

Stanisław Turek

Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 13 lutego 2003 r.

Palestra 48/9-10(549-550), 284-295

2003

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 13 lutego 2003 r.

II S.A. 1620/01*

Teza glosowego wyroku brzmi:

Celowość badań poligraficznych była wielokrotnie kwestionowana w literaturze przedmiotu, co może budzić wątpliwości co do ich merytorycznej poprawności i przydatności. Skutki badań poligraficznych (mimo że dobrowolnych) naruszają prawa i wolności osobiste Badanych. Wyrażenie zgody na badanie przy pomocy wykrywacza kłamstw, prowadzone przez pracodawcę, stawia pod znakiem zapytania swobodę tej zgody.

Wskazany wyrokiem Naczelną Sąd Administracyjny oddalił skargę Generalnego Inspektora Celnego na decyzję Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych w przedmiocie usunięcia i zaprzestania zbierania danych przy użyciu badań poligraficznych.

W skardze do NSA Generalny Inspektor Celny wskazał, że powołany jako podstawa prawna decyzji przepis art. 26 ust. 1 pkt 3 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. Nr 133, poz. 883 z późn. zm.) nie daje uprawnienia do zawartego w decyzji rozstrzygnięcia w części nakazującej zaprzestanie zbierania przez badania poligraficzne danych jako nieadekwatnych do celów ich przetwarzania. Mimo że GIODO to kwestionuje, to w istocie nie zakwestionował zbioru danych zebranych przy użyciu ankiety personalnej czy rozmowy kwalifikacyjnej, ale zbiór danych powstały przy użyciu badań poligraficznych.

Skład orzekający podzielił stanowisko GIODO, że celowość badań poligraficznych była wielokrotnie kwestionowana w literaturze przedmiotu, co może budzić

* Opublikowany w Monitorze Prawniczym Nr 8/2003, s. 339.

wątpliwości z uwagi na merytoryczną poprawność. Zdaniem Sądu GIC nie wykażał, aby wykładnia powołanego wyżej przepisu rażąco naruszała prawo, ani nie wywołuje skutków nie dających się pogodzić z zasadą praworządności. Wprost przeciwnie odpowiada ona treści wymienionego przepisu, a skutki badań poligraficznych, mimo że dobrowolnych, naruszają prawa i wolności osobiste badanych. Poza tym wyrażenie zgody na badanie przy pomocy wykrywacza kłamstw, prowadzone przez pracodawcę, stawia pod znakiem zapytania swobodę tej zgody¹.

Wymieniony wyrok chociaż odnosi się do szczegółowej problematyki zbierania i przetwarzania danych osobowych na potrzeby stosunku pracy (stosunku służbowego) wywołuje jednak potrzebę ogólniejszych rozważań odnośnie do dopuszczalności i celowości przeprowadzania badań poligraficznych dla potrzeb szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości, w którym coraz częściej pojawiają się prawne i praktyczne problemy związane z przeprowadzaniem i wykorzystywaniem „nowoczesnych” środków dowodowych².

I. Badanie poligraficzne jest metodą instrumentalnego ujawniania fizjologicznych objawów emocji i najczęściej przeprowadzane w ramach postępowania karnego jako rodzaj ekspertyzy pozwala diagnozować istnienie związku emocjonalnego podejrzanego z zapamiętanym przez niego zdarzeniem. Wynik badania stwierdzający istnienie śladów emocjonalno-pamięciowych staje się podstawą dokonywania ustaleń faktycznych³.

Badanie poligraficzne „rozpoznaje” więc stan emocjonalny⁴, to jest sferę zjawisk psychicznych obejmującą zabarwione uczuciowo doznania i reakcje badanego

¹ Zob. także *Wykrywacz kłamstw u celników*, Rzeczpospolita z 14 lutego 2003 r., Nr 38[6418], s. C2.

² Por. np. *Rola biegłego we współczesnym procesie* pod red. J. Turka, Wyd. ZPP, Warszawa 2002, s. 8 i n., oraz s. 138 i n., a nadto także A. Dziegła, *Procesowe zadania biegłego w świetle zlecenia sędziowskiego...*, s. 94–96 i 107; P. Banach, *Dowód z opinii instytutu naukowego i naukowo-badawczego*, s. 36–38; C. Gromadzki, *Rola biegłego w procesach lekarskich*, s. 49 i n.; oraz Z. Marten, *Psychologiczna i pedagogiczna ekspertyza sądowa w świetle nowych uregulowań prawnych*, s. 131–134.

³ Szerzej zob.: J. Warylewski, *Dopuszczalność stosowania poligrafu w świetle nowej procedury karnej*, „Palestra” 2000, Nr 5–6, s. 76 i 77.

⁴ Aparat zwany w literaturze naukowej „poligrafem” bądź „wariografem”, a w języku potocznym „wykrywaczem kłamstw”, rejestruje w sposób skuteczny zmiany emocjonalne człowieka związane ściśle z określonym zdarzeniem, stymulowane za pomocą pytań testowych odnoszących się do tegoż właśnie konkretnego zdarzenia. Stosowanie poligrafu w praktyce organów procesowych niesie ze sobą cały szereg problemów – niejednokrotnie bardzo kontrowersyjnych – natury nie tylko kryminalistycznej, ale także procesowej. Wokół stosowania poligrafu nagromadziło się wiele nieporozumień, które najczęściej odnoszą się nie tyle do wartości diagnostycznej wyników badań, bo ta przedstawiała się w literaturze zagranicznej i rodzimej zupełnie jednoznacznie (tzn., że jest taka sama jak w innych ekspertyzach kryminalistycznych, np. daktyloskopijnej, pismoznaczej, osmologicznej, itp.), ale do gwarancji procesowych odnoszących się przede wszystkim do podejrzanego bądź świadka (por. J. Widacki, *Wartość diagnostyczna badania poligraficznego i jej znaczenie kryminalistyczne*, Kraków 1977, oraz J. Widacki, A. Feluś, *Zgoda na badanie przy użyciu poligrafu*, Nowe Prawo nr 4/1981, s. 50). Badania poligraficzne prowadzone są według różnych metod badawczych. W miejsce testu zawierającego pytania kry-

