

Piotr Kardas

POZAPROCESOWE CZYNNOŚCI OBROŃCY A TZW. DOWODY PRYWATNE W ŚWIETLE NOWELIZACJI PROCEDURY KARNEJ

Dobrą tradycją środowiska prawniczego jest zwyczaj przygotowywania zbioru opracowań mających uhonorować tych, którzy w sposób szczególnie zaznaczyli się w życiu publicznym. Księgi jubileuszowe, niegdyś przygotowywane jedynie dla wybitnych przedstawicieli nauki prawa, współcześnie coraz częściej poświęcane są szczególnie zasłużonym reprezentantom praktyki. Taki charakter ma też niniejszy specjalny numer „Palestry”, poświęcony adwokatowi Czesławowi Jaworskiemu. Jubileusz Prezesa Czesława Jaworskiego to jubileusz szczególnie. Znamienity adwokat, od dziesięcioleci związany z samorządem zawodowym, w strukturach którego pełnił bez mała wszystkie funkcje zwieńczone godnością Prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej, aktywny uczestnik publicznych debat poświęconych prawu, wieloletni redaktor naczelny opiniotwórczego pisma polskiej Adwokatury, reprezentant środo-

wiska adwokackiego w Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego przy Ministrze Sprawiedliwości RP w kadencji 2009–2013. Nade wszystkim jednak karnista, wykonujący przez całe zawodowe życie funkcję obrońcy oraz pełnomocnika w postępowaniach karnych. Prawo karne stanowiło przez kilkadziesiąt lat podstawowy obszar działalności Jubilata. W ostatnim okresie wieloletnie doświadczenia praktyczne miał możliwość spożytkować w trakcie prowadzonych przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego prac nad nowelizacją polskiej procedury karnej. Temu też zagadnieniu zdecydowałem się poświęcić przeznaczony do jubileuszowej publikacji tekst.

Polski proces karny od dłuższego czasu nekany jest różnorodnymi przypadkami, które w ostatnim dwudziestolecu osiągnęły swoje apogeum¹. Mimo uchwalenia w 1997 r. nowego Kodeksu postępowania karnego, a następnie

¹ Wady polskiej regulacji karnoprosesowej stanowiły przedmiot wielu wypowiedzi przedstawicieli doktryny prawa procesowego. Zob. m.in. S. Waltoś, *Perspektywa prac kodyfikacyjnych w zakresie prawa karnego w Polsce*, (w:) *Prawnokarne aspekty wolności*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006, s. 11 i n.; P. Hofmański, *Kodeks postępowania karnego po dziesięciu latach. Garsć refleksji*, (w:) *Kodeks karny i kodeks postępowania karnego*, red. M. Mozgawa, K. Dudka; T. Grzegorzczak, *Model postępowania przygotowawczego w świetle kodeksu postępowania karnego z 1997 r. oraz jego nowelizacji w okresie 1998–2007*; L. K. Paprzycki, *Kodyfikacja karna po dziesięciu latach obowiązywania – ocena i potrzeba zmian*; K. Dudka, *O konieczności zmian w przepisach kodeksu postępowania karnego – wszystkie wymienione wyżej pozycje opublikowane zostały w zbiorze pt. Kodeks karny i kodeks postępowania karnego po dziesięciu latach obowiązywania. Ocena i perspektywy zmian*, red. M. Mozgawa, K. Dudka, Warszawa 2009. Zob. też interesujące uwagi C. Kuleszy, *Jakość obrony formalnej jako warunek rzetelnego procesu (refleksje prawnoporównawcze)*, (w:) *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa prof. Z. Świdry*, red. J. Skorupka, Warszawa 2009, s. 145 i n.

wprowadzenia kilkudziesięciu częściowych nowelizacji², nie udało się nie tylko usunąć, ale nawet zminimalizować do akceptowalnego poziomu najpoważniejszych jego mankamentów. W praktycznym wydaniu polski proces karny charakteryzuje dolegliwa dla wszystkich uczestników długotrwałość (a wręcz przewlekłość) postępowania, potęgowana przez powielanie tych samych czynności procesowych, w szczególności dowodowych, w różnych jego stadiach³, nadmierne zaangażowanie sądu w czynności dowodowe⁴, stanowiące podstawę

do kwestionowania respektowania przez sąd zasady bezstronności z uwagi na zaangażowanie w przeprowadzenie dowodów przede wszystkim związanych z wykazaniem zasadności zarzutów⁵, brak rzeczywistej równości broni⁶, nadmierna represyjność związana ze sposobem i skalą stosowanych środków przymusu procesowego⁷, kosztochłonność, wreszcie brak przestrzegania podstawowych standardów rzetelnego procesu wypracowanych w orzecznictwie ETPCz oraz zakorzenionych w Konstytucji RP⁸. Zmiana obrazu polskiego procesu, zwiększenie

² O sposobie stanowienia prawa w sferze regulacji kodeksowych oraz zgubnej praktyce nie zawsze sensownych i przemyślanych nowelizacji, mających na celu częstokroć realizację partykularnych interesów burzących spójność regulacji kodeksowej, interesująco pisze P. Hofmański, *Kodeks postępowania karnego*, s. 151 i n.

³ W szczególności zaś chodzi tutaj o przeprowadzenie – w zasadniczo tym samym zakresie – czynności dowodowych na dwóch zasadniczych etapach (stadiach) procesu, tj. najpierw w toku postępowania przygotowawczego, następnie zaś w stadium jurysdykcyjnym.

⁴ Związane ze specyficznie rozumianą zasadą prawdy materialnej, kompetencją i obowiązkiem przeprowadzania dowodów w stadium jurysdykcyjnym dowodów przez sąd oraz ukształtowaniem podstaw apelacyjnych w zakresie błędów w ustaleniach faktycznych w postaci tzw. błędu braku.

⁵ Zob. w tej kwestii interesujące uwagi C. Kuleszy, *Jakość obrony formalnej*, s. 145 i n.

⁶ W szczególności dotkliwie ujawniający się w stadium przygotowawczym procesu, dający jednak także znać o sobie w postępowaniu jurysdykcyjnym z uwagi na ukształtowane w sposób charakterystyczny dla procesu o dominacji elementów inkwizycyjnych zasady przeprowadzania dowodów.

⁷ Objawiająca się przede wszystkim powszechnym przyjmowaniem w praktyce sprzecznej z regulacją kodeksową zasady stosowania w postępowaniu karnym środków zapobiegawczych, i stanowiącego od niej w tym ujęciu wyjątku prowadzenia postępowania karnego bez stosowania środków przymusu procesowego, oraz krytykowany wielokrotnie w orzecznictwie ETPCz sposób stosowania tymczasowego aresztowania, zarówno z uwagi na wątpliwości co do podstaw wykorzystywania tego instrumentu w wielu przypadkach, jak i pozbawioną uzasadnienia długotrwałość.

⁸ Wskazane wyżej wadliwości Kodeksu postępowania karnego z 1997 r. zostały zresztą prawidłowo zdiagnozowane przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego i wskazane w uzasadnieniu projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, gdzie charakteryzując cele nowelizacji, podkreślono, że zmierza ona do: przemodelowania postępowania jurysdykcyjnego w kierunku większej kontradyktoryjności; usprawnienia i przyspieszenia postępowania; usunięcia „fasadowości” postępowania; ukształtowania na nowo podstaw stosowania środków zapobiegawczych, w sposób zapobiegający ich nadmiernemu wykorzystywaniu w praktyce; uzyskania pełnej zgodności rozwiązań kodeksowych ze standardami wynikającymi z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz ETPCz [zob. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego, *Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw (projekt ustawy)*, Warszawa 2011, s. 54]. Wskazane cele stanowiły także podstawowy wyznacznik poszukiwania właściwych rozwiązań, służących sanacji wad polskiego procesu karnego. Czy i w jakim zakresie przyjęte przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego w projekcie uchwalonej w dniu 27 września 2013 r. nowelizacji procedury karnej rozwiązania szczegółowe zostały oparte na trafnych założeniach teoretycznych oraz dogmatycznych, poprawnie skonstruowane na poziomie technicznolegislacyjnym, a tym samym czy ostatecznie stanowią będą adekwatną i zdatną podstawę normatywną zmiany praktyki procesowej, ocenić będzie można dopiero po pewnym okresie funkcjonowania tych regulacji w praktyce. Trzeba zarazem zaznaczyć, że prowadzone aktualnie prace nad „nowelizacją do nowelizacji” stwarzać mogą podstawę do formułowania wątpliwości, czy uchwalona nowelizacja w istocie została ukształtowana w sposób prawidłowy. Warto dodać, że projektodawcy w zasadzie pominęli przedstawione wraz z obszernym uzasadnieniem przez NRA uwagi i propozycje alternatywnych wobec przyjętych przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego rozwiązań. Nieco zaskakiwać przeto musi, że część z postulatów przedstawionych przez NRA znalazła się w projekcie

jego efektywności oraz zagwarantowanie respektowania standardów gwarancyjnych to wręcz oczywisty cel przygotowanej przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego nowelizacji. Dodajmy, cel, do którego dążyć powinien każdy racjonalny uczestnik postępowania karnego⁹. Jako że model procesu, na którym oparte były wszystkie polskie dwudziestowieczne kodyfikacje proceduralne, wyczerpał swoje możliwości sanacyjne¹⁰, poszukiwanie sposobu usunięcia najistotniejszych wad polskiej procedury musiało niejako z konieczności opierać się na analizie możliwości modyfikacji zasadniczych teoretycznych podstaw, na których od 1928 roku oparta jest polska procedura karna. Z tego powodu prace nad przygotowaniem projektu nowelizacji poprzedzone zostały rozstrzygnięciem fundamentalnej kwestii, czy zmiana modelu procesu na w pełni kontradiktoryjny lub co najmniej istotne ograniczenie inkwizycyjności i zwiększenie zakresu kontradiktoryjności w ramach modelu mieszanego nie okaże się

najlepszym z możliwych teoretycznie sposobów sanacji polskiego procesu karnego. Rozważając obie alternatywy, Komisja Kodyfikacyjna wybrała ostatecznie rozwiązanie kompromisowe i w zasadniczej części zachowawcze¹¹, oparte na założeniu przekształcenia polskiej procedury karnej w ramach zachowanego modelu mieszanego, poprzez zmianę proporcji między elementami inkwizycyjnymi i kontradiktoryjnymi¹². Modyfikacja relacji między zasadami oficjalności i kontradiktoryjności realizowana była na podstawie założenia, wedle którego domeną kontradiktoryjności miało stać się postępowanie jurysdykcyjne. W postępowaniu przygotowawczym rolę dominującą zachować miała zasada inkwizycyjności. Na tych założeniach oparte są szczegółowe rozwiązania składające się na uchwaloną w dniu 27 września 2013 r. tzw. wielką nowelizację polskiej procedury karnej¹³.

