

Marian Cieślak

"Teoria dowodów sądowych w świetle modelu cybernetyczno-prawnego", Andrzej Kisza, Warszawa 1986 : [recenzja]

Palestra 34/8-9(392-393), 74-77

1990

Artykuł został zdigitalizowany i 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.

MARIAN CIEŚLAK

Andrzej Kisz a:**Teoria dowodów sądowych w świetle modelu cybernetyczno-prawnego,****Warszawa 1986, s. 58.**

Nazwisko Andrzeja Kiszy nieobce jest czytelnikom „Palestry”. Wystarczy wspomnieć jego współautorstwo (z R. Ływczykiem i Z. Krzezińskim) „Zarysu historii adwokatury polskiej”, Wydanego w 1978 r. czy mieszczące się w tym samym kręgu tematycznym artykuły o dyskryminacji Fabrycjusza (Pal. 2/1977), tradycjach przedzoborowych palestry polskiej (Pal. 9/1971), czy wreszcie znakomity esej na temat bezpieczeństwa obrotu (Pal. 2 nr wrocławski 6/1987).

Ongiś duża nadzieja naszej cywilistyki, A. Kisz a porzucił rychło mury uniwersyteckie, aby zawodowo poświęcić się wyłącznie praktyce adwokackiej. Nie dziwny się jednak wilkowi, że do lasu ciągnie. Swe teoretyczne zainteresowania zwrócił on ku cybernetyce i jej zastosowaniu w prawoznawstwie. Rezultatem była rozprawa pt. Model cybernetyczny powstawania i działania prawa (Wrocław 1970), stanowiąca podstawę przewodu habilitacyjnego i, w rezultacie, uzyskania wyższego stopnia akademickiego (doktora habilitowanego nauk prawnych), rzecz u nas nie częsta, gdy chodzi o osoby spoza zawodowej kadry naukowej.

Recenzowana praca jest dalszym ciągiem poszukiwań w kierunku wyznaczonym tamtą rozprawą. Nawiązuje zresztą i odsyła do niej w wielu miejscach. Niewielka książeczka, ale naładowana treścią skondensowaną i nie zawsze łatwą w odbiorze ze względu na wysoki stopień sformalizowania. Jego wyrazem są w szczególności: specyficzny, sztuczny język oraz wykresy (grafy), a także symbole matematyczne i „matematykopodobne”.

Punktem wyjścia jest „model cybernetyczno-prawny”, którego podstawowym składnikiem

jest ciąg węzłowych elementów przepływu informacji prawnej („główny łańcuch cybernetyczny”). Składają się nań legislatywa (L), normy (N), element P, do którego wróćmy za chwilę, reakcja ogólnospołeczna doraźna (R) oraz skutki społeczne odległe i wtórne (S). Każdy z tych elementów oznacza pewien zbiór, złożony z najrozmaitszych treści, a więc konkretnych ludzi, twórców socjologicznych (np. społeczeństwo) i prawnych (podmioty prawne), zachowań ludzkich, innych faktów — z wszystkiego, co ip. mieści się w pojęciu „skutki społeczne”.

Powiązania tych elementów, to przepływ informacji prawnej, rozumiany szeroko, jako zbiór sygnałów o treści prawnej, i jego kierunki natomiast mogą przedstawić się jako „sprężenie proste” lub „sprężenie zwrotne”.

Z tym głównym łańcuchem powiązany jest poprzez ogniwo P inny układ w postaci ciągu: jurysdykcja (J), administracja (A) i egzekutywa (E). Ta ostatnia jest pośrednikiem i tylko ona zwrotnie oddziałuje na P bezpośrednio, podczas gdy J i A — tylko pośrednio, poprzez E (rys. 1).

Takie ustawienie trzeba przyjąć trochę na wiarę, skoro — przynajmniej gdy chodzi o postępowanie karne — jest dość oczywiste, że publiczna rozprawa i zapadły na niej wyrok mają niepomierne większy rezonans w opinii społecznej, aniżeli to, jak ten wyrok jest wykonywany, a niekiedy nawet — czy w ogóle jest wykonywany. Wynika to zresztą poniekąd z dalszych wywodów (pkt IV na s. 8).

