracowanie propozycji uzupełnienia zapisów ustawy o świadku koronnym.

Summary

Polygraph examinations as a part of risk management in the process of verifying information submitted by a candidate on a witness and by a state witness

Key words: state witness, polygraph examinations, risk management.

The study presents a proposal to introduce a systematic test procedure based on polygraph examinations. These examinations could become an effective tool for verification and evaluation of information provided by the suspect at the stage of applying for a state witness status and also the tool to control of his behavior in the course of cooperation with law enforcement authorities in his new role. Using this method may reduce the risk related to the possibility of manipulating information being reported by state witnesses to police officers, prosecutors and judges. Thus it allows to reduce the number of cases where the status was granted to those who in the past committed acts which constitute subjective exclusions defined in the State Witness Act.

Karol Juszka

Katedra Prawa Karnego
Uniwersytet Jagielloński

Problematyka badawcza efektywności warunkowego umorzenia postępowania karnego stosowanego w reakcji na przestępstwa o charakterze gospodarczym

Warunkowe umorzenie postępowania karnego jako zwolnienie sprawcy od wydania wyroku skazującego¹ stosuje się także w celu ochrony pewności obrotu gospodarczego. W niniejszej problematyce znajduje zastosowanie stwierdzenie Andrzeja Zolla, że u podstaw tytułowej instytucji leży ta sama zasadnicza idea polegająca na skuteczniejszym wpłynięciu na likwidację konfliktu wywołanego przestępstwem w szczególności przez skłonienie sprawcy do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem².

Celem artykułu jest przedstawienie zagadnień stosowania warunkowego umorzenia postępowania karnego w reakcji na przestępstwa o charakterze gospodarczym za pomocą analizy wyników badań własnych 405 spraw dotyczących efektywności warunkowego umorzenia postępowania karnego. Niniejsza problematyka zostanie przedstawiona za pomocą czynników wpływających na efektywność badanej instytucji w tytułowej grupie przestępstw poprzez kolejne etapy postępowania karnego. Będzie zatem brana pod uwagę każda aktywność organów postępowania w przedmiocie stosowania badanej instytucji, mająca wpływ na efektywność warunkowego umorzenia postępowania karnego. Uwzględnienie czynników zwiększających efektywność omawianej instytucji oraz natychmiastowa reakcja na czynniki ją obniżające bezpośrednio zmierza do pomyślnego zakończenia okresu próby i okresu wskazanego w art. 68 § 4 k.k.

¹ Z. Cwiąkałski, *Wybrane zagadnienia warunkowego umorzenia postępowania*, referat wygłoszony podczas IX Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego nt. „Środki związane z poddaniem sprawcy próbie”, Warszawa, 16 maja 2012 r., umieszczony na stronie internetowej „Czasopisma Prawa Karnego i Nauk Penalnych” <www.czpk.pl/2012/05/18/zapis-video-ix-bielanskiego-kolokwium-karnistycznego-2012/> (dostęp: 7.05.2014).

² A. Zoll, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, t. I, wyd. 4, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, s. 913.

Mając na uwadze zasadę sprawozdawczości, należy wskazać, że w czasie przeprowadzania przedmiotowych badań własnych (lata 2003–2009) spośród 405 spraw wylosowano 70 spraw, w których postępowanie karne dotyczyło przestępstw o charakterze gospodarczym, w oparciu o kodeks karny³, kodeks spółek handlowych⁴, ustawę o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi⁵, ustawę o warunkach zdrowotnych żywności i żywienia⁶, ustawę o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym⁷, ustawę – Prawo telekomunikacyjne⁸, ustawę o rachunkowości⁹, ustawę – Prawo własności przemysłowej¹⁰, ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹¹, ustawę o zwalczaniu chorób zakaźnych zwierząt, badaniu zwierząt rzeźnych i mięsa oraz Inspekcji Weterynaryjnej¹²; ustawę – Prawo budowlane¹³, ustawę o ogólnym bezpieczeństwie produktów¹⁴.

Pierwszym czynnikiem wpływającym na efektywność badanej instytucji są wyjaśnienia podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym, wyjaśnienia oskarżonego w postępowaniu jurysdykcyjnym oraz treść wywiadu środowiskowego wydanego w toku postępowania wykonawczego.

Przesłuchiwani w charakterze podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym w swoich wyjaśnieniach w 30 z 70 spraw przedstawiali okoliczności popełnienia zarzucanego przestępstwa lub wskazywali motywację, jaką kierowali się przy jego popełnieniu. W 2 sprawach z 70 podejrzani wyrazili skruchę z powodu popełnienia przestępstwa, a jeden z nich dodatkowo wyjaśnił, że naprawił w części szkodę wyrządzoną przestępstwem.

W postępowaniu jurysdykcyjnym jeden z oskarżonych zmienił swoje wyjaśnienia co do kwestii przyznania się do winy, łącząc je z zapewnieniem o naprawieniu

³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

⁴ Ustawa z 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. nr 94, poz. 1037 z późn. zm.).

⁵ Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r., nr 70, poz. 473 z późn. zm.).

⁶ Ustawa o warunkach zdrowotnych żywności i żywienia z dnia 11 maja 2001 r. (Dz. U. z 2005 r., nr 178, poz. 1480 z późn. zm.).

⁷ Ustawa z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. nr 67, poz. 679 ze zm.).

⁸ Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. nr 171, poz. 1800).

⁹ Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2002 r., nr 76, poz. 694 z późn. zm.).

¹⁰ Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r., nr 119, poz. 1117 z późn. zm.).

¹¹ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2000 r., nr 80, poz. 904 z późn. zm.).

¹² Ustawa z dnia 24 kwietnia 1997 r. o zwalczaniu chorób zakaźnych zwierząt, badaniu zwierząt rzeźnych i mięsa oraz Inspekcji Weterynaryjnej (Dz. U. z 2002 r., nr 112, poz. 976 z późn. zm.).

¹³ Ustawa z dnia 7 lutego 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. nr 89, poz. 414 z późn. zm.).

¹⁴ Ustawa z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów (Dz. U. nr 229, poz. 2275 z późn. zm.).

szkody wyrządzonej pokrzywdzonemu oraz przeproszeniem pokrzywdzonego na sali sądowej. Wyjaśnienia czterech oskarżonych dotyczyły wprost wyrażenia zgody na zastosowanie wobec nich badanej instytucji, poszerzone przez jednego z nich o proponowany kształt wyroku warunkowo umarzającego postępowanie karne, a przez innego o własną ocenę popełnienia przestępstwa. Trzech oskarżonych wyraziło skruchę z powodu popełnienia przestępstwa, a następnych trzech potwierdziło zawarcie i wykonanie porozumienia z pokrzywdzonym w charakterze ugody, dotyczącego naprawienia szkody, także w trakcie wydanego w okresie próby wywiadu środowiskowego. Jeden z oskarżonych wniósł o zwrot zabezpieczonych dowodów, podkreślając, że nie stanowią one zagrożenia dla życia i zdrowia.

Analiza postępowań karnych w przedmiotowych sprawach wskazuje jednoznacznie na bezpośredni związek między wyjaśnieniami złożonymi w toku postępowania i treścią zasięgniętych wywiadów środowiskowych na kształt wyroku warunkowo umarzającego postępowanie karne oraz na sposób zakończenia okresu próby w przedmiotowych postępowaniach.

Drugi czynnik wyraża się w relacji między wyjaśnieniami podejrzanego, dotyczącymi kwestii utrzymywania go przez inne osoby, a orzekaniem świadczenia pieniężnego, zasądzenia kosztów sądowych w wyroku warunkowo umarzającym postępowanie karne. W 52 z 70 spraw sąd prawidłowo określił powiązanie między wysokością świadczenia pieniężnego, zobowiązania do naprawienia szkody, terminem jego wpłaty a sytuacją rodzinną i majątkową oskarżonego. Nieprawidłowo zostało to powiązane w 18 z 70 przedmiotowych spraw. W obu grupach występują sprawy dotyczące oskarżonych utrzymywanych przez inne osoby: w pierwszej grupie są to 2 osoby, w drugiej – 8 osób.

W związku tym, mając na uwadze zachowanie zasady indywidualizacji odpowiedzialności za własne czyny, należy przedstawić własne uwagi i postulaty w dwóch kwestiach.

Po pierwsze – w odniesieniu do sprawców utrzymywanych przez inne osoby jest wskazane stosowanie np. oddania pod dozór, nałożenia obowiązków ujętych w art. 72 § 1 pkt 1–3, 5–6a, 7a, 7b k.k. lub orzeczenia zakazu prowadzenia pojazdów.

Po drugie – ze względu na ustawowy obligatoryjny charakter zobowiązania do naprawienia szkody, należy postulować wybór restytucji jako zasady wykonania zobowiązania do naprawienia szkody oraz nienakładanie świadczenia pieniężnego, kosztów sądowych na oskarżonych utrzymywanych przez inne osoby.

Wyniki przedmiotowych badań własnych potwierdzają wniosek A. Zolla zawarty w analizie wyników badań własnych, że wykonanie obowiązku zobowiązania do świadczenia na cele społeczne na podejrzanym pozostającym na wyłącznym utrzymaniu innych osób nie ma ani znaczenia wychowawczego, ani nie jest weryfikatorem postawionej prognozy¹⁵. Przykładem trafności przedmiotowego wniosku

¹⁵ A. Zoll, *Materiałnoprawna problematyka warunkowego umorzenia postępowania karnego*, „Zeszyty Naukowe UJ. Prace Prawnicze”, z. 62, Warszawa – Kraków 1973, s. 187.

w analizowanej grupie spraw jest występująca w badaniach własnych w jednej z 405 spraw treść jednego z uzasadnień wydania postanowienia o niepodejmowaniu przedmiotowego postępowania z powodu wpłaty świadczenia pieniężnego przez matkę oskarżonego. Kolejnym czynnikiem jest zawarcie porozumienia między sprawcą a pokrzywdzonym w świetle art. 66 § 3 k.k. Niniejsza instytucja została zastosowana w 4 na 70 badanych spraw. W 3 badanych sprawach to porozumienie miało postać zrealizowanej ugody z zakładem energetycznym, a dodatkowo w jednej spośród nich przedmiotowe porozumienie wskazywało wysokość należności rozłożonej na raty wraz z terminem i sposobem wpłaty każdej z rat. W kolejnej sprawie przedmiotowe porozumienie miało postać ugody między pracodawcą a pracownikiem, zawierającej wzajemne pojednanie się oraz naprawienie szkody i roszczeń w rozumieniu prawa cywilnego i prawa pracy powstałych w wyniku przestępstwa.

W trakcie analizy wyników badań własnych 70 z 405 omawianych spraw zwrócono uwagę, że słusznie w 3 spośród nich niewpłacona kwota zobowiązania do naprawienia szkody, zawarta w porozumieniu między sprawcą a pokrzywdzoną osobą prawną w postępowaniu przygotowawczym, była włączana przez sąd do wyroku warunkowo umarzającego postępowanie karne. Należy zatem wysunąć postulaty: pisemnej formy niniejszego porozumienia, włączania treści porozumienia do omawianego wyroku i nowelizacji art. 68 § 2 k.k. przez dodanie do katalogu tego przepisu uchylania się od wykonania przedmiotowego porozumienia.

Ważnym czynnikiem bezpośrednio wpływającym na efektywność badanej instytucji odnoszącej się do tytułowej grupy przestępstw jest kształt wyroku warunkowo umarzającego postępowanie karne determinujący jego wykonanie. W przedmiotowych sprawach zobowiązanie do naprawienia szkody nałożono na 8 z 70 oskarżonych, a świadczenie pieniężne orzeczono wobec 59 z 70 oskarżonych.

Omawianą efektywność obniża nieokreślanie terminu i sposobu wpłaty zobowiązania do naprawienia szkody, świadczenia pieniężnego, kierunku zobowiązania do naprawienia szkody, sposobu wykonania przepadku w przedmiotowym wyroku, mimo obligatoryjnego charakteru ich wskazywania wypływającego z art. 342 § 2 k.p.k. Słusznie wskazuje Mikołaj Leonieni, że sąd powinien w orzeczeniu ustalić nie tylko okres próby, ale także termin wykonania zobowiązania. Cytowany autor prezentuje trafne stanowisko, że jeżeli sąd nie określi tego terminu, zachodzi domniemanie, że jest on równy okresowi próby, a zatem sąd wykonujący orzeczenie nie może następnie własną decyzją – i to na niekorzyść oskarżonego – zmienić treść prawomocnego orzeczenia i ustalić krótszego terminu¹⁶. Zatem następną propozycją własną zmiany stosowania warunkowego umorzenia postępowania karnego jest każdorazowe określanie terminu i sposobu wykonania obowiązków i środków karnych w wyroku warunkowo umarzającym postępowanie karne. Mając na uwadze sposób wykonania, należy wymienić takie elementy, jak adres beneficjenta i numer jego

¹⁶ M. Leonieni, *Podjęcie postępowania umorzonego warunkowo przez sąd*, „Problemy Wymiaru Sprawiedliwości” 1973, nr 2, s. 95.

konta. W tym aspekcie należy także zwrócić uwagę na aktualną niekonsekwencję ustawodawcy, który z jednej strony różnicuje obowiązki od środków karnych w materialnych podstawach stosowania badanej instytucji, opisanych w art. 67 § 3 k.k. oraz w art. 68 § 2 k.k., a z drugiej w przepisie procesowym art. 342 § 2 k.p.k. wspomina tylko o obowiązkach, zapominając o środkach karnych. W związku z tym należy postulować ujednoczenie przepisów w tym zakresie poprzez dodanie w art. 342 § 2 k.p.k. po „obowiązkach” słów „środki karne”.

W badanej problematyce, nakładając zobowiązanie do naprawienia szkody, sąd we wszystkich 8 sprawach wyznaczył kierunek i termin wpłaty niniejszego zobowiązania, ale w żadnej z nich nie wskazał sposobu jego wykonania. W 32 spośród 59 spraw sąd nie określił terminu wpłaty świadczenia pieniężnego, w 24 z 59 spraw sposobu wpłaty świadczenia pieniężnego, a w 28 z 59 spraw – dokładnej nazwy i adresu podmiotu, na rzecz którego oskarżony jest zobowiązany wpłacić świadczenie pieniężne. W niniejszych sprawach przypadek orzeczono wobec 15 z 70 oskarżonych, ale tylko w 2 sprawach wskazano sposób jego wykonania, tzn. przez zniszczenie.

Weryfikatorem efektywności warunkowego umorzenia postępowania karnego są dowody wpłaty zobowiązania do naprawienia szkody, świadczenia pieniężnego, kosztów sądowych przedkładanych w postępowaniu wykonawczym. W 5 badanych sprawach akta nie zawierają dowodu wpłaty zobowiązania do naprawienia szkody, w 11 sprawach – dowodu świadczenia pieniężnego, a w 8 – dowodu wpłaty kosztów sądowych.

Podsumowując, warunkowe umorzenie postępowania karnego może być stosowane w celu reakcji na popełnienie przestępstw o charakterze gospodarczym. Zastosowanie w praktyce przedstawionych w niniejszym artykule czynników zwiększy jej efektywność oraz przyczyni się do stosowania w szerszym zakresie warunkowego umorzenia postępowania karnego.

Summary

Research aspects of economics crimes in application of the effectiveness of the institution of the conditional discontinuation of criminal proceedings

Key words: institution conditional discontinuance of criminal proceedings, economic crimes, research of court records, effectiveness, de lege ferenda postulates.

The aim of this article is to present practical aspects of economic crimes in the application of the conditional discontinuation of criminal proceedings. That presentation was determined by own research results, which consists in the analysis of

court records 405 cases concerning the effectiveness of institutions conditional discontinuance of criminal proceedings from the years 2003–2009. As the result of own research process are *de lege ferenda* postulates, which consists of modification of legislative construction of titular institution and proposals of changes in jurisprudence within provisions in force.

Monika Kotowska

Katedra Kryminologii i Polityki Kryminalnej

Wydział Prawa i Administracji UWM

Zagrożenie zjawiskiem korupcji ze strony członków zorganizowanych grup przestępczych z perspektywy funkcjonariuszy Służby Więziennej

Wprowadzenie w problematykę korupcji

Pod koniec lat 90. XX wieku korupcja¹ zaczęła być postrzegana w Polsce jako zagrożenie społeczne, polityczne i ekonomiczne. Z czasem problem zaczął się pogłębiać. Badania prowadzone przez OBOP² wykazały, że wśród jedenastu najważniejszych problemów społecznych korupcja plasuje się na miejscu piątym, czyli w opinii respondentów stanowi poważniejsze zagrożenie niż brak bezpieczeństwa na drogach, przestępczość pospolita, bezdomność, przemoc domowa, zanieczyszczenie środowiska. Co istotne, osoby legitymujące się wyższym wykształceniem oraz uczące się (a więc wykazujące się większą świadomością społeczną) wskazały, że korupcja jest trzecim co do ważności problemem społecznym, zaraz po bezrobociu i biedzie.

Rozpatrując korupcję z perspektywy zjawiska społecznego, można stwierdzić, że jest ona pochodną zmieniającego się obrazu człowieka. Brunon Hołyst wskazuje, że „człowiek współczesny to tzw. *homo econominen* – człowiek ekonomiczny, kierujący się tylko motywacją ekonomiczno-finansową, dążący wyłącznie do największego zysku. W procesie wychowawczym w wielu dziedzinach zanika aksjologia,

¹ Zgodnie z art. 1 ust. 3 ustawy z dn. 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. nr 104, poz. 708 z późn. zm.) korupcją jest obiecywanie, proponowanie, wręczanie, żądanie, przyjmowanie przez jakąkolwiek osobę, bezpośrednio lub pośrednio, jakiegokolwiek nienależnej korzyści majątkowej, osobistej innej, dla niej samej lub jakiegokolwiek innej osoby, lub przyjmowanie propozycji lub obietnicy takich korzyści w zamian za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu funkcji publicznej lub w toku działalności gospodarczej.

² Badania przeprowadzono na reprezentatywnej, ogólnopolskiej losowej próbie 1000 osób w wieku 15 lat i powyżej w kwietniu 2010 r. Więcej na temat celu, zakresu i wyników badań w: A. Siemaszko, B. Gruszczyńska, M. Marczewski, P. Ostaszewski, *Spoleczna percepcja zagrożeń korupcyjnych w Polsce*, [w:] J. Kosiński, K. Krak, A. Koman (red.), *Korupcja i antykorupcja. Wybrane zagadnienia. Część III*, Warszawa 2012, s. 15 i n.

a system wartości jest określany przez pryzmat pieniądza”³. „Rynkowość” korupcji oznacza, że cena korupcyjnych transakcji jest wypadkową podaży i popytu na określone dobra. Stronami transakcji korupcyjnej kieruje zazwyczaj motywacja osiągnięcia maksymalnych osobistych korzyści i wspólne dążenie do zminimalizowania ryzyka, że zawarta transakcja korupcyjna zostanie ujawniona⁴.

Korupcja występująca w strukturach administracji publicznej jest zwykle wiązana ze świadomym omijaniem bądź łamaniem prawa przez funkcjonariuszy publicznych i polega na przyjmowaniu przez osoby upoważnione do załatwiania określonych spraw korzyści majątkowych w zamian za rozstrzygnięcie danej sprawy w oczekiwany przez korumpującego sposób. W szerszym rozumieniu zjawisko to można scharakteryzować jako taką nieprawidłowość w działaniu danej instytucji, która polega na przedkładaniu interesu prywatnego (występującego w imieniu tej instytucji funkcjonariusza lub podmiotu, z którym łączą go określone relacje) nad interes tej instytucji (interes publiczny). Takie praktyki zazwyczaj wiążą się z nierównym traktowaniem obywateli poprzez nieuzasadnione uprzywilejowanie jednych podmiotów kosztem innych⁵.

Istnieją jednak sytuacje, kiedy zjawisko korupcji może naruszać nie tylko konstytucyjną zasadę równości, ale również bezpieczeństwo poszczególnych instytucji państwowych, a nawet godzić w życie lub zdrowie obywateli. Z powyższymi zagrożeniami można spotkać się wówczas, kiedy dotyczy ono przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości, organów ścigania lub służb powołanych do ochrony bezpieczeństwa publicznego. Do takich służb zaliczyć można funkcjonariuszy Służby Więziennej⁶.

Z badań opinii publicznej wynika, że spośród przedstawicieli służb mundurowych, to właśnie więziennicy są uważani za grupę najmniej zagrożoną zjawiskiem korupcji. Odpowiadając na pytanie, która ze służb mundurowych jest najbardziej zagrożona korupcją, respondenci wyrazili opinię, że łapownictwo występuje najczęściej w gronie policjantów (48% wskazań), rzadziej strażników miejskich (41%), celników i strażników granicznych (39%), a najrzadziej wśród strażników więziennych (32%). Jednak zdaniem autorów wyniki badań dotyczące ostatniej grupy zawodowej mają związek z niewielką stycznością z jej przedstawicielami⁷. Pomimo że w ostatnich latach zakłady karne coraz bardziej „otwierają się” na świat zewnętrzny, to dla większości obywateli, którzy ze światem penitencjarnym nie mieli bezpośredniego kontaktu, pozostaje on wciąż nieznany.

³ B. Hołyst, *Uwagi kryminologiczne na temat korupcji*, [w:] *I Międzynarodowa konferencja antykorupcyjna (Warszawa, 9 grudnia 2010). Materiały pokonferencyjne*, Warszawa 2011, s. 12.

⁴ *Ibidem*, s. 14.

⁵ A. Wierzbica, *Analiza obowiązujących przepisów antykorupcyjnych z wykazaniem mankamentów prawnych*, [w:] J. Kosiński, K. Krak, A. Koman (red.), *Korupcja i antykorupcja. Wybrane zagadnienia. Część I*, Warszawa 2012, s. 59–62 i literatura tam cytowana.

⁶ Zgodnie z treścią art. 115 § 13 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. nr 88, poz. 553 z późn. zm.) ustawodawca zalicza funkcjonariuszy Służby Więziennej do kategorii funkcjonariuszy publicznych.

⁷ A. Siemaszko, B. Gruszczyńska, M. Marczewski, P. Ostaszewski, *op. cit.*, s. 22.

Członkowie zorganizowanych grup przestępczych w przestrzeni penitencjarnej

W literaturze wskazuje się, że osoby funkcjonujące w zorganizowanych grupach przestępczych posiadają szerokie możliwości w zakresie korumpowania urzędników państwowych, organów ścigania, przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości oraz poszczególnych służb, w tym również Służby Więziennej⁸. W niektórych działających w latach 90. XX wieku strukturach zorganizowanych grup przestępczych powoływano nawet specjalne komórki, których zadaniem było właściwe rozpoznanie podatności na korupcję określonego funkcjonariusza publicznego. Analizowano jego sytuację materialną i rodzinną, słabości i nawyki, by w odpowiednim czasie złożyć mu propozycję korupcyjną, a w razie odmowy posłużyć się szantażem⁹.

Pobyt w zakładzie karnym członków zorganizowanej grupy przestępczej powinien doprowadzić do jej rozbitcia, jednak nie zawsze to się udaje. Jednym z podstawowych wymogów rozbitcia grupy jest uniemożliwienie jej członkom kontaktowania się pomiędzy sobą, a więc doprowadzenie do ich całkowitego wzajemnego odizolowania. Istotne znaczenie w tym kontekście ma fakt, że skazanych na podstawie art. 258 k.k. osadza się w zakładzie karnym typu zamkniętego, w warunkach zapewniających wzmoczoną ochronę społeczeństwa i bezpieczeństwa zakładu, chyba że szczególne okoliczności przemawiają przeciwko takiemu osadzeniu¹⁰.

Prawomocnie skazani członkowie zorganizowanych grup przestępczych ze statystycznego punktu widzenia nie są szczególnie liczną grupą. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że na przestrzeni ostatnich lat liczba ta się zmniejszyła. W 2007 r. w zakładach karnych w Polsce przebywały 523 osoby prawomocnie skazane za udział w zorganizowanych grupach przestępczych, w 2008 r. ich liczba zmniejszyła się do 440, w 2009 r. przebywało w jednostkach penitencjarnych 448 takich skazanych, w 2010 r. – 421, a w 2011 r. – 438 osób. Zgodnie ze statystyką za 2013 r., w jednostkach penitencjarnych odbywa obecnie karę pozbawienia wolności 385 osób prawomocnie skazanych na podstawie art. 258 k.k.¹¹ Jest to więc kategoria

⁸ W. Knapp, *Członkowie zorganizowanych grup przestępczych w więzieniu*, [w:] T. Bulenda, W. Knap, Z. Lasocik (red.), *Więziennictwo na początku XXI wieku*, Warszawa 2007, s. 234.

⁹ Taka komórka miała funkcjonować m.in. w grupie Janusza T. „Krakowiaka”, w której wyselekcjonowane osoby miały za zadanie m.in. docierać do pracowników sądów, policji, prokuratury i zakładów karnych. Podobna komórka według organów ścigania działała w łódzkiej grupie Tadeusza M. „Materaca” – była odpowiedzialna za szukanie i rozpoznawanie „słabych punktów” osób, którym potem składano odpowiednie propozycje korupcyjne. Analogicznych mechanizmów można doszukać się w działaniu niektórych grup na terenie Trójmiasta. Szerzej: W. Kowalski, *Zagrożenia ze strony przestępczości zorganizowanej dla organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, ze szczególnym uwzględnieniem służby więziennej*, [w:] B. Hołyst, W. Ambrozik, P. Stępiak (red.), *Więziennictwo. Nowe wyzwania*, Warszawa – Poznań – Kalisz 2001, s. 469 i n.

¹⁰ Por: art. 88 § 3, 4 i 5a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. nr 90, poz. 557 z późn. zm.).

¹¹ Statystyka umieszczona na stronie: <<http://sw.gov.pl/pl/o-sluzbie-wieziennej/statystyka/statystyka-roczna/>> (dostęp: 14.07.2014).

w populacji więziennej nieliczna – ok. 3% ogółu¹². Jednak w przypadku członków zorganizowanych grup przestępczych problem ma podłoże jakościowe, a nie ilościowe, ponieważ już sam fakt ich obecności w miejscu odbycia kary może stwarzać wiele zagrożeń. Grażyna Szczygieł wskazuje, że pojawienie się w jednostkach penitencjarnych osób związanych z przestępczością zorganizowaną spowodowało zmiany norm i wartości w życiu więziennym oraz liczne zagrożenia dla procesu wykonywania kary, skazanych oraz wykonywania pracy przez więźniaków¹³.

Z opublikowanych w literaturze przedmiotu wyników badań prowadzonych z udziałem funkcjonariuszy Służby Więziennej¹⁴ wynika, że dostrzegają oni zagrożenia ze strony członków zorganizowanych grup przestępczych, przy czym na korupcję wskazało ponad 40% badanych. Co ciekawe, dla tej grupy zawodowej korupcja ze strony członków zorganizowanych grup przestępczych stanowiła większe zagrożenie niż szantaż, zastraszanie, agresja, pobicia i fałszywe oskarżenia. Nie są to obawy bezpodstawne. W literaturze przedmiotu opisane są przypadki wykrytych spraw korupcyjnych, takich jak: dostarczanie przez funkcjonariuszy osadzonym telefonów komórkowych, alkoholu lub umożliwianie bezpośrednich kontaktów między osadzonymi wywodzącymi się ze środowiska przestępczości zorganizowanej bądź udzielanie im pomocy w niedozwolonych kontaktach ze światem zewnętrznym¹⁵, co może świadczyć o tym, że niejednokrotnie oferty korupcyjne trafiają na podatny grunt. Jednak zarejestrowane przez Centralny Zarząd Służby Więziennej przypadki korupcji można określić jako incydentalne. W ostatnich latach ich statystyka waha się pomiędzy 5–8 przypadkami w skali jednego roku¹⁶. Operując taką statystyką, nie ma wątpliwości, że musi występować zjawisko „ciemnej liczby”, gdyż jest to przestępstwo, w którym kooperuje sprawca i ofiara, więc żadnej ze stron nie zależy na tym, aby zostało ono ujawnione.

Zagrożenie korupcją w opinii funkcjonariuszy Służby Więziennej

Korupcja niewątpliwie może stanowić dla więźniaków istotne zagrożenie, celowe zatem wydaje się spojrzenie na ten problem z ich perspektywy. Celem przeprowadzonych badań było więc poznanie opinii funkcjonariuszy Służby Więziennej

¹² Szerzej: E. Januszkiewicz, M. Januszkiewicz, *Zagrożenia wynikające z obecności w izolacji penitencjarniej osadzonych związanych z przestępczością zorganizowaną*, [w:] K. Laskowska (red.), *Oblicza współczesnej przestępczości zorganizowanej*, Białystok 2014, s. 87 i n.

¹³ G.B. Szczygieł, *Skazani – członkowie grup przestępczych w ocenie funkcjonariuszy Służby Więziennej*, „Archiwum Kryminologii” 2007–2008, t. XXIX–XXX, s. 730.

¹⁴ Szerzej patrz: G. Szczygieł, *Zagrożenia ze strony skazanych za przestępstwa popełnione w zorganizowanych grupach w ocenie funkcjonariuszy Służby Więziennej (wstępne wyniki badań)*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2006, nr 50, s. 31–39.

¹⁵ E.W. Pływaczewski, G.B. Szczygieł, *Zachowania korupcyjne osadzonych (wstępne wyniki badań)*, „Archiwum Kryminologii” 2005–2006, t. XXVII, s. 301.

¹⁶ S. Pich, I. Wesołowska-Krzysztofek, *Zanim będzie za późno. Zjawisko korupcji w jednostkach organizacyjnych Służby Więziennej*, Kalisz 2008, s. 39.

na temat zagrożenia zjawiskiem korupcji w związku z pełnionymi przez nich obowiązkami służbowymi. Badanie przeprowadzono metodą sondażu diagnostycznego. Jako narzędzie badawcze wykorzystano sporządzony na potrzeby badań autorski kwestionariusz ankiety. Część pytań w nim zawartych miało charakter otwarty, a część zamknięty.

Badania dotyczące zagrożenia zjawiskiem korupcji w ocenie funkcjonariuszy Służby Więziennej zostały przeprowadzone w lipcu 2013 r. na terenie dwóch jednostek penitencjarnych w okręgu olsztyńskim: Zakładu Karnego w Barczewie oraz Aresztu Śledczego w Ostródzie. W tych jednostkach w trakcie badań oraz w okresie poprzedzającym badania odbywały karę pozbawienia wolności osoby skazane za udział w zorganizowanych grupach przestępczych. W jednej karę pozbawienia wolności odbywali mężczyźni, zaś w drugiej kobiety. O wypełnienie ankiet zostali poproszeni wszyscy pracownicy, którzy w dniu badań pełnili służbę. Kwestionariusz ankiety wypełniło 66 osób zatrudnionych na terenie objętym badaniem – 50 mężczyzn (76% badanych) i 16 kobiet (24% badanych). Tak duża przewaga osób płci męskiej wynika z faktu, że we wszystkich jednostkach SW mężczyźni stanowią przeważającą część zatrudnionych¹⁷.

Respondentów w pierwszej kolejności poproszono o określenie wieku, rodzaju pełnionego stanowiska i stażu pracy. Wśród badanych dominowali ludzie młodzi: 56% pracowników SW reprezentowało przedział wiekowy 25–36 lat, 39% było w wieku 37–47 lat, a jedynie 3% należało do najstarszej grupy wiekowej – 48–58 lat. Podobnie kształtowała się sytuacja, jeśli chodzi o staż pracy. Dominującą grupą okazali się badani legitymujący się stażem zawodowym stosunkowo niskim – do 10 lat pracy w SW, 26 osób wykazało się stażem służbowym pomiędzy 6–10 lat, 19 osób pracowało w SW 5 lub mniej lat. Stażem 11–15-letnim legitymowało się 15 badanych, 5 osób przepracowało w służbie 16–20 lat. Tylko 1 osoba zadeklarowała, że pracuje w SW 21 lub więcej lat.

W dalszej kolejności respondenci określili, jakie zajmują stanowisko służbowe. Jest to o tyle istotne, że w literaturze wskazuje się, iż zagrożone korupcją są przede wszystkim osoby pracujące w bezpośrednim kontakcie z osadzonymi, tj. oddziałowi, wychowawcy i służba zdrowia¹⁸. Na marginesie należy zauważyć, że wynik badania nie odzwierciedla struktury zatrudnienia na poszczególnych stanowiskach w badanych jednostkach penitencjarnych, a świadczy jedynie o tym, że przedstawiciele pewnych grup zawodowych SW częściej wyrażali zgodę na wypełnienie ankiety niż inne. Tak było w przypadku psychologów i kadry kierowniczej obu jednostek penitencjarnych: wszystkie osoby pełniące służbę w dniu badania zadeklarowały zgodę na wypełnienie ankiet. Brak zgody na badanie wyrażali najczęściej przedsta-

¹⁷ Statystyka penitencjarna wskazuje, że kobiety funkcjonariuszki stanowią niewiele ponad 16% pracowników Służby Więziennej. Więcej [online] <www.sw.gov.pl/pl/aktualnosci/aktualnosci-sluzby-wieziennej/news,20,kobiety-w-sluzbie-wieziennej.html> (dostęp: 12.07.2014).

¹⁸ W. Kowalski, *Zagrożenia ze strony przestępczości zorganizowanej...*, s. 471.

wiciele działu ochrony, stąd jest to niewielka grupa badawcza, mimo że jest to najliczniejsza grupa zawodowa w każdej jednostce penitencjarnej.

Tabela 1

Stanowisko służbowe badanych

Stanowisko służbowe	Ogółem		Mężczyźni		Kobiety	
	l.b.	%	l.b.	%	l.b.	%
Oddziałowy	19	28,78	18	36	1	6,25
Wychowawca	17	25,75	12	24	5	31,25
Pracownik ochrony	6	12	6	12	0	0
Kadra kierownicza	11	16,6	8	16	3	18,75
Psycholog	5	7,57	1	2	4	25
Służba zdrowia	5	7,57	1	2	4	25
Brak odpowiedzi	3	4,54	3	6	2	12,5

Źródło: badania własne.

Jak wynika z powyższego zestawienia, przeważająca część badanych w swojej codziennej pracy ma do czynienia z osadzonymi. Jako że zagrożenie korupcją łączy się zwykle ze skazanymi wywodzącymi się ze zorganizowanych grup przestępczych, respondentów zapytano, czy ich zdaniem w ostatnich pięciu latach zwiększyła się liczba skazanych wywodzących się ze zorganizowanych grup przestępczych.

Tabela 2

Opinia respondentów na temat liczby osób odbywających karę pozbawienia wolności w związku z udziałem w zorganizowanych grupach przestępczych

Czy Pani/Pana zdaniem w ciągu ostatnich 5 lat zwiększyła się liczba skazanych za udział w zorganizowanych grupach przestępczych?	Liczba	Proc
Tak	16	24,5
Nie	30	45,5
Nie mam zdania na ten temat	9	13,6
Nie mam wiedzy na ten temat	11	16,6

Źródło: badania własne.

W przeważającej części respondenci, opierając się na swoim doświadczeniu zawodowym, twierdzili, że liczba skazanych na podstawie art. 258 k.k. w ostatnich pięciu latach nie zwiększyła się. Ta tendencja znajduje odzwierciedlenie również w statystyce sporządzanej przez Centralny Zarząd Służby Więziennej.

W dalszej kolejności funkcjonariuszy zapytano, czy osoby skazane za udział w zorganizowanych grupach przestępczych wyróżniają się na tle innych skazanych. Większość respondentów odpowiedziała na to pytanie twierdząco.

Tabela 3

Wyróżnianie się osób skazanych za udział w zorganizowanych grupach przestępczych na tle innych skazanych

Czy Pani/Pana zdaniem osoby funkcjonujące w zorganizowanych grupach przestępczych wyróżniają się na tle innych skazanych?	Ogółem		Mężczyźni		Kobiety	
	l.b.	%	l.b.	%	l.b.	%
Tak	48	73	38	76	10	62,5
Nie	11	17	10	20	1	6
Nie mam zdania na ten temat	5	8	1	2	4	25
Nie mam wiedzy na ten temat	2	3	1	2	1	6

Źródło: badania własne.

Respondenci, którzy na powyższe pytanie odpowiedzieli twierdząco, poproszeni zostali o wskazanie, czym wyróżniają się członkowie zorganizowanych grup przestępczych. Było to pytanie otwarte, na które badani mogli udzielić więcej niż jednej odpowiedzi. Większość funkcjonariuszy wskazywała więcej niż jedną cechę wyróżniającą sprawców działających w zorganizowanych grupach przestępczych od innych skazanych. Według funkcjonariuszy osoby takie wyróżniają się przede wszystkim dobrą sytuacją materialną (41 wskazań) i pozycją w zakładzie karnym (25 wskazań)¹⁹. Wykazują się również pewnością siebie (4 wskazania), pozornie wzorowym, dobrym, regulaminowym zachowaniem, bezkonfliktowością (4 wskazania) oraz zwiększoną częstotliwością kontaktów ze światem zewnętrznym (2 wskazania). Członkowie zorganizowanych grup przestępczych w ocenie pojedynczych funkcjonariuszy są: inteligentniejsi od innych osadzonych, dominują w środowisku osadzonych, wyróżniają się kulturą osobistą, silniejszą osobowością, sposobem ubierania się i znajomościami. Sytuacja materialna skazanych ze zorganizowanych grup zwracała uwagę przede wszystkim pracowników działu ochrony i oddziałowych. Na cechy charakteru, osobowość i zachowanie skazanych zwracali uwagę przede wszystkim wychowawcy, psychologzy i kadra kierownicza.

W dalszej kolejności funkcjonariuszy zapytano, czy ich zdaniem korupcja ze strony skazanych na podstawie art. 258 k.k. jest obecnie zjawiskiem, które zagraża Służbie Więziennej.

¹⁹ Na takie cechy wskazywali również inni badacze tej problematyki. Szerzej: E. Pobłocki, W. Kowalski, *Osadzeni sprawiający trudności wychowawcze wywodzący się ze środowiska przestępczości zorganizowanej*, [w:] B. Hołyst, S. Redo (red.), *Problemy więziennictwa u progu XXI w. I Polski Kongres Penitencjarny*, Kalisz 1996, s. 442.

Tabela 4

Zagrożenie korupcją ze strony skazanych na podstawie art. 258 k.k.

Czy korupcja ze strony osób skazanych na podstawie art. 258 k.k. jest obecnie zjawiskiem które zagraża Służbie Więziennej?	Liczba	Procent
Tak – zagraża bezpieczeństwu w zakładach karnych	18	27
Tak – zagraża funkcjonowaniu innych skazanych	10	15
Tak – stanowi zagrożenie bezpieczeństwa dla pracowników SW	19	29
Korupcja nie jest zjawiskiem zagrażającym więziennictwu	11	17
Nie mam zdania na ten temat	8	12

Źródło: badania własne.

Z powyższego wynika, że w percepcji znacznej części pracowników Służby Więziennej korupcja ze strony członków zorganizowanych grup przestępczych jest zagrożeniem, przy czym dotyczy ono głównie bezpieczeństwa pracowników SW oraz jednostki penitencjarnej, w której funkcjonariusze byli zatrudnieni.

Następnie badanych zapytano o to, czy funkcjonując w służbie spotkali się ze zjawiskiem korupcji, a jeśli tak, to czy mieli z nim do czynienia pośrednio czy też osobiście.

Tabela 5

Styczność z korupcją w pracy zawodowej funkcjonariuszy Służby Więziennej

Czy spotkał się Pan/Pani ze zjawiskiem korupcji w czasie swojej pracy zawodowej w SW?	Liczba	Procent
Tak – zetknąłem się osobiście w trakcie swojej pracy zawodowej z tym zjawiskiem	10	15
Słyszałem od współpracowników o sytuacjach korupcyjnych, ale nie zetknąłem się z nimi osobiście	25	38
Nie spotkałem się z tym zjawiskiem ani nie słyszałem, aby zetknęli się z nim inni funkcjonariusze	30	45
Brak odpowiedzi	1	2

Źródło: badania własne.

Jak widać, pomimo faktu dostrzegania niebezpieczeństwa związanego z korupcją, w deklarowanej większości (45%) badani nie spotkali się z nim w trakcie wykonywanych obowiązków służbowych ani nie słyszeli, by ich współpracownicy zetknęli się z takim problemem. Jednak niewiele mniejsza grupa (38% badanych) oceniła, że ich współpracownicy mieli bezpośredni kontakt ze zjawiskiem korupcji. Istotny wydaje się również fakt, że aż 15% badanych stwierdziło, że osobiście zetknęło się w trakcie wykonywania obowiązków ze zjawiskiem korupcji.

Osoby, które zadeklarowały że zetknęły się ze zjawiskiem korupcji, zostały poproszone o opisanie metod korumpowania funkcjonariuszy przez skazanych. Na to pytanie odpowiedziało tylko 9 badanych, w tym jedna osoba, która spotkała się

z tym zjawiskiem osobiście (mężczyzna, 25–36 lat, oddziałowy, staż pracy w SW 11–15 lat), Wpis brzmiał: „Zostawiam to dla siebie. Sposobów jest dużo”. Pozostałe osoby wskazywały przede wszystkim na wręczanie prezentów i/lub pieniędzy (5 wskazań). Z materiału ankietowego wynika, że dominuje mechanizm nazywany przez funkcjonariuszy metodą tzw. małych kroków, który zwykle wygląda podobnie. W pierwszej kolejności skazany pyta pracownika, czy mogą porozmawiać prywatnie, stara się najbardziej zbliżyć do funkcjonariusza i nawiązać z nim poufale relacje. Jeśli funkcjonariusz na to przystaje, proszony jest o załatwienie drobnej sprawy, przysługi, wyrażanie zgody na odstępstwa od regulaminu. Z czasem żądania stają się coraz poważniejsze („prośba o wystąpienie o warunkowe zwolnienie”, „prośba o zaświadczenie o złym stanie zdrowia, leczeniu na wolności, wizytach u specjalistów na wolności”) i finalnie doprowadzają do tego, że pracownik albo postępuje zgodnie z żądaniem skazanego i uzyskuje z tego tytułu korzyści materialne, albo staje się ofiarą szantażu. Jedna z badanych osób (kobieta, 25–36 lat, psycholog, staż służby 6–10 lat) oceniła, że oprócz wręczania pieniędzy funkcjonariuszom „skazani załatwiają trudne prywatne sprawy funkcjonariuszy na wolności zasadami swoich kolegów – gangsterów”.

W dalszej części kwestionariusza ankiety respondentów zapytano, jakie korzyści może uzyskać skazany, któremu udałoby się skorumpować funkcjonariusza Służby Więziennej? Na to pytanie odpowiedziała przeważająca większość badanych (80%). Z uzyskanych odpowiedzi wynika, że korumpując pracownika SW, osoba odbywająca karę pozbawienia wolności może uzyskać wiele korzyści (przywilejów), znacznie poprawić warunki odbywania kary i ułatwić sobie życie w izolacji penitencjarnej. Badani wskazywali przede wszystkim na:

- częstszy dostęp do telefonów, paczek, widzeń, łaźni, zajęć poza celą, pracy (70% wskazań);
- umożliwienie wpływu na teren jednostki przedmiotów niebezpiecznych i niedozwolonych: telefonów komórkowych, narkotyków, sterydów (40% wskazań);
- przemykanie pieniędzy i korespondencji (38% wskazań).

Jeden z funkcjonariuszy (mężczyzna, 37–47 lat, wychowawca) napisał: „korzyści mogą być nawet minimalne, ale większa jest satysfakcja, że tego dokonał”. Inny wychowawca ocenił, że korzyścią może być nawet „ostateczne opuszczenie zakładu karnego przez skazanego”.

W kolejnej części ankiet respondentów zapytano, czy gdyby ktoś zwrócił się do nich z propozycją korupcji, to zgłosiliby ten fakt swoim przełożonym? Na tak zadane pytanie 88% badanych odpowiedziało twierdząco. Niewielu (6%) próbowałoby najpierw rozwiązać problem samodzielnie. Jedynie 2% badanych nie wiedziałoby, co uczynić w takiej sytuacji i uzależniałoby zgłoszenie tego faktu od konkretnej okoliczności sprawy lub nie zgłosiłoby tego wcale. Warto zauważyć, że wśród grupy najbardziej narażonej na korupcję (oddziałowi) wszystkie badane osoby zadeklarowały, że zgłosiłyby problem swoim przełożonym. Samodzielne rozwiązanie problemu w większości deklarowała kadra kierownicza badanych jednostek.

Kolejnym interesującym zagadnieniem jest postawa wobec zjawiska korupcji. Respondentów zapytano, czy gdyby dowiedzieli się, że współpracownik przyjął korzyść materialną od skazanego, to zgłosiliby ten fakt swoim przełożonym?

W większości (60%) badani deklarowali, że natychmiast zawiadomiliby swoich przełożonych. Podobnie jak w poprzednim przypadku, odpowiedzi twierdzącej udzielili wszyscy oddziałowi. Dla 22% respondentów taka decyzja wymagałaby dłuższego zastanowienia, 16% uzależniłoby ją od konkretnej sytuacji, a 2% nie zgłosiłoby tego faktu, uznając, że to nie ich sprawa.

W dalszej kolejności badanych zapytano o to, co w ich ocenie mogłoby być przyczyną przyjęcia korzyści finansowej przez funkcjonariusza SW? Największa liczba osób wskazała na cechy charakteru funkcjonariusza (28 wskazań), następnie na jego trudną sytuację finansową (26 wskazań) oraz sytuację rodzinną, problemy w domu (22 wskazania). W dalszej kolejności uplasowały się niskie zarobki (21 wskazań), przy czym na taką przyczynę korupcji wskazywała jedna z najślabiej opłacanych grup funkcjonariuszy SW, tj. oddziałowi. Marginalnymi przesłankami okazały się złe warunki panujące w jednostkach penitencjarnych (4 wskazania) oraz stosunki interpersonalne pomiędzy funkcjonariuszami (3 wskazania).

W związku z tym, że zarówno odpowiedzialność zawodowa, jak i zarobki poszczególnych grup funkcjonariuszy SW są zróżnicowane, respondentów zapytano o to, czy z ich perspektywy rodzaj pełnionego stanowiska służbowego ma wpływ na zagrożenie korupcją, a jeśli tak, to jakie stanowiska są najbardziej na nią narażone.

Zdaniem przeważającej części respondentów (64%) rodzaj pełnionego stanowiska ma wpływ na zagrożenie korupcją. W ocenie 22% funkcjonariuszy nie ma to jednak żadnego znaczenia. Tylko 6% badanych (3 osoby) nie miały wiedzy na ten temat. Tyle samo osób zaznaczyło odpowiedź „nie mam zdania na ten temat”. Respondenci potwierdzili zatem wskazywaną również przez innych badaczy opinię, że najbardziej narażeni na korupcję są więźniacy mający bezpośredni kontakt ze skazanym²⁰.

Tabela 6

Stanowiska najbardziej narażone na korupcję

Odpowiedź	Liczba wskazań	Procent
Oddziałowy	32	45,71
Wychowawca	18	25,71
Koordynator	2	2,85
Dyrektor	3	4,28
Psycholog	3	4,28
Lekarz	5	7,14
Pielęgniarka	4	5,71
Pracownik cywilny	3	4,28

Źródło: badania własne.

²⁰ Szerzej: K. Laskowska, *Rola korupcji w działalności zorganizowanych grup przestępczych*, [w:] *Oblicza współczesnej przestępczości zorganizowanej...*, s. 150 i n. oraz literatura tam przywoływana.

W ostatniej części kwestionariusza badanych zapytano, jakie konsekwencje powinien ponieść pracownik Służby Więziennej, który poddał się korupcji. Było to pytanie otwarte, respondenci mogli wymienić więcej niż jedną odpowiedź. Na to pytanie nie potrafiło udzielić odpowiedzi tylko dwóch badanych. Byli to młodzi wiekiem i stażem pracy oddziałowi. Jeden z badanych (przedstawiciel służby zdrowia, kobieta, 37–47 lat, staż służby 11–15 lat) nie miał zdania na ten temat. Niemniej z uzyskanych odpowiedzi wynika, że korupcja jest zdaniem więźniaków taką formą patologii, którą cechuje wysoki stopień społecznej szkodliwości, w związku z czym osoby, które by jej uległy, powinny ponieść surowe sankcje.

Najczęściej badani wskazywali na konieczność wydalenia takiego funkcjonariusza ze służby (46 wskazań), na odpowiedzialność dyscyplinarną (15 wskazań), odpowiedzialność karną (6 wskazań), oddanie się do dyspozycji przełożonemu (6 wskazań). Jeden z wychowawców (mężczyzna, 37–47 lat, staż służby 16–20 lat) napisał: „powinien ponieść największą karę”. Inny wychowawca wskazał, że taki pracownik powinien „ponieść karę od 1 do 3 lat pozbawienia wolności”. Tylko 5 funkcjonariuszy (wychowawca, dwóch przedstawicieli służby zdrowia, przedstawiciel kadry kierowniczej i psycholog) wykazali mniej rygorystyczną postawę, udzielając odpowiedzi: „zależy to od okoliczności sprawy”, „zależy od sytuacji funkcjonariusza”, „najpierw trzeba byłoby dokładnie zbadać taką sprawę”. Tylko jedna z badanych osób (przedstawiciel służby zdrowia) dałby takiemu pracownikowi „drugą szansę”. Najbardziej rygorystyczną postawę przejawiały osoby o niewielkim stażu służby, tj. do pięciu lat.

Podsumowanie

Niewątpliwie funkcjonariusze Służby Więziennej dostrzegają problemy związane z obecnością skazanych członków zorganizowanych grup przestępczych na terenie jednostek penitencjarnych. Jednym z sygnalizowanych niepożądanych zjawisk jest korupcja. Analizując wyniki badań oraz literaturę przedmiotu, warto zastanowić się, jak poważnym problemem z perspektywy funkcjonariuszy SW jest korupcja.

Z jednej strony zarejestrowane przez Centralny Zarząd Służby Więziennej przypadki korupcji można określić jako incydentalne i stwierdzić, że statystycznie problem nie istnieje. Jednak z drugiej strony nie ma wątpliwości, że w tym zakresie musi występować „ciemna liczba” przestępstw. Do takich wniosków skłaniają dostępne wyniki badań. W szczególności warto zwrócić uwagę na badania przeprowadzone w latach 2004–2005 na 268 respondentach pełniących czynną służbę więzienną. Z badań tych wynika, że aż 97,39% funkcjonariuszy stwierdziło, że w SW występuje zjawisko korupcji²¹. Wyniki badań własnych wskazują na mniejszą skalę zagrożenia zjawiskiem korupcji, niemniej 35 spośród 66 respondentów spotkało się

²¹ S. Pich, I. Wesołowska-Krzysztofek, op. cit., s. 40.

bezpośrednio lub pośrednio z tym problemem w swojej pracy zawodowej. Niepokojący jest również profesjonalizm działania sprawców. Przestępcy doskonale przygotowują się do skorumpowania funkcjonariuszy. Dokonują rozpoznania podatności konkretnych osób na korupcję. W tym celu ustalają ich sytuację materialną, rodziną, słabości, nawyki itp. Oprócz nacisków bezpośrednich, sprawcy wprowadzają działania systemowe, stopniowo osaczając funkcjonariusza. Wybiera się pracowników o krótkim stażu pracy, mało odpornych na wywoływaną presję i propozycje ze strony przestępców²².

Skala zagrożenia jest trudna do oszacowania, ponieważ w przypadku współpracy pomiędzy korumpowanym a korumpującym żadnej ze stron nie zależy na upublicznianiu tego faktu, więc nawet najrzetelniesze anonimowe badania funkcjonariuszy nie będą odzwierciedleniem rzeczywistego obrazu zjawiska, co oczywiście nie oznacza, że z naukowego punktu widzenia należy zrezygnować z jego monitorowania.

Kończąc rozważania dotyczące podjętej problematyki, warto poruszyć kwestię zapobiegania i zwalczania zjawiska korupcji w praktyce penitencjarnej. Centralny Zarząd Służby Więziennej stara się monitorować wszelkie nieprawidłowości związane z funkcjonowaniem podległych jednostek, wprowadzając szereg zmian natury ochronnej i penitencjarnej. Ich celem jest profilaktyka i eliminacja zachowań patologicznych, w tym korupcji. Zapobiegając zagrożeniom stwarzanym przez osadzonych członków zorganizowanych grup przestępczych, zaleca się racjonalną działalność szkoleniowo-instruktażową funkcjonariuszy więziennych oraz podnoszenie ich umiejętności psychofizycznych, a także bada się ich kondycję moralną oraz materialną²³. Pracowników mających bezpośredni kontakt z osadzonymi przestrzega się przed nawiązywaniem z nimi nielegalnych kontaktów, bo to one zazwyczaj prowadzą do korupcji²⁴. Wszystkie ujawnione przypadki korupcji są przekazywane wszystkim jednostkom i omawiane z funkcjonariuszami. Więzienników uświadamia się, że zachowania skorumpowanych pracowników SW wyczerpują znamiona takich przestępstw, jak przekroczenie uprawnień czy niedopełnienie obowiązków służbowych, za co grozi odpowiedzialność dyscyplinarna i utrata pracy.

²² K. Laskowska, *Rola korupcji...*, s. 150.

²³ J. Pomiankiewicz, *Członkowie zorganizowanych grup przestępczych w aresztach śledczych i zakładach karnych – zagrożenia dla Służby Więziennej i podejmowane przeciwdziałania*, [w:] L. Paprzycki, Z. Rau (red.), *Praktyczne elementy zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu. Nowoczesne technologie i praca operacyjna*, Warszawa 2009, s. 705–706.

²⁴ S. Pich, I. Wesołowska-Krzysztofek, op. cit., s. 47.

Summary

The corruption risks within the Polish Prison Service

Key words: Prison Service, penology, corruption, organized crime.

This article applies to corruption risks in the Prison Service. The main goal of this article is to present the phenomenon of corruption with particular emphasis on the positions of practitioners and research results.

Krzysztof Krassowski

Katedra Kryminalistyki i Medycyny Sądowej

Wydział Prawa i Administracji UWM

Kilka uwag o kryminalistyce w świecie informacji cyfrowej oraz stojących przed nią wyzwaniach

Wprowadzenie

Od jej początków w XIX wieku losy nowoczesnej kryminalistyki związane są dosyć ściśle z najszerzej ujmowanym postępowaniem cywilizacyjnym i wszelkimi jego przejawami. Wszak sama kryminalistyka powstała jako naturalna odpowiedź na nowe potrzeby organów ścigania i konieczność zapewniania bezpieczeństwa publicznego w obliczu przemian społecznych i gospodarczych zapoczątkowanych rewolucją przemysłową w Anglii i Szkocji jeszcze w XVIII wieku. Rozwój cywilizacji, pociągający za sobą różnego rodzaju skutki, stał się zatem jakby katalizatorem wytwarzania skorelowanych z postępowaniem w zakresie nauk przyrodniczych i technicznych metod oraz badań kryminalistycznych, znajdujących swe zastosowanie przede wszystkim w sferze zainteresowania organów ścigania oraz wymiaru sprawiedliwości.

W opisanym powyżej związku kryminalistyki z postępowaniem wyraża się najpełniej eklektyczność oraz kompleksowość tej pierwszej – cecha podkreślana zgodnie przez doktrynę, mimo utrzymujących się różnic w definiowaniu ogólnego zakresu oraz przedmiotu współczesnej kryminalistyki¹. Nie zaskakuje zatem będący przedmiotem niniejszego opracowania szybki rozwój metod i badań kryminalistycznych w sferze technologii cyfrowego przetwarzania, przekazywania oraz przechowywania informacji, bez których trudno nawet wyobrazić sobie zarówno funkcjonowanie społeczeństwa informacyjnego XXI wieku, jak i skuteczne zwalczanie narastającej przestępczości teleinformatycznej. Warto przy tym rozważyć w szczególności dalsze perspektywy kryminalistyki w świecie cyfrowym oraz możliwe sfery zastosowań osiągnięć tej nauki, kreujące się obok oczywistego i dominującego aspektu karno-procesowego. Rozważania podjęte w niniejszym opracowaniu mają charakter generalny – koncentrują się bardziej na kwestiach systemowych niż na partykularnych rozwiązaniach przyjętych na ich podstawie w poszczególnych krajach świata.

¹ E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, *Kryminalistyka – czyli rzecz o metodach śledczych*, Warszawa 2008, s. 19–22.

Spółeczeństwo informacyjne – nowe rodzaje zagrożeń

Spółeczeństwo informacyjne to takie, które (wobec mnogości istniejących definicji) można syntetycznie określić jako oparte na szczególnym, wysoko cenionym i wymiennym dobrze niematerialnym – informacji, funkcjonujące w oparciu o jej przetwarzanie, przesyłanie oraz przechowywanie. Jest to więc społeczeństwo zależne w wysokim stopniu od nieustannego rozwoju i zapewniania prawidłowego, bezpiecznego funkcjonowania technologii, które umożliwiają wymagany obieg oraz dostępność niezbędnych informacji. Sama zaś informacja – będąc najcenniejszym dobrem, jak też podstawowym towarem w społeczeństwie informacyjnym – jest z jednej strony zagrożona nowymi rodzajami przestępczości, zaś z drugiej możliwa do zastosowania lub wykorzystania jako narzędzie przestępstwa o charakterze tak lokalnym, jak globalnym.

Rozwijająca się gwałtownie przestępczość w świecie cyfrowym (ang. *cyber crime*), określana także tradycyjnie jako przestępczość komputerowa, podlega nieustannej ewolucji, eksplorując coraz to nowe obszary i możliwości działań przestępczych – wynikające choćby z globalnego upowszechniania się dostępu do sieci Internet oraz rewolucji w dziedzinie technologii mobilnych w XXI wieku. Nie wchodząc zatem w zbędne rozważania teoretyczne czy semantyczne, wypada skonstatować, iż w pojęciu tym mieszczą się zarówno przestępstwa skierowane przeciwko wszelkim urządzeniom komputerowym czy dostępowym, umożliwiającym akces do cyberprzestrzeni (np. smartfonom), jak i te popełniane przy wykorzystaniu takich urządzeń czy oferowanych przez nie funkcjonalności (np. mobilnego dostępu do mediów społeczeństwa). Co istotne, działalność taka jest coraz częściej domeną zorganizowanych grup przestępczych, także o charakterze międzynarodowym². Warto odnotować, iż w wielu przypadkach mowa nie tyle o nowych rodzajach przestępczości jako takich, a o efektywnym wykorzystywaniu możliwości oferowanych przez cyfrowy świat i stosowane w nim powszechnie narzędzia przetwarzania, przesyłu i przechowywania informacji do popełniania czynów znanych kryminalistycznie od dawna – np. kradzieży, oszustw, aktów terroru czy też obcowania płciowego z małoletnim albo złożenia propozycji takiego obcowania (przy nawiązaniu kontaktu za pomocą systemu teleinformatycznego – art. 200a k.k.³).

Wszystko to stanowi niewątpliwe wyzwanie dla współczesnej kryminalistyki, która powinna zapewniać ciągle wypracowywanie narzędzi, metod oraz wyspecjalizowanych badań umożliwiających nie tylko przeciwdziałanie zaistnieniu w świecie cyfrowym zdarzeń o charakterze przestępczym, ale również skuteczne dochodzenie przestępstw już zaistniałych oraz ustalanie ich sprawców – podobnie jak dzieje się to w każdej innej sferze życia czy funkcjonowania społeczeństwa, w której mogą

² Źródło i więcej na ten temat [online] <www.interpol.int/Crime-areas/Cybercrime> (dostęp: 30.06.2014).

³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

występować takie zjawiska. Co ciekawe, ze względu na wieloaspektowość i kompleksowość głównego dobra, a jednocześnie towaru, jakim jest informacja, wypracowywane metody i narzędzia pierwotnie kryminalistyczne mają w świecie cyfrowym także realną szansę na naturalne znalezienie zastosowań innych niż objęte bezpośrednim zainteresowaniem organów ścigania – i to nie tylko w sferze komercyjnej, ale również prywatnej (np. lokalizacja osoby w sieci mobilnej jako aplikacja usługowa).

Kryminalistyka w świecie informacji cyfrowej

Kryminalistyka w świecie cyfrowym ma stosunkowo niedługą, aczkolwiek znaczącą historię. Jest oczywiście związana z rozwojem technologii komputerowych oraz sieciowych i coraz powszechniejszym ich stosowaniem w coraz większej liczbie sfer życia publicznego oraz prywatnego. W praktyce należy odnotować przełom lat 70. i 80. XX wieku jako czas boomu komputerowego, początek lat 90. jako czas rozpowszechniania dostępu do sieci Internet i przełom XX oraz XXI wieku jako okres technologicznej rewolucji mobilnej – trzy kamienie milowe w rozwoju technologicznym, mające zasadnicze znaczenie dla rozwoju społeczeństwa informacyjnego oraz możliwości wykorzystania jego osiągnięć także w celach niezgodnych z obowiązującym prawem. Zaistniały zatem jednocześnie nowe możliwości i wyzwania dla przestępców, organów ścigania, rządów, obywateli czy wreszcie biznesu i nauki⁴.

Należy zauważyć, że próba ujęcia całości aktywności o charakterze kryminalistycznym bądź związanych z kryminalistyką w świecie cyfrowym napotyka na utrzymujące się trudności o charakterze terminologicznym. Jest to związane z wieloaspektowością informacji w postaci cyfrowej, która może być w istocie aplikowana, wykorzystywana czy też badana jednocześnie w wielu różnych celach – w tym zgodnych i sprzecznych z prawem. W literaturze anglojęzycznej stosowanych jest równocześnie kilka pojęć, których zakresy przedmiotowe są uznawane przez niektórych autorów za pokrywające się, zaś przez innych za odrębne⁵. Tradycyjnie najwcześniej zaistniało pojęcie *computer forensics* – popularnie, aczkolwiek może nie do końca trafnie, określane mianem informatyki śledczej, z czasem ewoluujące w stronę coraz powszechniej stosowanych terminów: *digital forensics* lub *digital forensic science*. Dodatkową trudność sprawia tu kwestia różnych kręgów kulturowych, gdyż samo *forensics* lub *forensic science* z kręgu anglosaskiego odpowiada raczej węższej pojmowanej ekspertyzie kryminalistycznej niż ogólnej nauce krymina-

⁴ M. Caloyannides, N. Memon, W. Venema, *Digital Forensics – Guest Editor Introduction*, "IEEE Computer", marzec-kwiecień 2009, s. 16.