Jakkolwiek nowelizacja przynosi ze sobą wiele różnorodnych zmian, to jednak zna-

nowelizacji do uchwalonej w dniu 27 września 2013 r. nowelizacji Kodeksu postępowania karnego, znajdującej się aktualnie w okresie *vacatio legis*.

⁹ Warto przeto podkreślić, że ten właśnie cel, nie zaś partykularne interesy poszczególnych grup zawodowych, winien stanowić podstawowe kryterium oceny wszelkich zmian procedury karnej. Analiza piśmiennictwa prawniczego, w szczególności zaś wypowiedzi o charakterze publicystycznym, stwarza podstawy do smutnej refleksji, że przedstawiciele niektórych profesji prawniczych oceniają uchwaloną w dniu 27 września 2013 r. nowelizację nie tyle z punktu widzenia możliwości sanacji polskiego procesu, ile z perspektywy różnorodnych aspektów funkcjonowania poszczególnych zawodów prawniczych, w szczególności zaś z punktu widzenia dodatkowych powinności procesowych oraz zmienionego rozkładu ciężaru odpowiedzialności za jego wynik. Nie wydaje się, by taka partykularna perspektywa stanowiła właściwy pryzmat oceny uchwalonej nowelizacji, co oczywiście nie oznacza, iż dokonana modyfikacja winna zostać uznana za wolną od błędów i wad.

¹⁰ Na takich założeniach oparła swoje prace Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego. Zob. uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, (w:) Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego, *Projekt ustawy o zmianie ustawy – kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw*, Warszawa 2011.

¹¹ O wątpliwościach związanych z takim sposobem rozwiązania podstawowej kwestii związanej z teoretycznymi podstawami przygotowywanej nowelizacji pisano już na etapie wstępnych prac koncepcyjnych. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego nie wzięła jednak pod uwagę prezentowanych zastrzeżeń. Zob. w tej kwestii m.in. P. Kardas, *Mieszany, kontradiktoryjny czy inkwizycyjny proces karny. Uwagi o kierunkach projektowanych zmian kodeksu postępowania karnego*, CzPKiNP 2011, Rok XV, s. 181 i n. Zob. też znamienne stanowisko P. Hofmańskiego, *Prawda materialna w kontradiktoryjnym procesie karnym*, CzPKiNP 2011, Rok XV, s. 161 i n.

¹² Treść przepisów objętych zakresem noweli do uchwalonej w dniu 27 września 2013 r. nowelizacji k.p.k. zdaje się jednak wskazywać, że to rozwiązanie nie było w pełni zasadne, skoro jeszcze przed wejściem w życie znowelizowanych przepisów prowadzony jest proces ich zmiany w kierunku ograniczenia do minimum możliwości przeprowadzania przez sąd dowodów z urzędu w stadium jurysdykcyjnym.

¹³ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2013 r. poz. 1247.

czenie fundamentalne, decydujące o ewentualnym powodzeniu lub niepowodzeniu zamierzeń projektodawców, mają regulacje odnoszące się do postępowania dowodowego. Niezależnie od przedstawianych w toczącej się całej czas debacie publicznej ocen, nie mają one radykalnego charakteru¹⁴. Ich kształt stanowi konsekwencję zasadniczego wyboru przesądającego o zachowaniu mieszanego modelu procesu. Wprowadzone na mocy nowelizacji modyfikacje postępowania dowodowego zakotwiczone są: w stadium przygotowawczym

w inkwizycyjno-kontraduktoryjnym, w stadium sądowym zaś w kontraduktoryjno-inkwizycyjnym sposobie przeprowadzania czynności dowodowych¹⁵. Konsekwencją takiego założenia teoretycznego jest to, że zmiany wprost dotyczą przede wszystkim sposobu prowadzenia postępowania dowodowego przed sądem pierwszej instancji oraz w części na etapie postępowania odwoławczego¹⁶. Do zasad postępowania dowodowego w przygotowawczym stadium procesu odnoszą się natomiast jedynie pośrednio¹⁷.

¹⁴ Należy podkreślić, że wprowadzone przez nowelę z 27 września 2013 r. modyfikacje postępowania dowodowego są różnorodnie oceniane zarówno przez teoretyków procesu karnego, jak i przedstawicieli praktyki. Dla zobrazowania skali polaryzacji stanowisk przedstawianych w tej kwestii warto zaznaczyć, że przedstawiciele prokuratury dostrzegają w nowelizacji przede wszystkim zagrożenia dla właściwego wypełniania funkcji oskarżyciela publicznego, związane z istotnym ograniczeniem aktywności dowodowej sądu. Spoglądając na nowelizację przez ten pryzmat, przedstawiciele prokuratury wskazują, że zmiana zasad prowadzenia postępowania dowodowego ma na gruncie nowelizacji charakter zasadniczy i stanowi zagrożenie dla wymiaru sprawiedliwości w Polsce. Za niewystarczające uznają przedstawiciele prokuratury pozostawienie wyjątku umożliwiającego przeprowadzanie przez sąd dowodów z urzędu. Z kolei w ocenie przedstawicieli wolnych zawodów prawniczych, w tym w szczególności adwokatów, pozostawienie na gruncie znowelizowanego art. 167 § 1 k.p.k. możliwości przeprowadzania przez sąd dowodów z urzędu, nawet przy istnieniu ograniczenia dopuszczającego taką możliwość w wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych wypadkach, jest zachowaniem bez istotniejszych zmian zasady inkwizycyjności w tym stadium procesu, z uwagi na niedającą się wykluczyć możliwość przekształcenia wyjątku w zasadę w praktyce stosowania prawa.

¹⁵ Uchwalona w dniu 27 września 2013 r. nowelizacja k.p.k. oparta została bowiem na zasadzie kontraduktoryjności, uzupełnionej wyjątkową możliwością przeprowadzania przez sąd dowodów w trybie oficjalno-inkwizycyjnym. To rozwiązanie, stanowiące konsekwencję zachowawczego założenia strategicznego przyjętego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego, uzasadnia zaliczenie postępowania jurysdykcyjnego do kategorii postępowań opartych na modelu mieszanym, z wyraźną dominacją elementów kontraduktoryjnych. Stąd wskazuje się, że dowody przeprowadzane są na podstawie modelu kontraduktoryjno-inkwizycyjnego. Zmianę tego ujęcia proponuje się w stanowiącej aktualnie przedmiot prac ustawodawczych, opracowanej w Ministerstwie Sprawiedliwości noweli do noweli z dnia 27 września 2013 r.

¹⁶ Można wręcz twierdzić, że zmiany co do zakresu i sposobu przeprowadzania postępowania dowodowego przed sądem odwoławczym stanowią drugi z zasadniczych elementów reformy wprowadzanej na mocy uchwalonej w dniu 27 września 2013 r. nowelizacji. Trzeba zarazem dodać, że poza stanowiskiem Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego koncepcji istotnego poszerzenia zakresu postępowania dowodowego przed sądem odwoławczym nikt szerzej w polskim piśmiennictwie nie analizował. Tym samym w tym zakresie z chwilą wejścia w życie stosownych przepisów znajdziemy się w świecie nowych i zarazem nie w pełni rozpoznanych teoretycznie rozwiązań. Konsekwencje ich praktycznej aplikacji mogą okazać się zaskakujące, co najmniej w zakresie istotnego wydłużenia postępowania odwoławczego.

¹⁷ Trzeba podkreślić, że jakkolwiek uchwalona nowelizacja modyfikuje w sposób zasadniczy cel postępowania przygotowawczego, przesądzając, że jest nim „zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów w zakresie niezbędnym do stwierdzenia zasadności wniosku o dopuszczenie dowodów i przeprowadzenie ich przed sądem”, to jednak poważniejszym zmianom nie ulegają przepisy szczegółowe dotyczące czynności dowodowych w tym stadium procesu. Na gruncie nowelizacji zachowano także regulacje umożliwiające odczytanie protokołów z czynności dowodowych przeprowadzonych w postępowaniu przygotowawczym (art. 389 i 391 k.p.k.), a tym samym uczynienie ich podstawą ustaleń faktycznych sądu.

Centralną pozycję w tym zakresie zajmuje wyrażona w art. 167 § 1 k.p.k. zasada, wedle której w postępowaniu przed sądem, wszczętym z inicjatywy strony dowody przeprowadzane są przez strony po ich dopuszczeniu przez sąd¹⁸. To właśnie wskazana reguła uznawana jest za zasadniczy przejaw dominacji zasady kontrydiktoryjności w postępowaniu jurysdykcyjnym. Zwiększenie liczby elementów kontrydiktoryjnych skutkuje zasadniczą zmianą funkcji i roli oskarżyciela oraz obrońcy w postępowaniu jurysdykcyjnym. Inaczej rozkłada również ciężar dowodu oraz ciężar dowodzenia, przenosząc go przede wszystkim na strony, tj. oskarżyciela i obrońcę, a w pewnym zakresie także pełnomocnika pokrzywdzonego. Naturalną konsekwencją tej zmiany jest przesunięcie na strony odpowiedzialności za wynik procesu. Zgodnie z zasadą przeprowadzania dowodów przez strony to, jakie dowody i w jaki sposób zostaną przeprowadzone w stadium jurysdykcyjnym, uzależnione jest od aktywności i woli stron procesu. Ta zasada przesądza, że przed przystąpieniem do rozpoznania sprawy przez sąd strony, tj. oskarżyciel i obrońca, muszą rozważyć wszystkie aspekty postępowania dowodowego, a w szczególności przygotować się do składania wniosków dowodowych oraz przeprowadzania dowodów przed sądem. Z oczywistych powodów tak ujęte reguły dowodzenia w postępowaniu przed sądem oznaczają – co rzadko było dostrzegane w trakcie poprzedzającej uchwalenie nowelizacji debaty publicznej – zasadniczą zmianę roli i funkcji obrońcy nie tylko w stadium jurysdykcyjnym, ale także

w stadium przygotowawczym oraz w sferze różnorodnych czynności pozaprocessowych.