Dodajmy tu jeszcze, że ogniwo J (jurysdykcja) jest zbiorem (rys. 2) w postaci ciągu przekaznikowego od T (*testimonium* — tu w znaczeniu

wszelkie źródła i środki dowodowe) poprzez C (od *curia* — tu sąd w najszerszym znaczeniu, obejmującym nie tylko skład orzekający, ale wszystkie osoby współuczestniczące w rozpoznaniu sprawy, a więc także oskarżyciela, przedstawicieli procesowych stron i same strony, wreszcie także „zbiór zjawisk lub czynności”, s. 6) aż do V (od *verdict* — tu znowu wszystkie osoby biorące udział w rozstrzygnięciu, ich czynności oraz produkt w postaci samego rozstrzygnięcia).

Centralną pozycję w całym układzie zajmuje ogniwo P — najmniej sprecyzowane i nieco tajemnicze, skoro ma oznaczać „zbiór ich bezpośrednich skutków społecznych” (s. 3; „ich”, to znaczy chyba skutków ognii poprzednich, a więc legislatywy i norm?), kiedy indziej „podmioty prawa wraz z ich zachowaniem się i wzajemnymi skutkami między nimi” (s. 4), wreszcie „rzeczywistość” w ogóle, jeśli staje się przedmiotem zainteresowania sądu (choć czy tylko sądu?), jak w przypadku procesowych oględzin miejsca (s. 8). Jeśli ten właśnie punkt akcentuje się tutaj, to dlatego, że oddaje on wyraźnie pewne ogólne wrażenie, jakie czynią te konstrukcje, wykresy, wzory — wrażenie sporej dozy dowolności i odwrotnie — proporcjonalnej miary sprecyzowania.

Referowania dalszych tego rodzaju ujęć, zawartych w pracy A. Kiszy wypada poniechać. Nie tylko dlatego, że niezwykle związała jej zawartość nie nadaje się do streszczeń, a poddanie się tej pokusie związane byłoby ze zbyt dużym ryzykiem zniekształceń. Ważniejsze jest jednak to, że nie chcę Czytelnikowi odebrać satysfakcji zapoznania się z oryginałem. Nie chciałbym zachować się jak ktoś, kto sygnalizując ciekawą sztukę, film, czy powieść, streszcza nie tylko intrygę, lecz i samo rozwiązanie — a czyni to w dodatku niekoniecznie udolnie. Jakkolwiek przesadne mogłoby się wydać to porównanie, zapewniam, że rzecz jest przeczytania warta.

Ograniczę się więc tylko do zasygnalizowania, że w dalszych wywodach Autor koncentruje się, zgodnie z tytułem pracy, na próbach cybernetycznych ujęć mechanizmów postępowania dowodowego i ustaleń faktycznych. Ciekawe są uwagi i ujęcia dotyczące zeznań świadków, zwłaszcza w wypadku przekazu informacji kolejno przez kilka osób (świadkowie ze słuchu), lub wielokrotnych przesłuchań danego świadka na tę samą okoliczność, co prowadzić może do osłabienia lub „wygaszenia” sygnału, gdy świadek lub świadkowie ma (mają) tendencję do zmniejszania cechy faktu (s. 12—13), albo odwrotnie — do zwiększania cechy faktu (s. 14—15). Autor uważa, że to zjawisko wyciszenia lub wzmaganie sygnałów można mierzyć ilościowo i zapisać; proponuje też nawet odpowiednie wzory.

Na uwagę zasługuje zwłaszcza propozycja matematycznego ujęcia stosunku ustaleń faktycznych w procesie sądowym do prawdy, jako ilorazu (ułamek) stanowiącego (według nazewnictwa cybernetycznego) „współczynnik sprzężenia” określonej wielkości. Prawdę wyraża ułamek o liczniku równym mianownikowi, tj. liczba 1, co odpowiada symbolice przyjętej w logice w rachunku zero-jedynkowym.

