

## PODSTAWY I OGRANICZENIA PRZEPROWADZANIA ORAZ WYKORZYSTYWANIA W PROCESIE KARNYM TZW. DOWODÓW PRYWATNYCH

1. Uchwalona w dniu 27 września 2013 r. tzw. wielka nowelizacja polskiej procedury karnej z uwagi na poszerzenie zakresu kontradyktoryjności postępowania dowodowego na etapie jurysdykcyjnym w nowym świetle stawia problem tzw. „dowodów prywatnych” w postępowaniu karnym<sup>1</sup>. Zmieniając zasady przeprowadzania dowodów poprzez przeniesienie kompetencji w tym zakresie na strony procesu, sprawia, że przeprowadzenie dowodu przestaje być czynnością związaną przede wszystkim z aktywnością organu procesowego lub instytucjonalnych uczestników postępowania. Gromadzenie, przeprowadzanie i wykorzystywanie dowodów w znacznej części na gruncie znowelizowanych przepisów łączy się z aktywnością nieinstytucjonalnych (prywatnych<sup>2</sup>) stron procesu. Tym samym z tego punktu widzenia, jeśli pojęcie dowodu

prywatnego łączyć – zgodnie z formułowanymi w tym zakresie w piśmiennictwie propozycjami – właśnie z podejmowanymi przez nieinstytucjonalnych (prywatnych) uczestników procesu czynnościami polegającymi na zdobywaniu informacji o środkach dowodowych, ich wyszukiwaniu, gromadzeniu, zbieraniu, zabezpieczeniu, utrwalaniu, wytwarzaniu lub zleceniu sporządzenia dla celów postępowania karnego – to na gruncie znowelizowanych przepisów zasadne wydaje się posługiwanie pojęciem „dowody prywatne”, jako terminem z jednej strony porządkującym złożoną i w znacznej części charakteryzującą się elementem nowości problematykę prawa dowodowego, z drugiej zaś stwarzającym podstawy do wyodrębnienia i uporządkowania zagadnień związanych z podstawami oraz granicami czynności dowodowych realizowanych przez

<sup>1</sup> Co do pojęcia „dowody prywatne” zob. w szczególności A. Bojańczyk, *Dowód prywatny w postępowaniu karnym w perspektywie prawoporównawczej*, Warszawa 2011.

<sup>2</sup> Chodzi tutaj o status podmiotu będącego uczestnikiem postępowania karnego. Z jednej bowiem strony uczestnikami postępowania karnego są podmioty instytucjonalne, publiczne, których status i zasady funkcjonowania określają przepisy zaliczane do sfery prawa publicznego, z drugiej nieinstytucjonalne strony, tj. podejrzany, oskarżony, pokrzywdzony, których w żadnym zakresie nie można zaliczyć do kategorii podmiotów, których status regulowany jest przez przepisy prawa publicznego. Jakkolwiek wszystkie czynności podejmowane przez organy procesowe i instytucjonalne oraz nieinstytucjonalne strony procesu regulowane są przez Kodeks postępowania karnego oraz przepisy wykonawcze, bez wątplenia zaliczane do sfery prawa publicznego, to jednak nie zmienia to niczego z punktu widzenia ich statusu. W tym kontekście można – jak się wydaje – posługiwać się pojęciami „prywatna” lub „nieinstytucjonalna strona procesu”, a w dalszej konsekwencji pojęciem „dowód prywatny”, jako określeniem odnoszącym się do dowodów wyszukiwanych, zgromadzonych, zabezpieczonych, wytworzonych lub przeprowadzonych przez nieinstytucjonalne strony procesu. Inną kwestią, wymagającą szerszych analiz, jest problem znaczenia podziału stron procesu na instytucjonalne i nieinstytucjonalne oraz funkcji pojęcia „dowody prywatne” i skorelowanego z nim terminu „dowody publiczne”. Z zagadnieniem tym wiąże się problem statusu i funkcji pełnionych przez prawnych przedstawicieli nieinstytucjonalnych stron procesu – obrońców i pełnomocników, w tym również znaczenie sposobu rozstrzygania tych kwestii dla funkcji, znaczenia oraz przydatności wykorzystywania w analizach z zakresu dogmatyki prawa procesowego pojęcia „dowód prywatny”. Przedstawienie chociażby skrótowych uwag dotyczących tych zagadnień przekracza ramy niniejszego opracowania. 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.

nieinstytucjonalnych uczestników postępowania karnego<sup>3</sup>.

2. Dostrzegając teoretyczną, dogmatyczną i pragmatyczną użyteczność wyodrębnienia kategorii tzw. dowodów prywatnych oraz posługiwania się tym pojęciem w analizach poświęconych prawu procesowemu, nie można stracić z pola widzenia, że problematyka tzw. dowodów prywatnych oraz podstaw ich wprowadzania i wykorzystywania w procesie karnym, a także ewentualnych ograniczeń w tym zakresie ma na gruncie polskiego systemu prawa szczególnie instytucjonalny i dogmatyczny kontekst. Z uwagi na historyczne zaszczości w polskim piśmiennictwie i orzecznictwie w zasadzie nie funkcjonuje ani pojęcie „dowodów prywatnych”, ani też łączące się z nim ewentualne ograniczenia wprowadzania i wykorzystywania takich dowodów w pro-

cesie karnym<sup>4</sup>. Wynika to ze specyficznego ukształtowania polskiego procesu karnego. Obowiązujące w Polsce regulacje proceduralne oparte są bowiem na tzw. mieszanym – inkwizycyjno-kontradycyjnym – modelu procesu, w ramach którego wyraźnie wyróżnia się trzy jego stadia, poddawane ścisłej regulacji ustawowej: przedjurysdykcyjne (określane na gruncie polskiej procedury jako postępowanie przygotowawcze), jurysdykcyjne oraz wykonawcze. Pomijając przedstawienie dalszych podziałów wewnętrznych wymienionych etapów procesu<sup>5</sup>, wskazać trzeba, że w każdym z nich szczególną pozycję, funkcje oraz zadania pełnią organy publiczne. W stadium przedjurysdykcyjnym funkcję organu prowadzącego sprawuje prokurator, w stadium jurysdykcyjnym i wykonawczym sąd. Trzeba podkreślić, że w postępowaniu przygotowawczym pro-

<sup>3</sup> W tym sensie uchwalona w dniu 27 września nowelizacja k.p.k. stanowi dodatkowy, normatywny argument przemawiający za zasadnością posługiwania się pojęciem „dowód prywatny” w polskim piśmiennictwie karnoprocesowym. O teoretycznoprawnym i dogmatycznym uzasadnieniu wykorzystywania tego pojęcia, jako terminu porządkującego analizy dotyczące problematyki dowodowej w procesie karnym, mogący mieć także – w razie wprowadzenia stosownych zmian – znaczenie dla praktyki stosowania prawa, interesująco pisał przed uchwaleniem noweli do k.p.k. A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, Warszawa 2011, s. 177 i n. Warto odnotować, że pojęciem dowodu prywatnego posłużył się K. Zgryzek w opinii dotyczącej projektu nowelizacji Kodeksu postępowania karnego – zob. K. Zgryzek, *Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw z projektami aktów wykonawczych*, (w:) *Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw*, Biuro Analiz Sejmowych Kancelaria Sejmu, Warszawa 2013, 1/2013, druk sejmowy nr 870, s. 11.

<sup>4</sup> W piśmiennictwie wskazuje się, że przez lata w polskiej literaturze i orzecznictwie prawnoprocesowym w zasadzie nie posługiwano się pojęciem „dowód prywatny”. Termin ten nie ma charakteru normatywnego, w szczególności nie posługuje się nim ustawa procesowa w obowiązującym brzmieniu, nie wprowadza go także wielka nowelizacja k.p.k. uchwalona w dniu 27 września 2013 r. Dopiero w pierwszym dziesięcioleciu XXI wieku w polskim piśmiennictwie pojawiły się próby wprowadzenia tego pojęcia do analiz doktrynalnych z zakresu procedury karnej. Co do pojęcia „dowód prywatny” oraz kontekstu, w jakim termin ten wykorzystywany jest w polskim piśmiennictwie procesowym, zob. szerzej A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 177 i n. Zob. też: R. Kmieciak, *Dowodny prywatny i ich gromadzenie w sprawach karnych*, PIP 2004, z. 5, s. 23 i n.; A. Bojańczyk, *W kwestii dowodu z dokumentów prywatnych w procesie karnym*, PIP 2004, z. 8, s. 105 i n.; A. Bojańczyk, *Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności niektórych dowodów prywatnych w postępowaniu karnym*, „Palestra” 2004, nr 9–10, s. 44 i n.; G. Bucioń, *Dopuszczalność gromadzenia i wykorzystywania „dowodów prywatnych” w procesie karnym*, PSZ 2009, nr 7–8, s. 190 i n.; K. Dudka, *Dopuszczalność tak zwanych dowodów prywatnych a realizacja zasady prawdy materialnej*, (w:) *Zasada prawdy materialnej*, red. Z. Sobolewski, G. Artymiak, Warszawa 2006, s. 347 i n.; A. Taracha, *O dowodach prywatnych w świetle konstytucji – uwagi polemiczne*, „Palestra” 2005, nr 1–2, s. 95 i n. Co do ograniczeń związanych z przeprowadzaniem i wykorzystywaniem dowodów w procesie, w szczególności zaś dowodów uzyskanych nielegalnie (z naruszeniem prawa), por. też A. Bojańczyk, *Jaki jest zakres nowego zakazu dowodowego obejmującego dowody uzyskane za pomocą czynu zabronionego?*, „Palestra” 2014, nr 10, s. 102 i n.