⁵ M. Kohn, J.H.P. Eloff, M.S. Olivier, *Framework for a Digital Forensic Investigation*, [w:] H.S. Venter, J.H.P. Eloff, M.M. Labushagne (red.), *Proceedings of the ISSA 2006 from Insight to Foresight Conference*, Sandton (RPA), lipiec 2006, s. 2, [online] <www.mo.co.za> (dostęp: 28.06.2014).

listyki w krajach Europy Środkowej i Wschodniej, w tym i w Polsce. Stąd też zaproponowane tu pojęcie „kryminalistyka cyfrowa” należy interpretować wyłącznie funkcjonalnie, nie skupiając się na kwestii semantycznej.

Wśród wielu konkurujących ze sobą definicji warto przywołać następującą: kryminalistyka cyfrowa to stosowanie ugruntowanych metod naukowych w celu zachowania, zbierania, walidacji, identyfikacji, analizowania, interpretacji, dokumentowania oraz prezentacji dowodów cyfrowych otrzymanych ze źródeł cyfrowych w celu umożliwienia lub ułatwienia rekonstrukcji zdarzeń o charakterze kryminalnym albo też pomocy w przewidywaniu nieautoryzowanych akcji mogących zakłócać planowane działania⁶. Podkreśla się przy tym często, że jakkolwiek podstawowym celem kryminalistyki cyfrowej jest przedstawienie środków dowodowych akceptowalnych przez wymiar sprawiedliwości w ramach procedury karnej oraz coraz częściej cywilnej, to efekty jej zastosowań oraz rezultaty przeprowadzonych badań mają praktyczne odzwierciedlenie – o czym wspomniano już wcześniej – także w sferach gospodarczej (korporacyjnej) oraz prywatnej. Trzeba w tym kontekście odnotować, że stosowanie metod badawczych kryminalistyki cyfrowej w celach ściśle dowodowych wymaga ich odróżnienia od aplikacji w sferze poza-procesowej (czy szerzej: leżącej poza zakresem zainteresowania organów ścigania), pomimo – co może być mylące – wykorzystywania tych samych narzędzi i zasobu wiedzy specjalistycznej⁷, np. w celach zapewniania ogólnego bezpieczeństwa funkcjonującego systemu teleinformatycznego. Podstawowe różnice przedstawia syntetycznie poniższe zestawienie:

Różnice w zastosowaniach metod kryminalistyki cyfrowej według celu

Zapewnianie bezpieczeństwa	Przedstawianie środka dowodowego
Zabezpiecza system przed atakiem	Nie zabezpiecza systemu przed atakiem
Działa zwykle w czasie rzeczywistym	Jest dokonywane po fakcie – po zaistnieniu zdarzenia kryminalnego
Jest wykonywane przez specjalistów z branży technologii informacyjnych	Może być wykonywane przez specjalistów z branży technologii informacyjnych, ale nie jest to obowiązkowe (ekspertyza kryminalistyczna)
Ograniczona prezentacja problemów i nowych rozwiązań w świecie zewnętrznym	Osiągnięty środek dowodowy jest co do zasady prezentowany poza ograniczonym kręgiem personelu IT
Może być ominięte przez zaufanych użytkowników	Integralność środka dowodowego jest najwyższym priorytetem

Źródło: G. Ruibin, M. Gaertner, *Case-Relevance Information Investigation: Binding Computer Intelligence to the Current Computer Forensic Framework*, "International Journal of Computer Evidence" 2005, t. 4(1), s. 4.

⁶ G. Ruibin, M. Gaertner, *Case-Relevance Information Investigation: Binding Computer Intelligence to the Current Computer Forensic Framework*, "International Journal of Computer Evidence" 2005, t. 4(1), s. 1.

⁷ R.J. Walls, B.N. Levine, M. Liberatore, C. Shields, *Effective Digital Forensics Research is Investigator-Centric*, Georgetown University, Washington D.C. 2011, s. 1, [online] <www.static.use-nix.org> (dostęp: 10.06.2014).

Z czysto utylitarnego, pragmatycznego punktu widzenia należy się także zgodzić z ogólniejszym stanowiskiem, iż o tym, czy dany proces badawczy (wykonywana ekspertyza) przeprowadzony z wykorzystaniem ustalonej metodologii, a dotyczący informacji w postaci cyfrowej można określić jako kryminalistyczny *sensu stricto* czy też nie, decydować będzie ostatecznie możliwość wykorzystania jego rezultatów jako środka dowodowego w sądzie⁸.

Powyższe rozważania uprawniają do postawienia pytań o charakterze zasadniczym: czy w takim stanie rzeczy kryminalistyka cyfrowa może być uznawana za odrębny dział kryminalistyki oraz czy jej produkty, które dla potrzeb tego opracowania możemy nazwać dowodami cyfrowymi, spełniają konsekwentnie wymagania stawiane dowodom naukowym przy aktualnym stanie wiedzy.

Na wstępie warto wziąć pod uwagę sposób, w jaki powstała i rozwinęła się informatyka śledcza i dalej kryminalistyka cyfrowa. Co interesujące, dyscyplina ta nie została wypracowana w laboratoriach kryminalistycznych, a powstała niejako oddolnie, motywowana potrzebami funkcjonariuszy dochodzeniowo-śledczych, którzy wraz z upowszechnieniem się komputerów i urzędzeń zawierających dane cyfrowe zaczęli samodzielnie pozyskiwać informacje przydatne do prowadzonych postępowań, badając zabezpieczony sprzęt komputerowy, do którego mieli fizyczny dostęp⁹. Z czasem, dostrzegając ważkość problemu i potencjalne możliwości związane z dowodami cyfrowymi, podjęto próby skoordynowania działań organów ścigania oraz określenia zasad i procesów badań zabezpieczonych źródeł dowodowych – w czym prym wiodły rozwinięte technologicznie Stany Zjednoczone. Początki takich działań miały miejsce już w połowie lat 80. XX wieku – wówczas powstały programy, których celem było określenie zasad badania komputerów jako źródeł dowodowych (m.in. Federalne Biuro Śledcze w 1984). Niedługo później, w odpowiedzi na lawinowo rosnące zapotrzebowanie w zakresie takich badań, powołano do życia stały zespół ds. analiz komputerowych FBI (CART), którego struktura i metodyka działań została z sukcesem skopiowana w wielu innych agencjach federalnych. Z czasem badania tego typu przesunięto do struktur laboratoriów kryminalistycznych, co stało się standardowym rozwiązaniem organizacyjnym pod koniec XX wieku, obok rozwijającej się współpracy międzyagencyjnej, a z czasem i międzynarodowej na forum tworzonych grup roboczych, najpierw o charakterze czysto technicznym, a z czasem również naukowo-badawczym. Można tu choćby przywołać działalność Technicznej Grupy Roboczej ds. Dowodów Cyfrowych (TWGDE) istniejącej od początku lat 90. czy powołanie pod koniec tej dekady Międzynarodowej Organizacji ds. Dowodów Komputerowych (IOCE)¹⁰. Procesy takie zachodziły nie

⁸ B.D. Carrier, E.H. Spafford, *An Event-Based Digital Forensic Investigation Framework*, Digital Forensic Research Workshop 2004, Baltimore, 11–13 sierpnia 2004, s. 3, [online] <www.digital-evidence.org> (dostęp: 11.06.2014).

⁹ E. Casey, *Handbook on Digital Forensics and Investigation*, Elsevier Inc. 2010, s. 2.

¹⁰ C.M. Whitcomb, *An Historical Perspective on Digital Evidence: A Forensic Scientist's View*, "International Journal of Digital Evidence" 2002, t. 1(1), s. 1–2.

tylko w USA, ale także w Europie, głównie pod egidą Europejskiej Sieci Instytutów Nauk Sądowych (ENFSI), gdzie od początku bieżącego stulecia prowadzone są w przedmiotowym zakresie intensywne prace na forum Grupy Roboczej ds. Technologii Informacyjnych w Kryminalistyce (WG FIT)¹¹. Można zatem skonstatować, że rozwój kryminalistyki cyfrowej jako odrębnej dyscypliny czy gałęzi kryminalistyki ma u swoich podstaw potrzebę znalezienia w stworzonych strukturach kooperacji technicznych rozwiązań problemów o charakterze prawnym – karnym oraz cywilnym – gdzie od samego początku rozważano priorytetowo kwestię dopuszczalności uzyskanych środków dowodowych w postępowaniach sądowych¹².

Jak się zatem wydaje, z czysto instytucjonalnego punktu widzenia – istnienia wyodrębnionych struktur, dedykowanych tej dziedzinie w laboratoriach kryminalistycznych, w tym policyjnych, a także wyspecjalizowanych organizacji współpracy o charakterze regionalnym i międzynarodowym – są podstawy do uznania kryminalistyki cyfrowej za samoistną gałąź badań i rozważań kryminalistycznych. Należy jednak rozważyć dodatkowo bardzo specyficzny aspekt związany z ogólnymi prawami, jakie rządzą materiałem (śladami) będącym przedmiotem poszczególnymi rodzajów wykonywanych badań. O ile bowiem w klasycznych, wyodrębnionych badaniach kryminalistycznych, np. śladów mechanoskopijnych czy też najbardziej rozpowszechnionych aktualnie śladów biologicznych, mamy do czynienia z ustanowionym i niezmiennym zestawem ogólnych praw będących fundamentem i punktem odniesienia w naukowo ugruntowanych procesach badawczych dotyczących śladów, tak jak prawa fizyki w zastosowaniu do mechanoskopii, albo też zestawem praw głęboko zrozumianych naukowo i trwale przewidywalnych jak prawa ewolucji w odniesieniu do biologii, o tyle w przypadku świata informacji cyfrowej sytuacja jest całkowicie odmienna. Trzeba sobie bowiem uświadomić, że mamy tu do czynienia z sytuacją, gdy eksperci (powoływani biegli sądowi) mogą być w każdej chwili skonfrontowani z materiałem pochodzącym z zupełnie nowej, rządzącej się własnymi prawami rzeczywistości cyfrowej, której kształt i zasady uzależnione są wyłącznie od ludzkiej pomysłowości¹³. Mając na uwadze, że tempo rozwoju technologicznego w świecie cyfrowym jest generalnie nadal zgodne z zasadą sformułowaną w prawie Moore’a¹⁴, gdzie każda nowa generacja technologii zastępuje poprzednią w interwale około 2 lat, jesteśmy konfrontowani z sytuacją ciągłej i bardzo szybkiej ewolucji praw i zasad rządzących dziedziną, w której celem jest przeprowadzenie uznanej metodologią badań materiału cyfrowego i osiągnięcie na tej podstawie dowodu naukowego akceptowanego przez sąd w postępowaniach karnych oraz cywilnych.

¹¹ Statute of ENFSI Forensic Information Technology Working Group (FIT-WG) [online] <www.enfsi.eu> (dostęp: 16.06.2014).

¹² R. McKemmish, *When is Digital Evidence Sound?*, [w:] R. Indrajit, S. Sujeet (red.), *Advances in Digital Forensics IV*, International Federation for Information Processing 2008, t. 285, s. 4.

¹³ A.M. Marshall, *Digital Forensics: Digital Evidence in Criminal Investigation*, John Wiley & Sons Ltd. 2008, s. 1.

¹⁴ Więcej o prawie Moore’a: G.E. Moore, *Cramming More Components onto Integrated Circuits*, “Electronics Magazine” kwiecień 1965, nr 38 (8).

Powyższe nie czyni, rzecz jasna, łatwiejszym spełnienia ogólnie akceptowanych w świecie współczesnej kryminalistyki wymagań stawianych dowodom naukowym – czyli zarówno kryterium powszechnej akceptacji Frye’a, zgodnie z którym źródło dowodów naukowych stanowić mogą jedynie takie metody i aparatura badawcza, które zostały zaaprobowane przez ogół ekspertów z danej dziedziny, jak też standardu Dauberta, określającego następujące kryteria oceny dowodów naukowych:

- falsyfikacji – czy zastosowana przez eksperta teoria i technika była sprawdzana (poddana kontroli)?
- publikacji oraz recenzji – czy dana teoria lub technika była przedmiotem publikacji w literaturze fachowej, a także czy była ona przedmiotem naukowej recenzji?
- wartości diagnostycznej i standaryzacji – czy jest znana lub możliwa do przewidzenia stopa błędów występujących w zastosowanej technice badawczej?
- powszechnej akceptacji – czy zastosowana przez eksperta teoria i technika zyskały sobie powszechną akceptację?¹⁵

Dowody cyfrowe przeszły wszakże na przestrzeni ostatnich dwóch dekad proces istotnego rozwoju, zaś źródła ich słabości w kontekście naukowym zostały głęboko zrozumiane i dobrze opisane – dzięki czemu podjęto globalnie stosowne działania zaradcze. Słabości te wynikają generalnie z trzech rozpoznanych przyczyn:

- braku w miarę jednolitego, powszechnie akceptowanego systemu certyfikacji czy listy niezbędnych kwalifikacji, jakimi mieliby się legitymować eksperci (biegli) z tej dziedziny;
- braku istnienia w miarę koherentnego systemu edukacji, nabywania doświadczenia oraz szkoleń, któremu mieliby podlegać eksperci badający dowody cyfrowe;
- ciągle istniejącej tendencji do traktowania przez niektóre instytucje i agencje rządowe informacji cyfrowych raczej w kontekście źródeł informacji o charakterze operacyjnym niż potencjalnie dowodowym¹⁶.

Remedium na opisane problemy wydaje się być przede wszystkim wyjątkowo ścisła współpraca regionalna oraz międzynarodowa, której celem jest unifikacja stosowanych metod oraz procesów badawczych w zakresie dowodów cyfrowych, dokonywana intensywnie na kilku płaszczyznach, w tym z udziałem Interpolu prowadzącego szeroko zakrojone programy m.in. koordynacji regionalnej dla poszczególnych kontynentów, a także wsparcia działań narodowych w ramach tzw. laboratorium cyfrowego (Digital Forensic Laboratory). Na naszym kontynencie ma to przede wszystkim miejsce na forum wspomnianej już wcześniej Europejskiej Sieci Instytutów Nauk Sądowych. Efektem tych działań jest wspieranie standaryzacji metod oraz narzędzi badawczych stosowanych w laboratoriach kryminalistycznych i dotyczących dowodów cyfrowych (obok innych dziedzin, gdzie procesy takie są już bardzo zaawansowane – np. badań DNA czy badań daktyloskopijnych), a także zapewniania

¹⁵ D.J. Ryan, G. Shpantzer, *Legal Aspects of Digital Forensics*, George Washington University, Washington 2005, s. 2 [online] <www.ebooksmagz.com> (dostęp: 18.06.2014).

¹⁶ E. Casey, *Handbook of Digital Forensics...*, s. 2.

nia ich należytej wiarygodności w ramach wdrażania systemu jakości w oparciu o normę ISO/IEC 170025 i przewodnik ILAC G-19:2002. W wymiarze praktycznym efektem prac ENFSI jest wydany po raz pierwszy w roku 2005 i wielokrotnie aktualizowany poradnik w zakresie najlepszych praktyk w kryminalistycznych badaniach technologii cyfrowych¹⁷. Podobne publikacje są także tworzone od początku XXI wieku na poziomie narodowym – warto tu wspomnieć przede wszystkim o amerykańskiej publikacji pt. „Dowody cyfrowe – standardy i zasady”, wydanej pod auspicjami Naukowej Grupy Roboczej ds. Dowodów Cyfrowych¹⁸, jak też o brytyjskim poradniku Związku Szefów Funkcjonariuszy Policji (ACPO) w sprawie dobrych praktyk dotyczących dowodów cyfrowych, opublikowanego po raz pierwszy w 2007 r.¹⁹ Wszystkie one przedstawiają szeroko akceptowane zasady postępowania z materiałem cyfrowym oraz uznaną metodologię jego badań, dążąc tym samym do osiągnięcia standaryzacji i zapewnienia odpowiedniej jakości dowodów cyfrowych w celu ich ostatecznej dopuszczalności przed sądem. Kolejnym elementem, na który zwraca się uwagę, jest zapewnienie odpowiedniej edukacji przyszłych ekspertów z zakresu kryminalistyki cyfrowej, co w niektórych najbardziej rozwiniętych krajach znajduje wyraz we wdrożeniu wyspecjalizowanych programów nauczania na poziomie pomaturalnym, kształcących specjalistów w tej dziedzinie – niektóre z nich zostały uruchomione już kilkanaście lat temu (od 2003)²⁰.

Mając powyższe na uwadze, wydaje się, że na aktualnym etapie rozwoju kryminalistyka w świecie cyfrowym jest już niewątpliwie nową, wydzieloną gałęzią tej dyscypliny naukowej. Pomimo dodatkowych problemów w zakresie ekspertyzy kryminalistycznej, wynikających z samej natury świata cyfrowego i rządzących nim nieustannie zmiennych praw, działania podjęte w ramach współpracy międzynarodowej, standaryzacji oraz edukacji, umożliwiają aktualnie przedstawianie wiarygodnych środków dowodowych dopuszczanych w ramach praktyki wymiaru sprawiedliwości. O usamodzielnieniu się kryminalistyki cyfrowej może również świadczyć fakt, iż prestiżowa i powszechnie szanowana w świecie nauki organizacja, jaką jest Amerykańska Akademia Nauk Sądowych (American Academy of Forensic Sciences), w 2008 r. wyodrębniła w swych ramach – po raz pierwszy od 28 lat – nową sekcję w zakresie nauk cyfrowych i multimedialnych (Digital and Multimedia Sciences)²¹.

Dla uzupełnienia wszystkich powyższych rozważań wypada zauważyć, że koncentrowały się one na problemach ogólnych, systemowych w zakresie dominujące-

¹⁷ Dokument ENFSI “Guidelines for Best Practice in the Forensic Examination of Digital Technology” (FIT-2005-001 Issue 6), [online] <www.enfsi.org> (dostęp: 7.06.2014).

¹⁸ Dokument Digital Evidence “Standards and Principles, Scientific Working Group on Digital Evidence”, październik 1999 [online] <www.fbi.gov> (dostęp: 7.06.2014).

¹⁹ Dokument ACPO “Good Practice Guide for Digital Evidence” v. 5, ACPO 2007–2012, [online] <www.acpo.police.uk> (dostęp: 7.06.2014).

²⁰ Kessler G.C., Schirling M.E., The Design of an Undergraduate Degree Program in Computer & Digital Forensics, “Journal of Digital Forensics, Security And Law” 2006, t. 1(3), s. 37–38.

²¹ E. Casey, *Digital Evidence and Computer Crime: Forensic Science*, Computers and the Internet, 3rd ed., Elsevier Inc. 2011, s. 10

go, eksperckiego oraz dowodowego zastosowania kryminalistyki w świecie informacji cyfrowej. Trzeba przy tym zaznaczyć, że w związku z rosnącym znaczeniem prewencyjnej funkcji kryminalistyki w dzisiejszym świecie globalnych zagrożeń (w tym terroryzmem) potencjał wykorzystania osiągnięć tej nauki nie ogranicza się w rzeczywistości cyfrowej wyłącznie do ekspertyzy kryminalistycznej. Jest w nim bowiem przestrzeń do realizacji wielu wyrafinowanych technologicznie przedsięwzięć mających na celu bądź to ogólne zapobieganie przestępczości, bądź też umożliwiających unikanie najgorszych skutków określonych kategorii czynów i zdarzeń (np. programy zapobiegania uprowadzeniom nieletnich typu Amber Gold). Jednakże ze względu na rozległość i kompleksowość tej problematyki, powinna być ona przedmiotem pogłębionej refleksji w odrębnych opracowaniach.

Perspektywy i wyzwania kryminalistyki w świecie cyfrowym

Rosnące uzależnienie społeczeństwa informacyjnego od narzędzi technologicznych sprawia, że zakres zainteresowania organów ścigania światem cyfrowym stale się poszerza – będąc efektem narastającej i coraz bardziej wyrafinowanej przestępczości w tej sferze. Można więc bez ryzyka większego błędu założyć, że zapotrzebowanie na kryminalistykę w ogólności, a na ekspertyzę kryminalistyczną w szczególności będzie mogło tu jedynie z czasem wzrastać. Warto poczynić zatem ogólne obserwacje co do możliwych trendów rozwojowych oraz wyzwań rysujących się w nieodległej przyszłości przed kryminalistyką cyfrową.

Trzeba przed wszystkim zauważyć, że trendy rozwojowe w zakresie kryminalistyki będą wyznaczone przez kierunki rozwoju technologii. Już dzisiaj da się zauważyć przenoszenie środka ciężkości technologii w stronę rozwiązań mobilnych, oferujących nieograniczony w czasie i przestrzeni dostęp do globalnej sieci Internet. Stąd też zasadne wydaje się stanowisko, że w najbliższej przyszłości szybko ewoluujące urządzenia dostępne do sieci mobilnych – znane obecnie jako smartfony – będą z jednej strony elementem najbardziej narażonym na nowe zagrożenia, zaś z drugiej najbardziej powszechnym narzędziem wykorzystywanym do popełniania przestępstw²². Drugim szczególnie szybko rozwijającym się obszarem technologii, w zakresie którego niezbędne jest w najbliższej przyszłości szczególne skupienie uwagi ekspertów kryminalistyki, jest „chmura obliczeniowa” (*cloud computing*), a więc wyniesienie na zewnątrz oraz wirtualizacja zasobów obliczeniowych wykorzystywanych przez użytkowników na zasadzie usługi dostarczanej przez podmioty zewnętrzne, bez potrzeby posiadania własnej infrastruktury. „Chmura obliczeniowa” zasadniczo zmieniła sposób, w jaki tworzone, dostarczane, udostępniane oraz zarzą-

²² A. Rizwan, R.V. Dharaskar, *Mobile Forensics: an Overview, Tools, Future Trends and Challenges from Law Enforcement Perspective*, [w:] *Sixth International Conference of E-governance (ICEG 08)*, IIT and NSIT, New Delhi 2008, s. 321.

dzane są usługi informacyjne, stworzyła także model globalnej replikacji danych w niej przechowywanych. Jest to zjawisko wielowymiarowe, a nie tylko technologiczne, zmusza bowiem do rozważenia np. kwestii różnych jurysdykcji dotyczących miejsc, w których przechowywane są dane w „chmurze”, czy ogólnej ilości danych niezbędnych do przeanalizowania w procesach badawczych związanych z ekspertyzą kryminalistyczną²³. Oceniając rzecz całą z nieco ogólniejszej perspektywy, głównym wyzwaniem kryminalistyki cyfrowej jest z pewnością nadążanie metod i procesów badawczych za niezwykle szybką ewolucją świata cyfrowego, którego kierunek rozwoju jest na dodatek mało przewidywalny.

Nie brakuje też idących dalej opinii, że po okresie „złotej ery” kryminalistyki cyfrowej z czasów pierwszej dekady bieżącego wieku, gdzie odgrywała ona rolę swoistego magicznego instrumentu pozwalającego zobaczyć przeszłość za pomocą odtworzenia skasowanych danych oraz wejść w umysł przestępcy poprzez odzyskanie jego poczty elektronicznej czy wiadomości typu SMS, dziedziną ta stoi w obliczu fundamentalnego kryzysu spowodowanego opisanym już wcześniej tempem oraz ciągłą ewolucją postępu technologicznego. Wśród jego symptomów wymieniane są zarówno kwestie nadmiaru urządzeń oraz danych wymagających jednocześnie badań oraz analizy, coraz większej mobilności czy przenośności urządzeń służących do ich przechowywania (np. pamięci typu pendrive), wzrastającej różnorodności systemów operacyjnych oraz rodzajów plików, coraz bardziej zaawansowanego zabezpieczania informacji za pomocą mechanizmów kryptograficznych, rozproszenia badanych danych w „chmurze obliczeniowej” oraz problematyka rozwiązań natury legislacyjnej, ograniczających swobodę prowadzonych badań i analiz kryminalistycznych²⁴. To, w jaki sposób i czy w ogóle kryminalistyka cyfrowa poradzi sobie ze stojącymi przed nią wyzwaniami, będzie tak krytyczne dla możliwości skutecznego ścigania przestępstw w świecie informacji cyfrowej, jak interesujące do obserwacji i analizy na gruncie nauki kryminalistyki.

²³ K. Ruan, J. Carthy, T. Kechadi, M. Crosbie, *Cloud Forensics*, [w:] G. Peterson, S. Sheno (red.), *Advances in Digital Forensics VII*, IFIP AICT 361, International Federation for Information Processing 2011, s. 35-36.

²⁴ S.L. Garfinkel, *Digital Forensics Research: The Next 10 Years*, „Digital Investigation” 2010, nr 7, s. 66.

Summary

Few remarks concerning forensic science in digital information world as well as challenges it is facing

Key words: digital forensics, forensic research, forensic examination, cyber crime, scientific evidence.

The present paper discusses general issues of the digital forensics and the challenges this discipline is facing in the foreseeable future. It provides short description of modern information society and the problems it is experiencing due to increasing dependency on technology. It concentrates on the history of development and the most important issues of digital forensics of today, including – but not limited to – the everchanging nature of digital world impacting ways and means of forensic expertise in this field, as well as fundamental problems of provision of digital evidence. It gives an insight on how law enforcement and forensic communities try to accommodate to evolving circumstances in order to secure admissibility of the digital evidence at the courts of law. Finally the future challenges and development trends of digital forensics are presented for consideration.

Piotr Majer

Katedra Bezpieczeństwa i Porządku Publicznego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Struktura, zadania i prawne podstawy działalności aparatu państwowego II RP do spraw repatriacji, reemigracji i emigracji

Odrodzona w 1918 r. Polska niemal od pierwszych dni państwowości musiała zmierzyć się z jednym z najtrudniejszych politycznie i społecznie problemów, jakim było wielomilionowe polskie wychodźstwo. Powstało ono nie tylko na skutek wcześniejszego braku państwowości, w tym uwarunkowań politycznych i ekonomicznych, ale też w znacznej mierze z powodu działań wojennych. Na ziemiach okupowanych przez Niemcy i Austro-Węgry mobilizacja objęła większość mężczyzn w sile wieku. Rosjanie, opuszczając w 1915 r. okupowane dotąd ziemie polskie, ewakuowali w głąb Rosji około 1,5 mln ludności cywilnej. Z kolei w wyniku kolejnych ofensyw rosyjskich na froncie z Austrią ewakuowało się z Małopolski w głąb Austrii około 0,5 mln osób. W Niemczech znajdowało się też około 0,5 mln polskich robotników sezonowych szukających pracy z własnej woli bądź rekrutowanych przymusowo przez instytucje niemieckie. Toteż gdy pojawiła się możliwość odzyskania przez państwo niepodległości, a tym bardziej gdy możliwość ta zaczęła się materializować, do kraju zaczęły zmierzać rzesze wychodźców.

Pierwsza fala Polaków korzystających z rozpadu frontu niemiecko-rosyjskiego dotarła z Rosji do jeszcze nie powstałego państwa latem 1918 r. Późną jesienią rozpoczęła się duża fala powrotów z Niemiec. Stosunkowo najszybciej opuścili je robotnicy polscy z Królestwa Polskiego, internowani bądź wywiezieni przez okupanta. Później zaczął się masowy, często spontaniczny, powrót wychodźców polskich ze środkowych i zachodnich Niemiec, a nawet z pogranicza polsko-niemieckiego¹. Część Polaków przyspieszała decyzję o powrocie na skutek celowej polityki dotychczasowych pracodawców. Na przełomie listopada i grudnia 1918 r. właściciele kopalń w Westfalii, przewidując pogorszenie koniunktury rynkowej, wyrzucili bądź zwolnili z pracy wielu z nich².

¹ E. Kołodziej, *Dzieje Polonii w zarysie. 1918–1939*, Warszawa 1991, s. 14.

² M. Piotrowski, *Reemigracja Polaków z Niemiec 1918–1939*, Lublin 2000, s. 80.

Masowy powrót do zniszczonego wojną i będącego dopiero w fazie formowania państwa groził wieloma niebezpieczeństwami, głównie o charakterze gospodarczym. Dostrzegali to już pierwszy rząd polski, co ilustruje jeden z dokumentów Rady Ministrów z tego okresu, tak rysujący tę sytuację: „Kraj stoi przed bezrobociem szerokich mas ludowych. Z Niemiec wraca około 700 tysięcy jeńców cywilnych i wojennych. Z Rosji wraca jeszcze 150 tysięcy wygnańców. Rzesze te zostaną prawdopodobnie powiększone przez pracowników warsztatów i fabryk, które w obecnych warunkach ekonomicznych mogą zawieszać swe czynności. Rząd więc musi się liczyć z tym, iż w kraju będzie około miliona ludzi pozbawionych pracy”³.

Brak możliwości zapewnienia powracającym z obczyzny Polakom nie tylko pracy, ale i egzystencji spowodował, że nie byli oni zachęceni do powrotu, a wręcz nakłaniano ich pozostania w miejscach pobytu. Działania takie podejmował pierwszy konsul polski w Berlinie Karol Rose, który 20 grudnia 1918 r. wydał nawet komunikat w tej sprawie, rozpowszechniony przez gazety. Pisał w nim: „Na razie Konsulat zwraca się do wszystkich Rodaków polskich w Niemczech z serdeczną prośbą i radą, żeby nikt samowolnie nie opuszczał obecnego miejsca pracy. Usłuchanie tej rady leży przede wszystkim w interesie robotników, bo, o ile jeszcze teraz spokojnie lub kilka tygodni poczekają, to Konsulat ręczy, że potem zostaną odstawieni do kraju zupełnie darmo i wyjadą z punktów zbornych pod opieką delegatów Konsulatu zaopatrzeni w środki żywności na czas jazdy kolejowej. [...] A zatem, na miłość Boską, miejcie jeszcze trochę cierpliwości, nacierpieliście się już tyle poczekajcie zatem jeszcze te parę lub kilka tygodni [...]. Pamiętajcie o tem, że Polska jest wyniszczona, fabryki stoją, gospodarstwa rolne również nie pracują tak jak dawniej i że byłoby to dla kraju wprost nieszczęście, gdyby wróciły od razu krociowe rzesze robotnicze. Każdy tydzień opóźnienia stanowić będzie dla rządu i społeczeństwa polskiego – które zgoła nie są Waszego losu obojętne – ogromną ulgę i da im możliwość stopniowego i planowanego rozmieszczenia robotników, którzy tylko w tym wypadku znajdą w Polsce jaki taki zarobek”⁴.

Apele i inne działania mające skłonić polskie wychodźstwo do opóźnienia decyzji o powrocie do kraju miały ograniczoną skuteczność. Stąd wraz z budową aparatu administracyjnego państwa tworzone struktury, których początkowym celem była repatriacja, rozumiana jako organizacja powrotu do kraju osób, które znalazły się poza jego granicami w charakterze jeńców, zdemobilizowanych żołnierzy lub wskutek przymusowego przesiedlenia wynikłego z decyzji władz okupacyjnych⁵. Dla tych celów już 11 listopada 1918 r. uchwałą Rady Kierowników Ministerstw utworzono Państwowy Urząd ds. Jeńców, podległy bezpośrednio Radzie Ministrów. Dekretem Naczelnika Państwa z 30 grudnia 1918 r. został on przekształcony

³ *Polityka społeczna państwa polskiego 1918–1935*, Warszawa 1935, t. II, s. 133.

⁴ K. Rose, *Wspomnienia berlińskie*, Warszawa 1933, s. 121–122.

⁵ Definicja repatriacji, zob. W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, Warszawa 1994, s. 436.

w Państwowy Urząd ds. Powrotu Jeńców, Uchodźców i Robotników⁶. Jego przepisy nadawały temu urzędowi status instytucji tymczasowej zobowiązanej do:

a) sprowadzenia do miejsca zamieszkania jeńców, uchodźców i robotników Polaków;

b) zorganizowanego przemieszczenia przez ziemie Państwa Polskiego do właściwych punktów granicznych jeńców, uchodźców i robotników obcych narodowości;

c) zapewnienia opieki sanitarno-żywnościowej przemieszczanym przez ziemie polskie jeńcom, uchodźcom i robotnikom;

d) uregulowania za pośrednictwem Ministerstwa Spraw Zagranicznych warunków powrotu do kraju jeńców, uchodźców i robotników przebywających poza granicami Polski⁷.

Zadaniom Urzędu odpowiadała struktura organizacyjna – w jego skład wchodziło pięć wydziałów: Ogólny, Prowincjonalny, Statystyczno-Rozrachunkowy, Zagraniczny i Służby Etapów. Pierwszy nich miał charakter wspomagający, bowiem zajmował się szeroko rozumianymi sprawami administracyjnymi⁸. Pozostałe wypełniały powinności merytoryczne. Wydział Prowincjonalny zajmował się tworzeniem punktów etapowych i żywnościowych, organizował aprowizację i pomoc sanitarno-lekarską oraz zapewniał stałą inspekcję punktów etapowych i żywnościowych. Wydział Statystyczno-Rozrachunkowy prowadził ewidencję jeńców, uchodźców i robotników oraz przygotowywał materiały niezbędne do przewidywanych między państwowych rokowań dotyczących zwrotu kosztów związanych z repatriacją. Wydział Zagraniczny miał w porozumieniu i za pośrednictwem Ministerstwa Spraw Zewnętrznych zapewnić opiekę i pomoc jeńcom, uchodźcom i robotnikom przebywającym poza krajem oraz przygotować umowy między państwowe dotyczące ich powrotu. Wreszcie Wydział Służby Etapów był swoistą ekspozyturą władz wojskowych, bowiem kierował nim wojskowy naczelnik służby etapów, który był przedstawicielem Sztabu Generalnego Wojska Polskiego.

Państwowy Urząd ds. Powrotu Jeńców, Uchodźców i Robotników funkcjonował jako odrębna struktura dwa lata. Ustawą z 4 listopada 1920 r. został włączony w skład Urzędu Emigracyjnego przy Ministerstwie Pracy i Opieki Społecznej⁹, który miał pełną właściwość w sprawach związanych z przemieszczeniami ludności. Wynikało to bezpośrednio z art. 1 rozporządzenia Rady Ministrów powołującego ten urząd¹⁰, stanowiącego, że w jego działalności: „ześrodkowują się wszystkie sprawy

⁶ Dekret o utworzeniu Państwowego Urzędu do spraw Powrotu Jeńców, Uchodźców i Robotników (Dz.U. RP z 1919 r., nr 3, poz. 84).

⁷ Ibidem.

⁸ Jego kompetencje precyzował art. 6. stanowiąc, że: „prowadzi kancelarię Urzędu, kasę, rachubę, kontrolę, zestawia budżety, informuje prasę i załatwia sprawy personalne”.

⁹ Ustawa z dnia 4 listopada 1920 r. w przedmiocie uregulowania spraw dobrowolnej oraz przymusowej migracji ludności (Dz.U. RP nr 108, poz. 707).

¹⁰ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 22 kwietnia 1920 r. w przedmiocie utworzenia Urzędu Emigracyjnego przy Ministerstwie Pracy i Opieki Społecznej (Dz.U. RP nr 39, poz. 232).

dotyczące emigracji, reemigracji, imigracji i opieki nad wychodźcami”¹¹. Wspomnianą ustawą z 4 listopada 1920 r. kompetencje Urzędu Emigracyjnego poszerzono o sprawy znoszonego Urzędu ds. Powrotu Jeńców, Uchodźców i Robotników, co wprost wynikało z art. 1 ustawy: „temuż Urzędowi przekazuje się wszelkie sprawy dotyczące powrotu jeńców, aż do czasu ich zupełnego uregulowania”.

Pozbawienie autonomiczności instytucjonalnej spraw związanych z repatriacją okazało się przedwczesne. Wojna z Rosją sowiecką, zakończona traktem ryskim¹², spowodowała bowiem kolejną masową falę powrotów do kraju. Wymagało to poczynienia odpowiednich działań organizacyjnych, szczególnie dotyczących transportu repatriantów oraz zapewnienia im wyżywienia na czas podróży, jak również opieki sanitarnej. Do tych zadań powołano początkowo urząd Nadzwyczajnego Komisarza ds. Repatriacji, zastąpiony w 1922 r. przez Międzyministerialną Radę ds. Repatriacyjnych¹³.

Repatriacja została uznana za zakończoną w lipcu 1924 r.¹⁴ W jej ramach do kraju powróciło około 2,5–3 mln osób, z czego z Rosji około 1 200 tys. osób. Wymagało to olbrzymiego wysiłku organizacyjnego, koordynowanego przez wymienione wyżej instytucje centralne. Podlegało im m.in. 170 placówek przejściowych i rozdzielczych (tzw. etapów) rozmieszczonych w różnych punktach kraju, ale głównie w pobliżu granic państwowych. Obok nich funkcjonowały w różnych krajach europejskich specjalne misje przeprowadzające repatriacje obywateli polskich, którzy mieli status jeńców wojennych lub zdemobilizowanych żołnierzy armii obcych. Trudny do przecenienia wkład w przeprowadzenie repatriacji wniosło też wiele innych instytucji państwowych i organizacji społecznych, szczególnie Polski Czerwony Krzyż oraz Stowarzyszenie YMCA¹⁵.

Uczestnictwa struktur państwa wymagała również reemigracja. Jedną z czterech sekcji powołanego w listopadzie 1918 r. Ministerstwa Pracy i Opieki Społecznej zajmowała się sprawami pośrednictwa pracy i emigracji robotniczej. Niemal jednocześnie na podstawie dekretu Naczelnika Państwa z 27 stycznia 1919 r. zaczęto tworzyć struktury terenowe mające zajmować się reemigrantami¹⁶. Zadaniem

¹¹ Ibidem.

¹² Traktat określił losy ludności polskiej znajdującej się na terytorium kontrolowanym przez bolszewików. O obywatelstwo polskie mogły się starać osoby, które ukończyły 18 rok życia i 1 sierpnia 1919 r. były zameldowane na terenie dawnego Królestwa Polskiego. Do Polski mogli wyjechać również potomkowie powstańców zesłanych w latach 1830–1865 oraz wszyscy, którzy mogli udowodnić, że są nie dalej niż w trzecim pokoleniu potomkami osób, które stale zamieszkiwały na terytorium dawnej Rzeczypospolitej. Zainteresowani mieli 1 rok na złożenie oświadczenia o wyborze obywatelstwa; szerzej J. Kumaniecki, *Pokój polsko-radziecki 1921. Geneza – rokowania – traktat – komisje mieszane*, Warszawa 1985; M. Wojciechowski (red.), *Traktat ryski 1921 roku po 75 latach: studia*, Toruń 1998.

¹³ *Polityka społeczna...*, s. 194.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Z ang. Young Men's Christian Association – Związek Chrześcijańskiej Młodzieży Męskiej.

¹⁶ Dekret o organizacji państwowych urzędów pośrednictwa pracy i opieki nad wychodźcami (Dz.U. RP z 1919 r., nr 11, poz. 127).

tym obarczono państwowe urzędy pośrednictwa pracy i opieki nad wychodźcami, które miały powstać w miastach powiatowych, punktach pogranicznych oraz w innych miejscowościach, w zależności od potrzeb. Dekret w art. 2 precyzował ich powinności:

- 1) pośrednictwo pracy dla wszelkich kategorii pracowników, poszukujących zarobków tak wewnątrz kraju jak za granicą;
- 2) porada przy wyborze lub zmianie zawodu;
- 3) udzielanie informacji o krajowych i zagranicznych stosunkach zarobkowych, dostarczanie wychodźcom wiadomości, potrzebnych do strzeżenia się przed błędami i wyzyskiem podczas podróży i na miejscu pobytu za granicą, kontrola treści umów, zawieranych z pracownikami sezonowymi (zwłaszcza z większymi grupami robotników) przez przedsiębiorców zagranicznych, pośredniczenie w udzielaniu zaliczek na podróż, pomoc przy wymianie pieniędzy;
- 4) popieranie reemigracji, ochrona wychodźców i reemigrantów w granicach kraju;
- 5) zbieranie i zestawianie dat statystycznych, dotyczących rynków pracy, ruchu wychodźczego i przychodźczego oraz reemigracji;
- 6) inne czynności, które określają ustawy o publicznym pośrednictwie pracy i ustawa emigracyjna.

Wspomniane struktury – zarówno centralne, jak i terytorialne – tworzyły stałą część powstającego aparatu administracyjnego państwa. Reemigracja wymagała jednak również działań doraźnych, wypełnianych przez powoływane dla tych celów organy. Taki epizodyczny charakter mieli delegaci rządowi sprawujący opiekę na emigrantami wyjeżdżającymi do kraju w transportach zbiorowych, jak też przydzieleni do licznych placówek konsularnych i dyplomatycznych attache emigracyjni, których przemianowano następnie na radców emigracyjnych, redukując jednocześnie ich liczbę do trzech – w Paryżu, Berlinie i Buenos Aires¹⁷.

Wzrastająca liczba reemigrantów wymagała uporządkowania i wzmocnienia instytucji mających zajmować się tą potrzebującą wsparcia grupą społeczną. Rozporządzeniem Rady Ministrów z 22 kwietnia 1920 r. utworzono Urząd Emigracyjny podległy Ministrowi Pracy i Opieki Społecznej. Jak zaznaczono wcześniej, otrzymał on pełnię kompetencji dotyczących spraw emigracji, reemigracji, imigracji i opieki nad wychodźcami. Jednocześnie w art. 2 szczegółowo określono jego zadania, zaliczając do nich:

- a) przygotowywanie ustaw i rozporządzeń w przedmiotach podlegających kompetencji Urzędu;
- b) przygotowywanie z współudziałem Ministerstwa Spraw Zagranicznych konwencji emigracyjnych i wszelkich układów międzynarodowych dotyczących emigracji, reemigracji i imigracji;

¹⁷ *Polityka społeczna...*, s. 196.

- c) nadzór nad kontraktowaniem robotników do pracy za granicą;
- d) przeciwdziałanie szkodliwej propagandzie emigracyjnej i nielegalnemu werbunkowi emigracyjnemu;
- e) zbieranie i udzielanie wiadomości o stosunkach panujących w państwach obcych pod względem konjunktury emigracyjnej i informowanie o nich instytucji, osób i władz interesowanych;
- f) sprawy związane z organizacją transportów emigrantów i reemigrantów;
- g) opieka nad emigrantami i reemigrantami w czasie podróży;
- h) ochrona praw i interesów emigrantów na miejscu pracy;
- i) opieka nad reemigrantami bezpośrednio po ich powrocie do kraju;
- j) współdziałanie z Ministerstwem Skarbu w organizacji przesyłania oszczędności wychodźców do kraju;
- k) popieranie zrzeszeń i instytucji społecznych i gospodarczych w kraju i za granicą, których celem jest niesienie pomocy i opieka nad emigrantami i reemigrantami oraz nadzorowanie działalności tych zrzeszeń i instytucji pod względem stosowania się do przepisów emigracyjnych;
- l) opinjowanie w sprawach udzielania koncesji zagranicznym kompanjom okrętowym na sprzedaż w Polsce biletów III-ej klasy i międzypokładowych;
- m) prowadzenie w porozumieniu z Głównym Urzędem Statystycznym statystyki ruchu emigracyjnego, reemigracyjnego i imigracyjnego.

Strukturami terenowymi tego Urzędu były utworzone wcześniej państwowe urzędy pośrednictwa pracy i opieki nad wychodźcami¹⁸ oraz komisarz emigracyjny w Gdańsku. Ten ostatni organ w zasadzie nie zaistniał, bowiem został zniesiony rozporządzeniem Rady Ministrów z 31 maja 1920 r.¹⁹

Rozporządzenie powołujące Urząd Emigracyjny zapowiadało utworzenie Rady Emigracyjnej jako organu doradczego tej instytucji. Materializacja ww. zapowiedzi nastąpiła 9 czerwca 1921 r., kiedy rozporządzeniem Rady Ministrów powołano instytucję o nieco zmodyfikowanej nazwie i pozycji ustrojowej – zamiast ciała doradczego Urzędu Emigracyjnego ukonstytuowano organ opiniodawczy Ministra Pracy i Opieki Społecznej. Podniesioną rangę anonsowała skorygowana nazwa, do której dodano słowo „Państwowa”²⁰. Rada składała się z 24 członków mających następujące rekomendacje: 8 reprezentowało Sejm, kolejnych 8 – wymienionych w rozporządzeniu ministrów (Spraw Wewnętrznych, Spraw Zagranicznych, Spraw Wojskowych, Przemysłu i Handlu, Rolnictwa i Dóbr Państwowych, Skarbu, Zdrowia Publicznego oraz Dyrektora Głównego Urzędu Statystycznego), ostatnich zaś 8 miało wywodzić się spośród osób mających przygotowanie merytoryczne w zakresie

¹⁸ Na podstawie dekretu Naczelnika Państwa z 27 stycznia 1919 r.

¹⁹ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 31 maja 1920 r. w przedmiocie zmiany art. 4-go rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 22 kwietnia 1920 r. (Dz.U. RP nr 45, poz. 279).

²⁰ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 czerwca 1921 r. o utworzeniu Państwowej Rady Emigracyjnej (Dz.U. RP nr 64, poz. 403).

polityki migracyjnej. Ta część składu Rady została powołana na okres trzech lat na wniosek dyrektora Urzędu Emigracyjnego przez Ministra Pracy i Opieki Społecznej.

Określone w paragrafie 2 rozporządzenia zadania Rady odpowiadały ściśle jej zakładanym celom, sprowadzając się do:

- a) opinjowania na wniosek Urzędu Emigracyjnego w sprawach dotyczących polityki emigracyjnej, reemigracyjnej i imigracyjnej;
- b) opinjowania projektów ustawodawczych w powyższych sprawach;
- c) opinjowania projektów konwencji międzynarodowych, zawrzeć się mających w sprawach emigracji, reemigracji i imigracji;
- d) opinjowania podań towarzystw okrętowych o udzielenie zezwoleń na sprzedaż kart okrętowych 111 kl. i międzypokładowych;
- e) przedkładania Urzędowi Emigracyjnemu wniosków i uwag w przedmiocie ustawodawstwa, polityki i opieki emigracyjnej, imigracyjnej i reemigracyjnej.

Zorganizowana w początkowym okresie państwowości administracja ds. emigracyjnych i reemigracyjnych uległa modyfikacjom po przewrocie majowym. Korekty te wprowadziło rozporządzenie Prezydenta RP z 11 października 1927 r. o emigracji²¹ wraz z rozporządzeniem wykonawczym do niego z 23 grudnia 1927 r.²² W podstawowym dla tych zmian akcie – rozporządzeniu Prezydenta RP – dokonano uściślenia pojęcia emigranta, stanowiąc, że za takowego należy uznawać obywatela polskiego, który: „opuszcza lub opuścił terytorjum Rzeczypospolitej w poszukiwaniu pracy lub dla jej wykonywania, lub w celach osadnictwa, albo też udając się do swego małżonka, krewnych i powinowatych, którzy już wyemigrowali poprzednio” (art. 1). Status ten przysługiwał również rodzinie emigranta przebywającej razem z nim poza krajem.

Dość istotną nowością był przepis upoważniający właściwe organy do wstrzymania emigracji do krajów, w których narażona byłaby ochrona życia, wolności, mienia oraz interesów ekonomicznych i moralnych emigrantów lub jeśli wymagałyby tego względy dobra publicznego. Z delegacji tej organy państwa skorzystały dwukrotnie. Po raz pierwszy w styczniu 1928 r., kiedy wstrzymano na 3 tygodnie emigrację do Argentyny²³. Drugi raz odwołano się do tej możliwości w 1929 r., kiedy powołując się na względy dobra publicznego, wstrzymano emigrację osób nieposiadających w kraju, do którego zamierzały emigrować, zapewnionej odpowiedniej pracy lub nieposiadających tam zapewnionych dostatecznych środków utrzymania²⁴. Zakaz ten został

²¹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 października 1927 r. o emigracji (Dz.U. RP nr 89, poz. 799).

²² Rozporządzenie Ministra Pracy i Opieki Społecznej z dnia 23 grudnia 1927 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej o emigracji (Dz.U. RP z 1928 r., nr 6, poz. 37).

²³ Rozporządzenie Ministra Pracy i Opieki Społecznej w porozumieniu z Ministrem Spraw Zagranicznych z dnia 17 stycznia 1928 r. w sprawie czasowego wstrzymania emigracji do Argentyny (Dz.U. RP nr 8, poz. 62).

²⁴ Rozporządzenie Ministra Pracy i Opieki Społecznej w porozumieniu z Ministrem Spraw Zagranicznych z dnia 9 lutego 1928 r. w sprawie częściowego wstrzymania emigracji (Dz.U. RP nr 26, poz. 239).

przedłużony rozporządzeniem z 31 grudnia 1929 r. i miał obowiązywać do odwołania²⁵. Formalnie ograniczenie to obowiązywało do 12 października 1944 r.

Inne ograniczenie było związane z wiekiem i płcią. Generalnie mężczyźni, którzy osiągnęli 18 rok życia, mogli samodzielnie podejmować decyzję w kwestii emigracji. Młodszy mogli emigrować pod opieką osób pełnoletnich z grona najbliższej rodziny lub po uzyskaniu zezwolenia Urzędu Emigracyjnego. Kobietom pozostawiono prawo decydowania o wyjeździe po ukończeniu 21 lat życia, zaś młodsze musiały mieć zapewnioną opiekę męża lub najbliższych krewnych, bądź dysponować zaproszeniem z kręgu tych samych osób. Zastrzeżono jednocześnie, że w wyjątkowych wypadkach Urząd Emigracyjny może zezwolić na wyjazd kobietom niespełniającym wymaganych warunków.

W organizacji aparatu władzy publicznej ds. emigracji rozporządzenie pozostawiało jako organ centralny Urząd Emigracyjny, któremu podporządkowano bardziej rozbudowane struktury terytorialne. Obok utrzymanych państwowych urzędów pośrednictwa pracy i opieki nad wychodźcami w zakresie spraw dotyczących emigracji, powołano bowiem radcę przy Komisarzu Generalnym Rzeczypospolitej Polskiej w Gdańsku oraz utworzono ekspozytury i etapy emigracyjne na głównych punktach granicznych tudzież punktach zbornych wewnątrz kraju. Rozporządzenie wykonawcze z września 1928 r. określiło umiejscowienie pięciu wyróżnionych ekspozytur z następującą właściwością terytorialną:

- Ekspozytura Urzędu Emigracyjnego w Warszawie o właściwości obejmującej m. st. Warszawę oraz województwa: warszawskie, kieleckie, lubelskie, łódzkie, poznańskie i pomorskie;
- Ekspozytura Urzędu Emigracyjnego w Krakowie o właściwości obejmującej województwa krakowskie i śląskie;
- Ekspozytura Urzędu Emigracyjnego w we Lwowie o właściwości obejmującej województwa: lwowskie, stanisławowskie, tarnopolskie;
- Ekspozytura Urzędu Emigracyjnego w Brześciu n/B. o właściwości obejmującej województwa: poleskie i wołyńskie;
- Ekspozytura Urzędu Emigracyjnego w Białymstoku o właściwości obejmującej województwa: białostockie, nowogródzkie i wileńskie²⁶.

Podstawowym zadaniem ekspozytur, co też precyzowało rozporządzenie, było przyznawanie osobom zamierzającym wyjechać z kraju statusu emigranta – pod warunkiem spełnienia warunków ustawowych – oraz wyposażanie ich w odpowiednie dokumenty – paszporty emigracyjne. Ponadto personel ekspozytur został zobowiązany do wykrywania określonych przestępstw, kontroli przedsiębiorstw zajmują-

²⁵ Rozporządzenie Ministra Pracy i Opieki Społecznej w porozumieniu z Ministrem Spraw Zagranicznych z dnia 31 grudnia 1929 r. w sprawie przedłużenia mocy obowiązującej rozporządzenia Ministra Pracy i Opieki Społecznej w porozumieniu z Ministrem Spraw Zagranicznych z dnia 9 lutego 1928 r. w sprawie częściowego wstrzymania emigracji (Dz.U. RP z 1930 r., nr 3, poz. 22).

²⁶ Rozporządzenie Ministra Pracy i Opieki Społecznej z dnia 28 września 1928 r. w sprawie ustanowienia ekspozytur Urzędu Emigracyjnego (Dz.U. RP nr 92, poz. 805).

cych się przewozem emigrantów, rozstrzygnięciem odwołań od orzeczeń państwowych urzędów pośrednictwa pracy i opieki nad wychodźcami.

Urząd Emigracyjny, oprócz spraw realizowanych na terenie kraju, miał w swojej właściwości zadania realizowane poza jego granicami. Podejmował je za pośrednictwem organów Ministerstwa Spraw Zagranicznych. Przy czym w krajach uznanych za szczególnie ważne dla emigracji Minister Spraw Zagranicznych na wniosek Ministra Pracy i Opieki Społecznej mógł ustanawiać osobnych radców do spraw emigracyjnych, pełniących swe obowiązki służbowe przy przedstawicielstwach dyplomatycznych, w krajach zaś, w których nie było tych przedstawicielstw – przy konsulatach.

Rozporządzenie Prezydenta RP z 11 października 1927 r. o emigracji utrzymało Państwową Radę Emigracyjną jako organ opiniodawczy Ministra Pracy i Opieki Społecznej, z podobnymi jak poprzednio zadaniami²⁷. Dokonano natomiast dość znaczącej zmiany jej składu osobowego. W miejsce obowiązującego uprzednio klucza politycznego w doborze członków (przedstawiciele Sejmu, naczelnych organów państwa) wprowadzono klucz społeczno-merytoryczny. Radę mieli bowiem odąd tworzyć reprezentanci trzech grup społecznych: uznanych autorytetów w obszarze spraw emigracyjnych; przedstawicieli centralnych zawodowych organizacji robotniczych, rzemieślniczych i pracowników umysłowych; przedstawicieli organizacji społecznych, działających w zakresie opieki nad emigrantami. Ich liczbę miało określić rozporządzenie Ministra Pracy i Opieki Społecznej, który wykonał tę delegację 23 grudnia 1927 r. Odąd w skład Państwowej Rady Emigracyjnej miało wchodzić 15 uznanych reprezentantów problematyki emigracyjnej, 7 przedstawicieli centralnych zawodowych organizacji robotniczych, rzemieślniczych i pracowników umysłowych oraz 5 reprezentantów organizacji społecznych zajmujących się emigrantami²⁸. Rozporządzenie, oprócz skorygowania struktur administracyjnych zajmujących się sprawami migracyjnymi, wprowadzało dość istotną modyfikację w polityce państwa w tym obszarze poprzez wyodrębnienie w budżecie państwa środków przeznaczonych na rzecz emigrantów. Środki te, co sprecyzowano w art. 23, miało przeznaczać:

- a) na cele, związane z wyszkoleniem zawodowym emigrantów i udzielaniem wiadomości o warunkach pracy i pobytu w krajach imigracyjnych;
- b) na wydatki, związane z badaniem terenów, nadających się dla emigracji zarobkowej i osadnictwa, oraz na ogłaszanie wyników tych prac;
- c) na udzielanie zapomóg pozostającym na terytorium Rzeczypospolitej rodzinom emigrantów w wypadkach, zasługujących na szczególne uwzględnienie;

²⁷ Precyzował to art. 16 rozporządzenia, który stanowił: „Do zakresu działania Państwowej Rady Emigracyjnej należy: 1) wydawanie opinii w sprawach poddanych pod jej obrady przez Ministra Pracy i Opieki Społecznej, a dotyczących: a) polityki emigracyjnej, reemigracyjnej i imigracyjnej, b) projektów ustawodawczych w powyższych sprawach, c) projektów konwencji międzynarodowych w sprawach emigracji, reemigracji i imigracji, d) udzielania koncesyj na przewóz emigrantów; 2) przedstawianie Ministrowi wniosków i uwag w przedmiocie ustawodawstwa, polityki i opieki emigracyjnej, reemigracyjnej i imigracyjnej”.

²⁸ Ibidem, art. 33.

- d) na urządzenie stacji granicznych;
- e) na fundusz Ministerstwa Spraw Zagranicznych, przeznaczony na utrzymanie specjalnego personelu kontraktowego, pracującego na placówkach zagranicznych w sprawach emigracyjnych;
- f) na urządzenie w krajach osiedlenia szkół, burs, czytelni i domów ludowych dla emigrantów, organizowanie odczytów i widowisk o charakterze kulturalnym i społecznym;
- g) na pokrywanie kosztów nauczania i utrzymania na terytorjum Rzeczypospolitej dzieci emigrantów, w wypadkach zasługujących na szczególne uwzględnienie;
- h) na udzielanie zasiłków instytucjom społeczno-kulturalnym i filantropijnym, mającym za zadanie roztaczanie opieki nad emigrantami.

O użyciu środków przeznaczonych na ww. cele miała decydować pięcioosobowa komisja składająca się z dyrektora Urzędu Emigracyjnego jako jej przewodniczącego, trzech reprezentantów ministerstw (Spraw Zagranicznych, Skarbu, Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego) oraz urzędnika Urzędu Emigracyjnego, zajmującego się sprawami kredytu na cele opieki nad emigrantami. Szczegółowe zasady funkcjonowania komisji określił Minister Pracy i Opieki Społecznej w regulaminie z czerwca 1928 r.²⁹

Regulacje prawne dotyczące szeroko rozumianej emigracji, wprowadzone pod koniec 1927 r., oprócz zmian w strukturze aparatu administracyjnego zajmującego się tym obszarem działalności, usiłowały przyznać państwu większą rolę w kształtowaniu aktywnej polityki emigracyjnej. Podstawowym jej narzędziem miało być ograniczenie swobody wychodźstwa uzasadniane potrzebą chronienia interesów potencjalnych emigrantów. Stąd Minister Opieki Społecznej otrzymał prawo wstrzymania emigracji, częściowo lub całkowicie, do państw, w których zagrożone byłoby życie, wolność i mienie emigrantów³⁰. Innym elementem reglamentacyjnej polityki państwa było ustanowienie paszportu emigracyjnego wydawanego przez władze emigracyjne. Skuteczne ubieganie się o ten dokument uzależnione było od spełnienia kilku warunków. W przypadku emigracji do krajów europejskich oczekiwano posiadania przez zainteresowanych umowy o pracę lub zaproszenia ze strony rodziny oraz zezwolenia odpowiednich organów państwa docelowego na pobyt w charakterze imigranta. W przypadku pozostałych krajów, określanych mianem zamorskich, warunkiem uzyskania paszportu emigracyjnego było posiadanie zaproszenia od rodziny oraz dysponowanie kwotą pieniężną pozwalającą na samodzielne utrzymanie się przez pewien okres czasu. Niektóre kategorie osób nie miały prawa ubiegania się o uzyskanie takiego dokumentu³¹.

²⁹ Regulamin postępowania i prac komisji do spraw podziału i użycia kredytu państwowego, przeznaczonego na cele opieki nad emigrantami (M.P. z 1928 r., nr 141, poz. 244).

³⁰ Jak wcześniej zaznaczono, z możliwości tej skorzystano dwukrotnie.

³¹ Prawa tego odmówiono – co zaznaczono wcześniej – kobietom do lat 21 i mężczyznom do lat 18 pragnącym wyjechać samotnie (art. 5 rozporządzenia Prezydenta z 1927 r.), a ponadto osobom niezdolnym do samodzielnego utrzymania się oraz osobom, którym państwa imigracyjne odmówiły prawa wjazdu (art. 6).

Elementem aktywnej emigracyjnej polityki państwa, oprócz działań, które określić można jako *ad personam*, były środki prawne i propagandowe. W prawie karnym wprowadzono sankcje związane z prowadzeniem nielegalnej agitacji emigracyjnej i nielegalnego werbunku emigracyjnego. Penalizacja takich zachowań została w omawianym rozporządzeniu dokonana przepisami rozdziału VIII, zatytułowanego „Postanowienia karne”. Składał się on z 15 artykułów precyzujących rodzaj zachowań zabronionych oraz grożące za nie sankcje. Sprawcy byli zagrożeni karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 2 lat oraz grzywną do 5000 zł.

Drugim elementem systemowej działalności państwa zmierzającej do ograniczenia emigracji były regulacje adresowane do przedsiębiorstw zajmujących się transportem emigrantów. Wymagania i ograniczenia zostały skatalogowane w omawianym rozporządzeniu w rozdziale zatytułowanym „O przedsiębiorstwach trudniących się przewozem emigrantów”. Generalnie oczekiwano od nich zapewnienia emigrantom odpowiednich warunków higieny i bezpieczeństwa. Przedsiębiorstwa spełniające te warunki mogły ubiegać się o niezbędną dla prowadzenia takiej działalności koncesję, wydawaną według swobodnego uznania przez Ministra Pracy i Opieki Społecznej oraz Ministra Przemysłu i Handlu na wniosek Urzędu Emigracyjnego.

Światowy kryzys gospodarczy w pierwszej połowie lat 30. doprowadził rzesze ludzi nie tylko do poszukiwania pracy, ale również środków zapewniających egzystencję. Państwa, zmuszone do zmian prowadzonej polityki migracyjnej, z reguły znosiły lub niwelowały obowiązujące w tym zakresie ograniczenia. W Polsce taka zasadnicza korekta została dokonana w czerwcu 1932 r., kiedy Prezydent wydał rozporządzenie, mocą którego została *de facto* zniesiona wyodrębniona administracja zajmująca się sprawami emigracji³². Zlikwidowano wówczas podstawową instytucję właściwą w tym zakresie – Urząd Emigracyjny, a wraz z nim jego struktury terenowe w postaci ekspozytur i etapów emigracyjnych. Zlikwidowano też Państwową Radę Emigracyjną oraz komisję ds. podziału i użycia kredytu państwowego na cele opieki nad emigrantami.

Podstawowym organem, który przejął powinności likwidowanych struktur, został Minister Pracy i Opieki Społecznej. Ponadto część kompetencji otrzymał Minister Spraw Zagranicznych oraz wojewódzkie i powiatowe władze administracji ogólnej. Bardzo lakoniczne określenie podziału zadań wymagało doprecyzowania, co zostało dokonane w rozporządzeniu z czerwca 1932 r.³³ Ustalono w § 1, że właściwość Ministra Pracy i Opieki Społecznej jako organu centralnego obejmie:

- a) regulowanie ruchu emigracyjnego i reemigracyjnego;
- b) sprawy kontyngentów dla emigracji i osadnictwa i ich repartycji terytorjalnej;

³² Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 21 czerwca 1932 r. o przekazaniu zakresu działania w sprawach emigracyjnych Ministrowi Spraw Zagranicznych i o zniesieniu Urzędu Emigracyjnego (Dz.U. RP nr 52, poz. 492).