Trzeba jednak zauważyć, że choć same operacje matematyczne są oczywiście godne zaufania, to ustalenie w praktyce wielkości określających „współczynnik sprzężenia” na podstawie empirycznej może być dokonywane z konieczności tylko intuicyjnie. Podobnie jak częste odwoływanie się do stopnia prawdopodobieństwa. Podobne uwagi wywołuje założenie, że ten sam współczynnik można przypisać zeznaniom kolejnych świadków, co zresztą Autor przyjmuje z różnymi zastrzeżeniami. Chodzi tu więc jedynie o lustrację pewnego przebiegu informacyjnego, a nie o obliczenia w ścisłym znaczeniu.

Sporo uwagi poświęca Autor przyczynom, które kształtują odpowiedni współczynnik sprzężenia w przekazie informacji (czynniki hamujące i wzmacniające) — co ma doniosłe znaczenie w związku z oceną dowodów — oraz problematyce domniemań w ujęciu cybernetycznym.

Godne szczególnej uwagi są rozważania dotyczące tzw. „prawdy formalnej” (s. 29—38). Autor broni tego pojęcia, przeciwstawiając się tym, którzy je zwalczają, i wskazując nieporozumienia, z których rodzą się zarzuty przeciwko pojęciu prawdy formalnej.

Oczywiście Autor ma rację ukazując różne sytuacje, zwłaszcza w związku z domniemaniami, kiedy to przyjmuje się ustalenie faktyczne za podstawę rozstrzygnięcia, choćby było ono niezgodne z rzeczywistością, niejako z góry godząc się z możliwością błędu. Można by nawet powiedzieć, posuwając rzecz *ad extremum*, że wszelkie ustalenia faktyczne w procesie są względne, choćby tylko z tego zasadniczego powodu, że wszelkie dowody procesowe są zdolne przybliżyć nas tylko do odpowiedniego stopnia prawdopodobieństwa.

Czy znaczy to, że prawda w sensie pełnej zgodności ustaleń z ich przedmiotem jest, jako niedościgły ideał, pozbawiona znaczenia praktycznego? Bynajmniej!

Jako ideał wskazuje ona rację naszej niezgody na fałsz (choćby tylko w sensie stwierdzenia jego odpowiednio wysokiego prawdopodobieństwa), i uzasadnia potrzebę korektury, chyba, że prawo — w imię wyższorzędnej zasady stałości i pewności — na to nie pozwala.

Rodzi się jednak pytanie, dlaczego mielibyśmy to, z mocy prawa niewzruszalne, lecz **nieprawdziwe**

lub nie całkiem prawdziwe nazywać „prawdą” — choćby nawet z dodatkiem przymiotnika „formalna”, „tymczasowa” czy itp.?

Naturalnie, można wszystko, co jeszcze nie ma nazwy, nazwać dowolnie, tak jak nadaje się imię dziecku. Ale nie każda nazwa jest w równym stopniu właściwa? Bywają wszak również nazwy niebezpieczne, podobnie jak przywłaszczono nazwisko innej osoby.

I tu dochodzimy do źródła oporów przeciwko nazwie „prawda formalna”. Zagrożenie fałszem, manipulacja z różnych powodów, jest we współczesnym świecie tak znacząca, że społeczność ma prawo być uczulona na tym punkcie. Chodzi więc o to, aby te różne „prawdy” formalne po prostu nie deprecjonowały tej jedynej prawdy „prawdziwej”, którą wskazuje jako cel postępowania dowodowego, procesowa zasada prawdy (zwana, ze względu na tę niewygodną rodzinę różnych „prawd”, zasadą prawdy materialnej, czy obiektywnej). Nie zapominajmy o pewnym procesie politycznym, dawno temu, w którym oskarżony wyjaśnił, że chodziło mu o to, aby „dać świadectwo prawdzie”. Co sędzia, który niewątpliwie nie czytał jeszcze pracy Adama Schaffa o marksistowskiej teorii prawdy, ale zapewne znał poglądy sofistów, skwitował lekceważąco: „Phi, co to jest prawda?”

