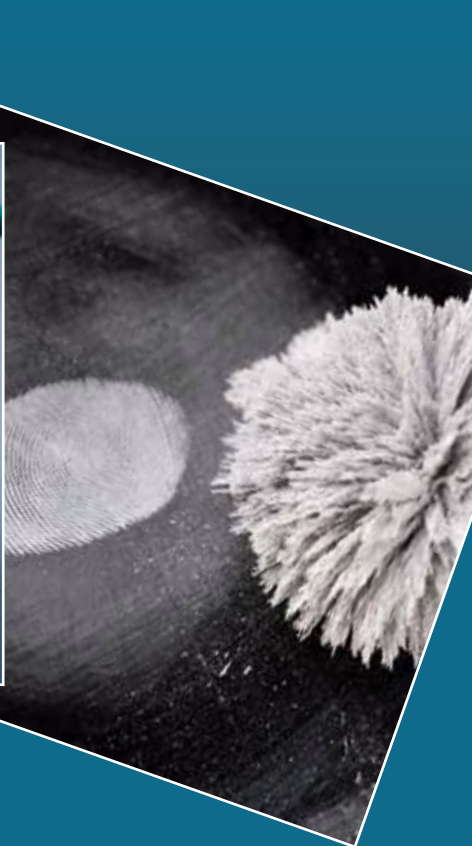
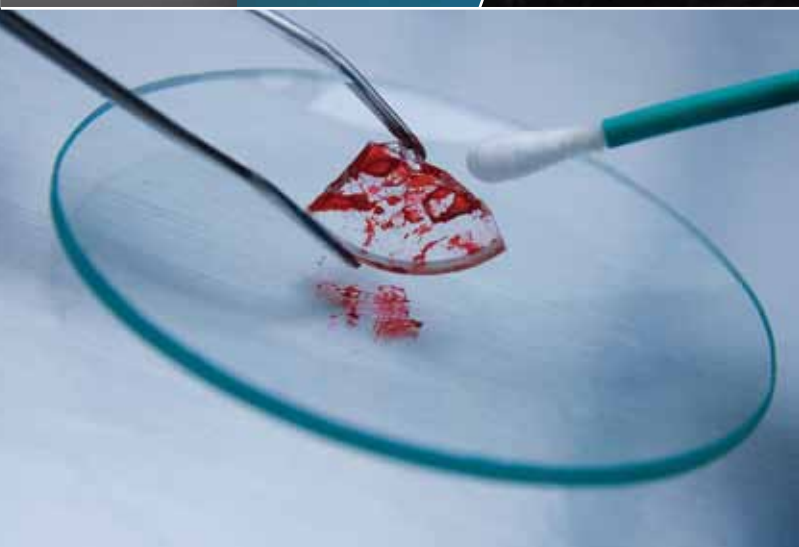


Redakcja naukowa

Teresa Gardocka
Dariusz Jagiełło

NOWE KARNE PRAWO DOWODOWE



DOM
WYDAWNICZY

ELIPSA

NOWE
KARNE PRAWO DOWODOWE

NOWE KARNE PRAWO DOWODOWE

Redakcja naukowa

TERESA GARDOCKA
DARIUSZ JAGIEŁŁO



WARSZAWA 2015

Publikacja została dofinansowana
przez Szkołę Wyższą Psychologii Społecznej



Recenzent: Prof. UZ dr hab. Hanna Paluszkievicz

Redakcja: Hanna Januszewska

Projekt okładki: Agnieszka Miłaszewicz

© Copyright by Authors and Dom Wydawniczy ELIPSA
Warszawa 2015

ISBN 978-83-8017-039-1



Opracowanie komputerowe, druk i oprawa:
Dom Wydawniczy ELIPSA,
ul. Inflancka 15/198, 00-189 Warszawa
tel./fax 22 635 03 01, 22 635 17 85
e-mail: elipsa@elipsa.pl, www.elipsa.pl

Spis treści

Wstęp	7
-------------	---

CZEŚĆ I. Kierunek nowelizacji prawa dowodowego i jego ocena

1. Teresa Gardocka, Łukasz Majewski, <i>Postępowanie dowodowe w procedurze karnej i cywilnej. Różnice konieczne i niekonieczne</i>	11
2. Ryszard A. Stefański, <i>Dowód uzyskany za pomocą czynu zabronionego</i>	21
3. Dariusz Jagiełło, <i>Inicjatywa dowodowa stron po nowelizacji kodeksu postępowania karnego</i>	35
4. Dorota Kaczorkiewicz, <i>Rozstrzygnięcia o rzeczach stanowiących dowody w postępowaniu karnym w związku z zakończeniem postępowania</i>	46
5. Marta Kowalczyk-Ludzia, <i>Wartość dowodów w procesie karnym a orzekanie wyroków uniewinniających</i>	57
6. Anna Nowakowska, <i>Śledztwo w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego z dnia 27 września 2013 r.</i>	67
7. Michał Boczek, <i>Ochrona świadka w nowym procesie karnym</i>	78
8. Ewa Błachowiak, Piotr Herbowski, <i>Perspektywy wykorzystania ekspertyzy hipnologicznej w postępowaniu karnym</i>	91

CZEŚĆ II. Wpływ nowelizacji prawa dowodowego na działania podejmowane przez uczestników postępowania

1. Joanna Paśkiewicz, <i>Czynności referendarza sądowego dotyczące zatrzymanej rzeczy w postępowaniu przygotowawczym – zagadnienia wybrane</i>	105
2. Małgorzata Krupska-Świstak, <i>Ograniczenie inicjatywy dowodowej sądu w procesie karnym a słuszność i sprawiedliwość wyroku</i>	120
3. Aneta Kamińska-Nawrot, <i>Uprawnienia pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym w świetle zmian do art. 300 k.p.k.</i>	130

4. Anna Machałek, <i>Wpływ prawa dowodowego po nowelizacji k.p.k. z 27.09.2013 r. na działania podejmowane przez policję – zagadnienia wybrane</i>	143
5. Agnieszka Choromańska, <i>Mediacja w dochodzeniach policyjnych – wybrane uwagi na tle znowelizowanego art. 23a k.p.k.</i>	153
6. Karol M. Kampert, <i>Analiza zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. niedopuszczalność wykorzystania dowodu uzyskanego za pomocą czynu zabronionego</i>	166
7. Iwona Wrześniewska-Wal, <i>Opinie biegłych lekarzy w nowym k.p.k.</i>	173
8. Piotr Herbowski, <i>Rola Sądu Najwyższego w kształtowaniu pozycji badań poligraficznych w polskim procesie karnym</i>	183

CZĘŚĆ III. Wokół problematyki prawa dowodowego

1. Piotr Józwiak, <i>Wpływ zmiany modelu polskiej procedury karnej na przebieg postępowania dowodowego w wybranych postępowaniach dyscyplinarnych</i>	197
2. Agnieszka Łozińska-Piekarska, <i>Naruszenia prawa do obrony w zakresie doktryny Salduz, a zmiany w kodeksie postępowania karnego</i>	209
3. Paulina Głowacka, Dawid Fajdek, <i>Dowód z opinii biegłego przy przestępstwach związanych z naruszeniem praw do programu komputerowego</i>	220
4. Andrzej Osiński, <i>Zmiany w zakresie przeprowadzania dowodów w czynnościach wyjaśniających w sprawach o wykroczenia po 1 lipca 2015 r.</i>	242

Wstęp

inicjatywą do przygotowania niniejszej monografii stała się treść nowelizacji kodeksu postępowania karnego wprowadzona głównie ustawą z dnia 27 września 2013 r. (Dz. U. 2013, poz. 1247), która wejdzie w życie 1 lipca 2015 r., następnie poprawiona ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. (Dz. U. z 2015 r., poz. 396)¹. Jej kształt i zakres wprowadza kompletnie nowy model procesu karnego, który wzbudza liczne kontrowersje wśród teoretyków i praktyków prawa.