<sup>5</sup> W szczególności stadium jurysdykcyjne podzielić można na etap rozpoznawczy, etap odwoławczy oraz postępowania nadzwyczajne, tj. kasacyjne i mające na celu wznowienie postępowania prawomocnie zakończonego z uwagi na szczególne okoliczności. Podobnie wyróżniać można trzy etapy postępowania przygotowawczego: wstępny, mający ustalić okoliczności zdarzenia, postępowanie w fazie *in rem* oraz postępowanie w fazie *in personam*.

kurator nie realizuje funkcji oskarżenia, lecz wykonuje czynności mające na celu ewentualne przygotowanie procesu, tj. ustalenie, czy doszło do popełnienia przestępstwa, wykrycie jego sprawcy, zgromadzenie dowodów oraz przygotowanie skargi inicjującej i wyznaczającej granice postępowania jurysdykcyjnego. Ten etap procesu jest ściśle sformalizowany, dominującą zaś i w zasadniczej części władczą pozycję zajmuje w nim prokurator. To on jest zobowiązany i zarazem uprawniony do przeprowadzania wszystkich czynności dowodowych oraz wyjaśnienia sprawy. Jakkolwiek od momentu wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów<sup>6</sup> podejrzany uzyskuje status strony tego stadium procesu, z czym łączą się zarówno określone obowiązki, jak i uprawnienia, to jednak z punktu widzenia czynności związanych z poszukiwaniem dowodów, ich gromadzeniem, a w szczególności mającym na gruncie polskiego procesu normatywny charakter przeprowadzaniem dowodów w określonej przez prawo formie<sup>7</sup>, ani podejrzany, ani jego ewentualny obrońca nie posiadają żadnych, wyraźnie przewidzianych w ustawie procesowej kompetencji<sup>8</sup>. Spoglądając z tego punktu widzenia na obo-

wiązujące regulacje procesowe, łatwo zatem dostrzec wyraźną dysproporcję: ustawa upoważnia i zobowiązuje prokuratora – jako organ procesowy postępowania przygotowawczego – do wykonywania wszystkich czynności dowodowych, zarazem w ogóle nie regulując tej kwestii w odniesieniu do podejrzanego. Identyczna sytuacja ma miejsce w przypadku pokrzywdzonego, który także ma formalnie status strony tego stadium procesu. Jedynym formalnie uregulowanym uprawnieniem podejrzanego i pokrzywdzonego jest możliwość składania do organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze wniosków o przeprowadzenie określonych dowodów. Jeśli powyższą charakterystykę uzupełnić o wskazanie, że prokurator ma możliwość przeprowadzania w stadium przedjurysdykcyjnym dowodów w przewidzianej przez prawo formie, a następnie wprowadzenia ich do stadium jurysdykcyjnego na podstawie przekazania do akt sprawy sądowej protokołów sporządzonych w trakcie przeprowadzania dowodów w postępowaniu przygotowawczym<sup>9</sup>, to widać wyraźnie, na podstawie czego przez lata w polskim piśmiennictwie i orzecznictwie nie funkcjonowała kategoria dowodów prywatnych<sup>10</sup>. Jeśli bowiem

<sup>6</sup> Z tym momentem postępowanie przygotowawcze przekształca się z postępowania wstępnego (wyjaśniającego) w postępowanie *in personam*, w którym podejrzany uzyskuje prawa strony procesu.

<sup>7</sup> Trafnie podkreśla A. Bojańczyk, że „przeprowadzenie dowodu” jest pojęciem normatywnym i najogólniej rzecz ujmując, należy stwierdzić, że polega na „(...) szczególnym, procesowo kwalifikowanym wprowadzeniu 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), którego istota wiąże się z zapoznaniem z dowodem przez organ procesowy i strony postępowania. Za przeprowadzony dowód można uznać jedynie taki dowód, który został uprzednio dopuszczony przez organ prowadzący postępowanie karne (por. m.in. art. 170 k.p.k. i art. 405 k.p.k.), a zarówno sam organ prowadzący postępowanie karne, jak i strony (...) zapoznały się z tym dowodem w trybie i formie, która jest – z reguły – przewidziana wprost i wyraźnie przez prawo procesowe” – *Dowód prywatny*, s. 205–206. Co do znaczenia pojęcia „przeprowadzenie dowodu” zob. też uwagi M. Cieślaka, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 413 oraz S. Waltosia, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2005, s. 375.

<sup>8</sup> Znamienne jest na gruncie obowiązujących przepisów stanowisko K. Dudki, wskazującej, że „samo przeprowadzenie dowodu odbywa się nie poprzez czynność wnioskodawcy, lecz w ramach procesu karnego w toku czynności prowadzonej przez organ procesowy” – K. Dudka, *Dopuszczalność*, (w:) *Zasada prawdy materialnej*, s. 348. Por. też uwagi A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 205 i n.

<sup>9</sup> Chodzi tutaj o uprawnienia przewidziane w art. 389 k.p.k. i art. 391 k.p.k.

<sup>10</sup> Szerzej pisze o tym problemie, uwzględniając perspektywę historyczną i prawnoporównawczą, A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*. Zob. też P. Kardas, *Pozaprocesowe czynności obrońcy a tzw. dowody prywatne w świetle nowelizacji procedury karnej*, „Palestra” 2014, nr 9, s. 119 i n.

przez dowód prywatny rozumieć środek dowodowy wyszukany, zgromadzony albo sporządzony przez nieinstytucjonalnego uczestnika procesu – podejrzanego, pokrzywdzonego lub ich profesjonalnych pełnomocników<sup>11</sup> – to z uwagi na brak jakiegokolwiek regulacji w tym zakresie z jednej strony oraz posiadanie kompetencji do przeprowadzania dowodów przez prokuratora oraz sąd z drugiej<sup>12</sup>, powszechnie przyjmuje się w literaturze i orzecznictwie, że dowód prywatny nie istnieje jako kategoria procesowa<sup>13</sup>. Z punktu widzenia regulacji zawartej w ustawie procesowej znaczenie mają jedynie dowody przeprowadzane w przewidzianej przez prawo formie przez instytucjonalne, publiczne organy procesowe, a więc z tego punktu widzenia dowody publiczne. Stanowisko negujące możliwość wykorzystywania w procesie karnym dowodów prywatnych jest ściśle powiązane z kompetencjami do przeprowadzania dowodów, które na gruncie obowiązującej

regulacji przysługują jedynie publicznym organom procesowym: tj. prokuratorowi w stadium przygotowawczym<sup>14</sup> oraz sądowi w stadium jurysdykcyjnym. Podejrzany, oskarżony, pokrzywdzony i ich procesowi pełnomocnicy nie mają bowiem w świetle obowiązujących przepisów możliwości przeprowadzania dowodów na żadnym etapie procesu. Ich uprawnienia, mocno zresztą ograniczone w postępowaniu przygotowawczym<sup>15</sup>, sprowadzają się do możliwości uczestnictwa w czynności przeprowadzania dowodów przez publiczne organy procesowe oraz składania wniosków o przeprowadzenie dowodów przez organy procesowe. W konsekwencji przez lata powszechnie twierdzono, że wykonywanie czynności związanych z wyszukiwaniem, gromadzeniem, tworzeniem lub przeprowadzaniem dowodów prywatnych jest co do zasady niedopuszczalne, a w każdym razie procesowo bezskuteczne<sup>16</sup>. W konsekwencji także ich ewentualny rezultat – dowody pry-

<sup>11</sup> Przyjmuję na potrzeby niniejszego opracowania definicję dowodu prywatnego zaproponowaną przez A. Bojańczyka, zgodnie z którą: „za dowód prywatny należy uznać każdy środek dowodowy zgromadzony, wyszukany, zebrany, utrwalony, stworzony, zamówiony lub zabezpieczony przez podmiot prywatny (a więc nie przez prokuratora, sąd lub inne organy publiczne uprawnione do wykonywania czynności dowodowych) dla celów postępowania karnego, niezależnie od tego, czy w czasie, kiedy dany dowód został zebrany, toczyło się postępowanie karne co do czynu, którego dowód dotyczy” – A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 229.

<sup>12</sup> Obowiązujący do 1 lipca 2015 r. przepis art. 167 k.p.k. stanowi, że „dowody przeprowadza się na wniosek stron, podmiotu określonego w art. 416 albo z urzędu”.

<sup>13</sup> Znamienne są w tym zakresie uwagi A. Bojańczyka, podkreślającego, że „obowiązująca ustawa procesowa nie posługuje się pojęciem dowodu prywatnego (...) W doktrynie próżno szukać tego terminu, a próby jego wyodrębnienia i wprowadzenia są sprawą stosunkowo nową” – *Dowód prywatny*, s. 177. Zob. też A. Bojańczyk, *W kwestii dowodu*, s. 105 i n.; A. Bojańczyk, *Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności*, s. 44 i n.; G. Bucóń, *Dopuszczalność gromadzenia*, s. 190 i n.; K. Dudka, *Dopuszczalność*, (w:) *Zasada prawdy materialnej*, s. 347 i n.; A. Taracha, *O dowodach*, s. 95 i n.