Równie interesujące są uwagi recenzowanej pracy na temat pytań niedozwolonych. Autor trafnie wiąże te pytania z przepisem art. 157 § 2 k.p.k. podkreślając, że racja ich niedozwoloności polega na tym, iż „mogą one wywołać odpowiedź niezgodne z prawdą obiektywną” (s. 39). Trzy mogą być, zdaniem Autora, powody takiego efektu:

- 1) podatność przesłuchiwanego na wpływ i autorytet pytającego,
- 2) niezdolność przesłuchiwanego do samodzielnego, krytycznego myślenia, bądź wreszcie
- 3) interesowny stosunek przesłuchiwanego do faktów będących przedmiotem odpowiedzi.

Stosownie do tego wyróżnia Autor „trzy główne rodzaje pytań niedozwolonych”, pomijając fakt, że obowiązujący k.p.k. z 1969 r. nakazuje przewodniczącemu rozprawy uchylać „pytania, które uznaje za nieistotne” (art. 314 § 2). Jest to w stosunku do poprzedniego stanu prawnego, w którym była mowa o „pytaniach niestosownych”, istotna i — warto podkreślić — wysoce kontrowersyjna zmiana. Zwrot bowiem „pytania nieistotne” zdaje się ograniczać, z wyraźnym naciskiem na tzw. „ekonomię procesową”, całe zagadnienie do eliminacji pytań zbędnych, nie mających związku z przedmiotem sprawy.

Tymczasem punkt ciężkości zagadnienia spoczywa właśnie, zgodnie ze stanowiskiem Autora,

na pytaniach sugestywnych, szkodliwych z punktu widzenia zasady prawdy. Trzeba jednak dodać, że istnieją jeszcze pytania złośliwe, zmierzające do ośmieszenia, skompromitowania czy zastraszenia przesłuchiwanego. Bywają wreszcie pytania znieważające przesłuchiwanego, a nawet nieprzyzwoite w świetle uznanych zasad obyczajowości. Tego wszystkiego nie obejmuje pojęcie „pytań nieistotnych”.

Trzeba tu jednak wyraźnie podkreślić postulat umiaru i rozważli w uchylaniu pytań, tak by eliminować tylko niewłaściwą formę, nie zaś prakseologiczną wartość treści mieszczącej się w pytaniu w relacji do przedmiotu sprawy. Jest to kwestia wymagań pod adresem przewodniczącego rozprawy, którego rola nie zawsze bywa łatwa i wdzięczna. Jest to również sprawa kultury wszystkich aktywnych uczestników rozprawy — tego cybernetycznego zbioru przez duże C.

Jako szczególnie ciekawy przykład typowego pytania sugestywnego, zawierającego milcząco pewne założenie przytoczyć można takie oto pytanie: „Czy oskarżony przestał brać łapówki?” Odpowiedź zarówno „tak”, jak i „nie” oznaczać będzie potwierdzenie, że oskarżony łapówki brał. A więc sprzecznie z logiczną zasadą o zaprzeczeniu koniunkcji (przejście na alternatywę z zaprzeczo-nymi członami), skoro jak słusznie wskazuje Autor, „przystał brać” jest koniunkcją zdań: „brał” i „nie bierze”.

Autor tłumaczy ten efekt nieodróżnianiem zdań w sensie logicznym od zdań w sensie gramatycznym. Wydaje się, że rzecz polega na tym, że zdanie „przystał brać” nie jest z y k l ą koniunkcją dwóch zdań semantycznie niezależnych, jak np. „idzie” i „śpiewa”, ale połączeniem logicznym, do którego dochodzi ponadto konieczny związek rzeczowo-funkcjonalny między „przystał” i „brał”. Podobny związek funkcjonalny z odpowiednią czynnością uprzednią implikują czasowniki takie jak: przerwać, zakończyć, kontynuować.