Zaproponowany kształt postępowania karnego będzie zdecydowanie odmienny od obowiązującego w dniu dzisiejszym, zaś sam ustawodawca, jak się wydaje, nie zadbał o zmianę fundamentalnych zasad procesowych. Zachowano bowiem zasadę prawdy materialnej (art. 2 § 2 k.p.k.) oraz zasadę działania z urzędu (art. 9 k.p.k.), przy dokonaniu fundamentalnej zmiany w tym zakresie odnoszącej się do działania sądu z urzędu w procesie dowodzenia (art. 167 k.p.k.). Nie zmodyfikowano też zasady legalizmu ścigania (art. 10 k.p.k.) przy równoczesnym wprowadzeniu związania sądu cofnięciem aktu oskarżenia przez prokuratora (art. 14 § 2 k.p.k.).

Trudno jest wyobrazić sobie dziś rzeczywisty kształt nowego postępowania karnego, a w konsekwencji odnalezienie się praktyki wymiaru sprawiedliwości w nowej karnoprosesowej rzeczywistości. Można domniemywać, że część uczestników procesu przestawi się na działanie zgodne z treścią nowelizacji, kolejna grupa będzie poszukiwać wyjątków umożliwiających działanie analogiczne do prowadzonego przed nowelizacją.

Ogromne znaczenie będzie miało postępowanie dowodowe na rozprawie głównej, ponieważ w kontrydiktoryjnym modelu postępowania właśnie ten etap sprawy staje się fazą postępowania, w której dochodzi do weryfikacji zarzutu sformułowanego w akcie oskarżenia z całokształtem materiału dowodowego zgromadzonego przez strony i zaprezentowanego sądowi. Postępowanie apelacyjne stanowić będzie to stadium procesowe, w którym sąd odwoławczy może nie tylko

¹ Teksty zamieszczone w niniejszej monografii zostały zebrane i przedłożone do druku jeszcze przed wejściem w życie nowelizacji z dnia 20 lutego 2015 r. Dlatego też w niektórych jej fragmentach stan prawny nie uwzględnia poprawek wprowadzonych tym aktem prawnym.

ocenić wyrok z perspektywy zarzutów podniesionych przez strony, ale też może podjąć inicjatywę dowodową w celu wyjaśnienia określonych elementów sprawy, które nie zostały należycie rozważone w pierwszej instancji.

Z tego też powodu, zmiany modelu postępowania w zakresie szeroko pojętego postępowania dowodowego, wprowadzone nowelizacją, wymagają niekiedy krytycznego komentarza, a czasem wręcz próby oceny motywów postępowania inicjującej te modyfikacje Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego. Czytelnik znajdzie w treści monografii niezwykle interesujące i wnikliwe wypowiedzi, dotyczące kształtu nowelizacji. Należy się cieszyć, że młodzi prawnicy parający się nauką nie tylko wyrazili swoje zainteresowanie tą materią, ale podzielili się też swymi spostrzeżeniami z Czytelnikami.

Teresa Gardocka, Dariusz Jagiello

CZĘŚĆ I

Kierunek nowelizacji
prawa dowodowego
i jego ocena

1

Postępowanie dowodowe w procedurze karnej i cywilnej. Różnice konieczne i niekonieczne

DR HAB. TERESA GARDOCKA, PROF. SWPS
Szkoła Wyższa Psychologii Społecznej

DR ŁUKASZ MAJEWSKI
Szkoła Wyższa Psychologii Społecznej

Przepisy regulujące procedury sądowe (karną i cywilną) są wprowadzane prawem formalnym, mają jednak istotne związki z odpowiednim prawem materialnym, usprawiedliwiające wiele istniejących między nimi różnic. Wiele – ale nie wszystkie. Różnice powinny wynikać z faktu, że procedura cywilna odnosi się do prawa prywatnego, zaś karna do publicznego. Procedury sądowe regulowane są odrębnymi aktami prawnymi, karna – kodeksem postępowania karnego z 1997 roku¹, zaś cywilna – kodeksem postępowania cywilnego z 1964 roku², i w polskiej tradycji było tak zawsze. Z istoty swej prawo prywatne oparte jest na innych niż publiczne podstawowych zasadach, również procesowych. Zasady te determinują wiele konkretnych rozwiązań prawnych, a przynajmniej tak być powinno. Powinno również być tak, że zapisane w ustawie podstawowe zasady kształtują model postępowania, to jest przepisy szczegółowe są z nimi zgodne.

W przypadku procedury karnej stanęliśmy ostatnio przed faktem dokonania poważnej zmiany jej kształtu. Ustawodawca, przyjmując inne niż dotychczas regulacje poszczególnych instytucji procesowych³, zmienił istotnie przebieg postępo-

¹ Dz. U. nr 89, poz. 555 ze zm.

² T. jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 101.

³ Por. przepisy zmieniające kodeks postępowania karnego – *ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw*, Dz. U. z 2013 r., poz. 1247 oraz przepisy będące obecnie na końcowym etapie procesu legislacyjnego, Druk sejmowy nr 2393.

wania, nie zmieniając w zasadzie zapisanych we wstępnej części k.p.k. zasad procesowych. Uważamy to nie tylko za błąd legislacyjny, a wręcz za brak uczciwości pracodawcy. Nie jest do przyjęcia sytuacja, w której regulacje istotnych instytucji procesu karnego pozostają w rażącej sprzeczności z zadeklarowanymi w ustawie procesowej podstawowymi zasadami.

I tak, jedną z podstawowych zasad postępowania karnego jest zapisana w art. 2 § 2 k.p.k. zasada prawdy materialnej. Od razu należy zwrócić uwagę, że zasada ta nie jest już zapisana w kodeksie postępowania cywilnego⁴. Z faktu, że w k.p.k. istnieje zapis o zasadzie prawdy materialnej, musi wynikać stworzenie w ustawie możliwości ustalenia rzeczywistego przebiegu inkryminowanego zdarzenia. Na etapie postępowania sądowego jest to przede wszystkim możliwość działania sądu z urzędu celem ustalenia jak naprawdę zdarzenie przebiegało, ważna przede wszystkim wtedy, gdy strony procesowe nie wykazują dostatecznej inicjatywy w tym kierunku. I jest ona, a jakże, zapisana w art. 9 k.p.k. w identycznej postaci jak przed ostatnimi zmianami ustawy. Jednakże szczegółowe rozwiązania wprowadzone ustawą nowelizującą⁵, która wchodzi w życie z dniem 1 lipca 2015 roku i kolejnymi do niej zmianami⁶, w rzeczywistości uniemożliwiają skuteczne działanie sądu z urzędu w sferze dowodowej. Przesądza to przede wszystkim nowy art. 167 k.p.k., który działanie sądu z urzędu dopuszcza absolutnie wyjątkowo⁷.

Prawo karne jest prawem publicznym, słusznie więc ściganie karne oparte jest o zasadę legalizmu ścigania (art. 10 k.p.k.), zobowiązującą państwo do podejmo-

⁴ Zmiana przepisów k.p.c. w tym zakresie została dokonana ustawą z dnia 1 marca 1996 r. o zmianie Kodeksu postępowania cywilnego, rozporządzeń Prezydenta Rzeczypospolitej – Prawo upadłościowe i Prawo o postępowaniu układowym, Kodeksu postępowania administracyjnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 43, poz. 189), na mocy której wykreślono § 2 art. 3 k.p.c. o treści *Sąd powinien dążyć do wszechstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy i do wyjaśnienia rzeczywistej treści stosunków faktycznych i prawnych. Sąd z urzędu może podejmować czynności dopuszczalne według stanu sprawy, jakie uzna za potrzebne do uzupełnienia materiału i dowodów przedstawionych przez strony i uczestników postępowania.*

⁵ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2013 r., poz. 1247.