<sup>14</sup> Pomijam w tym miejscu przedstawianie analizy ograniczonych możliwości przeprowadzania przez sąd dowodów w stadium przygotowawczym, uprawnienie to nie ma bowiem zasadniczego znaczenia z punktu widzenia problematyki dowodów prywatnych.

<sup>15</sup> Ograniczenia związane są przede wszystkim z dyskrejonalną władzą prokuratora, który ma szerokie możliwości nieuwzględniania wniosków dowodowych składanych przez strony. Podstawą negatywnej decyzji co do przeprowadzenia dowodu jest art. 170 k.p.k., wskazujący, że „oddala się wniosek dowodowy, jeżeli: 1) przeprowadzenie dowodu jest niedopuszczalne, 2) okoliczność, która ma być udowodniona, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy albo jest już udowodniona zgodnie z twierdzeniem wnioskodawcy, 3) dowód jest nieprzydatny dla stwierdzenia danej okoliczności, 4) dowodu nie da się przeprowadzić, 5) wniosek dowodowy w sposób oczywisty zmierza do przedłużenia postępowania”. Szczególne znaczenie mają przesłanki przewidziane w pkt 2 i 5, ten ostatni określany jest powszechnie jako procesowy instrument służący do przeciwdziałania obstrukcji procesowej stron.

<sup>16</sup> Nawet bowiem przyjmując, że z technicznego punktu widzenia nieinstytucjonalne strony procesu mają możliwość zgromadzenia własnych dowodów, to na gruncie obowiązujących przepisów prawa nie ma możliwości wprowadzenia ich do procesu w sposób prawnie skuteczny. Sytuacja ta ulega pewnej zmianie na gruncie uchwalonej nowelizacji prawa procesowego, o czym jest mowa w dalszej części niniejszego tekstu.

watne – nie odgrywa żadnej bez mała roli w procesie<sup>17</sup>. W powyższym kontekście trudno było sensownie rozważać granice możliwości wprowadzania do procesu karnego tzw. dowodów prywatnych<sup>18</sup>.

3. Zasadniczą zmianę podejścia do problematyki dowodów prywatnych przynosi z sobą sygnalizowana już powyżej, uchwalona we wrześniu 2013 r., nowelizacja polskiej procedury karnej, oparta na wprowadzeniu wielu elementów kontradiktoryjności do polskiego procesu karnego. Nie wchodząc głębiej w przedstawianie istoty przyjętych w nowelizacji rozwiązań, wskazać jednak trzeba, że z punktu widzenia problematyki dowodów prywatnych oparta została na dwóch różnych założeniach. Postępowanie przygotowawcze pozostaje stadium z dominacją elementów inkwizycyjnych<sup>19</sup>; postępowanie jurysdykcyjne staje się w znacznej części postępowaniem opartym na zasadzie kontradiktoryjności<sup>20</sup>. Konsekwencją takiego podejścia jest brak jakichkolwiek regulacji dotyczących czynności dowodowych podejrzanego, pokrzywdzonego i ich profesjonalnych reprezentantów w postępowaniu przygotowawczym oraz wyraźne wskazanie, że w postępowaniu

jurysdykcyjnym dowody przeprowadzane są przez strony, tj. prokuratora, podejrzanego, pokrzywdzonego oraz ich profesjonalnych pełnomocników, w zasadzie z wyłączeniem możliwości przeprowadzania czynności dowodowych przez sąd. W tym zakresie nowelizacja wprowadza zatem fundamentalne zmiany modelowe, rekonstruujące polski proces karny, jednocześnie nie modyfikuje reguł obowiązujących w postępowaniu przygotowawczym, w którym formalnie dowody przeprowadza prokurator oraz w ograniczonym zakresie sąd<sup>21</sup>. Co interesujące, wskazując, że w stadium jurysdykcyjnym oskarżony, pokrzywdzony i ich procesowi przedstawiciele przeprowadzają dowody potwierdzające zasadność prezentowanych twierdzeń, nie wprowadzono do ustawy procesowej żadnych regulacji dotyczących tego, w jaki sposób miałyby następować właściwe przygotowanie tych czynności, tj. wyszukanie dowodów przez nieinstytucjonalne strony procesu, ich zgromadzenie, wytworzenie lub sporządzenie przez inny podmiot na zlecenie strony nieinstytucjonalnej, wreszcie zabezpieczenie dowodów na potrzeby procesu<sup>22</sup>. Nieproporcjonalność regulacji proceduralnej widoczna jest w sposób

<sup>17</sup> Pomijam w tym miejscu analizę złożonego zagadnienia możliwości wprowadzania do procesu dowodu z tzw. opinii prywatnej, co stanowi przedmiot uwag zamieszczonych w dalszej części tekstu.

<sup>18</sup> Dodać trzeba, że w zasadzie jedynym zagadnieniem, które stanowiło przedmiot analiz doktryny i orzecznictwa, była kwestia tzw. prywatnej opinii biegłego, sporządzanej na zlecenie nieinstytucjonalnych stron. Taki dokument traktowany był jako informacja o dowodzie, na podstawie którego można było składać wnioski o przesłuchanie autora opinii prywatnej w charakterze świadka. Przeprowadzenie tej czynności nie pozwalało jednak wprowadzić do procesu opinii prywatnej jako dowodu prywatnego, lecz stwarzało możliwość skorzystania z dowodu z przesłuchania świadka. Zob. szerzej P. Kardas, *Pozaprocessowe czynności obrońcy*, s. 119–136.

<sup>19</sup> Zob. w szczególności treść art. 167 § 2 k.p.k. w znowelizowanej wersji.

<sup>20</sup> Fundamentalna zmiana dotyczy art. 167 k.p.k., który otrzymuje 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 przeprowadzić dowód z urzędu. § 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 zgłaszania wniosku dowodowego przez stronę”.

<sup>21</sup> Brak dalej idących zmian w modelu postępowania przygotowawczego jest zresztą wskazywany jako jedno z poważniejszych utrudnień w realizacji zasady zwiększonej kontradiktoryjności postępowania jurysdykcyjnego. Por. K. Zgryzek, *Opinia o projekcie*, (w:) *Projekt ustawy o zmianie ustawy*, s. 9 i n.

<sup>22</sup> Zob. szerzej P. Kardas, *Pozaprocessowe czynności obrońcy*, s. 119–136; tenże, *Problem granic legalności czynności uczestników postępowania karnego i konsekwencji ich przekroczenia*, (w:) *Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników postępowania*, red. J. Skorupka, D. Gruszecka, Warszawa 2015, s. 23 i n.

wyraźny: prokurator, pełniący funkcję oskarżyciela w stadium jurysdykcyjnym, został wyposażony w ustawie procesowej w kompetencje do przeprowadzania czynności dowodowych na etapie przygotowawczym w sposób sformalizowany, zachował także możliwość wprowadzania wprost do stadium jurysdykcyjnego dowodów przeprowadzonych przez siebie na etapie przedjurysdykcyjnym<sup>23</sup>. W odniesieniu do pozostałych stron procesu brak jest w tym zakresie jakiegokolwiek regulacji. Zarazem nie ma wątpliwości, że by sensownie realizować funkcje w stadium jurysdykcyjnym, tj. przeprowadzać przed sądem dowody, nieinstytucjonalne strony procesu muszą mieć możliwość przygotowania tych czynności, tj. wyszukiwania, gromadzenia, zabezpieczania oraz sporządzania dowodów.

4. Próbując racjonalnie objaśnić przyjęte w nowelizacji rozwiązania, wskazuje się, że nieinstytucjonalne strony procesu mają możliwość przeprowadzania czynności związanych z wyszukiwaniem, sporządzaniem, zlecaniem sporządzenia przez inne podmioty oraz gromadzeniem dowodów na podstawie ogólnej zasady swobody dowodzenia powiązanej z brakiem wyraźnie określonego w ustawie

procesowej zakazu podejmowania tego typu czynności przez inne niż prokurator strony procesu<sup>24</sup>. W ten sposób uzasadnia się możliwość wykonywania określonych czynności dowodowych, a w dalszej perspektywie możliwość funkcjonowania w procesie dowodów prywatnych. Podstawą takiego podejścia są zasadniczo trzy elementy: a) systemowy, związany z dominacją zasady kontrydiktoryjności w postępowaniu jurysdykcyjnym, z którego wynika powinność realizacji funkcji przeprowadzania dowodów przez strony, co z kolei wymaga możliwości odpowiedniego przygotowania tych czynności na wcześniejszych etapach procesu; b) materialny, związany z brakiem w ustawie procesowej zakresu wykonywania czynności dowodowych przez nieinstytucjonalne strony procesu; c) wreszcie formalny (proceduralny), oparty na interpretacji nowego zakazu dowodowego wprowadzonego przez nowelizację z września 2013 r., przewidzianego w art. 168a k.p.k.<sup>25</sup>, na mocy którego niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie w procesie karnym dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego dla potrzeb postępowania karnego oraz wyrażonej