³³ Rozporządzenie Ministra Pracy i Opieki Społecznej z dnia 28 czerwca 1932 r. w porozumieniu z Ministrami Spraw Zagranicznych i Spraw Wewnętrznych o właściwości władz w zakresie spraw emigracyjnych w kraju (Dz.U. RP nr 55, poz. 541).

c) przygotowywanie i opinjowanie konwencji i układów międzynarodowych, jako też udział w konferencjach i kongresach międzynarodowych w zakresie spraw emigracyjnych, wymienionych w art. 1 ust. 2 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 21 czerwca 1932 r. w porozumieniu z Ministrem Spraw Zagranicznych;

d) wydawanie zezwoleń na najmowanie robotników i angażowanie osadników na wyjazd za granicę oraz sprawy nadzoru nad najmowaniem i angażowaniem;

e) sprawy organizacji lądowych i morskich transportów emigracyjnych i reemigracyjnych oraz wyznaczanie kierunku przejazdu emigrantów i reemigrantów;

f) wydawanie koncesyj przedsiębiorstwom na przewóz emigrantów, jako też wydawanie zezwoleń na przewóz emigrantów przez przedsiębiorstwa niekoncesjonowane;

g) normowanie i organizowanie opieki nad emigrantami i reemigrantami i ich rodzinami w kraju i w czasie transportu;

h) normowanie warunków działalności przedsiębiorstw, trudniących się werbunkiem, selekcją, kontraktowaniem i wysyłką emigrantów do krajów zamorskich i kontynentalnych oraz sprawy nadzoru nad tą działalnością,

i) organizacja służby informacyjnej dla migrantów i nadzór nad działalnością informacyjną w zakresie spraw emigracyjnych;

j) wydawanie zezwoleń na trudnienie się udzielaniem wiadomości o stosunkach w państwach obcych pod względem koniunktury emigracyjnej i osadniczej, udzielaniem porad w sprawach przesiedlania się za granicę w celach emigracyjnych i osadniczych oraz ułatwianiem wyjazdów w tychże celach;

k) normowanie i organizacja przeciwdziałania niedozwolonej agitacji wychodźczej i niedozwolonemu werbunkowi emigrantów, wykrywanie i ściganie przestępstw emigracyjnych w tychże sprawach, jako też popieranie przed sądami oskarżeń o przestępstwa z art. 58–65 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 października 1927 r. o emigracji;

l) normowanie i organizacja zastępstwa emigrantów w sprawach o roszczenia majątkowe emigrantów do towarzystw przewozowych z mocy umów przewozowych;

m) sprawy nadzoru nad krajowymi instytucjami zajmującymi się sprawami emigracyjnymi; o ile sprawy te dotyczą działalności tych instytucyj na terenie zagranicy, Minister Pracy i Opieki Społecznej załatwia je w porozumieniu z Ministrem Spraw Zagranicznych;

n) prowadzenie, w porozumieniu z Głównym Urzędem Statystycznym, statystyki ruchu emigracyjnego, reemigracyjnego i imigracyjnego;

o) sprawy tranzytu emigrantów państw, innych przez terytorjum Polski;

p) ostateczne rozstrzygnięcie odwołań od orzeczeń i zarządzeń, wydawanych w pierwszej instancji przez wojewodów (Komisarza Rządu m. st. Warszawy) w zakresie § 2 niniejszego rozporządzenia;

r) likwidacja Urzędu Emigracyjnego.

W województwie sprawy emigracyjne powierzono wojewodzie, którego obowiązki obejmowały generalnie podejmowanie decyzji w sprawach indywidualnych osób ubiegających się o wyjazd oraz sprawowanie nadzoru nad przedsiębiorstwami zajmującymi się transportem emigrantów. Był on też zobowiązany do dochodzenia czynów uznanych za przestępstwa w rozporządzeniu Prezydenta z 1927 r. oraz przyjmowania doniesień i skarg w sprawach nielegalnego werbunku, agitacji i pośrednictwa emigracyjnego³⁴. Ponieważ wcześniej sprawy te były poza kompetencjami wojewodów otrzymali oni prawo zatrudnienia urzędników do ich załatwiania, przy czym pierwszeństwo w tym zakresie przyznano województwom, w których usytuowane były ekspozytury Urzędu Emigracyjnego.

W powiatach sprawami emigracyjnymi i emigrantów miały zajmować się władze administracji ogólnej, których kompetencje dotyczyły głównie sprawowania bezpośredniej opieki nad emigrantami i reemigrantami. Urzędnicy obowiązani też byli do opracowania danych statystycznych dotyczących tych grup oraz załatwiania spraw zleczanych przez Ministra Pracy i Opieki Społecznej³⁵. Również na tym szczeblu dopuszczono możliwość wyznaczenia do tych spraw specjalnych urzędników,

³⁴ Pełny katalog tych powinności obejmował: a) nadzór nad najmowaniem robotników i angażowaniem osadników na wyjazd za granicę; b) załatwianie spraw, związanych z uzyskaniem paszportów emigracyjnych; c) ostateczne rozstrzyganie odwołań od orzeczeń wydanych w zakresie § 3 przez powiatowe władze administracji ogólnej, a w Województwie Śląskiem przez komunalne urzędy pośrednictwa pracy; d) kontrola przedsiębiorstw, trudniących się przewozem emigrantów oraz rozstrzyganie spraw wynikających z umów przewozowych, zawartych przez emigrantów z przedsiębiorstwami przewozowymi; e) wydawanie zaświadczeń, upoważniających reemigrantów do przejazdu polskimi kolejami państwowymi na rachunek Ministerstwa Pracy i Opieki Społecznej w myśl istniejących w tym zakresie przepisów taryfowych; f) nadzór nad sposobem informowania migrantów przez powiatowe władze administracji ogólnej, a w Województwie Śląskiem komunalne urzędy pośrednictwa pracy, ponadto przez właściwe instytucje zastępcze Funduszu Bezrobocia i organizacje społeczne, jako też przedkładanie Ministerstwu Pracy i Opieki Społecznej wniosków w sprawie udzielania zezwoleń, przewidzianych art. 8 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 października 1927 r. o emigracji; g) ściganie przestępstw, przewidzianych w art. 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64 i 65 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 października 1927 r. o emigracji, przyjmowanie doniesień i skarg w sprawach nielegalnego werbunku, agitacji i pośrednictwa emigracyjnego, przeprowadzanie dochodzeń w myśl art. 68 tegoż rozporządzenia, kierowanie spraw do władz sądowych lub powiatowych władz administracji ogólnej jako też popieranie przed sądami oskarżeń o powyższe przestępstwa; h) likwidacja czynności Ekspozytur Urzędu Emigracyjnego; i) sprawy emigracyjne, zlecone osobnymi zarządzeniami Ministra Pracy i Opieki Społecznej. Ibidem, § 3.

³⁵ Pełny katalog tych powinności obejmował: a) ustalanie prawa osób, wyjeżdżających za granicę w celach emigracyjnych, do uzyskania bezpłatnego paszportu; b) pośredniczenie w udzielaniu emigrantom zaliczek na podróż i pomoc przy wymianie pieniędzy; c) sprawowanie opieki nad emigrantami i reemigrantami; d) zbieranie i zestawianie danych statystycznych, dotyczących emigracji, reemigracji i imigracji; e) angażowanie osadników, przeprowadzanie zaciągu i kontraktowanie robotników na wyjazd za granicę; f) nadzór nad organizacją transportów z emigrantami do punktów zbornych oraz wydawanie emigrantom i reemigrantom zaświadczeń do korzystania z ulg taryfowych na polskich kolejach państwowych; g) udzielanie informacji o krajowych i zagranicznych stosunkach zarobkowych i dostarczanie emigrantom wiadomości potrzebnych dla uniknięcia strat materialnych i moralnych, oraz dla uniknięcia wyzysku w czasie podróży i pobytu za granicą; h) załatwianie spraw emigracyjnych, zleczonych osobnymi zarządzeniami Ministra Opieki Społecznej – ibidem, § 3.

z zastrzeżeniem, że powinni oni pozostawać na etatach Ministerstwa Pracy i Opieki Społecznej.

Umiejscowione terytorialnie zadania otrzymał Radca ds. Emigracyjnych przy Komisarzu Generalnym RP w Gdańsku. Obejmowały one przede wszystkim sprawowanie nadzoru nad ruchem emigracyjnym z Polski i reemigracyjnym do Polski przez terytorium Wolnego Miasta Gdańsk oraz sprawowanie opieki nad emigrantami i reemigrantami przebywającymi na terenie tego miasta. Był również zobowiązany do załatwiania spraw zleczanych przez Ministra Pracy i Opieki Społecznej³⁶.

Przebudowa aparatu państwowego właściwego w sprawach migracyjnych, dokonana w warunkach kryzysu gospodarczego w 1932 r., była po części wymuszona, niemniej stanowiła swego rodzaju konieczność, którą okoliczności tylko przyspieszyły. Okres tużpowojenny, a szczególnie repatriacja wymagały bowiem bezpośredniego udziału państwa realizowanego przy pomocy wyspecjalizowanych struktur, dość rozbudowanych a przez to i kosztownych. Uporanie się z tym trudnym, drażliwym problemem – mającym również kontekst polityczny – sprawiło, że późniejsze migracje były powodowane głównie czynnikami ekonomicznymi, w tym następstwami wielkiego kryzysu gospodarczego. Nakładało to na państwo skromniejsze powinności, powodujące redukcję wyspecjalizowanego aparatu administracyjnego, którego zadania przejął na szczeblu centralnym Minister Pracy i Opieki Społecznej, a na szczeblu terytorialnym administracja ogólna. Był to czytelny sygnał postrzegania migracji jako naturalnych zachowań społecznych, zdejmujących w związku z tym z państwa zadania szczególne. Stąd zrekonstruowany w 1932 r. system organów państwa, na których spoczywały powinności związane z migracjami ludności, oparto na administracji ogólnej.

Summary

Structure, tasks and legal grounds for the state apparatus of the Second Republic for the repatriation, re-emigration and immigration

Key words: repatriation, re-emigration, immigration, the Second Polish Republic, the organs of authorities.

Poland after the restoration of statehood in 1918, had to solve the problem of millions of Poles outside its borders. They returned to the country in the repatriation and re-emigration. For this purpose, specialized bodies of public authority were set up. In time, another problem of migration has become emigration. Also in connection with the created state administrative apparatus and the basic principles relating to immigration have been normalized on the basis of statutory law.

³⁶ Ibidem, § 4.

Jarosław Moszczyński*

Katarzyna Julia Furman**

* Katedra Kryminalistyki i Medycyny Sądowej
Wydział Prawa i Administracji UWM

** Klinika Prawa Uniwersytetu Warszawskiego

Aktywne metody prowadzenia zajęć z kryminalistyki na przykładzie warsztatów poświęconych badaniom dokumentów. Wybrane zagadnienia

Wprowadzenie

Metodyka prowadzenia zajęć z kryminalistyki nie jest tematem często poruszonym. W obliczu wzrostu zainteresowania tym przedmiotem, jaki dostrzec można w ostatnich latach wśród studentów (także studiów podyplomowych), chcielibyśmy podpowiedzieć kilka praktycznych rozwiązań do wykorzystania zarówno w pracy dydaktycznej nauczyciela przedmiotu, jak i organizatorów różnego rodzaju kursów i szkoleń.

Stwierdzić należy, iż obecnie na niezbyt wielu uczelniach zajęcia z kryminalistyki prowadzone są z wykorzystaniem aktywnych metod nauczania (jako pozytywny przykład wskazać można Uniwersytet Warszawski oraz Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie). Doświadczenie opisane w niniejszym artykule płynie z pracy ze studentami studiów pierwszego i drugiego stopnia, jak też studiów podyplomowych, warsztatów, szkoleń oraz spotkań tematycznych w Polsce i za granicą. Za przykład posłużyły zajęcia poświęcone badaniom dokumentów, ważne z uwagi na wymierne efekty, polegające na skuteczniejszym zwalczaniu procederu obrotu sfalszowanymi dokumentami.

Należy zauważyć, iż jedną z istotnych okoliczności sprzyjających fałszerstwom dokumentów jest niski poziom wiedzy społecznej o możliwościach weryfikacji ich autentyczności. Konstatacja ta dotyczy niestety także tych grup zawodowych, które mają do czynienia z dokumentami i są odpowiedzialne za ich kontrolę. Zasygnalizowany problem jest często podnoszony podczas sympozjów kryminalistycznych po-

święconych badaniom dokumentów¹. O alarmującym niedostatku wiedzy urzędników oraz funkcjonariuszy Policji na temat zabezpieczeń i weryfikacji autentyczności dokumentów publicznych świadczą także przeprowadzone badania ankietowe². Niski jest również poziom wiedzy z zakresu kryminalistyki ogólnej wśród przedstawicieli organów ścigania i innych zawodów prawniczych, czego skutki obserwujemy m.in. w prowadzonych postępowaniach karnych, kończących się często ich umorzeniem lub uniewinnieniem oskarżonych ze względu na nieumiejętne gromadzenie dowodów. Posiadanie ugruntowanej wiedzy z dziedziny kryminalistyki będzie w najbliższym czasie jeszcze bardziej pożądaną i poszukiwaną wśród prawników. W obliczu zmian w procedurze karnej i skierowanie procesu ku pełnej kontrydiktoryjności wydaje się, iż wiedza w dziedzinie kryminalistyki i prawa dowodowego będzie wprost nieodzowna dla prawidłowego wykonywania przez prawników ich ról procesowych. Odnosząc stan obecnej wiedzy absolwentów studiów prawniczych do przedmiotowego zagadnienia, stwierdzić należy, iż jest ona często niewystarczająca.

Aktywne metody nauczania w edukacji osób dorosłych

Niewątpliwie wprowadzenie aktywnych metod nauczania przyczynia się do większego skupienia uwagi studentów podczas zajęć, a atrakcyjna forma przekazu angażująca wszystkich uczestników wpływa pozytywnie na proces zapamiętywania przekazywanych treści.

W związku ze wzrostem zainteresowania zajęciami z kryminalistyki warto rozważyć prowadzenie zajęć najbardziej efektywnych dla słuchaczy. Tradycyjne formy

¹ Dobrym tego przykładem jest fragment wstępu autorstwa prof. H. Kołeckiego w materiałach pokonferencyjnych: „W pełni podzielam opinię ekspertów Wydziału Badań Dokumentów i Technik Audiowizualnych Centralnego Laboratorium Kryminalistycznego KGP – M. Borowskiego i H. Deptuły – mających wgląd w nasilenie i sposoby fałszerstw dokumentów w całym kraju, wyrażona w ostatnich akapitach ich opracowania rozpoczynającego niniejszy tomik: »Na poznańskich sympozjach wielokrotnie była mowa o konieczności podniesienia poziomu wiedzy i umiejętności urzędników (a szerzej społeczeństwa) w zakresie weryfikacji autentyczności dokumentów. Przykład dokumentów wytwarzanych w ujawnionym [w 2006 r. – red.] ośrodku fałszerskim wydaje się potwierdzać konieczność rozpoczęcia akcji mającej na celu nie tylko szkolenie w rozpoznawaniu autentyczności dokumentów, ale również podniesienie świadomości społecznej o konieczności kontrolowania autentyczności dokumentów. Z praktyki CLK wynika, że w społeczeństwie polskim wiedza na temat potrzeby zabezpieczania dokumentów przed fałszerstwami oraz wiedza o sposobach ich weryfikacji jest znikoma«” – H. Kołecki (red.), *Technicznokryminalistyczne badania autentyczności dokumentów publicznych. Materiały 6. Konferencji*, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2009, s. 11.

² Np.: J. Moszczyński, *Poziom wiedzy (niewiedzy) o technicznych zabezpieczeniach dokumentów*, [w:] H. Kołecki (red.), *Technicznokryminalistyczne badania autentyczności dokumentów publicznych. Materiały 7. Konferencji*, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2011; L. Koźmiński, *Wiedza i świadomość urzędników oraz funkcjonariuszy Policji w obszarze znajomości zabezpieczeń i weryfikacji autentyczności dokumentów publicznych*, [w:] H. Kołecki (red.), *Technicznokryminalistyczne badania autentyczności dokumentów publicznych. Materiały 8. Konferencji*, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2012, s. 133–145.

przekazywania wiedzy³, opisane zarówno w literaturze pedagogicznej, jak i opracowaniach poświęconych zagadnieniom organizacji studiów wyższych, nie zawsze powinny być jedynymi formami pracy ze słuchaczami. Istotne jest bowiem ich dostosowanie zarówno do odbiorców zajęć, jak i do przekazywanych treści. Stwierdzić można, iż przedmiot, któremu – prócz wykładu oraz samodzielnej lektury zadanych materiałów – towarzyszyć będą zajęcia praktyczne, będzie dla studentów atrakcyjniejszy.

Aktywne metody nauczania⁴ – m.in. symulacje⁵, *brainstorming*, analiza SWOT⁶ – coraz częściej wykorzystywane są z powodzeniem w trakcie regularnych zajęć na wyższych uczelniach, szkoleniach, kursach oraz treningach. Ogromny nacisk na aktywne metody nauczania kładzie się zarówno w Polsce, jak i na świecie w uniwersyteckich poradniach prawnych (ang. *legal clinics*), w których studenci udzielają pomocy prawnej osobom niezamożnym oraz uzupełniają wiedzę z zakresu praktycznego zastosowania przepisów prawa.

W literaturze poświęconej edukacji klinicznej studentów wiele miejsca zajmuje metodologia prowadzenia zajęć w oparciu o aktywne metody, angażujące wszystkich uczestników zajęć⁷. Waler edukacyjny wspomnianych wyżej metod odgrywa istotną rolę w przekazywaniu treści wykładanych przedmiotów. Symulacje polegają na odwzorowaniu rzeczywistych działań podejmowanych podczas konkretnych sytuacji w oparciu o przygotowany przez prowadzącego materiał edukacyjny (np. stan faktyczny). *Brainstorming* to burza mózgów, w trakcie której uczestnicy zajęć w sposób twórczy podejść muszą do zaproponowanego przez prowadzącego zagadnienia – postawionego w formie problemu. Analiza SWOT przewiduje omówienie konkretnego zagadnienia poprzez wskazanie jego silnych i słabych stron oraz szans i zagrożeń, jakie mu towarzyszą.

Opisane w literaturze przedmiotu metody wykorzystać można na potrzeby zajęć z kryminalistyki, np. podczas prowadzenia symulacji oględzin miejsc zdarzeń oraz ich rekonstrukcji, warsztatów z ujawniania i zabezpieczania śladów, podstaw różnego rodzaju identyfikacji, wykonywania portretu pamięciowego (przy wykorzystaniu odpowiednich programów komputerowych). *Brainstorming* może być wykorzystany przy omawianiu stanów faktycznych głośnych spraw historycznych, podczas rozważań nt. prawidłowości przeprowadzonych czynności przez ówczesnych funkcjonariuszy organów ścigania i podejmowania zagadnień związanych z takimi działaniami kryminalistyki, jak strategia kryminalistyczna oraz taktyka.

Nie można również zapominać o takich formach edukacyjnych, jak: dyskusja, analiza przypadków, debaty, praca z podziałem na grupy. Wszystkie one nie tylko

³ O tradycyjnych metodach nauczania i uczenia się zob. J. Starościak, *Problemy dydaktyczne studiów zaocznych (Na przykładzie wybranych kierunków nauczycielskich)*, PZWS, Warszawa 1963, s. 107 i n. Choć opracowanie i rozważania w nim zawarte mają obecnie głównie charakter historyczny, część spostrzeżeń poświęcona metodom pracowania z grupą pozostaje aktualna.

⁴ Na temat metod nauczania zob.: K. Kruszewski, *Metody nauczania*, [w:] idem (red.), *Sztuka nauczania*, t. I: *Czynności nauczyciela*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008, wyd. 7, s. 186 i n.

czynią zajęcia bardziej atrakcyjnymi, ale przede wszystkim przekładają się na bardziej efektywny odbiór przez studentów, niejednokrotnie przyczyniając się do zwiększenia wydajności uczestników zajęć, jak również wzmocnienia rezultatu edukacyjnego.

Zajęcia z zakresu kryminalistycznych badań dokumentów

Program zajęć z zakresu badań dokumentów obejmować może rozpoznawanie technicznych zabezpieczeń wybranych dokumentów (banknoty, dowody osobiste, paszporty, legitymacje, prawa jazdy, dowody rejestracyjne i inne) oraz podstawy badania pisma ręcznego (cechy pisma ręcznego, podstawy identyfikacji, metody fałszowania podpisów i ich charakterystyka, zasady pobierania materiału porównawczego). Zajęcia powinny być prowadzone zarówno w formie wykładu, jak i ćwiczeń. Ważnym elementem jest wykorzystywanie specjalistycznego sprzętu do badań technicznych dokumentów (np. firm: Foster and Freeman, Projectina, Regula, TOP ARH), katalogów multimedialnych, materiałów poglądowych, w szczególności Polskiej Wytwórni Papierów Wartościowych.

Należy podkreślić, iż proponowane warsztaty ze względu na ramy czasowe (towarzyszące zwykle zajęciom uniwersyteckim) i tylko podstawowe instrumentarium nie pretendują w żadnym stopniu do miana szkoleń eksperckich (zdobycie uprawnień eksperta w zakresie badań dokumentów trwa kilka lat), a jedynie pozwalają ich uczestnikom na poznanie teoretycznych i praktycznych podstaw tego rodzaju badań. Zapewnienie choćby skromnego zaplecza technicznego jest niezbędne, by proponowane zajęcia odbyły się na odpowiednim poziomie i w jakości zadowalającej odbiorców oferty edukacyjnej.

Scenariusz zajęć z wykorzystaniem aktywnych metod pracy z grupą

Poniżej przedstawiamy scenariusz zajęć dwóch bloków tematycznych: „Badanie pisma ręcznego” oraz „Badanie zabezpieczeń dokumentów”. W obu blokach

⁵ Na temat metodologii prowadzenia symulacji (w danym przypadku symulacji postępowań sądowych) zob. Ł. Bojarski, B. Namysłowska-Gabrysiak, *Symulacja rozpraw sądowych jako metoda edukacyjna. Materiały do przygotowania i przeprowadzenia symulacji*, FUPP, Warszawa 2008, s. 28 i n., [online] <www.fupp.org.pl/down/symulacja.pdf>.

⁶ Pełne omówienie aktywnych metod nauczania zob. [online] <www.ceo.org.pl/sites/default/files/news-files/przegląd_aktywnych_metod_nauczania.pdf>. Autorzy poradnika adresują go do prowadzących zajęcia w szkołach podstawowych, jego treści są jednak uniwersalne dla wszystkich osób przekazujących wiedzę i pracujących z grupami odbiorców.

⁷ M. Klauze, *Aktywne metody nauczania w klinikach prawa*, „Edukacja Prawnicza” październik 2011, nr 7(127), a także eadem, *Active methods of teaching legal ethics*, [w:] M. Król (red.), *Professional legal ethics – in theory and case studies*, C.H. Beck, Warszawa 2013.

zajęcia wymagające aktywnego udziału uczestników poprzedzone są wprowadzeniem teoretycznym, którego zakres również przybliżamy.

I. Badania pisma ręcznego

1. Zajęcia teoretyczne

Wykład obejmuje następujące tematy:

- Pojęcie dokumentu i rodzaje dokumentów⁸.
- Fałszerstwa dokumentów a prawo⁹.
- Cechy identyfikacyjne pisma ręcznego (syntetyczne, topograficzne, konstrukcyjne, mierzalne, motoryczne)¹⁰.
- Badania identyfikacyjne pisma ręcznego¹¹.
- Metody fałszerstw podpisów¹²:
 - naśladownictwo (wzrokowe, z pamięci, wyuczone),
 - podpisy kreowane,
 - autofałszerstwo,
 - odwzorowanie (podświetlona szyba, kalka, suchy relief),
 - kopiowanie (kserokopiarki, skanery).
- Materiał porównawczy do badań pismoznawczych¹³:
 - rodzaje materiału porównawczego,
 - zasady pobierania materiału porównawczego.

⁸ M. Goc, *Badania dokumentów*, [w:] E. Gruza., M. Goc, J. Moszczyński, *Kryminalistyka – czyli rzecz o metodach śledczych*, Łośgraf, Warszawa 2011, s. 360–410.

⁹ J. W. Wójcik, *Fałszerstwa dokumentów publicznych. Poradnik praktyczny*, TWIGGER, Warszawa 2005; A. Nowak, T. Malczyk, R. Nestorowicz, *Zwalczanie fałszerstw pieniędzy*, Wyd. WSPol., Szczytno 2010; D. Jagiełło, *Przestępstwa przeciwko dokumentom w polskim prawie karnym*, EISet, Olsztyn 2013.

¹⁰ A. Koziczak *Metody pomiarowe w badaniach pismoznawczych*, Instytut Ekspertyz Sądowych, Kraków 1997, s. 37–48.

¹¹ Z. Czeczot, *Badania identyfikacyjne pisma ręcznego*, Zakład Kryminalistyki KG MO, Warszawa 1971; T. Widła, *Ekspertyza pismoznawcza jako dowód naukowy*, [w:] J. Błachut, M. Szewczyk, J. Wójcikiewicz (red.), *Nauka wobec przestępczości*, Instytut Ekspertyz Sądowych, Kraków 2001, s. 99–105; M. Leśniak, *Wartość dowodowa opinii pismoznawczej*, B.S. „TRAINING”, Pińczów 2012; T. Tomaszewski, *Dowód z opinii biegłego w procesie karnym*, Instytut Ekspertyz Sądowych, Kraków 2000.

¹² M. Goc, *Badania podpisów w kryminalistycznej ekspertyzie pismoznawczej – wybrane zagadnienia metodyczne*, „Problemy Kryminalistyki” 2009, nr 263, s. 19–27; J. Moszczyński, M. Goc, *Podpisy podrobione metodą odwzorowania*, „Problemy Kryminalistyki” 2010, nr 270, s. 49–57; C. Mikołajczuk, *Naśladownictwo podpisów w kryminalistycznych badaniach dokumentów*, „Zeszyty Metodyczne” 1996, nr 12, s. 53–92.

¹³ A. Łuszczuk, *Pobieranie materiału porównawczego do badań pisma ręcznego – uwarunkowania teoretyczne, propozycja nowych testów*, „Problemy Kryminalistyki” 2004, nr 245, s. 70–75.

2. Zajęcia praktyczne

Ćwiczenie nr 1

Ćwiczenie przybliży studentom cechy topograficzne pisma oraz wykazuje, że są one cechami nawykowymi. Do jego przeprowadzenia potrzebujemy nieliniowanych kartek papieru formatu A4 oraz fikcyjnego pisma urzędowego zawierającego takie elementy, jak: określenie miejscowości, daty, osoby nadawcy, osoby adresata, tytuł, treść na 5–10 wierszy oraz podpis.

Prowadzący zajęcia dyktuje studentom krótkie pismo urzędowe. Następnie zbiera zapisane przez uczestników kartki i przechowuje je do następnych zajęć. Po upływie np. tygodnia ponownie dyktuje treść tego samego pisma, po czym następuje rozdanie kartek z poprzednich zajęć.

Zadaniem studentów jest porównanie cech topograficznych na obydwu napisanych przez nich pismach (rozmszczenie poszczególnych bloków pisma względem brzegów kartki papieru i względem siebie, marginesy, kształt wierszy, odstępy między wierszami, wcięcia akapitowe, odstępy między wyrazami).

Ćwiczenie kończy omówienie uzyskanych wyników. Niemal zawsze pisma narysowane przez te same osoby, w nawet długich odstępach czasowych, charakteryzują się wysoką zbieżnością cech topograficznych i wyglądają jak kopie, natomiast cechy topograficzne pism różnych osób zazwyczaj znacznie się różnią. Prawidłowość tą zaobserwować można, jeśli podyktowane pisma zostaną ułożone obok siebie na blatach ławek lub na podłodze – obydwie pisma jednej osoby obok siebie i dalej pisma innych osób.

Ćwiczenie nr 2

Ćwiczenie ma za zadanie zwrócić uwagę studentów na cechy konstrukcyjne pisma, a w szczególności na odmiany znaków graficznych (liter i cyfr).

Prowadzący dyktuje dowolną treść (ok. 10 wierszy), którą uczestnicy zajęć zapisują na nieliniowanych kartkach formatu A4.

Zadaniem studentów jest uważna analiza budowy poszczególnych znaków graficznych swojego pisma (ze względów praktycznych liczbę analizowanych znaków najlepiej ograniczyć je do kilkunastu) i znalezienie odmian wybranych znaków jednobrzmiących (różne konstrukcje tych samych liter i cyfr), które powinni nakreślić w powiększeniu na dodatkowej kartce. Po wykonaniu tego zadania studenci przepisują na tablicy wybrane konstrukcje odmian swoich liter – w jednym wierszu odmiany tej samej litery, np. litery „a”, „b”, „g” itd.

Ćwiczenie zakończone jest omówieniem uzyskanych wyników. Studenci zazwyczaj po raz pierwszy zauważają, że używają odmian znaków graficznych i mają okazję do przyjrzenia się konstrukcjom liter własnego pisma – często znacznie odbiegają one od konstrukcji wzorcowych. Pisząc nie zastanawiamy się nad kształtem poszczególnych liter własnego pisma i zazwyczaj nie pamiętamy ich konstrukcji, ponieważ warstwa graficzna pisma zawiera nawykowo ukształtowane formy.

Ćwiczenie nr 3

Celem ćwiczenia jest wykonanie prostej identyfikacji pisma ręcznego.

Studenci zostają podzieleni na grupy czteroosobowe (liczba osób w grupach może być nieco inna – istotne jest, aby ilość grup była parzysta) i następnie ustala się pary grup. Każda grupa ma do dyspozycji nieliniowaną kartkę formatu A4 i jeden długopis.

Poszczególni studenci z danej grupy kreślą pięciokrotnie w dowolnych miejscach kartki dość długi wyraz, np. „kryminalistyka”, starając się za każdym razem zmienić obraz swojego naturalnego pisma. Po wykonaniu tego zadania pary grup wymieniają się kartkami. Na każdej z nich znajduje się 20 zapisów wyrazu „kryminalistyka”. Należy je kolejno ponumerować od 1 do 20, a następnie spróbować ustalić, które wyrazy zostały nakreślone przez tę samą osobę i rezultat badań identyfikacyjnych przedstawić w postaci czterech pięcioelementowych zbiorów, zapisując np. (1,4,8,12,14); (2,3,15,16,20), itp. Grupy studentów ponownie wymieniają się kartkami i weryfikują poprawność powiązania własnych zapisów (identyfikacji) przez sąsiednią grupę, wskazując na poprawne i błędne ustalenia.

Prowadzący prosi przedstawicieli poszczególnych grup o wskazanie cech analizowanych zapisów, na których oparli identyfikację (łączenie wyrazów w zbiory). Z praktyki wynika, że w dużej mierze ustalenia studentów są poprawne. Ponadto studenci przekonują się, że mimo starań, nie jest łatwo zmienić cechy swojego pisma. Jednocześnie zauważają, iż identyfikacja wykonawcy zapisu nie zawsze jest możliwa.

Ćwiczenie nr 4

Celem ćwiczenia jest wykazanie, jak trudno zmienić własne nawyki pisarskie.

Każdy student dysponuje nieliniowaną kartką formatu A4, którą rozcina na pół. Na jednej połowie kreśli kilkakrotnie swój nieczytelny podpis/ parafę. Następnie odwraca tę kartkę tak, aby nie patrzeć na swoje autografy, i ma za zadanie wymyślić i nakreślić kilka dowolnych podpisów nieczytelnych, które kreśli na drugiej połowie kartki.

Dalej porównywane są podpisy autentyczne danej osoby z podpisami przez nią wymyślonymi. W większości przypadków wymyślone podpisy zawierają wiele cech podpisów autentycznych – są do nich podobne.

Ćwiczenie nr 5

Celem ćwiczenia jest zwrócenie uwagi studentów na cechy podpisów podrabianych metodą naśladownictwa wzrokowego oraz naśladownictwa z pamięci, a także na wartość identyfikacyjną prostych paraf oraz konstrukcyjnie złożonych podpisów. Przed przeprowadzeniem zajęć należy w górnej części nieliniowanej kartki formatu A4 złożyć dwa podpisy – prostą parafę i bardziej złożony konstrukcyjnie podpis nieczytelny. Następnie wykonać kopie kartki z podpisami.

Prowadzący zajęcia rozdaje studentom kartki ze skserowanymi podpisami. Ich zadaniem jest kilkakrotne nakreślenie na otrzymanej kartce obydwu podpisów

w sposób maksymalnie zbliżony do kopii. Później studenci odwracają kartki i po przerwie mają za zadanie nakreślić obydwa podpisy z pamięci.

Prowadzący podsumowuje ćwiczenie, komentując cechy podpisów podrabianych metodą naśladownictwa wzrokowego (wolne tempo kreślenia, zatrzymania środka pisarskiego, nieuzasadnione przerwy biegu linii graficznej, brak cieniowania, duża zgodność konstrukcyjna) oraz naśladownictwa z pamięci (większe tempo kreślenia, bardziej naturalny bieg linii graficznej, mniejsza zgodność konstrukcyjna). Ćwiczenie uczy też, że znacznie łatwiej jest podrobić prostą parafę niż złożony podpis, z czego płyną wnioski praktyczne.

II. Badania zabezpieczeń dokumentów

1. Zajęcia teoretyczne

Wykład obejmuje następujące tematy:

- Rodzaje zabezpieczeń dokumentów (specjalne podłoża, zabezpieczenia w podłożach, techniki druku, farby specjalne, zabezpieczenia w druku, foliogramy, hologramy, zdjęcia, wpisy, podpisy, zabezpieczenia biometryczne i inne)¹⁴.
- Zabezpieczenia wybranych dokumentów (banknoty, dowody osobiste, paszporty, dokumenty samochodowe i inne).
- Budowa i wykorzystanie specjalistycznego urządzenia TOPSCAN MFX¹⁵.

Podczas wykładu wykorzystywane są katalogi multimedialne firmy TOP ARH: *Dokumenty potwierdzające tożsamość. RP oraz Autentyczne i fałszywe znaki pieniężne. Świat*.

2. Zajęcia praktyczne

- Rozpoznawanie zabezpieczeń banknotów metodami organoleptycznymi (np. specjalny papier, znak wodny, nitka zabezpieczająca, retrowers, efekt kątowy, farba zmienna optycznie, druk stalorytniczny, hologram).
- Rozpoznawanie zabezpieczeń banknotów przy użyciu specjalistycznych urządzeń TOPSCAN MFX (np. przewodnictwo elektryczne nitki zabezpieczającej, zabezpieczenie w podczerwieni, mikrodruki, gilosz, farby luminescencyjne).
- Rozpoznawanie zabezpieczeń dowodów osobistych i innych dokumentów metodami organoleptycznymi oraz przy użyciu specjalistycznych urządzeń TOPSCAN MFX (np. specjalne podłoża, nadruki tła, mikrodruki, farby luminescencyjne, grawerowanie laserowe, zdjęcia, podpisy, hologramy, efekt OVI, efekt kineprint).

Do prowadzenia ćwiczeń potrzebne są banknoty, dowody osobiste, paszporty, dokumenty samochodowe i inne oraz specjalistyczne urządzenia do badań zabezpieczeń dokumentów (np. TPOSCAN MFX).

Prowadzący zajęcia demonstruje kolejno sposoby weryfikacji poszczególnych zabezpieczeń, a następnie studenci powtarzają te czynności. Prowadzący sprawdza

¹⁴ H. Kołecki, *Technicznokryminalistyczne badania autentyczności dokumentów publicznych*, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2002.

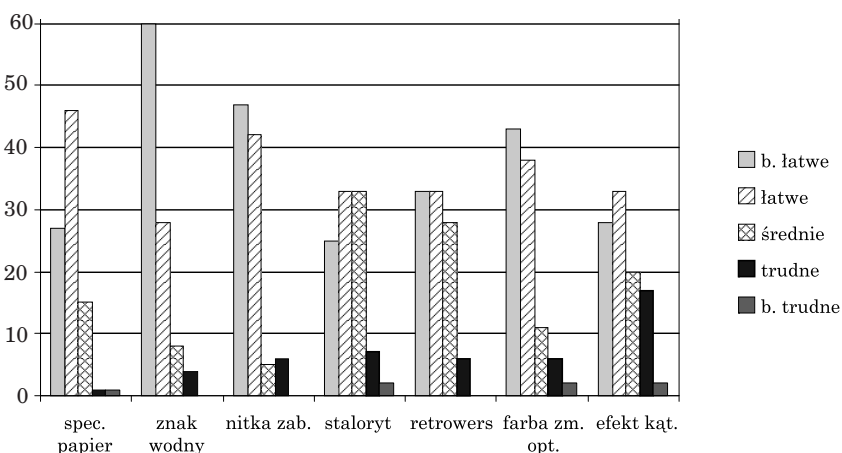
¹⁵ Zob. [online] <www.toparh.com.pl/>.

poprawność ćwiczeń wykonywanych przez studentów. Z praktyki wynika, że opanowanie podstawowych metod badania autentyczności dokumentów nie jest trudne, ale wymaga kilkukrotnego powtórzenia zajęć praktycznych.

W roku akademickim 2012/2013 wśród 70 studentów kończących zajęcia z przedmiotu *kryminalistyczne badania dokumentów* na Uniwersytecie Warmińsko-Mazurskim przeprowadzona została anonimowa ankieta. Poniżej znajduje się krótka analiza odpowiedzi na wybrane pytania/ polecenia, które mają istotne znaczenie dla rozważań.

1. Proszę ocenić łatwość sprawdzenia poszczególnych zabezpieczeń banknotów metodami organoleptycznymi.

Studenci mieli dokonać oceny poziomu łatwości/ trudności weryfikacji następujących rodzajów zabezpieczeń: specjalny papier, znak wodny, nitka zabezpieczająca, druk stalorytniczny, retrowers, farba zmienna optycznie i efekt kątowy w skali: bardzo łatwe, łatwe, średnie, trudne, bardzo trudne. Wyniki oceny studentów przedstawione są na rysunku 1. Najogólniej można stwierdzić, iż weryfikacja tych zabezpieczeń nie sprawiała studentom większych problemów. Jako najtrudniejsze wskazano zabezpieczenie w postaci efektu kątowego.

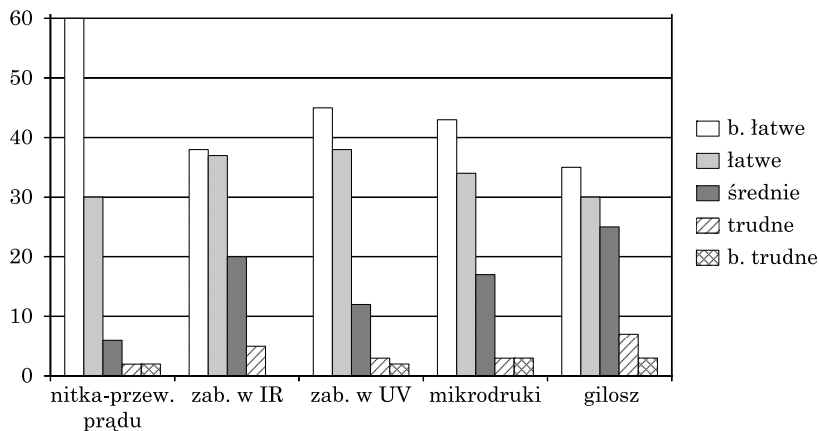


Rys. 1. Ocena łatwości sprawdzania zabezpieczeń banknotów metodami organoleptycznymi

2. Proszę ocenić łatwość sprawdzenia poszczególnych zabezpieczeń banknotów za pomocą urządzenia TOPSCAN MFX.

W przypadku tego polecenia chodziło o ocenę łatwości/ trudności sprawdzenia takich zabezpieczeń, jak: przewodnictwo prądu przez nitkę zabezpieczającą, zabezpieczenie w podczerwieni (IR), zabezpieczenia w ultrafiolecie (UV), mikrodruki i gilosz (skala ocen jak w pierwszym punkcie). Rezultaty oceny prezentuje rysunek 2.

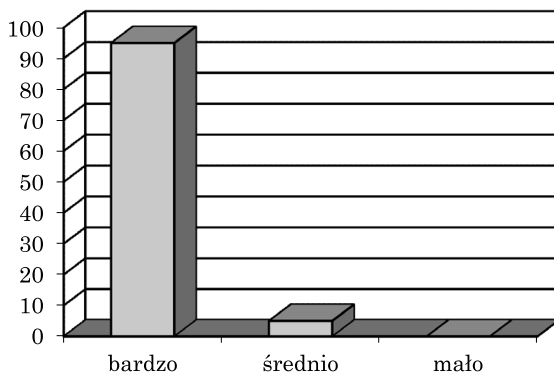
Także weryfikowanie zabezpieczeń za pomocą urządzeń TOPSCAN MFX nie sprawiło studentom trudności. Nasuwa się tutaj jedynie obserwacja dotycząca sprawdzania przewodzenia prądu przez nitkę zabezpieczającą. Choć znakomita większość studentów uznała tę czynność za bardzo łatwą bądź łatwą, to w praktyce mieli dość często problemy z właściwym ustawieniem elektrod urządzenia w stosunku do nitki.



Rys. 2. Ocena łatwości sprawdzania zabezpieczeń banknotów za pomocą urządzenia TOPSCAN

3. Czy zdobytą podczas tych zajęć wiedzę uważa Pani/Pan za przydatną w życiu codziennym?

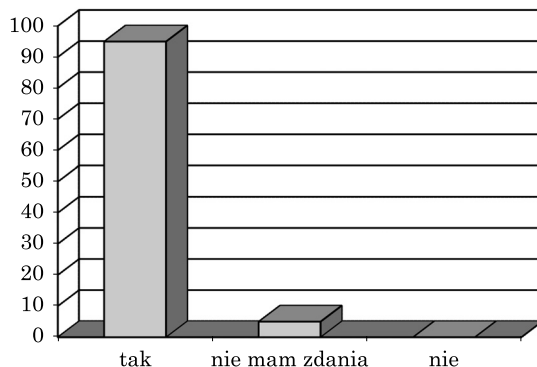
Niemal wszyscy studenci (95%) bardzo wysoko ocenili przydatność wiedzy zdobytej podczas omawianych zajęć (rys. 3).



Rys. 3. Ocena przydatności zajęć w życiu codziennym

4. Czy widzi Pani/Pan potrzebę poszerzenia wiedzy społeczeństwa o zabezpieczeniach dokumentów publicznych?

W tym przypadku także niemal wszyscy ankietowani (95%) widzieli potrzebę upowszechniania wiedzy o zabezpieczeniach dokumentów publicznych (rys. 4).



Rys. 4. Ocena potrzeby poszerzenia wiedzy społeczeństwa o zabezpieczeniach dokumentów publicznych

Należy stwierdzić, że zajęcia z zakresu badań dokumentów są wysoko oceniane przez studentów i cieszą się ich dużym zainteresowaniem. Choć nie pretendują do szkoleń eksperckich i pozwalają jedynie na poznanie podstaw analizy pisma i podpisów oraz weryfikacji autentyczności dokumentów, mają walor praktycznej przydatności zarówno w życiu prywatnym, jak i w przyszłej pracy zawodowej studentów.

Z pewnością można zarekomendować prowadzenie podobnych zajęć w ramach kursów na studiach pierwszego i drugiego stopnia, jak też podyplomowych, szkoleniach i kursach.

Efekty wprowadzenia do zajęć z kryminalistyki aktywnych form nauczania – wnioski

Analizując zaprezentowane powyżej wyniki badań ankietowych, stwierdzić należy, iż istnieje duże zapotrzebowanie na szkolenia z zakresu weryfikacji autentyczności dokumentów. Nabyta podczas zajęć wiedza o dokumentach i umiejętności weryfikacji ich autentyczności wydaje się być przydatna nie tylko w trakcie wykonywania niektórych zawodów, ale także w życiu prywatnym. W związku z tym powinno się znacznie szerzej prowadzić zajęcia z kryminalistyki (zwłaszcza z zakresu badań dokumentów) na wydziałach prawa i administracji, w szkołach policyjnych oraz w ramach różnego rodzaju kursów przygotowujących do pracy w organach ścigania, sądownictwie, administracji, bankach itp.

Wprowadzenie do tych zajęć oraz szkoleń aktywnych metod nauczania pozwoli na szybkie opanowanie praktycznych umiejętności oceny autentyczności dokumentów (dokonanie analizy cech pisma ręcznego i podpisów, sprawdzanie zabezpieczeń), a tym samym przyczynić się może do bardziej wymiernego efektu edukacyjnego, który doceniony będzie przez studentów czy uczestników kursów oraz szkoleń.

Summary

Active teaching methods in forensic science classes – workshops devoted to examination of documents. Selected issues

Key words: documents, handwriting, document security, active teaching methods.

The article presents selected active teaching methods that can be used for the purposes of forensic science classes, devoted to the examination of documents. In addition to the narrower considerations of the issues, the authors concluded in the article also comments of a general nature relating to methods of teaching forensic science. Active methods of conducting classes ensure rapid learning of practical skills enabling to assess the authenticity of documents (analysis of the characteristics of handwriting and signatures, security checks).

Anna Opar

Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa im. Jana Grodka w Sanoku

Wina kombinowana w prawie karnym jako dualizm form winy

Chcąc dokonać względnie treściwego przeglądu pojęcia winy w prawie karnym, należałoby już na wstępie uznać, że ramy niniejszego artykułu czynią ten zamiar niewykonalnym ze względu na ogromny zakres podjętego zagadnienia. Przedsięwzięta charakterystyka będzie zatem ledwie zarysem problemu.

Wina prawna nie jest tożsama z winą według religijnych lub indywidualno-etycznych wyobrażeń o wartościach i sposobie obchodzenia się z nimi, a wszelkie postulaty zmierzające do połączenia tych systemów wartości we współczesnych społeczeństwach pluralistycznych mają małe szanse na urzeczywistnienie¹. Wina jest niewątpliwie jedną z głównych przesłanek odpowiedzialności karnej, choć obowiązujący kodeks karny nie zawiera definicji winy jako takiej. Występuje ona oczywiście w ujęciu konstrukcyjnym w regulacji kodeksowej, chociażby w szczególnej i jednej z kluczowych zasad zawartej w art. 1 § 3 k.k., stanowiącej, iż nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego, jeżeli nie można mu przypisać winy w czasie czynu². Nie podejmując się psychologicznej ani tym bardziej filozoficznej teorii winy, zmierzając jednak do charakterystyki pojęcia winy kombinowanej w prawie karnym, należy dla zachowania jasności odnotować na wstępie kilka ważnych zastrzeżeń.

Zapis art. 42 ust. 1 Konstytucji w zdaniu pierwszym stanowi, iż odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Odnajdując tę samą zasadę w art. 1 § 1 k.k., uznać można, iż jest ona realizacją zasady *nullum crimen sine lege*, a zatem jedynie czyn zawiniony może stanowić przestępstwo i nie popełnia przestępstwa (choć może popełnić czyn zabroniony) ktoś, komu nie można przypisać winy w czasie czynu³.

¹ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 1997, s. 239.

² M. Królikowski, *Zasady odpowiedzialności karnej*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1: *Komentarz do artykułów 1–31*, C.H. Beck, Warszawa 2001, s. 172.

³ P. Kozłowska-Kalisz, *Zasady odpowiedzialności karnej*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 25.

Jak przypomina Kazimierz Buchała, dawne prawo karne zadawało się przedmiotową sprzecznością zachowania się sprawcy z normą sankcjonowaną, zaś strona podmiotowa tego zachowania pozostawała poza zainteresowaniem praktyki i nauki⁴. Małgorzata Król-Bogomilska pisze, iż „rodowód winy kombinowanej sięga czasów Feuerbacha, który zdecydowanie przeciwstawiając się stosowaniu w prawie karnym średniowiecznego *dolus determinata*, proponował wprowadzenie konstrukcji *culpa dolo determinata* służącej opisowi przestępstw polegających na popełnieniu czynu objętego zamiarem sprawcy i na spowodowaniu niezamierzonych przez sprawcę skutków”⁵.

Zauważyć należy, że jednym z podstawowych założeń konstrukcyjnych obowiązującego kodeksu karnego jest odróżnienie strony podmiotowej od winy. Stroną podmiotową stanowi subiektywny element odpowiedzialności karnej i określa stosunek psychiczny sprawcy do przedsiębranego czynu, jaki – z woli ustawodawcy – ma charakteryzować określony typ przestępstwa: „To ustawodawca, w ramach prowadzonej polityki kryminalizacyjnej, decyduje o karalności czynów umyślnych bądź nieumyślnych”⁶.

Drugim ważnym elementem przeprowadzanej tutaj charakterystyki jest przybliżenie konstrukcji winy kombinowanej – a jest ona specyficzna. Zdaniem Łukasza Pohl „osobliwość konstrukcyjna tego rodzaju czynów zabronionych przejawia się w tym, iż stanowią one połączenie czynu już zabronionego, zabronionego pod groźbą kary z mocy obowiązywania normy sankcjonowanej zawartej w innym przepisie prawnokarnym, z jakimś jego ontologicznie i normatywnie wiążalnym następstwem”⁷. Można za Olgą Sitarz powtórzyć sentencję oddającą, czym jest – jak nazywa to autorka – strona podmiotowa mieszana: „Czyn taki zachodzi wtedy, gdy po realizacji wszystkich znamion typu podstawowego powstaje określony w ustawie skutek (przy następstwach materialnych – dodatkowy), z którym związana jest surowsza odpowiedzialność”⁸. Wina mieszana nie może dotyczyć przestępstw kwalifikowanych przez inne znamie niż następstwo⁹. Można przy tej okazji podsumować, że „każde przestępstwo kwalifikowane przez następstwo należy do szerszej kategorii przestępstw kwalifikowanych, czyli takich, których struktura składa się z dwóch rodzajów znamion: znamion typu podstawowego oraz znamion modyfikujących ten typ, od których zależy surowsza karalność”¹⁰. Jan Waszczyński opisuje przestępstwa kwalifikowane jako te, przy których czyn sprawcy – sam w sobie przestępny

⁴ K. Buchała, *Prawo karne materialne*, PWN, Warszawa 1989, s. 294.

⁵ M. Król-Bogomilska, „*Formy winy*” w *prawie karnym w świetle psychologii*, Wyd. UW, Warszawa 1991, s. 129.

⁶ O. Sitarz, *Ustawowe znamiona czynu zabronionego*, [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Lexis Nexis, Warszawa 2010, s. 99.

⁷ Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Lexis Nexis, Warszawa 2012, s. 156.

⁸ O. Sitarz, *Ustawowe znamiona czynu zabronionego*, [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), op. cit., s. 104.

⁹ L. Gardocki, *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 90.

¹⁰ K. Indeck, A. Liszewska, *Prawo karne materialne. Nauka o przestępstwie, karze i środkach penalnych*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2002, s. 176.

– „podlega wzmożonej penalizacji, czy to ze względu na określone w dyspozycji, towarzyszące mu okoliczności, czy to ze względu na skutek, jaki z działania (zaniechania) sprawcy wyniknął”¹¹.

Konstrukcja winy kombinowanej występuje w polskim prawie karnym już od kodeksu karnego z roku 1932, w którym zapisy art. 15 dotyczyły zarówno przestępstw kwalifikowanych przez następstwo, jak i przestępstw kwalifikowanych przez okoliczności – co było zdaniem Tadeusz Bojarskiego wadliwe¹². Aktualny przepis art. 9 k.k., odnoszący się do znamion czynów zabronionych i określający okoliczności zamiaru towarzyszącego temu czynowi, różni się też od stanowiącego jego odpowiednik art. 7 k.k. z roku 1969, głównie w zakresie nieujmowania jako umyślnego bądź nieumyślnego przestępstwa, lecz umyślnie bądź nieumyślnie popełnianego czynu zabronionego. „Zmiana [...] miała prowadzić do należytego odróżnienia strony podmiotowej czynu zabronionego od jego winy (czego wyraz stanowi już treść art. 8 k.k. w porównaniu ze stanowiącym jego odpowiednik art. 6 k.k. z 1969 r.). Ustalenie umyślności lub nieumyślności nie przesądza winy sprawcy, lecz jedynie warunkuje jej wystąpienie jako zarzutu związanego z popełnieniem czynu zabronionego, któremu jedna z tych form musi wszak towarzyszyć”¹³.

Doprecyzowanie ram teoretycznych podjętej charakterystyki wymaga podkreślenia, iż w kontekście umyślności i nieumyślności różne będzie sytuowanie czynu zabronionego w dogmatycznej strukturze przestępstwa. Jak ujmuje to Jacek Giezek: „Zwolennicy psychologicznych teorii winy skłonni byliby z pewnością utożsamiać stronę podmiotową z winą, umiejscawiając umyślność oraz nieumyślność przede wszystkim (a niekiedy nawet wyłącznie) właśnie na płaszczyźnie winy. Zwolennicy teorii normatywnej w jej ujęciu kompleksowym (którzy w polskiej nauce prawa karnego zdają się dominować) uważają natomiast, że towarzyszące czynowi przeżycia psychiczne w postaci umyślności oraz nieumyślności występują jednocześnie na dwóch piętach struktury przestępstwa. Należą bowiem do znamion strony podmiotowej, współokreślających typ czynu zabronionego, ale także są elementami winy ujmowanej normatywnie (tzn. jako zarzucalność), decydującymi o jej formie”¹⁴. Tadeusz Bojarski, przywołując przepisy art. 9 k.k. określające istotę przestępstw umyślnych, nieumyślnych oraz z winy kombinowanej, przy tradycyjnym ujmowaniu zagadnienia wskazując również na winę umyślną, nieumyślną i kombinowaną, pisze: „Kodeks obowiązujący [...] pod wpływem normatywnej koncepcji winy unika wyróżniania form winy, wychodząc z założenia, że wina z tego punktu widzenia jest kategorią jednolitą, niepodzielną, jeżeli jej istota miałaby się ograniczać do samego

¹¹ J. Waszczyński (red.), *Prawo karne materialne (w zarysie)*. Nauka o przestępstwie, Wyd. UŁ, Łódź 1973, s. 116.

¹² T. Bojarski, *Zasady odpowiedzialności karnej* [w:] idem (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Lexis Nexis, Warszawa 2013, s. 58.

¹³ J. Giezek, *Komentarz do art. 9*, [w:] idem (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, s. 53.

¹⁴ Ibidem.

zarzutu. Tradycyjnie jednak posługujemy się, oprócz wyróżnienia przestępstwa umyślnego i nieumyślnego, także wymienionymi formami winy (wina umyślna, wina nieumyślna, wina kombinowana)¹⁵.

Przechodząc do meritum zagadnienia, przeprowadzona zostanie pokrótce swoista analiza. Podkreślić należy, że wskazany art. 9 k.k. wskazuje różnicę między okolicznościami popełnienia czynu zabronionego. Do znamion charakteryzujących owe okoliczności należą umyślność i nieumyślność¹⁶. W kręgu podjętego zagadnienia znajduje się przede wszystkim jednak kluczowy § 3 art. 9. Sprawca ponosi surowszą odpowiedzialność, którą ustawa uzależnia od określonego następstwa czynu zabronionego, jeżeli następstwo to przewidywał albo mógł przewidzieć¹⁷. Zacytowana treść przepisu art. 9 § 3 k.k. reguluje zagadnienie tzw. winy kombinowanej – *culpa dolo exorta*. W wyrażonej powyżej sentencji „ustawa przewiduje znaną, co do zasady, polskim kodyfikacjom modyfikację znamion podmiotowych czynów zabronionych kwalifikowanych przez znamię dynamiczne – rozwijające się po wypełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego w typie podstawowym – skutek. Określa się go mianem następstwa, akcentując w szczególności to, że następuje on po wypełnieniu znamion typu podstawowego i nie towarzyszy równolegle czynności sprawczej, jak również możliwość kwalifikacji przez to znamię czynów zabronionych, które w typie podstawowym występują w postaci przestępstw materialnych (tzw. dalszy skutek)”¹⁸. Jak wskazują Andrzej Wąsek i Marek Kulik, „wyższa karalność tych czynów jest uzależniona od elementu dynamicznego – dalszego skutku, określonej zmiany w świecie zewnętrznym, wynikłej po realizacji znamion typu podstawowego, pozostającej w związku przyczynowym z czynem wyjściowym sprawcy”¹⁹. W myśl przepisu zawartego w art. 9 § 3, sprawca może ponieść odpowiedzialność karną za przestępstwo kwalifikowane przez następstwo, jeżeli to następstwo przewidywał lub mógł przewidzieć²⁰.

Uznać można za uzasadnioną potrzebę stworzenia teoretycznego modelu zjawiska. Celem poniżej ustanowionej charakterystyki nie jest wykreowanie sztucznych zestawień umyślności i nieumyślności jako współzależnych znamion przestępstw klasyfikowanych przez następstwa, ale swoista próba udowodnienia, które z możliwych „par znamion” spełniają przesłanki przepisu art. 9 § 3. Podstawowe zestawienie znamion analizowanego typu czynu zgodne jest z tym, co opisuje T. Bojarski, gdy pisze, że „istota rzeczy polega na tym, że czyn wyjściowy jest objęty umyślnością, np. uszkodzenie ciała określone w art. 156 § 1, natomiast skutek dalej idący, czyli następstwo tego czynu (§ 3 art. 156), jest objęty jedną z postaci nieumyślności.

¹⁵ T. Bojarski, *Zasady odpowiedzialności karnej...*, s. 49.

¹⁶ Zob. M. Budyn-Kulik, *Komentarz do art. 9*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny...*, s. 36.

¹⁷ O. Sitarz, *Ustawowe znamiona czynu zabronionego*, [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), op. cit., s. 104.

¹⁸ M. Królikowski, *Zasady odpowiedzialności karnej...*, s. 427.

¹⁹ A. Wąsek (aktual.) M. Kulik, *Komentarz do art. 9*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Lexis Nexis, Warszawa 2012, s. 41.

²⁰ M. Budyn-Kulik, *Komentarz do art. 9...*, s. 40.

Wprowadzenie tej konstrukcji do polskich kodeksów karnych oznaczało eliminację tzw. obiektywnych warunków wyższej karalności²¹. Jak ujmuje to Ryszard Stefański, „artykuł 9 § 3 k.k. przesądza o odrzuceniu przez kodeks karny tzw. obiektywnych warunków karalności. Okoliczności powodujące karalność czynu lub wpływające na jej obostrzenie muszą być objęte umyślnością lub nieumyślnością”²². Zdaniem Bojarskiego: „O karalności człowieka, w tym wyższej karalności, nie mogą decydować okoliczności (skutki), które by nie były objęte winą, chociażby nieumyślną”²³. Andrzej Wąsek, pisząc o tym klasycznym wariacie winy kombinowanej, jako przykłady podaje art. 142 § 2, art. 156 § 3 oraz art. 158 § 2 i 3 k.k. Tadeusz Bojarski dodaje jednak, że paragraf 3 art. 9 wyraża nie tylko formułę winy kombinowanej (połączenie umyślności z nieumyślnością), ale odnosi się też do przestępstw kwalifikowanych przez następstwo w całości nieumyślnych – o czym dalej.

Co ważne, kombinacje strony podmiotowej, zdające się być teoretycznie modyfikowalne, podczas interpretacji analizowanego przepisu art. 9 k.k. napotykać na szereg wątpliwości i zastrzeżeń. Magdalena Budyn-Kulik zauważa, że pomiędzy czynem sprawcy a następstwem musi zachodzić związek przyczynowy, a przez czyn rozumie ona zachowanie sprawcy polegające na przełamaniu reguł ostrożności²⁴. „Przestępstwa kwalifikowane przez następstwa stanowią odrębną kategorię typów czynów zabronionych, których strona podmiotowa może być jednolita (umyślnie-umyślna albo nieumyślnie-nieumyślna), ale może także przybierać postać kombinacji umyślności z nieumyślnością (tzw. *culpa dolo exorta*)”²⁵.

W czysto teoretycznej konstrukcji, bazującej na wzorcu wyrażonym przez M. Budyn-Kulik i ze szczególnym naciskiem na potencjalną hipotetyczność przyjętych par znamion, podejmę teraz próbę przeglądu kombinacji znamion nieumyślności i umyślności, wariantów strony podmiotowej, po to, by móc warianty odpowiadające warunkom uznać za spełniające warunki klasyfikacji jako *culpa dolo exorta*, a pozostałe w tym kontekście odrzucić.

Pierwszym wariantem otwierającym pole do dyskusji jest ten, w którym czyn popełniony przez sprawcę może mieć charakter umyślnie-umyślny. W takim teoretycznym ujęciu chodzi o sytuację, w której sprawca popełnia czyn umyślnie (chce go popełnić lub na to się godzi), chce lub godzi się także na następstwo tego czynu, np. w postaci śmierci czy spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu²⁶. Autorka przywołanego teoretycznego modelu klasyfikacji zauważa, że w rzeczy samej są to po prostu czyny zabronione umyślne, o których mowa w art. 9 § 1 k.k. Czyny zabronione, w których także następstwo objęte jest umyślnością, to po prostu czyny

²¹ T. Bojarski, *Zasady odpowiedzialności karnej...*, s. 58.

²² R. Stefański, *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Difin, Warszawa 2008, s. 125.

²³ T. Bojarski, *Zasady odpowiedzialności karnej...*, s. 58.

²⁴ M. Budyn-Kulik, *Ustawowe znamiona czynu zabronionego*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, s. 216.

²⁵ K. Indeck, A. Liszewska, op. cit., s. 176.

²⁶ M. Budyn-Kulik, *Ustawowe znamiona czynu zabronionego...*, s. 216.

zabronione umyślnie²⁷. O oczywistych wątpliwościach co do zaklasyfikowania kombinacji umyślności z umyślnością, jako objętej treścią § 3 art. 9 k.k., pisze Jacek Giezek, stwierdzając, że przyjęcie takiego wariantu na pierwszy rzut oka wydaje się *contra legem*, „skoro ustawodawca – posługując się fragmentem formuły charakterystycznej dla nieumyślnie popełnianego czynu zabronionego – mówi o następstwach, jakie sprawca przewidywał albo mógł przewidzieć”²⁸. „I tak przestępstwo udziału w bójce, której następstwem jest śmierć człowieka (art. 158 § 3 k.k.), od strony podmiotowej charakteryzuje się w zakresie udziału w bójce umyślnością, a co do skutku w postaci śmierci – nieumyślnością”²⁹. „Otóż jest to niewątpliwie pewien minimalny próg, jaki musi zostać osiągnięty, aby przypisanie następstwa nie prowadziło do obiektywizacji odpowiedzialności sprawcy w tym zakresie. Fakt, że w konkretnym przypadku sprawca co najmniej przewidywał następstwo, nie wyklucza przecież, iż mógł je również objąć swym zamiarem (bezpośrednim lub ewentualnym). Konstrukcja ta znajdzie jednak zastosowanie stosunkowo rzadko, a mianowicie tylko wówczas, gdy objęte umyślnością następstwo nie należy do znamion innego, obwarowanego surowszą odpowiedzialnością przestępstwa (jako jego samodzielnego skutku)”³⁰.