⁶ Ustawa z dnia 10 października 2014 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2014 r., poz. 1556; Ustawa z dnia 7 listopada 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2014 r., poz. 1778.

⁷ Art. 167 k.p.k. otrzymać ma następujące brzmienie:

§ 1 W postępowaniu przed sądem, które zostało wszczęte z inicjatywy strony, dowody przeprowadzane są przez strony po ich dopuszczeniu przez prezesa sądu, przewodniczącego lub sąd. W razie niestawiennictwa strony, na której wniosek dowód został dopuszczony, a także w wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, dowód przeprowadza sąd w granicach tezy dowodowej. W wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, sąd może dopuścić i przeprowadzić dowód z urzędu.

wania ścigania karnego zawsze, gdy mamy do czynienia z przestępstwem ściganym z urzędu. Oczywiście, w prawie cywilnym (prywatnym) ingerencja sądu w stosunki prawnocywilne ma miejsce tylko z inicjatywy strony. Pozornie, rozwiązanie każdej z procedur odpowiada specyficie prawa materialnego. Niestety, tylko pozornie.

Analiza szczegółowych rozwiązań obu kodeksów prowadzi do wniosku że, po ostatecznej nowelizacji procedury karnej, możliwość rezygnacji ze ścigania karnego po wniesieniu oskarżenia publicznego będzie znacznie łatwiejsza niż rezygnacja z rozpoznania przez sąd wszczętej już sprawy cywilnej.

Rezygnacja z prowadzenia sprawy cywilnej może mieć miejsce w dwóch różnych momentach. Pierwszym jest cofnięcie pozwu (art. 203 k.p.c.), dopuszczalne bez zgody pozwanego aż do rozpoczęcia rozprawy, a jeżeli następuje wraz ze zrzeczeniem się roszczenia – do wydania wyroku. Za zgodą pozwanego cofnięcie pozwu możliwe jest w każdym stadium sprawy. Sąd ma jednak zapewnioną kontrolę nad cofnięciem pozwu, może mianowicie uznać je za niedopuszczalne, gdy okoliczności sprawy wskazują, że jest ono sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierzają do obejścia prawa. To samo dotyczy zrzeczenia się lub ograniczenia roszczenia (art. 203 § 4 k.p.c.). Wyjątkowość regulacji potwierdza użycie w przepisie zwrotu „tylko wtedy, gdy...”.

Analogiczne uprawnienie ma sąd w sytuacji uznania powództwa. Sąd jest w zasadzie związany uznaniem powództwa, chyba że uznanie jest sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierza do obejścia prawa (art. 213 § 2 k.p.c.). W tych wyjątkowych sytuacjach, gdy sąd nie dopuszcza do cofnięcia pozwu lub do jego uznania, sprawa cywilna (prywatna) toczy się właściwie z urzędu, jest kontynuowana decyzją sądu.

Podobnie jest w procesie karnym. Obowiązująca zasada skargowości (art. 14 k.p.k.) uzależnia wszczęcie postępowania sądowego w sprawie karnej od wniesienia oskarżenia przez uprawniony podmiot. Oskarżyciel może jednak odstąpić od wniesionego już oskarżenia. Odstąpienie takie nie wiąże sądu i nie jest to regulacja wyjątkowa. Sąd może zawsze kontynuować rozpoznawanie sprawy i wydać wyrok, nie ma obowiązku uzasadniać takiej decyzji. To jednak ulega skutkiem nowelizacji zmianie. Znowelizowany przepis art. 14 § 2 k.p.k. używa zwrotu „oskarżyciel publiczny może cofnąć akt oskarżenia” i dopuszcza takie cofnięcie do czasu rozpoczęcia przewodu sądowego na pierwszej rozprawie głównej. Później (w czasie trwania przewodu sądowego) cofnięcie aktu oskarżenia będzie możliwe tylko za

§ 2. *W innym postępowaniu przed sądem niż wymienione w § 1 oraz w postępowaniu przygotowawczym dowody przeprowadzane są przez organ procesowy prowadzący postępowanie. Nie wyłącza to prawa do zgłoszenia wniosku dowodowego przez stronę.*

zgodą oskarżonego. Cofnięcie będzie miało skutek rzeczy osądzonej, uniemożliwi późniejsze wniesienie aktu oskarżenia przeciwko tej samej osobie o ten sam czyn.

Oznacza to wprowadzenie dysponowania aktem oskarżenia przez oskarżyciela publicznego (prokuratora) i pozbawienie sądu karnego wpływu na bieg sprawy karnej. Ustawa procesowa w nowym kształcie nie przewiduje możliwości, by sąd karny mógł kontynuować sprawę karną po cofnięciu skargi.

Tak więc powód nie w pełni dysponuje pozwem w sprawie prywatnej, ze względu na treść art. 203 § 4 i 212 k.p.c.), zaś sąd karny w sprawie publicznej i mimo istnienia w prawie karnym procesowym zasady legalizmu ścigania (art. 10 k.p.k.) zostanie pozbawiony jakiegokolwiek wpływu na kontynuowanie procesu karnego, w którym cofnięto akt oskarżenia.

Umorzenie postępowania karnego na etapie przygotowawczym daje możliwość zaskarżenia decyzji prokuratora do sądu i jest to uważane za podstawową gwarancję realizacji zasady legalizmu ścigania. Sąd, umarzając postępowanie sądowe po cofnięciu aktu oskarżenia, dopuszczonym przez nowy art. 14 § 2 k.p.k., jako podstawę umorzenia postępowania powoła art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. (brak skargi uprawnionego oskarżyciela). Będzie to niewątpliwie postanowienie zamykające drogę do wydania wyroku, zatem na podstawie art. 459 § 1 k.p.k. postanowienie zaskarżalne. Sąd rozpoznający zażalenie nie będzie miał jednak żadnej realnej możliwości uchylecia tego postanowienia z powodów merytorycznych, bowiem kodeks nie przewiduje, w przeciwieństwie do k.p.c., żadnych podstaw zakwestionowania decyzji prokuratora o cofnięciu aktu oskarżenia. Możliwość cofnięcia jest nieograniczona. Nie ma nawet ograniczeń wyjątkowych. Tak więc sąd, stwierdziwszy prawidłowość formalną cofnięcia aktu oskarżenia, musi utrzymać w mocy umorzenie postępowania.

Taka różnica między procedurą odnoszącą się do spraw prywatnych (k.p.c.) i tą odnoszącą się do spraw publicznych (k.p.k.) jest niczym nie usprawiedliwiona i nawet mogłaby wydać się zabawna, gdyby nie to, że stanowi faktyczną rezygnację z zapisanej w prawie zasady legalizmu ścigania, mimo pozostawienia samego zapisu dotyczącego zasady. Cóż mógłby kontrolować sąd w trybie zażalenia na postanowienie sądu o umorzeniu postępowania w związku z cofnięciem aktu oskarżenia? Tylko to, czy cofnięcie miało miejsce w odpowiednim momencie, a po tym momencie, czy jest zgoda oskarżonego oraz czy cofnięcia dokonała osoba uprawniona. Kontrola będzie więc czysto formalna.

Mamy zatem w procesie karnym (publicznym) pełną możliwość dysponowania skargą (aktem oskarżenia), a w procesie cywilnym (prywatnym) ograniczoną możliwość dysponowania pozwem. Czy ma to jakikolwiek sens w tym samym systemie prawnym?