By bowiem sensownie przygotować i przedstawić przed sądem wnioski dowodowe, a następnie przeprowadzić objęte nimi dowody, trzeba pozyskać informacje o potencjalnych dowodach, zgromadzić niezbędne w tym zakresie dane, zebrać stosowny materiał dowodowy, zabezpieczyć, czasami utrwalić w prawem dopuszczalnej formie dowody, co do których istnieje ryzyko ich utraty, wreszcie po analizie roli i znaczenia tych dowodów w procesie przedstawić stosowne wnioski i przeprowadzić dowody przed sądem. Innymi słowy, konieczne jest wykonanie stosownych czynności dotyczących środków dowodowych przez podmioty niemające statusu organów procesowych, a więc czynności, które z doktrynalnego punktu widzenia łączą się z pojęciem tzw. dowodów prywatnych¹⁹.

W powyższym kontekście łatwo zauważyć daleko idące rozwarstwienie pozycji procesowej oskarżyciela i obrońcy. W odniesieniu do oskarżyciela nowelizacja nie przynosi w zasadzie poważniejszych zmian, zachowując – z uwagi na nieznaczne i co do zasady kosmetyczne jedynie modyfikacje postępowania przygotowawczego – prawne instrumenty umożliwiające sensowną realizację przez oskarżyciela w postępowaniu jurysdykcyjnym czynności dowodowych. Postępowanie przygotowawcze, w którym prokurator pełni funkcję *dominus litis*, było i pozostaje na gruncie znowelizowanych przepisów ustawowo uregulowanym stadium procesu, w którym prokurator poszukuje dowodów, zabezpiecza dowody, utrwała je dla sądu (wedle aktualne-

¹⁸ Nadane na mocy ustawy z dnia 27 września 2013 r. brzmienie art. 167 § 1 k.p.k. przewiduje *in fine* wyjątek, zgodnie z którym „w wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, sąd może dopuścić i przeprowadzić dowód z urzędu”. Jednak w związku z nowelą do noweli losy tej części art. 167 § 1 k.p.k. zdają się być negatywnie przesądzone.

¹⁹ Na potrzeby niniejszego opracowania przyjmuję konwencję terminologiczną zaproponowaną przez A. Bojańczyka, uznającego, że „dowód prywatny” to „każdy środek dowodowy zgromadzony, wyszukany, zebrany, utrwalony, stworzony, zamówiony lub zabezpieczony przez podmiot prywatny (rozumiany jako podmiot, który nie jest organem prowadzącym postępowanie karne) (...) dla celów postępowania karnego, niezależnie od tego, czy w czasie, kiedy dany dowód został zebrany, toczyło się postępowanie karne co do czynu, którego dotyczy dowód” – *Dowód prywatny w postępowaniu karnym w perspektywie prawnoporównawczej*, Warszawa 2011, s. 279.

go brzmienia art. 297 § 5 k.p.k.), po wejściu zaś w życie nowelizacji obejmować będzie czynności polegające na zbieraniu, zabezpieczeniu i utrwaleniu dowodów w zakresie niezbędnym do stwierdzenia zasadności wniesienia aktu oskarżenia albo innego zakończenia postępowania, jak również do przedstawienia wniosku o dopuszczenie tych dowodów i przeprowadzenie ich przed sądem (wedle brzmienia nadanego nowelą z 27 września 2013 r.). Pozwala to twierdzić, że w odniesieniu do oskarżyciela publicznego Kodeks postępowania karnego zawiera regulację określającą podstawy i wyznaczającą granice czynności dowodowych wykonywanych w procesowym stadium przedjurydykcyjnym²⁰. Z uwagi na zachowanie możliwości odczytywania na rozprawie protokołów wyjaśnień oskarżonego złożonych w postępowaniu przygotowawczym (art. 389 § 1 k.p.k.) oraz protokołów zeznań świadków złożonych w postępowaniu przygotowawczym (art. 391 § 1 k.p.k.), na gruncie znowelizowanych przepisów istnieje także możliwość kształtowania ustaleń faktycznych sądu na podstawie protokołów z czynności dowodo-

wych przeprowadzonych w postępowaniu przygotowawczym²¹.

Zasadniczo odmiennie przedstawia się w tym zakresie pozycja procesowa obrońcy i pełnomocnika pokrzywdzonego. W nowelizacji nie przewidziano bowiem szczegółowych rozwiązań dotyczących przedjurydykcyjnych czynności dowodowych obrońcy. Nie wypracowano także całościowej teoretycznej i dogmatycznej koncepcji związanej z funkcją obrony w częściowo kontradiktoryjnym procesie karnym²². Jest to o tyle zaskakujące, że oparta na dominacji elementów kontradiktoryjnych procedura wręcz obliuguje obrońcę do przedstawiania własnych wniosków o dopuszczenie dowodów i przeprowadzanie ich przed sądem. Istota czynności obrońcy w postępowaniu jurydykcyjnym nie sprowadza się przecież tylko do uczestniczenia w czynnościach przeprowadzania dowodów przez prokuratora, realizowanych na jego wnioski, ale polega także, a raczej przede wszystkim, na wnioskowaniu i przeprowadzaniu „własnych” dowodów. Dla właściwej realizacji funkcji obrony w tak zaprojektowa-

²⁰ Inną zupełnie kwestią, która pozostała poza zakresem analiz Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, a w konsekwencji poza zakresem uchwalonej nowelizacji, jest zagadnienie wykonywania przez organy ścigania, w tym w szczególności Policję, oraz inne służby pozaprocessowych czynności związanych z poszukiwaniem dowodów, a także problem możliwości wykonywania czynności związanych z poszukiwaniem dowodów, zabezpieczaniem dowodów, ich utrwalaniem *etc.*, przez prokuratora po sporządzeniu i wniesieniu do sądu aktu oskarżenia. W obu obszarach z uwagi na treść art. 7 Konstytucji RP wymagane jest istnienie wyraźnej podstawy prawnej do dokonywania tych czynności, której nie stwarza ani obowiązujący, ani znowelizowany Kodeks postępowania karnego. Co do znaczenia konstytucyjnej zasady legalności dla podstaw i granic działania organów państwa zob. szerzej P. Kardas, *Problem granic legalności czynności uczestników postępowania karnego i konsekwencji ich przekroczenia*, (w:) *Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników postępowania*, red. J. Skorupka (w druku).

²¹ Co do ujawniających się w tym kontekście wątpliwości zob. szerzej P. Kardas, *Odstępstwa od zasady bezpośredniości a model postępowania przygotowawczego. Uwagi na marginesie propozycji zwiększenia zakresu kontradiktoryjności w procesie karnym*, (w:) *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga Jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego*, red. A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska, Warszawa 2013, s. 408–431 oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

²² Należy podkreślić, że w kontradiktoryjnym procesie karnym obrona służy realizacji funkcji publicznej, związanej m.in. ze stworzeniem formalnych i materialnych przesłanek ustalenia prawdy materialnej. Zob. w tej kwestii m.in. P. Kardas, *Adwokat jako obrońca – funkcja publiczna czy usługa prywatna*, (w:) *Adwokatura w systemie organów wymiaru sprawiedliwości*, red. J. Giezek, Warszawa 2010, s. 67–100; P. Kardas, *Obrona i oskarżyciel w procesie karnym – granice kontradiktoryjności a możliwość współpracy*, (w:) *Współczesna adwokatura wobec innych zawodów prawniczych*, red. J. Giezek, Warszawa 2011, s. 29–62; P. Kardas, *Zasada prawdy materialnej a kontradiktoryjność postępowania dowodowego. Przeciwwstawne czy komplementarne zasady procesu karnego? (Rozważania o znaczeniu analiz dogmatycznych w procesie przygotowywania zmiany normatywnej na przykładzie prac legislacyjnych nad projektem nowelizacji kodeksu postępowania karnego)*, (w:) *Adwokatura jako uczestnik procesu legislacyjnego*, red. J. Giezek, Warszawa 2012, s. 37–78.

nym postępowaniu jurysdykcyjnym nie jest wystarczające wykorzystywanie możliwości związanych z inicjowaniem określonych czynności dowodowych w stadium przygotowawczym, choć nie można tracić z pola widzenia, że przewidziane w nowelizacji modyfikacje dotyczące postępowania dowodowego w stadium jurysdykcyjnym skutkują także zmianą sposobu pełnienia funkcji obrońcy w tej fazie procesu. Nowa jakość dotyczy jednak przede wszystkim powinności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem przez obrońcę procesu dowodzenia przed sądem.

By sensownie prowadzić obronę, a tym samym pełnić konstytucyjną w modelu kontradyktoryjnym funkcję, bez której ta forma procesu traci jakikolwiek sens²³, obrońca jest zobligowany do podejmowania czynności mających na celu wyszukiwanie i zbieranie informacji o dowodach, zabezpieczanie, a w niezbędnym zakresie także utrwalanie dowodów. Bez ich przeprowadzenia obrońca nie jest zdolny do wykonywania powierzonej mu funkcji w zakresie postępowania dowodowego w stadium jurysdykcyjnym.

Wskazana wyżej zmiana funkcji, roli i znaczenia wykonywanych przez obrońcę czynności w zakresie pozyskiwania informacji o dowodach, gromadzenia tych informacji oraz dowodów, dokonywania analizy ich znaczenia dla procesu, ma dla realizacji podstawowego celu nowelizacji znaczenie fundamentalne²⁴. Kontradyktoryjność, choćby ograniczona, wymusza bowiem realizowanie tych czynności. Zakres zmian normatywnych wprowadzonych przez nowelizację uchwaloną w dniu 27 września 2013 r. jest jednak w tym zakresie

ograniczony. W zasadzie odnoszą się do niego jedynie dwa, znaczące, lecz ogólnie ujęte przepisy – art. 168a k.p.k. statuujący nowy zakaz dowodowy, zgodnie z którym „niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 kodeksu karnego”, oraz zmodyfikowany art. 393 § 3 k.p.k., zgodnie z którym „mogą być odczytywane na rozprawie wszelkie dokumenty prywatne, powstałe poza postępowaniem karnym, w szczególności oświadczenia, publikacje, listy oraz notatki”.