Jest to jeden z przykładów na to, że w wyciąganiu wniosków ze sformułowań słownych trzeba uwzględnić nie tylko prawa logiki, lecz również semantyczne właściwości języka. Wiadomo przecież, że np. w języku polskim podwójne przeczenie nie daje twierdzenia, lecz tylko wzmacnia negację. Podobnie też zaprzeczenie przymiotu oznacza często nie cechę sprzeczną z zaprzeczoną, ale cechę przeciwną, o większej skali zabarwienia negatywnego, jak o tym świadczy m.in. negacja przymiotnika „znaczący”, którą trzeba zapisać w postaci „nie jest znaczący” (por. art. 227 § 1 k.k.), jeśli chce się uniknąć nadmiernej minimalizacji zawartej w słowie „nieznaczący”.

Na zakończenie godzi się postawić pytanie o pożytek płynący z tego rodzaju prób przekładu na język cybernetyczny rzeczy na ogół znanych i rozważanych metodami dotychczasowymi. Zapewne nie należy przeceniać wartości tych ujęć ani z punktu widzenia teoretycznego, ani tym bardziej praktycznego; nie czyni zresztą tego sam Autor. Można jednak śmiało zaryzykować twierdzenie, że pozwalają one lepiej zrozumieć związki między zjawiskami i pojęciami w rzeczywistości prawnej i uwydatniają ważki, a nie zawsze dostrzegany element oddziaływań i uzależnień, zaś czynią to w sposób nowy i interesujący.

Recenzowane opracowanie może zainteresować adwokatów; przynajmniej tych, u których widok symboli i wzorów matematycznych nie wywołuje alergii. Tym obiecuje ono satysfakcję intelektualną — zwłaszcza, że dotyczy materii prawnej. Może warto byłoby udostępnić je szerzej w formie wkładki, niż pozwolić na uwiad w nielicznych bibliotekach z powodu minimalnego, jak można się domyślać, nakładu?

ANDRZEJ WĄSEK

W. B e u l k e:
Die Strafbarkeit des Verteidigers.
Eine systematische Darstellung
der Beistandspflicht
und ihre Grenzen.

R. v. Decker, CF. Müller Heidelberg 1989, s. 220.

(Karalność obrońcy w sprawach karnych)

Wbrew temu, co zapowiada tytuł i podtytuł, praca ta nie traktuje całościowo o problematyce odpowiedzialności karnej obrońcy; dotyczy wprawdzie bardzo ważnego, ale tylko fragmentu tej problematyki. Jest nim zagadnienie odpowiedzialności karnej obrońcy za poplecznictwo¹ popełnione w związku z udzielaniem pomocy oskarżonemu w procesie karnym.

Zagadnienie to żywotnie interesuje wszystkich obrońców, także w Polsce. Broniąc oskarżonego, mogą narazić się na zarzut dopuszczenia się prze-

stępstwa poplecznictwa; wszak utrudniają lub uniemożliwiają postępowanie karne, pomagając sprawcy w uniknięciu odpowiedzialności karnej. Czyny ich zatem niejako w sposób typowy realizują przedmiotowe i podmiotowe znamiona przestępstwa poplecznictwa (por. art. 252 polskiego k.k.).

Mamy tu oczywiście do czynienia z kontratypem. Adwokat działa w ramach swych uprawnień i obowiązków — to, co jest dozwolone przez jedną gałąź prawa (przepisy k.p.k. i prawo o adwokaturze), nie może być zabronione przez prawo

¹ Ściśle biorąc, chodzi tu o przestępstwo Strafvereitelung (przeszkodzenie ukaraniu) przewidziane w § 258 k.k. RFN. Określam je tu jednak mianem poplecznictwa dlatego, że przepis ten odpowiada naszemu art. 252 k.k. Kodeks karny RFN zna jeszcze przestępstwa Begünstigung (§ 257 — poplecznictwo rzeczowe) i Hehlerei (§ 259 — paserstwo). Wyższa karalność poplecznictwa występuje w wypadku poplecznictwa popełnionego przez urzędnika (§ 258 a), a paserstwa, gdy jest to paserstwo zawodowe (§ 260).