<sup>23</sup> Przepisy art. 389 i art. 391 k.p.k. umożliwiają wprowadzenie do materiałów postępowania jurysdykcyjnego i uczyńnię podstawą ustaleń faktycznych sądu protokołów z przesłuchań świadków przeprowadzonych w postępowaniu przygotowawczym przez prokuratora, czyniąc te dowody równoprawnymi z dowodami z przesłuchania świadka przed sądem. Przepis art. 389 § 1 k.p.k. stanowi: „Jeżeli oskarżony nie stawiał się na rozprawę, odmawia wyjaśnień lub wyjaśnia odmiennie niż poprzednio albo oświadcza, że pewnych okoliczności nie pamięta, wolno na rozprawie odczytać tylko w odpowiednim zakresie protokoły jego wyjaśnień złożonych poprzednio w charakterze oskarżonego w tej lub innej sprawie w postępowaniu przygotowawczym lub przed sądem albo w innym postępowaniu przewidzianym przez ustawę”. § 2. „Po odczytaniu protokołu przewodniczący umożliwia oskarżonemu biorącemu udział w rozprawie wypowiedzenie się co do jego treści i wyjaśnienie zachodzących sprzeczności”. Art. 391 § 1 k.p.k. stanowi: „Jeżeli świadek bezpodstawnie odmawia zeznań, zeznaje odmiennie niż poprzednio albo oświadczy, że pewnych okoliczności nie pamięta, strona może jedynie w niezbędnym zakresie odczytać treści protokołów złożonych poprzednio przez niego zeznań w postępowaniu przygotowawczym lub przed sądem w tej lub innej sprawie albo w innym postępowaniu przewidzianym przez ustawę. Po odczytaniu odpowiedniego fragmentu protokołu strona umożliwia świadkowi wypowiedzenie się co do jego treści i wyjaśnienie zachodzących sprzeczności. Przepisu art. 394 § 2 nie stosuje się”. O znaczeniu pozostawienia tego rozwiązania na gruncie znowelizowanych przepisów oraz związanych z tym zagrożeniach dla realizacji zasady kontrydiktoryjności i bezpośredniości postępowania jurysdykcyjnego zob. szerzej P. Kardas, *Odstępstwa od zasady bezpośredniości a model postępowania przygotowawczego. Uwagi na marginesie propozycji zwiększenia zakresu kontrydiktoryjności w procesie karnym*, (w:) *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga Jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego*, red. A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Koasonoga, H. Kuczyńska, Warszawa 2013, s. 408–431.

<sup>24</sup> Szerzej pisze o tym A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 178 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu.

<sup>25</sup> Art. 168a k.p.k. stanowi: „Niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 kodeksu karnego”. Zob. też

w art. 393 § 3 k.p.k.<sup>26</sup> możliwości wprowadzenia przez strony dokumentów prywatnych, w tym także wytworzonych na potrzeby procesu karnego do materiału dowodowego. *A contrario* z obu powołanych przepisów wywodzi się, że po pierwsze, w ustawie procesowej nie zamieszczono zakazu przeprowadzania przez nieinstytucjonalne strony procesu czynności dowodowych mających na celu wyszukanie, zgromadzenie, zlecenie wykonania lub sporządzenie dowodów prywatnych, paradoksalnie także tych, których zgromadzenie łączy się z wypełnieniem znamion czynu zabronionego, wprowadzając jedynie specyficznie ukształtowany zakaz dowodowy przesądający, że dowody uzyskane za pomocą czynu zabronionego są procesowo bezskuteczne, nieprzydatne. Tak uzyskane dowody nie mogą być bowiem przeprowadzone i wykorzystane w procesie karnym, co wynika zarówno z treści art. 168a k.p.k., jak i treści art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. Z tego wyprowadza się twierdzenie, że nieinstytucjonalne strony procesu mają możliwość przeprowadzania wszelkich czynności dowodowych, których granice na płaszczyźnie prawa karnego materialnego wyznaczają konstrukcje ty-

pizujące poszczególne przestępstwa rodzajowe<sup>27</sup>. Dopiero na płaszczyźnie prawa karnego materialnego odczytać można zatem zakaz nie tyle przeprowadzania określonych czynności dowodowych, ile popełniania przestępstwa, z którego wywodzi się, że jeśli czynność dowodowa związana jest z realizacją znamion przestępstwa, to z tego powodu jest zakazana przez prawo materialne<sup>28</sup>. Zakaz dowodowy przewidziany w art. 168a k.p.k. precyzuje tylko procesowe konsekwencje naruszenia takiego zakazu, przesądzając, że nie jest dopuszczalne przeprowadzenie i wykorzystanie w procesie dowodów uzyskanych dla potrzeb procesu za pomocą czynu zabronionego<sup>29</sup>. Zakaz procesowy z art. 168a k.p.k. w odniesieniu do nieinstytucjonalnych uczestników procesu aktualizuje się zasadniczo dopiero w sytuacji, gdy na etapie przedprocesowym doszło do uzyskania dowodu za pomocą czynu zabronionego, a więc przekroczenia przez stronę procesu zakazu wyrażonego przez przepisy prawa karnego materialnego.

5. W powyższej perspektywie należy wskazać, że rezultatem przeprowadzenia przez nieinstytucjonalne strony procesu szeroko

interesujące uwagi A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 415 i n.; A. Bojańczyka, *Jaki jest zakres*, s. 102 i n. oraz P. Kardasa, *Pozaprocessowe czynności obrońcy*, s. 119 i n.

<sup>26</sup> Przepis art. 393 § 3 k.p.k. stanowi: „Mogą być odczytywane na rozprawie wszelkie dokumenty prywatne, powstałe poza postępowaniem karnym, w szczególności oświadczenia, publikacje, listy oraz notatki”.

<sup>27</sup> Szerzej piszę o tym w opracowaniu P. Kardasa, *Problem granic legalności*, (w:) *Granice procesu karnego*, s. 56 i n.

<sup>28</sup> Trzeba jednak zaznaczyć, że trafnie wskazuje A. Bojańczyk, iż regulacja zawarta w prawie materialnym jest w znacznym stopniu autonomiczna wobec sfery procesowej, w tym w szczególności sensie, że „z samego faktu, że do prywatnego zgromadzenia dowodu [identycznie jest w odniesieniu do dowodów publicznych – dopisek mój, P.K.] nie wynika nic dla dopuszczalności dowodu. Tym obszarem (tj. obszarem dopuszczalności dowodów w postępowaniu karnym) rządzi tylko i wyłącznie ustawa postępowania karnego” – A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 416.

<sup>29</sup> Art. 168a k.p.k. przewiduje zatem instytucję (instrument, urządzenie) prawnoprocesową, która określa zasady eliminacji z podstawy dowodowej w postępowaniu karnym dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego. Stanowi zatem *iunctim* pomiędzy ustawą materialnoprawną a ustawą procesową, szczególnie instrument proceduralny służący do eliminowania z procesu (podstawy dowodowej) dowodów zgromadzonych z przekroczeniem prawa karnego materialnego, tj. uzyskanych w wyniku popełnienia czynu zabronionego przy spełnieniu dodatkowych, określonych w art. 168a k.p.k. przesłanek. W tym sensie art. 168a k.p.k. uzupełnia regulację procesową o brakujący do czasu uchwalenia wrześnieowej nowelizacji k.p.k. instrument, zapewniający w pewnym zakresie koherencję między naruszeniem wyrażonych w przepisach prawa karnego materialnego zakazów/nakazów w sposób połączony z realizacją znamion czynu zabronionego, z których samoistnie nie wynika żadne ograniczenie lub wyłączenie możliwości dowodowego wykorzystania rezultatów takich działań w obszarze procesu karnego, oraz rozwiązaniami procesowymi, stanowiąc podstawę do wyłączenia możliwości przeprowadzenia i wykorzystania w sposób prawnie skuteczny dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego dla celów postępowania karnego. Zob. też interesujące uwagi A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 415 i n.

rozumianych czynności dowodowych – ujmując rzecz w pewnym uproszczeniu – mogą być: a) informacje o dowodach, stanowiące podstawę wniosków składanych do prowadzącego postępowanie przygotowawcze o przeprowadzenie przez niego dowodów we właściwej procesowo formie lub wniosków składanych do sądu, których uwzględnienie otwiera możliwość przeprowadzenia określonego dowodu przez nieinstytucjonalną stronę w stadium jurysdykcyjnym – a więc dane dotyczące środków dowodowych, które mogą być wprowadzone pośrednio do procesu; b) różnorodne środki dowodowe – w postaci pism, notatek, nagrań, fotografii *etc.*, a także innych dokumentów sporządzonych przez strony nieinstytucjonalne lub na zlecenie stron nieinstytucjonalnych, które mogą zostać wprowadzone przez stronę (bezpośrednio) do materiału dowodowego jako „pełnoprawne” dowody; c) szczególnie środek dowodowy w postaci opinii prywatnej sporządzonej na zlecenie nieinstytucjonalnego uczestnika postępowania, który może zostać bezpośrednio wprowadzony do materiału dowodowego jako szczególnie dowód<sup>30</sup>.