Warto rozważyć następnie kwestię kontrydiktoryjności postępowania dowodowego w jednej i drugiej procedurze. W postępowaniu cywilnym deklaruje się pełną

kontradyktoryjność, dopuszcza się jednak wyraźnie odstępstwa. I tak, wprawdzie ciężar dowodu obciąża strony, jednakże sądowi pozwala się również dopuścić dowód nie wskazany przez stronę (art. 232 k.p.k.). Sąd może dopuścić na postawie tego przepisu każdy dowód, który uzna za potrzebny dla wyjaśnienia sprawy.

Kodeks postępowania karnego nadal deklaruje jako zasadę możliwość działania sądu z urzędu, stanowiąc w art. 9, iż organy procesowe prowadzą postępowanie i dokonują czynności z urzędu, chyba że ustawa uzależnia je od wniosku określonej osoby, instytucji lub organu albo od zezwolenia władzy. Po takiej deklaracji, zachowanej w przepisach wstępnych, nowelizacja wprowadziła nową treść art. 167, a mianowicie: § 1, stanowiący że w postępowaniu przed sądem, które zostało wszczęte z inicjatywy strony, dowody przeprowadzane są przez strony po ich dopuszczeniu przez przewodniczącego lub sąd. W razie niestawiennictwa strony, na której wniosek dowód został dopuszczony, a także w wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, dowód przeprowadza sąd w granicach tezy dowodowej. W wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, sąd może dopuścić i przeprowadzić dowód z urzędu.

Podwójne zastrzeżenie wyjątkowości sytuacji, uzasadnionej szczególnymi okolicznościami wskazuje wyraźnie na intencję ustawodawcy, by proces karny uczynić niemal w pełni kontradyktoryjnym. Próba pełnego przeniesienia ciężaru dowodu na prokuratora (oskarżyciela publicznego) miała już miejsce wcześniej. Ustawą z dnia 10 stycznia 2003⁸ dokonano zmiany art. 397 k.p.k.⁹ Jego dotychczasowa z punktu widzenia kontradyktoryjności neutralna treść¹⁰ została zastąpiona przepisem istotnym z punktu widzenia ciężaru dowodu. Nowe brzmienie art. 397, szczególnie jego paragrafu 4, było pierwszą w k.p.k. próbą przesunięcia ciężaru z pojęcia braku winy na jej nieudowodnienie. Paragraf ten uzyskał brzmienie: „Jeżeli oskarżyciel publiczny, w wyznaczonym terminie nie przedstawi stosownych dowodów, sąd rozstrzyga na korzyść oskarżonego wątpliwości wynikające z nieprzeprowadzenia tych dowodów”. I, chociaż przepis w żadnym miejscu nie wskazuje, że chodzi o dowody obciążające, to brak dowodów przemawiających za niewinnością oskarżonego jest rozstrzygany przez zasadę domniemania niewin-

⁸ Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych, Dz. U. nr 111, poz. 1061.

⁹ Przepis ten został uchylony ustawą nowelizującą z dnia 27 września 2013, Dz. U. z 2013 r., poz. 1247. Przeszedł być potrzebny, bowiem w nowej koncepcji procesu karnego ciężar dowodu w pełni ma obciążać oskarżyciela we wszystkich sytuacjach.

¹⁰ Por. art. 397 § 1 k.p.k. „Sąd może zwrócić sprawę prokuratorowi do uzupełnienia postępowania przygotowawczego jedynie wtedy, gdy istotne braki tego postępowania ujawnią się dopiero w toku rozprawy, a ich usunięcie przez sąd uniemożliwiłoby wydanie prawidłowego orzeczenia w rozsądnym terminie”.

ności (art. 5 k.p.k.) i nigdy nie pojawia się potrzeba zwracania w takiej sytuacji sprawy prokuratorowi do uzupełnienia braków postępowania przygotowawczego. Nie są nam znane przypadki spraw sądowych, w których uniewinnienie nastąpiło w oparciu o art. 397 § 4 k.p.k. Taka pełna kontradykcyjność jest nie tylko odległa od polskiej tradycji procesu karnego, ale również nie jest do pogodzenia z jego publicznoprawnym charakterem i ze wstępną deklaracją działania sądu z urzędu, zawartą w art. 9 k.p.k. Wydaje się także nie do pogodzenia z interesem społecznym, by nie uzależniać wprost skazania lub uniewinnienia od sprawności prawników, występujących po obu stronach. I nie chodzi tylko o zwiększenie liczby wyroków uniewinniających z powodu braku lub niedostatecznej aktywności prokuratora¹¹. Chodzi o realizację celu procesu karnego, zapisanego w części wstępnej k.p.k., w art. 2, który został zmieniony ustawą nowelizującą. Warto przypomnieć ten zapis: § 1. Przepisy niniejszego kodeksu mają na celu takie ukształtowanie postępowania karnego, aby: 1) sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba, której nie udowodniono winy, nie poniosła tej odpowiedzialności.

Ustawa nowelizująca zmieniała zapis materialny „osoba niewinna” na formalny „osoba, której nie udowodniono winy”. Obecny zapis materialny ma także w pewnej mierze charakter formalny, bowiem w innym przepisie kodeks określa, kogo uważa się za niewinnego (art. 5 § 1 k.p.k.), mianowicie tego, komu nie udowodniono winy. Zapis zasady domniemania niewinności nie odnosi się do sposobu dowodzenia ani do tego, kto jest do dowodzenia zobowiązany czy uprawniony. Rzecz w tym, że przepisy k.p.k., po nowelizacji, znacznie utrudniają ustalenie winy bez aktywności oskarżyciela. Przypominamy, że wciąż chodzi o proces dotyczący prawa publicznego.

Jak uzasadnić, że w tym samym państwowym porządku prawnym w procesie cywilnym sąd ma większe możliwości dochodzenia z własnej inicjatywy do ustalenia prawdziwego stanu sprawy niż w procesie karnym? Nikt z legislatorów nie próbuje tego uzasadniać. Nie wiemy, z braku wiedzy, czy z braku przyzwoitości. Skłaniałibyśmy się ku temu drugiemu. Nowy kształt procedury karnej zdeterminowany został dążeniem do przyspieszenia postępowania za każdą cenę, także za cenę ustalenia, co się naprawdę zdarzyło i czego wymaga sprawiedliwość jako wartość społecznie istotna.

Między procedurami istnieją również inne, zapewne mniej zasadnicze, różnice. Warto porównać te same instytucje w zakresie ich szczegółowych uregulowań

¹¹ M. Królikowski, *Nowy proces to wyzwanie dla oskarżyciela*, „Rzeczpospolita” 13.10.2014 r.

prawnych. Pierwszą, na którą chcę zwrócić uwagę, jest wyłączenie sędziego¹². Obie procedury sądowe regulują tę instytucję inaczej co do sędziego niezdolnego do sądenia, inaczej co do sędziego podejrzanego o stronniczość. Instytucja zupełnie taka sama, o identycznych celach procesowych, jest jednak uregulowana nieco odmiennie i warto przyrzeć się, czy inaczej sformułowane przepisy oznaczają to samo czy niezupełnie to samo.