Poza wymienionymi wyżej przepisami uchwalona nowelizacja nie zawiera rozwiązań regulujących w sposób szczegółowy kwestie związane z poszukiwaniem dowodów, uzyskiwaniem informacji o dowodach, gromadzeniem tych informacji oraz gromadzeniem dowodów, wreszcie ewentualnym zabezpieczaniem dowodów w zakresie niezbędnym do przedstawienia przez obrońcę wniosku o dopuszczenie tych dowodów i ich przeprowadzenie przed sądem. W świetle uchwalonej nowelizacji wszystkie wskazane wyżej czynności poprzedzające złożenie wniosków dowodowych i przeprowadzenie dowodów mają z założenia charakter pozaprocessowy²⁵.

Pozostawiając ten właśnie obszar poza zakresem szczegółowej ustawowej regulacji, wybrano rozwiązanie teoretycznie możliwe²⁶, zarazem najbardziej kontrowersyjne i kłopotliwe, generujące z założenia wiele różnorodnych trudności i komplikacji związanych z brakiem ustawowego uregulowania czynności związanych z wyszukiwaniem, gromadzeniem i utrwalaniem tzw. dowodów prywatnych²⁷.

²³ Zob. w tej kwestii m.in. P. Kardas, *Adwokat jako obrońca*, s. 67 i n.

²⁴ *Nota bene* nowelizacja nie obejmuje również regulacji dotyczących pozaprocessowych czynności organów związanych z pozyskiwaniem informacji o dowodach, gromadzeniem tych informacji, utrwalaniem dowodów *etc.* Kwestie te, wedle oświadczeń Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, mają zostać uregulowane w odrębnej ustawie. Co do zakresu i podstaw wykonywania tego typu czynności na potrzeby procesu karnego zob. szerzej P. Kardas, *Problem granic legalności*, (w:) *Granice procesu karnego*, red. J. Skorupka (w druku).

²⁵ Szerzej o tym aspekcie nowelizacji rozważanym w kontekście zasady legalności czynności procesowych pisalem w tekście P. Kardas, *Problem granic legalności*, (w:) *Granice procesu karnego*, red. J. Skorupka (w druku).

²⁶ Zob. w szczególności stanowisko A. Bojańczyka, *Dowód prywatny, passim*.

²⁷ Por. stanowisko autorów wykluczających możliwość wykonywania przez obrońcę czynności polegających na

W szczególności nie regulując w ustawie procesowej sfery doniosłych czynności „dowodowych” obrońcy poprzedzających stadium jurysdykcyjne, ustawodawca tym samym „wymusza” szczegółowe uregulowanie tych zagadnień w zasadach etyki i deontologii zawodowej prawników wykonujących funkcje obrońcy oraz pełnomocnika pokrzywdzonego²⁸. W powyższym kontekście rozwiązanie przyjęte w noweli z 27 września 2013 r. trudno uznać za w pełni satysfakcjonujące. Przy braku tradycji wykonywania przez obrońców czynności związanych z wyszukiwaniem, gromadzeniem i utrwalaniem dowodów²⁹ pozostawienie tej sfery poza regulacją ustawową musi wywoływać wątpliwości, także i z tego powodu, że nie wszystkie zagadnienia można w sposób skuteczny i efektywny uregulować w zasadach etyki i deontologii zawodowej.

Przywołane przepisy stwarzają podstawę do przyjęcia, że znowelizowane zasady postępowania dowodowego oparte są na sygnalizowanej w piśmiennictwie zasadzie swobody dowodzenia³⁰. Pozwalają przyjąć, że dowodem w postępowaniu karnym może być każ-

de źródło dowodowe, zawierające informacje o zdarzeniu stanowiącym przedmiot ustaleń procesowych, jeżeli tylko nie zostało z uwagi na zawartość treściową, charakter lub sposób pozyskania zakazane przez prawo³¹. Opierają się również na założeniu, że nie jest wykluczone wykonywanie przez obrońcę – jednak poza postępowaniem karnym – czynności mających stworzyć podstawę do przeprowadzania dowodów przed sądem. Twierdzenie o dopuszczalności podejmowania przez obrońcę pozaprosesowych czynności polegających na wyszukiwaniu dowodów, zdobywaniu informacji o dowodach oraz ich gromadzeniu, po to, by następnie przedstawić we właściwej procesowo formie wnioski o ich dopuszczenie i przeprowadzenie na właściwym etapie postępowania w przewidzianej przez prawo formie, uzasadnia także i to, że w modelu procesu opartym na dominacji elementów kontradiktoryjnych w stadium jurysdykcyjnym czynności dowodowe realizowane przez strony procesu na każdym jego etapie podporządkowane są realizacji ich interesów procesowych³². Stąd też pozbawienie uczestników procesu nie-

wyszukiwaniu dowodów: W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Część ogólna*, Bydgoszcz 2001, t. II, s. 96. Por. też nieco inaczej ujęte stanowisko R. Kmiećka, (w:) *Prawo dowodowe*, s. 194; K. Dudki, *Dopuszczalność tak zwanych dowodów prywatnych a realizacja zasady prawdy materialnej*, (w:) *Zasada prawdy materialnej*, red. Z. Sobolewski, G. Artymiak, Warszawa 2006, s. 350; R. Kmiećka, *Dokumenty prywatne i ich „prywatne gromadzenie”*, PiP 2005, z. 6, s. 14 i n.; A. Tarachy, *O dowodach prywatnych w świetle konstytucji – uwagi polemiczne*, „Palestra” 2005, nr 1–2, s. 98 i n. Szerzej o tym aspekcie nowelizacji rozważałem w kontekście zasady legalności czynności procesowych pisałem w tekście P. Kardas, *Problem granic legalności*, (w:) *Granice procesu karnego*, red. J. Skorupka (w druku).

²⁸ Nota bene wypracowanie szczegółowych standardów deontologii zawodowej stanowi jedno z najpoważniejszych zadań stojących w okresie *vacatio legis* przed adwokackim samorządem zawodowym.

²⁹ Zob. w tym zakresie niezwykle interesujące i instruktywne uwagi A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 176 i n.

³⁰ Zob. w tym zakresie interesujące uwagi A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 307 i n. oraz powołaną tam literaturę przedmiotu i orzecznictwo.

³¹ Por. też sposób ujęcia zasady swobody dowodzenia zaprezentowany przez A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 305.

³² Trafnie podkreśla A. Bojańczyk, że „z zupełnie naturalnych względów stronom chodzi o gromadzenie dowodów podporządkowanych interesom procesowym samych stron. Mają one zatem interes w tym, by – z jednej strony – gromadzić dowody korzystne dla własnych interesów procesowych i z drugiej, ignorować dowody z tego punktu widzenia niekorzystne” – *Dowód prywatny*, s. 312. Odnosząc się do sytuacji procesowej prokuratora na etapie postępowania przygotowawczego, ten sam Autor wskazuje, że „bezwzględne uzależnienie stron od organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze w zakresie wyszukiwania dowodów mogłoby zresztą prowadzić do sytuacji, w których organ postępowania przygotowawczego starałby się «dobierać» wnioski o wyszukanie dowodów czy ocenę dowodów (oddalając zrećnie wnioski mniej korzystne dla wyłaniającej się już, odpowiadającej taktyce organu procesowego wersji faktów) w ten sposób, żeby wspierały one (lub przeciwnie – nie podkopywały) pożądaną przez prokuratora wersję sprawy” – A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 280–281.

mających statusu organów procesowych prawa do zbierania informacji o dowodach oraz gromadzenia dowodów stanowiłoby naruszenie zasady równości broni, byłoby wyrazem pozbawionej podstawy zasady monopolu organów procesowych w zakresie realizowania czynności dowodowych, przejawem nieuzasadnionego paternalizmu w stosunku do stron procesu. Pozostawałoby w sprzeczności z funkcjami procesowymi (głównie na etapie postępowania przygotowawczego), wreszcie byłoby przejawem naruszenia prawa do obrony, którego immanentną składową jest prawo do poszukiwania dowodów, zbierania informacji o dowodach oraz gromadzenia dowodów korzystnych dla sytuacji procesowej podejrzanego (oskarżonego)³³. Godziłoby także w możliwość realizacji zasady prawdy materialnej.

Z punktu widzenia zasady swobody dowodzenia oraz możliwości wykonywania przez obrońcę czynności związanych z wyszukiwaniem dowodów, gromadzeniem informacji o dowodach *etc.*, przyjęte w noweli wrześniowej rozwiązanie nie różni się zasadniczo od regulacji obowiązujących w k.p.k. z 1928 r., k.p.k. z 1969 r. oraz k.p.k. z 1997 r. Na gruncie wszystkich wymienionych ustaw procesowych twierdzenie o dopuszczalności wykonywania przez obrońcę pozaprocessowych czynności polegających na wyszukiwaniu dowodów, gromadzeniu informacji o dowodach, zabez-

pieczeniu tych dowodów można było opierać na braku określonej w ustawie procesowej zasady *numerus clausus* środków dowodowych oraz braku zakazu podejmowania takich działań przez obrońcę³⁴, co pozwalało formułować już wówczas zasadę swobody dowodzenia³⁵. Zasada ta co prawda nie była wyraźnie wyartykułowana w ustawie procesowej, jednak z uwagi na odrzucenie reguły *numerus clausus* środków dowodowych wynikała z założenia, że na gruncie prawa karnego procesowego „dowodem w procesie karnym może być wszystko (jakikolwiek źródło dowodowe – osobowe lub rzeczowe), jeśli tylko nie zostało wyraźnie zakazane przez prawo”³⁶.

Stąd na gruncie obowiązujących przepisów prezentowano w doktrynie twierdzenie o dopuszczalności podejmowania przez obrońcę czynności zmierzających do wyszukiwania, zbierania informacji i gromadzenia tzw. dowodów prywatnych³⁷. Miały one jednak specyficzny charakter, realizowane były bowiem na „przedpolu” sformalizowanych czynności „przeprowadzenia dowodów”. Przeprowadzanie dowodów to czynność uregulowana w przepisach procesowych, o jednoznacznej normatywnej konotacji, polegająca – jak wskazuje się w piśmiennictwie – na „szczególnym procesowo kwalifikowanym wprowadzeniu danego dowodu do podstawy dowodowej (zbioru dowodów, na podstawie których należy rozstrzygać kwestię odpowiedzialno-

³³ Takie stanowisko prezentuje A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 279–282. Zob. też stanowisko M. Cieślaka, *Zagadnienia dowodowe*, s. 135.