W kwestii tak rozpatrywanego dualizmu podobny pogląd prezentuje Michał Królikowski. Twierdzi on, że w tym przypadku sprawca popełniający typ podstawowy chce albo też godzi się na przewidywane następstwo, a więc obejmuje przynajmniej zamiarem wynikowym skutek stanowiący znamię kwalifikujące, przeważnie występujące także jako znamię innego typu podstawowego³¹. „Dopóki zachodzi tego rodzaju sytuacja, właściwym rozwiązaniem jest przypisanie sprawcy dwóch typów pozostających w zbiegu na zasadach wskazanych w art. 11 k.k., zaś kombinacja umyślności z umyślnością regulowana samodzielnie przez art. 9 § 3 k.k. może nastąpić tylko wówczas, gdy ustawa będzie przewidywać kwalifikację przez dalszy skutek nieznaną ustawie w typie podstawowym lub umieszczony w takim podstawowym typie czynu zabronionego, który ze względu na specyficzne znamiona statyczne nie znajdzie zastosowania w konkretnym przypadku”³². W tej interpretacji okazuje się niemal niemożliwa inna klasyfikacja kombinacji umyślności z umyślnością niż uznanie przewidywalności określonego zdarzenia będącego konsekwencją intencyjnego dokonania danego czynu zabronionego niż umyślne popełnienie tego czynu, co spełnia bez wątpienia przesłanki opisane w art. 9 § 1 k.k. Tadeusz Bojarski bez zbędnego wywodu wyraża pogląd, że art. 9 § 3 k.k. nie

²⁷ M. Budyn-Kulik, *Komentarz do art. 9...*, s. 40.

²⁸ J. Giezek, *Komentarz do art. 9...*, s. 73.

²⁸ M. Królikowski, *Zasady odpowiedzialności karnej...*, s. 427.

²⁹ R. Stefański, *op. cit.*, s. 125.

³⁰ J. Giezek, *Komentarz do art. 9...*, s. 73.

³¹ M. Królikowski, *Zasady odpowiedzialności karnej...*, s. 428.

³² *Ibidem*.

³³ T. Bojarski, *Zasady odpowiedzialności karnej...*, s. 59.

dotyczy analizowanego przypadku umyślności połączonej z umyślnością, gdyż byłoby to po prostu przestępstwo umyślne³³. Zdaniem tego autora, tak scharakteryzowana kombinacja zamiaru umyślnego ze skutkiem umyślnym z pewnością nie mieści się w treści art. 9 § 3 k.k. Podobnie negatywnie opiniuje klasyfikację wariantu umyślno-umyślnego Andrzej Marek, stwierdzając, że „nie wydaje się to możliwe, a w każdym razie taka kombinacja nie jest objęta regulacją art. 9 § k.k.”³⁴. Krzysztof Indeck i Agnieszka Liszewska uznają, że w wypadku czynów umyślno-umyślnych stroną podmiotową określa art. 9 § 1, który definiuje umyślność³⁵. W dość zawiły sposób pisze Lech Gardocki, że choć art. 9 § 3 k.k. dotyczy także sytuacji, gdy zarówno typ podstawowy, jak i jego następstwo objęte są winą umyślną („przestępstwa umyślno-umyślne”), to „nie są to jednak przypadki winy mieszanej”³⁶.

Drugim wariantem dualizmu form winy przy jednym typie przestępstwa, którego analizy chciałabym się podjąć w kontekście ewentualnej jego klasyfikacji jako objętego treścią art. 9 § 3 jest wariant umyślno-nieumyślny. W takiej sytuacji mowa jest o okolicznościach, w których sprawca popełnia czyn umyślnie (chce go popełnić lub na to się godzi), natomiast następstwa nie chce, nie godzi się na nie, ale je przewiduje, sądząc, że go uniknie, lub nie przewiduje, choć mógł je przewidzieć³⁷. Wariant ten „znajduje zastosowanie do umyślnych czynów zabronionych kwalifikowanych przez następstwo czynu, np. art. 140 § 2, art. 156 § 3, art. 158 § 2 i 3”³⁸. Magdalena Budyn-Kulik pisze, że w doktrynie taką właśnie konstrukcję czynu umyślno-nieumyślnego określa się mianem *culpa dolo exorta*³⁹. Typowość tego dualizmu wynika z rozumienia charakteryzowanego typu zdarzeń, opisywanych w kodeksie karnym jako niezamierzone w swoich skutkach czynów zamierzonych. Sytuacja, w której sprawca czynu zabronionego dokonuje go, zdając sobie jednocześnie sprawę z jego bezprawności – niezależnie od tego, czy przewidywał skutek, czy też mógł go przewidzieć (i powinien) – a nie miał intencji doprowadzić do skutku spełniającego w następstwie przesłanki czynu zabronionego, jest swoistym „klasycznym” ujęciem winy kombinowanej. Dariusz Jagiełło także uznaje ten wzór za typowy dla winy kombinowanej. Pisze on: „Istota tej winy sprowadza się do tego, że wyłącznie część działania sprawca obejmuje zamiarem, zaś drugą część winą nieumyślną”⁴⁰. Jak ujmuje to J. Giezek: „w praktyce największe znaczenie ma sytuacja, w której umyślna realizacja znamion czynu zabronionego kwalifikowana jest przez następstwo objęte nieumyślnością. Przykłady tego rodzaju przestępstw są w kodeksie karnym stosunkowo liczne. Rzecz charakterystyczna, że kwalifikującym następ-

³⁴ A. Marek, *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 144.

³⁵ K. Indeck, A. Liszewska, op. cit., s. 177.

³⁶ L. Gardocki, *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 90.

³⁷ M. Budyn-Kulik, *Ustawowe znamiona czynu zabronionego...*, s. 216.

³⁸ A. Wąsek (aktual.) M. Kulik, op. cit., s. 41.

³⁹ M. Budyn-Kulik, *Komentarz do art. 9...*, s. 40.

⁴⁰ D. Jagiełło, *Prawo karne materialne*, Wyd. PWSZ, Skierniewice 2013, s. 46.

stwem w zdecydowanej większości przypadków jest śmierć człowieka lub ciężki uszczerbek na zdrowiu. Również wysokość sankcji wyraźnie wskazuje na to, że tak ujęte następstwo nie może być objęte umyślnością⁴¹.

Michał Królikowski, pisząc o regulacji zawartej w art. 9 § 3 k.k. jako dotyczącej w pełni mieszanej kombinacji strony podmiotowej, podkreśla, że mowa jest o sytuacji opisywanej we wspomnianym przepisie, w której sprawca popełnia umyślny typ czynu zabronionego, a w wyniku dalszego rozwoju zdarzeń wyrządza dodatkową szkodę nieobjętą przez niego zamiarem⁴² (jak w przywołanym wcześniej art. 156 § 3 k.k.). Przykład ten jest niemal wzorcowy do ukazania konstrukcji dualizmu. Gdyby przyjąć możliwość objęcia umyślnością następstwa opisanego w art. 156 § 3 k.k., czyli śmierci człowieka będącej następstwem spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, nic nie stałoby na przeszkodzie w klasyfikacji takiego przestępstwa na podstawie art. 148 k.k.⁴³ Jak uznał Sąd Najwyższy, „różnica między zabójstwem a przestępstwem przewidzianym w art. 156 § 3 k.k. tkwi w stronie podmiotowej czynu i polega na tym, że w wypadku popełnienia zbrodni zabójstwa sprawca ma zamiar bezpośredni lub ewentualny pozbawienia życia człowieka i w tym celu podejmuje działanie lub zaniechanie, a w wypadku popełnienia czynu z art. 156 § 3 k.k., stanowiącego występki, sprawca działa z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu pokrzywdzonego, a następstwo czynu w postaci śmierci ogarnia nieumyślnością⁴⁴. Tak opisana sytuacja jest typowa dla tzw. dualizmu form winy, albowiem sprawca, realizując umyślnie (świadomie) znamiona typu zasadniczego opisanego w art. 156 § 3 k.k., jednocześnie „osiąga” skutek nieobjęty zamiarem w postaci śmierci człowieka. Tak nieumyślne spowodowanie śmierci człowieka wpisuje się w warunki określone w art. 9 § 3 k.k. Bezsprzecznie zatem uznać można, że konstrukcja umyślności czynu wyjściowego i nieumyślności skutku w postaci czynu zabronionego spełnia przesłanki pozwalające zastosować regułę opisaną w art. 9 § 3 k.k.

Trzecim wariantem dualizmu form winy przy jednym typie przestępstwa, w podjętej tutaj hipotetyzującej charakterystyce, będzie wariant nieumyślno-umyślny. Chcąc przedstawić ten przypadek w obrazowej formie, należałoby opisać go w sposób następujący: „sprawca popełnia czyn nieumyślnie (nie chce go popełnić, nie godzi się na to, przewiduje możliwość jego popełnienia, sądząc, że tego uniknie, lub nie przewiduje, choć mógł je przewidzieć), natomiast następstwa chce lub godzi się na nie”. Ta czysto hipotetyczna konstrukcja w opinii J. Giezka jest w praktyce niemożliwa⁴⁵. Faktycznie, trudno wyobrazić sobie sytuację, w której nieumyślnie popełniany czyn zabroniony miałby prowadzić do kwalifikującego go umyślnego

⁴¹ J. Giezek, *Komentarz do art. 9...*, s. 73.

⁴² M. Królikowski, *Zasady odpowiedzialności karnej...*, s. 429.

⁴³ Zob. J. Giezek, *Komentarz do art. 9...*, s. 73.

⁴⁴ Wyrok SN z 3 września 2002 r., sygn. akt V KKN 401/01, „Prokuratura i Prawo” (wkł.) 2003, nr 1, poz. 6. Cyt. za: M. Królikowski, *Zasady odpowiedzialności karnej...*, s. 429.

⁴⁵ J. Giezek, *Komentarz do art. 9...*, s. 74.

następstwa⁴⁶. Tadeusz Bojarski podobnie – nieco poprzez zaprzeczenie teoretycznej hipotezie dualizmu nieumyślności z umyślnością – pisze, że przecież czyn popełniony nieumyślnie wywołuje również nieumyślne dalsze następstwa⁴⁷.

Należałoby jeszcze wspomnieć o dualizmie nieumyślności z nieumyślnością. Po raz ostatni przywołując ramy uczynione przez M. Budyn-Kulik, ten wariant opisać należałoby jako taki, gdy „sprawca popełnia czyn nieumyślnie (nie chce go popełnić, nie godzi się na to, przewiduje możliwość jego popełnienia, sądząc, że tego uniknie, lub nie przewiduje, choć mógł je przewidzieć), następstwa także nie chce, nie godzi się na nie, jednakże przewiduje możliwość jego popełnienia, sądząc, że tego uniknie, lub nie przewiduje, choć mógł je przewidzieć”⁴⁸.

Już na wstępie można tu przyznać, że zadeklarowane zestawienie znamion nieumyślności z nieumyślnością będzie drugim – poza dualizmem umyślności i nieumyślności – mieszczącym się treścią w zapisie art. 9 § 3 k.k. Jak zauważył T. Bojarski, art. 9 § 3 k.k. odnosi się do przestępstw w całości nieumyślnych. Jak pisze: „poprzednie polskie kodeksy karne takich konstrukcji nie znały. Przestępstwa kwalifikowane przez następstwa jako przestępstwa nieumyślne (nieumyślność plus nieumyślność) pojawiły się w polskim prawie karnym dopiero w kodeksie karnym z 1997 r. Sformułowano je w art. 163 § 4, art. 165 § 4, art. 173 § 4 k.k. Czyn popełniony nieumyślnie wywołuje również nieumyślne dalsze następstwa. Podwójna nieumyślność w zakresie jednego czynu zabronionego była naturalnie znana polskiemu prawu karnemu już wcześniej, lecz nie chodziło tu o przestępstwo kwalifikowane przez następstwo”⁴⁹. Mówi się, że przestępstwa nieumyślnie-nieumyślne stanowią „nowość”, ponieważ taka konstrukcja strony podmiotowej nie była znana kodeksowi karnemu z 1969 r.⁵⁰ Najlepszym tego przykładem jest, według J. Giezka, stypizowane w art. 177 k.k. przestępstwo wypadku drogowego, którego nieumyślnym następstwem w związku z art. 9 § 2 k.k. jest śmierć człowieka bądź ciężki uszczerbek na zdrowiu⁵¹. Następuje w tym przykładzie poruszenie umyślnego lub także nieumyślnego naruszenia zasad bezpieczeństwa w ruchu z nieumyślnym skutkiem⁵². „W odniesieniu do tej kategorii czynów zabronionych art. 9 § 3 pełni jedynie funkcję generalnej klauzuli nieumyślności i stanowi uzupełnienie art. 8 [...]. Innymi słowy art. 9 § 3 stanowi ustawową podstawę kwalifikowanej odpowiedzialności za objęte nieumyślnością następstwa czynu, który w typie podstawowym także ma charakter nieumyślny”⁵³.

W tej konstrukcji przestępstwo nieumyślne może być kwalifikowane wyłącznie przez następstwo, którego stroną podmiotową stanowi nieumyślność⁵⁴. Odnosząc to

⁴⁶ M. Budyn-Kulik, *Komentarz do art. 9...*, s. 40.

⁴⁷ T. Bojarski, *Zasady odpowiedzialności karnej...*, s. 59.

⁴⁸ M. Budyn-Kulik, *Ustawowe znamiona czynu zabronionego...*, s. 216.

⁴⁹ T. Bojarski, *Zasady odpowiedzialności karnej...*, s. 58.

⁵⁰ M. Budyn-Kulik, *Komentarz do art. 9...*, s. 40.

⁵¹ J. Giezek, *Komentarz do art. 9...*, s. 73.

⁵² T. Bojarski, *Zasady odpowiedzialności karnej...*, s. 58.

⁵³ K. Indeck, A. Liszewska, op. cit., s. 178.

do uczynionego uprzednio krótkiego opisu wariantu trzeciego, w którym nieumyślny (niezamierzony) czyn miałby powodować w swojej konsekwencji umyślny (zamierzony) skutek – co stanowi konstrukcję nielogiczną – wariant czwarty zdaje się być jedynym prawdopodobnym w sytuacji nieumyślnego czynu wyjściowego.

Pisząc o konstrukcjach winy kombinowanej, T. Bojarski podkreśla, że są one praktycznie przydatne, „gdyż przy ich braku zdarzenia odpowiadające znamionom przestępstwa kwalifikowanego przez następstwa musiałyby być oceniane na zasadzie zbiegu przepisów. Prawdłowo więc w art. 9 § 3 utrzymano konstrukcję winy kombinowanej, krytykowaną w przeszłości raczej niesłusznie z różnych powodów. Nie umniejsza ona wymagań w zakresie zawinienia, likwidując tzw. obiektywne warunki wyższej karalności oraz ułatwiając ocenę zdarzenia w jego całokształcie”⁵⁵.

W niniejszym artykule, opierając się na literaturze przedmiotu, opisano kategorię zjawiska tzw. winy kombinowanej. Przedstawiając cztery teoretyczne warianty współistnienia tych kategorii w przypadku przestępstw kwalifikowanych przez następstwa, wskazano dwa z nich jako te, które mogą być zaklasyfikowane zgodnie z treścią art. 9 § 3 ustanowionego jako główny punkt charakterystyki. Można podsumować, iż w art. 9 § 3 chodzi jedynie o czyny umyślnie-nieumyślne i nieumyślnie-nieumyślne⁵⁶. Choć Łukasz Pohl zauważa, że w przypadku wariantu nieumyślnie-nieumyślnego trudno uznać go za wariant „dosłownie” mieszany ze względu na tożsame znaczeniowo znamiona⁵⁷. Wariant nieumyślnie-umyślny uznany został w toku analizy za praktycznie niemożliwy, zaś wariant umyślnie-umyślny w kontekście uznania go przedmiotem regulacji art. 9 § 3 k.k. opisano jako wątpliwy.

W przypadku winy kombinowanej, w rezultacie umyślnego bądź nieumyślnego popełnienia czynu zabronionego, powstają skutki niezamierzone – tylko i wyłącznie niezamierzone. To ów efekt niepożądany, niechciany bądź uważany za wystarczająco mało prawdopodobny stanowi cechę wyraziście odmienną i wyróżniającą.

Summary

Mixed fault in criminal law, as a duality of guilt forms in one type of crime

Key words: fault, mixed fault, crimes qualified by consequences, subjective side of crime.

The concept of guilt as an inexhaustible topic of discussion of philosophers and lawyers has been taken into study in the narrow context of material criminal law. The issue of intentionality and unintentionality can not always be simple and unam-

⁵⁴ J. Giezek, *Komentarz do art. 9...*, s. 73.

⁵⁵ T. Bojarski, *Zasady odpowiedzialności karnej...*, s. 58.

⁵⁶ M. Budyn-Kulik, *Komentarz do art. 9...*, s. 40.

⁵⁷ Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Lexis Nexis, Warszawa 2012, s. 156.

biguous classification, often forced to deeper analysis of the action, taking into account the mixed nature of the fault. The construction of mixed guilt combined, concerning eligible offenses, whose hallmark is eligible succession of an act, becomes so much interesting to try to introduce its specificity. Describing the problem in the first part of the study in a very short characteristics I tried to outline the basic definitions that may help you then properly locate further content. It was emphasized that one of the main structural assumptions of the existing Criminal Code is a distinction of the personal side of guilt. In the next part, it was especially emphasized that the determination of intentionality or not prejudice the unintentionality of his guilt, but only determines its occurrence as a plea related to the committing a criminal act, which one of these forms must, after all, be accompanied by. Above all, however, was estimated the essential way of mixed fault construction.

In the relevant – the widest – part, it was focused on a review of the hypothetical combination of constituent elements of intentionality and unintentionality, options of personal side, in order to be able to satisfy the conditions of variants considered as meeting the criteria for classification *as a culpa dolo exort* while others be discarded in this context. Relatively wide analysis of constituent elements of intentionality and unintentionality allowed to recognize some of them as subject to the regulation of art. 9 § 3 of the CC.

Grzegorz Pieszko

Urząd Skarbowy w Jarosławiu

Ekonomiczno-społeczne aspekty przestępczości

Przestępczość towarzyszy życiu społecznemu od jego początków – występuje w każdym społeczeństwie i na każdym etapie rozwoju, niezależnie od jego struktury, ustroju czy okresu historycznego¹. Niewątpliwie jest konsekwencją wielu zjawisk społeczno-ekonomicznych i podlega nieustannym zmianom². Bez względu na to, czy to nam się podoba, czy nie – to stały komponent życia społecznego.

Poziom przestępczości kreowany jest przez wiele elementów o niejednorodnym charakterze. Wśród nich nader często pojawia się sytuacja społeczno-ekonomiczna sprawcy. Wyniki statystyk (nie tylko polskich) wydają się potwierdzać tezę o istnieniu związku między uwarunkowaniami społeczno-ekonomicznymi a poziomem przestępczości³. Jak podkreśla Maria Szczepaniec, w opracowaniach dotyczących tematyki *law and economics* „poziom przestępczości zasadniczo wyjaśniany jest przez badanie, w jaki sposób zmiany w kosztach i zyskach z działalności przestępczej wpływają na podjęcie decyzji o popełnieniu przestępstwa. Zgodnie z tezą ekonomicznej teorii przestępczości jednostka będzie skłonna popełnić czyn zabroniony, jeżeli oczekiwana użyteczność możliwa do uzyskania w wyniku zachowania przestępczego będzie wyższa od użyteczności wynikającej z zaangażowania się w zgodną z prawem działalność alternatywną”⁴.

Zarówno na przestępczość, jak i na zmiany w strukturze przestępczości mają wpływ takie elementy, jak stopień rozwoju gospodarczego, funkcjonujący w danym państwie ustrój społeczno-polityczny, postępujące uprzemysłowienie i urbanizacja, transformacje w strukturze ludnościowej związane z wiekiem członków społeczeństwa, migracje. Transformacje mogą dokonywać się w sposób ewolucyjny i następować przez dłuższy okres, mogą też pojawić się nagle jako wynik burzliwych

¹ D. Woźniakowska-Fajst, *Przestępczość dziś i jutro – stałość i zmienność struktury*, [w:] *Społeczno-polityczne konteksty współczesnej przestępczości w Polsce*, Warszawa 2013, s. 11.

² Por. W. Klaus, I. Rzeplińska, D. Woźniakowska-Fajst, *Społeczny odbiór przestępczości*, [w:] *ibidem*, s. 343.

³ Por. M. Szczepaniec, *Kontrowersje wokół wpływu warunków ekonomicznych na poziom przestępczości*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, z. 4, s. 107.

⁴ *Ibidem*, s. 108.

i żywiołowych przemian zachodzących w określonej społeczności. Nasza ojczyzna w czasie swojej ponadtysiącletniej historii doświadczała wielu chwil przełomowych, których następstwem było zmniejszanie lub nasilanie się skali przestępczości w kraju. Okresy wojen, rozbiorów czy odzyskiwania niepodległości zawsze wiążą się z budowaniem nowych warunków funkcjonowania społeczeństwa, które rzutują na odmienne zaznaczanie norm wymagających ochrony⁵.

Przeobrażenia w przestępczości są w sposób naturalny powiązane z procesami zmian społecznych. W roku 1989 transformacja ustrojowa przyniosła w Polsce zmiany w zakresie nasilenia i charakteru, jak również społecznego postrzegania przestępczości. W jej wyniku analizę uwarunkowań przestępczości we współczesnej Polsce można zrealizować, opierając się o tych samych komponentach, do których sięgają kryminolodzy opisujący przestępczość w społeczeństwach ponowoczesnych: nierówności i wykluczenie społeczne, zmiany kulturowe będące efektem procesów globalizacyjnych, rewolucja technologiczna i informatyczna⁶.

Analizując wpływ czynników społeczno-ekonomicznych na wymiar przestępczości w przestrzeni małych społeczeństw – powiatów, należałoby przyjrzeć się systemowi zmian zachodzących globalnie w naszym kraju. Należy przy tym wziąć pod uwagę zmiany, do których doszło w państwach postkomunistycznych. W Polsce wymiar zmian społecznych jest z tego powodu dużo szerszy niż w innych krajach Europy Zachodniej. Trzeba zatem rozważyć przemiany polityczne, którym towarzyszyły procesy destabilizujące i dezintegracyjne, zmiany ustrojowe z przejściem od ustroju komunistycznego do demokratycznego. Kolejne modyfikacje dotyczyły systemu gospodarczego, struktury własności i pojawienia się strukturalnego bezrobocia⁷. W nowych uwarunkowaniach wiele grup społecznych doznało ekonomicznej degradacji, nastąpiła zmiana hierarchii i powstały nowe grupy społeczne⁸. Dostrzegalne są również zmiany kulturowe. Z jednej strony wciąż okazuje się trwałe system reguł kulturowych (wartości i norm) ukształtowanych w minionych czasach, z cechami charakterystycznymi dla umysłowej konstelacji zwanej *homo sovieticus*⁹, na który składają się: poparcie dla egalitaryzmu, podejrzliwość i „bezinteresowna zażyłość”¹⁰ w stosunku do tych, którym powodzi się lepiej, jak też akceptacja postaw roszczeniowych. Z drugiej strony kształtuje się inna kultura, „stanowiąca funkcjonalny wymóg nowych instytucji demokratycznych i kapitalistycznych”¹¹. Nowy sys-

⁵ K. Buczkowski, *Stan przestępczości w Polsce od roku 1918 do współczesności*, [w:] *Spoleczno-polityczne konteksty współczesnej przestępczości...*, s. 33 i n.

⁶ A. Kossowska, *Zmiana społeczna a przestępczość – wzajemne związki, uwarunkowania, konsekwencje*, [w:] *Spoleczno-polityczne konteksty współczesnej przestępczości...*, s. 73 i n.

⁷ G. Pieszko, *Spoleczeństwo polskie w okresie transformacji ustrojowo-gospodarczej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego” 2009, nr 56, s. 187 i n.

⁸ Por. G. Pieszko, *Zjawisko fałszowania dokumentów na przykładzie regionu podkarpackiego w latach 1990–2005. (Studium kryminologiczno-kryminalistyczne)*, Kraków 2012, s. 36.

⁹ Patrz J. Tischner, *Polski młyn*, Kraków 1991.

¹⁰ M. Marody, *Antynomie społecznej podświadomości*, „Odra” 1987, nr 1, s. 4–9.

¹¹ P. Sztompka, *Trauma wielkiej zmiany. Społeczne koszty transformacji*, Warszawa 2000, s. 55.

tem przynosi ze sobą radykalnie inne wymagania kulturowe, oparte na „cnotach republikańskich” i „kulturze obywatelskiej” z prymatem jednostki jako wartości naczelnej, z poszanowaniem jej praw, aktywności i gotowości do udziału w życiu publicznym, co wymaga z kolei pewnej dozy lojalności wobec władzy i zaufania do instytucji publicznych (władza działa w ramach prawa i na mocy prawa – przez co jej decyzje są dla obywatela przewidywalne i wyraziste). Oczywiście, nie wszyscy ludzie są „kulturowo przygotowani” i zdolni do działania w tym nowym „kontekście organizacyjnym”. Tylko nieliczni osiągnęli, jak pisze Piotr Sztompka, wymaganą przez cywilizację zachodnią, kapitalistyczną i demokratyczną „kompetencję cywilizacyjną”¹².

Podstawowym zagadnieniem w dyskusji o zależnościach pomiędzy położeniem ekonomicznym a przestępczością jest niejednoznaczny wynik analiz wspomnianego problemu. Istnieją bowiem dane stwierdzające, że słabsze wyniki ekonomiczne determinują spadek poziomu przestępczości, zaś inne negują funkcjonowanie takich zależności. Jednak istnieją badania jednoznacznie potwierdzające intensyfikację przestępczości w sytuacji spadku poziomu sytuacji materialnej. Zapewne czynniki ekonomiczne stanowią element determinujący rozwój pewnych rodzajów przestępstw, a nie przestępczości w ogóle¹³. Dlatego też należy postawić pytanie, czy rzeczywiście sytuacja ekonomiczna kształtuje poziom wskaźników przestępczości.

Spółczesność nigdy nie pozostaje w bezruchu – ulega permanentnym modyfikacjom i przekształceniom. Zmiany demograficzne, czyli liczebności, płci, struktury wiekowej, jak też ruchy migracyjne są związane z gospodarką, systemem władzy, edukacją, ochroną zdrowia, religią, przestępczością. Zła sytuacja gospodarcza może przekładać się na przestępczość m.in. poprzez wzrost bezrobocia. Należy zaznaczyć, że bezrobocie – naturalnie powiązane z gospodarką – ma różny wymiar. Odnotowujemy bezrobocie strukturalne, koniunkturalne, długofalowe, fikcyjne¹⁴. Ze względu na czynniki społeczno-demograficzne, takie jak: płeć, wiek czy poziom wykształcenia osób dotkniętych bezrobociem, różne mogą być relacje i wpływ na działalność przestępczą. Z analizy statystyk policyjnych wynika, że największe nasilenie przestępczości występuje wśród populacji osób w wieku do lat trzydziestu, z których połowa to osoby bezrobotne¹⁵. W sytuacji długotrwałego pozostawania bez pracy rodzi się poczucie wykluczenia, niesprawiedliwości, wreszcie brak nadziei na znalezienie legalnego źródła dochodów¹⁶. Na podstawie badań można stwierdzić, że bezrobocie w większym stopniu aktywuje przestępczość przeciwko mieniu niż

¹² Ibidem, również idem, *Civilizational Incompetence: The Trap of Post-Communist Societies*, „Zeitschrift für Soziologie” 1993, nr 2, s. 35–95.

¹³ Por. M. Szczepaniec, op. cit., s. 108.

¹⁴ A. Kiersztyn, *Czy bieda czyni złodzieja? Związki między bezrobociem, ubóstwem a przestępczością*, Warszawa 2008, s. 37.

¹⁵ T. Szymanowski, *Polityka karna i penitencjarna w Polsce w okresie przemian prawa karnego*, Warszawa 2005, s. 55.

¹⁶ J.J. Sztudynger, M. Sztudynger, *Ekometryczne modele przestępczości*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2003, nr 3, s. 129.

z użyciem przemocy¹⁷. Jednak wzrost bezrobocia w różny sposób może wpływać na poszczególne grupy społeczne w kierunku zmniejszania lub zwiększania ich aktywności kryminalnej. Na tej płaszczyźnie należy nakreślić cztery charakterystyczne relacje pomiędzy bezrobociem a przestępczością.

1. Niektórzy sprawcy łączą pracę zawodową z aktywnością przestępczą, choć legalna praca stanowi dla nich jedynie kamuflaż. W tym przypadku rozwój bezrobocia może wpływać na ograniczanie aktywności w „szarej strefie”, bowiem legalna praca daje poczucie bezpiecznej aktywności przestępczej.

2. Jest szereg przestępstw możliwych do popełnienia jedynie w sytuacji pracy zawodowej, np. łapówki przyjmowane przez urzędników, kradzieże pracownicze. W tych przypadkach wzrost bezrobocia będzie raczej hamował liczbę przestępstw wskazanego typu, niż je powiększał.

3. Szczególnie wśród młodej społeczności występuje alternatywa: praca lub aktywność przestępcza. Jeżeli występuje brak pracy, taki element ułatwia podjęcie decyzji o osiąganiu dochodów z nielegalnych źródeł. W takim ujęciu bezrobocie powodować może wzrost przestępczości.

4. Istnieją osoby, dla których bezrobocie jest czynnikiem neutralnym. To kategoria ludzi, dla których legalna praca jest czymś anormalnym. Dla nich brak pracy to swego rodzaju styl życia, a działalność przestępcza jest formą zarobkowania. W tej płaszczyźnie bezrobocie będzie bez wpływu na formowanie poziomu przestępczości¹⁸.

Analizując literaturę przedmiotu, wyodrębnić można tezę, według której w okresie recesji występuje wysoki poziom przestępczości przeciwko mieniu, a niski przeciwko osobie, natomiast w czasie prosperity (hossy gospodarczej) nasila się zjawisko wysokiego poziomu przestępstw przeciwko osobie i niskiego przeciwko mieniu¹⁹.

Oprócz bezrobocia przestępczość generują także inne czynniki ekonomiczne: bieda, poziom i dynamika oraz zróżnicowanie dochodów, które bezpośrednio wpływają na polaryzację między osobami pozostającymi bez pracy a pracującymi oraz tempo rozwoju gospodarczego²⁰.

Ubóstwo już od dawna było traktowane jako źródło działań przestępczych. Jak podkreślał Alain Peyrefitte, „przestępstwo to dziecko nędzy”²¹. Części polskiego społeczeństwa zależności między ubóstwem a przestępczością wydają się oczywiste. Mimo że występują one faktycznie, to warto zaznaczyć, iż bieda nie jest kluczowym determinantem powodującym popełnianie czynów karalnych. Tymczasem społeczeństwo obawia się ludzi ubogich jako grupy, ponieważ postrzega ich z założenia

¹⁷ M. Szczepaniec, op. cit., s. 110.

¹⁸ J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *Kryminologia*, Gdańsk 2001, s. 248.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ J.J. Sztudynger, M. Sztudynger, op. cit., s. 128–129.

²¹ A. Peyrefitte, *Wymiar sprawiedliwości. Między ideałem a rzeczywistością*, Warszawa 1987, s. 246.

jako niebezpiecznych i kłopotliwych. W efekcie działania skierowane dla tej grupy koncentrują się bardziej na kontroli jej jako niebezpiecznej populacji niż zapewnieniu nieodzownego wsparcia i pomocy²².

Emanacja wzrostu nierówności w dochodach, podyktowana poziomem bogactwa, zasobności majątkowej poszczególnych osób, nie powoduje wzrostu przestępczości wśród osób zamożnych, ale ma wpływ na wyższą przestępczość wśród uboższej warstwy społeczeństwa. Taka sytuacja tworzy bowiem pewną dostrzegalną zależność – otóż jeżeli tylko niewielki procent ludzi uzyskuje bardzo wysokie dochody, a większość społeczeństwa ma dużo niższe dochody, to wzrasta podatność owej większości na dokonywanie przestępstw²³.

Religia jako system wspólnych wierzeń i rytuałów może konfliktować albo integrować społeczeństwo, inicjować zmiany społeczne bądź je hamować, w różnym stopniu wpływając na funkcjonowanie ludzi i ich zachowania. Po przeanalizowaniu informacji i statystyk dotyczących praktykowania religijnego (*dominantes*²⁴) i poziomu przestępczości za rok 2010 można wskazać pewne prawidłowości. Okazuje się, że poziom przestępczości jest najniższy tam, gdzie poziom praktyk religijnych wyrażających się uczęszczaniem na msze jest najwyższy. Najwięcej wiernych Kościoła katolickiego uczęszcza na msze w diecezjach: tarnowskiej (70,5%), rzeszowskiej (66,8%) i przemyskiej (61,9%)²⁵. Województwo podkarpackie obejmujące te trzy diecezje jest najbezpieczniejszym regionem w Polsce. W województwie tym popełnianych jest najmniej takich przestępstw (w przeliczeniu na 100 tys. mieszkańców), jak zabójstwa, kradzieże oraz przestępstwa związane z uszczerbkiem na zdrowiu²⁶. Natomiast w zabójstwach i przestępstwach związanych z uszczerbkiem na zdrowiu przodują województwa: lubuskie, pomorskie, zachodniopomorskie, łódzkie i warmińsko-mazurskie. Porównując statystyki uczestnictwa w praktykach religijnych są to województwa, w których występuje najmniejsza frekwencja na mszach. Dla przypomnienia: najniższą frekwencję odnotowano w diecezjach: szczecińskokamińskiej (25,4%), koszalińsko-kołobrzeskiej (27,1%) i łódzkiej (27,3%)²⁷. W literaturze możemy się także spotkać z poglądem, iż wiara nie przekłada się na zachowania moralne. Świadczą o tym m.in. dane dotyczące tego, iż wśród osadzo-

²² W. Klaus, *Relacje między biedą i wykluczeniem społecznym a przestępczością*, [w:] *Społeczno-polityczne konteksty współczesnej przestępczości...*, s. 103 i n.

²³ J.J. Sztudynger, M. Sztudynger, op. cit., s. 133.

²⁴ Zgodnie z uchwałą Konferencji Episkopatu Polski, co roku przeprowadzane są badania niedzielnych praktyk religijnych (*dominantes* i *communicantes*). Wskaźnik *dominantes* oblicza się dla każdej parafii jako odsetek wiernych uczęszczających na niedzielą mszę św. w odniesieniu do ogólnej liczby zobowiązanych, Instytut Statystyki Kościoła Katolickiego, zob. [online] <www.iskk.pl/kosciolnawiecie/63-dominantes.html> (dostęp: 30.06.2014).

²⁵ Zob. [online] <www.ekumenizm.pl/content/article/20110720161849303.htm> (dostęp: 30.06.2014).

²⁶ G. Pieszko, *Przestępstwa fałszowania dokumentów na tle przestępczości ogółem w województwie podkarpackim w latach 1999–2010*, „Studia Prawnoustrojowe” 2013, nr 19, s. 152.

²⁷ Zob. [online] <www.ekumenizm.pl/content/article/20110720161849303.htm> (dostęp: 30.06.2014).

nych za przestępstwa procent ateistów jest mniejszy niż procent ateistów w społeczeństwie²⁸.

Przy próbie wyjaśniania wpływu zmian społeczno-ekonomicznych na przestępczość należy wziąć pod uwagę szereg zmian w systemie gospodarczym, kryzysy ekonomiczne przeplatające się z okresami dobrej koniunktury gospodarczej, procesy unifikacji europejskiej, rozszerzanie się Unii Europejskiej, proces globalizacji, procesy industrializacji i urbanizacji. Jeżeli ekonomiczne komponenty wpływają na wszystkie niemal przejawy społecznej aktywności, musi istnieć związek między nimi a przestępczością. Warunki, napięcia ekonomiczne mogą kreować pewne sytuacje, często sytuacje stresujące, które implikować mogą czynniki przestępne²⁹. Początkowo analizy relacji między przekształceniami ekonomiczno-społecznymi a zmianami w przestępczości wskazywały na istnienie związku przyczynowego, ale obecnie teza ta nie jest tak jednoznaczna. Można jedynie bezsprzecznie mówić o korelacji między zespołem różnych czynników, również nieekonomicznych, a niektórymi formami przestępczości.

Dobra sytuacja gospodarcza, okres dobrej koniunktury wpływać może zarówno na wzrost, jak i na zmniejszanie się liczby czynów niedozwolonych. Wzrost ilości dóbr różnego typu, które mogą stać się obiektem kradzieży lub wandalizmu, może powodować efekt okazji. W sytuacji potrzeby zwiększenia ilości czasu pracy pracujący więcej godzin spędzają poza domem, zmieniają styl swoich przyzwyczajęń – pojawić się może zatem więcej sposobności do przestępstw przeciwko osobie. Te elementy mogą wpływać na większą liczbę czynów prawnie niedozwolonych. Natomiast zwiększenie alternatywy legalnej, dobrze płatnej pracy niweluje chęć popełniania czynów nielegalnych, np. kradzieży czy oszustw. W tym przypadku pojawia się element motywacyjny, ograniczający liczbę przestępstw³⁰.

W literaturze przedmiotu brak dowodów na istnienie związku między poziomem przestępczości a poziomem uprzemysłowienia, natomiast akcentowany jest silny związek między poziomem przestępczości a ruchliwością przestrzenną ludności, rozmiarami migracji³¹. Umiędzynarodowienie przestępczości powoduje nasilenie się przestępczości zorganizowanej, zmieniają się sposoby popełniania przestępstw: przemyt, oszustwa podatkowe, przestępstwa gospodarcze, produkcja narkotyków, fałszywych pieniędzy, broni, prostytutka, „pranie brudnych pieniędzy”, przestępstwa celne, korupcja³². Zmieniająca się struktura przestępczości, formy i sposoby jej popełniania wskazują na rzeczywiste zmiany w tym zjawisku, wiążące się ze przeobrażeniami struktury społecznej oraz struktury normatywnej i hierarchii wartości w społeczeństwie.

²⁸ Ibidem.

²⁹ J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, op. cit., s. 245.

³⁰ Ibidem, s. 246.

³¹ Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, *Raport o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2010 roku*, Warszawa 2011, s. 365.

³² Ibidem.

Analizę wpływu czynników społeczno-ekonomicznych na przestępczość przeprowadzono w oparciu o dane z powiatu jarosławskiego³³.

Tabela 1

**Przestępstwa stwierdzone wg wybranych kwalifikacji prawnych
w latach 2004–2013 w powiecie jarosławskim**

Kwalifikacja	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Zabójstwo	1	4	2	0	0	1	0	1	1	0
Zgwałcenie	4	5	6	1	4	4	3	6	4	1
Uszczerbek na zdrowiu	41	32	28	33	34	28	31	33	35	38
Bójka lub pobicie	40	42	52	58	43	24	36	39	33	26
Rozbój, kradzież rozbójnicza, wymuszenie rozbójnicze	41	28	17	24	29	24	35	33	41	40
Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu	127	111	105	116	110	81	105	112	114	105
Kradzież cudzej rzeczy	428	382	414	371	303	243	247	305	399	265
Kradzież z włamaniem	332	302	273	224	219	174	170	195	244	237
Falszerstwa	134	114	246	122	58	87	124	86	110	107
Przestępstwa przeciwko mieniu	894	798	933	717	580	504	541	586	753	609
Przestępstwa drogowe	833	614	632	491	486	482	419	445	427	482
Przestępstwa pozostałe	908	808	957	786	994	646	890	822	717	620
Ogółem	2762	2331	2627	2110	2070	1713	1955	1965	2011	1816

Źródło: Dane statystyczne pozyskane z Komendy Wojewódzkiej Policji w Rzeszowie (opracowanie własne).

Czyny zabronione typu: zabójstwo, zgwałcenie, bójka lub pobicie, rozbój, kradzież rozbójnicza, wymuszenie rozbójnicze należą do najcięższych gatunkowo przestępstw, do deliktów *sensu largo* przeciwko życiu i zdrowiu. W powiecie jarosławskim ich liczba na przestrzeni analizowanych lat wahała się powyżej stu przypadków rocznie (od 127 w 2004 do 105 w 2013). Jedynie w roku 2009 ilość takich czynów spadła do poziomu 81. Przestępstwa występowały w sposób ciągły, nie wykazując żadnych zdecydowanych trendów czy znaczących odchyśleń.

Czyny zabronione typu: kradzież cudzej rzeczy, kradzież z włamaniem, fałszerstwa zakwalifikowano do przestępstw *sensu largo* przeciwko mieniu. Przestępstw takich było znacznie więcej niżeli przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu. Ich liczba począwszy od roku 2004 zmniejszyła się z 894 do 504 w roku 2009 r. W kolejnych latach ta malejąca tendencja odwróciła się i stopniowo następował wzrost. W 2013 r. odnotowano 609 takich przypadków.

Przestępstw drogowych nie analizowano pod kątem wpływu czynników społeczno-ekonomicznych na wymiar przestępczości rejestrowanej, gdyż uznano, że na tego typu czyny nie mają wpływu analizowane elementy statystyczne.

³³ Powiat jarosławski jest położony w południowo-wschodniej Polsce w województwie podkarpackim.

Liczba przestępstw ogółem zmniejszyła się z 2762 przestępstw w 2004 r. do 1816 w 2013 r. Proces ten nie miał charakteru liniowego opadania. Trzeba stwierdzić, że najmniej deliktów statystyki policyjne zanotowały w 2009 r. – tylko 1713.

Tabela 2
Wskaźniki wykrywalności w poszczególnych kategoriach przestępstw w latach 2004–2013 w powiecie jarosławskim (%)

Kwalifikacja	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Zabójstwo	100	100	100	–	–	100	–	100	100	–
Zgwałcenie	100	80	66,7	0,0	100	75,0	100	16,7	75,0	100
Uszczerbek na zdrowiu	90,2	96,9	100	90,9	97,1	96,4	90,3	90,9	85,7	81,6
Bójka lub pobicie	97,5	90,5	84,6	82,8	79,5	95,8	80,6	89,7	87,9	80,8
Rozbój, kradzież rozbójnicza, wymuszenie rozbójnicze	65,9	64,3	64,7	62,5	79,3	66,7	91,4	67,6	85,4	85,0
Kradzież cudzej rzeczy	37,4	39,1	38,2	41,1	39,9	36,8	43,0	47,7	50,6	43,1
Kradzież z włamaniem	40,5	38,8	40,4	36,2	36,4	23,6	42,9	34,5	40,1	46,1
Falszerstwa	87,8	82,2	86,5	87,7	92,0	84,0	96,7	94,1	88,1	85,9
Przestępstwa drogowe	99,5	99,8	99,7	100	100	100	99,5	100	99,8	99,8
Ogółem przestępstwa	78,6	77,4	78,2	76,4	79,6	75,9	82,9	79,2	77,7	77,3

Źródło: Dane statystyczne pozyskane z Komendy Wojewódzkiej Policji w Rzeszowie (opracowanie własne).

Wykrywalność przestępstw ogółem w powiecie jarosławskim ukształtowała się na poziomie powyżej 75,9% (najniższa wykrywalność miała miejsce w roku 2009). Demaskowanie sprawców zabójstw, zgwałceń wahało się na poziomie wyższym niż przestępstw kradzieży czy rozbójów i było uzależnione od rodzaju popełnianych czynów zabronionych. Trudno uchwycić jakiegokolwiek zależności pomiędzy stopniem wykrywalności przestępstw a elementami takimi jak: liczba mieszkańców, liczba bezrobotnych, stopień bezrobocia czy stopień wzrostu przychodów społeczeństwa powiatu jarosławskiego.

Tabela 3
Informacje statystyczne dotyczące powiatu jarosławskiego (stan na dzień 31 XII 2013)

Lata	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Liczba mieszkańców ogółem	122 767	122 577	122 202	122 061	122 031	122 051	122 894	122 677	122 414	122 227
Liczba bezrobotnych zarejestrowanych ogółem	10 091	10 063	9 569	8 663	7 651	9 515	9 505	9 684	10 176	10 044
Liczba bezrobotnych z prawem do zasiłku	862	826	733	646	1 131	1 558	1 379	1 332	1 701	880
Stopa bezrobocia rejestrowanego	19,8%	19,8%	18,7%	16,9%	15,0%	18,7%	18,5%	18,6%	19,4%	19,2%

Źródło: Dane statystyczne pozyskane z Głównego Urzędu Statystycznego (opracowanie własne).

Według przedstawionych danych w latach 2004–2013 w powiecie jarosławskim liczba mieszkańców oscylowała powyżej 122 tys. W latach 2004–2008 zmalała o 736 osób, następnie w roku 2009 wzrosła o 20 osób w stosunku do roku 2008. W 2010 r. nastąpił dynamiczny wzrost do 122 894. Kolejne trzy lata to stopniowy regularny spadek liczby mieszkańców do 122 227. Ogólny bilans wskazuje, iż w okresie 2004–2013 w powiecie jarosławskim ubyło 540 mieszkańców.

Zestawiając informacje dotyczące liczby mieszkańców z danymi o przestępstwach (por. 3 i 1), można zauważyć, iż liczba mieszkańców zmniejszała się podobnie jak liczba przestępstw ogółem, liczba przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu oraz przestępstw przeciwko mieniu. Jednak trudno znaleźć jakieś zależności natury przyczynowo-skutkowej, bowiem ilość przestępstw nie odzwierciedla spadków liczby mieszkańców i na odwrót, np. w roku 2008 mieszkańców powiatu było najmniej, natomiast najmniejszą liczbę przestępstw zanotowano w roku 2009.

Liczba zarejestrowanych bezrobotnych na przestrzeni lat 2004–2013 zmieniała się. W latach 2004–2008 ubyło 2 440 bezrobotnych (2004 – 10 091, 2008 – 7 651), następnie liczba ta stopniowo zwiększała się, by w roku 2013 przyjąć wartość 10 044. Konfrontując powyższe dane z liczbą przestępstw stwierdzonych ogółem, przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, przestępstw przeciwko mieniu, można dostrzec pewne podobieństwa. W latach 2004–2008/2009 zauważyć można tendencję spadkową wszystkich mierników, a w okresie 2009–2013 tendencję zwyżkową liczby przestępstw przeciwko mieniu oraz liczby bezrobotnych.

Pomoc osobom bezrobotnym w postaci zasiłku w powiecie jarosławskim w latach 2004–2012 systematycznie się zwiększała. Liczba bezrobotnych z prawem do zasiłku miała tendencję wzrostową. W 2004 r. bezrobotnych z prawem do zasiłku było 862, a w 2012 r. aż 1 701. W 2013 r. liczba bezrobotnych pobierających zasiłki zmalała do 880. Zestawiając powyższe informacje z liczbą stwierdzonych przestępstw o różnych kwalifikacjach prawnych, nie widać zależności ani klarownego wpływu liczby bezrobotnych z prawem do zasiłku na ilość popełnianych przestępstw. Na liczbę bezrobotnych z prawem do zasiłku miały wpływ fundusze pomocowe oraz interwencjonizm państwa.

Stopa bezrobocia rejestrowanego w latach 2004–2008 w powiecie jarosławskim powolnie opadała: od 19,8% w 2004 r. do 15% w 2008 r., następnie tendencja ta zmieniała się i zaczęła wzrastać od 18,7% w 2009 r. do 19,2% w 2013 r. Jedyne w latach 2007–2008 stopa bezrobocia rejestrowanego w powiecie jarosławskim spadła poniżej 18%, podczas gdy liczba przestępstw ogółem, przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu oraz przestępstw przeciwko mieniu utrzymywała się na relatywnie, względem innych analizowanych lat, wysokim poziomie. W okresie 2004–2008 stopa bezrobocia miała tendencję spadkową, podobnie jak liczba stwierdzonych przestępstw. W kolejnych latach 2009–2013 orientacja odwróciła się i stopa bezrobocia rejestrowanego zaczęła wzrastać, co również rzutować mogło na symptomatyczny wzrost przestępczości.

Tabela 4

**Informacje dotyczące liczby złożonych zeznań podatkowych
w podziale na wykazane kwoty dochodu w latach 2004–2013**

Lata	Ilość zeznań złożonych			Liczba zeznań z wykazaną kwotą dochodu do 10 000 zł, zerowym dochodem lub stratą		Liczba zeznań z wykazaną kwotą dochodu od 10 001 zł, do 80 000 zł		Liczba zeznań z wykazaną kwotą dochodu powyżej 80 001 zł	
	ogółem	indywidualnie*	wspólnie*	indywidualnie*	wspólnie*	indywidualnie*	wspólnie*	indywidualnie*	wspólnie*
2013	58 153	42 584	15 569	11 520	1 041	30 365	12 516	699	2 012
2012	58 816	43 123	15 693	13 029	1 097	29 453	12 719	641	1 877
2011	58 559	42 857	15 702	16 190	1 212	26 603	12 727	640	1 763
2010	58 663	43 229	15 433	18 168	1 365	24 495	12 545	566	1 523
2009	58 118	42 756	15 362	19 519	1 513	22 708	12 552	529	1 297
2008	57 871	42 580	15 291	21 516	1 792	20 573	12 438	491	1 061
2007	56 585	41 445	15 140	23 735	2 530	17 338	11 925	372	685
2006	56 414	41 469	14 945	24 459	3 028	16 664	11 388	346	529
2005	53 979	37 058	16 921	23 515	3 382	13 308	13 090	235	449
2004	53 977	37 272	16 705	24 145	3 394	12 944	12 862	183	449

* liczba zeznań podatkowych złożonych indywidualnie lub przez osoby samotnie wychowujące dzieci
Źródło: Dane statystyczne pozyskane z Urzędu Skarbowego w Jarosławiu (opracowanie własne).

W kategorii rozliczeń podatkowych analizą objęto dane dotyczące lat 2004–2013 w kilku typach zeznań: złożonych ogółem, indywidualnie i wspólnie; z wykazaną kwotą dochodu do 10 000 zł, zerowym dochodem lub stratą; z wykazaną kwotą dochodu od 10 001 do 80 000 zł; z wykazaną kwotą dochodu powyżej 80 001 zł. Na przestrzeni badanych lat nastąpiło zwiększenie liczby złożonych zeznań o 4 176 (w 2004 r. było 53 977 zeznań, natomiast w 2013 r. – 58 584), przy czym więcej osób rozliczało się indywidualnie, mniej natomiast opodatkowywało się wspólnie. O ponad połowę zmniejszyła się liczba indywidualnych zeznań z wykazaną kwotą dochodu do 10 000 zł (w 2004 r. – 24 145 zeznań, a w 2013 r. – 11 520) i ponad trzykrotnie zmniejszyła się liczba takich zeznań złożonych wspólnie (w 2004 r. – 3 394, w 2013 r. – 1 041). Ponadto znacznie zwiększyła się liczba zeznań z wykazaną kwotą dochodu od 10 001 do 80 000 zł – indywidualnych o 17 421. Porównując lata 2004 i 2013, spadła liczba zeznań wspólnych z 12 862 w 2004 r. do 12 516 złożonych w 2013 r. W grupie zeznań z wykazaną kwotą dochodu powyżej 80 001 zł, liczba indywidualnych wzrosła z 183 w 2004 r. do 699 w 2013 r., a wspólnych z 449 w 2004 r. do 1 012 w 2013 r.

Na podstawie przeprowadzonej analizy danych można stwierdzić, że:

1) wzrost liczby składanych zeznań podatkowych świadczy o tym, iż więcej osób uzyskuje przychody, w związku z którymi jest zobowiązana do rozliczania się z organami podatkowymi;

2) w okresie 2004–2013 zmniejszyła się liczba zeznań z wykazaną kwotą dochodu do 10 000 zł, zerowym dochodem lub stratą, a to oznacza, że coraz mniej jest osób z najniższymi przychodami;

3) w latach 2004–2013 zwiększyła się liczba zeznań z wykazaną kwotą dochodu od 10 001 do 80 000 zł i dochodu powyżej 80 001 zł, a zatem społeczeństwo powiatu jarosławskiego deklaruje wyższe przychody.

Przedstawione powyżej dane ukazujące deklarowanie wyższych przychodów mogą upoważniać do postawienia tezy o stopniowym bogaceniu się społeczeństwa na terenie powiatu jarosławskiego. Oczywiście jest to jedynie próba zdiagnozowania zaistniałej sytuacji, bez głębszego wnikania w czynniki makro- i mikroekonomiczne.

Poddając próbie porównania dane o złożonych zeznaniach podatkowych w podziale na wykazane kwoty dochodu do przestępstw stwierdzonych w powiecie jarosławskim w latach 2004–2013 (por. tab. 1 i 4), można stwierdzić, że wzrosła liczba zeznań ogółem oraz zeznań z wykazaną kwotą dochodu od 10 001 do 80 000 zł i powyżej 80 001 zł i z tym ze stopniowym wzrostem przychodów społeczeństwa zauważalny jest trend zmniejszania się liczby przestępstw ogółem (w 2004 r. – zarejestrowano 2762 przestępstwa, w 2013 r. – 1816 przestępstw) i liczby przestępstw przeciwko mieniu (w 2004 r. – odnotowano 894 przestępstwa, w 2013 r. – 609 przestępstw). Można więc wysnuć wnioski, że wzrost przychodów społeczeństwa ma wpływ na zmniejszanie się liczby przestępstw ogółem i przestępstw przeciwko mieniu.

Badania przeprowadzone zostały w oparciu o dane z Komendy Wojewódzkiej Policji w Rzeszowie informujące o ilości przestępstw stwierdzonych i stopniu wykrywalności na terenie powiatu jarosławskiego, danych demograficznych z GUS ukazujących liczbę mieszkańców powiatu jarosławskiego na przestrzeni lat, liczbę bezrobotnych, stopień bezrobocia rejestrowanego, danych z Urzędu Skarbowego w Jarosławiu ukazujących „zamożność” mieszkańców. Analiza miała na celu porównanie poziomu przestępczości w poszczególnych latach z liczbą ludności, stopą bezrobocia oraz ilością i jakością złożonych zeznań podatkowych (kreujących zamożność społeczeństwa). Na podstawie przeprowadzonych porównań należy stwierdzić, że przemiany społeczno-ekonomiczne nie determinują w zauważalny sposób zmian w zjawisku przestępczości. Istnieją jednak zależności potwierdzające istnienie korelacji między pewnymi zmianami społeczno-ekonomicznymi a zmianami w częstotliwości występowania pewnych rodzajów przestępstw w określonych odciinkach czasowych.

Należy przy tym pamiętać, że pod danymi statystycznymi kryją się także sytuacje życiowe poszczególnych osób, a często ich rodzin, niekoniecznie związane z czynnikami społeczno-ekonomicznymi – to element czysto ludzki. Mając na względzie, że analizie poddano tylko kilka czynników (liczba mieszkańców, osób bezrobotnych, bezrobotnych z prawem do zasiłku, stopień bezrobocia, liczba złożonych zeznań podatkowych) nie wszystkie zależności zostały uchwycone. W świetle powyższych rozważań można uznać, że sytuacja społeczno-ekonomiczna może być

czynnikiem wpływającym na działalność przestępczą. Problematiczny pozostaje aspekt właściwej interpretacji, tj. uchwycenia empirycznych zależności między omawianymi wyżej czynnikami.

Na podstawie przedstawionych i analizowanych parametrów można stwierdzić, że określone czynniki społeczno-ekonomiczne i liczba przestępstw w mierzonej próbie pozostają ze sobą w korelacjach, jednak dokładne zbadanie zachodzących zależności przyczynowych jest trudne do jednoznacznego wyjaśnienia. Opierając się na badaniach prezentowanych w literaturze fachowej i dokonanej analizie wpływu zależności, można wysnuć wnioski, że optymistyczny skutek w zakresie zapobiegania przestępczości niosą ze sobą tylko takie formy działania, które nie są zorientowane ściśle na wsparcie sprawców czy ofiar, lecz te, którym towarzyszą również środki mające na celu redukcję nierówności dochodów oraz propagowanie spójności społecznej³⁴. Miarą tak zaplanowanych działań powinna być wydajniejsza resocjalizacja sprawców i poprawa struktury społeczeństwa. Dzięki temu osłabieniu ulegną możliwości czy też potrzeby przestępcze. Nie można zapominać, że choć rozwój strategii prewencyjnych może wpływać na redukcję nasilenia danego rodzaju przestępczości w określonych miejscach, to jednak zasadniczo nie ma on klarownego wpływu na zmniejszenie lub nasilenie przestępczości ogółem w skali całego kraju, ta bowiem zależy od bardzo wielu czynników³⁵.

Summary

Economic-social aspects of crime

Key words: law, economy, crime, society.

Crime accompanies social life from its beginnings – it occurs in every society and at every stage of development, regardless its structure, political system or historical period. Crime is undoubtedly a consequence of many social-economic phenomena being subject to continuous changes, therefore there are many controversies about the social-economic conditions' impact on the crime rate. The article's aim is to answer whether the crime rate found in the County of Jarosław is clearly affected by social-economic factors.

³⁴ W. Klaus, *Zapobieganie przestępczości – polityka społeczna przeciwdziałająca wykluczeniu społecznemu*, [w:] *Spoleczno-polityczne konteksty współczesnej przestępczości...*, s. 149 i n.

³⁵ W. Klaus, A. Kossowska, *Skuteczność prowadzonych działań prewencyjnych, czyli co działa w praktyce*, [w:] *ibidem*, s. 195 i n.

Marta Romańczuk-Grącka

Katedra Prawa Karnego Materialnego

Wydział Prawa i Administracji UWM

**Zakaz reklamy lub promocji działalności polegającej
na rozpowszechnianiu treści pornograficznych
w sposób umożliwiający zapoznanie się z nimi
małoletniemu poniżej lat 15
(art. 200 § 5 k.k.)**

Z dniem 26 maja 2014 r. rozszerzył się zakres penalizacji czynów w sferze obyczajności na szkodę małoletnich poniżej lat 15. Pośród znowelizowanych przepisów znalazł się czyn, który można określić jako zakaz reklamy lub promocji rozpowszechniania treści pornograficznych względem tej kategorii osób. Ustawodawca usytuował go w art. 200 § 5 k.k. w ramach większej nowelizacji Rozdziału XXV Kodeksu karnego, w wyniku której systematyka przestępstw w nim zawartych ma inny, nieco bardziej przejrzysty kształt. Warto podkreślić, że aby zapewnić tożsamość przedmiotu ich ochrony, część dotychczas obowiązujących przepisów zmieniła swoje usytuowanie, część zaś pojawiła się w polskim porządku prawnym po raz pierwszy i tak w art. 200 skreślono § 2, dodano natomiast § 3 stanowiący powtórzenie dotychczasowego brzmienia przepisu art. 202 § 2 k.k. przy jednoczesnym zastrzeżeniu sankcji do 3 lat pozbawienia wolności. W § 4 tej jednostki ustawodawca określił czyn polegający na prezentowaniu małoletniemu poniżej lat 15 wykonanie czynności seksualnej w celu swojego zaspokojenia seksualnego lub zaspokojenia seksualnego innej osoby. W § 5 zaś wskazał znamiona czynu będącego przedmiotem niniejszego artykułu. Celem opracowania jest możliwie wnikliwa ich analiza oraz omówienie powodów uzasadniających kryminalizację tego czynu.

Nowelizacja Rozdziału XXV Kodeksu karnego stanowiła wyjęcie przed nawias z przewidywanej ogólnej reformy prawa karnego grupy przepisów przeciwko wolności seksualnej i obyczajności ze względu na upływający termin do wdrożenia Dyrektywy 2011/93/UE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępującej decyzję ramową Rady

2004/68/WSiSW¹ oraz podpisanej przez Polskę 25 października 2007 r. Konwencji Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych (tzw. Konwencja z Lanzarote), jak również – w zakresie dotyczącym zwalczania przestępstw związanych z pornografią dziecięcą – podpisanej przez Polskę 23 listopada 2001 r. Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości².

Zakaz reklamy pornografii nie był jednak przedmiotem projektu przygotowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego ani pierwotnego projektu rządowego nowelizacji ustawy – Kodeks karny. Został zaproponowany przez stronę rządową dopiero na etapie pracy w podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk nr 2016) i uwzględniony w sprawozdaniu tejże (druk 2146). Po zaproponowaniu przez Senat zmiany redakcyjnej przedmiotowego przepisu (druk 2233) i przyjęciu jej przez Komisję Sprawiedliwości i Praw Człowieka (druk 2268) art. 200 § 5 k.k. zyskał brzmienie: „Karze określonej w § 3 podlega, kto prowadzi reklamę lub promocję działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych w sposób umożliwiający zapoznanie się z nimi małoletniemu poniżej lat 15”.

Złożenie propozycji rozszerzenia zakresu kryminalizacji o art. 200 § 5 k.k. na tak zaawansowanym etapie procesu legislacyjnego spowodowało, iż brak jest dla niej oficjalnego uzasadnienia. Uzasadnienie do projektu ustawy wprowadzającej nie wskazuje motywów ustawodawcy, gdyż w czasie jego formułowania nie istniała jeszcze bliżej zarysowana koncepcja zakazu reklamy pornografii. Z innych źródeł wiadomo, że przepis ten został wprowadzony w wyniku kampanii społecznej zorganizowanej przez Stowarzyszenie „Twoja Sprawa”. Według informacji prasowych kilkanaście tysięcy konsumentów wysłało listy do Ministra Sprawiedliwości oraz do przewodniczącego parlamentarnej Komisji ds. Kodyfikacji. Ministerstwo Sprawiedliwości zdecydowało się zaproponować stosowne zmiany do kodeksu, które następnie zostały (niemal jednogłośnie) przyjęte przez Sejm i Senat jako część większej nowelizacji³.

Skuteczność akcji społecznej z pewnością wynika z faktu masowego rozprzestrzeniania pornografii. Zgodnie z badaniami firmy Megapanel PBI/Gemius, szacuje się, że tylko we wrześniu 2013 r. na jedną z reklamowanych stron pornograficznych weszło ponad 140 tys. dzieci w wieku od 7 do 14 lat. Natomiast liczba dzieci odwiedzających ogółem strony tego typu została w tym czasie oszacowana na ponad 720 tys.⁴

¹ Dz. Urz. UE L 335 z 17 grudnia 2011 r., s. 1; Dz. Urz. UE L 18 z 21 stycznia 2012 r., s. 7. Termin wdrożenia Dyrektywy miał upłynąć 18 grudnia 2013 r.