Stanowiące wynik czynności dowodowych wykonywanych przez nieinstytucjonalnych uczestników procesu informacje o dowodach, rozumiane jako dane mające znaczenie z punktu widzenia przedmiotu i sposobu prowadzenia czynności dowodowych w ramach danego postępowania, samoistnie nie stanowią dowodu, są bowiem jedynie informacją o takim dowodzie (swoi-

stym środkiem dowodowym). Z tego też powodu nie mogą zostać wprost wprowadzone do materiału dowodowego sprawy przez nieinstytucjonalną stronę procesu<sup>31</sup>. Jedynym racjonalnym sposobem ich wprowadzenia i wykorzystania jest podejmowanie przez nieinstytucjonalne strony procesu decyzji co do planowanych czynności dowodowych, w tym w szczególności składanie wniosków dowodowych o przeprowadzenie konkretnych dowodów oraz wykorzystywanie uzyskanych informacji w trakcie realizacji czynności dowodowych przeprowadzanych przez sąd lub innych uczestników procesu. Sposób ich wykorzystania nie podlega w zasadzie żadnej szczególnej reglamentacji ustawowej, z zastrzeżeniem ograniczenia związanego z zakazem dowodowym przewidzianym w art. 168a k.p.k. oraz oczywiście regulacji zawartych w art. 170 § 1 k.p.k. i art. 405 k.p.k.<sup>32</sup> Zgodnie z treścią art. 168a k.p.k. niedopuszczalne jest przeprowadzanie i wykorzystywanie w procesie dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego dla celów postępowania karnego. Organ procesowy ocenia wnioski o przeprowadzenie dowodu w postępowaniu przygotowawczym lub wnioski o dopuszczenie możliwości przeprowadzenia dowodu przez stronę w postępowaniu jurysdykcyjnym przez pryzmat ograniczeń opisanych w art. 168a k.p.k. Ponieważ ten zakaz dowodowy ma także istotne znaczenie dla problematyki możliwości wprowadzania do procesu środków dowodowych przez strony nieinstytucjonalne, stąd też uwagi dotyczące-

<sup>30</sup> Szerzej na temat różnorodnych klasyfikacji tzw. dowodów prywatnych, przyjmowanych w piśmiennictwie kryteriów zob. A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 177 i n. O statusie procesowym tzw. opinii prywatnej oraz możliwościach wprowadzania i wykorzystania tego szczególnego dowodu w procesie karnym zob. też P. Kardas, *Pozaprocesowe czynności obrońcy*, s. 119 i n.

<sup>31</sup> Tym samym odrzucam koncepcję, wedle której kryterium uzasadniającym podział na dowody publiczne i dowody prywatne może być inicjatywa dowodowa. Podobnie zagadnienie to ujmuje A. Bojańczyk, podkreślając, że kryterium inicjatywy dowodowej jest mało przydatne z teoretycznego punktu widzenia, nie opiera się bowiem na żadnej istotnej różnicy pomiędzy dowodem przeprowadzonym na wniosek i dowodem przeprowadzonym z urzędu, poza różnicą jedynie formalną, tj. charakterem podmiotu, od którego w danym przypadku wyszła inicjatywa dowodowa (organ procesowy – strona) – *Dowód prywatny*, s. 183.

<sup>32</sup> Zob. też uwagi K. Dudki, *Dopuszczalność*, (w:) *Zasada prawdy materialnej*, s. 348. Por. też uwagi A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 205 i n.



go tego zakazu zostaną przedstawione łącznie w odniesieniu do obu kategorii<sup>33</sup>.

Druga i trzecia ze wskazanych powyżej kategorii rezultatów pozaprocesowych czynności dowodowych nieinstytucjonalnych stron procesu spełnia kryteria tzw. dowodu prywatnego w wyżej zarysowanym ujęciu. Stąd też właśnie w odniesieniu do tej kategorii ograniczyć można dalsze rozważania dotyczące granic wprowadzania do procesu dowodów prywatnych.

6. Spoglądając z ogólniejszej perspektywy, można wskazać cztery kategorie ograniczeń wprowadzania do procesu tzw. dowodów prywatnych. Po pierwsze, sygnalizowane już ograniczenie, a w zasadzie wyłączenie związane z treścią powołanego wyżej zakazu dowodowego przewidzianego w art. 168a k.p.k. Po drugie, ograniczenie wynikające z treści art. 393 § 3 k.p.k., który umożliwia „bezpośrednie” wprowadzenie przez strony jedynie dowodów prywatnych w postaci tzw. dokumentów prywatnych. Po trzecie, ograniczenia wynikające z treści art. 170 § 1 k.p.k. oraz przepisów statuujących zakazy dowodowe. Po czwarte, specyficzne i w pewnym sensie pośrednie ograniczenie związane z zawartą w ustawie proceduralnej regulacją dotyczącą dowodu z opinii biegłego.

7. W analizach poświęconych wrześniowej nowelizacji k.p.k. przyjmuje się, że wprowadzony przez art. 168a k.p.k. nowy zakaz dowodowy stanowi specyficzny odpowiednik zasady *fruit of the poisoned tree*<sup>34</sup>. Już jednak nieco tylko uważniejsza lektura przepisu

przekonuje, że jakkolwiek polskie rozwiązanie w pewnym sensie opiera się na konstrukcji zasady owoców z zatrutego drzewa<sup>35</sup>, to z oczywistych wręcz względów nie jest jej odpowiednikiem. Zakaz dowodowy przewidziany w art. 168a k.p.k. ujęto bardzo wąsko, odnosi się bowiem wyłącznie do dowodów uzyskanych dla celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego. Literalnie nie obejmuje zatem dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego, lecz nie dla celów postępowania karnego<sup>36</sup>. Takie ujęcie omawianego przepisu sprawia, że jakkolwiek wyrażony w nim zakaz z podmiotowego punktu widzenia obejmuje wszystkich uczestników procesu karnego<sup>37</sup>, zarówno instytucjonalnych, jak i nieinstytucjonalnych, to zarazem nie stanowi przeszkody w wykorzystaniu w procesie karnym jako „pełnoprawnego” dowodu środków dowodowych uzyskanych za pomocą czynu zabronionego, jeśli czynność mająca na celu pozyskanie takiego środka dowodowego, realizująca znamiona czynu zabronionego, a więc bez wątpienia z systemowego punktu widzenia bezprawna, nie została przeprowadzona w celu pozyskania dowodów dla potrzeb postępowania karnego. Ma nadto wyłącznie charakter zakazu bezpośredniego i odnosi się wprost do środków dowodowych uzyskanych za pomocą czynu zabronionego (bezpośrednio), nie stanowi natomiast przeszkody w przeprowadzaniu i wykorzystaniu w procesie dowodu opartego na dowodzie uzyskanym dla celów procesu karnego za pomocą czynu zabronio-

<sup>33</sup> Por. K. Zgryzek, *Opinia o projekcie*, (w:) *Projekt ustawy o zmianie ustawy*, s. 11.

<sup>34</sup> Za odpowiednik zakazu owoców zatrutego drzewa zdaje się uznawać regulację zawartą w art. 168a k.p.k. K. Zgryzek, *Opinia o projekcie*, (w:) *Projekt ustawy o zmianie ustawy*, s. 11. Zob. też A. Bojańczyk, *Jaki jest zakres*, s. 104 i n. Por. też niezwykle interesujące i instruktywne rozważania A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 160 i n. oraz powołaną tam literaturę przedmiotu i orzecznictwo. Co do amerykańskiej konstrukcji owoców zatrutego drzewa zob. szerzej S. Waltoś, *Owoce zatrutego drzewa*, Kraków 2010 oraz powołana tam literatura przedmiotu.

<sup>35</sup> Zob. w tym zakresie S. Waltoś, *Owoce zatrutego drzewa*, s. 23 i n.

<sup>36</sup> Takie zachowania są zakazane przez prawo materialne, jednak nie zostały objęte zakazem dowodowym, co sprawia, że z proceduralnego punktu widzenia nie ma przeszkód do przeprowadzania i wykorzystania w procesie tak pozyskanego dowodu.

<sup>37</sup> Z punktu widzenia zakresu podmiotowego został zatem ukształtowany w sposób zdecydowanie szerszy niż specyficzne ograniczenia i wyłączenia dowodowe przyjmowane w systemie amerykańskim, za to wykazuje pewne podobieństwo do rozwiązań przyjmowanych w Europie. Por. A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 160 i n. oraz s. 415 i n.

nego<sup>38</sup>. Innymi słowy – przepis art. 168a k.p.k. nie statuuje i nie stwarza możliwości do wywiedzenia w drodze wykładni zakazu pośredniego<sup>39</sup>. Już te dwie cechy sprawiają, że w zasadzie w przypadku art. 168a k.p.k. można mówić o pewnym tylko podobieństwie tej konstrukcji do zasady *fruit of the poisoned tree*. Przepis art. 168a k.p.k. wyznacza zatem granicę wprowadzania dowodów prywatnych o bardzo wąskim zakresie zastosowania.

Z perspektywy zasady prawdy materialnej wąskie ograniczenie możliwości wprowadzania do procesu dowodów, w tym dowo-

dów prywatnych, na podstawie powyższego przepisu może wydawać się interesujące, nie wyklucza bowiem możliwości procesowego wykorzystywania pewnej kategorii dowodów prywatnych uzyskanych w sposób bezprawny, za pomocą czynu zabronionego<sup>40</sup>. To zaś w znacznym stopniu zwiększa prawdopodobieństwo poczynienia w procesie ustaleń odpowiadających prawdzie.