Wyłączenie sędziego z mocy ustawy ma ściśle określone podstawy, a ich sformułowanie zależy od rodzaju procedury, co jest zupełnie oczywiste. Procedura cywilna nie przewiduje bezwzględnej podstawy wyłączenia w sytuacji, gdy sędzia był świadkiem czynu (zdarzenia), które jest przedmiotem rozpoznania. Zapewne to brak w regulacji, bo nie sposób wyobrazić sobie, żeby sędzia rozstrzygał w sprawie, której był świadkiem, nawet, gdy chodzi o sprawę cywilną. Warto zwrócić także uwagę na różnicę sformułowań dotyczącą pokrewieństwa i powinowactwa. Kodeks postępowania cywilnego w art. 48 § 1 ust. 2 zawiera określenie „krotnych lub powinowatych w linii prostej, krotnych bocznych do czwartego stopnia i powinowatych bocznych do drugiego stopnia”, zaś kodeks postępowania karnego w art. 40 § 1 punkt 3 stanowi „jest krotnym lub powinowatym w linii prostej, a w linii bocznej aż do stopnia pomiędzy dziećmi rodzeństwa”.

Krotni boczni do czwartego stopnia to krotni do stopnia pomiędzy dziećmi rodzeństwa, więc regulacja cywilna i karna, mimo różnych sformułowań jest identyczna. Powinowactwo aż do stopnia pomiędzy dziećmi rodzeństwa, jak określa to k.p.k. oznacza, że sędziemu nie wolno sądzić sprawy, w której którakolwiek ze stron byłaby małżonkiem ciotecznego lub stryjecznego rodzeństwa sędziego lub byłby w niej stroną małżonek bratanka lub siostrzenicy sędziego. W prawie procesowym cywilnym powinowatym bocznym do drugiego stopnia jest dla sędziego małżonek jego brata lub siostry albo małżonek brata lub siostry małżonka sędziego. Okazuje się, że krąg wyłączeń nie jest identyczny, a i sformułowania (zapewne ze względów historycznych) odmiennie. Sformułowanie dotyczące podejrzenia o stronniczość jest w obu procedurach identyczne. Natomiast odmienna jest procedura. W postępowaniu karnym wyłączenie sędziego niezdolnego do sądenia następuje skutkiem oświadczenia sędziego (art. 42 § 2 k.p.k.), w postępowaniu cywilnym, niezależnie od podstawy wyłączenia sędziego (niezdolny czy podejrza-ny o stronniczość), zawsze sprawa rozpatrywana jest przez sąd w składzie trzech

¹² O instytucji wyłączenia sędziego w procesie karnym patrz: W. Jasiński, *Tryb wyłączenia sędziego*, [w:] *Bezstronność sądu i jej gwarancje w polskim procesie karnym*, Wolters Kluwer 2009, w procesie cywilnym patrz T. Wiśniewski, *Podstawy wyłączenia sędziego z mocy ustawy i na podstawie orzeczenia sądu*, [w:] *Przebieg procesu cywilnego*, LEX 2013.

sędziów (art. 52 ust. 2 k.p.c.)¹³. Różnica procedury nie wydaje się uzasadniona i powinno się zmierzać do jednolitego uregulowania tej kwestii. Słuszne wydaje się przy tym uregulowanie procedury karnej, w której nie wymaga się żadnego orzeczenia sądowego w kwestii wyłączenia sędziego niezdolnego do sądenia następującego skutkiem oświadczenia samego sędziego. Oświadczenie sędziego, mijające się z prawdą, byłoby oczywiście występkiem dyscyplinarnym i nie wydaje się potrzebne sprawdzanie tych okoliczności przez skład sądujący, podobnie jak niezłożenie przez sędziego oświadczenia przy istnieniu, i świadomości sędziego co do ich istnienia, przesłanek niezdolności do sądenia konkretnej sprawy byłoby również po stronie sędziego występkiem dyscyplinarnym.

Warto rozważyć również istniejące w każdej z procedur zakazy dowodowe, szczególnie dotyczące świadków. Pierwszą kwestią jest prawo odmowy zeznań przez osobę będącą w bliskim stosunku rodzinnym. W prawie procesowym karnym chodzi o stosunek rodzinny z oskarżonym i prawo określa ten stosunek jako „osoba najbliższa dla oskarżonego” (art. 182 k.p.k.). Przepis zawiera dwa pojęcia prawne. Pierwsze – oskarżony – oznacza także podejrzanego, czyli osobę, której przedstawiono zarzuty (art. 71 § 3 k.p.k.), drugie – osoba najbliższa – jest przedmiotem definicji ustawowej, zawartej w art. 115 § 11 k.k. Kodeks postępowania cywilnego określa szczegółowo krąg osób, które mają prawo odmowy zeznań. Chodzi o te które w stosunku do stron procesowych są ich małżonkami, wstępnymi, zstępными, rodzeństwem oraz powinowatymi w tej samej linii lub stopniu, oraz osób pozostających ze stronami w stosunku przysposobienia¹⁴.

Gdy zestawia się przepisy obu procedur widać następujące różnice. Krąg osób uprawnionych do odmowy zeznań w postępowaniu karnym jest szerszy o następujące kategorie: małżonka przysposobionego oraz osobę pozostającą we wspólnym pożyciu. I znowu trudno wskazać uzasadnienie dla takiej różnicy. A jeżeli nie sposób wskazać uzasadnienia, powinno się dążyć do uregulowania jednolitego.

Wreszcie kwestia możliwości przesłuchiwania jako świadka duchownego co do okoliczności, o których dowiedział się podczas spowiedzi od penitenta. Obie procedury znają taki zakaz.

W postępowaniu karnym jest to bezwzględny zakaz dowodowy¹⁵, skierowany do sądu lub prokuratora. Odpowiednie sformułowanie to: „Nie wolno przesłu-

¹³ Patrz: T. Żyźnowski, *Komentarz do art. 52 Kodeksu postępowania cywilnego*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Tom I. Artykuły 1–366, LEX 2013.

¹⁴ O odmowie zeznań przez osoby najbliższe w procesie karnym patrz np. M. Jachimowicz, *Prawo do odmowy składania zeznań przez osobę najbliższą*, „Prokurator” 2007, nr 1, s. 69–78.

¹⁵ Patrz na ten temat: M. Tomkiewicz, „Tajemnica spowiedzi” i „tajemnica duszpasterska” w procesie karnym, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 2, s. 50–64; M. Jurzyk, *Ochrona spowiedzi w postępowaniu dowodowym a prawa penitenta i duchownego*, „Radca Prawny” 2004, nr 2, s. 67.

chiwać jako świadków (...) duchownego co do faktów, o których dowiedział się przy spowiedzi” (art. 178 k.p.k.). W kodeksie postępowania cywilnego zakaz nie ma charakteru bezwzględny. Art. 261 § 2 k.p.c. pozwala duchownemu odmówić zeznań co do faktów powierzonych mu na spowiedzi. Jest to więc zakaz dowodowy względny, zależny od woli świadka – duchownego.

Warto zwrócić uwagę, że po stronie duchownego obowiązek zachowania tajemnicy spowiedzi jest bezwzględny w każdych okolicznościach i wprost wynika z Kodeksu prawa kanonicznego (kan. 983 § 1 *Tajemnica sakramentalna jest nienaruszalna; dlatego nie wolno spowiednikowi słowami lub w jakikolwiek inny sposób i dla jakiegokolwiek przyczyny w czymkolwiek zdradzać penitenta*)¹⁶.

W postępowaniu karnym bezwzględny charakter zakazu tłumaczy się poszanowaniem prawa oskarżonego do posiadania powiernika – duchownego, któremu może swobodnie wyznać grzechy, bez obawy, że je ujawni sądowi, przyczyniając się do jego skazania lub uniewinnienia. Dlaczego w postępowaniu cywilnym zakaz ma charakter względny, trudno dociec powodu takiej różnicy, ale z pewnością nie jest ona uzasadniona. Szczególnie, że ujawnienie pewnych tajemnic osoby, powierzonych podczas spowiedzi tajnej duchownemu, ma niewątpliwie mniejsze znaczenie społeczne niż ich ujawnienie w sprawie dotyczącej kwestii cywilnoprawnej. Warto też podkreślić, że bezwzględny zakaz dowodowy dotyczący tajemnicy spowiedzi nie został w procesie karnym ustanowiony ze względu na ochronę interesu oskarżonego, to jest celem ułatwienia mu uniknięcia odpowiedzialności karnej¹⁷.