s poza sfery intelektualno-motywacyjnej. Stan emocjonalny badanego ulega zmianom pod wpływem zadawanych przez operatora poligrafu pytań dotyczących zdarzenia i ujawnienie owych zmian emocjonalnych pozwala uzyskać odpowiedź, czy badany ma wiedzę na temat zdarzenia. Badanie poligraficzne nie polega jednak na dokładnym i bezpośrednim odtwarzaniu „zapamiętanych” spostrzeżeń badanego, gdyż przy jego pomocy nie wydobywa się treści powstałych i utrwalonych spostrzeżeń. Pośrednio stwierdza się tylko samo ich istnienie jako zjawiska określanego śladem pamięciowym bądź śladem emocjonalno-pamięciowym⁵. Natomiast efektem badania poligraficznego są zarejestrowane reakcje wegetatywne wynikające ze zmiany stanu emocjonalnego badanej osoby, których przebieg ilustrują krzywe poligramu, a najczęstszymi, typowymi ich objawami są reakcja skórno-galwaniczna, zmiany w krążeniu i ukrwieniu powierzchni i wnętrza ciała bądź zmiany w układzie oddechowym.

Problematyka dopuszczalności wykorzystania poligrafu w dalszym ciągu jest sporna w doktrynie karnoprocesowej. Przeciwnicy badań poligraficznych przede wszystkim podkreślają, że badania te ograniczają sferę swobody wypowiedzi badanego; natomiast zwolennicy badań poligraficznych przypisują wynikom tych badań nawet walor czynnika rozstrzygającego o prawdzie bądź fałszu wypowiedzi⁶.

Do problematyki badań poligraficznych odniósł się Sąd Najwyższy już w wyroku z 25 września 1976 r., II KR 171/76 stwierdzając, że „badania te mają jedynie charakter pomocniczy, pośredni i nie mogą stanowić samodzielnego dowodu dającego podstawę do konkretnych ustaleń”⁷, zaś późniejsze orzecznictwo sądów opowiadając się za możliwością przeprowadzenia badań poligraficznych (wariograficz-

tyczne i obojętne wykorzystuje się obecnie test Reida (pytania obojętne, krytyczne i kontrolne) oraz test wiedzy o czynnie, polegający na zadawaniu pytań różniących się jednym szczegółem (jedno z pytań zawiera element wiedzy o zdarzeniu); zob. M. Kulicki, *Kryminalistyka. Wybrane problemy teorii i praktyki śledczo-sądowej*, Toruń 1994, s. 452, 470 i n., a nadto J. Wójcikiewicz, *Dowód naukowy w procesie karnym*, Kraków 2000, s. 49. O stanie emocjonalno-motywacyjnym bliżej patrz: M. J. Lubelski, J. M. Stanik, L. Tyszkiewicz, *Wybrane zagadnienia psychologii dla prawników*, Warszawa 1986, s. 82–93 oraz E. Hilgard, *Wprowadzenie do psychologii*, Warszawa 1972, s. 241 i n.

⁵ M. Kulicki, *op. cit.*, s. 242, J. Widacki (red.), *Kryminalistyka*, Warszawa 1999, s. 377–387 oraz powołana tam literatura, a nadto R. Jaworski, *Opinia z ekspertyzy poligraficznej jako dowód odciążający*, Wrocław, 1999, s. 81 i n. wraz z wymienioną tam literaturą.

⁶ Przykładowo zob. M. Cieślak, Z. Doda, *Kodeks postępowania karnego w świetle 10 lat obowiązywania*, Państwo i Prawo, Nr 1/1980, s. 65; M. Lipczyńska, R. Ponikowski, *Mały komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 1988, s. 146; R. Jaworski, *Praktyczne zastosowanie badań poligraficznych i ich ocena etyczna*, Problemy Praworządności, Nr 2/1989; Z. Sobolewski, *Samooskarżenie w świetle prawa karnego*, Lublin 1982, s. 117; J. Wójcikiewicz, *op. cit.*, s. 48. Ostatnio przykładem tego sporu jest artykuł A. Gaberlego, *W kwestii badań poligraficznych w polskim prawie karnym*, Państwo i Prawo Nr 4/2002 oraz uwagi polemiczne D. Karczmarskiej, *Badanie poligraficzne w procesie karnym*, Państwo i Prawo Nr 3/2003.

⁷ Wyrok wraz z glosą w. Daszkiewiczza i M. Jeż-Ludwichowskiej opubl. w Państwo i Prawo Nr 5/1979, s. 173.

nych) na potrzeby postępowania sądowego wskazywało jednocześnie na ich ograniczoną przydatność⁸.