³⁴ Podzielić należy stanowisko A. Bojańczyka, że „żadne wnioski dla zagadnienia ustawowego upoważnienia do gromadzenia dowodów przez podmioty prywatne nie wynikają również z przepisu art. 1 k.p.k. Z tego, że «postępowanie karne w sprawach należących do właściwości sądów toczy się według przepisów niniejszego kodeksu» w żaden sposób nie może przecież wynikać, że podmioty prywatne, które nie są przy tym jednocześnie organami procesowymi, poza postępowaniem karnym nie mogą zbierać dowodów dla celów postępowania karnego. Dodajmy wreszcie i to, że dla czynności faktycznych podmiotów prywatnych – w odróżnieniu od organów władzy publicznej (art. 7 Konstytucji RP) – nie wymaga się żadnych specjalnych upoważnień ustawowych (choć, rzecz jasna, ustawodawca mógłby – śladem na przykład włoskiego kodeksu postępowania karnego – uregulować zagadnienie uprawnień dowodowych podmiotów prywatnych wprost w ustawie” – *Dowód prywatny*, s. 238. Zob. też A. Ludwiczek, *Pozaprocessowa działalność adwokata prowadzona w ramach tzw. „prywatnego gromadzenia dowodów”*, (w:) *Dowody w procesie karnym. Nowe rozwiązania i niewykorzystane możliwości*, Katowice 2005, s. 80.

³⁵ Stanowisko takie prezentuje w polskim piśmiennictwie konsekwentnie A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 305.

³⁶ Taki sposób ujęcia zasady swobody dowodzenia proponuje A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 305.

³⁷ Zob. w szczególności bogato uzasadnione stanowisko A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 305.

ści karnej podsądnego, a także inne kwestie podlegające rozstrzygnięciu w postępowaniu karnym, w tym zagadnienia o charakterze incydentalnym), którego istota wiąże się z zapoznaniem z dowodem przez organ procesowy i strony postępowania³⁸. Kompetencje do przeprowadzania dowodów są ściśle określone w ustawie procesowej i nie mogą być skutecznie realizowane na podstawie zasady wolności podejmowania przez strony wszelkich niezakazanych wyraźnie przez prawo czynności przy założeniu braku zasady *numerus clausus* środków dowodowych. Niespełnienie określonych w przepisach prawa przesłanek przeprowadzenia dowodu przesądza, że tego typu czynności nie mogą zostać uznane za skuteczne i tym samym stanowiące ich przedmiot dowody nie mogą zostać uznane za adekwatne podstawy czynionych w toku procesu ustaleń i rozstrzygnięć istotnych z punktu widzenia odpowiedzialności karnej kwestii³⁹.

Innymi słowy, dopuszczalność tzw. dowodów prywatnych na gruncie obowiązujących przepisów prawa oznacza jedynie – wynikającą z braku wyraźnych zakazów prawa – możliwość realizacji czynności leżących na przedpolu właściwej czynności procesowej polegającej na przeprowadzeniu dowodów⁴⁰. Należy podkreślić, że w świetle obowiązujących przepisów tego typu czynności nie są

czynnościami realizowanymi w ramach procesu karnego, a czynnościami pozaprocesowymi, mogącymi zarazem – przy spełnieniu określonych warunków – wywoływać po ich wprowadzeniu do materiału dowodowego w wyniku czynności przeprowadzenia dowodów określone skutki procesowe⁴¹. Stąd też jedynym sposobem „wprowadzenia” dowodów stanowiących wynik tych czynności do materiałów sprawy (akt postępowania) jest złożenie wniosku o przeprowadzenie dowodu na wybranym przez wnioskodawcę etapie postępowania, podlegającego ocenie w trybie i na podstawie art. 170 k.p.k.

Nieco inaczej przedstawia się charakter czynności polegających na wyszukiwaniu dowodów, zbieraniu informacji o dowodach oraz gromadzeniu dowodów w świetle nowelizacji z 27 września 2013 r. Przyjęte w noweli rozwiązania, w szczególności zaś regulacje zawarte w art. 168a k.p.k. oraz art. 393 § 3 k.p.k., mogą być bowiem interpretowane – co sygnalizowano już powyżej – jako ustawowa podstawa rekonstrukcji zasady swobody dowodzenia, wyrażonej w szczególności *a contrario* w treści art. 168a k.p.k., oraz otwierać perspektywę do próby zaliczenia tego typu działań do kategorii czynności quasi-procesowych⁴². W szczególności taka możliwość rysuje się w odniesieniu do dowodów z oświadczeń, listów, notatek oraz tzw.

³⁸ A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 205.

³⁹ Zob. interesujące uwagi D. Drązewicza, *Ocena opinii biegłego w postępowaniu karnym*, PS 2014, nr 6, s. 76 i n.

⁴⁰ Taki charakter czynności związanych z tzw. dowodami prywatnymi wskazuje jednoznacznie A. Bojańczyk, akcentując różnicę między przeprowadzeniem dowodów a dowodem prywatnym i podkreślając, że „dowodów prywatnych nie wolno więc łączyć z samym przeprowadzeniem dowodu. (...) Przeprowadzenie dowodu jest pojęciem normatywnym” – *Dowód prywatny*, s. 205.

⁴¹ Sformułowanie „przeprowadzenie dowodu” rozumiem zgodnie z propozycją definicyjną przedstawioną przez A. Bojańczyka jako „szczególnie, procesowo kwalifikowane wprowadzenie danego dowodu do podstawy dowodowej (zbioru dowodów, na podstawie których należy rozstrzygać kwestię odpowiedzialności karnej podsądnego, a także inne kwestie podlegające rozstrzygnięciu w postępowaniu karnym, w tym zagadnienia o charakterze incydentalnym” – *Dowód prywatny*, s. 205.

⁴² Alternatywa wynika ze sposobu rozumienia czynności procesowej. Jeśli przyjąć, że czynność procesowa to zachowanie uczestnika wywołujące skutki procesowe, to w takim ujęciu za czynność procesową można uznać zarówno zachowania wywołujące bezpośrednio skutki procesowe, jak i zachowania wywołujące skutki procesowe pośrednio, w szczególności zaś w związku z inną, formalną czynnością, która nie zmienia merytorycznego charakteru i znaczenia czynności uprzedniej, ma jednak charakter konieczny w tym znaczeniu, że bez jej przeprowadzenia nie można wywołać skutecznie określonych relewantnych procesowo konsekwencji. Kwestia sposobu rozumienia pojęcia „czynności procesowej” oraz kwalifikacji czynności podejmowanych przez uczestników postępowania w związku z tzw. pry-

opinii prywatnych, które mogą być gromadzone, sporządzane lub zlecane przez niemających statusu organów procesowych uczestników postępowania, a następnie wprowadzane do procesu (przeprowadzane) poprzez czynność odczytania uregulowaną w art. 393 § 3 k.p.k.⁴³

Regulacje zawarte w art. 168a k.p.k. oraz w art. 393 § 3 k.p.k. stanowią podstawę do modyfikacji przedstawionego powyżej stanowiska co do statusu prawnego oraz sposobu przeprowadzania tzw. dowodów prywatnych w dwóch obszarach: podstawy oraz charakteru czynności polegających na wyszukiwaniu, zbieraniu informacji i gromadzeniu dowodów oraz sposobu „wprowadzania” tak uzyskanych danych, informacji i dowodów do procesu karnego.

Ze wskazanych wyżej przepisów można wywodzić potwierdzenie możliwości podejmowania przez obrońcę oraz innych nieinstytucjonalnych uczestników procesu w trybie pozaprocessowym czynności związanych z wyszukiwaniem dowodów, zbieraniem informacji i gromadzeniem dowodów. Choć powołane przepisy nie statuują *expressis verbis* prawa do wykonywania takich czynności przez obrońcę lub innych uczestników procesu, to nie tylko brak zakazu, ale wręcz dopuszczalność ich realizacji można z tych przepisów wyinterpretować. Obie regulacje stanowią bowiem wyraz rozstrzygnięcia prawodawcy o dopuszczeniu wykorzystywania w kontradiktoryjnym procesie karnym tzw. dowodów prywatnych⁴⁴. Artykuł 393 § 3 k.p.k.

watną opinią w kontekście możliwości zaliczenia ich do kategorii czynności procesowych stanowić będzie przedmiot uwag zamieszczonych w dalszej części tekstu.

⁴³ W uzasadnieniu projektu nowelizacji k.p.k. wskazano, że „elementarnym warunkiem kontradiktoryjności postępowania sądowego jest równa pozycja spierających się stron”. Jest jednak oczywiste, że takiej pełnej równości pomiędzy oskarżycielem i oskarżonym nie da się w postępowaniu sądowym osiągnąć. Z jednej strony jest tak dlatego, że oskarżony jest w pozycji uprzywilejowanej, ponieważ chroni go domniemanie niewinności, dzięki któremu jego racje sąd przyjąć musi bez dowodu, chyba że dowiedziono racji przeciwnych. Z drugiej jednak strony to oskarżony znajduje się na pozycji słabszej z uwagi na to, że ma niepomierne mniejsze możliwości przygotowania się do sporu w fazie poprzedzającej wniesienie aktu oskarżenia. Nie ma i nie może bowiem mieć możliwości prowadzenia sformalizowanego postępowania przygotowawczego i przeprowadzania w jego toku dowodów, które następnie przedstawiłby sądowi. „Wyrównanie szans” stron wymaga jednak uczynienia pewnego wyłomu od dotychczas obowiązującej zasady, według której na rozprawie sądowej nie wolno odczytywać dokumentów prywatnych powstałych poza postępowaniem karnym i dla jego celów (art. 393 § 3 k.p.k. *a contrario*). Proponuje się rezygnację z zawartego w tym przepisie ograniczenia zamkniętego w sformułowaniu „nie dla jego celów”, co w sposób istotny rozszerzy możliwości przygotowania się stron, w szczególności obrony, do czekającego je postępowania przed sądem (proj. art. 393 § 3 k.p.k.). Nie oznacza to jednak, że obrona będzie mogła bez ograniczeń prowadzić własne „postępowanie przygotowawcze”, albowiem czynności dokonane i udokumentowane w postępowaniu przygotowawczym będą mogły być w ograniczonym zakresie wykorzystywane jako podstawa dowodzenia przed sądem.