Nie stawiamy zasadniczego postulatu ujednolicenia, a nawet zbliżenia procedur sądowych, wiele różnic między nimi jest uzasadnione odrębnością stosunków materialnoprawnych, których dotyczą sprawy sądowe. Wskazane powyżej różnice nie wydają się jednak mieć uzasadnienia i zapewne od takich trzeba by zacząć zmiany zmierzające do upodobnienia procedur.

Bibliografia

- Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Tom I art. 1–467. Komentarz do art. 178, LEX 2014.
- Jachimowicz M., *Prawo do odmowy składania zeznań przez osobę najbliższą*, „Prokurator” 2007, nr 1, s. 69–78.
- Jasiński W., *Tryb wyłączenia sędziego*, [w:] *Bezstronność sądu i jej gwarancje w polskim procesie karnym*, Wolters Kluwer 2009.

¹⁶ *Codex Iuris Canonici*, Pallotinum 1983.

¹⁷ Por. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Tom I, art. 1–467. Komentarz do art. 178, LEX 2014.

- Jurzyk M., *Ochrona spowiedzi w postępowaniu dowodowym a prawa penitenta i duchownego*, „Radca Prawny” 2004, nr 2, s. 67.
- Tomkiewicz M., „Tajemnica spowiedzi” i „tajemnica duszpasterska” w procesie karnym, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 2, s. 50–64.
- Wiśniewski T., *Podstawy wyłączenia sędziego z mocy ustawy i na podstawie orzeczenia sądu*, [w:] *Przebieg procesu cywilnego*, LEX 2013.
- Żyznowski T., *Komentarz do art. 52 Kodeksu postępowania cywilnego*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Tom I. Artykuły 1–366, LEX 2013.

2

Dowód uzyskany za pomocą czynu zabronionego

PROF. DR HAB. RYSZARD A. STEFAŃSKI
Uczelnia Łazarskiego

I. Wprowadzenie

W polskim procesie karnym, mimo istnienia kilku zakazów dowodowych¹, nie występował dotychczas zakaz wykorzystania dowodu uzyskanego z naruszeniem ustawy. Nie przewidywały go zarówno kodeksy postępowania karnego z 1928 r. i 1969 r., jak i w pierwotnej wersji kodeks postępowania karnego z 1997 r. Zmienia się to od dnia 1 lipca 2015 r. kiedy wchodzi w życie art. 168a k.p.k. wprowadzony ustawą z dnia 27 września 2013 r. *o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw*². Przepis ten stanowi, że niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k. Przepis ten jeszcze nie zaczął obowiązywać, a już jest krytykowany jako mało precyzyjny i zbyt wąski³ oraz zawierający mankamenty⁴, co skłania do przeanalizowania zawartych w nim warunków uznania dowodu za niedopuszczalny.

¹ Zob. Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Katowice 2001; idem, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Zakamycze 2005.

² Dz. U. z 2013 r., poz. 1247.

³ D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 368.

⁴ A. Bojańczyk, *Jaki jest zakres nowego zakazu dowodowego obejmującego dowody uzyskane za pomocą czynu zabronionego?*, „Palestra” 2014, Nr 10, s. 102–106.

II. Dowód uzyskany za pomocą czynu zabronionego

Art. 168a k.p.k. przewiduje trzy zakazy: 1) zakaz uzyskania dowodu do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k., który istniał dotychczas, z tym że wynikał z przepisów prawa karnego materialnego, a obecnie zyskał także rangę procesową; 2) zakaz przeprowadzenia takiego dowodu; 3) zakaz jego wykorzystania.

1. Pojęcie dowodu

Skoro w art. 168a k.p.k. chodzi o zakaz uzyskania, przeprowadzenia dowodu istotne jest określenie znaczenia tego pojęcia, zwłaszcza, że nazwa „dowód” w kodeksie postępowania karnego występuje w różnym znaczeniu, zależnym od kontekstu, w jakim zostało ono użyte⁵. W literaturze „dowód” najczęściej jest rozumiany jako: 1) źródło dowodowe, będące nośnikiem informacji służących ustalaniu faktów w procesie karnym, którym jest osoba lub rzecz, dostarczająca lub mogąca dostarczyć informacji związanych z ustaleniem podstaw decyzji procesowych; 2) środek dowodowy, obejmujący informacje uzyskiwane ze źródła dowodowego w związku z ustalaniem faktów w procesie karnym; 3) fakt dowodowy, tj. fakt stanowiący w procesie przedmiot dowodzenia; 4) postępowanie dowodowe⁶.

Źródłami dowodowymi są oskarżony (podejrzany) świadek, biegły, dokument, rzecz, a środkami dowodowymi odpowiednio wyjaśnienie, zeznanie, opinia biegłego, właściwości lub treść dokumentu oraz właściwości rzeczy. W doktrynie wskazuje się, że centralnym pojęciem w teorii dowodów jest pojęcie środka do-

⁵ S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym*, Warszawa 1948, s. 574–577; M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, Warszawa 1955, s. 37–38; P. Horoszowski, *Nazwa i pojęcie dowodu w teorii i praktyce prawa sądowego*, „Państwo i Prawo” 1965, nr 10, s. 598; M. Lipczyńska, *Polski proces karny. Zagadnienia ogólne*, t. I, Warszawa 1986, s. 157; A. Kordik, F. Prusak, Z. Świada, *Prawo karne procesowe. Część ogólna*, Wrocław–Szczecin 1994, s. 123; T. Grzegorzczak, *Dowody w procesie karnym*, Warszawa 1998, s. 3; A. Gaberle, *Dowody w sądowym procesie karnym*, Kraków 2007, s. 38–39; S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 341; K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2008, s. 286.

⁶ A. Gaberle, *Leksykon polskiej procedury karniej*, Gdańsk 2004, s. 47–48; S. Kalinowski, *Polski proces karny*, Warszawa 1971, s. 280; M. Lipczyńska, *Polski...*, op. cit., s. 157–158; A. Kordik, F. Prusak, Z. Świada, *Prawo...*, op. cit., s. 123–124; T. Grzegorzczak, *Dowody...*, op. cit., s. 4; idem [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009, s. 428; K. Marszał, *Proces karny...*, op. cit., s. 286–287; R. Ponikowski [w:] Z. Świada, R. Ponikowski, W. Posnow, *Postępowanie karne. Część ogólna*, Z. Świada (red.), Warszawa 2008, s. 262–263; M. Klejnowska [w:] G. Artymiak, M. Klejnowska, Cz.P. Klak, M. Rogalski, Z. Sobolewski, P.K. Sowiński, *Proces karny. Część ogólna*, G. Artymiak, M. Rogalski (red.), Warszawa 2012, s. 317.

wodowego⁷ albo w rozważaniach operuje się pojęciem dowód w znaczeniu środka dowodowego⁸.