Istniejących wątpliwości co do przydatności używania poligrafu nie usunęło wejście w życie nowego kodeksu postępowania karnego, a wręcz pojawiły się kolejne na tle przepisu art. 171 § 4 pkt 2 i § 6 k.p.k. Według niego uznaje się za niedopuszczalne „stosowanie hipnozy albo środków chemicznych lub technicznych, wpływających na procesy psychiczne przesłuchiwanej osoby, albo mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji jej organizmu w związku z przesłuchaniem”, a „wyjaśnienia, zeznania oraz oświadczenia złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi lub uzyskane wbrew zakazom wymienionym w § 4 nie mogą stanowić dowodu”⁹. Mimo wątpliwości, czy wobec tego przepisy nowego kodeksu postępowania karnego pozwalają na przyjęcie poglądu o istnieniu zakazu dowodowego w odniesieniu do badań poligraficznych, czy zakaz ten dotyczy wyłącznie przesłuchania oraz zgłaszanych propozycji usunięcia tych nie dających się wyeliminować wątpliwości poprzez zmianę obowiązujących w tym zakresie przepisów¹⁰, podkreśla się konieczność uzyskania zgody osoby badanej przy użyciu poligrafu. Możliwość jego stosowania musi być obwarowana licznymi warunkami, z których najważniejszym jest zgoda osoby badanej, co pozwoli eliminować zastrzeżenia natury prawnej i etycznej. Nie można przecież wykluczyć, iż osoba, która ma być badana, nie tylko wyrazi zgodę, ale wręcz będzie zainteresowana przeprowadzeniem badań poligraficznych (podejrzany, czy później oskarżony zainteresowany jest przeprowadzeniem skutecznej obrony)¹¹.

Na tle obowiązujących przepisów k.p.k. Sąd Najwyższy w postanowieniu z 21 grudnia 1998 r., IV KO 101/98¹² nawiązał do dopuszczalności ekspertyzy poligra-

⁸ Por. wyrok SN z 11 lutego 1982 r., II KR 6/82, OSNKW 1982, z. 6, poz. 35 oraz wyrok S.A. w Krakowie z 5 czerwca 1996 r., II Aka 140/96, *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 1996, z. 5–6, poz. 9. Poglądów w zakresie dopuszczalności stosowania badań poligraficznych zdecydowanie nie podzielają Z. Doda i A. Gaberle, twierdząc, iż „brak swobody wypowiedzi przy badaniu poligraficznym jest oczywisty, gdyż zakładają to warunki tego badania” (*Dowody w procesie karnym. Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz*, Warszawa 1995, s. 203).

⁹ Kategoryczne stwierdzenie, że „nowy kodeks wykluczył całkowicie możliwość stosowania poligrafu w postępowaniu karnym” formuluje T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego*, Zakamycze 1998, s. 345 (zob. także T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 1998, s. 428 i n.). Natomiast S. Waltoś poprzednio (na tle wcześniejszego art. 157 k.p.k.) uważał, że przy stosowaniu poligrafu nie dochodziło do wyłączenia swobody wypowiedzi, a tym samym nie istniał zakaz korzystania z takiej metody dowodzenia. Wskazał, iż po zmianie przepisów, ustawodawca nie udzielił odpowiedzi przeczącej co do stosowania poligrafu w postępowaniu karnym, podnosząc jednak, że obecnie powszechnie przyjmuje się stanowisko o niestosowaniu poligrafu podczas przesłuchania (*Zarys systemu*, Warszawa 1996, s. 338 i n.; oraz tenże, *Proces karny – zarys systemu*, Warszawa 1998, s. 359).

¹⁰ Taką potrzebę zmiany przepisów wskazuje J. Warylewski, *op. cit.*, s. 79 oraz powołana tam literatura.

¹¹ Zob. B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 1996, s. 766, J. Widacki, A. Feluś, *op. cit.*, s. 50, a także J. Wójcikiewicz, *Hipnoza w pracy śledczej*, Prokuratura i Prawo, Nr 3/1995, s. 13.

¹² Glosa do tego orzeczenia J. Widackiego, „Palestra” 1999, Nr 3–4, s. 237.

ficznej i przedłużając stosowanie tymczasowego aresztowania uznał, że zebrany materiał dowodowy, między innymi w postaci portretów pamięciowych, ekspertyzy osmologicznej, ekspertyzy wariograficznej, uprawdopodobnił popełnienie zbrodni¹³. Natomiast Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z 14 maja 1998 r., II Aka 25/98¹⁴ zdecydowanie stwierdził, że badania poligraficzne, które zmierzają do wykrycia związku emocjonalnego osoby badanej z zaistniałym zdarzeniem, objęte są również obok hipnozy zakazem dowodowym. Zaś z kolei Sąd Apelacyjny w Krakowie zajął odmienne stanowisko w wyroku z 19 sierpnia 1999 r., II Aka 147/99¹⁵, podkreślając jednak, iż badania (poligraficzne, wariograficzne) mają charakter pomocniczy, pośredni i nie mogą zastępować samodzielnych dowodów. Opinia wariograficzna nie tylko, że jest dowodem pomocniczym, a nigdy rozstrzygającym, to powinna być wykonana jak najszybciej (ocenia się, że do kilkudziesięciu godzin od zatrzymania), inaczej traci swój walor¹⁶.

Przedstawione problemy związane z dopuszczalnością i wykorzystaniem badań poligraficznych w postępowaniu karnym nie mogą być obojętne i niedostrzegane w innych postępowaniach, a przede wszystkim w postępowaniu administracyjnym i sądowoadministracyjnym, a także w postępowaniu cywilnym. Sprawy rozpoznawane oddzielnie w poszczególnych tych postępowaniach mogą pozostawać ze sobą w związku prawnym i faktycznym¹⁷, a wynik jednego postępowania może mieć znaczenie prejudycjalne dla drugiego. Poglądy doktryny oraz orzecznictwo sądów dotyczące badań poligraficznych w postępowaniu karnym muszą być więc uwzględniane w tych pozostałych rodzajach postępowań.

II. Zdobywcze nauki i techniki, odkrywanie nowych właściwości rzeczy czy wypracowanie coraz to nowocześniejszych metod badawczych dają coraz lepsze możliwości poznania prawdy. W postępowaniu sądowym rodzi to określone trudności

¹³ Podobne problemy i wątpliwości powstają na tle wykorzystania w postępowaniu sądowym badań osmologicznych (szerzej zob. J. Turek, *Czynności dowodowe sądu w procesie cywilnym*, Zakamycze 2003, s. 116–118).