⁴⁴ Na przyjęcie zasady dopuszczalności wykorzystywania w procesie karnym tzw. dowodów prywatnych wyraźnie wskazuje się w uzasadnieniu projektu nowelizacji k.p.k., podnosząc w kontekście regulacji przewidzianej w art. 168a k.p.k., że „mając jednak na uwadze świadomość ryzyka, jakie wiąże się z dopuszczeniem w proponowany sposób «dowodów prywatnych», Komisja proponuje w sposób jasny ograniczyć możliwość wprowadzania do procesu dowodów, które zostały uzyskane z naruszeniem prawa, z tym, że niedopuszczalność ich wykorzystania proponuje się ukonstytuować jedynie do tych spośród nich, które pozyskano dla celów postępowania karnego, za pomocą czynu zabronionego (nowy proj. art. 168a k.p.k.). Wykluczać to musi możliwość instalowania na zalecenie strony procesowej podsłuchów czy dokonywania przeszukania. Proponowany art. 168a k.p.k. będzie miał także i ten walor, że określi granice dopuszczalności wykorzystania dowodów zaprezentowanych przez oskarżyciela, co obecnie w ogóle nie jest w Kodeksie postępowania karnego uregulowane i co jest źródłem poważnych rozbieżności w piśmiennictwie prawniczym”. Co do konstrukcji przyjętej w art. 168a k.p.k., jej związków, podobieństw i odmienności z przyjmowaną w systemach *common law* zasadą *fruits of the poisoned tree*, możliwych sposobów wykładni oraz związanych z tym wątpliwości zob. m.in. Z. Kwiatkowski, *Kilka uwag na tle art. 168a projektu zmian kodeksu postępowania karnego*, (w:) *Kontradiktoryjność w polskim procesie karnym*, red. P. Wiliński, Warszawa 2013, s. 203 i n.; K. Woźniewski, *Inicjatywa dowodowa sądu w świetle projektu k.p.k. – uwaga kilka*, (w:) *Kontradiktoryjność*, red. P. Wiliński, s. 234 i n.; D. Zając, *Problem dowodów*

w znowelizowanej wersji, regulując w sposób jednoznaczny podstawy do odczytania na rozprawie „wszelkich dokumentów prywatnych, powstałych poza postępowaniem karnym”, przesądza, że działania polegające na wyszukiwaniu takich dokumentów, pozyskiwaniu czy też ich tworzeniu, realizowane na przedpolu „właściwej czynności procesowej” polegającej na odczytaniu na rozprawie dokumentów wytworzonych poza postępowaniem karnym, są nie tylko niezakazane, lecz aprobowane przez prawodawcę. Wynika to nie tylko z treści powołanego przepisu, lecz także z istoty modelu procesu karnego, na którym oparta została regulacja przyjęta w noweli uchwalonej w dniu 27 września 2013 r. Sygnalizowano już powyżej, że wprowadzenie zwiększonej liczby elementów kontradiktoryjnych do postępowania jurysdykcyjnego, w szczególności zaś przyjęcie zasady, że w tym stadium procesu dowody przeprowadzane są przez strony po ich dopuszczeniu przez sąd⁴⁵, z oczywistych powodów opierać się musi na założeniu, że uczestnicy postępowania niemający statusu organów procesowych, pozbawieni z natury rzeczy możliwości przeprowadzania na wyrażonej podstawie ustawowej dowodów na

etapie przedjurysdykcyjnym, dla zachowania niezbędnej z punktu widzenia koncepcji rzetelnego procesu równości broni oraz zagwarantowania prawa do obrony z zachowaniem wyznaczonego przez standard konwencyjny i konstytucyjny poziomu⁴⁶ muszą posiadać prawną możliwość wykonywania czynności związanych z wyszukiwaniem dowodów, zbieraniem informacji oraz gromadzeniem dowodów, stwarzających podstawę do formułowania wniosków dowodowych otwierających perspektywę do przeprowadzenia przed sądem dowodów na korzyść oskarżonego⁴⁷. Z oczywistych powodów te same uprawnienia winny zostać zagwarantowane pokrzywdzonemu. Takie regulacje służyć mają nie tylko zachowaniu zasady równości stron procesu, ale także stworzeniu przesłanek umożliwiających efektywną realizację zasady prawdy materialnej⁴⁸. Skoro bowiem w stadium jurysdykcyjnym dowody przeprowadzane są przez strony po ich dopuszczeniu przez sąd, to koniecznym warunkiem przeprowadzenia dowodów przez strony jest dysponowanie odpowiednią wiedzą na temat tego, co w konkretnej sprawie może być źródłem dowodowym, jakie informacje mogą z tego źródła wynikać,

pozyskiwanych w postępowaniu przygotowawczym – równowaga broni czy zaburzenie kontradiktoryjności?, (w:) *Kontradiktoryjność*, red. P. Wiliński, s. 481 i n.

⁴⁵ Zasadę taką statuuje zmodyfikowany art. 167 § 1 k.p.k., zgodnie z którym „w postępowaniu przed sądem, które zostało wszczęte z inicjatywy strony, dowody przeprowadzane są przez strony po ich dopuszczeniu przez prezesa sądu, przewodniczącego lub sąd”.

⁴⁶ Zob. w tej kwestii P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2004, s. 126 i n. oraz powołana tam literatura i orzecznictwo.

⁴⁷ Trafnie w powyższym kontekście podkreśla A. Bojańczyk, że „prawidłowa realizacja obowiązków procesowych obrońcy lub pełnomocnika w postępowaniu karnym jest możliwa wtedy tylko, gdy obrońca lub pełnomocnik strony wcześniej przebadania potencjalnego świadka w celu usunięcia wszelkich wątpliwości co do charakteru zeznania tego świadka i jego znaczenia z punktu widzenia interesów procesowych mandanta” – *Dowód prywatny*, s. 245. Autor ten trafnie także wskazuje, że to raczej zaniechanie uprzedniego zbadania świadka przed jego sądowym przesłuchaniem może być deliktem dyscyplinarnym, a nie zbieranie dowodów (w tym również poszukiwanie i wstępne badanie świadków) na własną rękę – tamże, s. 245–246.

⁴⁸ Co do sposobów interpretacji zasady prawdy materialnej na gruncie polskiej regulacji procesowej, związanych z tym kontrowersji oraz znaczenia wprowadzonych przez nowelę z dnia 27 września 2013 r. regulacji do objaśnienia istoty, znaczenia i dyrektywalnego charakteru zasady prawdy zob. szerzej P. Kardas, *Zasada prawdy materialnej w perspektywie korespondencyjnej, koherencyjnej, pragmatycznej i konsensualnej teorii prawdy. (Kilka uwag na tle propozycji nowego ujęcia przepisów dotyczących postępowania dowodowego przed sądem pierwszej instancji oraz postępowania dowodowego w toku postępowania przygotowawczego)*, (w:) *Kontradiktoryjność*, red. P. Wiliński, s. 174 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

a w konsekwencji jakie znaczenie określony dowód może mieć dla prowadzonego postępowania karnego⁴⁹. Zakładając, że postępowanie jurysdykcyjne ma co do zasady przybierać postać sporu dwóch przeciwstawnych stron, prowadzonego na podstawie wnioskowanych i przeprowadzanych przez te strony przed niezwisłym i bezstronnym sądem dowodów, konieczne było co najmniej ogólne uregulowanie kwestii związanej z wyszukiwaniem dowodów, zbieraniem o nich informacji oraz ich gromadzeniem w odniesieniu do uczestników postępowania niemających statusu organu procesowego. Szczególnie istotne było rozstrzygnięcie tej kwestii w odniesieniu do podejrzanego (oskarżonego) i obrońcy, którzy nie dysponują możliwościami dokonywania czynności związanych z dowodami w ramach sformalizowanego przedjurysdykcyjnego etapu procesu. W tym stanie rzeczy konkludentne potwierdzenie przez prawodawcę możliwości dokonywania czynności polegających na wyszukiwaniu dowodów, zbieraniu informacji o dowodach oraz ich gromadzeniu przez podejrzanego (oskarżonego) i jego obrońcę traktować należy jako stworzenie charakterystycznej dla kontrydiktoryjnego procesu przeciwwagi dla uprawnień prokuratora uregulowanych w przepisach dotyczących postępowania przygotowawczego. Prawo do wykonywania czynności związanych z dowodami przez uczestników postępowania niemających statusu organów procesowych stanowi naturalne dopełnienie regulacji, zgodnie z którą przedjurysdykcyjny etap procesu ma na celu zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów w zakresie niezbędnym do stwierdzenia zasadności wniesienia aktu oskarżenia albo innego zakończenia postępowania, jak również do przedstawienia wniosku o dopuszczenie

tych dowodów i przeprowadzenie ich przed sądem. W tym stadium procesu inni uczestnicy postępowania pozbawieni są pełnych instytucjonalnych możliwości przeprowadzania na podstawie i w granicach przepisów prawa wymienionych wyżej czynności dowodowych, nie mają również możliwości zabezpieczania i utrwalania dowodów w inny sposób. Jedyłą podstawą do zagwarantowania realnej możliwości korzystania z uprawnień przewidzianych w art. 167 § 1 k.p.k. jest przyjęcie jednoznacznego, aprobującego stanowiska co do możliwości wyszukiwania, zbierania informacji, gromadzenia oraz utrwalania we właściwy sposób dowodów w trybie czynności pozaprocessowych.

Znowelizowane przepisy regulują ponadto dwie niezwykle istotne kwestie związane z transpozycją czynności polegających na wyszukiwaniu dowodów, gromadzeniu informacji o dowodach, zabezpieczeniu i utrwalaniu dowodów realizowanych poza postępowaniem karnym na grunt procesu karnego. Po pierwsze, art. 168a k.p.k. rozstrzyga zagadnienie zakresu dopuszczalności przeprowadzenia w procesowo określonej formie dowodów, eliminując możliwość wykorzystywania dowodów pozyskanych dla celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego. Jakkolwiek powołany przepis nie ustanawia zakazu wykonywania takich czynności na etapie pozaprocessowym⁵⁰, to w sposób jednoznaczny przesądza o ich procesowej nieprzydatności. Po wtóre, art. 393 § 3 k.p.k. reguluje sposób wprowadzania tzw. dowodów prywatnych pozyskanych poza postępowaniem karnym do procesu, przesądzając, że dokonuje się to w odniesieniu do dowodów z dokumentów przez czynność odczytania dokumentów prywatnych na rozprawie, w odniesieniu zaś do

⁴⁹ Ma to istotne znaczenie z perspektywy specyficznego i swoistego „zakazu dowodowego” związanego immanentnie z prawem do obrony w postaci nakazu podejmowania przez obrońcę czynności jedynie na korzyść oskarżonego, z czym skorelowany jest zakaz podejmowania czynności na niekorzyść. Przestrzeganie tej zasady przez obrońcę w procesie opartym na zasadzie przeprowadzania dowodów przez strony na ich wniosek, po dopuszczeniu przez sąd, wymaga znajomości nie tylko źródeł dowodowych, ale także treści dowodu i oceny ich znaczenia z punktu widzenia interesu procesowego mandanta.