W art. 168a k.p.k. pojęcie to jest powiązane z rzeczownikami odsłownymi „przeprowadzenie i wykorzystanie” oraz z imiesłowem przymiotnikowym – „uzyskany”. Jest to wskazówka interpretacyjna, nakazująca nadać mu treść adekwatną do tych sformułowań. Ich znaczenie – o czym mowa niżej – wskazuje, że uzyskać można zarówno źródło dowodowe, np. dokument, jak i środek dowodowy, np. zeznania świadka. Podobnie jest z przeprowadzeniem i wykorzystaniem dowodu. Co do znaczenia dowodu w kontekście jego przeprowadzenia, w doktrynie wystąpiła rozbieżność, gdyż twierdzi się, że dla przeprowadzenia dowodu konieczne jest dysponowanie przez organ procesowy nie tylko źródłem dowodowym, ale i środkiem dowodowym⁹, jak też prezentowane jest zdanie, że polega ono na uzyskaniu informacji, tj. środków dowodowych ze źródeł dowodowych¹⁰. Wydaje się, że w zależności od rodzaju źródła dowodowego w grę może wchodzić źródło dowodowe lub środek dowodowy.

2. Uzyskanie dowodu

Próbę wyjaśnienia znaczenia zwrotu „uzyskanie dowodu” trzeba rozpocząć od ustalenia językowego znaczenia słowa „uzyskanie”. Jest nim „otrzymanie tego, co było przedmiotem starań, zabiegów”¹¹, a wyraz „uzyskiwać” oznacza „dostawać coś, o co się starało, osiągnąć, zdobywać, otrzymywać, pozyskiwać”¹². Po uwzględnieniu tego znaczenia językowego nasuwa się wniosek, że uzyskanie dowodu jest równoznaczne z otrzymaniem, pozyskaniem, zdobyciem dowodu, z wejściem w jego posiadanie. By pojąć określony dowód, niezbędne jest jego wykrycie, zebranie i zabezpieczenie przed utratą, zniekształceniem lub zniszczeniem. W związku z tym, w zakres uzyskania dowodów wchodzi poszukiwanie i ujawnianie dowodów oraz ich zabezpieczenie. Chodzi zatem o czynności poprzedzające wprowadzenie dowodów do procesu¹³.

⁷ M. Cieślak, *Postępowanie karne. Zarys instytucji*, Warszawa 1982, s. 56.

⁸ S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces...*, op. cit., s. 342.

⁹ R. Kmiecik [w:] R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 2006, s. 347.

¹⁰ A. Gaberle, *Leksykon...*, op. cit., s. 236.

¹¹ *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, H. Zgólkowa (red.), t. 44, Poznań 2003, s. 411.

¹² *Nowy słownik języka polskiego*, B. Dunaj (red.), Wilga 2007, s. 758.

¹³ Zob. K. Woźniewski, *Inicjatywa dowodowa w polskim prawie karnym procesowym*, Gdynia 2001, s. 14.

III. Przeprowadzenie dowodu

Z punktu widzenia językowego słowo „przeprowadzenie” oznacza „doprowadzenie czegoś do zakończenia, osiągnięcie celu”¹⁴ a wyraz doprowadzić – „osiągnąć cel w jakimś działaniu, dokonywać czegoś, urzeczywistnić coś, doprowadzać coś do zakończenia”¹⁵. W kontekście językowym przeprowadzenie dowodu należy rozumieć jako działanie zmierzające do uzyskania informacji o określonych faktach, zawartych w źródle dowodowym.

W doktrynie przyjmuje się, że przeprowadzenie dowodu oznacza sposób wykorzystania dowodu przez zetknięcie się z nim organu dowodzącego, jest czynnością procesową, której celem jest postrzeganie dowodu, np. polegającą na przesłuchaniu świadka, dokonaniu oględzin¹⁶ lub określony przez prawo sposób uzyskiwania informacji, tj. środków dowodowych ze źródeł dowodowych¹⁷. Wskazuje się, że chodzi o percepcję środków dowodowych, o ich przeniknięcie do świadomości organu procesowego, zapoznanie się przez organ procesowy w wymaganej przez ustawę formie z treścią środków dowodowych¹⁸. Jest procesem złożonym, w którym zabiegi myślowe splatają się z czynnościami natury faktycznej¹⁹. Uznaje się, że jest to czynność polegająca na szczególnym procesowo kwalifikowanym wprowadzeniu danego dowodu do podstawy dowodowej, której istota wiąże się z zapoznaniem się z dowodem przez organ procesowy i strony postępowania²⁰. Pojęcie to jest też rozumiane szeroko jako obejmujące odszukanie, zebranie, utrwalenie i przeprowadzenie (ujawnienie) dowodów w drodze sformalizowanej oraz ich swobodną ocenę²¹. To ostatnie określenie tego pojęcia jest zbyt szerokie i nie może być przetransferowane na grunt art. 168a k.p.k., w którym odróżnia się przeprowadzenie dowodu od jego uzyskania, a jak wyżej wykazano, w zakres tego ostatniego pojęcia wchodzi wykrycie, zebranie i utrwalenie dowodu.

¹⁴ *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, H. Zgólkowa (red.), t. 33, Poznań 2001, s. 428.

¹⁵ *Nowy słownik...*, op. cit., s. 545.

¹⁶ R. Kmiecik [w:] R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny...*, op. cit., s. 346; M. Klejnowska [w:] G. Artymiak, M. Klejnowska, Cz.P. Klak, M. Rogalski, Z. Sobolewski, P.K. Sowiński, *Proces karny...*, op. cit., s. 363; idem, M. Kleinowska, *Przeprowadzenie dowodów w procesie karnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego z 27 września 2013 r.*, [w:] *Postępowanie dowodowe w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, A. Lach (red.), Toruń 2014, s. 11.

¹⁷ A. Gaberle, *Leksykon...*, op. cit., s. 47.

¹⁸ M. Cieślak, *Postępowanie karne...*, op. cit., s. 57.

¹⁹ M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe...*, op. cit., s. 332.

²⁰ A. Bojańczyk, *Dowód prywatny w postępowaniu karnym w perspektywie prawnoporównawczej*, Warszawa 2011, s. 205; P. Kardas, *Pozaprocessowe czynności...*, op. cit., s. 127–128.

²¹ M. Kleinowska, *Przeprowadzenie dowodów...*, op. cit., s. 12.

Sposoby przeprowadzenia dowodów zależą od rodzaju środka dowodowego. Przeprowadzenie dowodu musi być dostosowane do rodzaju dowodu²². Może to być przesłuchanie oskarżonego (podejzranego), świadka, biegłego, odczytanie dokumentu, oględziny rzeczy lub miejsca zdarzenia. Dla przeprowadzenia niektórych dowodów wystarczające jest tylko źródło dowodowe, np. dla uzyskania zeznań konieczny jest świadek, a dla odtworzenia nagranej rozmowy nośnik, na którym została ona zarejestrowana. Wykorzystać zaś można tylko środek dowodowy, np. zeznania świadka.

Przeprowadzenie dowodu jest jednym z elementów postępowania dowodowego, którym są uregulowane prawnie czynności uczestników procesu zmierzające do wykrycia, wprowadzenia do procesu, przeprowadzenia lub oceny dowodów²³.

Art. 168a k.p.k., zakazując przeprowadzenia określonych w nim dowodów, nakłada na podmiot uprawniony do przeprowadzenia dowodu nakaz rezygnacji z tego dowodu, a na organ procesowy nakaz jego dopuszczenia. Realizacja ostatniego nakazu może natrafiać na trudności stwierdzenia na tym etapie, że dowód został uzyskany za pomocą czynu zabronionego.

IV. Wykorzystanie dowodu

Wykorzystanie dowodów polega na uwzględnieniu przeprowadzonych dowodów przy ustaleniu przebiegu zdarzenia będącego przedmiotem procesu, a w konsekwencji oparciu na nich rozstrzygnięcia. Chodzi o dowody, które organ procesowy ocenił pozytywnie²⁴. Za pośrednictwem środków dowodowych – jak słusznie uważa się w doktrynie – organ procesowy może dokonać całokształtu rozumowań zmierzających do ustalenia faktów²⁵.