² Ustawa z dnia 4 kwietnia 2014 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 538).

³ A. Łukaszewicz, *Za ukrytą reklamę pornografii do więzienia*, „Rzeczpospolita” 2014, [online] <<http://prawo.rp.pl/artukul/1095908.html>> (dostęp: 7.07.2014).

⁴ Ibidem.

Przyczyną takiego stanu rzeczy jest brak właściwych zabezpieczeń uniemożliwiających wejście małoletniego na strony zawierające treści pornograficzne. Możliwości skorzystania z takiej oferty jest wiele. Małoletni może wpisać numer karty kredytowej rodziców, może również zapoznać się z taką treścią u pełnoletniego kolegi. Także w przypadku korzystania z telefonu nie zawsze uda się ustalić, że kod dostępu do strony próbuje wpisać osoba małoletnia⁵. Istnieją również strony, które w ogóle nie przewidują szczególnych zabezpieczeń i wystarcza kliknięcie na ikonkę mam „18 lat”. W wielu przypadkach usługodawcy umożliwiają ponadto nieodpłatne zaznajomienie się z dostępnymi ofertami. Przykładowo: odwiedzający (*visitor*) ma możliwość, często bez kontroli wieku, skorzystać z tzw. *visitingtour* lub też *Kostproben*, dających możliwość dostępu do części udostępnianych materiałów pornograficznych⁶.

Istotnym czynnikiem wpływającym na dużą liczbę małoletnich konsumentów pornografii ma reklama. Głośne były przede wszystkim działania serwisu z sekskamerkami ShowUp.tv, który reklamował się na billboardach w największych miastach. Niewinne wyglądające billboardy reklamujące linki z pornografią bardzo często usytuowane były w okolicy szkół. Na pierwszej reklamie widać dwie kobiety, z których jedną wystylizowano na anioła, a drugą na diabła, natomiast na drugiej widać kobietę-diablicę i mężczyznę w garniturze. Oba billboardy wieńczyło hasło: „Bo wszystkie diabllice są twoje po pracy”. Komisja Etyki Reklamy stwierdziła, że billboardy serwisu Showup.tv przekraczają granice obyczajowości i zawierają treści dyskryminujące kobiety. Ponadto reklama jest skrajnie niebezpieczna i szkodliwa dla dzieci, ponieważ znajduje się w przestrzeni publicznej, gdzie mogą ją one łatwo zauważyć⁷.

Wspomniany serwis stanowi tylko przykład tego typu działalności reklamowej. Zjawisko ma znacznie szerszy zakres. Obejmuje nie tylko serwisy internetowe, lecz również inne media, szczególnie kolorową prasę. Reklamy ostrej pornografii zamieszczane są w magazynach telewizyjnych, z którymi małoletni zazwyczaj styka się we własnym domu. W ten sposób każde dziecko, które ma komórkę, może bez jakiegokolwiek kontroli kupić i ściągnąć na telefon treści pornograficzne za drobną kwotę, np. 1 zł + VAT lub za niewiele więcej. Rodzice zaś nie są w stanie takiego zakupu nawet wychwycić. Na tych samych stronach gazet, gdzie widnieją reklamy filmów porno, znajdują się także reklamy produktów dla dzieci. Mimo że reklamy te są częściowo zasłonięte, każdy jest w stanie zidentyfikować reklamowaną treść. Wprawdzie zwykle zawierają ostrzeżenie, że ich treści są przeznaczone tylko dla dorosłych, jednak nie ma realnej weryfikacji wieku kupującego. Po ściągnięciu filmu zaczynają przychodzić wulgarne i obsceniczne sms-y zachęcające do dalszych

⁵ T. Pudo, *Pornografia w Internecie – aspekty prawnokarne*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2005, z. 2, s. 112.

⁶ M. Siwicki, *Nielegalna i szkodliwa treść w Internecie. Aspekty prawnokarne*, Lex 2011.

⁷ Zob. [online] <www.wirtualnemedi.pl/artukul/ker-krytykuje-billboardy-showup-tv-nieobyczajne-i-dyskryminuja-kobiety> (dostęp: 7.07.2014).

zakupów. Każde dziecko, które kupiło tego typu film, staje się przedmiotem działań marketingowych branży pornograficznej⁸.

Nie budzi wątpliwości, że należało podjąć kroki przeciwdziałania temu zjawisku. Wszak negatywne konsekwencje pornografii dotyczą tak sfery społecznej, psychologicznej, moralnej, jak i zdrowotnej, co szczególnie dotyka młodych ludzi w okresie pokwitania⁹. Inicjatywa ustawodawcza korespondowała jednocześnie z art. 21 Dyrektywy zatytułowanym „Środki zapobiegające reklamowaniu okazji do niegodziwego traktowania oraz turystyki seksualnej”. Zgodnie z nim państwa członkowskie zobowiązane są m.in. do podjęcia odpowiednich środków w celu zapobiegania lub zakazania rozpowszechniania materiałów reklamujących możliwość popełnienia jakiegokolwiek przestępstwa, o którym mowa w art. 3–6 Dyrektywy, czyli przestępstw związanych z niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych, z wykorzystywaniem seksualnym oraz związanych z pornografią dziecięcą¹⁰.

Zasadność wprowadzenia przepisu nie wyłącza jego nieuchronnej wady, jaką jest nieostrość wynikająca z nagromadzenia zwrotów trudnych do jednoznacznego zdefiniowania. Aby je wskazać, należy poddać analizie poszczególne znamiona ustawowe art. 200 § 5 k.k.

Podmiotem przestępstwa jest każda osoba zdolna do odpowiedzialności karnej, bowiem do prowadzenia reklamy lub promocji działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych nie są wymagane żadne kwalifikacje, stanowisko czy jakiegokolwiek szczególne cechy osoby. Nie budzi zatem wątpliwości, że podmiot przestępstwa ma charakter powszechny.

Należy się zastanowić nad tym, komu najczęściej mogą być stawiane zarzuty popełnienia tego przestępstwa, czy nie dotyczy to w szczególności dostawców dostępu do Internetu oraz innych operatorów usług internetowych odpowiedzialnych za przesyłanie lub rozpowszechnianie informacji zakazanych przez prawo. Ze względu na specyfikę podmiotów prowadzących działalność gospodarczą na rynku internetowym należałoby zadać pytanie, na jakich zasadach powinni odpowiadać ci operatorzy usług internetowych uczestniczący w udostępnianiu lub rozpowszechnianiu zakazanych przez prawo reklam, którzy pełnią w istocie rolę wyłącznie pośredników w odniesieniu do działań inicjowanych przez osoby trzecie. Zgodnie z obowiązującym w Polsce prawem, powinni oni odpowiadać według ogólnych reguł odpowiedzialności za współsprawstwo lub pomocnictwo, również popełniane przez zaniechanie polegające na ułatwianiu innej osobie dokonania czynu zabronionego¹¹.

⁸ Zob. [online] <<http://wiadomosci.onet.pl/kraj/prokuratura-zbada-reklamy-pornografii-w-prasie/8w00p>> (dostęp: 7.07.2014).

⁹ Por. M. Budyn-Kulik, *Psychologiczne i społeczne następstwa konsumpcji pornografii*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Pornografia*, Warszawa 2011, s. 193-196.

¹⁰ Art. 21 pkt a) Dyrektywy 2011/93/UE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępującej decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW.

¹¹ M. Siwicki, op. cit.

W grę mogą wchodzić: dostawca treści jako podmiot, który zamieszcza informacje; operator sieci telekomunikacyjnej jako podmiot umożliwiający transmisję danych zapewniając dostęp do Internetu; dostawca dostępu do sieci i dysponent sieci telekomunikacyjnej jako podmiot oferujący dostęp do obcych źródeł Internetu w ten sposób, że zapewnia jedynie „techniczny transport” danych; dostawca usług internetowych jako podmiot, który dostarcza i przechowuje gotowe do przywołania obce oferty i usługi. Należy przy tym podkreślić, że niejednokrotnie ten sam podmiot może pełnić różne role. Istnieją również inne funkcje w obrocie informacją cyfrową. Niejednokrotnie pojawiają się trudności w ścisłym zdefiniowaniu określonych usługodawców, co wynika z jednej strony z braku utrwalonej (także w warstwie językowej) terminologii prawniczej, a z drugiej – z dynamicznego i wielostronnego rozwoju środków technicznych umożliwiających świadczenie różnego rodzaju zaawansowanych usług z wykorzystaniem Internetu¹².

Wobec usługodawców stanowiących podmiot zbiorowy w rozumieniu art. 3 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary¹³ ma zastosowanie art. 16 ust. 1 pkt 7, zgodnie z którym podmiot ten odpowiada za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, określone w art. 199–200b i art. 202–204 k.k., a więc również za zakaz reklamy pornografii¹⁴.

Zakaz reklamy pornografii jest przestępstwem umyślnym, możliwym do popełnienia w obu postaciach zamiaru – zarówno bezpośrednim, jak i ewentualnym. Do zaistnienia tego typu przestępstwa wystarczy, że sprawca przewiduje możliwość, że reklamowana przez niego działalność polega na rozpowszechnianiu treści pornograficznych, albo że są one rozpowszechniane w sposób umożliwiający małoletniemu poniżej lat 15 zapoznanie się z nimi i z taką możliwością się godzi. W związku z myłymi nieraz nazwami reklamowanej działalności należy podkreślić, że nieumyślne lub obarczone istotnym błędem zachowanie sprawcy wyłącza przestępczość faktycznie popełnionego czynu.

Wokół przedmiotu ochrony przestępstwa z art. 200 § 5 k.k. toczą się aktualnie spory. Tytuł Rozdziału XXV, do którego przestępstwo to jest przypisane, brzmi „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”. Przeciwdziałanie pornografii należy wprawdzie do sfery obyczajności, jednak po nowelizacji obowiązującej od 26 maja 2014 r. przestępstwa pornograficzne na szkodę osób małoletnich znalazły się w jednostce dotyczącej ich wykorzystywania seksualnego. Nie oznacza to, że dobrem prawnie chronionym jest w tym przypadku wolność seksualna małoletniego, gdyż ze względu na swój wiek nie jest on zdolny do wyrażenia zgody

¹² Ibidem.

¹³ Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. poz. 768, z późn. zm.).

¹⁴ Artykuł ten został znowelizowany tą samą ustawą, która wprowadziła typ przestępstwa polegający na zakazie reklamy pornografii. Zob. art. 4 Ustawy z dnia 4 kwietnia 2014 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2014, poz. 538).

dotyczącej swojego życia seksualnego¹⁵. W toku prac nad nowelizacją pojawiła się koncepcja inaczej określonego dobra prawnego, oddającego specyfikę pokrzywdzenia małoletniego, mianowicie jego rozwoju psychoseksualnego. Mimo licznych argumentów przeciwko wprowadzeniu tego pojęcia do języka prawnego¹⁶, należy przyjąć, że w przypadku całego art. 200 jest to najbardziej trafne określenie dla zindywidualizowanego przedmiotu ochrony.

Pośród znamion strony przedmiotowej najistotniejsze jest określenie formy czynu. W zakresie przestępstwa z art. 200 § 5 k.k. należy przyjąć, że czynność sprawcza przyjmuje postać działania. Prowadzenie reklamy lub promocji oznacza bowiem publiczne rozpowszechnianie znaków towarowych lub symboli graficznych i innych oznaczeń z nimi związanych, a także nazw i symboli graficznych podmiotów prowadzących działalność w określonym zakresie¹⁷. Znamię prowadzenia reklamy nie jest obce polskiemu prawu karnemu, gdyż występuje w art. 110a k.k.s.¹⁸ odnoszącym się do gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości, zakładów wzajemnych lub gier na automatach. Przepis ten kryminalizacją obejmuje również czerpanie korzyści z zakazanej reklamy, czego brakuje w regulacji art. 200 § 5 k.k.

W przypadku omawianego artykułu reklamowana działalność ma polegać na rozpowszechnianiu treści pornograficznych. Zaniechanie nie jest tu możliwe. Można co najwyżej rozważyć możliwość zastosowania konstrukcji z art. 18 § 3 zdanie drugie, umożliwiającej pociągnięcie do odpowiedzialności za zaniechanie polegające na ułatwianiu innej osobie dokonania czynu zabronionego. Gwarantem bezpieczeństwa treści zamieszczanych w Internecie może być przykładowo administrator sieci mający możliwość przeglądania danych umieszczanych przez użytkowników na zarządzanym przez niego serwerze. Może też usuwać dane w przypadku złamania regulaminu udostępniania na nim miejsca¹⁹. W związku z zakazem reklamy pornografii należy domniemywać istnienie obowiązku po stronie administratora co najmniej zawiadomienia właściwych organów o popełnieniu przestępstwa w przypadku, gdy reklama taka znajdzie się wśród treści zamieszczanych na obsługiwanym serwerze. Pojawia się pytanie, czy w ramach zwykłych kompetencji do usuwania

¹⁵ Por. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1935, s. 367; M. Filar, *Przestępstwa seksualne w nowym kodeksie karnym*, [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, nr 2, Warszawa 1997, s. 30; A. Wądołowska, *Wolność seksualna jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 4, s. 144; M. Rodzyńkiewicz, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 Kodeksu karnego*, Kraków 1999, s. 553; M. Bielski, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II: *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, wyd. 3, Warszawa 2008, s. 648.

¹⁶ Szerzej na ten temat M. Romańczuk-Grącka, *Rozwój psychoseksualny małoletnich jako dobro prawne*, [w:] I. Sepioło-Jankowska (red.), *Reforma prawa karnego*, Warszawa 2014.

¹⁷ Por. komentarz do art. 110a k.k.s. [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2012.

¹⁸ Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r., poz. 186).

¹⁹ Zob. T. Pudo, op. cit., s. 105–106.

danych administrator bez stosownej denuncjacji może usunąć reklamę bez narażania się z kolei na zarzut poplecznictwa. Jego zachowanie może być przecież analizowane z punktu widzenia art. 239 k.k. i stanowić zacieranie śladów przestępstwa. Na przytoczonym przykładzie widać kolizję obowiązków administratora sieci, który z jednej strony powinien treści usunąć, żeby nie narazić się na zarzut pomocnictwa przez zaniechanie, z drugiej strony nie powinien tego czynić, by uniknąć zarzutu poplecznictwa w postaci zacierania śladów przestępstwa. Ten paradoks powstaje na płaszczyźnie teoretycznej, natomiast praktyka powinna rozwiązać go w kierunku wzmocnienia obowiązku informowania organów ścigania o popełnionym przestępstwie. Większość właścicieli znanych sieci, starając się zapobiec zamieszczeniu reklam działalności pornograficznych na ich stronach, wystosowała listy do firm z tej branży z oświadczeniem o braku możliwości zamieszczenia reklam o takim charakterze²⁰.

Istotą rozpowszechniania jest czynienie określonych treści powszechnie dostępnymi²¹. Do zaistnienia przestępstwa z art. 200 § 5 k.k. istotne jest, by to rozpowszechnianie odbyło się w sposób umożliwiający małoletniemu poniżej lat 15 zapoznanie się z reklamowanymi treściami. Sformułowane w przepisie znamię tego sposobu działania nie jest obce naszemu prawu. Występowało bowiem już w art. 202 § 2 k.k., a obecnie w art. 200 § 3 k.k. W odniesieniu do przestępstwa rozpowszechniania pornografii należy je rozumieć jako taki sposób, który nie wyeliminuje możliwości zapoznania się z nią przez małoletniego²². W obecnym stanie prawnym i faktycznym oznacza to możliwość zapoznania się z takimi treściami przez wspomnianą kategorię użytkowników w każdym przypadku, gdyż małoletni są w stanie łatwo pokonać istniejące zabezpieczenia, zwłaszcza gdy są przedmiotem zabiegów marketingowych. Inicjatorzy nowelizacji pragną, aby operatorzy ustawili domyślną blokadę antypornograficzną, usuwalną wyłącznie przez osoby pełnoletnie. Jako wzór podaje system, który działa w Wielkiej Brytanii, a uniemożliwia dostęp do kontentu pornograficznego i innych treści przeznaczonych dla osób dorosłych. Klasyfikacji dokonuje organizacja British Board of Film Classification (BBFC)²³.

Bezpośrednią czynność wykonawczą stanowi reklama i promocja. Definicje reklamy są na ogół nieostre ze względu na różnorodność postaci reklam i środki, którymi się ona posługuje, a także ze względu na specyfikę określonych produktów, będących przedmiotem reklamy²⁴. Niezależnie od ustawowych definicji reklamy, z punktu widzenia psychologii jest ona typowym procesem komunikacji o charakte-

²⁰ Uczynił tak m.in. koncern Google w odniesieniu do sieci AdWords, [online] <<http://tvn24bis.pl/informacje,187/google-zakazuje-pornografii-w-reklamach-online,446232.html>> (dostęp: 7.07.2014).

²¹ M. Mozgawa, P. Kozłowska-Kalisz, *Analiza dogmatyczna przestępstw związanych z pornografią (zagadnienia podstawowe)*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Pornografia*, s. 70.

²² T. Pudo, op. cit., s. 112.

²³ A. Łukaszewicz, op. cit.

²⁴ K. Grzybczyk, M. Jagielska, *Obowiązek informacyjny wobec konsumenta a reklama*, [w:] M. Namysłowska (red.), *Reklama. Aspekty prawne*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2012.

rze perswazyjnym²⁵. Regulacje prawne dotyczące reklamy zmierzają nie tyle w kierunku zdefiniowania i określenia, co jest reklamą, a co nie, ile w kierunku wprowadzenia ograniczeń w zakresie prowadzenia działalności reklamowej na określonym obszarze. Powody takich ograniczeń są różne, najczęściej jednak uzasadnione bywają koniecznością ochrony określonych wartości lub poszanowania praw innych²⁶. Co jest reklamą w kontekście art. 200 § 5 k.k., trzeba będzie każdorazowo oznaczać w kontekście pozostałych znamion ustawowych tego przestępstwa. Z uwagi na potrzebę zgodności systemowej należy uważać za aktualne komentarze i wyniki praktyki oparte na wspomnianym wyżej art. 110a k.k.s. oraz art. 29 ust. 6 ustawy o grach hazardowych²⁷.

Promocję natomiast w powszechnym użyciu można zdefiniować jako różnego rodzaju zabiegi i środki, za pomocą których doprowadza się do świadomości ludzi informacje i oceny dotyczące produktów (towarów lub usług) albo idei (koncepcji, nauk, programów wyborczych itd.). Cele te realizuje się m.in. poprzez informowanie, demonstrowanie, przekonywanie, zachęcanie, powtarzanie itp.²⁸ Jak widać, trudno odróżnić promocję od reklamy i można sądzić, że pierwsza jest po prostu częścią drugiej. Pomocniczo należy sięgnąć do art. 29 ust. 7 ustawy o grach hazardowych, który zawiera definicję legalną promocji gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości, zakładów wzajemnych lub gier na automatach. Analogicznie do tej regulacji działalność promocyjna w odniesieniu do rozpowszechniania pornografii może odbywać się w szczególności poprzez publiczną prezentację działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznej oraz wręczanie żetonów (umożliwianie bezpłatnego dostępu do tych treści). Reklama i promocja jako przedmiot wykonawczy może przyjąć postać plakatu, ulotki, zapisu informatycznego bądź gadżetu związanego z prowadzoną działalnością.

Do znamion strony przedmiotowej zaliczyć należy w końcu rozpowszechnianie „treści pornograficznych” mających charakter ocenny. W nauce prawa karnego można odnotować dwie propozycje co do kryterium, jakim powinien kierować się sąd przy określaniu, czy zachodzi wspomniane znamię ustawowe. Pierwsze kryterium (subiektywne) odnosi się do słusznej oceny osoby przeciętnie wrażliwej, zintegrowanej społecznie oraz świadomej powszechnie akceptowanych wartości. Drugie kryterium (obiektywne) odrywa zakres przedmiotowy pornografii od jakichkolwiek ocen jej odbiorców²⁹. Na szczególną uwagę zasługuje druga z wymienionych propozycji. Jej autor – Jarosław Warylewski – aktualizując definicję pojęcia „pornografia” o nowe jej atrybuty wynikające z technologii cyfrowej, proponuje, by „treści

²⁵ A. Jachnis, J.F. Terelak, *Psychologia konsumenta i reklamy*, Bydgoszcz 1998, s. 220.

²⁶ K. Grzybczyk, M. Jagielska, op. cit.

²⁷ Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201, poz. 1540).

²⁸ Zob. [online] <<http://ardeum.pl/roznice-miedzy-marketingiem-promocja-i-reklama/>> (dostęp: 7.07.2014).

²⁹ Zob. J. Warylewski, *Pornografia – próba definicji*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Pornografia*, s. 26. Por. M. Filar, *Pornografia. Studium z dziedziny polityki kryminalnej*, Toruń 1977, s. 30.

pornograficzne” oraz synonimiczną do nich „pornografię” w rozumieniu wąskim (normatywnym) określać jako „treści zawarte w dającym się wyodrębnić przekazie informacyjnym (prezentacji) bądź w jego istotnych i odpowiednio spójnych fragmentach w formie materialnej lub zdematerializowanej utwalone za pomocą dowolnego nośnika lub nieutwalone, charakteryzujące się tym, iż przedstawiają w jakiegokolwiek formie autentyczne lub tylko wyobrażone (wykreowane) przejawy płciowości lub życia seksualnego człowieka w wymiarze ograniczonym (sprowadzonym) do funkcji fizjologicznych oraz aspektów techniczno-biologicznych”³⁰. Definicja ta w sposób widoczny abstrahuje od intencji twórcy takich treści, jak również od subiektywnych ocen odbiorców, gdyż te mogą być całkowicie od siebie dalekie. Autor podkreśla jednak, że pominięte elementy mogą i powinny być uwzględnione przy ocenie stopnia szkodliwości społecznej czynu, jego strony podmiotowej bądź niekiedy sytuacji kontratypowej³¹.

Najczęściej przywoływane w literaturze kryteria oceny, czy mamy do czynienia z pornografią, to występujące łącznie następujące przesłanki: 1) treścią prezentacji jest przedstawienie przejawów płciowości i życia seksualnego człowieka, 2) przedstawienie to koncentruje się wyłącznie na zaprezentowaniu jego techniczno-biologicznych aspektów z pominięciem wszelkiej warstwy intelektualno-personalistycznej, 3) jako kryterium pomocnicze przy ocenie treści pornograficznej należy wziąć pod uwagę walor estetyczny – im jest on niższy, tym bardziej wskazuje, że mamy do czynienia z treścią pornograficzną³².

Podnoszony w literaturze pogląd, że do ustalenia pornograficznego charakteru danej treści obligatoryjne jest jej przedstawienie w sposób sugerujący, że jedyną lub główną intencją twórcy było wywołanie u odbiorcy podniecenia seksualnego³³, należy uznać za niezwykle trudny do obiektywnego potwierdzenia ze względu na skrajnie różną wrażliwość jednostek na bodźce o charakterze seksualnym. Mimo wszelkich wątpliwości w tym względzie, zdaniem Sądu Najwyższego znamię „treści pornograficznych” określone jest terminem prawnym, nie zaś medycznym czy seksuologicznym. Ocena jego zaistnienia należy wyłącznie do sądu, nie zaś biegłego seksuologa, który posiada wiadomości specjalne jedynie w zakresie ustalenia hipotetycznego wpływu danej prezentacji na potencjalnego odbiorcę w płaszczyźnie jego reakcji emocjonalnych, w tym seksualnych³⁴.

W literaturze przedmiotu panuje powszechne przekonanie, że przestępstwa pornograficzne mają charakter bezskutkowy³⁵. Tak jest również w przypadku art. 200

³⁰ Por. J. Warylewski, op. cit., s. 25.

³¹ Ibidem, s. 26.

³² Por. M. Filar, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1017–1018.

³³ W tym sensie posługujemy się tym terminem w języku potocznym. Zob. J. Tokarski (red.), *Słownik wyrazów obcych PWN*, Warszawa 1972, s. 592; M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. II, Warszawa 1979, s. 823; B. Dunaj (red.), *Słownik współczesnego języka polskiego*, Warszawa 1998, s. 106.

³⁴ Wyrok SN z dnia 23 listopada 2010 r., sygn. akt IV KK 173/10 (niepubl.).

³⁵ T. Pudo, op. cit., s. 105.

§ 5 k.k. Zakazane jest prowadzenie reklamy lub promocji działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych w sposób obiektywnie umożliwiający zapoznanie się z nimi małoletniemu poniżej lat 15. Obojętne prawnie jest rzeczywiste zapoznanie się małoletniego z zakazanymi treściami.

Przestępstwo to jest zagrożone karą pozbawienia wolności do lat trzech, czyli sankcją zrównaną z pozostałymi typami przestępstw dodanymi do art. 200 k.k., tak jak określonym w § 3 prezentowaniu małoletniemu poniżej lat 15 treści pornograficznych lub udostępnianiu mu przedmiotów mających taki charakter albo rozpowszechnianiu treści pornograficznych w sposób umożliwiający takiemu małoletniemu zapoznanie się z nimi; oraz określonym w § 4 prezentowaniu małoletniemu poniżej lat 15 w celu swojego zaspokojenia seksualnego lub zaspokojenia seksualnego innej osoby wykonania czynności seksualnej. Należy też zaznaczyć, że w związku z tym, iż przestępstwo zostało popełnione na szkodę małoletniego, adekwatny jest również środek karny określony w art. 41 § 1a k.k., zgodnie z którym sąd może orzec zakaz zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi.

Podsumowując należy stwierdzić, że kryminalizacja zakazu reklamy lub promocji działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych w sposób umożliwiający zapoznanie się z nimi małoletniemu poniżej lat 15 co do idei jest słusznym krokiem w trosce o rozwój psychoseksualny, a także społeczny dzieci. Norma prawna powołana do przeciwdziałania temu poważnemu zjawisku jest jednak sformułowana w sposób dość niewyraźny ze względu na dość duże nagromadzenie w niej zwrotów ocennych. Jak każde przestępstwo zakazane na przedpolu czynu, także i to może w pewnych środowiskach budzić wątpliwości co do wystarczających podstaw ograniczania wolności w obszarze słowa, myśli, światopoglądu, ekspresji artystycznej czy po prostu rynku finansowego. Należy jednak przypomnieć, że *ius puniendi* jest wykorzystywane w sytuacjach koniecznych, a w tym przypadku warunki ku temu były spełnione. Co do nieostrości znamion natomiast należy sądzić, że w krótkim czasie sposób ich rozumienia zostanie doprecyzowany w wykładni sądowej i doktrynalnej. Należy również przypuszczać, że o ile dla praktyka i teoretyka prawa subsumpcja w konkretnych przypadkach może budzić pewne trudności, o tyle dla licznych rzesz adresatów omawianej normy przepis ten może być całkiem jasny, choć w dużej mierze oparty na intuicji. Świadczy o tym dość dynamiczna reakcja firm internetowych zamieszczających na swych stronach informacje o takim zakazie. Być może jest to wyraz skuteczności pozytywnej prewencji ogólnej omawianej regulacji.

Summary

The ban on advertising or promoting activities consisting in spread of pornographic materials in a way that makes them available to a minor below the age of 15 (art. 200 § 5 of the Penal Code)

Key words: pornography, minor, advertisement, promotion, responsibility.

The objective of the article was to present legislative reasons for introducing the ban on advertising or promoting activities consisting in spread of pornographic materials in a way that makes them available to a minor below the age of 15, which is found in Art. 200 § 5 of the Penal Code, to the scope of pornographic crimes. The evaluation of this amendment is included in a detailed analysis of statutory elements of this type of crime. The authoress expresses a positive opinion on making the ban on advertising pornography a criminal act, however, she calls into question the sense of some expressions, which due to not being strict enough may lead to low effectiveness of this regulation.

Ryszard Sztychmiller

Katedra Prawa Kanonicznego i Wyznaniowego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Konstytucyjna ochrona małżeństwa i rodziny a ekspansja gender

Wstęp

Do XIX wieku małżeństwo i rodzina cieszyły się wielkim szacunkiem i to nie tylko z powodów religijnych, ale także ze względu na ich szczególnie ważną i niezastąpioną rolę społeczną. Jednak w Europie w XIX wieku (od Marksa i Engelsa), a w Polsce w ostatnich latach pojawiły się prądy głoszące równouprawnienie, a nawet wyższość innych form życia i wychowania. W ostatnich latach, zwłaszcza w niektórych organizacjach międzynarodowych i krajowych, bardzo aktywni stali się przedstawiciele filozofii czy ideologii gender¹. Uznają oni monogamiczne małżeństwo jednego mężczyzny i jednej kobiety oraz wychowanie dzieci w rodzinie i w szkole zgodnie z przekonaniem rodziców za szkodliwe stereotypy, które należy zwalczać, zastępując je innymi formami życia i wychowania². Wykorzystują do tego

¹ Council of Europe, *Gender equality strategy 2014–2017*, Luksemburg 2013; Komisja Europejska, *Podręcznik włączania równości płci w główny nurt polityki. Zatrudnienie, integracja społeczna i ochrona socjalna*, Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, Dyrekcja Generalna ds. Zatrudnienia, Spraw Społecznych i Równości Szans, Luksemburg 2008; G. Ritz, Ch. Binswanger, C. Scheide (red.), *Nowa świadomość płci w modernizmie. Studia spod znaku gender w kulturze polskiej i rosyjskiej u schyłku stuleci*, Kraków 2000; E. Mandal, *Kobiecość i męskość. Popularne opinie a badania naukowe*, Wyd. Akadem. Żak, Warszawa 2003; L. Kopiciewicz, *Kobiecość, męskość i przemoc symboliczna. Polsko-francuskie studium porównawcze*, Wyd. UG, Gdańsk, 2005; J. Mizelińska, *Płeć, ciało, seksualność. Od feminizmu do teorii queer*, Kraków 2006; B. Kowalska, K. Zielińska, B. Koschalka, *Gender. Kobieta w kulturze i społeczeństwie*, Rabid, Kraków 2009; R. E. Hryciuk, A. Kościńska, *Gender. Perspektywa antropologiczna*, t. 1: *Organizacja społeczna*, t. 2: *Kobiecość, męskość, seksualność*, Wyd. UW, Warszawa 2007; M. Jeziński, M. Winławska, B. Brodzińska (red.), *Płeć w życiu publicznym. Różnorodność problemów i perspektyw*, Wyd. Nauk. UMK, Toruń 2009; M. Kaczorek, K. Stachura (red.), *Przemiany seksualności*, Wyd. UG, Gdańsk 2009; P. Jaroszyński, *Gender: nauka czy ideologia*, „Nad Odrą. Miesięcznik Społeczno-Kulturalny” 24/2014, nr 1–3 (190–192), s. 102–103.

² Zob. np. Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, [online] <www.coe.int/conventionviolence>, zwł. art. 3 i 12 (analiza tych sformułowań w dalszej części artykułu) Zob. J. Burggraf, *Gender (Geschlecht)*, [w:] *Lexikon Familiae. Mehrdeutige*

międzynarodowe i krajowe organizacje, instrumenty prawne i finansowe³, aby za pieniądze podatników narzucać ludziom swoją ideologię.

W tej sytuacji celowe jest zbadanie, czy wspomniane nowe tendencje nie naruszają prawa polskiego szczególnie chroniącego małżeństwo i rodzinę. W tym celu najpierw przywołane zostaną najważniejsze regulacje obowiązującego prawa polskiego (Konstytucji i innych ustaw) chroniące małżeństwo i rodzinę, a następnie przedstawiona zostanie geneza, główne założenia, cele i sposoby ekspansji filozofii/ideologii gender. Warto spróbować odpowiedzieć na pytanie, czy nosi ona znamiona łagodnych przemian ewolucyjnych, czy ma charakter radykalny, rewolucyjny. Pod koniec zaprezentuję wypowiedzi wysokich przedstawicieli Unii Europejskiej oraz Kościoła katolickiego ustosunkowujących się do filozofii/ideologii gender. Niektóre wnioski końcowe zostaną zaproponowane, a inne pozostawione do formułowania przez samych Czytelników.

Konstytucyjna ochrona małżeństwa i rodziny

Najważniejszym aktem prawnym w Polsce jest Konstytucja RP⁴. To ona określa kierunki prawodawstwa krajowego i dyktuje pożądane rozwiązania prawne. W art. 18 stwierdza się: „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod opieką i ochroną Rzeczypospolitej Polskiej”. Z zapisu tego wynika, że wartości wymienione w tym artykule winny znajdować się pod szczególną ochroną i opieką władz Rzeczypospolitej. Artykuł 18 Konstytucji można zatem traktować jako konstytucyjną ochronę małżeństwa i rodziny. Nie chodzi tu o jakikolwiek związek, który ktoś chciałby nazwać małżeństwem, lecz tylko o związek jednej kobiety i jednego mężczyzny, gdyż tylko taki związek w całej cywilizacji europejskiej i chrześcijańskiej uznawany był i jest za małżeństwo. Nie chodzi też o jakąkolwiek rodzinę, lecz o taką, w której rodzą się dzieci, a przynajmniej teoretycznie mogą się rodzić. Wszystkie przyjmowane akty prawne niższego rzędu winny więc być zgodne z tym zapisem Konstytucji, czyli w sposób szczególnie chronić małżeństwo i rodzinę.

Macierzyństwo i rodzicielstwo mają dodatkową ochronę prawną w art. 68 ust. 3 oraz w art. 71 ust. 2 Konstytucji, gdzie postanowiono, że władze publiczne są zobowiązane do zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej kobietom ciężarnym, a matka ma prawo do szczególnej pomocy tych władz tak przed urodzeniem dziecka, jak i po jego urodzeniu. Zatem na podstawie art. 71 Konstytucji do przychylnego

und umstrittene Begriffe zu Familie, Leben und ethischen Fragen, Paderborn – München – Wien – Zürich 2013, s. 289–296; B. Vollmer de Colles, *Neue Definition des Begriffs „Gender”*, [w:] ibidem, s. 297–309.

³ Np. traktat amsterdamski z 1999 r., zwł. art. 2 i 3; zob. M. Nykiel, *Homodyktatura pisze polskie prawo*, „wSieci” nr 48 (52) z 2–8 grudnia 2013, s. 32–33.

⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. nr 78, poz. 483).

rodzinie i rodzicielstwu stanowienia i stosowania prawa są zobowiązane władze publiczne wszystkich stopni. Zgodnie z nim państwo w swojej polityce społecznej i gospodarczej zawsze winno uwzględniać dobro rodziny, a także dbać o interesy najsłabszych w rodzinie, zwłaszcza tam, gdzie rodziny nie czynią tego spontanicznie, oraz ingerować tam, gdzie rodzice nie chronią praw swoich dzieci lub wprost je łamią. Przy czym należy przestrzegać zasad pomocniczości i nie ingerować w sprawy małżeńskie i rodzinne tam, gdzie małżonkowie i rodzice mogą sobie sami poradzić.

Niestety, nie ma w Konstytucji *explicite* wyrażonej gwarancji dla ochrony życia dziecka przed urodzeniem. Jest ono chronione tylko ogólnymi zapisami o ochronie każdego życia oraz o konieczności udzielania matce szczególnej pomocy także w okresie przed urodzeniem dziecka (art. 71). Nowa Konstytucja wprowadziła jednak instytucję Rzecznika Praw Dziecka (art. 72 ust. 4), niezależną od instytucji Rzecznika Praw Obywatelskich, który ma obowiązek chronić dzieci także w czasie ich życia płodowego – od poczęcia⁵. Można to interpretować jako ustanowienie rzecznika nie tylko praw obywatelskich dziecka, a więc przyznanych przez system szczegółowego prawa krajowego, lecz także jako rzecznika wrodzonych, naturalnych praw dziecka, nawet wykraczających poza prawodawstwo ustanowione prawem pozytywnym. Podstawą szerokiej ochrony prawa do życia jest także art. 30 Konstytucji: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”.

Ochrona małżeństwa i rodziny w aktach prawnych niższego rzędu

W świetle prawa polskiego poniżej Konstytucji stoją umowy i konwencje międzynarodowe ratyfikowane przez Polskę. Spośród z nich największe znaczenie mają umowy ratyfikowane po uprzedniej zgodzie Sejmu. Warto tutaj przypomnieć, że w Polsce i w innych krajach świata obowiązuje art. 10 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych, Politycznych i Kulturalnych z 1966 r., który stanowi, że rodzinie należy udzielać jak najszerzej ochrony i pomocy, gdyż jest ona podstawową komórką społeczeństwa. Podstawą takiego rozstrzygnięcia jest sprawowanie przez rodzinę opieki nad dziećmi. Ponadto w Polsce (podobnie jak w niektórych innych krajach) na podstawie art. 10 Konkordatu z 28 lipca 1993 r. wszelkie władze i organy mają obowiązek współdziałania z Kościołem katolickim w promocji i ochronie małżeństwa i rodziny⁶.

Także w świetle polskiego prawa cywilnego, a zwłaszcza kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (dalej: k.r.o.) małżeństwem jest tylko prawnie uznany związek męż-

⁵ Art. 2.1. ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka: „dzieckiem jest każda istota ludzka od poczęcia do osiągnięcia pełnoletności”.

⁶ Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską, podpisany 28 lipca 1993 r. i ratyfikowany 23 lutego 1998 r. (Dz. U. z 1998 r., nr 51, poz. 318).

czynny i kobiety⁷. Przepisy prawa polskiego nie podają ustawowej definicji rodziny⁸. Jednak na podstawie przepisów k.r.o. w nauce prawa formułuje się definicję tzw. małej rodziny. Tworzą ją tylko małżonkowie oraz ich dzieci, zaś podstawą takiej małej rodziny (w sensie ścisłym) może być tylko małżeństwo, gdyż rodzinę zakłada się tylko poprzez zawarcie małżeństwa (art. 23 k.r.o.)⁹, co od 1998 r. może nastąpić w formie aktu cywilnego lub kościelnego, czyli tzw. małżeństwa konkordatowego (art. 1 k.r.o.). Pojawiła się więc w Polsce tendencja szerszego niż dawniej uznania religijnego charakteru małżeństwa.

W prawie polskim brakuje wyraźnie podanej definicji małżeństwa. Sytuacja taka nie sprzyja jego ochronie. Prawo polskie reguluje nie tylko sposób powstania małżeństwa, lecz także zakres praw w nim obowiązujących, w tym obowiązki małżonków wobec siebie i wobec dzieci (art. 23–24, 27–29, 92–113 k.r.o.).

Podstawowe polskie zasady prawne dotyczące małżeństwa i rodziny zawarte zostały nie tylko w postanowieniach Konstytucji RP, ale także w normach kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa cywilnego. W żadnym z tych dokumentów nie podaje się wprost definicji rodziny. Jedynie pośrednio i częściowo zawarta jest ona w Konstytucji RP, w omawianym już art. 18.

Kodeks rodzinny i opiekuńczy stara się zapewnić ochronę rodziny także przez to, że stara się zapewnić dziecku obecność obojga rodziców. Służą temu przepisy o ustaleniu ojcostwa, a – w wyjątkowych przypadkach – macierzyństwa, a także zabraniające orzekania rozwodu ze względu na dobro dzieci (zwłaszcza art. 62, 72 i 85 k.r.o. i art. 189 k.p.c.). Jeśli matka oczekująca na urodzenie się dziecka nie jest mężatką, ojciec dziecka może je uznać jeszcze przed jego urodzeniem (art. 75 k.r.o.). Najczęściej łączy się z tym pozostawanie ojca we wspólnocie życia z matką dziecka.

Jeśli dziecko nie ma ojca ustalonego przez domniemanie prawne lub uznanie, można go ustalić drogą sądową (art. 84 i 86 k.r.o.). Warto tutaj przypomnieć, że Trybunał Konstytucyjny w 2003 r. uznał art. 84 k.r.o. za niezgodny z Konstytucją w zakresie, w jakim nie uznaje prawa mężczyzny do dochodzenia ustalenia ojcostwa¹⁰. Z takim wnioskiem może obecnie wystąpić nie tylko zainteresowane dziecko, jego matka czy prokurator, lecz także domniemany ojciec. Od lipca 2004 r. ojciec dziecka może to uczynić na podstawie art. 189 k.p.c. oraz na podstawie znowelizowanego art. 84 k.r.o.¹¹

⁷ Art. 1 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. nr 9 poz. 59 ze zm.).

⁸ Brak jej m.in. w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym – zob. art. 23 k.r.o.

⁹ M. Nazar, *Prawo rodzinne*, [w:] *Zarys prawa cywilnego i rodzinnego*, Lublin 1999, s. 428. W świetle wspomnianego przepisu art. 23 k.r.o. trudno zgodzić się z inną opinią wyrażoną przez tegoż autora, według której „pojęcie rodziny w nowej Konstytucji obejmuje trwałe wspólnoty życiowe, które tworzą małżonkowie lub samotni rodzice i ich wspólne dzieci albo oboje rodzice pozostający w faktycznej wspólnocie oraz ich dzieci, połączeni prawnie uznanymi stosunkami rodzinnymi” (s. 433). Nie ma potrzeby sztucznego rozciągania pojęcia rodziny na inne związki, gdyż także rodzicielstwo otaczane jest szczególną ochroną, np. w art. 18 Konstytucji RP.

¹⁰ Dz.U. z 2003 r., nr 83, poz. 772.

¹¹ Zob. ustawa z 17 czerwca 2004 r. (Dz.U. nr 162 poz. 1691) – art. 1 pkt 18 i art. 6.

Jeśli rodzice są nieznani lub żadnemu z rodziców nie przysługuje władza rodzicielska, sąd opiekuńczy ustanawia dla dziecka opiekę (art. 94 § 3 oraz art. 145 § 2 k.r.o.). Opiekunem może być tylko jedna osoba albo małżeństwo (art. 146 k.r.o.). Kandydat na opiekuna winien być dobrany w miarę możliwości spośród krewnych dziecka lub innych bliskich osób i mieć odpowiednie kwalifikacje (art. 148–149 k.r.o.). Opieka nad rodzeństwem powinna być powierzona małżeństwu lub jednej osobie. Wynika z tego, że małżeństwo jest – zgodnie z Konstytucją – szczególnie uprzywilejowane, aby zostać zaakceptowanym opiekunem prawnym dziecka lub dzieci.

Dzieci nie są jednak własnością rodziców, gdyż władza rodzicielska nie jest nieograniczona. Jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie, że matka lub rodzice dziecka poczętego, lecz jeszcze nie urodzonego, będą występować przeciwko jego życiu lub innym jego dobrom, to na podstawie art. 182 k.r.o., w powiązaniu z art. 96, 108, 145 i 178 k.r.o., można ustanowić dla tego dziecka kuratora. Wydaje się, że gdyby napotymano przy tym na opór sądu, można zwrócić się do Rzecznika Praw Dziecka o interwencję¹².

Gdy małżonkowie nie mogą mieć własnych dzieci, mogą przysposobić dziecko pozostające bez opieki rodzicielskiej. Zgodnie z art. 115 i 116 k.r.o., wspólnie przysposobić dziecko mogą tylko małżonkowie, a gdy czyni to jeden małżonek, w zasadzie nie może tego przeprowadzić bez zgody drugiego. Nie mogą więc wspólnie przysposobić osoby nie pozostające w związku małżeńskim, bez względu na to, czy są one tej samej czy różnej płci. Wynika stąd wskazanie dla sądów opiekuńczych, aby ułatwiały przysposobienia przez małżonków, a eliminowały przysposobienia przez osoby żyjące w nieformalnych związkach, zwłaszcza homoseksualnych. Przysposobienia w wymienionych ostatnio sytuacjach nie zapewniałyby bowiem – zdaniem Autora niniejszego opracowania – prawidłowego kształtowania osobowości dziecka i nie spełniały wymagań określonych w art. 114 § 1 i 114¹ § 1 k.r.o.

Także prawodawstwo lokalne ma obowiązek respektowania uprzywilejowanej pozycji prawnej małżeństwa i rodziny. Winno ono wspomagać zawieranie małżeństw i pomoc rodzinie. Być może nadal województwo warmińsko-mazurskie jest jedynym w Polsce, które od kilkunastu lat realizuje własne programy polityki prorodzinnej¹³. Dlatego na przykładzie unormowań obowiązujących w tym województwie przeanalizować można możliwe do realizacji rodzaje wsparcia dla rodziny. Na podstawie zapisów dokumentów międzynarodowych, ogólnopolskich i lokalnych, a także wyników badań sytuacji rodzin w województwie warmińsko-mazurskim wyodrębnia się w uchwalanych przez sejmik województwa co cztery lata programach dwa obszary pomocy rodzinie: 1. Wspieranie i promowanie prawidłowego funkcjonowania rodzin; 2. Wspieranie rodzin w sytuacjach problemowych, kryzysowych. W jednym z programów zapisano: „Działania przewidziane w poszczegól-

¹² Szczególnie na podst. art. 2 ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka.

¹³ Taką opinię wyraziła w 2002 r. m.in. minister Maria Smreczyńska, ówczesny Pełnomocnik Rządu ds. Rodziny.

nych obszarach umożliwią realizowanie na szczeblu wojewódzkim oraz w środowiskach lokalnych polityki prorodzinnej, rozumianej jako stwarzanie warunków prawnych, ekonomicznych i społecznych umacniających rodzinę, zapewniających jej trwałość, rozwój oraz właściwe wypełnianie przez nią podstawowych zadań¹⁴. Wśród zagrożeń dla realizacji tego programu wymieniono m.in.: brak prawidłowej polityki prorodzinnej państwa, brak odróżniania istoty polityki prorodzinnej od pomocy społecznej, brak systemowych rozwiązań w zakresie zapobiegania kryzysom w rodzinie, małą aktywność środowisk lokalnych¹⁵.

Filozofia / ideologia gender – czy nowa „rewolucja kulturalna”?

Wiadomo, jak zgubne były próby, podejmowane zwłaszcza przez systemy totalitarne, zastępowania małżeństwa i rodziny innymi formami życia i wychowania. Współcześnie mamy do czynienia ze zmasowanym naporem liberalnej myśli, zwłaszcza z Europy Zachodniej, w której podważa się znaczenie małżeństwa i rodziny. Przejawia się to m.in. w przesadnym akcentowaniu praw jednostki, w pomijaniu praw rodziny, w stanowieniu praw przeważnie nieuwzględniających potrzeb rodziny¹⁶. W środkach masowego przekazu coraz rzadziej używa się słów: „małżeństwo” i „rodzina”, zastępując je (zwłaszcza w telewizji) określeniami „partnerzy” czy „wspólnota”, które to pojęcia są mniej precyzyjne, a może nawet celowo włączające – zdaniem Autora tego opracowania – w ten krąg różne związki patologiczne lub nieformalne¹⁷.

Zdaniem niektórych rewolucję gender można przyrównać do rewolucji kulturalnej w Chinach. Wielu wyraża przekonanie, że promowanie i realizacja ideologii gender grozi załamaniem cywilizacyjnej roli małżeństwa i rodziny w zachodnim świecie¹⁸. Podczas różnych konferencji wykazano potrzebę systematycznego docierania do różnych środowisk społecznych w Polsce z szeroką informacją o zagroże-

¹⁴ Zob.: R. Szychmiler, *Polityka prorodzinna warunkiem rozwoju społeczności lokalnej*, wykład podczas otwarcia II Warmińsko-Mazurskich Dni Rodziny, 25 maja 2000, „Biuletyn” Rady ds. Rodzin Województwa Warmińsko-Mazurskiego, 2/2000, nr 5, s. 21–28; idem, *Realizacja polityki prorodzinnej w środowisku lokalnym według prawa kanonicznego, polskiego i międzynarodowego*, „Biuletyn” Rady ds. Rodzin Województwa Warmińsko-Mazurskiego, 2/2000, nr 6, s. 21–28.

¹⁵ R. Szychmiler, *Polityka prorodzinna...*, s. 25–26.

¹⁶ P. Jaroszyński, op. cit., s. 102; J. Burggraf, op. cit., s. 289–296; O. Alzamora Revoreda, *Ideologie des Begriffs „Gender”: Gefahr und Tragweite*, [w:] *Lexikon Familiae...*, s. 310–322.

¹⁷ Zob. K. Wódcz (red.), *Płeć w zwierciadle mass mediów*, Wyższa Szkoła Biznesu, Dąbrowa Górnicza 2004; M. Woźniak-Labieniec, T. Cieślak (red.), *Płeć w literaturze i filmie XX wieku. Materiały studenckiej konferencji naukowej, Łódź, 13–15 maja 2002 roku*, Wyd. UŁ, Łódź 2005; A. Nacher, *Telepłeć. Gender w telewizji doby globalizacji*, Wyd. UJ, Kraków 2008; D. Zaworska-Nikoniuk, *Wzory kobiecości i męskości w polskiej prasie dla kobiet XXI wieku*, Toruń 2008.

¹⁸ G. Kuby, *Rewolucja genderowa. Nowa ideologia seksualności*, Kraków 2012; idem, *Globalna rewolucja seksualna. Likwidacja wolności w imię wolności*, Kraków 2013; M. Jaszczuk-Surma, *Gender. Pelzająca rewolucja, czyli gangrena naszych czasów*, „Civitas Christiana” 2014, nr 1(8), s. 34–35.

niach dla trwałości życia małżeńskiego, funkcji pełnionych przez rodzinę i procesu wychowania dzieci, jakie wiążą się z migracją i uleganiem ideologii gender¹⁹.

Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej całkowicie zmienia prawną definicję płci, określając, że nie jest ona efektem biologicznej konstrukcji człowieka, lecz określa ją (w art. 3) jako „społecznie skonstruowane role, zachowania, działania i cechy, które dane społeczeństwo uznaje za właściwe dla kobiet i mężczyzn”²⁰. Całkowicie pomija ona biologiczne różnice pomiędzy kobietą a mężczyzną oraz zakłada, że płeć można dowolnie wybierać i zmieniać. Nakazuje uznawanie dowolnie określanych ról i zachowań jako wyznacznika różnych płci (których jest więcej niż dwie), wymuszając instytucjonalizację tzw. nowych form rodzinnych²¹.

W ocenie Autora tego opracowania wspomniana konwencja w art. 12 wprowadza obowiązek walki z tradycją i dorobkiem cywilizacyjnym, które są traktowane jako zagrożenia. Na państwo nakłada obowiązek edukacji i promowania „niestereotypowych ról płci”, czyli m.in. homoseksualizmu czy transseksualizmu, również wobec dzieci i młodzieży. W imię ideologicznej walki z niejasno definiowaną dyskryminacją kobiet każe zwalczać powszechnie uznane zasady moralności i prawa chroniące rodzinę. Konwencja zakłada, że przemoc wobec kobiet jest systemowa, a jej źródłem są: religia, tradycja i kultura, które należy zwalczać jako złe „stereotypy”²². Konwencja krytykuje i wyraźnie marginalizuje znaczenie tradycyjnego małżeństwa i rodziny.

Kuriozalne wydaje się to, że przestrzegania zapisów konwencji ma pilnować jakaś nowa międzynarodowa wszechmocna organizacja, a od jej decyzji nie przewidziano możliwości odwołania²³. W takiej sytuacji można uznać, że jeśli dojdzie do ratyfikacji tej konwencji, to Polska zrzeknie się części swej suwerenności, zwłaszcza w tak ważnych sprawach, jak rodzina i obyczajowość.

Zdaniem wielu środowisk, także naukowych²⁴, ideologia gender jest największym obecnie zagrożeniem dla rodziny, dla człowieka jako takiego, dla społeczności

¹⁹ Konferencja nt. „Kierunki prawodawstwa rodzinnego w Polsce i Europie”, Poznań, 6 marca 2006 r.; konferencja nt. „Rodzina i polityka. W 20. rocznicę Międzynarodowego Roku Rodziny 1994–2014”, Lublin, 22 października 2014 r.; konferencja nt. „Ocalić rodzinę = ocalić przyszłość”, Rzeszów, 24–25 marca 2011 r. w Narodowe Święto Życia; międzynarodowy kongres nt. „O znaczeniu małżeństwa i rodziny w życiu osoby, społeczeństwa, narodu i świata. Przyszłość ludzkości idzie przez rodzinę”, Warszawa, 15–17 marca 2013 r.; ogólnopolska konferencja naukowa pt. „Sprzeciw sumienia w praktyce medycznej – aspekty etyczne i prawne”, Lublin, 28 listopada 2013 r.; Kongres Małżeństwa i Rodziny, Warszawa 20–22 marca 2015 r.

²⁰ Zob. [online] <www.coe.int/conventionviolence>. E. Malinowska (red.), *Sex i gender: Płeć biologiczna i kulturowa w refleksjach i badaniach młodych socjologów*, Wyd. UŁ, Łódź 2004.

²¹ Konferencja nt. „Ratyfikacja Konwencji Rady Europy o zapobieganiu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej – następstwa dla jednostki, społeczeństwa i państwa”, Warszawa (Sejm) 4 lutego 2014, zob. „Głos dla Życia” 2014, nr 2.

²² A. Stepkowski, *Konwencja Rady Europy w sprawie zapobiegania i zwalczania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej sprzeczna z Konstytucją RP*, referat na konferencji w Sejmie RP, 4 lutego 2014, zob. „Głos dla Życia” 2014, nr 2.

²³ Art. 66–67 Konwencji Rady Europy o zapobieganiu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej.

²⁴ Większość publikacji i stanowisk przywoływanych w niniejszym artykule pochodzi od autorów z cenzusem naukowym.

narodowych, dla przyszłości społeczności światowej, a jednocześnie dla wartości chrześcijańskich²⁵. Doktor nauk humanistycznych Małgorzata Jaszczuk-Surma tak ją charakteryzuje: „Na naszych oczach rozgrywa się kolejny etap rewolucji kulturowej, która zmierza do unicestwienia cywilizacji chrześcijańskiej. Jesteśmy świadkami bezwzględnej i bezpardonowej walki z Bogiem, z Kościołem, z krzyżem, odwiecznym porządkiem natury i wartościami wynikającymi z prawa naturalnego. Chodzi o gender, czyli rewolucję kulturową, która prowadzi do destrukcji rodziny i zagraża człowiekowi w jego wymiarze duchowym, biologicznym, społecznym i cywilizacyjnym. [...] Jest to ideologia postmodernistyczna o podłożu neomarksistowskim (szkoła frankfurcka), która [...] opanowała wszystkie kluczowe instytucje i struktury normatywne o zasięgu międzynarodowym, jak ONZ, WHO czy UE, które narzucają ją poprzez kulturę, system prawny, edukację i medycynę. Jest to jedyna rewolucja narzucana odgórnie i jedyna wdrażana przez kobiety”²⁶. Niestety, w strukturach UE i w niektórych krajach ideologia ta lansowana jest całkiem otwarcie; w innych, takich jak Polska, w sposób dyskretny, zakamuflowany, pod hasłem równego traktowania kobiet i mężczyzn²⁷.

Dla oceny tej ideologii ważne jest wskazanie jej pochodzenia. Otóż warto zauważyć, że realizuje ona postulaty zawarte w pracy Fryderyka Engelsa z 1846 r. *Pochodzenie rodziny, własności prywatnej i państwa*. Wyznaczał on w niej społeczeństwu następujące cele: (1) zlikwidowanie instytucji rodziny, (2) jednakowe, równorzędne włączenie kobiet i mężczyzn w proces pracy, (3) kolektywne wychowanie dzieci przez państwo. Po około stu latach Simone de Beauvoir – partnerka życiowa ateistycznego filozofa Jean Paul Sartre’a – będąca prekursorką radykalnego feminizmu, głosiła hasło: „Człowiek nie rodzi się kobietą, człowiek staje się nią”. Głosiła ona, że aby zakończyć podporządkowanie kobiet „tej innej płci”, winny one najpierw wyzwolić się z niewoli macierzyństwa. Dlatego też utworzyła w Paryżu klinikę aborcyjną – i to w czasach, gdy zabijanie nienarodzonych dzieci było całkowicie zabronione²⁸.

Dziwne wydaje się Autorowi tego opracowania to, że współcześnie w Europie niektóre partie mieniące się chrześcijańskimi czy politycy przyznający się do chrześcijaństwa wdrażają w życie program wywodzący się z poglądów F. Engelsa i S. de Beauvoir, a obecnie lansowany przez środowiska feministyczne, homoseksualne,

²⁵ O. Pankiewicz, *Konwencja RE a prawa człowieka*, referat na konferencji w Sejmie RP, 4 lutego 2014, zob. „Głos dla Życia” 2014, nr 2.

²⁶ M. Jaszczuk-Surma, op. cit., s. 34.

²⁷ N. Ejtminowicz, *Czy chcemy Gender Mainstreaming w Polsce?*, „Wychowawca” 2012, nr 9, s. 19; J. Bątkiewicz-Brozek, *Gender – kłamstwo feministek*, „Wychowawca” 2013, nr 5, s. 16–17; M. Ryś, *Konwencja RE aplikacją ideologii gender*, referat na konferencji w Sejmie RP, 4 lutego 2014, zob. „Głos dla Życia” 2014, nr 2.

²⁸ G. Kuby, *Rewolucja genderowa – zamach na tożsamość płciową. Niebezpieczeństwo także dla Polski*, referat wygłoszony w Uniwersytecie Rzeszowskim podczas V Europejskiej Konferencji z cyklu „Rodzina polska poza granicami kraju” nt. „Ocalić rodzinę = ocalić przyszłość”, Rzeszów, 24–25 marca 2011 r.

genderowe. Te ostatnie żądają w mediach, aby gender nie nazywać ideologią, lecz nauką lub filozofią (jak dawniej naukowym określano światopogląd marksistowski)²⁹. Jednak analiza ich programów wykazuje, że one bardziej głoszą i narzucają swoje programy całym społeczeństwom, a nie tylko proponują czy poszukują prawdy o człowieku.

Ruchy liberalne szczególnie ożywiły się po roku 1968, po rewolucji obyczajowej polegającej głównie na krytyce autorytetów i oddzieleniu prokreacji od życia płciowego. Dochodzi do tego walka o coraz szersze uznawanie i uprzywilejowanie w społeczeństwie osób homoseksualnych. Obecnie walka ta toczy się w Polsce i w Europie, mając na celu zniszczenie tradycyjnego fundamentu, jakim jest chrześcijański porządek wartości, a co za tym idzie – także zniszczenie rodziny³⁰.

Zgodnie z ideologią gender, zawartą w omawianej konwencji, płeć można sobie dowolnie wybierać, niezależnie od budowy biologicznej. Takie ujęcie jest sprzeczne z dotychczasową wiedzą naukową, a także z powszechną wiedzą i doświadczeniami ludzi. Pojęcia „gender” używa się w tej ideologii do określenia płci wybranej, swobodnie ustalonej, w odróżnieniu od płci biologicznej, o której ci ideolodzy wolą nie wspominać³¹. Uważają oni, że płeć socjalna jest niezależna od płci biologicznej. Kobieta i mężczyzna są jedynie „konstrukcją” socjalną, czyli przez siebie ustaloną, którą można lub należy zdekonstruować, czyli w każdej chwili zmienić³². Do zakresu wolności człowieka według nich należy swobodny wybór płci oraz orientacji seksualnej, tzn. każdy ma prawo wybrać, czy chce żyć jako hetero-, homo-, bi-, czy transseksualista. Z perspektywy gender istnieją nie dwie, lecz wiele płci – w zależności od orientacji seksualnej³³.

W dokumentach Unii Europejskiej na określenie różnych płci używa się – zgodnie z powyższą ideologią – określenia: LGBT, oznaczające pojęcia: lesbijka, gej, bi- i transseksualista. Do pakietu gender należą cztery zadania: (1) całkowite zrównanie (we wszystkich zakresach) kobiet i mężczyzn, (2) uznanie aborcji za jedno z podstawowych „praw człowieka”, (3) zwalczanie heteroseksualnej normatywności, co w praktyce oznacza całkowite zrównanie prawne i społeczne par heteroseksualnych i homoseksualnych, a właściwie uprzywilejowanie nieheteroseksualnych form życia, (4) seksualizacja młodzieży przez wprowadzenie obowiązkowego

²⁹ P. Jaroszyński, op. cit., s. 102–103.

³⁰ N. Ejtmniewicz, op. cit., s. 19; G. Kuby, *Rewolucja genderowa. Nowa ideologia...*; idem, *Globalna rewolucja seksualna...*; D. Oko, *Gender. Cywilizacja śmierci – historia ideologii gender (jej twórcy, podstawowe założenia ideologii gender oraz próby jej wdrażania w Polsce)*, Lublin 2013.

³¹ H. Grochola-Szczepanek, *Od „gender studies” do „lingwistyki płci”, czyli o terminologii genderowej w języku polskim*, „Język Polski” 2010, z. 3, s. 211–219.

³² Tak twierdzi m.in. J. Butler, prof. na uniwersytecie w Berkeley, „która w swoich licznych związkach wchodziła płynnie i naprzemiennie w role mężczyzny i kobiety”, za: Jaszczuk-Surma, op. cit., s. 35. Zob. T. Garstka, *Psychologia czy ideologia „gender”?*, „Dyrektor Szkoły” 2014, nr 2, s. 52–55; M. Wyrostkiewicz, *Teoria gender w świetle antropologii personalistycznej*, „Wychowawca” 2013, nr 5, s. 6–7.

³³ G. Kuby, *Rewolucja genderowa...*, s. 2.

wychowania seksualnego w szkole, zachęcającego do uprawiania tzw. bezpiecznego seksu³⁴. To jest prawdziwy zakres ideologii gender, a nie tylko równość mężczyzn i kobiet, którą tę ideologię się maskuje.

Gender mainstreaming działa od najwyższych struktur społecznych w dół – od najwyższych władz ONZ poprzez Unię Europejską aż po władze państwowe poszczególnych krajów³⁵. Wielka ofensywa *gender mainstreaming* miała miejsce w 1995 r. podczas IV Światowej Konferencji ONZ ds. Kobiet w Pekinie. Przewodnictwo konferencji znajdowało się w rękach organizacji pozarządowych, którym przewodniczyła międzynarodowa grupa radykalnych feministek promujących zachowania lesbijskie. Swoje wpływy wykorzystały one do tego, aby w urzędowych dokumentach ONZ pojęcie „sex” (płeć) zastąpić pojęciem „gender”. Jako aktywistki gender dążyły one do tego, aby podważyć jednoznaczność dwóch płci na rzecz „płynnej tożsamości” płciowej³⁶. Skrajny feminizm zwalcza kobietę w jej niczym nie dającym się zastąpić macierzyństwie. Zwalcza ją jako matkę, opiekunkę i wychowawczynię, a głosi, że tymi dziedzinami powinno zająć się państwo³⁷.