⁵⁰ Zakazy przeprowadzania takich czynności wynikają natomiast z przepisów prawa karnego materialnego.

dowodów osobowych – przez czynność przesłuchania świadków, biegłych *etc.* po uprzednim dopuszczeniu tej czynności dowodowej przez sąd w wyniku uwzględnienia złożonego przez uczestnika postępowania wniosku dowodowego na podstawie art. 167 § 1 k.p.k. Można – jak się wydaje – w powyższym kontekście sformułować wymagającą oczywiście weryfikacji hipotezę, że przepis art. 393 § 3 k.p.k. przewiduje możliwość „bezpośredniego” wprowadzenia do akt sprawy dowodów z dokumentów (oświadczeń, publikacji, notatek, listów), zaś art. 167 § 1 k.p.k. w zw. z art. 170 k.p.k. możliwość „pośredniego” wprowadzenia do akt sprawy dowodów osobowych, które wymagają złożenia wniosku o przeprowadzenie takiego dowodu, po dopuszczeniu przez sąd wykonania tej czynności procesowej.

O ile sposób i forma „wprowadzania” do procesu karnego dowodów osobowych, co do których informacje pozyskano poza procesem karnym, nie wykazuje specyficznych właściwości, w istocie bowiem w tym przypadku czynności polegające na wyszukaniu, zebraniu informacji, zgromadzeniu dowodów mają charakter pozaprocesowy, przeprowadzenie dowodów opiera się zaś na ogólnych zasadach⁵¹, o tyle wprowadzanie dowodów z dokumentów pozyskanych poza postępowaniem karnym poprzez ich odczytanie w trybie nowelizowanego art. 393 § 3 k.p.k. ma bez wątpienia specyficzny charakter. Nie wchodząc głębiej w próbę wyliczenia dokumentów prywatnych, jakie mogą zostać odczytane w trybie art. 393 § 3 k.p.k.⁵², warto wskazać, że poza wymienionymi w tym przepisie oświadczeniami, publikacjami, listami czy notatkami, na podstawie omawianego przepisu może również zostać odczytana sporządzona na zlecenie uczestnika postępowania tzw. opinia prywatna dotycząca kwestii wymagających wiadomości specjalnych.

Możliwość odczytania sporządzonej na zlecenie obrońcy lub podejrzanego (oskarżonego) tzw. opinii prywatnej w trybie art. 393 § 3 k.p.k. wymaga rozstrzygnięcia kilku kwestii związanych z przyjętym przez projektodawców sposobem regulacji. Szczególne znaczenie zdają się mieć dwa problemy: sposób ukształtowania zakresu, metody oraz przedmiotu tzw. opinii prywatnej oraz status procesowy tego dokumentu po wprowadzeniu go do materiału postępowania poprzez odczytanie na rozprawie w trybie art. 393 § 3 k.p.k.

Na gruncie obowiązujących przepisów opinia biegłego ma status dowodu szczególnego⁵³. Przeprowadzenie tego dowodu wymaga wydania postanowienia organu procesowego, jest ponadto uwarunkowane spełnieniem wielu przesłanek formalnych. Takie usytuowanie dowodu z opinii biegłego w polskiej procedurze karnej sprawia, że nieinstytucjonalni uczestnicy procesu – podejrzany lub oskarżony i jego obrońca, ale także pokrzywdzony i jego pełnomocnik – nie dysponują w zasadzie żadnymi możliwościami przeprowadzenia tego dowodu z własnej inicjatywy i wedle własnych założeń. Jediną drogą do uzyskania tego szczególnego dowodu lub modyfikacji jego treści jest procedura wniosków dowodowych składanych do właściwego organu procesowego. W zakresie tzw. opinii prywatnych wedle aktualnie rozpowszechnionego poglądu nieinstytucjonalne strony procesu mają możliwość zlecenia osobom posiadającym wiadomości specjalne opracowania opinii. Jednak taki dokument ma status dokumentu prywatnego sporządzonego dla celów postępowania karnego i z tego m.in. powodu na gruncie art. 393 § 3 k.p.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji nie może zostać odczytany na rozprawie. Jedinym sposobem wprowadzenia tzw. opinii prywatnej do materiałów procesowych pozostaje zatem złożenie tego dokumentu do akt sprawy jako

⁵¹ Por. interesujące uwagi A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 525 i n.

⁵² Zob. szerzej interesujące rozważania A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 432 i n.

⁵³ Zob. w szczególności T. Tomaszewski, *Dowód z opinii biegłego w procesie karnym*, Kraków 2000, *passim*. Por. też D. Drajewicz, *Ocena opinii biegłego*, s. 76 i n.

tw. informacji o dowodzie oraz uzasadnienia wniosku o dopuszczenie dowodu z przesłuchania autora opinii w charakterze świadka co do okoliczności objętych jej treścią⁵⁴. Jak widać, tzw. opinia prywatna była i pozostaje na gruncie obowiązujących przepisów procesowych dokumentem o nieklarownym statusie, którego wykorzystanie jako podstawy ustaleń sądu jest nad wyraz kłopotliwe.

Wprowadzenie na mocy nowelizacji z 27 września 2013 r. przepisów art. 168a oraz modyfikacja art. 393 § 3 k.p.k. mogą stanowić podstawę do zmiany ujęcia prawnego statusu, sposobu sporządzania i wykorzystywania w procesie tzw. prywatnej opinii biegłego.

Z punktu widzenia sposobu sporządzenia tzw. opinii prywatnej – z uwagi na dopuszczalność podejmowania przez obrońcę pozaprosesowych czynności mających na celu wyszukiwanie informacji o dowodach, gromadzenie tych informacji, zabezpieczenie dowodów w niezbędnym zakresie, wreszcie sporządzanie dokumentów mających znaczenie z punktu widzenia procesu dowodzenia – przyjęć należy, że dopuszczalne jest zlecenie przez obrońcę lub pełnomocnika pokrzywdzonego osobie dysponującej wiadomościami specjalnymi, wpisanej na listę biegłych prowadzoną przez prezesa sądu okręgowego lub niewpisanej na listę i pełniącej funkcję biegłego *ad hoc* albo instytucji naukowej lub specjalistycznej sporządzenia w formie pisemnej opinii co do okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, których ustalenie lub ocena wymagają wiadomości specjalnych⁵⁵.

Jakkolwiek znowelizowane przepisy nie odnoszą się do trybu i sposobu zlecenia przez obrońcę lub pełnomocnika pokrzywdzonego sporządzenia tzw. opinii prywatnej, to wydaje się, że w tym zakresie można postulować odpowiednie stosowanie przepisów art. 193 i n. k.p.k. W konsekwencji jeśli tzw. opinia prywatna ma

być dokumentem procesowo przydatnym, formułowane przez obrońcę lub pełnomocnika pokrzywdzonego zlecenie sporządzenia tzw. opinii prywatnej winno – analogicznie jak postanowienie o powołaniu biegłego wydawane w trybie art. 194 k.p.k. – zawierać wskazania co do osoby lub instytucji, której powierza się sporządzenie opinii, charakterystykę zakresu zlecanych osobie posiadającej wiadomości specjalne analiz, wykaz problemów poddawanych ocenie, określenie płaszczyzn oceny, zagadnień i problemów stanowiących przedmiot analiz, stawianych pytań, wreszcie sugerowanej metodologii. Innymi słowy, podstawą sporządzenia tzw. opinii prywatnej winna być oparta na wskazanych przepisach „prywatna odezwa” do biegłego, stwarzająca możliwość ukształtowania przez zlecającego, w sposób nienaruszający przepisów prawa oraz odpowiadający wiedzy specjalistycznej, zakresu opinii, wymagających rozstrzygnięcia kwestii, wykorzystywanej metodologii oraz płaszczyzn analizy. W tej perspektywie kształt opinii, jej przedmiot i zakres analizy określane są przez zlecającego sporządzenie takiej opinii uczestnika procesu. Jest zupełnie oczywiste, że sporządzenie tzw. opinii prywatnej wymaga zachowania przez biegłego standardu metodologicznej nienaganności oraz merytorycznej poprawności opinii. W tym zakresie wykluczona jest możliwość jakiegokolwiek ingerencji ze strony zlecającego jej sporządzenie uczestnika procesu.

Sporządzona przez osobę posiadającą wiadomości specjalne tzw. opinia prywatna ma na gruncie znowelizowanych przepisów status dokumentu prywatnego, o którym mowa w art. 393 § 3 k.p.k. Taki status tzw. opinii prywatnej umożliwia jej wprowadzenie do materiału postępowania jako specyficznego środka dowodowego, poprzez czynność odczytania w trybie znowelizowanego art. 393 § 3 k.p.k.⁵⁶ W tym zakresie na gruncie znowelizowanych

⁵⁴ Zob. uwagi D. Drajewicza, *Ocena opinii biegłego*, s. 76 i n.

⁵⁵ Szerzej w tej kwestii A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 474 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

⁵⁶ Por. też stanowisko: A. Lacha, *Ocena projektu ustawy o zamianie ustawy Kodeks postępowania karnego i niektórych*

przepisów można mówić o istotnej zmianie regulacji dotyczących tzw. opinii prywatnej⁵⁷.