¹⁴ OSA Nr 9/1999, poz. 64.

¹⁵ „Palestra” 2000, Nr 2–3, s. 251–253 wraz z glosą aprobującą J. Widackiego. Zob. nadto J. Turek, *Opinie biegłych w zakresie wycen majątkowych*, Monitor Prawniczy Nr 7/2000, s. 463.

¹⁶ Występującej w judykaturze tendencji traktowania opinii z badań poligraficznych jako dowodu „pomocniczego” i „niesamodzielnego” przeciwstawia się A. Gaberle podnosząc, że sugeruje to „istnienie dowodów głównych, zasadniczych (...) to jest lepszych i gorszych”, a takiego podziału nie przewidują przepisy prawa procesowego (*W kwestii badań poligraficznych w polskim procesie karnym*, Państwo i Prawo Nr 4/2002, s. 29).

¹⁷ Por. np. art. 8, 62–70 k.p.k., art. 97 § 1 pkt 4, 100 i 211 k.p.a., art. 11, 12, 177 § 1 pkt 3 i 4 k.p.c., a także *Kodeks postępowania karnego – komentarz* (red. Z. Gostyński), Warszawa 1998, t. I, s. 177–180; B. Adamiak i J. Borkowski, *Polskie postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne*, Warszawa 1993, s. 122–124, oraz 258 i n.; a także W. Siedlecki, Z. Świeboda, *Postępowanie cywilne – zarys wykładu*, Warszawa 1998, s. 44–50 i j. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 1996, s. 83–89 i 268.

związane z wprowadzaniem „nowoczesnych” dowodów, występujących najczęściej w postaci skomplikowanych opinii biegłych. Takim środkiem dowodowym nadaje się miano dowodów naukowych, proponując rozumieć przez to dowody dostarczane przez ekspertów i biegłych sądowych, którzy opierając się na swojej wiedzy fachowej, specjalistycznych metodach i technikach badawczych przyjętych w danej dyscyplinie naukowej, wydają opinie traktowane jako środek dowodowy w postępowaniu¹⁸. Mogą one być często wynikiem wykorzystania nowoczesnych, uprzednio niestosowanych lub uznanych za kontrowersyjne, metod badawczych. Przy dużym tempie rozwoju techniki oraz wprowadzaniu nowych urządzeń i metod nawet niewielkie zmiany w konstrukcji urządzeń analitycznych lub przyjętej metodzie badań mogą często prowadzić do odmiennych wyników ekspertyz. W coraz większej liczbie spraw występują (przyobleczone w procesową postać ekspertyz) – czasem niezwykle skomplikowane i wyrafinowane techniki i metody identyfikacji osób i rzeczy. Wymiar sprawiedliwości realnie stanął wobec problematyki dopuszczalności dowodów naukowych w postępowaniu sądowym oraz zasad, według jakich można z nich byłoby korzystać¹⁹.

W polskim piśmiennictwie prawniczym dotąd brak jest monograficznego opracowania problematyki dowodu naukowego²⁰, natomiast pewne jej symptomy ujawnia orzecznictwo Sądu Najwyższego. Sąd ten wprawdzie nie wypracował podstawowych kryteriów dowodu naukowego i zasad jego oceny, ale w kilku jego orzeczeniach można znaleźć fragmentaryczne wskazania tych kwestii. Sąd Najwyższy zachęcając do korzystania z wyników najnowszych badań naukowych – o ile tylko te wyniki są dostatecznie pewne – jednocześnie podkreślał, iż przy ocenie

¹⁸ Patrz E. Gruza, *Przyczynek do zagadnienia dopuszczalności i wykorzystania „dowodów naukowych” w procesie karnym*, Przegląd Sądowy Nr 7–8/1995, s. 85.

¹⁹ J. Wójcikiewicz, *Dowód naukowy w procesie sądowym*, Kraków 2000, s. 7, oraz J. Turek (red.): *Rola biegłego we współczesnym procesie*, Warszawa 2002, s. 137 i n.

²⁰ Problemy te podjęli fragmentarycznie np.: J. Gruza, *op. cit.*, s. 83 i n., T. Tomaszewski: *Dopuszczalność dowodów naukowych w amerykańskim procesie karnym*, Przegląd Sądowy Nr 5–6/1991, s. 81 i n., oraz J. Wójcikiewicz, *op. cit.*, s. 7–13. W amerykańskim prawie jako kryterium dopuszczalności dowodów naukowych przyjęto uznanie danej techniki lub metody badawczej przez ogół znawców z danej specjalności, określanego jako zasada powszechnej akceptacji. Mimo że nie doczekała się jednoznacznej i ogólnie przyjętej interpretacji, uznawana jest jako właściwa przez większość sądów stanowych, chociaż jednocześnie zgłaszane są różnego rodzaju uwagi. Podkreśla się, że zasada ta powinna mieć zastosowanie nie tylko przy ocenie samej (często kontrowersyjnej) metody badawczej, ale nawet obejmować wszystkie, nawet znane i od dawna stosowane rodzaje badań. Wskazuje się wręcz, iż zasada powszechnej akceptacji winna być na równi stosowana tak w postępowaniu karnym, jak i w cywilnym oraz administracyjnym. W toczącej się dyskusji nad celowością stosowania tej zasady wskazuje się, że gwarantuje ona procedurę zapewniającą wiarygodność dowodów naukowych i przez przyjęcie standardu niezawodności użytych badań ułatwia pracę sądów; natomiast przeciwko korzystaniu z niej podnosi się trudności w rozumieniu „powszechności” akceptacji danej teorii czy metody oraz odsuwanie sądów od zdobyczy postępu technicznego (szerzej zob. J. Turek, *Czynności dowodowe sądu w procesie cywilnym*, Zakamycze 2003, s. 112–114 oraz cytowana tam literatura).