Dowody uzyskane w warunkach określonych w art. 168a k.p.k. są dowodami nielegalnymi i jako niedopuszczalne nie mogą stanowić podstawy dowodowej rozstrzygnięcia²⁶. Trafnie wskazuje się w doktrynie, że organ procesowy przed przystąpieniem do oceny przeprowadzonych dowodów, eliminuje te, która uznaje za nielegalne. Dowód nielegalny – jak słusznie wskazuje się w literaturze – pozbawiony jest wartości i nie może być wykorzystany w procesie jako przemawiający zarówno na niekorzyść, jak i na korzyść oskarżonego, gdyż art. 168a k.p.k. nie czyni w tym

²² Ibidem.

²³ A. Gaberle, *Leksykon...*, op. cit., s. 184.

²⁴ K. Marszał, *Proces karny...*, op. cit., s. 328.

²⁵ R. Kmiecik [w:] R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny...*, op. cit., s. 347.

²⁶ A. Bajończyk, *Jaki jest zakres nowego zakazu...*, op. cit., s. 106.

zakresie żadnego rozróżnienia. Ponadto, nie sposób ustalić kierunku dowodu przez jego przeprowadzeniem lub kierunek dowodów może ujawnić się po jakimś czasie po porównaniu go z innymi dowodami²⁷.

V. Dowód uzyskany do celów postępowania karnego

W art. 168a k.p.k., chodzi o dowód uzyskany do celów postępowania karnego. Użyta w tym przepisie formuła jednoznacznie wiąże pod względem temporalnym istnienie tego celu z momentem uzyskania dowodu. Słusznie wskazuje się w doktrynie, że – zgodnie z regułą wykładni *lege non distinguente nec nostrum est distinguere* – jest niedopuszczalne przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu niezależnie od tego, czy został uzyskany przez podmiot prywatny za pomocą czynu zabronionego w momencie jego uzyskiwania, czy w następstwie popełnienia tegoż czynu przed organem procesowym w toku postępowania karnego²⁸.

Z zakresu tego przepisu wyłączone są dowody, które zostały uzyskane za pomocą czynu zabronionego w innym celu, a dopiero później zawnioskowane do przeprowadzenia w postępowaniu karnym. Ograniczenie zbędnie wprowadzono do analizowanego przepisu. Jest ono nieuzasadnione, gdyż niezależnie od tego, jaki cel przyświecał sprawcy w trakcie zdobywania za pomocą czynu zabronionego określonego dowodu, powinien być wyeliminowany z postępowania karnego i nie stanowić podstawy do ustalania podstawy rozstrzygnięcia organu procesowego. Ponadto nie współbrzmia z treścią art. 393 § 3 k.p.k., który dopuszcza odczytywanie na rozprawie wszelkich dokumentów prywatnych, powstałych poza postępowaniem karnym, w szczególności oświadczeń, publikacji, listów oraz notatek. Dokumentami tymi mogą być powstałe nie tylko dla celów postępowania karnego, ale także w innym celu, np. wykorzystania w postępowaniu administracyjnym. Prowadzi to do nierównego ich traktowania w zakresie przeprowadzenia i wykorzystania w postępowaniu karnym; dokumenty te sporządzone są za pomocą czynu zabronionego dla celów postępowania karnego mogą być dowodem w procesie karnym, a nie ma przeszkód by były nimi zdobyte w taki sposób dla innych celów.

²⁷ M. Warchoń, *Śledztwo obrońcy i nielegalne dowody – wybrane zagadnienia reformy procedury karnej*, [w:] *Prawo do obrony w postępowaniu penalnym. Wybrane aspekty*, Warszawa 2014, s. 55.

²⁸ Z. Kwiatkowski, *Zakaz wykorzystania dowodu w ujęciu art. 168a projektu zmian kodeksu postępowania karnego*, [w:] *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga Jubileuszowa Prof. J. Skupińskiego*, A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hary, J. Kosonoga, H. Kuczyńska (red.), Warszawa 2013, s. 489.

Chodzi o każdy rodzaju dowodu, niezależnie od jego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy oraz tego, czy został uzyskany za pomocą czynu zabronionego bezpośrednio lub pośrednio. Dowodem uzyskanym bezpośrednio jest taki dowód, który został uzyskany wprost w wyniku zachowania stanowiącego czyn zabroniony, dowodem pośrednim zaś jest dowód, który nie został uzyskany wprost w związku z czynem zabronionym, ale wejście w jego posiadanie nie byłoby możliwe, gdyby wcześniej strona lub organ procesowy nie uzyskał informacji o nim w wyniku czynu zabronionego²⁹. W literaturze trafnie przyjmuje się, że chodzi o obie sytuacje, za czym przemawia brak takiego rozróżnienia w przepisie, a zgodnie z regułą interpretacyjną *lege non distinguente* brak jest podstaw do takiego rozróżnienia, a nadto gdyby ustawodawca chciał wyłączyć pośrednie uzyskanie dowodu, wyraźnie by to zaznaczył³⁰.

Art. 168a k.p.k. obejmuje więc także tzw. owoce zatrutego drzewa³¹, na co słusznie zwracano uwagę w toku prac legislacyjnych³². Niesłusznie pogląd ten zakwestionowano w piśmiennictwie, podkreślając, że wykorzystanie dowodów polega jedynie na wykorzystaniu dowodu jako podstawy dla dokonania ustaleń faktycznych, a nie na jego wykorzystaniu jako źródła informacji o dowodach nieobjętych wprost zakazem dowodowym określonym w art. 168a k.p.k.³³ Istniejące dotychczas zakazy dowodowe dotyczyły tylko bezpośrednich wyników czynności dowodowych zakazanych przez ustawę i nie obejmowały dowodów pośrednich³⁴, lecz zakaz przewidziany w art. 168a k.p.k. ma szerszy zakres i – jak wyżej wykazano – obejmuje także dowody pośrednie.

²⁹ W. Jasiński, *Karnoprocesowa dopuszczalność dowodów uzyskanych w wyniku tortur (standardy strasburskie)*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 5, s. 47.

³⁰ Z. Kwiatkowski, *Kilka uwag na tle art. 168a projektu zmian kodeksu postępowania karnego*, [w:] *Kontradukcyjność w polskim procesie karnym*, P. Wiliński (red.), Warszawa 2013, s. 205; M. Warchoń, *Śledztwo obrońcy...*, op. cit., s. 55.

³¹ Na temat owoców zatrutego drzewa zob. S. Waltoś, *Owoce zatrutego drzewa. Procesy i wydarzenia, które wstrząsnęły prawem*, Kraków 1978; idem, *Owoce zatrutego drzewa*, Warszawa 2011; P.M. Lech, *Owoce zatrutego drzewa w procesie karanym. Dowody zdobyte nielegalnie*, „Palestra” 2012, Nr 3–4, s. 34–48; M. Gabriel-Węglowski, *Teoria „owoców zatrutego drzewa” a dopuszczalność przeprowadzania dowodów w postępowaniu karnym*, LEX/el. 2013.

³² K. Zgryzek, *Opinia z dnia 21 stycznia 2013 r. do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw z projektami aktów wykonawczych (Druk nr 870 z dnia 8.11.2012 r.)*, s. 10, <http://www.sejm.pl/Sejm7.nsf/proces.xsp>

³³ A. Bojańczyk, *Jaki jest zakres nowego zakazu...*, op. cit., s. 105.

³⁴ A. Gaberle, *Leksykon...*, op. cit., s. 159.

*Dalsza część książki dostępna w wersji
pełnej.*