Z drugiej jednak strony stwarza takie same możliwości w odniesieniu do instytucjonalnych uczestników procesu, co z uwagi na funkcje przypisywane państwu, w imieniu i na

<sup>38</sup> Chodzi tutaj o sytuację, w której dowód uzyskany za pomocą czynu zabronionego dla potrzeb postępowania karnego stanowi źródło informacji o dalszych lub innych dowodach, umożliwiając tym samym ich uzyskanie. Jeśli uzyskanie tych kolejnych dowodów nie będzie następowało za pomocą czynu zabronionego, to przepis art. 168a k.p.k. wprost nie stanowi przeszkody do ich wykorzystania w procesie karnym.

<sup>39</sup> Podobnie normatywną zawartość art. 168a k.p.k. ocenia A. Bojańczyk, wskazując, że „pojęcie «wykorzystywanie» (stanowiące całkowitą nowość w kontekście dowodowym w ustawie postępowania karnego) może być rozumiane w dwojaki sposób. Albo szeroko (...), tj. jako wykorzystanie dowodu jako podstawy do dokonywania ustaleń faktycznych, ale także jako wykorzystanie dowodu jako podstawy dla źródła informacyjnego o dalszych czy innych dowodach, nieobjętych już wprost zakazem dowodowym określonym w art. 168a k.p.k. Uważam jednak, że silniejsze argumenty przemawiają za wąską (a raczej – ścisłą) interpretacją zakazu dowodowego zakodowanego w przepisie art. 168a k.p.k. Przede wszystkim chodzi o wzgląd na aksjologię procesu karnego i (nadal) czołowe miejsce, które zajmuje zasada prawdy materialnej. Stara to prawda, że zakazy dowodowe, które przecież w sposób wymierny ograniczają możliwość dokonania ustaleń prawdziwych w procesie karnym, powinny być interpretowane w sposób możliwie ścisły. Nie należy zatem «dopowiadać» do treści przepisu art. 168a k.p.k. tego, czego ustawodawca w nim wyraźnie jednak nie powiedział, pozostawiając dwuznaczność językową, która daje przy pewnej gymnastyce interpretacyjnej asumpt do dekodowania dwóch odrębnych zakazów dowodowych z tego przepisu” – *Jaki jest zakres*, s. 105. Odmienne zagadnienie to ujmuje K. Zgryzek, podkreślając, że „mamy tu więc wyraźnie do czynienia z uregulowaniem spornego zagadnienia tzw. owoców z zatrutego drzewa (dowody przeprowadzone w procesie i w nim wykorzystywane mogą być wyłącznie legalne, a ich cel wprowadzenia do procesu nie może tej legalności konstituować” – K. Zgryzek, *Opinia o projekcie*, (w:) *Projekt ustawy o zmianie ustawy*, s. 11.

<sup>40</sup> O znaczeniu wyrażonej w art. 5 § 2 k.p.k. („podstawę wszelkich rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne”) zasadzie prawdy oraz jej relacjach do kontradiktoryjnego postępowania dowodowego pisałem 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 w polskim procesie karnym*, red. P. Wiliński, Warszawa 2013, s. 174–202; P. Kardas, *Zasada prawdy materialnej a kontradiktoryjność postępowania dowodowego. Przeciwstawne 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. Konferencje naukowe Izby Adwokackiej we Wrocławiu*, red. J. Giezek, Warszawa 2012, s. 37–78. Szerzej co do problematyki zasady prawdy w procesie karnym zob. także: J. Zajadło, *Teoretyczno- i filozoficzno-prawne pojęcie prawdy*, (w:) *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim procesie karnym*, red. K. Kremens, J. Skorupka, Wrocław 2013, s. 8 i n.; P. Wiliński, *Konstytucyjne podstawy zasady prawdy – pomiędzy karnoprosesowymi a konstytucyjnymi koncepcjami ujęcia prawdy*, (w:) *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim procesie karnym*, red. K. Kremens, J. Skorupka, Wrocław 2013, s. 25 i n.; P. Hofmański, *Zasada prawdy w postulowanym modelu procesu karnego*, (w:) *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim procesie karnym*, red. K. Kremens, J. Skorupka, Wrocław 2013, s. 43 i n.; W. Jasiński, *Model procesu karnego a efektywność dochodzenia do prawdy*, (w:) *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim procesie karnym*, red. K. Kremens, J. Skorupka, Wrocław 2013, s. 48 i n.; S. Steinborn, *Aksjologiczne uwarunkowania ograniczeń w dochodzeniu do prawdy materialnej w procesie karnym*, (w:) *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim*

rzecz którego działają przeciw instytucjonalni uczestnicy procesu, wywoływać może poważne wątpliwości i zastrzeżenia. Z ogólnej perspektywy wątpliwości budzić może zaś ogólna zasada dająca się wywieść z tego rozwiązania, która umożliwiała, a wręcz prawnie sankcjonuje, oparcie rozstrzygnięcia sądu karnego na dowodach uzyskanych za pomocą czynu zabronionego<sup>41</sup>. Wyraźnie widoczny jest paradoks związany z sytuacją, w której reakcja sądu na popełnienie przestępstwa opiera się na rezultatach wynikających z zachowania naruszającego przepisy prawa oraz stanowiącego realizację znamion czynu zabronionego (a czasami przestępstwa)<sup>42</sup>. Oczywiście to zastrzeżenie ma szczególną wymowę w odniesieniu do wykorzystywania przez sąd dowodów pozyskanych za pomocą czynu zabronionego przez instytucje publiczne, w tym instytucjonalnych uczestników procesu. Nie można jednak go ignorować także w odniesieniu do dowodów pozyskanych za pomocą czynu zabronionego przez nieinstytucjonalnych uczestników procesu.

Niezależnie od wskazanej powyżej generalnej aksjologicznej i konstrukcyjnej wątpliwości regulacja zawarta w art. 168a k.p.k. generować może trudności w innych obszarach<sup>43</sup>.

Poważne trudności łączyć się mogą ze sposobem ustalania przesłanki „uzyskania dowodu za pomocą czynu zabronionego”. Wykorzystane przez ustawodawcę sformułowanie wyraźnie odwołuje się do formalnych elementów w postaci znamion czynu zabronionego opisanych w ustawie, pomijając tym samym dwie pozostałe konstytutywne z punktu widzenia prawa karnego materialnego przesłanki odpowiedzialności za przestępstwo, tj. odpowiedzialnością zawartość bezprawia (stopień społecznej szkodliwości) oraz winę<sup>44</sup>. Niezależnie od tego, upraszczającego procesowe wykazywanie tej przesłanki, ujęcia przepis art. 168a k.p.k. wymaga jednak stwierdzenia, że czynności prowadzące do uzyskania dowodów stanowiły realizację znamion czynu zabronionego. Ponieważ wykazanie tej okoliczności jest warunkiem aktualizacji zakazu dowodowego, ta zaś z uwagi na konsekwencje podlega kontroli, musi zostać oparta na określonej podstawie. Projektodawcy nowelizacji, w której zamieszczono także ten przepis, nie obudowali powyższego rozwiązania stosownymi regulacjami szczegółowymi, nie wskazali również w uzasadnieniu, w jaki sposób i przez jaki podmiot przesłanka ta miałaby zostać ustalona (wykazana). Brak ja-

*procesie karnym*, red. K. Kremens, J. Skorupka, Wrocław 2013, s. 78 i n. Por. też rozważania K. Dudki, *Dopuszczalność*, (w:) *Zasada prawdy materialnej*, s. 348. Por. też uwagi A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 340 i n.

<sup>41</sup> O różnorodnych aspektach tego złożonego zagadnienia w kontekście zasady prawdy materialnej oraz zasady proporcjonalności i standardu rzetelnego procesu pisze interesująco A. Bojańczyk, *Dowód prywatny*, s. 415 i n. oraz 340 i n.

<sup>42</sup> Podobnie powyższe zagadnienie ujmuje K. Zgryzek, podkreślając, że „działanie wbrew prawu ma eliminować nie tylko te dowody, które pozyskane zostały przez osoby prywatne, ale także nie dopuścić do procesu tych dowodów, których pozyskanie w wyniku działań operacyjnych podejmowanych przez organy państwa łączyło się z wykroczeniem poza ramy legalności. Państwo, które łamie prawo przez siebie ustanowione, nie może z wyników tego łamania uczynić podstawy dowodowej oskarżenia i skazania” – K. Zgryzek, *Opinia o projekcie*, (w:) *Projekt ustawy o zmianie ustawy*, s. 11. Nie kwestionując trafności przytoczonych uwag, trzeba jednak podkreślić, że z uwagi na ograniczony zakres zastosowania art. 168a k.p.k. bynajmniej nie eliminuje wszystkich dowodów pozyskanych przez organy władzy publicznej lub organy państwa z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa, co więcej – zdaje się nie stanowić odpowiedniej podstawy do eliminacji dowodów pozyskanych przez organy władzy publicznej lub organy państwa w wyniku popełnienia czynu zabronionego, jeśli realizacji znamion czynu zabronionego nie towarzyszyła intencja (zamiar) uzyskania dowodów dla potrzeb procesu karnego.