nowego środka dowodowego (odnosiło się to do ówczesnych badań antropologicznych) należy mieć na uwadze to, czy konkretna ekspertyza opiera się na jednolitej i powszechnie przyjętej metodzie badawczej, wskazując nawet na kryterium „metodologicznej nienaganności” metody²¹. Ustosunkowując się do kwestii dopuszczalności przeprowadzenia w postępowaniu sądowym dowodu z opinii biegłego z zakresu wiedzy, która nie spełnia w obecnej fazie rozwoju poznania naukowego przyjętych kryteriów naukowych (np. z zakresu radiestezji), stwierdził, że wiadomości specjalne nie muszą mieć charakteru naukowego i dopuszczalne jest przeprowadzenie dowodu z opinii z zakresu radiestezji, jeżeli dla prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy cywilnej niezbędne jest uzyskanie wiadomości specjalnych w tym zakresie. Sąd ten jednak równocześnie podkreślił, iż wobec takiego dowodu konieczny jest „szczególny krytycyzm”, a nadto, że dowód taki podlega ocenie zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów w kontekście innych zebranych jeszcze w sprawie dowodów²². Sąd Najwyższy nie podjął jednak próby określenia ogólnych i kompleksowych kryteriów oceny dowodu naukowego²³.

Krytycznie o stosowaniu badań poligraficznych do sprawdzania lojalności pracowników wypowiedział się Rzecznik Praw Obywatelskich²⁴. Niektóre firmy sprawdzają kandydatów do pracy oraz pracowników stosując „wykrywacz kłamstw”, a „wyniki badań niejednokrotnie decydują o przyjęciu danej osoby na określone stanowisko bądź o rozwiązaniu istniejącego stosunku pracy (stosunku służbowego), często w trybie natychmiastowym”.

²¹ Tak np. niepubl. wyroki SN: z 12 grudnia 1974 r., III CRN 305/74 oraz z 25 lutego 1975 r., II CR 898/74.

²² Uchwała SN z 30 października 1985 r., III CZP 59/85, OSNCP Nr 9/1986, poz. 140, a nadto glosy do tej uchwały: T. Wiśniewskiego, OSPiKA Nr 7–8/1986, poz. 139, W. Siedleckiego, Nowe Prawo Nr 10/1987, s. 139, oraz J. Gurguła, Państwo i Prawo Nr 5/1988, s. 139. Stanowisko W. Siedleckiego i J. Gurguła aprobujące treść tej uchwały skrytykował J. Wójcikiewicz (*Dowód naukowy...*, *op. cit.*, s. 70) twierdząc, że dali się zwieść poprzez przyjęcie, że uchwała ma oparcie w nauce i doświadczeniu, chociaż radiesteta nie prowadzi badań naukowych. Jego zdaniem Sąd Najwyższy tą uchwałą „otworzył wrota pseudonauce”. Szerzej o radiestezji zob.: Cz. Spychalski, *Radiestezja*, Poznań 1986, s. 6–10.

²³ *Swoisty modus procedendi* przyjął Sąd Najwyższy w odniesieniu do badań osmologicznych precyzując w wyroku z 5 listopada 1999 r., V KKN 440/99 (głosa K. Woźniewskiego, Prokuratura i Prawo Nr 9/2000, s. 84–91) sześć warunków [o tych warunkach zob.: J. Ordyński, *Wartość badań zapachowych – sześć koniecznych warunków*, Rzeczpospolita Nr 279(5444) z 30 listopada 1999 r., s. C2], których dotrzymanie jest istotne dla zminimalizowania błędów przy przeprowadzaniu ekspertyzy osmologicznej. Tylko staranne zachowanie wszystkich wypracowanych przez kilkuletnią praktykę i zalecanych w piśmiennictwie standardów prowadzenia badań zapachowych – stwierdził w konkluzji ten Sąd – mogłoby upoważnić do zaakceptowania poglądu, iż w świetle zasady swobodnej oceny dowodów skazanie może być oparte na ekspertyzie osmologicznej jako dowodzie obciążającym.

²⁴ Rzecznik zwrócił się do Ministra Pracy i Polityki Społecznej o podjęcie działań legislacyjnych zakazujących wprost lub ujmujących w ramy prawne możliwość stosowania wariografu zarówno przy rozwiązywaniu sporów pracowniczych, jak i zatrudnianiu nowych kadr [szerzej zob.: S. Wikariak, *Krytycznie o wykrywaczu kłamstw*, Rzeczpospolita z 18–19 marca 2000 r., Nr 66(5536), s. C1].