Przeniesienie ideologii gender na płaszczyznę UE i dalej do krajów członkowskich nastąpiło prawie niezauważalnie w 1998 r., gdy Unia zobowiązała się do wprowadzenia postulatów zawartych w pekińskiej „Platformie działania”, aby we wszystkich działaniach i podejmowanych decyzjach uwzględnić terminologię ideologii gender. W traktacie amsterdamskim z 1999 r. wszystkie kraje członkowskie zobowiązały się do aktywnego realizowania polityki równości zgodnie z *gender mainstreaming* (art. 2 i 3)³⁸. Parlament Europejski oraz Rada Europejska systematycznie podejmują decyzje skierowane przeciwko małżeństwu i rodzinie, a wspierające prawo do aborcji i prawa homoseksualistów.

Dnia 7 września 2010 r. Komisarz ds. Sprawiedliwości, Praw Podstawowych i Obywatelstwa UE pani Viviane Reding, występując w Parlamencie Europejskim, powiedziała, że w całej Unii należy wprowadzić możliwość zawierania małżeństw przez osoby tej samej płci, nawet wbrew woli pojedynczych krajów członkowskich. Stwierdziła wprost: „Nie chcemy narodów, które sprzeciwiają się małżeństwu jednopłciowemu. Jeżeli to nie zostanie zrozumiane, to będziemy musieli uciec się do ostrzejszych środków”³⁹. Realizację tego zamierzenia uniemożliwił wtedy Europejski Trybunał Praw Człowieka, który dnia 22 listopada 2010 r. wydał orzeczenie stwierdzające, że nie istnieje prawo człowieka do małżeństwa jednopłciowego⁴⁰. Jednak zwolennicy gender nie ustępują, a zmieniają tylko w razie potrzeby środki

³⁴ Za: E. Malinowska (red.), *Sex i gender...*

³⁵ Zob. N. Ejtminowicz, op. cit.

³⁶ G. Kuby, *Rewolucja genderowa...*, s. 3; zob. H. Grochola-Szczepanek, op. cit., s. 211–219.

³⁷ G. Kuby, *Rewolucja genderowa...*, s. 2.

³⁸ Traktat z Amsterdamu zmieniający Traktat o Unii Europejskiej, traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie i niektóre związane z nimi akty (tzw. traktat amsterdamski), podpisany 2 października 1997 r., wszedł w życie 1 maja 1999 r. (Dz.U. z 2004 r., nr 90, poz. 864/31).

³⁹ G. Kuby, *Rewolucja genderowa...*, s. 5.

⁴⁰ Ibidem.

(jak amunicję). Takim ostrzejszym środkiem (zapowiedzianym przez panią Reding) jest skierowana już do ratyfikacji w państwach członkowskich UE Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej. Praktycznie umożliwia ona jeszcze szerszą ingerencję władzy w prywatną sferę każdego obywatela. Konwencja formułuje takie prawo (z sankcjami), które pozwoli kontrolować sposób myślenia członków społeczeństwa w sferze prywatnej oraz na płaszczyźnie gospodarczej⁴¹.

Postępowanie zgodne z osobistymi przekonaniem i wartościami moralnymi jest w konwencji zagrożone przez wprowadzenie utopijnej koncepcji równości i odrzucenie utrwalonego w prawie europejskim domniemania niewinności. Według tej konwencji to nie dyskryminowany ma dostarczyć dowodów obciążających sprawcę, lecz odwrotnie – oskarżony będzie musiał udowodnić, że nie dopuścił się dyskryminacji⁴².

Zgodnie z literą i duchem konwencji, instytucje jej sprzyjające dążą do wzrostu poziomu zatrudnienia kobiet, a jednocześnie do jak najszerzego wyłączenia dzieci z wychowania rodzicielskiego i kierowania ich, szczególnie tych najmłodszych, do wychowania kolektywnego. Pozwala to na ukierunkowanie (wychowanie) tych dzieci zgodnie z propagowaną ideologią (gender). Podobne metody stosowane były wcześniej w systemie komunistycznym, a obecnie są stosowane przez zwolenników ideologii gender⁴³.

Wiele środowisk z ogromnym zdziwieniem przyjęło medialną wypowiedź prof. Ireny Lipowicz, Rzecznika Praw Obywatelskich, która w maju 2014 r. stwierdziła, że szkoła może samodzielnie, bez uwzględnienia zdania rodziców, określać cele wychowawcze szkoły, a rodzice mogą po swojemu wychowywać tylko w domu. Jest to bowiem sprzeczne z prawami rodziców zagwarantowanymi w konstytucji RP⁴⁴, w Konkordacie⁴⁵ i w innych ustawach⁴⁶.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Art. 48 ust. 1: „Rodzice mają prawo do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem”.

⁴⁵ Art. 12–13 Konkordatu z 28 lipca 1993 r.; zob. A. Grześkowiak, *Konkordat a prawo do religii*, [w:] *Prawda o konkordacie*, Częstochowa 1994, s. 59–68; R. Sztymmler, *Ochrona praw człowieka w normach konkordatu polskiego z 1993 roku*, [w:] S. Pikulski (red.), *Ochrona człowieka w świetle prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały z II Międzynarodowej Konferencji Naukowej, Mierki 18–19 października 2001*, Wyd. UWM, Olsztyn 2002, s. 116–122; por. R. Sztymmler, *Reforma szkolna, wychowanie seksualne i prawa dzieci. Sprawozdanie z Międzynarodowego sympozjum w Zurichu*, [w:] idem (red.), *Nauki prawne wobec przemian*, Olsztyn 2000, s. 161–162.

⁴⁶ Np. art. 22 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (Dz. U. z 2004 r., nr 256, poz. 2572 z późn. zm.). Wspomniane prawa rodziców afirmuje szereg obowiązujących przepisów tej ustawy. Gwarantują one udział rodziców w szkolnych organach opiniujących i zatwierdzających działania dyrektora szkoły oraz Rady Pedagogicznej, a na ich wniosek dyrektor zobowiązany jest do wycofania zakwestionowanych treści z programu nauczania (por. art. 50–55 obowiązującego tekstu ustawy o systemie oświaty). W 2014 r. rząd RP zgłosił do Sejmu projekt nowelizacji ustawy o systemie oświaty, który rzekomo jest tylko wykonaniem wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 września 2013 r. (sygn. akt K 35/12), a faktycznie zawiera też propozycje istotnych zmian prawnych, które nie mają żadnego związku z wymienionym wyrokiem. W projekcie przewidziane bowiem zostały obszerne

Tradycyjne wychowanie do życia w małżeństwie to wychowanie do opanowania, życia w czystości, przeżywania sfery seksualnej w miłości, stania się dobrym ojcem czy dobrą matką. Natomiast genderowe wychowanie seksualne dzieci i młodzieży polega na przeciwstawianiu się tradycyjnemu modelowi, kwestionowaniu tradycyjnych tożsamości płciowych. Wychowanie seksualne według ideologii gender musi rozpocząć się już w wieku przedszkolnym, aby już u małych dzieci zlikwidować opory moralne, wrażliwość na zakazy i nakazy⁴⁷.

Postawa przedstawicieli władz Europy i Kościoła wobec filozofii/ ideologii gender

Jak wyżej wspomniano, instytucje UE przyjmują (za instytucjami ONZ) i propagują założenia ideologii gender. Nie znam wyników badań, czy to przyjmowanie dokonało się bezkrytycznie, czy po przeprowadzonej analizie tej ideologii, czy zgodnie z nakazami określonych grup wpływów. Organy unijne zostały niepostrzeżenie opanowane przez zwolenników feminizmu i gender⁴⁸. W Europie nie słyhać było ani o wprowadzaniu ideologii gender, ani głosów sprzeciwu. Wydaje się, że Europa Zachodnia jako całość zauważyła gender dopiero wtedy, gdy rozprzestrzeniła się ona w życiu publicznym. Jednak w ostatnich latach podniosły się (w Polsce i w niektórych krajach Europy) głosy społeczne przeciw gender, zwłaszcza głosy rodziców, naukowców psychologów i pedagogów⁴⁹.

Podczas IV konferencji poświęconej rodzinom polskim na emigracji (Warszawa, UKSW, 23–24 listopada 2007) stanowczo zaprotestowano przeciwko próbie zrównania praw małżonków z prawami związków osób tej samej płci. Z zapisów lansowanej w UE Karty Praw Podstawowych (art. 9 i 21) można wyprowadzić prawną podstawę dla „małżeństw” ludzi jednej płci czy zmieniających płeć na życzenie. W stanowisku uczestników konferencji zapisano, że tak poważnego zagrożenia egzystencji społeczeństwa, w tym państwa, poprzez podkopywanie ich fundamentów, jakimi są małżeństwo i rodzina, nie było jeszcze w historii Polski i Europy.

modyfikacje systemu nadzoru pedagogicznego, które budzą poważne wątpliwości organizacji rodziców i ich doradców co do zgodności tych propozycji z Konstytucją oraz wiążącymi dla Rzeczypospolitej Polskiej aktami prawa międzynarodowego.

⁴⁷ G. Kuby, *Rewolucja genderowa...*, s. 6; M. Ryś, op. cit.

⁴⁸ Przeniesienie ideologii genderowej na płaszczyznę UE i dalej do krajów członkowskich nastąpiło prawie niezauważalnie. W 1998 r. UE zobowiązała się do wprowadzenia postulatów zawartych w pekińskiej „platformie działania” i do uwzględnienia terminologii genderowej we wszystkich podejmowanych decyzjach. W traktacie z Amsterdamu (art. 2 i 3) kraje członkowskie UE zobowiązały się do aktywnego realizowania polityki równości zgodnie z *gender mainstreaming*. Zob. G. Kuby, *Rewolucja genderowa...*, s. 4–5.

⁴⁹ Zob. np. G. Kuby, *Globalna rewolucja seksualna...*; idem, *Rewolucja genderowa. Nowa ideologia...*; M. Ryś, op. cit.; N. Ejtmnicz, op. cit., s. 19; D. Oko, op. cit.

Prawodawca Kościoła katolickiego w Kodeksie Prawa Kanonicznego, w pierwszych kanonach małżeńskiego prawa materialnego (kan. 1055–1062) określa model małżeństwa, jakie winno być zawierane i realizowane. W dalszych kanonach wymaga on do ważności zawieranego małżeństwa, aby oboje narzeczeni m.in. wiedzieli, „że małżeństwo jest trwałym związkiem między mężczyzną i kobietą”⁵⁰. Przy zawieraniu tzw. małżeństw mieszanych, gdzie prawdopodobieństwo występowania niewłaściwych poglądów na trwałość małżeństwa jest większa, prawodawca nakazuje wyraźnie, że strony muszą być pouczone o istotnych przymiotach i celach małżeństwa⁵¹. Solidne pouczanie o istocie i trwałości małżeństwa, o jego znaczeniu i zadaniach staje się coraz pilniejsze w miarę narastania zamętu w pojmowaniu małżeństwa, rozszerzania się gender, kwestionowania biseksualności i nierozzerwalności małżeństwa oraz wzrastania liczby rozwodów.

Warto przypomnieć, że Ojciec Św. Jan Paweł II w opublikowanym dnia 2 lutego 1994 r. *Liście do Rodzin* stwierdził: „Rodzinę rozumiało się zawsze jako pierwszy i podstawowy wyraz natury społecznej człowieka. Dziś rozumie się ją zasadniczo w taki sam sposób”⁵². Rodzina jest dalej tak samo niezbędna jak przed laty i przed wiekami. Kościół stale uznaje wielkie znaczenie małżeństwa i rodziny dla całego życia społecznego. Wyrazem tego są poważne fakty w dawniejszej i najnowszej działalności Kościoła. Wystarczy tu wspomnieć encykliki papieskie poświęcone małżeństwu i rodzinie. Pierwszą z nich była ogłoszona przez Leona XIII 10 lutego 1880 r. encyklika *Arcanum divinae sapientiae*, a następnie dwie encykliki Piusa XI (z lat 1930 i 1931) dotyczące życia małżeńskiego i wychowania⁵³. Problematyka małżeństwa i rodziny była jedną z najszerzej dyskutowanych podczas Soboru Watykańskiego II⁵⁴. Bardzo ważna była posoborowa encyklika Pawła VI *Humanae vitae* z 1968 r. – dotycząca płodności małżeństwa. Na nowo i we współpracy z biskupami całego świata współczesną koncepcję małżeństwa przedstawił Jan Paweł II w adhortacji apostolskiej *Familiaris consortio* (1981). Jej owocem była także Karta Praw Rodziny ogłoszona przez Stolicę Apostolską 22 października 1983 r.⁵⁵

Wyraźne stanowisko Kościoła wobec ideologii gender w ostatnich latach wypracował papież Benedykt XVI. Stwierdził on wprost, że ideologia ta jest błędna i groźna, gdyż kwestionuje naturę człowieka, manipuluje nią i odbiera człowiekowi godność. Benedykt XVI poruszał tę ważną kwestię także w kilku ważnych przemó-

⁵⁰ Kan. 1096 § 1 KPK.

⁵¹ Kan. 1125 n. 3 KPK.

⁵² Jan Paweł II, *List do Rodzin*, nr 7.

⁵³ Pius XI, Enc. *Casti connubii* oraz *Divini Illius Magistri*.

⁵⁴ Zob. R. Szychmiller, *Doktryna Soboru Watykańskiego II o celach małżeństwa i jej recepcja w Kodeksie Prawa Kanonicznego z roku 1983*, Lublin 1993, s. 47–192.

⁵⁵ Z racji obowiązującego wówczas w Polsce stanu wojennego nie dotarła ona wtedy do świadomości szerszych kręgów społeczeństwa. Dopiero po dziesięciu latach została uroczyście promulgowana w wielu diecezjach Polski. Powinna ona stać się katechizmem polityków, prawodawców, pracowników administracji, samych rodzin i wszystkich działających na rzecz rodziny.

wieniach tuż przed swym ustąpieniem. Coraz częściej dyskutowana ideologia gender była dla Benedykta XVI jednym z najważniejszych wyzwań dla Kościoła. Dowodzi tego fakt, że wiele miejsca, więcej niż wydarzeniom religijnym, poświęcił jej, przemawiając do kardynałów i biskupów z Kurii Rzymskiej przed Bożym Narodzeniem 2012 r., tradycyjnie stanowiącym podsumowanie najważniejszych wydarzeń roku w Kościele. Benedykt XVI powiedział wtedy, że zgodnie z „nową filozofią seksualności”, jak nazwał gender, „płeć nie jest już pierwotnym faktem natury, który człowiek musi przyjąć i osobiście wypełnić sensem, ale rolą społeczną, o której decyduje się autonomicznie, podczas gdy dotychczas decydowało o tym społeczeństwo”⁵⁶. Wyraził przekonanie, że w ideologii gender dochodzi do zakwestionowania dwoistości, o jakiej mowa jest w Biblii: „Według biblijnego opisu stworzenia, do istoty człowieka należy bycie stworzonym przez Boga jako mężczyzna i jako kobieta. Ten dualizm jest istotny dla istoty ludzkiej, tak jak ją Bóg nam dał”. Stwierdził też, że „manipulowanie naturą, potępiane dziś w odniesieniu do środowiska, staje się tutaj wyborem podstawowym człowieka wobec samego siebie [...]. Dochodzi do zakwestionowania mężczyzny i kobiety w ich wynikającej ze stworzenia konieczności postaci osoby ludzkiej, które nawzajem się dopełniają”⁵⁷.

Papież Benedykt XVI ocenił, że w świetle teorii gender „nie ma już także rodziny jako czegoś określonego na początku przez stworzenie, a potomstwo traci miejsce, jakie do tej pory jemu się należało i szczególną, właściwą sobie godność”, przez co „nieuchronnie dochodzi się do zanegowania samego Stwórcy, a wraz z tym ostatecznie dochodzi także do poniżenia człowieka w samej istocie jego bytu [...]. W walce o rodzinę stawką jest sam człowiek. I staje się oczywiste, że tam, gdzie dochodzi do zanegowania Boga, zniszczeniu ulega także godność człowieka”⁵⁸. Papież poruszał tę ważną kwestię jeszcze w kilku ważnych przemówieniach przed swym ustąpieniem. Na miesiąc przed ustąpieniem, pod koniec stycznia 2013 r., w przemówieniu do zajmującej się działalnością charytatywną Papieskiej Rady *Cor Unum*, Benedykt XVI powiedział: „Kościół powtarza swoje wielkie »tak« dla godności i piękna małżeństwa jako wiernego i płodnego wyrazu sojuszu między mężczyzną a kobietą, a »nie« dla takich filozofii jak gender”. Sprzeciw ten – wyjaśnił – wynika z faktu, że „wzajemność między kobiecością a męskością jest wyrazem piękna natury, jakiej pragnął Stwórca”⁵⁹. Papież zaapelował do kościelnych instytucji dobroczynnych, by podejmując współpracę z międzynarodowymi organizacjami „nie zamykały oczu na groźne ideologie”, które wynikają z „materialistycznej wizji człowieka” i „ateistycznej antropologii”. Dlatego stwierdził: „musimy zachować

⁵⁶ *Watykan a gender: sprzeciw Benedykta XVI i milczenie Franciszka*, PAP 27 grudnia 2013 [online] <<http://wiadomosci.onet.pl/swiat/watykan-a-gender-sprzeciw-benedykta-xvi-i-milczenie-franciszka/9mpfh>> (dostęp 11.02.2015), s. 2. Warto tu przypomnieć, że zarówno Jan Paweł II, jak i Benedykt XVI przed powołaniem na urząd papieski byli profesorami zwyczajnymi na uniwersytetach.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Ibidem.

krytyczną czujność, a niekiedy odmówić środków finansowych i współpracy z tymi, którzy popierają działania i projekty sprzeczne z chrześcijańską antropologią⁶⁰.

Sprawa tożsamości gender była przedmiotem sporu Watykanu z ONZ. Stały obserwator Stolicy Apostolskiej przy Narodach Zjednoczonych arcybiskup Francis Chullikatt oficjalnie zaprotestował w 2013 r. przeciwko użyciu w raporcie ONZ na temat przestrzegania praw dzieci pojęcia „tożsamość gender”, argumentując, że w ten sposób promuje się to określenie, pod pozorem obrony najmłodszych, pomimo że nie jest ono powszechnie uznane na arenie międzynarodowej⁶¹.

Przeciwko zagrożeniom wynikającym z ideologii gender ostrzegało (w grudniu 2013) Radio Watykańskie. Na jego antenie rzeczniczka włoskiego ruchu katolickiego „Rodzina Jutro” Virginia Coda Nunziante stwierdziła, że katolicy muszą zdać sobie sprawę z niebezpieczeństwa tej ideologii i odpowiednio reagować; a jeśli nie będziemy reagować, będziemy współwinni wywrócenia naszego społeczeństwa⁶².

Tuż przed Bożym Narodzeniem w 2013 r. głos w tej ważnej sprawie zabrał kardynał prof. Zenon Grocholewski⁶³, który na konferencji prasowej w Watykanie oświadczył, że szkoły kościelne nie mogą poddawać się wpływowi ideologii gender. Zdaniem kardynała, „ideologia gender to zło, któremu należy się przeciwstawić, to narzucenie niszczycielskiej idei. [...] I temu złu przeciwstawia się nie tylko Kościół, ale także wielu specjalistów oraz sami rodzice. Szkoła katolicka musi być od tego wolna; a jeśli taka szkoła poddaje się takim wpływom, to nie rozumie swej katolickiej misji i nie gwarantuje katolickiego wychowania”⁶⁴.

O pewnej niespójności postaw polskiego rządu świadczyły m.in. zachowania premiera D. Tuska w kwietniu 2014 r. Otóż dwa dni po rzymskiej kanonizacji św. Jana Pawła II, która była m.in. aktem hołdu wobec tego wielkiego Polaka, i w której uczestniczył premier RP, rząd polski zaakceptował i skierował do Sejmu projekt ustawy o ratyfikacji Konwencji o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, której tytuł jest mylącą przykrywką, gdyż opisuje ona przejawy przemocy, a nie określa ich przyczyn i nie proponuje walki z nimi, co byłoby o wiele potrzebniejsze; natomiast wprowadza wiele nowych pojęć i wymagań, niezgodnych z dotychczasowymi ustaleniami antropologii, medycyny, psychologii, pedagogiki. Według wielu jest ona bardziej konstytucją zgubnej dla rodziny i społeczeństwa ideologii (czy filozofii) gender niż środkiem do walki z przemocą⁶⁵.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Ibidem, s. 3.

⁶² Ibidem.

⁶³ Jest on najwybitniejszym obecnie polskim przedstawicielem w Stolicy Apostolskiej, prefektem Kongregacji Wychowania Katolickiego (odpowiednik polskich ministerstw ds. szkolnictwa, oświaty, nauki i szkolnictwa wyższego), profesorem nauk prawnych, doktorem honoris causa wielu uniwersytetów w Polsce i w świecie, a wcześniej przez wiele lat był sekretarzem Najwyższego Trybunału Sygnatury Apostolskiej.

⁶⁴ *Watykan a gender...*, s. 3–4.

⁶⁵ Takie opinie wypowiadali liczni posłowie Sejmu RP podczas dyskusji nad analizowaną konwencją w marcu 2015 r., przed przyjęciem przez Sejm uchwały (zwłaszcza głosami koalicji rządzącej PO i PSL) upoważniającej Prezydenta RP do jej ratyfikacji. I oni, i sam Prezydent mówili o potrzebie zbadania zgodności tej konwencji z Konstytucją RP – zob. M. Ryś, op. cit.

Konwencja ta obliguje bowiem państwa, które ją ratyfikują, do wprowadzenia prawnego obowiązku przestrzegania założeń tej ideologii, co musi skutkować wymuszeniem bardzo poważnych zmian społecznych, tak mentalnych, jak i organizacyjnych. Dotyczy to wychowania dzieci, funkcjonowania rodzin oraz prywatnego życia obywateli⁶⁶.

Wnioski

Prawodawstwo polskie uznaje wyjątkowy wkład małżeństw i rodzin w rozwój życia społecznego, doceniając te obie instytucje prawne, zapewniając im uprzywilejowaną pozycję, ochronę i jak najlepszy rozwój. To samo dotyczy w zasadzie ochrony praw dzieci. Mają one pełną ochronę prawną od chwili urodzenia, a częściową ochronę prawną w okresie przed urodzeniem.

W zakresie pomocy rodzinie inne są zadania prawników, prawodawców, pracowników administracji, polityków, pracowników oświaty, służby zdrowia, pracowników socjalnych, duszpasterzy, a inne rodziców i samych rodzin. W świetle zdrowej antropologii, psychologii i pedagogiki należy przyjąć, że każdy, kto troszczy się o przyszłość narodu, całego społeczeństwa lub Kościoła, winien robić wszystko, co w jego mocy, aby umacniać małżeństwo i rodzinę, aby zapewniać im jak najlepsze warunki powstawania, wypełniania swoich zadań i rozwoju. Zobowiązuje do tego także wiele norm prawnych, tak prawa polskiego wewnętrznego, jak i aktów prawa międzynarodowego ratyfikowanych przez Polskę.

Wiele założeń filozofii czy ideologii gender wskazuje na ich pochodzenie z marksizmu, liberalizmu i neomarksizmu. Analiza ideologii gender wykazuje, że pomimo głoszenia przez nią na pierwszym miejscu akceptowanej przez wszystkich zasady równości praw mężczyzn i kobiet, przemycza ona rewolucyjną zmianę pojęć, podkłada nowe treści pod pojęcia małżeństwa, rodziny, tożsamości płciowej, wychowania, wzywa do walki z wszelkimi stereotypami dotyczącymi płci, małżeństwa, rodziny i wychowania. Przykładem prawa przenikniętego ideologią gender jest Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, w której pod przykrywką szlachetnej nazwy przemycza się do prawodawstw krajowych (bez szerokiej dyskusji społecznej i referendum, czego wymaga powaga sprawy) rozwiązania burzące dotychczasowy system życia rodzinnego i społecznego. Nie odróżnia się w niej zasad historycznie sprawdzonych, zgodnych z naturą człowieka i życia społecznego, czyli stereotypów pozytywnych, służących dobremu rozwojowi społecznemu, od stereotypów negatywnych, szkodliwych i degradujących osoby, rodziny i społeczeństwa (np. swawolę, alkoholizm czy narkomanię). Obala ona obowiązek dążenia do dobra wspólnego kosztem przesadnego uznawania wolności indywidualnej, utożsamianej czasem ze swawolą, podczas gdy wolność

⁶⁶ Zob. G. Kuby, *Globalna rewolucja seksualna...*

polega na możliwości wyboru spośród różnych dóbr, a nie wybierania oczywistego zła. Ekspansja filozofii/ ideologii gender jest od lat bardzo mocna w Europie, a ostatnio także w Polsce. Weszła ona już do dokumentów ONZ i Unii Europejskiej, przenika do prawodawstw krajowych, w tym także do prawa polskiego. Akceptacja gender często stawiana jest jako warunek pomocy przez różne organizacje międzynarodowe, warunek finansowania lub współfinansowania działań społecznych czy badań naukowych.

Na temat filozofii/ ideologii gender jedni wypowiadają się entuzjastycznie, inni bardzo krytycznie. Krytyka tej ideologii płynie tak z ośrodków naukowych i organizacji społecznych, jak też ze strony najwyższych przedstawicieli Kościoła katolickiego. Autorzy tych opinii zwracają uwagę, że cele ideologii gender są sprzeczne z prawie powszechnie akceptowanymi zasadami życia rodzinnego i społecznego, sprzeczne z obowiązującym w Polsce prawodawstwem. Dlatego domagają się zbadania zgodności z Konstytucją tych ustaw czy ich projektów, które zawierają normy oparte na ideologii gender.

Przedstawione wyżej formy rozprzestrzeniania ideologii gender wymagają szczególnej uwagi i czujności ze strony instytucji i osób dbających o prawidłowy kształt małżeństwa oraz dobre funkcjonowanie rodziny i całego społeczeństwa. Wielu uważa, że nowe pojęcia i realizacja ideologii gender są nową twarzą czy odmianą liberalizmu i neomarksizmu, które pod nową nazwą planują opanować świat, a przynajmniej Europę, także przy pomocy organizacji międzynarodowych i liberalnych rządów. Twierdzą oni, że gdyby ta filozofia/ ideologia rozwijała się zgodnie ze swoimi współczesnymi założeniami, to tradycyjna rodzina zostanie rozbita i przejdzie do skansenu, bo w Europie wymrą ludzie należący do cywilizacji europejskiej i chrześcijańskiej, a zasiedlą ją ludzie z innych kontynentów i kultur, mających prężne potencjały demograficzne. Ta perspektywa może się nie sprawdzić, jeśli społeczeństwa Europy rozpoznają zagrożenie, obudzą się z letargu, wprowadzą skuteczną politykę prołudnościową i prorodzinną, a tym samym uratują zakorzenioną w historii cywilizację europejską.

W Polsce i w innych krajach jest jeszcze dużo do zrobienia w zakresie wzmacniania ochrony prawnej małżeństwa i rodziny. Możliwości są szczególnie w następujących dziedzinach: upowszechnianie znajomości praw przysługujących małżonkom i rodzicom, pomoc w faktycznym korzystaniu z tych praw, domaganie się respektowania tych praw tam, gdzie nie są przestrzegane, monitorowanie procesów ustawodawczych, aby otwarcie lub ukrycie nie deprecjonowano małżeństwa i rodziny, aby nie wprowadzano form zastępczych małżeństwa i rodziny, prowadzących do degeneracji społeczeństwa i wyludniania Europy z historycznie zamieszkujących w niej narodowości, stanowienie potrzebnych praw wspierających małżeństwo i rodzinę tam, gdzie nie są one jeszcze ustanowione, pomoc małżeństwom i rodzinom w pokonywaniu trudności życia codziennego.

Summary

Constitutional defense of marriage and family vs. the expansion of gender

Key words: marriage, family law, gender, pro-family policy.

Recently new streams have proclaimed equality or even predominance of living and upbringing in a way different than marriage. Gender philosophy or ideology representatives have become very active in this field. They treat monogamous marriage between one man and one woman as well as the upbringing of children in families and schools in a way compliant with their parents' views as harmful stereotypes that should be eradicated and reformed into a different way of living and upbringing. As things are, it should be analysed whether the new trends do not violate Polish law that carefully protects marriages and families. To this end firstly, the most important regulations of Polish law that protects marriages and families were reminded. Secondly, the genesis, main assumptions, goals and ways of expanding gender philosophy/ideology were introduced. Eventually, declamations of high representatives of the EU and the Catholic Church on the gender philosophy/ideology were presented.

The above mentioned forms of spreading the gender ideology need special attention and vigilance from institutions and individuals, who care about the legitimate shape of marriages and well working families in the entire society. Many people think that the new concepts and the realisation of gender ideology are a new stage or a variation of liberalism and neo-Marxism, which try to overrun the world, or at least the Western Europe, under a new name with the help of international organisations and liberal governments. They claim that if the said philosophy/ideology developed according to its modern assumptions, the traditional family would be broken and sidelined. They also appeal to introduce an effective pro-population and pro-family policy that shall rescue the European civilization settled in history.

Małgorzata Szwejkowska

Anna Chodorowska

Katedra Prawa Karnego Materialnego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Regulacje prawnokarne dotyczące sprawców z zaburzeniami preferencji seksualnych – wybrane zagadnienia

Dobór adekwatnych metod reakcji karnoprawnej wobec sprawców przestępstw o charakterze seksualnym, u których zdiagnozowano zaburzenie (zaburzenia) preferencji seksualnych, stał się przedmiotem pogłębionych rozważań przedstawicieli nauki prawa karnego zaledwie kilka lat temu. Jednocześnie za pośrednictwem środków masowego przekazu doszło do zogniskowania wokół tego zagadnienia zainteresowania opinii publicznej. Ten stan rzeczy pozostaje aktualny. Presja ze strony społeczeństwa, domagającego się pod wpływem mediów skutecznych metod zwalczania zagrożenia dla bezpieczeństwa społecznego ze strony tzw. pedofilów, wymusiła na ustawodawcy wprowadzenie nowych rozwiązań prawnych m.in. do systemu prawa karnego. Ich celem jest przede wszystkim zapobieżenie powrotowi do przestępstwa seksualnego przez tę kategorię sprawców, tj. wyeliminowanie lub co najmniej ograniczenie ryzyka recydywy seksualnej. Przedmiotowemu oczekiwaniu ze strony opinii publicznej towarzyszy jednak nieznaczną wiedza na temat charakterystyki sprawców z zaburzeniami preferencji seksualnych i czynników ryzyka recydywy¹.

W naszej opinii predyktory ryzyka recydywy seksualnej stanowią odmienną grupę czynników niż uwarunkowania korelujące z tzw. ogólną recydywą (powrotno-

¹ M. Woodworth, T. Freimuth, E.L. Hutton, T. Carpenter, A.D. Agar, M. Logan, *High-risk sexual offenders: an examination of sexual fantasy, sexual paraphilia, psychopathy, and offence characteristics*, "International Journal of Law and Psychiatry" 2013, t. 36, nr 2, s. 144–156; M.C. Seto, H.E. Barbaree, *Psychopathy, treatment behavior and sex offender recidivism*, "Journal of Interpersonal Violence" 1999, nr 14, s. 1235–1248; K.L., Sothill, T.C.N Gibbens, *Recidivism of sexual offenders*, "British Journal of Criminology" 1978, nr 18, s. 267–276; R.K. Hansson, M.T. Bussière, *Predicting relapse: A meta-analysis of sexual offender recidivism studies*, "Journal of Consulting and Clinical Psychology" 1998, nr 66, s. 348–362; R.K. Hanson, K. Mourtou-Bourgon, *Predictors of sexual recidivism: An updated meta-analysis*, "Corrections Policy User Report" 2004, nr 2.

ścią do jakiegokolwiek przestępstwa, nie tylko seksualnego). Nie sprowadzają się jednak wyłącznie do zdiagnozowania u sprawcy parafilii, bowiem także sprawcy przestępstw seksualnych, u których nie występuje zaburzenie (zaburzenia) preferencji seksualnych, powracają do tego rodzaju czynów.

Klasyfikacja zaburzeń seksualnych jest zagadnieniem spornym. Parafilie można podzielić ze względu na wybór szczególnego obiektu pożądania (pedofilia, fetyzizm, zoofilia, gerontofilia) lub też z uwagi na szczególny sposób zachowania seksualnego (sadosmachizm, ocieractwo). W celu rozpoznania konkretnego zaburzenia należy wziąć pod uwagę także inne kryteria dotyczące obiektów i działań prowadzących do pobudzenia seksualnego diagnozowanego. W analizowanym obszarze występują dwie najpopularniejsze klasyfikacje medyczne: Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych – Rewizja Dziesiąta (*International Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision* – ICD-10) opracowana w 1992 r. przez Światową Organizację Zdrowia i obowiązująca w Polsce od 1996 r. oraz najczęściej stosowana klasyfikacja medyczna na świecie, czyli Diagnostyczny i Statystyczny Podręcznik Zaburzeń Psychiczych (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders 5th edition DSM-V*) opracowana w 1994 r. przez Amerykańskie Towarzystwo Psychiatryczne. Kryteria diagnostyczne ICD-10 i DSM-V niektórych jednostek chorobowych istotnie się różnią, jakkolwiek ICD-10 stanowi co do zasady twórcze przekształcenie klasyfikacji amerykańskich (DSM-III, DSM-IV, DSM-IV-TR, DSM-V)².

Diagnoza parafilii następuje na podstawie opinii sądowo-seksuologicznej opracowanej na zlecenie sądu lub prokuratora przez biegłego lekarza seksuologa (art. 93 k.k. w zw. z art. 202 § 3 k.p.k.). W takim przypadku opinia powinna zawierać także wypowiedź w przedmiocie konieczności zastosowania wobec sprawcy (w ocenie biegłego) środka zabezpieczającego z uwagi na negatywną prognozę lekarską, tj. uznanie, że w przyszłości może on z uwagi na występowanie parafilii ponownie przestępstwo seksualne (art. 93 k.k. w zw. z art. 95 a § 1 lub § 1 k.k.w. w zw. z art. 202 § 5 k.p.k.). Aktualnie w Polsce przy formułowaniu prognozy lekarskiej wobec sprawcy biegli z zakresu seksuologii zasadniczo stosowali podejście niestrukturyzowane, opierające się na ich wiedzy i doświadczeniu życiowym. Odnotować można jednak posługiwanie się Kwestionariuszem Oceny Ryzyka Recydywy, co może wskazywać, że było to narzędzie strukturyzowane, lecz z uwagi na brak szczegółowego opisu tego instrumentu w treści wydanej opinii sądowo-seksuologicznej, jednoznaczne stwierdzenie w tej mierze nie jest możliwe³. Nie wykorzystuje się w procesie prognozowania metod aktuarialnych, opartych na metodach statystycznych⁴. Żadne z narzędzi

² J. Heitzman, B. Łoza, W. Kosmowski, *Klasyfikacja zaburzeń psychicznych – koncepcyjne założenia ICD-11*, „Psychiatria Polska” 2011, t. 45, nr 6, s. 942.

³ M. Szwejkowska, *Skazani z zaburzeniami preferencji seksualnych. Studium karnoprawne i kryminologiczne*, Wyd. UWM, Olsztyn 2013.

⁴ Opis metod por. np. R.K. Hanson, D. Thornton, *Improving risk assessments for sex offenders: A comparison of three actuarial scales*, „Law and Human Behavior” 2000, t. 24, nr 1, s. 119–136.

aktuarialnych dotyczących ryzyka recydywy seksualnej nie posiada w Polsce standaryzacji wymaganej dla zróżnicowanych społeczno-kulturalnie regionów geograficznych⁵. Zastosowanie tych instrumentów jest bowiem możliwe pod warunkiem przetłumaczenia stosownych podręczników na język polski (z języka angielskiego), zaadaptowania do kontekstu społeczno-kulturowego oraz zgromadzenia odpowiednich danych statystycznych.

Podstawowe przepisy prawa regulujące kwestię oddziaływań leczniczo-terapeutycznych i rehabilitacyjnych wobec sprawców z parafilią to: art. 95a k.k. oraz art. 117 k.k.w. Przed wdrożeniem do wykonania środka zabezpieczającego z art. 95a k.k. sprawca, który został skazany na karę pozbawienia wolności za przestępstwo seksualne popełnione w związku z zaburzeniem (zaburzeniami) preferencji seksualnych, kierowany jest w zakładzie karnym do jej odbycia w tzw. systemie terapeutycznym (art. 96 § 1 k.k.w.). Zgodnie zaś z dyspozycją art. 117 k.k.w. (artykuł wielokrotnie nowelizowany, ostatni raz w 2009 r.), ta kategoria skazanych za czyny zabronione określone w przepisach art. 197–203 k.k. podczas pobytu na oddziale terapeutycznym odpowiedniego zakładu karnego poddawana jest oddziaływaniu terapeutycznemu. W razie braku zgody skazanego na udział w terapii decyzję o jej przymusowym zastosowaniu wobec skazanego podejmuje sąd penitencjarny. Psychoterapia realizowana jest w podejściu kognitywno-behawioralnym, na podstawie indywidualnego programu terapeutycznego opracowanego przez zespół terapeutyczny oddziału (członkami zespołu są przede wszystkim psychologowie). Zajęcia terapeutyczne realizowane są zarówno podczas spotkań indywidualnych ze skazanym, jak i w grupach liczących ok. 8-10 uczestników. Cykl terapeutyczny zazwyczaj trwa ok. 12 miesięcy, przy założeniu dwóch spotkań grupowych w tygodniu⁶.

W odniesieniu do pierwszej z przywołanych norm prawa karnego należy zauważyć, iż jej wprowadzenie w drodze ustawy nowelizującej kodeks karny w 2005 r. rozszerzyło dotychczasowy katalog tzw. środków zabezpieczających, opisanych w rozdziale X tego kodeksu. Środek ten był pierwotnie adresowany do sprawców przestępstw seksualnych, u których wystąpiło „zakłócenie czynności psychicznych o podłożu seksualnym inne niż choroba psychiczna”. Jednakże już w 2009 r. doszło do kolejnej zmiany przedmiotowego przepisu, polegającej m.in. na zastąpieniu nieprecyzyjnego pojęcia prawnego „inne zakłócenia psychiczne” pojęciem medycznym „zaburzenia preferencji seksualnych”. W rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego⁷, zaburzenia preferencji seksualnych zaliczane są zaburzeń psychicznych. Zdaniem Andrzeja Sakowicza, termin ten należało wyklądać zgodnie z art. 31 § 1 k.k., czyli uznać, iż jest to

⁵ L.H. Studer, A. Scott Aylwin, C. Sribney, J. R. Reddon, *Uses, misues and abuses of risk assessment with sexual offenders*, [w:] D.P. Boer, R. Eher, L.A. Craig, M.H. Miner, F. Pläfflin (red.), *International perspectives on the assessment and treatment of sexual offenders. Theory, practice and research*, Wiley Blackwell, Chichester 2011, s. 206.

⁶ M. Szejnkowska, op. cit., passim.

⁷ Dz.U. z 1994 r., nr 111, poz. 535, ze zm.

„inne zakłócenie czynności psychicznych”, ograniczone jednak wyłącznie do podłoża seksualnego. W opinii ww. autora jest to jednak termin nieostry, pozbawiony definicji legalnej, co w konsekwencji musiało rzutować na stosowanie tych regulacji w praktyce, jak też rodziło wątpliwości, czy za pomocą regulacji art. 95a k.k. nie doszło do objęcia bezterminową izolacją sprawców poczytalnych, u których nie stwierdzono choroby psychicznej, a jedynie bliżej nieokreślone zaburzenia psychiczne o podłożu seksualnym⁸.

Zdefiniowanie środków zabezpieczających nie jest łatwe, gdyż to dość zróżnicowana kategoria. Najogólniej można uznać, że środki zabezpieczające to instrument prawnokarny niebędący karą, stosowany w szczególności w celu zabezpieczenia porządku prawnego ze strony sprawcy, który – ze względu na wystąpienie zaburzenia psychicznego – może stanowić zagrożenie (tzw. środki zabezpieczające o charakterze leczniczym). Środki te albo zastępują w funkcji zabezpieczającej karę, w sytuacji gdy nie można jej orzec, albo orzekane są w jej miejsce lub obok niej nawet wtedy, gdy jest ona możliwa do orzeczenia. Środek zabezpieczający z art. 95a k.k. należy do tej ostatniej kategorii. Zgodnie z treścią art. 95a § 1 k.k., sąd skazując sprawcę na karę pozbawienia wolności, bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, za przestępstwo skierowane przeciwko wolności seksualnej (tj. czyn opisany w treści rozdz. XXV k.k. w art. 197–203), popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, może orzec umieszczenie sprawcy po odbyciu tej kary w zakładzie zamkniętym albo skierować go na leczenie ambulatoryjne w celu przeprowadzenia terapii farmakologicznej lub psychoterapii zmierzającej do obniżenia zaburzonego popędu seksualnego sprawcy i zapobieżenia ponownemu popełnieniu takiego przestępstwa. Jeżeli jej przeprowadzenie spowodowałoby niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia skazanego, terapia farmakologiczna nie może być stosowana⁹. Wykaz i pojemność zakładów zamkniętych¹⁰ przeznaczonych do wykonywania powyższego środka zabezpieczającego umieszczono w formie załącznika w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 15 listopada 2010 r.¹¹, które stanowi wykonanie upoważnienia zawartego w art. 201 § 6 k.k.w. Zakłady zamknięte wyłonione zostały w postępowaniu konkursowym ofert na realizatorów programu zdrowotnego „Psychiatryczna opieka zdrowotna 2009–2013”. Do wykonywania środka zabezpieczającego określonego w art. 95a k.k. wytypowano trzy zakłady zamknięte na obszarze

⁸ A. Sakowicz, Opinia z 9 stycznia 2009 r. o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy o Policji (druk nr 1276), [w:] *Zmiany w kodyfikacjach karnych, Biuro Analiz Sejmowych*, s. 12, [online] <www.orka.sejm.gov.pl>.

⁹ Ustawa z 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw. (Dz.U. nr 206, poz. 1589).

¹⁰ Przez zakład zamknięty należy rozumieć również oddział w szpitalu psychiatrycznym lub oddział psychiatryczny w szpitalu ogólnym.

¹¹ Dz.U. nr 230, poz. 1520.

kraju, tj. Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Kłodzku (20 łóżek), Szpital dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Starogardzie Gdańskim (20 łóżek) i Samodzielny Publiczny Psychiatryczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Choroszczy (10 łóżek)¹². W celu zapewnienia właściwego poziomu bezpieczeństwa w zakładach, jak również ze względu na skuteczność prowadzonej terapii określono liczbę personelu zatrudnionego w przedmiotowych placówkach w liczbie nie mniejszej niż 1/4 pojemności zakładu. Szczegółowo określono również rodzaje zabezpieczeń, w tym nakazano wprowadzić monitoring umożliwiającą obserwację drzwi wejściowych, okien zewnętrznych, sal ogólnych, izolatek oraz korytarzy, a także system sygnalizujący otwarcie drzwi i okien.

Zgodnie z art. 95a § 1 k.k. sąd może orzec, że leczenie będzie prowadzone ambulatoryjnie tj. sprawca po odbyciu kary, już w warunkach wolnościowych, będzie pozostawał pod opieką odpowiedniej placówki służby zdrowia.

W rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 15 listopada 2010 r. wskazano zakłady ambulatoryjne przeznaczone do wykonywania orzeczonego środka zabezpieczającego¹³. Do realizacji środka zabezpieczającego określonego w art. 95a k.k. wytypowano 7 zakładów ambulatoryjnych: Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki w Gorzowie Wielkopolskim, Samodzielny Publiczny Psychiatryczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Choroszczy, Centrum Zdrowia Psychicznego i Terapii Uzależnień w Krakowie, Wojewódzki Szpital Psychiatryczny w Warcie oraz Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny w Warszawie, Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Kłodzku i Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach.

Wątpliwości budzi rozwiązanie dotyczące terapii ambulatoryjnej sprawców z parafiliami, z uwagi na niewielką liczbę specjalistycznych ośrodków medycznych do tego powołanych. Zakładać zatem należy, że sprawca będzie zmuszony do nich dojeżdżać, ponosić koszty ekonomiczne, a te obciążenia mogą być dla niego zbyt dolegliwe, co w konsekwencji może prowadzić do zaniechania terapii.

Obok fakultatywnej podstawy do orzeczenia środka zabezpieczającego z art. 95a § 1 k.k., nowelą k.k. z 2009 r. wprowadzono obligatoryjną podstawę do jego orzekania. I tak, w myśl art. 95a § 1a k.k., w przypadku sprawcy skazanego za przestępstwo określone w art. 197 § 3 pkt 2 lub 3 k.k., polegające na zgwałceniu osoby małoletniej, która nie ukończyła lat 15 w czasie czynu (art. 197 § 3 pkt 2 k.k.) lub osoby najbliższej, tj. wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przyspasabiającego lub rodzeństwa (art. 197 § 3 pkt 3 k.k.), umieszczenie sprawcy w zakładzie

¹² Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 15 listopada 2010 r. w sprawie wykazu zakładów zamkniętych przeznaczonych do wykonywania środków zabezpieczających orzeczonych wobec skazanych za przestępstwa skierowane przeciwko wolności seksualnej, a także ich pojemności i warunków zabezpieczenia (Dz.U. nr 230, poz. 1520).

¹³ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 15 listopada 2010 r. w sprawie wykazu zakładów ambulatoryjnych przeznaczonych do wykonywania środków zabezpieczających orzeczonych wobec skazanych za przestępstwa skierowane przeciwko wolności seksualnej (tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r., nr 335).

zamkniętym lub skierowanie go na leczenie ambulatoryjne jest obligatoryjne¹⁴. Ustawodawca wykluczył więc tu możliwość fakultatywności stosowania środka zabezpieczającego i poniekąd przesądził o przedłużeniu izolacji osoby w pełni poczytalnej¹⁵ już po odbyciu przez nią zasadniczej kary izolacyjnej – pozbawienia wolności.

W opinii Cezarego Kuleszy i Piotra Starzyńskiego na skutek określenia obligatoryjności w jego orzekaniu legislator zwalnia sąd z konieczności badania przesłanek, kierując się bliżej nieokreśloną ideą¹⁶. O zastosowaniu tego środka, jak wskazuje Kazimierz Postulski, decyduje rodzaj popełnionego przestępstwa, nie zaś stan zdrowia sprawcy i wynikająca z tego potrzeba leczenia, mająca na celu zapobieżenie ponownemu popełnieniu przestępstwa. Taki środek ma zdecydowanie cel represyjny i ogólnoprewencyjny, a nie leczniczy, gdyż nie każdy sprawca skazany na mocy tego przepisu wymaga leczenia jako warunku zapobieżenia ponownemu dokonaniu przestępstwa¹⁷. Jak słusznie stwierdza Katarzyna Liżyńska, celem terapii farmakologicznej nie jest wszak zmiana preferencji seksualnych sprawcy, a jedynie obniżenie jego popędu seksualnego i zdolności do erekcji, natomiast zasadniczym warunkiem psychoterapii jest jej dobrowolność i zaangażowanie pacjenta, co pozostaje w kolizji z jej obligatoryjnym charakterem. W takim więc ujęciu ztraca się sens środka zabezpieczającego¹⁸.

Rozwiązanie określone w art. 95a § 1a k.k. rodzi także wątpliwości natury konstytucyjnej. Po pierwsze, zgodnie z art. 41 Konstytucji, każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Po drugie, w świetle art. 47 Konstytucji, każdy ma prawo do swobodnego kształtowania swojego życia osobistego i rodzinnego. Jak można zauważyć, prawo to zostało przede wszystkim przez art. 95 a k.k. w znacznym stopniu ograniczone.

Zdaniem Andrzeja Sakowicza rozwiązanie określone w art. 95a § 1a k.k. jest sprzeczne z zasadą proporcjonalności. Orzeczenie o umieszczeniu wszystkich

¹⁴ Przepis art. 197 § 3 pkt 2 i 3 k.k. oraz art. 95 a § 1 a k.k. został dodany ustawą z 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 206, poz. 1589).

¹⁵ Na podkreślenie zasługuje, że w przeciwieństwie do innych środków zabezpieczających wymienionych w rozdziale X k.k., środek zabezpieczający z art. 95 a k.k. może (lub musi) być stosowany w odniesieniu do osób poczytalnych, a warunkiem orzeczenia go jest istnienie związku przyczynowego między zaburzeniami preferencji seksualnych sprawcy a popełnieniem przez niego czynu skierowanego przeciwko wolności seksualnej. Przyjęcie wyłączonej poczytalności sprawcy w tym przypadku prowadziłoby do niemożności wymierzenia mu kary lub środka karnego z uwagi na wyłączenie winy.

¹⁶ C. Kulesza, P. Starzyński, *Kastracja chemiczna – opinia od projektu o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy o Policji z 9 października 2008 r.*, „Palestra” 2009, nr 11–12, s. 129.

¹⁷ K. Postulski, *Nowe zasady wykonywania przez sąd środka zabezpieczającego określonego w art. 95a kodeksu karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 10, s. 86.

¹⁸ K. Liżyńska, *W sprawie środka zabezpieczającego z art. 95a k.k.*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 4, s. 81.

sprawców skazanych za przestępstwo określone w 197 § 3 pkt 2 lub 3 k.k. w zakładzie zamkniętym lub skierowaniu na leczenie ambulatoryjne uniemożliwia stosowanie tego środka adekwatnie do zagrożenia, jakie niesie ze sobą pozostawianie na wolności sprawcy dotkniętego zaburzeniami preferencji seksualnych. Decyzja o zastosowaniu takiego środka nie może następować automatycznie, ale w drodze postępowania, które ma wykazać, że inne sposoby redukcji danego zagrożenia nie są skuteczne, a spośród środków skutecznych należy wybierać te, które będą najmniej uciążliwe dla jednostki¹⁹. Zdaniem Katarzyny Liżyńskiej, obligatoryjność orzeczenia, a co za tym idzie, wykonania omawianego środka zabezpieczającego – biorąc pod uwagę stopniowalność dóbr chronionych ustawą oraz niezbędność i proporcjonalność wprowadzanych przez ustawodawcę ograniczeń – jest zaprzeczeniem prawa skazanego wyrażonego w Konstytucji i aktach prawa międzynarodowego. Skazując sprawcę z art. 197 § 3 pkt 2 lub 3 k.k., sąd nie ma możliwości ważenia wartości chronionych przez ustawę zasadniczą²⁰.

Wątpliwość budzi także stosunek przepisu art. 95a § 1 i 1a k.k. do dyspozycji art. 5 ust. 1 lit. e Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: EKPC). Zgodnie z treścią art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji każdy ma prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Nikt nie może być pozbawiony tej wolności, w wyjątku zgodnego z prawem pozbawienia wolności osoby w celu zapobieżenia szerzeniu przez nią choroby zakaźnej, jak również pozbawienia wolności osoby umyślowo chorej, alkoholika, narkomana lub włóczęgi. Prawo do wolności zostało więc ograniczone wobec osób umyślowo chorych²¹. Przesłanki zawarte w art. 95a k.k. nie dotyczą jednak osób dotkniętych zaburzeniem psychiatrycznym.

Obligatoryjne stosowanie środka zabezpieczającego z art. 95a k.k. budzi również wątpliwości w zakresie jego zgodności z art. 12 EKPC gwarantującym prawo kobiety i mężczyzny do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa, a „wprowadzone ograniczenia nie mogą ograniczać lub osłabiać tego prawa w taki sposób lub w takim stopniu, że naruszona zostaje sama istota tego prawa”²². Z art. 95a k.k. zaś jasno wynika, że stosowanie tego środka zabezpieczającego w znacznym stopniu ogranicza prawo do założenia rodziny. Nie sposób zaakceptować założenia, iż uzdrowić tę gwarancję może np. ewentualność dokonania sztucznego zapłodnienia. Omawiany środek zabezpieczający, ograniczający prawo skazanego do rozmnażania, jest również sprzeczny z art. 23 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycz-

¹⁹ A. Sakowicz, op. cit., s. 15–16.

²⁰ K. Liżyńska, op. cit., s. 84.

²¹ Zgodnie z orzecznictwem ETPCz, pojęcia „osoba umyślowo chora” nie da się dokładnie zdefiniować, gdyż psychiatria jest dziedziną ewoluującą tak pod względem medycznym, jak pod względem postaw w społeczeństwie. Zob. wyrok ETPCz z 28 października 2003 r. w sprawie *Rakevich v. Rosja*, nr skargi 58973/00.

²² Wyrok ETPCz z 18 grudnia 1987 r. w sprawie *F. v. Szwajcaria*, Lex nr 81029. Zob. też wyrok ETPCz z 18 kwietnia 2006 r. w sprawie *Dickson v. Wielka Brytania*, Lex nr 177661.

nych²³, w myśl którego, rodzina jest naturalną i podstawową komórką społeczną i ma prawo do ochrony ze strony społeczeństwa i państwa. Poza tym w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz) obowiązkowa interwencja lekarska stanowi ingerencję w prawo do poszanowania życia prywatnego²⁴. Trybunał zauważył również, że „więźniowie nie tracą swych praw w wyniku skazania i wydania wyroku skazującego i w dalszym ciągu cieszą się podstawowymi prawami i wolnościami, gwarantowanymi na podstawie EKPC, w tym prawa do poszanowania życia rodzinnego i prywatnego”, o którym mowa w art. 8 Konwencji²⁵. W kwestii obligatoryjnego stosowania analizowanego środka zabezpieczającego wypowiedzieli się również seksuologowie, zdaniem których przyczyn zaburzeń preferencji seksualnych nie należy głównie upatrywać w nadmiernym popędzie płciowym, lecz w psychice sprawcy.

Zauważyć wypada, iż w Europie ten rodzaj leczenia sprawców przestępstw seksualnych przymusowo stosuje się tylko wyjątkowo, tj. w Szwecji i Danii, a poza Europą w Kanadzie i kilku stanach USA, zaś dominujący model zakłada dobrowolność terapii. Tak jest np. w Austrii, Danii, Holandii, Włoszech, Niemczech, Francji, Norwegii, Portugalii, Hiszpanii Szwecji, Szwajcarii, Australii oraz w większości stanów USA.

W rozdziale XIII k.k.w. uregulowano kwestie dotyczące wykonywania środków zabezpieczających. Dopiero jednak po zmianach wprowadzonych do przedmiotowego rozdziału w 2009 r. i 2011 r.²⁶ można uznać tę regulację za pełną²⁷. Celem zastosowania środka jest zapobieżenie ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego związanego ze zdiagnozowanym u niego zaburzeniem preferencji seksualnych. Cel ten obejmuje ochronę społeczeństwa przez izolację sprawcy oraz jego leczenie, które może doprowadzić do trwałego wyeliminowania niebezpieczeństwa z jego strony. Zgodnie z dyspozycją art. 202 k.k.w., sprawcę, wobec którego wykonany jest środek zabezpieczający, obejmuje się odpowiednim postępowaniem leczniczym, terapeutycznym, rehabilitacyjnym, a także resocjalizacyjnym. Decyzja o tym, w którym zakładzie zamkniętym ma on zostać umieszczony, wynika z orzeczenia sądu w przedmiocie zastosowania środka zabezpieczającego. W sprawach związanych z wykonywaniem środków zabezpieczających wyłącznie właściwy jest sąd pierwszej instancji, który skazał sprawcę i orzekł wobec niego środek zabezpieczający z art. 95a k.k. (zgodnie z treścią art. 199a k.k.w.). Wykonując orzeczenie

²³ Dz.U. z 1977 r., nr 38, poz. 167.

²⁴ E. Wicks, *The right to refuse medical treatment under the European Convention on Human Rights*, „Medical Law Review” 2001, t. 9, s. 35 i n.

²⁵ Wyrok ETPCz z 18 kwietnia 2006 r. w sprawie *Dickson v. Wielka Brytania*, Lex nr 177661.

²⁶ Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy – Prawo ochrony środowiska (Dz. U. nr 112, poz. 654, która weszła w życie w dniu 1 lipca 2011 r.), ustawa z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 240, poz. 1431, która weszła w życie w dniu 1 stycznia 2012 r.).

²⁷ S. Lelental, *Środki zabezpieczające orzekane i wykonywane wobec sprawców przestępstw seksualnych*, [w:] *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga Jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, t. II, Toruń 2012, s. 118–119.

o zastosowaniu środka zabezpieczającego z art. 95a k.k., po zasięgnięciu opinii odpowiedniej w sprawach seksuologii sądowej jednostki organizacyjnej utworzonej lub nadzorowanej przez ministra właściwego do spraw zdrowia (jest to Krajowy Ośrodek Seksuologii Sądowej utworzony na bazie Regionalnego Ośrodka Psychiatrii Sądowej w Gostyninie), sąd wskazuje zakład psychiatryczny lub ambulatoryjny i przesyła odpis orzeczenia wraz z poleceniem doprowadzenia sprawcy właściwej jednostce Policji lub właściwemu organowi wojskowemu, a odpis orzeczenia i polecenie przyjęcia – kierownikowi właściwego zakładu zamkniętego art. 201 § 2a k.k.w. W sytuacji, gdy doszło do skierowania sprawcy na leczenie ambulatoryjne, sąd przesyła odpis orzeczenia właściwej jednostce Policji lub właściwemu organowi wojskowemu i kierownikowi zakładu ambulatoryjnego (art. 201 § 2b k.k.w.). Obowiązek doprowadzenia do wskazanego przez sąd zakładu skazanych, w stosunku do których został orzeczony środek zabezpieczający z art. 95a k.k., ciąży na Służbie Więziennej.

Stosowanie tego środka zabezpieczającego nie następuje po odbyciu orzeczonej kary lub po warunkowym zwolnieniu. Sąd wydaje postanowienie o umieszczeniu sprawcy w zakładzie zamkniętym w okresie nie dłuższym niż 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub przed wykonaniem kary. W świetle dyspozycji art. 95a § 2 k.k. tego rodzaju postanowienie dotyczy: potrzeby i sposobu wykonania orzeczonego środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia w zakładzie zamkniętym lub skierowania na leczenie ambulatoryjne (dotyczy wszystkich skazanych za przestępstwa seksualne popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, gdy sąd orzekł środek zabezpieczający z art. 95a § 1 k.k., tj. na podstawie fakultatywnej) albo wyłącznie sposobu wykonania tego środka w odniesieniu do skazanych, gdy środek orzeczono obligatoryjnie, tj. w oparciu o art. 95a § 1a k.k. Podjęcie przez sąd decyzji o słuszności środka zabezpieczającego lub o sposobie jego wykonywania wymaga głębokiej analizy. Bez wątpienia sąd przy wydawaniu decyzji powinien brać pod uwagę ocenę biegłych, w tym biegłego seksuologa²⁸. Zobowiązany jest też do wysłuchania lekarzy psychiatrów, lekarza seksuologa oraz psychologa, czyli spełnienia wymogów wynikających z art. 93 k.k., by nie dopuścić do orzeczenia tego środka zabezpieczającego w przypadku, gdy osiągnięcie celu, jakim jest zapobieżenie ponownemu popełnieniu przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, możliwe jest w inny sposób, mniej dolegliwy dla sprawcy²⁹.

Doniosłe konsekwencje postanowienia o wykonaniu orzeczonego środka przemawiają za szczególnie wnikliwą analizą każdego przypadku³⁰. Opinia nie tylko powinna być poprzedzona szczegółowym zdiagnozowaniem podstaw przestępczych

²⁸ A. Kwieciński, *Lecnicze środki zabezpieczające w polskim prawie karnym i praktyka ich wykonywania*, Wrocław 2009, s. 109.

²⁹ Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 206, poz. 1589).

³⁰ A. Kwieciński, op. cit., s. 109.

działań skazanego, co winno nastąpić już we wczesnych etapach postępowania sądowego, ale w szczególności wskazać na pożądane i oczekiwane zmiany w zachowaniu skazanego postępujące w miarę leczenia. Właściwe narzędzia diagnozujące, a także aktualne nasilenie, układ i współwystępowanie czynników ryzyka ze strony skazanego mają istotną wartość prognostyczną przy podejmowaniu omawianych decyzji. Mają one również służyć formułowaniu dalszych programów terapeutycznych w zmienianym przez sąd sposobie wykonywania środka³¹. Czasu pobytu w zakładzie zamkniętym nie określa się z góry. Jeżeli dalsze pozostawanie sprawy w zakładzie nie jest konieczne, sąd orzeka jego zwolnienie.

Kara pozbawienia wolności jest, co oczywiste, orzekana przez sąd na czas oznaczony, natomiast środek zabezpieczający stosowany jest bez oznaczenia z góry czasu jego trwania, zatem sprawca teoretycznie może w nim przebywać nawet do końca życia. Zastosowanie analizowanego środka zabezpieczającego może nastąpić jednak wyłącznie wówczas, gdy w czasie popełnienia przez sprawcę przestępstwa seksualnego, w związku z którym dochodzi do jego skazania, ustawa karna przewidywała już taki środek, bowiem stosownie do normy art. 4 k.k. bardziej restryktywne dla sprawcy prawo karne nie działa wstecz.

Co prawda, ustawodawca przewidział możliwość zmiany sposobu wykonywania środka zabezpieczającego określonego w § 1 lub 1a, przez wprowadzenie art. 95a § 2a k.k., jednak nie określił kryteriów dokonywania tej oceny. Na mocy powyższego przepisu, w zależności od potrzeb indywidualnego sprawcy, sąd może zarządzić zmianę sposobu wykonywania środka, z tym, że zarządzenie o ponownym umieszczeniu sprawcy w zakładzie psychiatrycznym nie może być wydane po upływie 5 lat od zwolnienia z zakładu (art. 94 § 3 k.k.). W przypadku uchylania się przez skazanego od leczenia ambulatoryjnego zarządzenie o zmianie sposobu wykonywania środka zabezpieczającego – umieszczenie w zakładzie zamkniętym – jest obligatoryjne (art. 95a § 2 b k.k.). Kierownik zakładu ambulatoryjnego niezwłocznie zawiadamia o niestawiennictwie sprawcy w dniu wyznaczonym na prowadzenie terapii właściwą jednostkę Policji lub właściwy organ wojskowy. Organy te zatrzymują sprawcę i w ciągu 48 godzin od chwili zatrzymania przekazują go do dyspozycji sądu. Jeżeli niestawiennictwo nastąpiło z przyczyn losowych, niezależnych od sprawcy i nie było połączone z uchylaniem się od leczenia, dopuszczalne jest odstąpienie od zatrzymania. Zatrzymanego można zwolnić, jeżeli w ciągu 24 godzin od momentu przekazania go do dyspozycji sądu nie doręczono mu postanowienia o umieszczeniu w zakładzie zamkniętym. Pojęcie „uchyla się” interpretowane jest

³¹ Zob. K. Liżyńska, op. cit., s. 83; K. Postulski, *Komentarz do ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 206, poz. 1589), w zakresie zmian do ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 1997 r. nr 90, poz. 557)*, LEX 2010; J.K. Gierowski, *Czynniki ryzyka przemocy i psychopatyczne zaburzenia osobowości u sprawców przestępstw seksualnych*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2009, nr 64–65, s. 21.

przez naukę prawa karnego jako sytuacja, w której sprawca miał obiektywnie możliwość spełnienia nałożonego nań obowiązku, lecz z winy swojej go nie wykonywał³². Trudne położenie materialne sprawcy, które uwarunkowało podjęcie decyzji o zaniechaniu udziału w procesie leczniczym lub terapeutycznym, nie mieści się w tak ustalonej normie znaczeniowej wyrażenia „uchyla się”.