<sup>43</sup> Podobnie A. Bojańczyk, wskazując, że „na tle dyspozycji art. 168a k.p.k. pojawia się wiele niełatwych zagadnień interpretacyjnych” – *Jaki jest zakres*, s. 103.

<sup>44</sup> Co do warunków przestępności zachowania na gruncie polskiego systemu prawa karnego zob. regulację zawartą w art. 1 §2 i 3 k.k. Por. też interesujące rozważania A. Bojańczyka, kreślone przed wprowadzeniem do polskiego porządku prawnego szczególnego zakazu dowodowego przewidzianego w art. 168a k.p.k. – *Dowód prywatny*, s. 415 i n.

kichkolwiek wskazań projektodawców co do sposobu rozumienia wprowadzonego rozwiązania powoduje, że możliwe są w tym zakresie różnorodne rozwiązania wykładnicze<sup>45</sup>. Wydaje się, że z uwagi na funkcje zakazu określonego w art. 168a k.p.k. należy przyjąć, iż kompetencje do oceny wystąpienia w konkretnym układzie procesowym przesłanek z art. 168a k.p.k. posiada organ procesowy prowadzący dane stadium procesu, tj. prokurator w stadium przygotowawczym oraz sąd w stadium jurysdykcyjnym. W konsekwencji zdaje się również uzasadnione przyjęcie, że są to kompetencje samodzielne, w tym w szczególności znaczeniu, iż obejmują dokonywaną przez organ procesowy na danym etapie postępowania ocenę wystąpienia przesłanek z art. 168a k.p.k. w celu rozstrzygnięcia kwestii proceduralnej, tj. stwierdzenia niedopuszczalności przeprowadzenia i wykorzystania w procesie tak uzyskanego dowodu<sup>46</sup>. Należy również przyjąć, że kompetencja organu procesowego odnosi się wyłącznie do aspektów proceduralnych i nie obejmuje problematyki ewentualnej odpowiedzialności karnej strony lub innej osoby, która uzyskała dowód za pomocą czynu zabronionego. Chodzi tutaj zatem o szczególnie rodzaj prawdopodobieństwa, innego niż wymagane dla decyzji o wszczęciu postępowania w sprawie odpowiedzialności za czyn zabroniony, za pomocą którego uzyskano dowód dla potrzeb procesu karnego. Wreszcie z uwagi na taki sposób rozumienia powyższej przesłanki należy przyjąć, że podlega ona ocenie w toku procesu, na podstawie tych samych zasad, które obowiązują przy ocenie dowodów.

W tym ujęciu kompetencje do stwierdzenia, że dowód, którego dotyczy wniosek strony o dopuszczenie przez organ procesowy tego dowodu lub który ma być bezpośrednio wprowadzony do procesu przez stronę, został uzyskany za pomocą czynu zabronionego dla potrzeb postępowania, należą do organu procesowego prowadzącego dane stadium procesu (tj. prokuratora w postępowaniu przygotowawczym lub sądu w postępowaniu jurysdykcyjnym). Stwierdzenie wystąpienia przesłanki z art. 168a k.p.k. wymaga ustalenia odpowiedniego stopnia prawdopodobieństwa, że dany dowód uzyskano za pomocą czynu zabronionego<sup>47</sup>. Decyzja o eliminacji takiego dowodu przez organ procesowy jest na danym etapie procesu ostateczna i samodzielnie niezaskarżalna. Może natomiast stanowić jedną z podstaw oceny kończącego sprawę rozstrzygnięcia w toku kontroli odwoławczej.

Zarysowany powyżej model wykładni art. 168a k.p.k. jest tylko jednym z możliwych na gruncie uchwalonej nowelizacji. Wydaje się jednak, że powyższa koncepcja opiera się na racjonalnych przesłankach, w szczególności zaś na tym, iż art. 168a k.p.k. wyraża wyłącznie procesowy zakaz dowodowy. Nie odnosi się w żadnym zakresie do kwestii materialnoprawnych, w tym zwłaszcza nie wymaga stwierdzenia w sposób prawem przewidziany, że wartościowane czynności dowodowe zostały zrealizowane w sytuacji, w której procesowo możliwe jest ustalenie, że realizujący je podmiot dopuścił się czynu zabronionego, ani też nie obejmuje żadnych zagadnień związa-

<sup>45</sup> Zasadnie podkreśla A. Bojańczyk, że „wyjściowa propozycja Komisji Kodyfikacyjnej, tj. pierwszy przedstawiony projekt dużej nowelizacji kodeksu postępowania karnego, nie zawierała żadnych nowych zakazów dowodowych, brak też jakichkolwiek śladów w motywach «pierwszego» projektu, które wskazywałyby na to, że ta sprawa była w ogóle przez Komisję rozważana. Przepis art. 168a k.p.k. – a jest to przecież regulacja o niezwykle doniosłym znaczeniu dla całego procesu karnego, której nie sposób nazwać drugorzędną – pojawia się znienacka” – *Jaki jest zakres*, s. 103.

<sup>46</sup> Trafnie podkreśla A. Bojańczyk, że oparta na treści art. 168a k.p.k. kontrola poprawności postępowania dowodowego może mieć dwojaki charakter: prewencyjny, jeśli na podstawie art. 168a k.p.k. dojdzie do zapobieżenia przeprowadzenia określonego dowodu, lub następczy, jeśli do przeprowadzenia dowodu doszło, wówczas stanowi podstawę do wyłączenia możliwości wykorzystania tak przeprowadzonego dowodu. Zob. A. Bojańczyk, *Jaki jest zakres*, s. 106.

<sup>47</sup> O paradoksach tej regulacji w kontekście tzw. czynów przepoławionych interesująco pisze A. Bojańczyk, *Jaki jest zakres*, s. 106.

nych z ewentualną odpowiedzialnością karną za przeprowadzenie dowodu w sposób przestępny.

Z oczywistych powodów, jak każda nowa instytucja wprowadzana do systemu prawa, rozwiązanie zawarte w art. 168a k.p.k. generuje wiele różnorodnych niebezpieczeństw, w tym także ryzyko potencjalnej dysfunkcyjności. Na potrzeby niniejszego opracowania wskazać wystarczy tylko niektóre z nich.

Po pierwsze, nie jest jasne, w jakich relacjach pozostają postępowanie dowodowe w sprawie, w której wyłączono możliwość przeprowadzenia i wykorzystania dowodu z uwagi na uzyskanie go za pomocą czynu zabronionego, oraz ewentualne postępowanie w sprawie odpowiedzialności karnej za ten czyn zabroniony, którego dopuszczono się w związku z uzyskaniem dowodu dla potrzeb innego postępowania. Nie jest jasne, czy ewentualne wszczęcie postępowania w sprawie odpowiedzialności za przestępstwo popełnione w związku z uzyskaniem dowodu za pomocą czynu zabronionego w trakcie trwania postępowania, w którym wydano rozstrzygnięcie o niedopuszczalności przeprowadzenia i wykorzystania w procesie takiego dowodu, powoduje stan zawieszenia skuteczności tej decyzji procesowej, czy też pozostaje bez wpływu na tok procesu, w którym wykorzystano zakaz dowodowy z art. 168a k.p.k. jako podstawę rozstrzygnięcia.

Po wtóre, nie jest jasne, jakie znaczenie dla procesu, w którym wydano rozstrzygnięcie na podstawie treści art. 168a k.p.k., ma ewentualne prawomocne stwierdzenie w innym postępowaniu, że czynności mające na celu uzyskanie tego dowodu zostały przeprowadzone bez naruszania prawa, a więc że ustalone w związku z decyzją o niedopuszczalności przeprowadzenia i wykorzystania dowodu prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego zostało w innym postępowaniu, dotyczącym tego czynu, całkowicie sfalsyfikowane. Nie jest jasne, czy w takim przypadku pojawia się możliwość, a być może z uwagi na szczególnie okoliczności procesowe wręcz powinność przeprowadzenia dowodu, co do któ-

rego uprzednio stwierdzono jego niedopuszczalność z uwagi na przyjęcie, że uzyskano go za pomocą czynu zabronionego. Nie jest także klarowne, czy ewentualne przeprowadzenie dowodu uprzednio uznanego za niedopuszczalny winno opierać się na swoistej „reassumpcji” postanowienia wydanego na podstawie art. 168a k.p.k., czy też przyjmować postać nowego postanowienia dowodowego wydanego na podstawie kolejnego wniosku dowodowego strony, uwzględniającego treść rozstrzygnięcia wykluczającego, że dowód uzyskano za pomocą czynu zabronionego.