W świetle powyższego trzeba stwierdzić, że sądy mogą mieć istotne wątpliwości i trudności w ocenie specjalistycznych badań oraz ekspertyz, w przyjmowaniu i akceptowaniu dowodów naukowych. Odnosi się to nie tylko do postępowania karnego, ale również do postępowania administracyjnego (sądowoadministracyjnego) i cywilnego, w których wprowadzie zakres korzystania z tych środków jest mniejszy niż w postępowaniu karnym, ale możliwości tego są znaczne. Świadczy o tym przede wszystkim treść przepisów art. 75 k.p.a. i art. 309 k.p.c. dopuszczających możliwość przeprowadzenia dowodu nienazwanego, pod warunkiem że nie jest to sprzeczne z prawem oraz określenia zawsze przez organ procesowy sposobu przeprowadzenia takiego dowodu i zastosowania w odpowiedni sposób przepisów o dowodach uregulowanych w ustawach procesowych²⁵. Takie unormowanie zawarte w tych przepisach nie świadczy o luce prawnej, ale wskazuje na słuszne i racjonalne stanowisko ustawodawcy o potrzebie wykorzystania wszelkich możliwych środków w dociekanii prawdy w postępowaniu sądowym, przy jednoczesnym uwzględnieniu postępu oraz aktualnych zdobyczy techniki i nauki. Ustawodawca dopuszcza więc wszelkie „nowości dowodowe” według prostej zasady ich użyteczności procesowej²⁶. To nie oznacza zupełnej i niekontrolowanej „swobody dowodowej” organów procesowych w odrzucaniu bądź przyjmowaniu danego „nowego” dowodu, skoro wiodące znaczenie ma inicjatywa dowodowa stron, kryteria wynikające z zasady oceny dowodów (art. 7 k.p.k., art. 80–81 k.p.a., art. 233 k.p.c.) oraz kontrola instancyjna w przypadku przeprowadzenia postępowania odwoławczego. Swobodna ocena dowodów odnosi się do wszystkich rodzajów środków dowodowych, chociaż to nie oznacza, iż nie ma różnic w podejściu do poszczególnych ich rodzajów. Widoczne jest to chociażby na tle ich podziału na osobowe i rzeczowe środki dowodowe, a także w odniesieniu do „nowych” środków dowodowych, co do których Sąd Najwyższy konsekwentnie zaleca zachowanie ostrożności²⁷. W dalszym ciągu jest więc aktualny pogląd J. Sehna²⁸, że „granice stosowania w procesie wszelkich odkryć naukowych i różnych nowych metod technicznych, stanowi sprawdzony praktycznie i w sposób prawdziwie naukowy każdorazowy stan danej gałęzi wiedzy oraz oparta na myśleniu naukowym przydatność jej zdobyczy naukowych”.

²⁵ B. Adamiak, J. Borkowski, *op. cit.*, s. 147 oraz W. Siedlecki, Z. Świeboda, *Postępowanie cywilne – zarys wykładu*, Warszawa 1998, s. 248.

²⁶ Za kryterium dopuszczalności danej metody badawczej w konkretnych typach ekspertyz uznać należy jej zaakceptowanie przez zainteresowane środowisko biegłych – jako prawidłową w ustalaniu prawdy na potrzeby wymiaru sprawiedliwości (J. Turek, *Opinie biegłych w zakresie wycen majątkowych*, Monitor Prawniczy Nr 7/2000, s. 465).

²⁷ Por. orzeczenia SN z 16 lutego 1994 r., II CRN 176/93, OSNCP 1994, z. 10, poz. 197, z 11 października 1999 r., I CKN 885/99, OSNC 2000, z. 5, poz. 96 oraz uzasadnienie wyroku SN z 9 stycznia 2001 r., II CKN 1140/00, OSNC 2001, z. 10, poz. 152.

²⁸ Obecny stan kryminalistyki w Polsce (w:) *Stan kryminalistyki i medycyny sądowej*, Warszawa 1951, s. 14.

III. Wskazane względy z pewnością uzasadniają ostrożność Naczelnego Sądu Administracyjnego w podejściu do przedstawionej problematyki dopuszczalności i celowości badań poligraficznych w szerokim wymiarze sprawiedliwości, ale to powinno być połączone z bardziej wnikliwą i przekonującą argumentacją. Obecna, a przede wszystkim najbliższa, rola Naczelnego Sądu Administracyjnego w kształtowaniu orzecznictwa sądownoadministracyjnego i niewątpliwie także jego oddziaływanie na orzecznictwo sądów powszechnych²⁹, wymagały wszechstronniejszego potraktowania przedmiotowego zagadnienia. Sąd ten zamiast zachęcać – podobnie jak czyni to Sąd Najwyższy – do korzystania z „nowych” dowodów i wskazywać jednocześnie niezbędne do tego warunki procesowe, w istocie ograniczył się do stwierdzenia, iż „skutki badań poligraficznych, mimo że dobrowolnych, naruszają prawa i wolności osobiste badanych, a nadto – jak się wskazuje w literaturze – wyrażenie zgody na badania przy pomocy wykrywacza kłamstw, prowadzone przez pracodawcę, stawia pod znakiem zapytania swobodę tej zgody”.

Zasada uczciwego procesu wymaga, aby poszczególne środki dowodowe były pozyskiwane przez organy procesowe w sposób legalny i lojalny względem innych uczestników postępowania sądowego (administracyjnego)³⁰, a problematyka ochrony danych osobowych³¹ pojawiająca się także w postępowaniu karnym i cywilnym³² niewątpliwie ma doniosłe znaczenie społeczne. Podkreśla się przy tym, że postępowania rozpoznawcze coraz bardziej zależne są od różnego rodzaju badań, nie zawsze do końca naukowo sprawdzonych. Konieczne więc jest, aby faza naukowo-badawcza postępowania była dokonywana przez obiektywnych i dysponujących dużym doświadczeniem specjalistów przy zachowaniu wszelkich „zasad sztuki” danej dziedziny wiedzy i techniki oraz w warunkach zapewniających rzetelność otrzymanych rezultatów³³. Wskazuje się także, iż te różne badania muszą być przeprowadzane z poszanowaniem praw i wolności badanego.

Naczelny Sąd Administracyjny ogólnikowo stwierdził, że „skutki badań poligraficznych naruszają prawa i wolności osobiste badanych” nie wskazując konkretnie zagro-

²⁹ Patrz R. Hauser, *U progu reformy sądownictwa administracyjnego*, Państwo i Prawo, Nr 11/2002, s. 30, 37–38, oraz Z. Kmieciak, *Ochrona tymczasowa w postępowaniu sądownoadministracyjnym*, Państwo i Prawo Nr 5/2003, s. 18 i 28.