W myśl zaś § 4 cytowanego rozporządzenia, kierownik zakładu zamkniętego, w którym wykonywany jest środek zabezpieczający, może wystąpić do sądu z wnioskiem o zmianę sposobu wykonywania środka zabezpieczającego, jeżeli sprawca spełnia łącznie następujące warunki: stosuje się do zaleceń dotyczących terapii farmakologicznej, uczestniczy w psychoterapii i nie przejawia zachowań zagrażających życiu i zdrowiu innych osób oraz nie niszczy przedmiotów znacznej wartości. We wniosku wskazuje powody, uzasadniające konieczność zmiany tego środka, wraz z dołączonym orzeczeniem sądu o zastosowaniu środka zabezpieczającego oraz opinią biegłych o aktualnym stanie zdrowia psychicznego sprawcy i postępach w terapii. Dołącza też inne dostępne opinie uzasadniające zmianę sposobu wykonywania środka zabezpieczającego. Natomiast w przypadku, gdy o zmianę sposobu wykonywania środka zabezpieczającego wystąpi sprawca lub inna uprawniona osoba, zakład, w którym sprawca przebywa, winien przesłać do sądu orzeczenie, opinię biegłych oraz opinię kierownika tego zakładu. Zmiany w sposobie wykonywania środka zabezpieczającego mogą być dokonywane zarówno na wniosek stron wymienionych w art. 19 k.k.w. (prokuratora, skazanego albo jego obrońcy), jak i z urzędu, a jeżeli ustawa tak stanowi, także na wniosek innych osób.

Reasumując trzeba zauważyć, iż analizowane rozwiązania poprzez zapewnienie właściwych warunków leczenia i izolacji sprawców mogą przyczynić się do zwiększenia bezpieczeństwa publicznego, ochrony życia i zdrowia społeczeństwa. Przy czym należy pamiętać, że ponownemu popełnieniu przestępstw skierowanych przeciwko wolności seksualnej zapobiegnie tylko i wyłącznie kompleksowe leczenie sprawcy, obejmujące farmakoterapię i psychoterapię. Ponadto nie można zapominać, iż w etiologii przestępczości seksualnej krzyżują się różne czynniki kryminogenne. Obok parafilii występują także alkoholizm, narkomania, zaburzenia psychiczne. Stosowanie więc samych leków obniżających zaburzony popęd płciowy nie jest terapią, która automatycznie doprowadza do lepszej kontroli zachowania sprawców. Jedynie oddziaływanie kompleksowe przynieść może właściwe efekty.

Istotne wątpliwości musi jednak budzić obligatoryjność orzekania przedmiotowego środka zabezpieczającego z art. 95a § 1a k.k. Rozwiązanie to pozostaje bowiem w sprzeczności z dezyderatem przydatności, niezbędności i proporcjonalności dóbr chronionych tą regulacją w odniesieniu do dóbr, które w rezultacie ich stosowania podlegają ochronie. Obligatoryjność ta nie daje także możliwości wyważenia wartości chronionych przez Konstytucję i prawo międzynarodowe, stanowiąc raczej

³² P. Hofmański, L. K. Paprzycki, *Środki związane z poddaniem sprawcy próbie*, [w:] O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 68.

środek postpenalny, a nie w ścisłym znaczeniu zabezpieczający. Optować zatem należy *de lege ferenda* za uchyleniem art. 95a § 1a k.k. w części wskazującej na obligatoryjność uregulowanego w nim środka, ponieważ sprzeczny jest on z ogólnymi założeniami stosowania środków zabezpieczających i jest wyrazem wyłącznie represyjnego oddziaływania państwa na sprawcę przestępstwa, nie uwzględnia natomiast potrzeb i celów stosowania powyższych środków.

Summary

Penal law regulations concerning perpetrators with sexual preferences disorders – chosen issues

Key word: recidivism, pedophiles, relapse prevention, disorder of sexual preferences.

A choice of appropriate methods of the penal law reaction towards perpetrators of a sexual crimes, who were diagnosed with sexual preferences disorder (disorders), had become a subject of deepened deliberations among the representatives of the criminal law studies merely a few years ago. Simultaneously, people's attention has focused upon this issue, mainly because of the media and public interest. This state of affairs is remaining current. The pressure from the society, under the influence of media, demands any effective methods of fighting with the threat to the social safety by so-called pedophiles. It has forced the legislator into entering some new legal solutions, e.g. into the system of the criminal law. The main aim of it is to prevent the returning to the sex offence by this category of perpetrators i.e. eliminating or at least limiting the risk of the sexual recidivism.

Andrzej Wawrzusiszyn

Katedra Bezpieczeństwa i Porządku Publicznego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Bezpieczeństwo w procesie poznania naukowego

Wprowadzenie

Bezpieczeństwo jest pojemną kategorią z semantycznego i metodologicznego punktu widzenia, stąd z jednej strony występuje duża łatwość w jego określeniu, z drugiej zaś łatwo o nieścisłości metodologiczne co do demarkacji jego granic. Ponadto bezpieczeństwo nie było dotychczas jednoznacznie postrzegane i nie zajmowało normatywnego miejsca w systemie nauki, ponieważ sytuowano je w obszarze multidyscyplinarnym. W naukach wojskowych głównie postrzega się je w kontekście bezpieczeństwa państwa.

Współcześnie problemy bezpieczeństwa znacznie się przewartościowały i rozszerzyły o nowe obszary. Po wieloletnich dyskusjach wyłonione zostały dwie nowe dyscypliny naukowe: nauki o bezpieczeństwie i nauki o obronności – oba umieszczono w dziedzinie nauk społecznych.

Istota i pojęcie nauki

Mówiąc o istocie nauki, należy dokonać rozróżnienia między nią samą a pojęciem bliskoznacznym, czyli wiedzą. Wiedza jest bez wątpienia pojęciem szerszym, a na jej obraz składają się wszystkie wiadomości teoretyczne i praktyczne, zdobyte zarówno naukowymi, jak i nienaukowymi metodami. Choć oba te obszary posiadają wiele wspólnego, nie należy ich utożsamiać, ponieważ nie każda wiedza jest nauką, natomiast każda nauka jest wiedzą. To nauka tworzy wiedzę, nigdy odwrotnie¹.

Wiedzą posługujemy na co dzień, ponieważ wiedzę rodzą potrzeby praktyki. Stanowi ona odzwierciedlenie w świadomości ludzi zjawisk postrzeganych w otaczającej ich rzeczywistości, czyli cech rzeczy, procesów i zdarzeń jako obiektów poznania oraz zachodzących między nimi relacji. Najstarszym rodzajem wiedzy jest

¹ W. Pytkowski, *Organizacja badań i ocena prac naukowych*, Warszawa 1985, s. 31.

wiedza potoczna, pospolita, którą cechują: ogólnikowość, braki precyzji, mały stopień abstrakcyjności, słabe uzasadnienie przekonań, a często niski poziom informacyjny. Wiedza taka jest przypadkowa w sensie doboru spostrzeżeń i wiadomości oraz nie w pełni krytyczna, co spowodowane jest wyprowadzaniem wniosków z niesprawdzonych, niepotwierdzonych empirycznie sądów. Jest produktem ubocznym praktycznej działalności ludzi i przypisany jest jej zazwyczaj zdrowy rozsądek. Bywa też nieusystematyzowana i charakteryzuje się najczęściej współlistnieniem przypadkowych sądów².

Nauka traktowana jest najczęściej jako ta dziedzina działalności ludzkiej, która ma dostarczyć wiadomości prawdziwych lub wiadomości obiektywnych albo też wiadomości intersubiektywnych. Sposoby poznania wykorzystywane w nauce nie powinny więc zawierać w sobie niczego, co byłoby subiektywne, niesprawdzalne, dowolne³.

Choć nauka nie jest już tak przypisana do życia praktycznego, jednak powinna być przydatna do zaspokajania potrzeb człowieka⁴. To wyspecjalizowana działalność poznawcza, uprawiana przez uczonych, zmierzająca do obiektywnego poznania i zrozumienia rzeczywistości przyrodniczej i społecznej oraz do stworzenia przesłanek wykorzystania zdobytej wiedzy w celu przekształcenia rzeczywistości zgodnie z potrzebami człowieka⁵. Relacje między nauką a wiedzą komplikują się ze względu na niejednoznaczność definicji tych pojęć.

W *Słowniku języka polskiego*⁶ czytamy, że nauka jest to ogół zgromadzonej, uporządkowanej i należycie uzasadnionej przez pokolenia wiedzy. Jest ona rozwijana i doskonalona poprzez badania, których wyniki ujmuje się w zorganizowany system pojęć, a zachodzące procesy sprzyjają wypracowaniu sądów o rzeczywistości, sądów dowiedzionych i sprawdzonych, sądów prawdziwych⁷. Nauka jest interpretowana jako system wiedzy osiągniętej za pomocą metodologii naukowej⁸.

W polskiej tradycji i znaczeniu potocznym nauka pojmowana jest również jako przekazywanie i przyswajanie wiedzy, nabywanie umiejętności oraz tego, czego się naucza lub uczy w szkole (aspekt dydaktyczny). Jest to zatem wiedza poddana ustalonym wymaganiom treściowym i metodycznym, zorganizowana i uprawiana w dydaktyczno-naukowych jednostkach organizacyjnych. Z tego wynika, że stanowi organizację, system (strukturę) zinstytucjonalizowaną w postaci uczelni wyższych, instytutów naukowych, ośrodków badawczych i innych placówek edukacji narodowej⁹.

² Ibidem, s. 30.

³ L. Koj, *Wątpliwości metodologiczne*, Lublin 1993, s. 40.

⁴ Por. K. Ajdukiewicz, *Język i poznanie*, t. 1, Warszawa 1985, s. 314–316.

⁵ Por. B.R. Kuc, *Funkcje nauki. Wstęp do metodologii*, Warszawa 2012, s. 20.

⁶ *Multimedialny słownik języka polskiego*, Warszawa 2005, s. 433.

⁷ W. Zaczyński, *Praca badawcza nauczyciela*, Warszawa 1995, s. 37.

⁸ Por. Ch. Frankfort-Nachmias, D. Nachmias, *Metoda badawcza w naukach społecznych*, Poznań 2001, s. 9.

⁹ J. Apanowicz, *Metodologiczne elementy procesu poznania naukowego w teorii organizacji i zarządzania*, Gdynia 2000, s. 13.

Nauka podlega różnym kryteriom podziałów, czyli hierarchizacji z punktu widzenia abstrakcyjności i konkretności, ogólności i szczegółowości itp. Podstawową jednostką klasyfikacji nauki jest dyscyplina naukowa. To część nauki ukształtowana historycznie, wyodrębniona ze względu na konkretny zakres badanej rzeczywistości, wzgląd, czyli punkt widzenia, z którego rozpoznaje się badany wycinek rzeczywistości, stosowane metody badawcze, formę wypowiedzianych twierdzeń i potrzeby społeczne¹⁰. Pod pojęciem dyscypliny naukowej rozumie się także doniosłą społecznie, ukształtowaną ze względu na przedmiot i cel badań lub kształcenia część nauki w znaczeniu instytucjonalnym, uznaną za podstawową jednostkę jej klasyfikacji¹¹. Dyscypliny naukowe są ściśle ze sobą powiązane, jednak granice między nimi nie są i nie mogą być ostre ani tym bardziej ostateczne. Poszczególne dyscypliny ze względu na potrzeby organizacyjne, planistyczne, wreszcie dydaktyczne grupowane są w dziedziny nauki, zaś stopień agregacji tychże zależy od stopnia automatyzacji nauki, tradycji rozwoju poszczególnych dyscyplin, uwarunkowań społecznych, a nawet politycznych¹². Dziedzina nauki to trwale ukształtowana i wyodrębniona ze względu na potrzeby kierowania badaniami podstawowymi, kształceniem kadr naukowych i szkolnictwem wyższym grupa dyscyplin naukowych, w ramach której nadawane są stopnie i tytuły naukowe.

Dyscypliny naukowe dzielą się na specjalności naukowe. Specjalność naukowa jest to względnie trwale uprawiana przez uczonych część jednej lub kilku dyscyplin naukowych, wyodrębniona ze względu na koncentrowanie uwagi na węższym fragmencie rzeczywistości lub rozpatrywanie go w węższym aspekcie bądź stosowanie szczególnych metod badawczych. Proces rozwoju specjalności jest żywiołowy, jednak ostatecznie nie wszystkie pomysły zyskują formalne uznanie uczonych, instytucji społecznych i władz administracji rządowej.

Od 1 października 2011 r., czyli z dniem z wejściem w życie nowelizacji prawa o szkolnictwie wyższym, systematyka dziedzin naukowych leży w gestii ministra właściwego do spraw nauki i szkolnictwa wyższego. Na mocy rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 8 sierpnia 2011 r. w sprawie obszarów wiedzy, dziedzin nauki i sztuki oraz dyscyplin naukowych i artystycznych¹³ przyjęto trójstopniowy podział nauk, uwzględniając obszary wiedzy, dziedziny nauki i dyscypliny naukowe.

Z metodologicznego punktu widzenia można wyróżnić nauki empiryczne i nauki teoretyczne. Nauki empiryczne badają określony fragment rzeczywistości, zaś nauki teoretyczne badają „świat abstrakcyjny” zdefiniowany przez te nauki. Nauki empiryczne są to tzw. nauki realne, natomiast nauki teoretyczne to nauki formalne.

¹⁰ T. Jemioło, A. Dawidczyk, *Wprowadzenie do metodologii badań bezpieczeństwa*, Warszawa 2008, s. 11.

¹¹ L. Krzyżanowski, *O podstawach kierowania organizacjami inaczej*, Warszawa 1999, s. 130.

¹² T. Jemioło, A. Dawidczyk, op. cit., s. 11.

¹³ Rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 8 sierpnia 2011 r. w sprawie obszarów wiedzy, dziedzin nauki i sztuki oraz dyscyplin naukowych i artystycznych (Dz. U. nr 179, poz. 1065).

W naukach empirycznych dominuje indukcyjny tryb postępowania, w naukach teoretycznych – dedukcyjny. Dlatego nauki empiryczne to nauki indukcyjne, a nauki teoretyczne to nauki dedukcyjne. Z punktu widzenia sposobu głoszenia sądów wyróżniamy nauki aposterioryczne i nauki aprioryczne. Nauki empiryczne to nauki aposterioryczne, w których sądy głosimy po wykonaniu doświadczenia, nauki teoretyczne to nauki aprioryczne, w których sądy głosimy *a priori*, czyli z założenia. W naukach empirycznych nigdy nie mamy stuprocentowej pewności, że wypowiedziane sądy są prawdziwe, dlatego że dopuszczają one wnioski zawodne, które takiej pewności nie gwarantują¹⁴.

Dopełnieniem rozważań o istocie nauki będą jej funkcje, cele, do których dąży, czynności wykonywane w jej ramach, i które spełnia wobec społeczeństwa. Funkcje nauki są podobne dla wszystkich dyscyplin, ale każda z nich wyraża inny zakres treściowy, odpowiedni dla danej dyscypliny. Przyjmując celowe i świadome rozwiązywanie problemów naukowych, można wymienić:

- funkcję deskryptywną (opisową), odpowiadającą na pytania: jak jest? jakie to jest?
- funkcję eksplanacyjną (wyjaśniającą), która ujawnia istotę badanego obiektu i opiera się na wnioskowaniu redukcyjnym – znamy skutki, szukamy przyczyn;
- funkcję predykcyjną (prognostyczną), której rezultatem jest hipoteza prognostyczna (kształtowana przez systemy wartości i cele działających podmiotów);
- funkcję ewaluacyjną (oceniającą), czyli formułowanie sądów wartościujących na temat danego obiektu;
- funkcję metodologiczną, wyjaśniającą, jak badać dany obiekt i jego podmioty.

Klasyfikacja wiedzy zarówno na gruncie epistemologicznym, jak i metodologicznym nie jest prosta – bez względu na to, czy posłużymy się kartezjańskimi rozważaniami abstrakcyjno-logicznymi (filozofia, matematyka, logika), czy też tylko eksperymentalnymi. Ważniejsze w tym procesie wydaje się stosowanie koncepcji konsyliencji, polegającej na łączeniu różnych dziedzin nauki poprzez łączenie faktów oraz teorii empirycznych. Trudno zaprzeczyć temu, iż takie podejście integrujące nie tylko przyczynia się do rozwoju samej nauki, ale także zapewnia postęp cywilizacyjny¹⁵.

Problemy bezpieczeństwa w myśli naukowej¹⁶

Kwestia bezpieczeństwa budziła zainteresowanie już w starożytności. Platon zawarł analizowane kwestie w dwóch dziełach: *Państwie* i *Prawach*. Do najważniejszych źródeł zagrożenia bezpieczeństwa człowieka, społeczeństwa i państwa zali-

¹⁴ M. Pelc, *Elementy metodologii badań naukowych*, Warszawa 2012, s. 11–12.

¹⁵ Por. K. Raczkowski, K. Żukrowska, M. Żuber (red.), *Interdyscyplinarność nauk o bezpieczeństwie. Paradygmat. Wiedza. Demarkacja*, Warszawa 2013, s. 9.

¹⁶ Szerzej: A. Wawrzusiszyn, *Wybrane problemy transgranicznego bezpieczeństwa Polski*, Warszawa 2012; A. Wawrzusiszyn, P. Wasilewski, *Bezpieczeństwo personalne grup dyspozycyjnych społeczeństwa*, [w:] W. Horyń, L. Wełyczko (red.), *Edukacja dla bezpieczeństwa w XXI wieku. Człowiek – bezpieczeństwo – państwo*, Wrocław 2012.

czał: naruszenia ładu ustanowionego w świecie i w ludziach, niezrozumienie i nieprzestrzeżenie w życiu zasad sprawiedliwości i norm moralnych oraz prawnych, a wreszcie nadmierne przeludnienie przekraczające możliwości egzystencjalne poszczególnych państw. Jego zdaniem było to jednocześnie najważniejsze źródło wojen. Arystoteles, podobnie jak Platon, nie traktował wojny jako celu samego siebie, lecz jako „środek do pokoju”. Analizując zagrożenia militarne, wskazywał na konieczność stałej troski o należyte przygotowanie się do prowadzenia wojen w obronie niepodległości państwa i bezpieczeństwa jego obywateli.

W czasach nowożytnych Monteskiusz podkreślał szczególną rolę przyjaznych stosunków między ludźmi i poszanowania prawa jako warunków bezpieczeństwa, mając na względzie prawa regulujące stosunki między ludźmi i między narodami¹⁷. Także Holbach zwracał na uwagę na fakt, iż dzięki przestrzeganiu prawa mogą być chronione takie wartości, jak wolność i własność. Z kolei zdaniem Hobbesa gwarancją bezpieczeństwa personalnego i strukturalnego powinno być przestrzeganie prawa natury i dążenie do „pokoju”. Uważał on, że z bezpieczeństwem wiążą się takie kategorie, jak: nieufność, sława, niezdrowa rywalizacja oraz wojna i bogactwo.

Problematykę konfliktów wewnętrznych i zewnętrznych dostrzegał w swoich dziełach Kant, uwypuklając rolę takich wartości, jak pokój, prawo i moralność, stanowiących niejako przeciwagę dla niezdrowej rywalizacji oraz dążenia do sławy i bogactwa, a środkiem do tego była wojna. Bez pokoju, prawa i moralności trudno byłoby mówić o długotrwałym bezpieczeństwie i zrównoważonym pokoju. Natomiast przesłanie Comte’a na temat roli pracy, pokoju, altruizmu, dobrobytu i szczęścia dla zapewnienia długotrwałego bezpieczeństwa zachowuje swoją aktualność do dziś. Warto też przypomnieć opinię Fromma, który podkreślał, że warunkiem bezpieczeństwa jest zdrowie społeczne, którego przejawami są: miłość, twórczość, braterstwo i indywidualność. Objawów choroby społecznej filozof ów upatrywał w irracjonalizmie, destrukcji, konformizmie, narcyzmie i kazirodztwie.

Wśród wybitnych polskich myślicieli, którzy podejmowali problematykę bezpieczeństwa w okresie odrodzenia należy wymienić Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Piotra Skargę, Jana Tarnowskiego. W swoich dziełach postulowali oni państwo bezpieczne i sprawiedliwe, opowiadając się za radykalnymi reformami polityczno-społecznymi, wojskowymi, ekonomicznymi, moralnymi i oświatowymi¹⁸. Wśród mężów stanu polskiego oświecenia należy wymienić Stanisława Leszczyńskiego, Stanisława Staszica i Hugona Kołłątaja, dla których ówczesna sytuacja społeczno-ekonomiczno-militarna kraju była nie do zaakceptowania. Podjęli oni próby ratowania kraju, mające na celu umocnienie jego pozycji i sił zbrojnych, obronę wolności i niepodległości Polski¹⁹. Rozważania nad stanem bezpieczeństwa narodu i państwa miały charakter wręcz reformatorski.

¹⁷ Por. K.L. Montesquieu, *O duchu praw*, Warszawa 1927, s. 13.

¹⁸ Zob. J. Krzyżanowski, *Historia literatury polskiej*, Warszawa 1986, s. 150.

¹⁹ Por. W. Stach, *Koncepcje bezpieczeństwa państwa w okresie polskiego oświecenia*, [w:] R. Rosa (red.), *Dialektyka bezpieczeństwa wojny i pokoju*, Warszawa 2003, s. 101–108.

Z kolei kontestacje nad bezpieczeństwem w okresie polskiego romantyzmu wynikały głównie z braku państwowości, walki o utrzymanie tożsamości i odzyskanie niepodległości – miały zatem charakter narodowy. Tematem przewodnim stała się praca nad uzyskaniem duchowego wsparcia dla narodu pozbawionego państwowości i podzielonego między zaborców. Dyskursy nad przyczynami upadku państwa, tudzież rozważania nad jego przyszłością znajdowały szczególne miejsce w twórczości Joachima Lelewela, Maurycego Mochnackiego, księdza Piotra Ściegiennego, Adama Mickiewicza, Zygmunta Krasińskiego i innych.

Przełom XX i XXI wieku zmienił świat, a wraz z tym warunki, w jakich żyjemy. Ewolucja pojęcia „bezpieczeństwo” i związanych z tym sposobów myślenia o bezpieczeństwie oraz sposobów zapewniania bezpieczeństwa stała się faktem²⁰.

W latach 40. i 50. XX wieku uważano, że idea bezpieczeństwa międzynarodowego wyraża właściwe każdemu narodowi pragnienie zabezpieczenia przed agresją militarną i opiera się na posiadanej przez państwo pewności, że nie będzie zaatakowane lub że w przypadku ataku otrzyma natychmiastową i skuteczną pomoc ze strony innych państw.

Wiele pozytywnych zmian odnotowywano w społeczeństwach wstępujących do Unii Europejskiej po okresie znacznego ograniczania ich suwerenności. Wskazywano już wtedy na potrzebę szerszego, kooperatywnego myślenia o bezpieczeństwie. Świadczą o tym prace i wypowiedzi Mariana Dobrosielskiego i Józefa Kukułki, a także nieco później Romana Kuźniara, Jerzego Stańczyka, Adama Daniela Rotfelda, Ryszarda Zięby i wielu innych. Zdaniem tych autorów, dążenie do zapewnienia bezpieczeństwa polega na tworzeniu optymalnych warunków wewnętrznego, bezkonfliktowego rozwoju istotnych składników danego systemu, jak też eliminowanie ewentualnego zagrożenia zewnętrznego. Ważne, by tak rozumiane bezpieczeństwo sprzyjało harmonijnemu, symbiotycznemu rozwojowi szerszego organizmu lub systemu.

Tożsamość nauk o bezpieczeństwie i nauk o obronności

Problematyka bezpieczeństwa była dotychczas przedmiotem poznania politologii, socjologii, filozofii, a przede wszystkim nauk wojskowych. Przez wiele lat nauki wojskowe nie budziły większego zainteresowania w kręgach naukowców cywilnych. Była to dziedzina traktująca o sposobie użycia rodzajów sił zbrojnych i wojsk w operacjach wyłącznie wojennych, w większości niejawna i zamknięta dla naukowców spoza wojska. Miało to niekorzystny wpływ na rozwój tej dziedziny wiedzy, rozwój badań w obszarze nauk wojskowych i jej powiązanie z innymi dziedzinami.

²⁰ Szerzej: D.B. Bobrow, E. Haliżak, R. Zięba, *Bezpieczeństwo narodowe i międzynarodowe u schyłku XX wieku*, Warszawa 1997; M. Cieślarczyk, *Psychospołeczne i prakseologiczne aspekty bezpieczeństwa i obronności*, Warszawa 1997; M. Cieślarczyk, *Kultura bezpieczeństwa i obronności*, Siedlce 2007.

Na początku XXI wieku zasadniczo zmieniło się środowisko bezpieczeństwa w Europie i na świecie. Znacznemu przewartościowaniu uległo pojęcie „zagrożenie bezpieczeństwa”, jako że pojawiły się nowe, groźne odmiany tego zjawiska.

Nauki wojskowe rozszerzyły zakres badań dotyczących środowiska bezpieczeństwa o wymiary narodowy i międzynarodowy. Dzięki temu powstał znaczący dorobek wykraczający poza walkę zbrojną i użycie sił zbrojnych. Badania obejmowały swoim zasięgiem również problemy bezpieczeństwa państwa i obywateli²¹. Pojawiły się prace z zakresu filozofii bezpieczeństwa, metodologii bezpieczeństwa i obronności oraz wkraczające w świat ogólnej teorii bezpieczeństwa i obronności. W konsekwencji ich nazwa nie oddaje już treści rzeczywistych badań, szczególnie w aspekcie przedmiotu poznania, który w rzeczy samej nie odpowiadał nazwie, a te ani w sensie ontologicznym, ani w sensie epistemologicznym nie dało się uzasadnić.

Rozporządzeniem Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 8 sierpnia 2011 r. w sprawie obszarów wiedzy, dziedzin nauki i sztuki oraz dyscyplin naukowych i artystycznych z nauk wojskowych wyodrębniono dwie dyscypliny naukowe: nauki o bezpieczeństwie i nauki o obronności, umieszczając je w obszarze wiedzy nauk społecznych i w dziedzinie nauk społecznych. Było to istotne wydarzenie, szczególnie ze względu na toczące się od lat dyskusje, dla uczonych, nauczycieli, instytucji kształcących w obszarze bezpieczeństwa i tych wszystkich, którym problemy bezpieczeństwa są bliskie. Wyodrębnienie powyższe miało ważny aspekt formalny, a także ustaliło czytelne granice pomiędzy nowymi i wzajemnie uzupełniającymi się obszarami realizowanych badań nt. bezpieczeństwa i obronności.

Autonomia (pewna samodzielność i niezależność) dyscyplin naukowych staje się złożonym problemem, którego nie można jednoznacznie rozstrzygnąć. Dlatego wymagana jest identyfikacja kryteriów wyróżniających dyscyplinę naukową. Niekiedy wskazuje się, że do powołania nowej dyscypliny wystarczy spełnić dwa warunki. Pierwszym jest odrębność danej nauki od innych, drugim zaś pokaźny dorobek wiedzy, niebędący dorobkiem innej dyscypliny²². Według tej kwalifikacji nie byłoby to jednak możliwe, ponieważ wiedza wytworzona jest współzależna od innych dyscyplin. Nauki o bezpieczeństwie i nauki o obronności, według kryterium podmiotowego, przedmiotowego i przestrzennego, mieszczą się w wielu dyscyplinach, zatem odrębność dyscypliny naukowej wymaga innych kryteriów. Wskazuje się, że o autonomii decydują głównie: jej przedmiot, zaawansowanie podmiotu, środków i rezultatów uprawiania nauki, stopień metanaukowego samookreślenia się, stan informacyjny (czynnik zewnętrzny)²³.

Uwzględniając uwarunkowania rozważanych problemów, należy odnieść się przede wszystkim do przedmiotu badań nauk o bezpieczeństwie i nauk o obronności.

²¹ Zob. S. Zajas, *Nauki wojskowe a nauki o bezpieczeństwie i obronności*, [w:] P. Sienkiewicz, M. Marszałek, H. Świeboda (red.), *Metodologia badań bezpieczeństwa narodowego. Bezpieczeństwo 2010*, t. 1, Warszawa 2010, s. 9–14.

²² R. Wróblewski, *Przedmiot i metoda nauk o bezpieczeństwie narodowym*, [w:] ibidem, s. 72.

²³ S. Kamiński, *Nauka i metoda. Pojęcie nauk i klasyfikacja nauk*, Lublin 1992, s. 253.

W powszechnym rozumieniu o przedmiocie badań decydują obiekty bądź procesy, które badamy. Z formalnego punktu widzenia powyższe dyscypliny zawsze posiadały obiekty i przedmioty badań, ponieważ bezpieczeństwo należy do naczelných ogólnoludzkich wartości. Z tej racji, iż nauki o bezpieczeństwie i nauki o obronności stanowią część nauk społecznych, obiektem badań są: zbiorowości i zbiory społeczne, instytucje społeczne, procesy i zjawiska społeczne²⁴. Przedmiotem badań analizowanych nauk okazują się więc cechy obiektów wyznaczających ich granice, właściwości i relacje. Dostrzeżenie istoty cech i zależności między nimi a badanymi obiektami pozwala wnioskować o istocie bezpieczeństwa.

Każda nauka tworzy swój własny język, który dla niewtajemniczonych wydaje się sztuczny i formalny. Tworzona terminologia w danej dziedzinie i dyscyplinie rozumiana jest jako system pojęć. Na przełomie XX i XXI wieku dostrzeżono intensyfikację i demarkację badań problemów bezpieczeństwa, co spowodowało wyłonienie się obiektu i przedmiotu oraz zakresu rozważań. We wszystkich sferach funkcjonowania człowieka identyfikujemy bezpieczeństwo, dodając do tego słowa odpowiedni przymiotnik, co wpływa na wzbogacanie języka pojęć, zwłaszcza w rozważanych dyscyplinach.

Mówiąc o metodologicznej tożsamości, należy mieć na względzie przede wszystkim dążenie do wieloaspektowego poznania wyodrębnionego przedmiotu badań. Szczególnego znaczenia nabiera obszar naukowych metod badania problemów bezpieczeństwa. Trzeba podkreślić, że to właśnie zastosowanie metod naukowych różni poznanie naukowe od poznania potocznego. Cechą wyróżniającą poszczególne dyscypliny i dziedziny wiedzy są charakterystyczne metody badań, odpowiednie techniki i narzędzia badawcze. Wybór metody zawsze będzie zależny od zakresu badań oraz założonych celów. Jako że analizowane dyscypliny naukowe są stosunkowo młode, a bezpieczeństwo ma interdyscyplinarny charakter, trudno jednoznacznie stwierdzić, jakie metody naukowe, narzędzia i techniki badawcze powinno stosować się w badaniach współczesnych problemów bezpieczeństwa. Niemniej jednak należy prowadzić dalsze prace i poszukiwania w tym obszarze.

Można wysunąć tezę, iż o tożsamości nauk o bezpieczeństwie i nauk o obronności w głównej mierze zdecydowało określenie przedmiotu badań tych dyscyplin, zatem nauki o bezpieczeństwie obejmują całokształt problematyki bezpieczeństwa w wymiarze narodowym i międzynarodowym. Przedmiotem badań tej dyscypliny są współczesne systemy bezpieczeństwa w wymiarze militarnym i niemilitarnym oraz ich funkcjonowanie na różnych poziomach organizacyjnych. Systemy te obejmują działania instytucji o charakterze państwowym, rządowym i samorządowym, przedsiębiorców i organizacji społecznych. Badania w zakresie tej dyscypliny powinny służyć tworzeniu teoretycznych podstaw i rozwojowi systemów bezpieczeństwa międzynarodowego i systemów operacyjnych funkcjonujących w obszarze bezpieczeństwa. Natomiast nauki o obronności obejmują problematykę obronę państwa

²⁴ Por. J. Sztumski, *Wstęp do metod i technik badań społecznych*, Katowice 2005, s. 19.

w zakresie systemu obronnego państwa, teorii sztuki wojennej, w tym strategii, sztuki operacyjnej i taktyki. Przedmiotem badań tej dyscypliny są przygotowania obronne państwa, organizacja i rozwój systemu obronnego państwa, w tym sił zbrojnych, dowodzenie oraz szkolenie wojsk. Badania w tej dyscyplinie powinny służyć tworzeniu podstaw teoretycznych i rozwojowi systemu obronnego państwa oraz teorii sztuki wojennej i kierowania wojskami²⁵.

Generalnie rzecz ujmując, można stwierdzić, że kwestie bezpieczeństwa i obronności są ze sobą nierozzerwalnie połączone. Wielu zagadnień nie da się rozpatrywać rozdzielnie, szczególnie w aspekcie analizy systemowej, która w sensie metodologicznym może stanowić pewną podstawę, głównie w badaniach jakościowych²⁶.

Podsumowanie

Zaprezentowane rozważania stanowią próbę systemowego ujęcia związku nauki z bezpieczeństwem. Skoncentrowano się na omówieniu istoty pojmowania współczesnej nauki, roli i miejsca bezpieczeństwa w nauce oraz podjęto rozważania nad tożsamością nowych dyscyplin naukowych.

Artykuł jest zaledwie zarysem problemu, choć oczywiście uzyskane rezultaty można by przedstawić szerzej, inaczej, dokładniej. W związku z dość ekspansywnym rozwojem analizowanych dyscyplin naukowych istnieje pilna potrzeba ciągłego poszerzania zarówno systemu pojęć, jak również poszukiwań skutecznych metod, technik i narzędzi badawczych.

Summary

Security in the process of scientific recognition

Key words: knowledge, science, scientific discipline, methodology, safety, science of safety.

Presently security is the subject of investigation of boarder interdisciplinary research which has its source rooted in Plato and Aristotle's philosophical reflections. These reflections have gained special interest and development only in modern times by emerging from the philosophy new scientific disciplines.

The environment of security has radically changed nowadays. The security problems have revaluated a lot and expanded into new areas. After years of discus-

²⁵ Por. B.M. Szulc, *Metodologiczne i epistemologiczne dylematy nauk o bezpieczeństwie i nauk o obronności*, [w:] K. Raczkowski, K. Żukrowska, M. Żuber (red.), op. cit., s. 21–22; S. Zajas, op. cit., s. 14.

²⁶ Por. B.M. Szulc, op. cit., s. 28.

sions two new disciplines were selected: science of safety and science of defense. They were placed in the field of knowledge of social sciences and social sciences.

The author attempts to diagnose science and its interpretation, presents ways of thinking about safety throughout history, and identifies the science of safety and science of defense.

Monika Ziniewicz

Katedra Prawa Administracyjnego i Nauki o Administracji

Wydział Prawa i Administracji UWM

Bezpieczeństwo narodowe i logistyka Sił Zbrojnych RP po wstąpieniu Polski do NATO i UE

Na straży suwerenności, niepodległości Narodu Polskiego, jego bezpieczeństwa i pokoju oraz niepodzielności terytorium RP stoją Siły Zbrojne RP. Gwarancja ta ma swoje źródło uregulowań w art. 5 i 26 Konstytucji RP oraz w art. 3 ust. 1 ustawy z 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej¹. Te źródła prawa są narzędziem do osiągnięcia najwyższego dobra wspólnego wszystkich obywateli, którym jest Rzeczpospolita Polska. Dobro wspólne jest konsekwencją sprawnie realizowanego interesu publicznego, którym jest utrzymanie pokoju oraz sprawna gotowość bojowa Sił Zbrojnych RP na wypadek zagrożenia zewnętrznego i wewnętrznego. Tak określone dobro wspólne jest możliwe do otrzymania, jeśli Polska będzie zdolna do stworzenia warunków, aby to dobro osiągać. Leży to w interesie publicznym władzy państwowej, której zadaniem jest realizacja zobowiązań wynikających z przepisów polskich oraz międzynarodowych.

Przystąpienie Polski do NATO oraz Unii Europejskiej wymusiło szereg istotnych zmian w systemie funkcjonowania Sił Zbrojnych RP. Doświadczenia zdobyte w trakcie misji NATO, ONZ i UE są źródłem analiz, wniosków nie tylko dla systemu kształcenia i szkolenia kadr logistycznych, ale również logistyki wojskowej². Szczególnie istotne zmiany zaszły w systemie zaopatrzenia, gdzie dużą rolę odgrywają utworzone terytorialnie wojskowe oddziały gospodarcze. Powyższe aspekty przyczyniły się do postawienia następującej tezy badawczej: przyczyną powstania wojskowych oddziałów gospodarczych wykonujących zadania gospodarczo-finansowe jest realizacja interesu publicznego w postaci utrzymania ciągłej gotowości bojowej Sił Zbrojnych RP w trakcie realizacji zobowiązań Polski w stosunku do NATO i UE³.

¹ Dz.U. z 2012 r., poz. 461 ze zm.

² M. Cieniuch, *Posłanie Szefa Sztabu Generalnego Wojska Polskiego*, [w:] J. Figurski, J.M. Niepsuj, T. Ząbkowski (red.), *Logistka jutra. Kształcenie i szkolenie w logistyce – doświadczenia i wyzwania*, Warszawa 2012, s. 18.

³ Należy mieć na uwadze, że wojskowe oddziały gospodarcze stanowią jedynie uzupełnienie podmiotów wojskowych wykonujących zadania gospodarczo-finansowe w celu realizacji zobowiązań

W pracy przedstawiona zostanie pokrótce reforma Sił Zbrojnych RP po wstąpieniu Polski do NATO i Unii Europejskiej, interes publiczny, który jest realizowany przez Siły Zbrojne oraz rola i zadania wojskowych oddziałów gospodarczych przy wykorzystaniu metody dogmatycznej badania prawa.

Bezpieczeństwo narodowe interesem publicznym

Utrzymanie (ochrona) bezpieczeństwa publicznego to jedno z najstarszych, jeżeli w ogóle nie najstarsze zadanie publiczne wiążące się ściśle z podstawową funkcją władzy publicznej. Bezpieczeństwo publiczne jest przede wszystkim wartością konstytucyjną, dla której ochrony można ograniczyć korzystanie przez obywatela z jego konstytucyjnych wolności i praw. Bezpieczeństwo demokratycznego państwa w kontekście art. 31 ust. 3 Konstytucji RP traktowane jest jako wartość wchodząca w skład interesu publicznego, czyli ogólnego wyznacznika granic wolności i praw jednostki, przy czym nie należy tego interesu publicznego utożsamiać z interesem państwowym ani przeciwstawiać powinnościom jednostki. W świetle art. 5 Konstytucji RP bezpieczeństwo obywateli należy do podstawowych zadań państwa. Bezpieczeństwo państwa jest obowiązkiem Prezydenta RP i obejmuje czuwanie nad przestrzeganiem Konstytucji, stanie na straży suwerenności i bezpieczeństwa państwa oraz nienaruszalności i niepodzielności jego terytorium (art. 126 ust. 2)⁴.

Do głównych celów strategicznych Rzeczypospolitej Polskiej w dziedzinie obronności należą:

- zapewnienie niepodległości i suwerenności Rzeczypospolitej Polskiej, jej integralności i nienaruszalności granic;
- obrona i ochrona wszystkich obywateli Rzeczypospolitej Polskiej;
- tworzenie warunków do zapewnienia ciągłości realizacji zadań przez organy administracji publicznej oraz inne pomioty właściwe w obszarze bezpieczeństwa narodowego, w tym odpowiedzialne za funkcjonowanie gospodarki i innych obszarów istotnych dla życia i bezpieczeństwa obywateli;
- tworzenie warunków do podwyższania zdolności obronnych państwa, jak też zapewnienie gotowości do realizacji obrony w układzie narodowym i sojuszniczym;
- rozwijanie partnerskiej współpracy wojskowej z innymi państwami, zwłaszcza sąsiednimi;
- realizacja zobowiązań wynikających z członkostwa Polski w NATO i UE;

Polska-NATO i nie są to podmioty o znaczeniu pierwszoplanowym. Znacznie szersze (w zakresie wielkości realizacji budżetu i wartości zamówień) znaczenie mają Rejonowe Bazy Logistyczne (RBLogi) i Zarządy Infrastruktury RZI (SZI, WZI).

⁴ J. Filaber, *Pojęcie bezpieczeństwa publicznego w prawie administracyjnym (wybrane uwagi)*, „Wrocławskie Studia Erezmiańskie. Zeszyty Studenckie. Prace Prawnicze, Administratywistyczne, Historyczne”, Wrocław 2009, s. 245–246.

– zaangażowanie w międzynarodowe operacje reagowania kryzysowego, prowadzone w pierwszej kolejności przez NATO i UE, a także przez ONZ czy w ramach doraźnych koalicji⁵.

Z punktu widzenia Strategii Bezpieczeństwa Narodowego RP podstawowym elementem systemu obronności kraju są Siły Zbrojne RP. Służą one ochronie niepodległości państwa, niepodzielności jego terytorium oraz zapewnieniu niepodległości i nienaruszalności jego granic⁶. Ich głównym zadaniem jest zapewnienie zdolności państwa do obrony oraz utrzymywanie gotowości do przeciwstawienia się agresji w ramach zobowiązań sojuszniczych. Za istotę tego odniesienia uważa się rozwijanie zdolności bojowych Sił Zbrojnych RP dla zabezpieczenia skutecznej obrony i ochrony polskich granic w ramach działań prowadzonych samodzielnie oraz w ramach obrony kolektywnej, jak również poza jej granicami⁷.

Mając powyższe na uwadze, Siły Zbrojne RP realizują interes publiczny, jakim jest bezpieczeństwo publiczne państwa, poprzez:

– utrzymanie gotowości bojowej do udziału w działaniach o charakterze asymetrycznym, w tym wielonarodowych połączonych operacjach zwalczania terroryzmu, prowadzonych zgodnie z prawem międzynarodowym, a organizowanych przez NATO, UE lub doraźną koalicję państw;

– współuczestniczenie w stabilizowaniu sytuacji międzynarodowej, pozostając w ciągłej gotowości do udziału w wielonarodowych połączonych operacjach stabilizacyjnych, pokojowych oraz humanitarnych poza terytorium kraju;

– posiadanie zdolności operacyjnej, pozwalającej na znaczący udział w operacjach reagowania kryzysowego prowadzonych przez NATO i EU oraz wsparcie tego typu operacji organizowanych przez ONZ;

– realizowanie dwustronnej i wielostronnej współpracy wojskowej ze wszystkimi zainteresowanymi partnerami, a zwłaszcza państwami sąsiedzkimi⁸.

Realizacja interesu publicznego w tym przypadku zagwarantowana jest przez Konstytucję RP, ustawę z 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej, ustawy o stanach nadzwyczajnych (stanie klęski żywiołowej⁹, stanie wyjątkowym¹⁰ i stanie wojennym¹¹), Strategię rozwoju systemu bezpieczeństwa narodowego Rzeczypospolitej Polskiej 2022¹², Strategię udziału Sił Zbrojnych RP w operacjach międzynarodowych¹³.

⁵ Por. M. Pawlisiak, *System logistyczny a zadania wojsk*, „Przegląd Wojsk Lądowych” 2012, nr 3, s. 34.

⁶ M. Paszkowski, *Profesjonalizacja Sił Zbrojnych RP jako przykład zmian w wielkich grupach społecznych*, „Bezpieczeństwo Narodowe” 2011, nr 19(3), s. 226.

⁷ M. Paździor, B. Szmulik (red.), *Instytucje bezpieczeństwa narodowego*, Warszawa 2012, s. 94.

⁸ Ibidem.

⁹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r., poz. 333.

¹⁰ Dz.U. nr 113, poz. 985 ze zm.

¹¹ Dz.U. nr 156, poz. 1301 ze zm.

¹² Wprowadzona uchwałą nr 67 Rady Ministrów z 9 kwietnia 2013 r. w sprawie przyjęcia „Strategii rozwoju systemu bezpieczeństwa narodowego Rzeczypospolitej Polskiej 2022” (MP poz. 377).

¹³ Zob. [online] <www.bbn.gov.pl> (dostęp: 19.02.2014).

Wspomniane konstytucyjne zadania oraz zdolność wykonywania wspólnych działań z wojskami sojuszników wymagają przemian organizacyjnych, strukturalnych i zadaniowych. Jednak należy mieć na uwadze, że przemiany te nie mogą zaburzyć bieżącej działalności Sił Zbrojnych RP.

Główną misją Sił Zbrojnych RP jest obrona państwa i udział w obronie sojuszników. Aby ją wypełnić, realizowany jest proces transformacji Sił Zbrojnych RP, obejmujący ich profesjonalizację i modernizację techniczną. Zmiany te ukierunkowane są na zwiększanie potencjału militarnego i zdolności operacyjnych sił oraz wzmacnianie ich obronno-ekspedycyjnego charakteru. Realizacja interesu publicznego w tej płaszczyźnie jest bardzo trudna, ponieważ wszelkie zamierzenia organizacyjne przebudowy systemu logistycznego wzmocnionym wysiłkiem są prowadzone w warunkach ciągłego prowadzenia bieżącej działalności i utrzymania stałej gotowości sił zbrojnych.

Przystąpienie Polski do NATO i UE

Z chwilą wstąpienia Polski do struktur NATO i UE przyjęła ona na siebie zobowiązania sojusznicze i koalicyjne związane m.in. z realizacją przebudowy i modernizacji technicznej Sił Zbrojnych RP. Kierunki tych działań oraz źródła finansowania określiła ustawa z 25 maja 2001 r. o przebudowie i modernizacji technicznej oraz finansowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej¹⁴. Celem wprowadzenia tych regulacji było stworzenie warunków do stopniowego osiągania przez Siły Zbrojne RP pełnej interoperacyjności w ramach Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego oraz standardów pozostałych państw członków tej organizacji w zakresie uzbrojenia, wyposażenia, mobilności i możliwości prowadzenia działań wojskowych w każdym warunkach.

Podpisanie Traktatu Północnoatlantyckiego miało wymiar formalny i symboliczny, podczas gdy znalezienie się w gronie pełnoprawnych członków sojuszu wymagało spełnienia wielu warunków. Nasze członkostwo w sojuszu nie oznacza jedynie otrzymania gwarancji bezpieczeństwa, przede wszystkim powinno być rozumiane jako proces ciągłego wypełniania określonych zobowiązań¹⁵. Najważniejszymi z nich jest interoperacyjność naszych wojsk z pozostałymi armiami NATO i UE.

Unia Europejska w ramach Europejskiej Polityki Bezpieczeństwa i Obrony¹⁶ kieruje się zasadami zawartymi w Karcie Narodów Zjednoczonych, Karcie Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie oraz swoimi celami przedstawionymi

¹⁴ Tekst jedn.: Dz.U. z 2009 r. nr 67, poz. 570 ze zm.

¹⁵ Z. Mirowski, *Dziesięć lat systemu wsparcia państwa gospodarza*, „Przegląd Logistyczny” 2011, nr 4, s. 6.

¹⁶ Z chwilą wejścia w życie nowego Traktatu o Unii Europejskiej (tzw. traktatu lizbońskiego), tj. od 1 grudnia 2009 r., nazwa ta uległa zmianie na Wspólną Politykę Bezpieczeństwa i Obrony (*Common Security and Defence Policy – CSDP*).

w Traktacie o Unii Europejskiej¹⁷. Natomiast podstawowym aktem prawnym będącym podstawą działania NATO jest podpisany 4 kwietnia 1949 r. w Waszyngtonie Traktat Północnoatlantycki, zwany też traktatem waszyngtońskim. Umowa ta jest w istocie bardzo prostym dokumentem złożonym z 14 artykułów określających najważniejsze zobowiązania sojuszników wobec siebie z osobna, jak i Sojuszu jako całości. Szczególnie ważny z punktu widzenia aspektu obronności jest art. 5, stanowiący że każdy atak zbrojny z zewnątrz zwrócony przeciwko jednemu lub kilku państwom członkowskim traktowany będzie jako atak przeciwko całej organizacji. Zawarta w tym artykule formuła *casus foederis* jest szczególnym rodzajem solidarności wojskowej między członkami Sojuszu. NATO jest organizacją stawiającą sobie za cel zbiorową ochronę swoich członków jako podstawę zachowania pokoju i umocnienia bezpieczeństwa międzynarodowego. Z prawnomiędzynarodowego punktu widzenia NATO jest międzynarodową organizacją opartą na sojuszniczym systemie bezpieczeństwa. Zgodnie z traktatem waszyngtońskim każde państwo członkowskie zobowiązuje się przyczyniać do rozwoju pokojowych i przyjaznych stosunków międzynarodowych oraz dbać o zachowanie bezpieczeństwa własnego oraz innych członków sojuszu i wzmacniać swoje siły zbrojne.

Pozostałymi podstawami prawnymi zobowiązań Polski w stosunku do NATO i UE są następujące akty prawne:

- ustawa z 18 marca 1999 r. o ratyfikacji Traktatu Północnoatlantyckiego sporządzonego w Waszyngtonie 4 kwietnia 1949 r.¹⁸;
- ustawa z 18 marca 1999 r. o ratyfikacji umowy między Państwami – Stronami Traktatu Północnoatlantyckiego dotyczącego statusu ich sił zbrojnych, sporządzona w Londynie 19 czerwca 1951 r.¹⁹;
- ustawa z 18 marca 1999 r. o ratyfikacji protokołu dotyczącego statusu międzynarodowych dowództw wojskowych, ustanowionych na podstawie Traktatu Północnoatlantyckiego, sporządzonego w Paryżu 28 sierpnia 1952 r.²⁰;
- ustawa z 23 września 1999 r. o zasadach pobytu wojsk obcych na terytorium RP oraz zasadach ich przemieszczania się przez to terytorium²¹.

Priorytetem dla Polski pozostaje rozwijanie, wspólnie z pozostałymi członkami NATO, instrumentów, których celem jest wzmocnienie kolektywnej obrony. Obejmują one przygotowanie przez Sojusz skutecznego zestawu sił wysokiej gotowości, a także aktywne uczestnictwo sojuszników w ramach Sił Odpowiedzi NATO. Wymaga to również efektywnego zaangażowania w operacje międzynarodowe oraz sprawnych mechanizmów konsultacji w ramach Sojuszu Północnoatlantyckiego²².

¹⁷ A.Z. Rawski, *Wojsko Polskie w misjach i operacjach Unii Europejskiej*, Ministerstwo Obrony Narodowej, Lublin 2011, [online] <www.wojsko-polskie.pl> (dostęp: 15.02.2014).

¹⁸ Dz.U. nr 13, poz. 111.

¹⁹ Dz.U. nr 32, poz. 303.

²⁰ Dz.U. nr 32, poz. 305.

²¹ Dz.U. nr 93, poz. 1063.

²² Zob. [online] <www.koziej.pl> (dostęp: 15.02.2014).

Z istoty członkostwa w NATO i UE wypływa definicja logistyki wielonarodowej²³ sił zbrojnych jako nauki o planowaniu i realizowaniu przegrupowań wojsk oraz utrzymanie ich w gotowości²⁴. Prężnie rozwijającą się dziedziną zastosowań logistyki jest sfera bezpieczeństwa i zarządzania kryzysowego²⁵. Wyzwaniem tworzenia logistyki wielonarodowej jest interoperacyjność i standaryzacja pomiędzy jednostkami wojskowymi państw NATO i UE w obszarze logistyki²⁶.

Logistyka, jako najważniejszy czynnik zabezpieczenia działań bojowych wojsk, musi być rozwijana równolegle z rozwojem wojsk operacyjnych. Pełni funkcje służebne w kwestii dostarczania środków zaopatrzenia i realizacji usług na rzecz wojsk operacyjnych na teatrze działań krajowych i międzynarodowych, jak również w zakresie zabezpieczenia bieżącej działalności w miejscach stałej dyslokacji. Staje się zatem ponadnarodowa. Oznacza to, że system logistyczny Sił Zbrojnych RP musi być przygotowany do współdziałania z innymi armiami sojuszu. Dopiero wówczas efektywna gotowość bojowa międzynarodowa będzie skuteczna.

Współczesna transformacja NATO i UE wymusza na siłach zbrojnych nowe kierunki rozwoju technicznego oraz zmiany w sposobach realizacji zadań bojowych przez wojsko, wspólnie z innymi armiami sojuszu i armiami członkowskimi UE²⁷. Transformacja ta ma swoje odzwierciedlenie w następujących dokumentach dyrektywnych i normatywnych:

- CPG – kompleksowe wytyczne polityczne z 2006 r.²⁸;
- koncepcja strategiczna Sojuszu z 2010 r.;
- doktryny sojuszu, w tym doktryna operacyjna i logistyczna, doktryna HNS, doktryna CIMIC.

Z członkostwa w NATO i UE wynika potrzeba przygotowania się na przyszłość, tj. opracowanie wspólnej strategii w dziedzinie kluczowych technologii wspomagających w UE, które w dobie obecnych zagrożeń dla państw jest wręcz niezbędne²⁹.

²³ Inaczej: logistyka zintegrowana, logistyka ponadnarodowa.

²⁴ STANAG 2406 – w tym sensie w zakres zabezpieczenia logistycznego wchodzi: projektowanie, rozwój, pozyskanie, przechowywanie, dystrybucja, eksploatacja, użytkowanie, budowa, utrzymanie, użytkowanie i zarządzanie obiektami wojskowymi, pozyskiwanie i świadczenie usług logistycznych.

²⁵ K. Ficoń, *Logistyka a wyzwania globalnej gospodarki rynkowej oraz informacyjnego społeczeństwa i pola walki*, [w:] *Logistyka jutra...*, s. 22.

²⁶ A. Szlachta, *Organizacja logistyki w siłach zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej*, „Logistic and Transport” 2007, nr 1, s. 77.

²⁷ J. Maj, *Kształcenie i szkolenie logistyczne w WAT – doświadczenia, wnioski i wyzwania*, [w:] *Logistyka jutra...*, s. 166–167.

²⁸ Analizują prawdopodobne przyszłe warunki bezpieczeństwa, potwierdzając jednocześnie możliwość zaistnienia nieprzewidzianych wydarzeń.

²⁹ Z. Mierczyk, *Technologie podwójnego zastosowania a logistyka*, [w:] *Logistyka jutra...*, s. 74.

Profesjonalizacja Sił Zbrojnych i rozbudowa systemu logistycznego Sił Zbrojnych RP

Polska w NATO i UE to główny determinant potrzeb intensyfikacji w Siłach Zbrojnych RP procesów dostosowawczych, mających na celu osiągnięcie wymaganych poziomów standaryzacji we wszystkich dziedzinach działalności wojska i jego systemach funkcjonalnych. Przeobrażenia Sił Zbrojnych RP oraz włączenie ich do struktury NATO wymuszały przede wszystkim potrzebę transformacji systemu logistycznego pod kątem przystosowania go do standardów obowiązujących w armiach NATO i UE.

Zadania pełnione przez Siły Zbrojne RP w celu realizacji interesu publicznego w związku z przystąpieniem do NATO i UE wymusiły konieczność dostosowania zadań i struktury systemu wojskowego systemu logistycznego w kraju. Całość powyższych okoliczności doprowadziło do opracowania „Koncepcji reorganizacji systemu logistycznego resortu obrony narodowej”, która zakładała:

- zbudowanie terytorialnych struktur logistyki stacjonarnej wspierającej jednostki wojskowe wszystkich rodzajów sił zbrojnych;
- rozdzielnie, na szczeblu wykonawczym, logistyki stacjonarnej i mobilnej;
- usunięcie zasadniczych trudności, które ograniczają i zakłócają funkcjonalność i skuteczność działania logistyki Sił Zbrojnych RP poprzez oddzielenie funkcji dowódczo-szkoleniowych od gospodarczo-finansowych;
- wykorzystanie w większym stopniu dostępnych źródeł wsparcia w sektorze publicznym oraz na rynku cywilnym (outsourcing usług);
- zmniejszenie liczby szczebli zarządzania logistyką oraz wdrożenia wspomagających zintegrowanych narzędzi informatycznych;
- przebudowanie w niezbędnym zakresie systemu logistycznego Sił Zbrojnych RP adekwatnie do nowych uwarunkowań wewnętrznych i sojuszniczych³⁰.

Niezbędnym krokiem do podjęcia działań dostosowania potencjału logistyki było utworzenie Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej³¹. Szef Inspektoratu kieruje logistyką wykonawczą w Siłach Zbrojnych RP. Według § 7 pkt 1 zarządzenia nr 28/MON Ministra Obrony Narodowej z 31 października 2013 r. w sprawie nadania statutów Inspektoratowi Wsparcia Sił Zbrojnych oraz jednostkom podległym Szefowi Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych³² podstawowym zadaniem Inspektoratu jest:

³⁰ W Nyszk, *System logistyczny – miejsce i rola w funkcjonowaniu Sił Zbrojnych RP*, [w:] *Logistyka jutra...*, s. 78; R. Klecha, A. Lis, *Restrukturyzacja logistyki stacjonarnej*, „Przegląd Wojsk Lądowych” 2012, nr 3, s. 17.

³¹ Decyzja Ministra Obrony Narodowej Nr Z-74/Org./P1 z 6 października 2006 r. w sprawie sformowania Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych. Inspektorat jest jednostką budżetową w rozumieniu art. 11 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 885 i 938) oraz jednostką wojskową w rozumieniu art. 3 ust. 5 ustawy z 21 listopada 1967 o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej.

³² Dz.Urz. MON nr 291.

- zabezpieczenie logistyczne Sił Zbrojnych RP;
- organizowanie współdziałania z pozamilitarnymi ogniwami obronnymi na rzecz Sił Zbrojnych RP w okresie pokoju, kryzysu i wojny;
- zarządzanie obroną terytorialną, wydzielonymi siłami inżynierii wojskowej i obrony przed bronią masowego rażenia oraz terenowymi organami wykonawczymi Ministra Obrony Narodowej w sprawach operacyjno-obronnych i rządowej administracji niespolonej.

Podstawą prawną powstania Inspektoratu Wsparcia są:

- decyzja Ministra Obrony Narodowej nr Z-74/Org./P1 z 6 października 2006 r. w sprawie sformowania Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych;
- decyzja Ministra Obrony Narodowej nr PF-39/Org./P1 z 30 maja 2007 r. w sprawie podporządkowania szefowi Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych wybranych jednostek organizacyjnych podległych dotychczas dowódcom rodzajów Sił Zbrojnych oraz dowódcy Dowództwa Operacyjnego;
- rozkaz Szefa Sztabu Generalnego WP nr 1029/Org./P1 z 13 października 2006 r. w sprawie przygotowania warunków do funkcjonowania Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych w garnizonie Bydgoszcz.

Do głównych zadań Inspektoratu należy przede wszystkim zarządzanie zasobami logistycznymi Sił Zbrojnych RP oraz zarządzanie nieruchomościami jednostek wojskowych, ich wyposażeniem, eksploatacją, prowadzeniem inwestycji i remontów. Bardzo istotnym zadaniem, wynikającym z zobowiązań sojusznicznych państwa, jest współuczestniczenie w zabezpieczeniu logistycznym polskich kontyngentów wojskowych, kierowanie procesem planowania i realizacja zadań wynikających z pełnienia funkcji państwa gospodarza (HNS) i państwa wysyłającego³³. To na Inspektoracie spoczywa głównie rola logistyki wykonawczej z przeznaczeniem do kompleksowego zabezpieczenia logistycznego sił zbrojnych w określonych dziedzinach oraz zarządzania i racjonalnego gospodarowania zasobami logistycznymi.

Odnosząc się do zagadnienia usunięcia zasadniczych trudności, które ograniczają i zakłócają funkcjonalność i skuteczność działania logistyki Sił Zbrojnych RP, należy wskazać rozpoczęty w tym celu w 2008 r. program pilotażowy oddzielenia w wojskowych jednostkach budżetowych funkcji finansowo-gospodarczych od operacyjno-szkoleniowych. Podstawą jego powstania są następujące akty prawne:

- decyzja nr 503/MON Ministra Obrony Narodowej z 6 grudnia 2006 r. w sprawie wdrożenia programu pilotażowego oddzielenia w wojskowych jednostkach budżetowych funkcji finansowo-gospodarczych od operacyjno-szkoleniowych³⁴;

³³ A. Bursztyński, *Transformacja wojskowego systemu logistycznego w kontekście tworzenia Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych RP*, „Zeszyty Naukowe Akademii Marynarki Wojennej” 2008, nr 3(174), s. 102.

³⁴ Dz.Urz. MON. z 2006 r., nr 22, poz. 293.

- decyzja nr 46/MON Ministra Obrony Narodowej z 27 stycznia 2007 r. w sprawie określenia funkcji gestorów i centralnych organów logistycznych uzbrojenia i sprzętu wojskowego w resorcie obrony narodowej³⁵;
- decyzja nr 49/MON Ministra Obrony Narodowej z 6 lutego 2008 r. zmieniająca decyzję w sprawie określenia funkcji gestorów i centralnych organów logistycznych uzbrojenia i sprzętu wojskowego w resorcie obrony narodowej³⁶;
- rozkaz nr 93/Log./P4 Szefa Sztabu Generalnego WP z 31 stycznia 2007 r. w sprawie wdrożenia programu pilotażowego oddzielenia w wojskowych jednostkach budżetowych funkcji finansowo-gospodarczych od operacyjno-szkoleniowych (ze zm.).