Wątpliwości wywołuje natomiast prawny charakter takiego dokumentu w perspektywie regulacji odnoszącej się do dowodu z opinii biegłego. Wskazanej wyżej zmianie sposobu wprowadzania do akt sprawy tzw. opinii prywatnej nie towarzyszą bowiem żadne modyfikacje przepisów rozdziału 22 k.p.k., dotyczących dowodu z opinii biegłego. W szczególności nie zmieniono treści art. 194 k.p.k., stanowiącego, że o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego decyduje organ procesowy, wydając w tym zakresie postanowienie. Ten przepis przesądza, że z formalnoprocesowego punktu widzenia żaden dokument powstały w innym niż określony w art. 194 k.p.k. trybie nie może zostać uznany za dowód z opinii biegłego. Niczego w tym zakresie nie zmienia nowa treść art. 393 § 3 k.p.k. W związku z powyższym wydaje się, że z uwagi na treść art. 194 i 200 § 1 k.p.k. nie sposób wprowadzonego w trybie art. 393 § 3 k.p.k. do akt sprawy dokumentu w postaci tzw. opinii prywatnej uznać za dowód z opinii biegłego, o którym mowa w rozdziale 22 k.p.k. Jest to – jak się wydaje – specyficzny dowód z dokumentu prywatnego sporządzonego przez osobę posiadającą wiadomości specjalne co do okoliczności istotnych z punktu widzenia rozstrzygnięcia sprawy wymagających skorzystania z takich właśnie wiadomości, opartego na

specjalistycznej wiedzy oraz właściwej metodologii, jednak formalnie niebędącego dowodem z opinii biegłego.

W powyższym kontekście można – jak się wydaje – twierdzić, że sposób i zakres wykorzystywania w kontradiktoryjnym procesie karnym tzw. opinii prywatnych uzależniony będzie od wielu czynności weryfikujących metodologiczną nienagannosc i merytoryczną poprawność tego szczególnego dokumentu.

Mimo braku stosownych uregulowań szczegółowych zasadny wydaje się postulat poddania wprowadzonego do materiałów sprawy szczególnego dowodu z prywatnego dokumentu w postaci tzw. opinii prywatnej ocenie sądu na podstawie przewidzianych w Kodeksie postępowania karnego zasad oceny dowodu z opinii biegłego. W szczególności dokonania oceny metodologicznej nienagannosci oraz merytorycznej poprawności, a także zupełności, jasności i niesprzeczności tzw. opinii prywatnej. Spojrzenie na tzw. opinię prywatną w zarysowanej powyżej perspektywie sprawia, że na gruncie znowelizowanych przepisów doszukiwać się można podstaw do przeprowadzenia przez sąd pogłębionej merytorycznej i metodologicznej analizy dokumentu zawierającego tzw. opinię prywatną. Służyć temu może m.in. przesłuchanie na wniosek strony autora opinii na rozprawie w celu wyjaśnienia wątpliwości,

innych ustaw. Przed pierwszym czytaniem, „Biuro Analiz Sejmowych” 2013, nr 1, s. 69 i n. oraz D. Drajewicza, *Ocena opinii biegłego*, s. 85–86.

⁵⁷ Z punktu widzenia tzw. opinii prywatnej utrudniona jest – jak się wydaje – możliwość skorzystania z ustnej formy złożenia opinii, z uwagi na pozostawienie bez zmian art. 194 i art. 200 § 1 k.p.k. Odmiennie kwestię tę ujmuje się w uzasadnieniu projektu, podkreślając, że „strona zatem będzie miała możliwość złożenia wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego (który sporządził dla obrony opinię) i przesłuchania go przed sądem, jeśli sąd dowód ten dopuści”. Nie jest jednak jasne, w jakim trybie ma zostać przesłuchany autor tzw. opinii prywatnej. Co prawda bowiem art. 200 § 1 k.p.k. stwarza możliwość złożenia przez biegłego opinii ustnie, jednak nie zmienia to zasad dopuszczania dowodu z opinii biegłego, co wymaga zgodnie z treścią art. 174 k.p.k. wydania postanowienia przez sąd oraz określenia w nim m.in. przedmiotu i zakresu ekspertyzy ze sformulowaniem w miarę potrzeby pytań szczegółowych. Tym samym gdyby przyjąć zaproponowany w uzasadnieniu projektu sposób dopuszczania dowodu z tzw. opinii prywatnej, należałoby postulować wydanie przez sąd po uwzględnieniu wniosku złożonego przez stronę postępowania postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego o treści odpowiadającej co do przedmiotu i zakresu opinii istniejącemu już, bo sporządzonemu na zlecenie strony, dokumentowi prywatnemu w postaci tzw. opinii prywatnej. Taki sposób procedowania wydaje się jednak na gruncie znowelizowanych przepisów wątpliwy. W takim jednak wypadku dowód ten byłby przeprowadzany przez sąd, na zasadzie wyjątku określonego w art. 167 § 1 *in fine* k.p.k., nie zaś przez stronę. Alternatywnie – wniosek strony o dopuszczenie dowodu z przesłuchania autora tzw. opinii prywatnej w charakterze świadka.

poszerzenia zakresu opinii lub wyjaśnienia jakichkolwiek innych kwestii związanych z tym dokumentem. Mając na uwadze funkcje tzw. opinii prywatnej w kontradiktoryjnym procesie karnym, nie naruszając zasad wykładni, można postulować, by procesowe znaczenie dokumentu zawierającego tzw. opinię prywatną opierać na pogłębionej merytorycznej i metodologicznej ocenie zawartych w niej wypowiedzi. W razie uznania przez organ procesowy, że opinia prywatna została sporządzona w sposób zupełny, spójny, niesprzeczny, na podstawie właściwej metodologii oraz w adekwatnym z punktu widzenia przedmiotu procesu zakresie, taki dokument można za równorzędny z merytorycznego punktu widzenia z opiniami sporządzonymi w trybie art. 193 i n. k.p.k. W konsekwencji zaś uczynić go jedną z podstaw rozstrzygnięcia przez sąd kwestii, dla których niezbędne są wiadomości specjalne. W razie wątpliwości, a w szczególności w wypadku stwierdzenia sprzeczności tzw. opinii prywatnej z opiniami sporządzonymi na zlecenie organów procesowych – przy spełnieniu wskazanych powyżej przesłanek – nie istnieją przeszkody, by dokonać czynności procesowych polegających na ponownym przesłuchaniu autorów opinii na rozprawie lub przeprowadzeniu konfrontacji. Oczywiście powyższe czynności co do zasady winny być realizowane przez strony po ich dopuszczeniu przez sąd.

Nie ma zarazem wątpliwości, że kierując się wskazanymi przez ustawodawcę przesłanka-

mi, sąd ma swobodę w procesowym wykorzystaniu tego dokumentu.

Wskazany wyżej procesowy sposób wykorzystywania tzw. opinii prywatnych jest tylko jedną z możliwych do sformułowania na gruncie znowelizowanych przepisów propozycji⁵⁸. Trzeba zarazem podkreślić, że w każdym z możliwych układów procesowych sporządzona na zlecenie obrońcy lub pełnomocnika pokrzywdzonego tzw. opinia prywatna pozostaje w sensie procesowym dokumentem prywatnym, którego status z formalnego punktu widzenia różni się od statusu opinii biegłego sporządzonej na podstawie postanowienia wydanego przez organ procesowy w trybie art. 194 k.p.k. Jeśli przeto intencją projektodawców było wprowadzenie możliwości wykorzystywania w kontradiktoryjnym procesie karnym tzw. opinii prywatnych, sporządzanych na zlecenie nieinstytucjonalnych stron procesowych, poprzez zrównanie statusu takiej opinii z opinią biegłego sporządzaną w trybie przewidzianym w rozdziale 22 k.p.k., to uchwalone w dniu 27 września 2013 r. regulacje nie mogą w pełni zagwarantować realizacji tego celu. Z tego punktu widzenia rozwiązania przyjęte w nowelizacji trudno uznać za przemyślane, konsekwentne i zupełne.

Niezależnie od sposobu rozwiązywania nad wyraz skomplikowanego zagadnienia procesowego statusu i sposobów wykorzystywania tzw. opinii prywatnych wskazać trzeba, że z uwagi na możliwość odczytania tzw. opinii prywatnej na rozprawie w trybie art. 393 § 3

⁵⁸ Nieco inaczej kwestię tę ujmuje się w uzasadnieniu projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, wskazując, że „ograniczenie to [przewidziane w art. 174 k.p.k. – dop. P.K.] nie będzie już jednak dotyczyło innych dowodów, takich jak na przykład opinie biegłych, czy oględziny, które będą mogły być dokumentowane przez stronę lub na jej zlecenie, a odpowiednia dokumentacja (np. opinia «biegłego», nagranie video dokumentujące oględziny rzeczy lub miejsca) będzie mogła być przedłożona sądowi. Oczywiście, priorytetem nadal pozostanie bezpośrednie przeprowadzenie, czy zweryfikowanie dowodu na rozprawie. Strona zatem będzie miała możliwość złożenia wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego (który sporządził dla obrony opinie) i przesłuchania go przed sądem, jeśli sąd dowód ten dopuści. Także dowody rzeczowe strona powinna sądowi zaprezentować na rozprawie (i pozostałym stronom, a w razie potrzeby – świadkom i biegłym), jeśli jest to fizycznie możliwe, stosownie do art. 395 k.p.k.” – bip.ms.gov.pl/p/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-odeks-postepowania-karnego/uzasadnienie. Zob. też stanowisko A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 474 i n.; A. Lacha, *Ocena projektu ustawy*, s. 69 i n. oraz D. Drajewicza, *Ocena opinii biegłego*, s. 85–86.

k.p.k. dochodzi w tym zakresie do wyraźnego wzmocnienia pozycji nieinstytucjonalnych stron postępowania. Mimo że znowelizowane przepisy Kodeksu postępowania karnego nie stwarzają możliwości przeprowadzenia przez uczestnika procesu niebędącego organem

procesowym dowodów z opinii biegłego na potrzeby postępowania karnego⁵⁹, to jednak z uwagi na wskazane wyżej okoliczności można twierdzić, że w tych przypadkach pozaprocesowe czynności obrońcy w istotnym stopniu kształtują ten rodzaj dowodu⁶⁰.

⁵⁹ Jednoznacznie wyklucza się taką możliwość także w uzasadnieniu projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego – bip.ms.gov.pl/p/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-kodeks-postepowania-karnego/uzasadnienie

⁶⁰ Zob. interesujące uwagi A. Bojańczyka kreślone jeszcze przed przedstawieniem propozycji regulacji zawartych w art. 168a i art. 393 § 3 k.p.k. w brzmieniu nadanym nowelą z 27 września 2013 r. – *Dowód prywatny*, s. 474 i n.