³⁰ M. van Kerchove, *La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de Commission européenne des droits de l'homme*, RSC Nr 1/1992, s. 1–14.

³¹ Jej doniosłość podkreśla art. 51 Konstytucji RP oraz regulacje zawarte w przepisach ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. Nr 133, poz. 883 ze zm.).

³² Np. orzeczn. SN z 14 czerwca 2000 r., V CKN 1119/00, OSNC Nr 4/2002, poz. 49, Ł. Piebiak, *Proceduralne aspekty ochrony baz danych*, Monitor Prawniczy Nr 7/2003, s. 311–312, 316.

³³ Patrz J. Migdał: rec. pracy J. Wójcikiewicza, *Dowód naukowy w procesie karnym*, „Palestra” 2000, Nr 11–12, s. 173, H. Kotecki, *Dowód identyczności nie musi być dowodem sprawstwa*, „Palestra” 2002, Nr 3–4, s. 74–75, M. Szeroczyńska, *Dowód z analizy śladów genetycznych w postępowaniu karnym na tle prawno-porównawczym*, Prokuratura i Prawo Nr 2/2001, s. 60 oraz J. Turek (red.): *Rola biegłego we współczesnym procesie*, Warszawa 2002, s. 138.

zonego dobra osobistego osób poddanych tym badaniom, chociaż katalog tych praw i wolności wymienia Konstytucja RP (art. 38 i n.) a także kodeks cywilny (art. 23)³⁴. W literaturze natomiast wskazuje się, że tym dobrem chronionym jest godność osoby badanej, a więc działania zmierzające do odkrycia prawdy naukowej nie mogą naruszać tego dobra³⁵, chociaż nie nadaje się temu bezwzględne go charakteru³⁶.

Również ogólnikowo stwierdził ten Sąd, iż „wyrażenie zgody na badania przy pomocy wykrywacza kłamstw, prowadzone przez pracodawcę, stawia pod znakiem zapytania swobodę tej zgody” nie podając żadnych bliższych motywów takiego stanowiska. Otóż podkreślić należy, że prawie wszyscy zwolennicy poligrafu uważali wyrażenie zgody za warunek *sine qua non*, bez którego badania te w żadnym wypadku nie mogą się odbyć³⁷.

Podnoszono ponadto, że osoba poddana badaniom musi być obowiązkowo pouczona wcześniej o dobrowolności badań, jak również powinna być zapoznana (przynajmniej ogólnie) z zasadami działania poligrafu oraz z konsekwencjami procesowymi, jakie zostaną wyciągnięte w stosunku do niej, jeśli na takie badania wyrazi zgodę³⁸. Aktualnie obowiązujące przepisy prawa przewidują niekiedy powinność poddania się określonym badaniom (np. art. 85 § 2 i art. 88 § 1 k.p.a., art. 74 § 2 k.p.k., art. 254 § 1–3, art. 274, 287, 296 i 432 w zw. z art. 429 k.p.c.) czasami uzależniając je od zgody osoby badanej (np. art. 74 § 3 k.p.k., art. 298 i 306 k.p.c., art. 21–24 i 46 ust. 2 i 3 ustawy z 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, Dz.U. Nr 111, poz. 535)³⁹. Nie wiadomo więc na jakiej podstawie Naczelny Sąd Admini-

³⁴ Wylczenie to nie jest wyczerpujące, gdyż pod wpływem judykatury i doktryny lista ta jest ciągle powiększana. Wymienia się np. takie dobra jak sfera życia intymnego, prywatność życia osobistego, wolność od obawy i strachu, spokój psychiczny, itp. (Kodeks cywilny-komentarz, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 1997, s. 71–75).

³⁵ Zob. M. Szeroczyńska, *op. cit.*, s. 60. Stwierdza ona, że „minimalne niebezpieczeństwo ingerencji w sferę wolności indywidualnych (które przykładowo niesie ze sobą test DNA) nie uzasadnia wprowadzenia generalnego zakazu korzystania z takich „nowych” technik nawet wbrew woli osoby zainteresowanej, pod warunkiem ich szczegółowego i precyzyjnego uregulowania w ustawie.....”.

³⁶ 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 (art. 30 Konstytucji RP). Odnośnie do pojęcia godności człowieka podnosi się, że dalej pozostaje ono w świetle pojęć ogólnych (wręcz ogólnikowych) i niezdefiniowanych (por. K. Działocha, *rec. pracy Godność człowieka a prawa ekonomiczne i socjalne. Księga jubileuszowa wydana w piętnastą rocznicę ustanowienia Rzecznika Praw Obywatelskich*, Państwo i Prawo Nr 5/2003, s. 106).

³⁷ Stanowisko takie w postępowaniu karnym uzasadniano „prawem do milczenia” jakie przysługiwało podejrzanemu na zasadzie art. 63 d.k.p.k., stosownie do którego podejrzany mógł przyjąć dwojaką taktykę obrony; milczenie bądź składanie wyjaśnień (W. Daszkiewicz, M. M. Jeż-Ludwichowska, *Badania wariograficzne w polskim procesie karnym*, Nowe Prawo Nr 3/1979, s. 10).

³⁸ J. Widacki, A. Feluż, *Zgoda na badanie przy użyciu poligrafu*, Nowe Prawo Nr 4/1981, s. 52 oraz powołana tam literatura.