Założenia programu miały na celu odciążyć dowódców jednostek od zadań finansowo-gospodarczych i jednocześnie nie pozbawić ich wpływu na decydowanie o priorytetach w zakresie logistycznego i finansowego zabezpieczenia jednostek³⁷. W ten sposób jednostki o charakterze gotowości bojowej skupiają się na prowadzeniu ćwiczeń, uczestnictwie w misjach pokojowych, ujednocnianiu standardów międzynarodowych, co przyczynia się do wzrostu zabezpieczenia interesu publicznego, jakim jest bezpieczeństwo publiczne i gotowość Polski na wypadek wojny. Natomiast całokształt zadań związanych z zaopatrywaniem i zabezpieczeniem logistycznym należy do właściwości wojskowych oddziałów gospodarczych. Tworzenie ich jest obecnie jednym z najważniejszych zadań reorganizacyjnych w logistyce Sił Zbrojnych RP³⁸.

System logistyczny sił zbrojnych państw członkowskich NATO i UE opiera się na outsourcingu usług na poziomie ok. 20% wszystkich wydatków na cele wojskowe³⁹. W naszym kraju formalnie wdrożono koncepcję outsourcingu usług w Siłach Zbrojnych RP decyzją nr 318/MON Ministra Obrony Narodowej z 3 lipca 2008 r. w sprawie wdrożenia systemu kontraktowania usług poza Siłami Zbrojnymi Rzeczypospolitej Polskiej⁴⁰, opierającego się na ustawie – Prawo zamówień publicznych⁴¹. Doktryna wskazuje, że do tego procesu przyczyniła się również profesjonalizacja RP⁴². W jej wyniku część zadań gospodarczych realizowanych dotychczas we własnym zakresie przez jednostkę wojskową została przejęta przez wyspecjalizowane firmy zewnętrzne. Przyczyniło się to do odciążenia potencjału wojskowego od wypeł-

³⁵ Dz.Urz. MON z 2007 r., nr 3, poz. 36.

³⁶ Dz.Urz. MON z 12 marca 2008, nr 3, poz. 16.

³⁷ W. Nyszk, op. cit., s. 80.

³⁸ Zadanie zostało wdrożone częściowo, ponieważ stworzono wyjątki poprzez powierzenie zadań finansowo-gospodarczych Bazom Lotniczym i Komendom Portów Wojennych (łącznie 12 wyjątków).

³⁹ Zob. R. Klecha, A. Lis, op. cit., s. 18–19.

⁴⁰ Dz.Urz. MON nr 14, poz. 175.

⁴¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r., poz. 907.

⁴² Jej istotą jest uzawodowienie, czyli przekształcenie w formację w pełni zawodową, determinujące przekształcenia w innych obszarach Sił Zbrojnych RP.

niania funkcji niemilitarnych i możliwości skupienia się Sił Zbrojnych RP na realizacji interesu publicznego, jakim jest obrona narodowa⁴³.

W przypadku zabezpieczenia wojsk w operacjach o charakterze sojusznym lub wielonarodowym szczególnie ważne jest uzyskanie jednolitości w obszarze dokumentów i procedur, z jakich korzystają organy logistyczne w sztabach i jednostkach wojskowych. To podstawa sukcesu w dziedzinie interoperacyjności logistycznej, będącej czynnikiem stymulującym prawidłowe funkcjonowanie logistyki wielonarodowej⁴⁴.

Restrukturyzacja stacjonarnego potencjału logistycznego wpisuje się w trendy modernizacyjne światowej logistyki wojskowej i cywilnej. Dlatego potrzeba nadążania za tymi trendami stała się głównym celem zmian w Siłach Zbrojnych. Powołano zatem podstawowe organy wykonawcze, którymi są wojskowe oddziały gospodarcze – zabezpieczające na zasadzie odpowiedzialności terytorialnej jednostki wszystkich rodzajów sił zbrojnych.

Wojskowe oddziały gospodarcze

Założeniem powstania wojskowych oddziałów gospodarczych było odciążenie dowódców jednostek wojskowych od zadań finansowo-gospodarczych. Są one obecnie podstawowym terytorialnym ogniwem w systemie stacjonarnego zaopatrywania wojsk⁴⁵. Oznacza to, że wojskowy oddział gospodarczy jest jedynym takim oddziałem na przydzielonym terytorium, który kompleksowo zabezpiecza funkcjonowanie jednostek i instytucji wojskowych stacjonujących w ich obszarze odpowiedzialności⁴⁶. Realizuje również zadania związane z pełnieniem funkcji państwa gospodarza na terytorium kraju.

Wojskowy oddział gospodarczy jest stacjonarną jednostką logistyczną przeznaczoną do realizacji zabezpieczenia finansowego i logistycznego jednostek i instytucji stacjonujących w garnizonach oraz biorących udział w szkoleniu poligonowym w swoim rejonie odpowiedzialności w zakresie określonym w decyzji nr 503/MON. Głównym zadaniem wojskowych oddziałów gospodarczych jest kompleksowe zabezpieczenie finansowe i logistyczne jednostek wojskowych wszystkich rodzajów wojsk na terenie całego kraju.

⁴³ Należy zaznaczyć, że *outsourcing* wprowadzony do zastosowania w pierwotnej, preferowanej formie nie spełnia oczekiwań warunkowanych specyfiką funkcjonowania żołnierzy. Taka forma byłaby do przyjęcia tylko wtedy, gdyby zastosowano absolutnie zewnętrzny system zaopatrzenia, nadzorowany przez wojsko w zakresie wielkości i jakości, a rozliczany przez podmiot zobowiązany do zlecenia usługi – podmiot naliczający dotację.

⁴⁴ W. Nyszk, op. cit., s. 81.

⁴⁵ K. Szymański, *Wyzwania logistyki w 2011 roku*, „Przegląd Logistyczny” 2011, nr 1, s. 5.

⁴⁶ A. Kępczyński, P. Kowalczyk, *Nowe zadania w logistyce*, „Przegląd Logistyczny” 2011, nr 4, s. 24.

Zgodnie z koncepcją restrukturyzacji systemu logistycznego⁴⁷, wojskowe oddziały gospodarcze z dniem 1 października 2007 r. stały się dysponentami środków budżetowych trzeciego stopnia. Z dniem 1 stycznia 2008 r. wojskowe oddziały gospodarcze wyposażają we wszystkich działach zaopatrzenia jednostki wojskowe, które zostały im przydzielone na zaopatrzenie zgodnie z planami przydziałów gospodarnych. W swoich sferach odpowiedzialności realizują zadania związane z planowaniem i finansowaniem potrzeb oraz świadczeniem usług na rzecz jednostek wojskowych podległych organizacyjnie dowództwom rodzajów Sił Zbrojnych⁴⁸. Zakres ich odpowiedzialności obejmuje również prowadzenie ewidencji ilościowo-wartościowej oraz prowadzenie gospodarki materiałowo-technicznej⁴⁹. Prowadzenie przez wojskowe oddziały gospodarcze ewidencji bilansowej nieruchomości (gruntów i budynków oraz infrastruktury) zostało podważone przez NIK – bilans tych przedmiotów winien prowadzić organ posiadający w imieniu Ministra Obrony Narodowej tytuł prawny do nieruchomości. Są to wartości materialne i podmiot realizujący opłaty majątkowe winien je ewidencjonować w ewidencji bilansowej (RZI, SZI, WZI).

Formowanie wojskowych oddziałów gospodarczych na podstawie rozkazu Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych nr Pf 19/Org. z 9 marca 2011 r. w sprawie realizacji zmian organizacyjnych i etatowych w stacjonarnym systemie zabezpieczenia logistycznego Sił Zbrojnych RP związane było z procesem przekazywania nieruchomości w administrację oraz ruchomych składników majątkowych, a także dokonaniem właściwych zmian w ewidencji ilościowo-wartościowej⁵⁰ oraz bilansowej.

W założeniu pilotażowym zadania finansowo-gospodarcze na rzecz jednostek wojskowych przejęły omawiane wojskowe oddziały gospodarcze. W ślad za tym wydano rozkaz Szefa Sztabu Generalnego WP z 29 czerwca 2010 r. w sprawie przygotowania wdrożenia terytorialnego systemu zabezpieczenia funkcjonowania jednostek wojskowych w garnizonach Sił Zbrojnych RP opartego na wojskowych oddziałach gospodarczych (ze zm.). Ich zadaniem według załącznika do decyzji nr 503/MON jest:

- 1) zabezpieczenie materiałowe,
- 2) zabezpieczenie techniczne,
- 3) zabezpieczenie medyczne,
- 4) zabezpieczenie finansowe (wraz z realizacją zamówień publicznych),

⁴⁷ Koncepcja oddzielenia w wojskowych jednostkach budżetowych funkcji finansowo-gospodarczych od operacyjno-szkoleniowych, Sztab Generalny WP, Warszawa 2006.

⁴⁸ SG WP Zarząd Planowania Logistyki, Podział kompetencji i zadań pomiędzy wojskowymi oddziałami gospodarczymi i jednostkami wojskowymi uczestniczącymi w programie pilotażowym oddzielania w wojskowych jednostkach budżetowych funkcji finansowo-gospodarczych od operacyjno-szkoleniowych, Warszawa 2008.

⁴⁹ A. Burszyński, *Rola i zadania wojskowego oddziału gospodarczego w systemie zabezpieczenia logistycznego Marynarki Wojennej RP*, „Zeszyty Naukowe Akademii Marynarki Wojennej” 2009, nr 1(176), s. 25.

⁵⁰ Proces odbywa się na podstawie Wytycznych w sprawie zadań formowania wojskowych oddziałów gospodarczych, wydanych przez Zastępcę Szefa Inspektoratu – Szefa Logistyki z 22 marca 2011 r.

- 5) infrastruktura wraz z zabezpieczeniem ppoż,
- 6) zabezpieczenie geograficzne i hydrometeorologiczne,
- 7) zabezpieczenie sprzętu łączności i informatyki,
- 8) ochrona i obrona obiektów,
- 9) obsługa administracyjno-biurowa,
- 10) zabezpieczenie obiektów szkoleniowych oraz kulturalnooświatowych,
- 11) bezpieczeństwo i higiena pracy,
- 12) zadania wynikające z obowiązku państwa gospodarza (HNS),
- 13) współpraca z instytucjami i środowiskami cywilnymi,
- 14) obsługa rodzin,
- 15) zabezpieczenie działalności duszpasterstwa wojskowego,
- 16) zabezpieczenie transportowe jednostek wojskowych,
- 17) obsługa prawna,
- 18) zabezpieczenie logistyczne jednostek łączności stacjonarnej w garnizonach.

W zależności od specyfiki i potrzeb jednostek dyslokowanych w rejonie admistrystrowanym przez wojskowe oddziały gospodarcze zakresy ich zadań zostają określone w dokumentach kompetencyjnych, z uwzględnieniem miejsca dyslokacji, podporządkowania oraz specyfiki realizowanych zadań.

Zgodnie ze sporządzoną oceną programu pilotażowego, wojskowe oddziały gospodarcze posiadają odpowiednie siły i środki pozwalające na realizację powierzonych zadań. Funkcjonowanie przydzielonych jednostek i instytucji wojskowych odbywa się bez zakłóceń w czterech zasadniczych obszarach: finansowym, mobilizacyjnym, ochrony jednostek i kompleksów wojskowych oraz infrastruktury wojskowej. Realizacja programu pilotażowego spowodowała odciążenie dowódców jednostek od działalności logistyczno-finansowej poprzez przejście przez wojskowe oddziały gospodarcze odpowiedzialności za realizację zadań w ustalonych obszarach zadaniowych, umożliwiając tym samym dowódcom jednostek zaopatrywanych przez te oddziały skupienie się na realizacji zadań operacyjno-szkoleniowych⁵¹. W tym systemie dowódca jednostki wojskowej odpowiada głównie za utrzymanie zdolności bojowej, zdolności do generowania własnych potrzeb oraz zachowanie zdolności logistycznych zgodnie z operacyjnym rozwinięciem jednostki, co wypełnia przesłanki sprawnie realizowanego interesu publicznego w trakcie zmian restrukturyzacyjnych Sił Zbrojnych RP.

Podsumowanie

Przyjęcie zobowiązań przez Polskę w stosunku do NATO i UE wymusiło szereg zmian w strukturach Sił Zbrojnych RP oraz reorganizację w systemie zarządzania logistyczno-finansowego. Celem tych zmian była standaryzacja systemu logi-

⁵¹ K. Pakos, *Ocena skuteczności zarządzania programem pilotażowym w wojskowych oddziałach gospodarczych*, „Zeszyty Naukowe Akademii Podlaskiej w Siedlcach, Seria: Administracja i Zarządzanie” 2010, nr 85, s. 194–195.

stycznego w stosunku do państw NATO i UE oraz racjonalne wykorzystanie potencjału logistycznego i usprawnienie struktury organizacyjnej. Zmiany dotyczyły m.in. powstania wojskowych oddziałów gospodarczych jako terytorialnie odpowiedzialnych organów za kompleksowe zabezpieczenie funkcjonowania jednostek i instytucji wojskowych stacjonujących w ich obszarze kompetencyjnym. Odciążenie tym samym dowódców jednostek wojskowych od zadań gospodarczo-finansowych tworzy korzystne warunki dla podnoszenia potencjału bojowego i osiągania przez jednostki wyższych stanów gotowości operacyjnej. Te uwarunkowania mają bezpośredni wpływ na skuteczność realizacji interesu publicznego, którym jest bezpieczeństwo państwa, nienaruszalność i niepodzielność jego terytorium.

Reasumując postawioną w pracy tezę badawczą, która brzmi, iż przyczyną powstania wojskowych oddziałów gospodarczych wykonujących zadania gospodarczo-finansowe jest realizacja interesu publicznego w postaci utrzymania ciągłej gotowości bojowej Sił Zbrojnych RP w trakcie realizacji zobowiązań w stosunku do NATO i UE, uważa się za udowodnioną.

Summary

Effects of Polish accession to NATO and the European Union in the logistics of the Polish Armed Forces

Key words: Military Support Units, logistic, defence and security.

To guard the sovereignty, independence of the Polish nation, its security and peace, and the integrity of the territory of Poland are the duties of the Polish Armed Forces. The Polish accession to the NATO and the European Union (further EU), have forced a number of significant changes in the Polish Armed Forces functioning system. The experience of the Polish Armed Forces, participation in NATO missions, the UN and the EU are sources of the analyzes and conclusions, not only for the education and training of logistics personnel, but – especially – for the military logistics. Particularly important changes have occurred in the supply system, in which a significant role maintain area based Military Support Units (*Wojskowe Oddziały Gospodarcze*), further WOG. The abovepresented aspects accounted for the following research hypothesis: the reason for the creation of the Military Support Units, performing economic and financial tasks, is the realization of the public interest through the maintenance of constant combat readiness of the Armed Forces of the Republic of Poland during the implementation of the Polish commitments in relation to NATO and the EU.

This paper outlines the Polish Armed Forces reform after the countries accession to the NATO and the EU, the public interest, which is implemented by the Armed Forces and the role and tasks of the WOGs, using the dogmatic study of law methods.

Glosy

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 20 grudnia 2012 r., II AKa 283/12, LEX nr 1292674.

Badania dopuszczone w postępowaniu karnym na podstawie art. 192a k.p.k. mają wyłącznie charakter badań eliminacyjnych, które mogą być przeprowadzane wyłącznie w celu ograniczenia kręgu osób podejrzanych lub ustalenia wartości dowodowej ujawnionych śladów, a w żadnym zaś wypadku nie mogą być one dowodem przeciwko osobie, która uzyskała status podejrzanego (tj. po wejściu postępowania w fazę *in personam*, po przedstawieniu zarzutów), nie mówiąc już o osobie mającej status oskarżonego.

Przedstawiona przez Sąd Apelacyjny w Lublinie teza zasługuje na akceptację, jednak jej treść zmusza do wywiedzenia pewnych uwag natury ogólnej, albowiem treść przytoczonego art. 192a k.p.k. odnosi się do szeregu ważkich procesowo sytuacji wymagających ich kompleksowej analizy. W treści przywołanego artykułu pomieszczono czynności, które można realizować bez aktywnego uczestnictwa osoby zainteresowanej (np. oględziny ciała, pobieranie odcisków palców lub stóp, ogólne badania lekarskie, pobranie próby włosów, krwi, wydzielin organizmu) oraz wymagające aktywnego jego współdziałania, (tj. badania psychologiczne i psychiatryczne, fonoskopijne oraz badania pisma), a także te, co do których sama treść przepisu wymaga zgody uczestnika czynności (badania kontrolujące nieświadome reakcje organizmu, tj. przy użyciu wariografu).

Jeśli chodzi o badania wariograficzne, teza wyroku zasługuje na pełną akceptację, bowiem w trakcie rozpoznawania sprawy przez sąd I instancji mogą zwyczajnie nie wystąpić ustawowe przesłanki do ich przeprowadzenia, zaś te, które dopuszczono treścią art. 192a k.p.k., mają charakter badań eliminacyjnych i są przeprowadzane wyłącznie w celu ograniczenia kręgu osób podejrzanych lub ustalenia wartości dowodowej ujawnionych śladów¹. W żadnym wypadku nie mogą one stanowić dowodu przeciwko osobie, która uzyskała status podejrzanego (tj. po wejściu postępowania w fazę *in personam*, po przedstawieniu zarzutów), nie mówiąc już o osobie mającej status oskarżonego². Dopuszczenie takiego dowodu (z badań wariograficznych) stanowiłoby w istocie obejście zakazu wynikającego z art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k.

¹ Por. wyrok SN z dnia 20 stycznia 2010 r., sygn. IV KK 364/09, LEX nr 560612.

² Por. postanowienie SN z dnia 9 lutego 2010 r., sygn. II KK 198/09, OSNKW 2010, nr 5, poz. 47.

Przedstawioną sytuację określiłbym mianem „jasnej procesowo”, a przy tym nie budzi ona wątpliwości interpretacyjnych. Jednakże w przypadku innych czynności, o których mowa w art. 192a k.p.k., trudno wypracować jakiś wspólny mianownik. Nie sposób skupić się na wszystkich czynnościach wspomnianych w przepisie, gdyż nadmiernie rozbudowałoby to niniejszy tekst, dlatego skupię się głównie na problematyce badania pisma jako czynności wątpliwej z punktu widzenia procesowego w zakresie analizy tego przepisu, a inne przywołam wyłącznie uzupełniająco. Warto też przytoczyć art. 74 k.p.k., gdyż wyjaśnienia oskarżonego stanowią ważny środek dowodowy w procesie karnym. Mogą także przyjąć formę informacji uzyskanych za pomocą oględzin i badań, a zgodnie z treścią art. 74 § 2 k.p.k. oskarżony zobowiązany jest poddać się czynnościom wskazanym w tym przepisie. Obowiązek ten spoczywa także na osobie podejrzanej (art. 74 § 3 k.p.k.), zaś wykazu czynności, o którym mowa w art. 74 § 2 k.p.k., nie sposób zwiększyć w drodze wykładni rozszerzającej. Przyjmując za podstawę katalog czynności pomieszczonych w treści przepisu, możliwe stanie się dokonanie podziału na czynności, które (jak podkreślono na wstępie) można przeprowadzić bez aktywnego uczestnictwa oskarżonego oraz wymagające aktywnego jego współdziałania. Pierwsza grupa możliwa będzie do wykonania nawet wbrew jego woli, czyli przy użyciu (w granicach niezbędności) środków przymusu, np. po przytrzymaniu oskarżonego wzbraniającego się przed pobraniem odcisków palców, próbki włosów lub wymazu ze śluzówki policzków do badania DNA, a pobieranie niektórych wydzielin organizmu może polegać na stworzeniu warunków, w których można je uzyskać. Czynność ta wymaga sporządzenia protokołu z pobrania materiału do badania (art. 143 § 2 k.p.k.). Drugi podział wzbudza uzasadnione wątpliwości z uwagi na np. zastosowanie przymusu do czynności związanej z badaniem pisma.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 lipca 2000 r.³, zwrócił uwagę, iż „przepis art. 74 § 2 k.p.k. nakłada na oskarżonego obowiązek poddania się badaniom, a zatem obowiązek ten może polegać na znoszeniu pewnych niedogodności związanych z badaniem. Z przepisu nie wynika, by podejrzany był obowiązany do aktywnego uczestniczenia w uzyskiwaniu dowodów przeciw niemu. Utrwalenie próby głosu wymaga aktywności oskarżonego, a zatem przepis nie nakłada na niego obowiązku takiej aktywności. To [...] nie oznacza jednak, że przepis art. 74 § 2 k.p.k. zezwala na wykorzystanie w celach dowodowych tego rodzaju materiałów tylko za zgodą oskarżonego. Jeżeli na pewnym etapie postępowania istnieje materiał dowodowy pochodzący od oskarżonego (nagranie głosu, pismo własnoręczne), to może być wykorzystany nawet wtedy, gdy odmówił on udziału w procesowej czynności uzyskania takiego materiału. Nie ma znaczenia, kiedy powstał materiał dowodowy przydatny do badań porównawczych – przed czy po odmowie uczestniczenia w badaniu – jak również to, czy oskarżony był świadomy tego, że jego wypowiedź zostanie utrwalona”.

³ Sygn. II KKN 108/00, Lex nr 50904.

Organ procesowy nie ma obowiązku informowania oskarżonego, że jego pismo może zostać bez jego wiedzy poddane badaniu w celach identyfikacyjnych. Oskarżony ma prawo nie dostarczać niczego, co może finalnie posłużyć jako dowód przeciw niemu, ale warto pamiętać, iż jego uprawnienia nie obejmują zakazu używania dowodów bez jego wiedzy.

W art. 74 § 2 k.p.k. użyto formuły „w szczególności”, co oznacza, iż ustawodawca zrezygnował z enumeratywnego wyliczenia wszelkich czynności, jakim podejrzany zobowiązany jest się poddać, ograniczając się do wyłącznego zasugerowania możliwych ich płaszczyzn. Problem ten potęguje dodatkowo sformułowanie „jest obowiązany poddać się” w korelacji z treścią art. 74 § 1 k.p.k. statującą zasadę, według której oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swej niewinności ani też obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść. Jest on zobowiązany poddać się pewnym działaniom związanym z jego osobą, które w praktyce mogą doprowadzić do uzyskania przez organy procesowe dowodów świadczących o jego winie, jednak czynności te obligują oskarżonego do ich znoszenia, ale nie do aktywności z jego strony⁴.

Fotografowanie, daktyloskopowanie, pobranie krwi czy innych substancji biologicznych nie wymaga od oskarżonego niczego więcej, jak tylko znoszenia zabiegów dokonywanych na jego osobie. Sporządzenie rękopisu czy serii podpisów (choć mniej dolegliwe niż pobranie krwi) jako wymagające aktywnego udziału oskarżonego nie będzie w ogóle dopuszczalne. Oczywiście mam na myśli taką sytuację, w której nie uzyskano zgody oskarżonego na udział w czynności. W razie jej uzyskania nie wystąpią przeszkody natury procesowej, by finalnie dokonać pobrania próbek pisma ręcznego czy też podpisów. Stanowisko takie potwierdza postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie, w którym podkreślono, iż „podejrzany nie ma obowiązku dostarczania dowodów, które mogłyby zostać wykorzystane przeciwko niemu. Skoro jednak takie jego zaniechanie nie ułatwia śledztwa, nie może liczyć na uwzględnienie zarzutu przedłużania się postępowania przygotowawczego, poszukującego prób jego pisma sporządzonych przed aresztowaniem go”⁵. Tę treść należy odnieść również do ekspertyzy pismoznawczej. To podejrzany decyduje, czy sporządzić na życzenie organu procesowego materiał porównawczy do badań pisma ręcznego, czy też nie⁶. Nie można żądać od oskarżonego, by ten dostarczał dowodów, które następnie zostaną przeciwko niemu wykorzystane.

⁴ Tak A. Kryże, P. Niedziela, K. Petryna, T.E. Wirzman, *Kodeks postępowania karnego. Praktyczny komentarz z orzecnictwem*, Zrzeszenie Prawników Polskich, Warszawa 2001, s. 177–178; Z. Gostyński, S. Zabłocki, [w:] Z. Gostyński (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2003, s. 529–530; P. Hofmański, E. Sądziak, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 418–420.

⁵ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 14 października 1992, sygn. II AKz 218/92, KZS 1992, nr 10, poz. 19.

⁶ Podobnie P. Girdwoyń, *Wykorzystanie opinii pismoznawczej dla celów obrończych*, [w:] *Problematyka dowodu z ekspertyzy dokumentów. Materiały IX Wrocławskiego Sympozjum Badań Pisma*, t. 2, Wrocław 2002, s. 1041.

O ile można przymusić oskarżonego do znoszenia faktu pobierania jego krwi przez pracownika służby zdrowia, o tyle nakłonienie do sporządzenia rękopisu czy podpisu byłoby czynnością w praktyce niemożliwą. Zastanawia powszechna praktyka pobierania przez biegłych oraz policjantów materiału porównawczego do badań pisma ręcznego przy zastosowaniu podstępu. Polega ona na skierowaniu do oskarżonego prośby o własnoręczne sporządzenie oświadczenia o odmowie udostępnienia próbek pisma na potrzeby wykonywanej ekspertyzy – w treści, jaka zostanie za chwilę podyktowana przez śledczego⁷. Niejeden podejrzany uczyni to bez wahania oraz świadomości, że właśnie dostarcza materiału, którego *de facto* nie chciał udostępnić. Przepisy procedury karnej nie wykluczają możliwości stosowania przez biegłego wobec oskarżonego podstępu. Postępowanie takie nie stoi też w opozycji do art. 74 k.p.k. Brak obowiązku ze strony oskarżonego nie oznacza konieczności zaniechania ze strony organów procesowych czynności zmierzających do zdobywania materiału porównawczego w inny sposób niż tylko dobrowolne działanie oskarżonego⁸.

Obowiązek dostarczenia biegłemu materiałowi badawczemu ciąży na organie procesowym. W praktyce to policjanci, prokuratorzy i sędziowie decydują o jakości i ilości materiału porównawczego, którym dysponuje biegły. Wobec braku w Polsce jakiegokolwiek oficjalnej instrukcji pobierania prób pisma, optymalne byłoby wprowadzenie zasady, iż to sam biegły pobiera materiał porównawczy od podejrzanego. Trudno jednak wymagać, aby podróżował w tym celu po kraju, nie mówiąc o wzroście kosztów ekspertyzy⁹.

Bliższa analiza treści art. 192a k.p.k. wskazuje, że w odniesieniu do dowodu z opinii biegłego wątpliwości budzi krąg osób, do których przepis ten można zastosować. Został on zamieszczony w rozdziale 21 k.p.k. „Świadkowie”, zaś ustawodawca użył w jego treści sformułowania „w celu ograniczenia kręgu podejrzanych”. W odniesieniu do tej problematyki w literaturze podnosi się iż chodzi o osoby podejrzane¹⁰, osoby podejrzane, ale z wyłączeniem wszystkich mieszkańców

⁷ Czynność taką jako dopuszczalną uznaje Piotr Girdwoyń, op. cit., s. 1042.

⁸ W sprawie *R. v. Miller* (1991) kanadyjski sąd odwoławczy stwierdził, że uzyskanie jeszcze przed aresztowaniem podejrzanego próbek jego pisma za pomocą „zwykłych” trików jest dopuszczalne, niedozwolone są jedynie „brudne” triki, które mogłyby szokować społeczeństwo i dyskredytować wymiar sprawiedliwości. Szerzej: T. Tomaszewski, *Uzyskiwanie od oskarżonego materiału porównawczego do badań pismoznawczych w procesie karnym Kanady*, [w:] *Problematyka dowodu...*, t. I, s. 290. „Zwykły” trik polegał na wykorzystaniu przez policję do badań pismoznawczych próbek uzyskanych przez nawiązanie współpracy z pracodawcą oskarżonego, który wykorzystując swoją pozycję, polecił podwładnemu sporządzenie odręcznie kart ogłoszeniowych.

⁹ Z praktyki jednej z warszawskich prokuratur rejonowych wynika, że zdesperowani biegli pismoznawcy usiłują czasem tworzyć uniwersalne druki do pobierania materiału porównawczego w postaci pisma ręcznego. Jednak ze względu na niejednorodność materiału dowodowego, z jakim można się zetknąć przy wykonywaniu ekspertyzy, żadne tego typu uniformizacje nie wydają się skuteczne. Cyt. za: M. Całkiewicz, *Kryminalistyczne badania patologicznego pisma ręcznego*, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2009, s. 38.

¹⁰ Tak: A. Blusiewicz, *Ekspertyza wariograficzna w świetle przepisów znowelizowanego kodeksu postępowania karnego*, [w:] A. Blusiewicz, A. Marek, V Kwiatkowska-Darul (red.), *Doctrina multiplex*

domu¹¹, osoby podejrzane oraz inne osoby¹², osoby podejrzewane i podejrzane, świadkowie¹³, osoby postronne¹⁴, a także każdego, kto nie ma jeszcze statusu procesowego¹⁵.

Trudno byłoby uznać, że dopuszczalne będzie uzyskanie próbek pisma wbrew woli danej osoby, stosując nawet przymus bezpośredni. Można go bowiem zastosować tylko wówczas, gdy stanowi o tym przepis ustawy, co nie jest twierdzeniem uprawnionym w przypadku użycia zwrotu „może pobrać”. Dziwi stanowisko Romualda Kmiecika, który uznał, że kierując się „doniosłym interesem wymiaru sprawiedliwości”, osobę z art. 192a § 1 k.p.k. można zmusić np. do dostarczania próby pisma, stosując karę porządkową do 3000 zł na mocy art. 287 § 1 w związku z art. 285 § 1 k.p.k., jako że nie spełnia ciężącego na niej obowiązku w toku postępowania¹⁶ (sądzić wypada, iż w obecnej redakcji k.p.k. postulowałby kwotę 10 000 zł). Jednak z uwagi na powyższe argumenty tezę tę należy uznać za chybioną, bowiem nie sposób wykazać formy uchylecia się od ciężącego na osobie obowiązku, przyjmując za podstawę redakcję przepisu w zakresie użytego słowa „może”.

Nie sposób pominąć problematyki wartości dowodowej w taki sposób pobranego materiału. I tu powstaje problem kolejny, albowiem przyjmuje się, iż art. 192a k.p.k. nie dotyczy czynności procesowych, lecz operacyjnych, które nie mogą być bezpośrednio wykorzystane dowodowo¹⁷. Kładzie się też zdecydowany akcent na procesowy charakter tych czynności¹⁸. Tomasz Grzegorzczak traktuje je jako dowodowe w fazie *in rem* postępowania przygotowawczego, zaś Lech Paprzycki uważa, że w wyniku czynności pobrania i utrwalenia uzyskuje się nie dowody, lecz „materiał” badany przez biegłego. Nie przekształca się on w dowód nawet po wszczęciu postępowania karnego w stosunku do określonej osoby¹⁹.

Art. 192a k.p.k. statuuje odejście od zasady legalizmu na rzecz oportunistu przez przyjęcie, że po wykorzystaniu w sprawie, w której dokonano pobrania lub

veritas una. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Mariuszowi Kulickiemu, Wyd. UMK, Toruń 2004, s. 27–30; J. Widacki, *Sytuacja prawna badań poligraficznych po ostatniej nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, „Problemy Kryminalistyki” 2004, nr 243, s. 24–25.

¹¹ J. Grajewski, L.K. Paprzycki, M. Płachta, *Kodeks postępowania karnego Komentarz*, t. 1, Zakamycze, Kraków 2010, s. 686–687.

¹² W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2003, s. 445.

¹³ T. Grzegorzczak, *Procesowe aspekty badań poligraficznych w świetle znolizowanych przepisów procedury karnej*, „Palestra” 2003, nr 11–12, s. 146–151.

¹⁴ R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Aneks do podręcznika Proces karny – część ogólna*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2003, s. 345.

¹⁵ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 901.

¹⁶ R. Kmiecik, *Z problematyki „dowodu potwierdzającego” w Polsce i Anglii (w związku z art. 192a § 1 i 2 k.p.k.)*, [w:] A. Marek (red.), *Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywność. Księga Pamiątkowa Profesora Andrzeja Blusiewicza*, ATONiK, Toruń 2004, s. 176.

¹⁷ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit, s. 1082–1088.

¹⁸ J. Widacki, op. cit, s. 24 i n.

¹⁹ T. Grzegorzczak, *Wybrane zagadnienia najnowszej nowelizacji procedury karnej*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 9, s. 3–17

utrwalenia, pobrany lub utrwalony materiał zbędny dla postępowania należy niezwłocznie usunąć z akt i następnie zniszczyć.

Ostatnią kwestią w odniesieniu do art. 192a k.p.k. jest jego usytuowanie (miejsce w k.p.k.) i sens treści w odniesieniu do próby pisma. Moim zdaniem winien on zostać przesunięty do rozdziału 19 k.p.k. „Przepisy ogólne”, a tam właściwe dla niego miejsce widziałbym w art. 168b k.p.k.²⁰ Byłoby to o tyle trafne, że nie wprowadzałoby zbyt dużego chaosu terminologicznego w ujęciu „świadka” i „podejrzanego”, bowiem jeśli pomieszczono by go w rozdziale „Przepisy ogólne” nadałoby mu to *de facto* w pewnym sensie uniwersalny charakter.

Reasumując, jeżeli badania przeprowadzane są w celach eliminacyjnych za pomocą środków technicznych mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji organizmu osoby badanej, ich wyniki służą jedynie celom eliminacyjnym i w żadnym wypadku nie mogą stanowić dowodu przeciwko osobie badanej, gdyby uzyskała ona status podejrzanego (oskarżonego). W przypadku badania wariograficznego byłoby sprzeczne z art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k.

W odniesieniu do materiałów tzw. przesiewowych (art. 192a k.p.k.) sytuacja jawi się już jako bardziej skomplikowana. Materiał ten powinien zostać poddany ocenie biegłego nie pod kątem określenia cech eliminacyjnych, ale jako służący ustaleniu okoliczności o charakterze pozytywnym, np. czy pobrana próbka pochodzi od konkretnej osoby. Zgodnie z art. 74 § 2 k.p.k. określonego badaniu oskarżony zobowiązany jest się poddać, wówczas dla przeprowadzenia owej ekspertyzy w ogóle obojętne jest stanowisko podejrzanego. Jeśli względy racjonalności przemawiałyby za poglądem, że w sytuacji, gdy zachowana (z poszanowaniem treści art. 192 § 1 k.p.k.) część wyników tzw. badań przesiewowych ma charakter nie tylko eliminacyjny, a w sposób kategoryczny pozytywnie weryfikuje podejrzanego nie tylko jako osobę, od której pobrano materiał próbny, ale także jako tę, której dotyczy ślad dowodowy, wówczas przeprowadzanie dodatkowej ekspertyzy pozbawione byłoby celu.

Nie można nie wziąć pod uwagę, że w myśl art. 192a § 1 k.p.k. czynności wymienione w tym przepisie przeprowadza się w celu ograniczenia kręgu osób podejrzanych lub ustalenia wartości dowodowej ujawnionych śladów, zgodnie natomiast z treścią art. 193 § 1 k.p.k., zasięga się opinii biegłego albo biegłych, jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Aby taki dowód mógł służyć dokonaniu ustaleń faktycznych w sprawie, musi być przeprowadzony zgodnie z wymogami zawartymi w rozdziale 22 k.p.k. W wyniku czynności pobrania (za zgodą świadka – osoby

²⁰ Jest to uwaga uwzględniająca treść nowelizacji kodeksu postępowania karnego z dnia 27 września 2013 r. (Dz. U. poz. 1247), wprowadzająca art. 168a k.p.k. w treści: „niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 kodeksu karnego”.

²¹ J. Grajewski, L. K. Paprzycki S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, s. 547.

podejrzanej) i utrwalenia organ procesowy nie uzyskuje dowodów w rozumieniu działu V k.p.k., lecz materiał, który jest poddawany analizie przez biegłego. Materiał tego rodzaju, jeżeli w dalszym toku postępowania jest zbędny, usuwa się z akt sprawy i niszczy. Należy jednak wówczas sporządzić notatkę urzędową. W innych wypadkach materiał taki pozostaje w aktach, nie przekształcając się w dowód także po wszczęciu postępowania karnego w stosunku do określonej osoby²¹. Brak jest możliwości bezpośredniego dowodowego wykorzystania zebranego materiału, zatem jego usunięcie i zniszczenie powinno nastąpić niezwłocznie po dokonaniu analizy²². Sąd Najwyższy stwierdził, że jeżeli zachowany został materiał, którego oskarżony nie byłby zobowiązany dostarczyć, występując w charakterze podejrzanego, z uwagi na rodzaj badań objętych treścią art. 74 § 2 k.p.k., a przy którego pobraniu w trybie art. 192a § 1 k.p.k. nie jest wymagana zgoda osoby objętej badaniem eliminacyjnym, to wykorzystanie go w celach dowodowych, bez wyraźnej zgody oskarżonego, nie jest w ogóle dopuszczalne.

Oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swojej niewinności (art. 74 § 1 k.p.k.), a w ramach przysługującego mu prawa do obrony może odmówić bez podania powodów odpowiedzi na poszczególne pytania oraz odmówić składania wyjaśnień (art. 175 § 1 k.p.k.) i sam fakt skorzystania z tego uprawnienia nie może dla niego powodować żadnych negatywnych następstw²³ – ta sama uwaga dotyczy materiału uzyskanego w trybie art. 192a § 1 k.p.k. Wyjątek od powyższej zasady stanowi treść art. 74 § 2 k.p.k., który nakłada na oskarżonego obowiązek „poddania” się badaniom, a zatem i znoszenie pewnych niedogodności związanych z badaniem. Z przepisu tego nie wynika jednak, by podejrzany był obowiązany do aktywnego uczestniczenia w uzyskiwaniu dowodów przeciwko sobie²⁴.

Dariusz Jagiełło

²² P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2007, s. 902.

²³ Postanowienie SN z dnia 4 lutego 2008 r., sygn. III KK 363/07, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 6, poz. 14.

²⁴ Wyrok SN z dnia 21 lipca 2000 r., sygn. II KKN 108/00, LEX nr 50904, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 1, poz. 11.

Recenzje

Marian Cabalski, *Przemoc stosowana przez kobiety. Studium kryminologiczne*, Impuls, Kraków 2014, ss. 579.

Zjawisko przemocy *prima facie* kojarzone jest z płcią męską. Tenże stereotyp, tak bardzo głęboko zakorzeniony w świadomości społecznej, sprawia, że kobietę postrzega się głównie w roli ofiary. Tymczasem coraz częściej odnotowuje się przypadki przemocy stosowanej przez kobiety wobec mężczyzn. Podkreślić należy, iż dotychczas zjawisko to nie zostało adekwatnie wyeksponowane w literaturze przedmiotu, a wręcz mamy do czynienia z jego marginalizacją. Recenzowana monografia Mariana Cabalskiego, poświęcona właśnie temu zagadnieniu, ma charakter interdyscyplinarny, kompleksowy, a co się z tym wiąże – uzupełnia ważną lukę w polskiej nauce. Składa się z czterech części, z których każda podzielona jest na poszczególne rozdziały. Niewątpliwie do jej walorów zaliczyć należy jasny, przejrzysty układ treści.

Część pierwsza to przede wszystkim wprowadzenie do problematyki poruszonej w monografii, wskazanie roli stereotypu traktującego, iż to jedynie mężczyzna stanowi źródło przemocy, a także ekspozycja zjawiska, jakim jest przemoc kobiet wobec mężczyzn. Autor akcentuje w niej również sam proces zacierania się różnic pomiędzy płciami. Wykazuje przy tym, iż jak wynika ze wskaźników instytucjonalnych, wśród kobiet mamy do czynienia ze wzrostem zjawiska przemocy. Autor dokonuje także kompletnej egzemplifikacji poszczególnych sfer życia społecznego, w których obserwuje się przemoc kobiet wobec mężczyzn. Problematykę analizuje dogłębnie, odwołuje się m.in. do teorii naukowych (m.in. antropologicznych, genetycznych, psychologicznych). Ponadto zapoznaje z adekwatnym aparatem pojęciowym, wskazuje na etiologię zjawiska przemocy oraz na genezę i uwarunkowania jej stosowania. Podejmuje również problematykę tzw. pokolenia transformacji, zwracając przy tym uwagę na nasilenie agresywnych zachowań wśród gimnazjalistek¹.

Część druga dzieła dotyczy symptomatologii przemocy stosowanej przez kobiety. Autor szeroko opisuje rodzinę w kontekście środowiska, w którym występuje przemoc, przy czym jako asumpt do rozważań traktuje tu ewoluujący na przestrzeni wieków model życia rodzinnego. Przedstawia cykl rozwojowy aktów przemocy do-

¹ Zob. B. Orłowska-Zielińska, *Niektóre determinanty przestępczości dziewcząt w wieku gimnazjalnym*, „Przegląd Policyjny” 2010, z. 3, s. 154; B. Orłowska-Zielińska, K. Szczechowicz, *Zjawisko agresji wśród dziewcząt w wieku gimnazjalnym*, „Przegląd Policyjny” 2012, z. 2, s. 106–117.

konywanych przez „terrorystki” ogniska domowego oraz analizuje trudności w ich ujawnianiu w porównaniu do tych, których sprawcami są mężczyźni. Na uwagę zasługuje również przedstawiony w przedmiotowej monografii tzw. syndrom maltretowanego współmałżonka (*battered spouse syndrome*), a także wprowadzony do nauki przez S. Steinmetz zespół bitego męża (*battered husband syndrome*) oraz jego składowe i ich wpływ na zdrowie i funkcjonowanie ofiary. Co istotne, M. Cabalski akcentuje tu zbieżność między tzw. syndromem sztokholmskim a sytuacją maltretowanego współmałżonka. Autor podejmuje również próbę nakreślenia profilu osobowości agresorki, wskazując przy tym na androgeniczność jako jej elementarną cechę, jak też zwracając uwagę na brak empatii, nastawienie na rywalizację, skłonność do prowokowania konfliktów.

W związku z tym, że monografia ma charakter interdyscyplinarny, znajdujemy tu również aspekt wiktymologiczny, a w nim modelowe cechy osobowości mężczyzny maltretowanego, zestawienie cech osobopoznawczych, poparte relacjami mężczyzn maltretowanych przez kobiety w rodzinie. W uzupełnieniu publikacji odnajdujemy także przegląd motywów i pobudek, którymi kierują się sprawczynie domowej przemocy. Jako oddzielny problem podjęta została tematyka zaburzeń osobowości kobiet oraz dysfunkcji seksualnych. Osobny rozdział M. Cabalski poświęca zbrodni zabójstwa, stanowiącej najdrastyczniejszą formę przemocy. W swoich rozważaniach usiłuje sprecyzować determinanty wskazanego zjawiska, dokonać charakterystyki tła osobowościowego i motywacyjnego, nie zapominając przy tym o aspekcie wiktymizacyjnym czynów i ich *modus operandi*. Niewątpliwie walorem recenzowanej monografii jest zobrazowanie tła antagonizmów między kobietami w rodzinie, ich wzajemnej awersji, w tym relacji matek i córek. Zestawia tu formy zachowań towarzyszące tym stosunkom, nie pomijając przy tym związków kazirodczych.

Jako oddzielne zagadnienie M. Cabalski traktuje zjawisko przemocy kobiet wobec seniorów w rodzinie, które analizuje w oparciu o polską i europejską literaturę naukową, a także raporty z badań (m.in. WHO i Instytut Psychologii Polskiej Akademii Nauk). Ponadto opisuje zjawisko utrudniania ojcom kontaktów z dziećmi i przemoc z punktu widzenia ruchu obrońców praw ojców i dzieci. Przy czym zwraca uwagę na tzw. syndrom rodzicielskiego wyobcowania (*parental alienation syndrome*) jako konsekwencję psychomanipulacji ze strony rozwodzących się matek.

W części trzeciej monografii Autor przedstawia zjawisko stosowania przemocy przez kobiety w małżeństwie lub związku partnerskim na podstawie badań własnych, przy czym dość rzetelnie ukazuje sam proces badawczy. Natomiast część czwarta zawiera wnioski dotyczące przemocy jako zjawiska społecznego, także w zakresie symptomatologii przemocy i badań własnych. Całość uzupełnia obszerna bibliografia oraz aneks w postaci statystyk przestępstw agresywnych popełnionych w latach 2007–2011, tabele krzyżowe z badań własnych, a także kwestionariusze ankiety.

Autor recenzowanej monografii ewidentnie koncentruje się na przemocy stosowanej przez kobiety wobec mężczyzn (współmałżonków, partnerów), choć tytuł sugerowałby szersze spektrum potraktowania tematu. Problematyka przemocy kobiet wobec pozostałych członków rodziny została przeanalizowana dość pobieżnie, co może powodować pewien niedosyt u czytelnika, zwłaszcza w zakresie wzajemnych relacji matek i córek czy rodzeństwa.

Pomimo tej drobnej uwagi, recenzowana monografia powinna spotkać się z uznaniem szeroko rozumianych kręgów prawniczych. Wydaje się także być pomocna dla socjologów, pedagogów i psychologów, pracowników i wolontariuszy instytucji i organizacji zajmujących się problemem przemocy w rodzinie. Zaletą publikacji jest bowiem bardzo przystępne i ciekawe ujęcie problematyki przemocy stosowanej przez kobiety wobec mężczyzn, natomiast do jej największych walorów należy niewątpliwie nowatorskość i multiinterdyscyplinarność. Autor proponuje również pionierskie rozwiązania w zakresie podjętej tematyki. Ponadto uświadamia nam, iż wskazane zjawisko istnieje i nie należy go traktować incydentalnie.

Bogna Orłowska-Zielińska

Mirosław Karpiuk, *Zadania i kompetencje zespolonej administracji rządowej w sferze bezpieczeństwa narodowego Rzeczypospolitej Polskiej. Aspekty materialne i formalne*, Wydawnictwo Akademii Obrony Narodowej, Warszawa 2013, ss. 515.

Nakładem Wydawnictwa Akademii Obrony Narodowej w 2013 r. pojawiła się pozycja autorstwa Mirosława Karpiuka na temat funkcjonowania rządowej administracji zespolonej – wojewódzkiej i powiatowej w przestrzeni bezpieczeństwa narodowego. Bezapelacyjnie do czasu pojawienia się recenzowanej pozycji brakowało opracowania monograficznego o takiej tematyce. Rządowa administracja zespolona była przedmiotem badań, ale częściowo, w ramach poszczególnych części w opracowaniach zwartych, jak również artykułów w periodykach ukazujących się z różną częstotliwością. Zważając na powyższe i wartość merytoryczną monografii, pozytywnie należy ocenić inicjatywę i przeprowadzoną przez Karpiuka analizę w ramach niniejszej pozycji.

Na *Zadania i kompetencje zespolonej administracji rządowej w sferze bezpieczeństwa narodowego Rzeczypospolitej Polskiej. Aspekty materialne i formalne* składają się: wykaz skrótów, wstęp, sześć rozdziałów zatytułowanych: 1) „Podmiotowe oraz przedmiotowe aspekty bezpieczeństwa narodowego Rzeczypospolitej Polskiej”; 2) „Wojewoda jako organ rządowej administracji zespolonej właściwy w zakresie bezpieczeństwa narodowego”; 3) „Komendanci wojewódzcy jako organy rządowej administracji zespolonej w województwie właściwe w zakresie bezpieczeństwa narodowego”; 4) „Inspektorzy wojewódzcy jako organy rządowej administracji zespolonej w województwie właściwe w zakresie bezpieczeństwa narodowego”; 5) „Wojewódzka, rządowa, zespolona administracja bezpieczeństwa narodowego właściwa w zakresie ochrony zdrowia publicznego, ochrony zabytków i oświaty”; 6) „Rola powiatowej, zespolonej administracji rządowej w sferze bezpieczeństwa narodowego”, zakończenie oraz bibliografię stanowiącą wykaz źródeł wykorzystanych w pracy.

Struktura pracy nie budzi zastrzeżeń, warsztat redakcyjny również jest poprawny. Autor przechodząc od zagadnień ogólnych, ustrojowych skupia się na aspekcie organizacyjnym, materialnym oraz formalnym funkcjonowania instytucji zespolenia na szczeblu regionalnym oraz lokalnym – ponadgminnym. Całość opatrzona jest bogatym oraz właściwym materiałem źródłowym. Odważne, odpowiednio uargu-

mentowane oraz właściwe tezy wynikające z treści pracy stanowią o dojrzałości naukowej.

W ramach wprowadzenia do problematyki określonej w tytule monografii Autor słusznie podnosi, że zespólna administracja rządowa, zarówno szczebla wojewódzkiego, jak i powiatowego, zajmuje ważne miejsce w systemie bezpieczeństwa narodowego. Przy czym zakres zadań oraz kompetencji, jak również sposób zorganizowania świadczą o tym, że priorytetem jej działania jest właśnie bezpieczeństwo narodowe. Mirosław Karpiuk podkreśla jednak dobitnie, że organy rządowej administracji zespolonej nie są w stanie same poradzić sobie z wieloma zagrożeniami. Wskazuje, że współdziałanie powinno być widoczne na każdym szczeblu wykonywania administracji publicznej i być realizowane nie tylko przez podmioty bezpieczeństwa, ale także z podmiotami zewnętrznymi (system bezpieczeństwa narodowego musi być podmiotowo i przedmiotowo kompletny), choć rozwiązania prawne temu nie sprzyjają. Jak dalej podnosi Autor, ustawodawca nie wypracował takich uregulowań (nawet nie ma takiego zamiaru), które pozwoliłyby terenowej administracji rządowej bądź szerzej – publicznej podjąć współdziałanie na rzecz bezpieczeństwa narodowego, w ramach skoordynowanych i profesjonalnych działań. Obecnie administracja terenowa nie jest zdolna wspólnie, a co dopiero indywidualnie przeciwdziałać zagrożeniom, zrzucając wzajemnie na siebie (lub na system) winę i odpowiedzialność za taki stan rzeczy. Powyższe, konkluduje Autor, wynika m.in. ze zbyt daleko sięgającego upolitycznienia, a z tym wiąże się brak profesjonalizmu, znajomości problematyki czy umiejętności zarządzania oraz zachowawczość w podejmowaniu (trudnych oraz niepopularnych) rozstrzygnięć.

Jak słusznie podnosi Autor, ustawowy postulat – stanowiący, że wojewoda zapewnia współdziałanie wszystkich organów administracji rządowej i samorządowej działających w województwie i kieruje ich działalnością w zakresie zapobiegania zagrożeniu życia, zdrowia lub mienia oraz zagrożeniom środowiska, bezpieczeństwa państwa i utrzymania porządku publicznego, ochrony praw obywatelskich, a także zapobiegania klęskom żywiołowym i innym nadzwyczajnym zagrożeniom oraz zwalczania i usuwania ich skutków – jest weryfikowany przez rzeczywistość. Nie jest jasne, kto w ramach takiej współpracy będzie ponosił odpowiedzialność i co z podporządkowaniem wobec organów nadrzędnych, organów zespolonych, które mogą wydawać wytyczne i polecenia organom podporządkowanym (administracji rządowej zespolonej – wojewódzkiej i powiatowej). Nie ma ustawowych wzorców współpracy na poziomie rzeczywistego reagowania w stanie zagrożenia. Zasadniczo takie wzorce powinny być również w szerokim zakresie determinowane przez praktykę działania, niemniej jednak taka praktyka współpracy nie znajduje odpowiedniego zrozumienia, co dotyczy m.in. formacji właściwych w zakresie bezpieczeństwa narodowego. Nie ma również ustawowych narzędzi, które mogłyby taką współpracę wdrażać, a co równie ważne – nie ma chęci podjęcia takiej współpracy w terenie.

Autor recenzowanej monografii zwraca uwagę, że rozrost administracji publicznej, wymuszona dekoncentracja zadań oraz kompetencji, jak również wzrost kosz-

tów funkcjonowania państwa doskonale obrazują system zespolonej administracji rządowej, funkcjonującej na dwóch szczeblach zarządzania w terenie – wojewódzkim i powiatowym. Powyższy stan nazywa dysfunkcyjnym, wskazując na rozproszenie kompetencji, które powoduje brak decyzyjności i rozmycie odpowiedzialności, co z kolei prowadzi do niezwykle groźnej w sferze bezpieczeństwa narodowego stagnacji (brak adekwatnej oraz szybkiej reakcji na zagrożenie). Powyższe pogłębia upolitycznienie administracji w terenie, gdzie priorytetem nie jest przygotowanie zawodowe oraz odpowiednia aparycja osobowościowa, a legitymacja polityczna.

Mirosław Karpiuk stwierdza, że często wskazuje się, że taki stan rzeczy wynika z braku dofinansowania struktur bezpieczeństwa narodowego, choć często wystarczy odpowiednie zarządzanie posiadanymi siłami i środkami. Ale jak tu mówić o właściwym zarządzaniu, jeżeli politycy przyświeca jeden zasadniczy cel – zdobycie i utrzymanie władzy o możliwie najszerszym zakresie, również tej w terenie. Autor sugeruje, że administracja rządowa zespolona, podobnie jak i cała administracja rządowa, działają w oderwaniu od zadań, które zostały im powierzone, lecz nie w oderwaniu od wizji politycznej elit desygnujących, gdzie powyższe upolitycznienie posunięte jest aż do granic absurdu. Dopóki domeną administracji publicznej będzie absurd, dopóty nie można się spodziewać jakości działania i będziemy skazani na zbiurokratyzowanie. Misja publiczna w takiej sytuacji bardzo często staje się niestety jedynie sloganem, który w praktyce już niewiele znaczy.

Autor podnosi, że na poszczególnych szczeblach administracji publicznej nie ma jasnych zasad kierowania, co powoduje, że coraz trudniej osiągnąć stan bezpieczeństwa narodowego w oczekiwanym przez społeczeństwo wymiarze. Oczekiwania i potrzeby społeczeństwa co do zapewnienia stanu, w którym nie będzie istotnych zagrożeń, są ciągle duże, a państwo i aparat, który mu podlega (w tym zespolona administracja rządowa), nie są w stanie sprostać tym oczekiwaniom. Dynamika zmian i zagrożeń wymaga co najmniej takiej samej dynamiki po stronie instytucji, które mają zapewnić bezpieczeństwo narodowe, a nawet więcej – muszą one takie zagrożenia przewidywać i je wyprzedzać. Pojawiają się nowe, coraz trudniej identyfikowalne zagrożenia, których źródła niezwykle trudno ustalić. Państwo, w tym jego aparat wykonawczy – administracja publiczna, musi być przygotowane również na tego rodzaju niepożądane i zdecydowanie negatywnie ingerujące zjawiska. Także tutaj szczególną rolę ma do spełnienia administracja terenowa, w tym rządowa administracja zespolona, na co zwraca uwagę Mirosław Karpiuk.

Recenzowana praca jest interesująca, przygotowana na dobrym poziomie merytorycznym i metodologicznym. To solidna pozycja wzbogacająca dziedzinę prawa administracyjnego, zajmującego się m.in. problematyką działania administracji terenowej. Może również stanowić podstawę do dalszych badań nad miejscem rządowej administracji zespolonej w sferze wykonywania administracji publicznej, w tym bezpieczeństwa narodowego.

Sprawozdania

Sprawozdanie z III Ogólnopolskiego Zjazdu Młodych Karnistów nt. „Reforma prawa karnego”, Poznań, 3–4 kwietnia 2014 r.

Ogólnopolski Zjazd Młodych Karnistów jest organizowany corocznie z inicjatywy prof. dr. hab. Roberta Zawłockiego przez Zakład Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Celem spotkania jest wymiana poglądów i zbliżenie różnych środowisk młodej kadry naukowców. Tym razem jego przedmiotem była dyskusja na temat przewidywanych zmian w prawie karnym w oparciu o projekt przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego dnia 5 listopada 2013 r., będący podstawą dalszych inicjatyw rządowych. Po uroczystym otwarciu zjazdu przez gospodarzy głos przekazano dr. Justynowi Piskorskiemu, który od tej pory pełnił funkcję moderatora dyskusji we wszystkich przewidzianych panelach.

Jako pierwszy wystąpił mgr Oskar Pogorzelski (doktorant UJ) z referatem *Zmiana prawa – potrzeba dokonywania reform legislacyjnych*. W treści wystąpienia odróżniał zmiany w prawie od zmiany prawa, rewolucję od reformy, mówił też o inflacji prawa i roli nowelizacji nieprawotwórczej. W dyskusji nad тезami referatu dr. Justyn Piskorski postawił pytanie o przyczyny wad systemu, dr. Blanka J. Stefańska (Uczelnia Łazarskiego) nawiązała do rozwiązań w prawie hiszpańskim, zawiązał się również spór między prof. zw. dr. hab. Krystyną Daszkiewicz (UAM) a dr. Mikołajem Małeckim (UJ) na temat komunikatywności projektowanych zmian i specyficznej warstwy pojęciowej prezentowanej przez projektodawców.

W kolejnym wystąpieniu mgr Szymon Tarapata (doktorant UJ) podjął *Rozważania na temat aktualnych propozycji ujęcia kryteriów obiektywnego przypisania skutku w ustawie karnej*. Zgłosił w nim wątpliwości co do treści negatywnych przesłanek obiektywnego przypisania skutku. Postawił pytania, czy elementy w postaci naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym i prawdopodobieństwo wystąpienia skutku powinny być jedynymi komponentami decydującymi o aktualizacji negatywnej przesłanki obiektywnego przypisania skutku w przypadku bezprawnych zachowań co najmniej dwóch osób i czy istniejąca po stronie sprawców strona podmiotowa (ewentualnie motyw) powinna współdecydować o aktualizacji opisanej w art. 2 § 3 projektu kodeksu karnego negatywnej przesłanki obiektywnego przypisania skutku. Próbuąc zaś udzielić na te pytania, odpowiedzi zasugerował, że w obecnym stanie piśmiennictwa i orzecznictwa opisywanie w treści ustawy karnej

negatywnych przesłanek obiektywnego przypisania skutku jest przedwczesne i być może wystarczyłoby opisać normatywną dla nich podstawę w sposób bardziej ogólny. W dyskusji nad zaprezentowanym referatem głos zabrała m.in. prof. zw. dr hab. Krystyna Daszkiewicz, która wyraziła zaniepokojenie relacją następstw do związku przyczynowo-skutkowego.

Następnie wystąpili doktoranci UJ – mgr Jacek Duda i mgr Ewa Grzęda – z referatami *O potrzebie zachowania tzw. form nieumyślności i innych wątpliwości związanych z propozycjami nowelizacji przepisów o stronie podmiotowej i Kilka uwag na tle propozycji zmiany przepisów o nieumyślności*. Natomiast dr Mikołaj Małecki (UJ) w wystąpieniu *Nieumyślność wczoraj, dziś i jutro* podjął temat nieumyślności limitowanej subiektywnością i limitowanej obiektywnością. Zwrócił on uwagę na tendencję naukowców do zbytelnego przywiązania do deskryptywnej warstwy przepisu, a zbyt małego do kryjących się pod nim instytucji prawnych.

Referat mgr Katarzyny Witkowskiej (doktorantka UJ) nt. *Środki kompensacyjne w projekcie nowelizacji kodeksu karnego* wywołał burzliwą dyskusję. Referentka, porównując regulacje z zakresu prawa karnego i cywilnego, podkreśliła dwoistość środka w postaci naprawienia szkody i postawiła pytanie: w jakim kierunku należałoby interpretować zmieniające się prawo – w sposób zindywidualizowany według zasad prawa karnego, czy też dziedziczny, według kodeksu cywilnego, do którego kodeks karny odsyła? A ponadto: czy może być ponoszony solidarnie przez współsprawców z perspektywy zagwarantowania pokrzywdzonemu jak najpełniejszej realizacji funkcji kompensacyjnej? Moderator dyskusji – dr Justyn Piskorski – podkreślił istotność tych kwestii, stwierdzając, że jest to przykład, jak mogą zanikać granice pomiędzy dziedzinami prawa, a prawo karne zaczyna się interpretować w świetle czystego funkcjonalizmu. W dyskusji głos zabrali również mgr Dominika Bek (UŚ) z pytaniem o związek projektowanych zmian ze sprawiedliwością naprawczą oraz mgr Bartłomiej Filek (UO), który podkreślił, że w związku z istnieniem wielu podstaw do naprawienia szkody, powstaje kłopot dla pokrzywdzonego pozbawionego często pomocy prawnej.

Drugiego dnia konferencji obrady rozpoczął wiceminister sprawiedliwości prof. dr hab. Michał Królikowski, który przedstawił stan zaawansowania prac nad nowelizacją i planowany jej przebieg z uwzględnieniem przybliżonych ram czasowych jej wejścia w życie. Następnie dr Dariusz Kała (SSA w Gdańsku) i dr Maja Klubińska (UMK) wygłosili referat *Realny zbieg przestępstw – konieczny czy zbytelnny warunek orzeczenia kary łącznej? Uwagi na tle projektowanych zmian kodeksu karnego*. Wystąpienie dr Agnieszki Barczak-Oplustil dotyczyło podobnej problematyki, a mianowicie *Dyrektywy wymiaru kary łącznej w projekcie nowelizacji k.k. (redakcja z dnia 5 listopada 2013 r.)*. Ostatni referent Kazimierz J. Leżak (doktorant UW, SSR w Złotoryi) podjął temat: *Kara łączna – stare problemy w perspektywie projektowanych zmian k.k. (próba oceny propozycji Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego w zakresie przepisów dotyczących kary łącznej)*. Wszystkie wystąpienia były przedmiotem gorącej dyskusji. Warto podkreślić głos dr. Marka Kuliga

(UMCS), który zauważył tendencję ustawodawcy do przenoszenia na płaszczyznę normatywną w tej ważnej problematyce kwestii czysto technicznych. W dyskusji wzięła udział również dr Marta Romańczuk-Grącka (UWM), która wyraziła przekonanie, że o ile praktyka i doktryna dość szybko poradzą sobie z wieloma wątpliwościami, które rysują się na tle reformy prawa karnego, o tyle przywoływana przez referentów wielokrotnie dyrektywa kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa, będąca oficjalnym uzasadnieniem projektodawcy w odniesieniu do proponowanych zmian w karze łącznej, nie zostanie osiągnięta ze względu na zawily system jej orzekania.

Kończąc obrady III Ogólnopolskiego Zjazdu Młodych Karnistów, prof. dr hab. R. Zawłocki wyjaśnił, dlaczego nie wszystkie propozycje Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego znalazły się w rządowym projekcie nowelizacji kodeksu karnego, następnie podziękował zarówno uczestnikom, jak i organizatorom za pomyślny przebieg obrad oraz zaprosił wszystkich do udziału w kolejnym zjeździe.

Marta Romańczuk-Grącka