³⁹ Art. 39 Konstytucji RP stanowi, że „nikt nie może być poddany eksperymentom naukowym, w tym medycznym, bez dobrowolnie wyrażonej zgody”. Zob. także A. Turek, J. Turek, *W poszukiwaniu kodeksu bioetycznego*, Prawo i Życie Nr 1(1769)/2000, s. 23 i n.

stracyjny stawia znak zapytania odnośnie do swobody wyrażenia zgody na badanie przy pomocy poligrafu, gdyż sam fakt przeprowadzenia ich przez pracodawcę nie stwarza domniemania, że oświadczenie woli badanego w tym przedmiocie dotknięte było jakąś wadą. Sąd pracy wprawdzie może uznać za niedopuszczalną czynność pracownika, gdyby naruszała ona „słuszny interes” tego pracownika, ale odnosi się to do takich jego czynności jak zawarcie ugody, cofnięcie pozwu, sprzeciwu lub środka odwoławczego oraz zrzeczenia się lub ograniczenie roszczenia (art. 469). Przepis ten nie obejmuje więc czynności dowodowych stron, gdyż dotyczy on kontroli czynności dyspozytywnych pracownika. Badania poligraficzne mogą być zresztą prowadzone w interesie strony (pracownika, oskarżonego, powoda, itp.) dla „wzmocnienia” jego sytuacji procesowej, a zwłaszcza wsparcia jej twierdzeń o istotnych okolicznościach sprawy, gdy w szczególności po wyczerpaniu środków dowodowych lub z powodu ich braku pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 88 k.p.a., 299, 302 § 1 i 429 k.p.c.)⁴⁰. Nie daje się bowiem utrzymać pogląd, zgodnie z którym badanie poligraficzne narusza prawo do obrony. Prawo to realizowane jest w sposób czynny (np. składanie wyjaśnień, zeznań, itp.), lub bierny (przez milczenie) Czynna postawa oskarżonego (strony) może także przejawiać się nie tylko w postaci składania wyjaśnień, ale także w gotowości do poddania się badaniom poligraficznym. Opinia z ekspertyzy wariograficznej może bowiem dostarczyć przeciwdowodu dla „obciążających” oskarżonego (stronę) środków dowodowych. Odmowa więc przeprowadzenia takiego badania stałaby niekiedy w sprzeczności z tym prawem do obrony⁴¹.

Pragmatyki służbowe, a więc także służby celne, wymagają odpowiednich predyspozycji oraz wysokich kwalifikacji od kandydatów a następnie funkcjonariuszy celnych⁴². Wprawdzie każdemu zapewnia się wolność wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy, ale wyjątki od tego określa ustawa (art. 65 ust. 1 Konstytucji RP). Te wyjątki w odniesieniu do służby celnej wynikają chociażby z –

⁴⁰ Patrz opisany w Rzeczpospolitej [z 18–19 marca 2000 r., Nr 66(5536), s. C1] przypadek Anny K. – zwolnionej na podstawie wyników wykrywacza kłamstw – z pracy w Instytucie Biotechnologii i Antybiotyków, gdzie ktoś dosypał truciznę do pojemników z cukrem. Dla ustalenia sprawcy zlecono przeprowadzenie ekspertyzy poligraficznej.

⁴¹ Por. R. Jaworski, *Opinia z ekspertyzy poligraficznej jako dowód odciążający*, Wrocław 1999, s. 9, 203 i n., oraz W. Siedlecki, Z. Świeboda, *Postępowanie nieprocesowe*, Warszawa 2001, s. 71 i 72.

⁴² Stosunek służbowy funkcjonariusza celnego powstaje na drodze mianowania na podstawie *dobrowolnego* zgłoszenia się do służby. Osobę przyjętą do służby mianuje się funkcjonariuszem w służbie przygotowawczej, która trwa trzy lata i kończy się oceną kwalifikacyjną (art. 10 ustawy z 24 lipca 1999 r. o Służbie Celnej, Dz.U. Nr 72, poz. 802, z późn. zm.). Funkcjonariusz celny jest obowiązany w szczególności godnie zachowywać się w służbie oraz poza nią (art. 32 ust. 1 pkt 5 ustawy), nie może wykonywać zajęć, które pozostawałyby w sprzeczności z jego obowiązkami, albo mogłyby wywołać podejrzenie o stronniczość lub interesowność (art. 37 ustawy), podlega na ocenie okresowej raz na rok (art. 38 ust. 1 ustawy) oraz jest obowiązany wykonywać obowiązki służbowe w umundurowaniu (art. 40 ustawy).

powołanych w uzasadnieniu omawianego wyroku – przepisów ustawy o służbie cywilnej, czy przepisów ustawy o Służbie Celnej. Rzeczpospolita strzeże nienaruszalności swego terytorium (art. 5 Konstytucji RP)⁴³ także poprzez właściwe wypełnianie swych funkcji przez wysoko kwalifikowanych funkcjonariuszy celnych. Pozyskiwanie informacji niezbędnych do dokonania oceny w tym przedmiocie (art. 51 ust. 1 i 2 Konstytucji RP) przy pomocy badań poligraficznych i za zgodą osoby badanej, nie może więc być uznane zdecydowanie i jednoznacznie za nieadekwatne i nie dające się pogodzić z zasadą praworządności, skoro w sprawie nie zostało niczym wykazane, aby organy władzy publicznej wykroczyły poza granice prawa (art. 7 Konstytucji RP).

Stanisław Turek

⁴³ Także poprzez utworzenie jednolitej umundurowanej Służby Celnej w celu zapewnienia zgodności z prawem przywozu towarów na polski obszar celny oraz wywozu towarów z polskiego obszaru celnego. Do jej zadań należy między innymi kontrola celna, wymiar i pobór należności, rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw i wykroczeń celnych, zapobieganie wprowadzaniu na polski obszar celny materiałów niebezpiecznych, itp. (art. 1 ust. 1 i 2 ustawy o Służbie Celnej).