Wątpliwości wywoływać może również kwestia związana z wymaganym dla aktualizacji przesłanek stosowania zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. stopniem prawdopodobieństwa oraz ewentualnym znaczeniem procesowej zasady domniemania niewinności. Z jednej bowiem strony przesłanka popełnienia czynu zabronionego z art. 168a k.p.k. ma jedynie proceduralne znaczenie, stanowi podstawę aktualizacji zakazu dowodowego, nie ma zaś – jak wskazano powyżej – żadnego znaczenia z punktu widzenia potencjalnej odpowiedzialności karnej podmiotu, który przeprowadzał stosowne czynności związane z uzyskaniem dowodu. Z drugiej strony aktualizacja zakazu z art. 168a k.p.k. wymaga jednak stwierdzenia, że uzyskano dowody za pomocą czynu zabronionego, który następuje w procesowej formie w toku postępowania karnego. To może sugerować, że jakkolwiek organ procesowy podejmuje na podstawie tej przesłanki decyzję wyłącznie w przedmiocie dopuszczalności przeprowadzenia i wykorzystania dowodu, nie zaś w przedmiocie odpowiedzialności karnej osoby, która dany dowód uzyskała, to zarazem nie sposób stracić z pola widzenia, że w szczególności prokurator, związany zasadą legalizmu, w takich wypadkach powinien podejmować stosowne czynności z urzędu, mające na celu wszczęcie postępowania w sprawie odpowiedzialności karnej osoby uzyskującej dowód. To zaś może sprawiać, że z uwagi na związki procedury mającej na celu ustalenie przesłanek aktualizacji zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. oraz

przesłanek odpowiedzialności karnej powinno się dążyć do ujednoczenia stopnia prawdopodobieństwa stwierdzenia, że dowód uzyskano za pomocą czynu zabronionego, wyznaczonego przy uwzględnieniu procesowej zasady domniemania niewinności. Z tego punktu widzenia wątpliwości może wywoływać zawarte powyżej twierdzenie dotyczące autonomicznej kompetencji sądu prowadzącego czynności dowodowe do ustalenia stopnia prawdopodobieństwa uzyskania dowodu za pomocą czynu zabronionego i twierdzenie, że winien być on ustalony w innym, tj. mniejszym stopniu niż wymagany dla podjęcia decyzji o wszczęciu postępowania karnego przeciwko osobie, która uzyskała taki dowód.

Wątpliwości związanych z konstrukcją przewidzianą w art. 168a k.p.k. jest oczywiście zdecydowanie więcej, co sprawia, że dopiero po pewnym okresie funkcjonowania tego przepisu w praktyce będzie można nieco precyzyjniej stwierdzić, czy jest to instytucja prawidłowo ukształtowana i proceduralnie użyteczna. Już dzisiaj można jednak bez ryzyka popełnienia większego błędu twierdzić, że zakaz przewidziany w art. 168a k.p.k. został zakreślony zbyt wąsko z tego powodu, iż nie obejmuje wszystkich dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego, a więc nie tylko dla celów postępowania karnego.

Nieco mniej skomplikowana jest kwestia bezpośredniego wprowadzania do procesu dowodów prywatnych na podstawie art. 393 § 1 k.p.k. W tym zakresie ustawodawca jednoznacznie stwierdza, że mogą być odczytywane na rozprawie, a tym samym wprowadzane jako dowody prywatne do procesu, wszelkie dokumenty prywatne zgromadzone, wytworzone lub zlecone przez strony procesu. Przepis stwarza więc możliwość bezpośredniego wprowadzenia dowodów prywatnych do procesu. Możliwość ta nie jest jednak nieograniczona.

Przede wszystkim odczytanie na rozprawie wymaga stosownej decyzji sądu, wyrażające-

go zgodę na przeprowadzenie tej czynności. Ta decyzja, jak każde rozstrzygnięcie w sprawie dowodów, musi respektować zawarte w ustawie procesowej regulacje dotyczące zakazów dowodowych, a więc także treść art. 168a k.p.k. Tym samym przed wyrażeniem zgody na odczytanie dokumentów prywatnych sąd powinien sprawdzić, czy dokumenty te nie zostały przez stronę uzyskane dla potrzeb procesu za pomocą czynu zabronionego. W razie stwierdzenia okoliczności wskazanych w tym przepisie odczytanie dokumentów prywatnych i wprowadzenie ich jako dowodów do procesu nie jest – jak się wydaje – możliwe. Przesądza to, że z wykorzystaniem art. 393 § 1 k.p.k. jako formalnej podstawy wprowadzenia do procesu dowodów prywatnych łączą się ograniczenia wynikające z zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. Możliwość wprowadzenia do procesu dowodów prywatnych na podstawie art. 393 § 1 k.p.k. związana jest – z oczywistych powodów – z tymi samymi wątpliwościami, które przedstawiono powyżej, analizując konstrukcję art. 168a k.p.k.

Niezależnie od ograniczenia wyrażonego w art. 168a k.p.k. możliwość odczytania i tym samym wprowadzenia do procesu dowodów prywatnych regulowana jest przez ogólny przepis art. 170 § 1 k.p.k. Sąd jest zatem uprawniony i zobowiązany do sprawdzenia, czy nie aktualizuje się żadna z negatywnych przesłanek dowodowych przewidzianych w art. 170 § 1 k.p.k., w szczególności zaś ma możliwość uznania, że dokument, który ma być odczytany przez stronę, dotyczy okoliczności, której nie da się wykazać za pomocą tego dowodu, okoliczności, która została już wykazana lub zmierza w sposób jednoznaczny do przewlekłości postępowania lub pozostałych przesłanek negatywnych wyrażonych w art. 170 § 1 k.p.k.<sup>48</sup> Wydaje się, że stwierdzenie tych przesłanek umożliwia sądowi odmowę zgody na odczytanie takich dokumentów na rozprawie. Pozwala to twierdzić, że przepis art. 170 k.p.k. wyraża zatem także

<sup>48</sup> Zob. treść przepisu art. 170 k.p.k. przytoczoną w przypisie nr 15 niniejszego opracowania. Zob. też rozważania K. Dudki, *Dopuszczalność, (w:) Zasada prawdy materialnej*, s. 346 i n. Por. też uwagi A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 205 i n.

specyficznie ujęty zakaz dowodowy i statuje ograniczenie możliwości wprowadzania dowodów prywatnych do procesu.

Należy podkreślić, że przepis art. 393 § 1 k.p.k. jest wskazywany jako podstawa wprowadzenia do procesu tzw. opinii prywatnej. Z uwagi na rekonstruowaną z całości znowelizowanych przepisów k.p.k. zasadę swobody dowodzenia przyjmuje się, że strony nieinstytucjonalne mają możliwość zlecenia, w formie czynności pozaprosesowych<sup>49</sup>, przygotowania przez osoby posiadające stosowną wiedzę opinii dotyczącej okoliczności istotnych z punktu widzenia procesu. Taka opinia nie ma jednak formalnie statusu dowodu z opinii biegłego, który został w sposób szczególnie uregulowany w ustawie procesowej. Należy zaakcentować, że dowód z opinii biegłego może być przeprowadzony wyłącznie na zlecenie instytucjonalnego organu procesowego (tj. sądu lub prokuratora), które przybiera postać postanowienia. Tym samym, jakkolwiek na podstawie zasady swobody dowodzenia nieinstytucjonalne strony procesu mają możliwość samodzielnego zlecenia sporządzenia opinii prywatnej, z uwagi na sformalizowany sposób przeprowadzania tego dowodu, opinia sporządzona na zlecenie strony nie ma formalnie statusu dowodu z opinii biegłego. W perspektywie art. 393 § 1 k.p.k. ma status dokumentu prywatnego, takiego samego jak każdy inny dokument wymieniony w tym przepisie. Jednocześnie z uwagi na treść art. 393 § 1 k.p.k. może być odczytana na rozprawie, jeśli m.in. nie zachodzą przesłanki z art. 168a k.p.k. oraz z art. 170 § 1 k.p.k., i w ten sposób zostaje jako dowód wprowadzona do procesu. W związku z zachowaniem szczególnego statusu dowodu z opinii biegłego na gruncie znowelizowanych przepisów pojawia się jednak wątpliwość dotycząca „wagi” czy też „znaczenia” procesowego opinii prywatnej. Nie jest to formalnie dowód z opinii biegłego. Materialnie

może jednak wykazywać, jeśli została sporządzona w prawidłowy sposób, wszystkie cechy, jakie łączą się z ustaleniami dotyczącymi wiarygodności specjalnych dokonywanymi w procesie przez specjalistów. W związku z powyższym przyjmuje się dwa alternatywne rozwiązania wskazanego zagadnienia. Wedle pierwszego, z uwagi na brak formalnej teorii dowodowej na gruncie polskiego procesu karnego wprowadzona na podstawie art. 393 § 1 k.p.k. do procesu karnego opinia prywatna jest dokumentem równoważnym z opinią biegłego jako szczególnym rodzajem dowodu sporządzonym na zlecenie organu procesowego. Jeśli zatem opinia prywatna spełnia wszystkie cechy tego szczególnego dowodu, może stanowić podstawę ustaleń czynionych przez sąd, a w razie sprzeczności z opinią sporządzoną na zlecenie organu procesowego, jeśli opinia prywatna jest merytorycznie poprawna i metodologicznie nienaganna, stanowić podstawę pominięcia opinii sporządzonej na zlecenie organu procesowego. W tym ujęciu dowód z opinii ma zatem taki sam status i charakter jak dowód z opinii sporządzonej na zlecenie organu procesowego. Nie wynika to jednak wprost z regulacji proceduralnej, lecz stanowi wynik stosunkowo skomplikowanego procesu interpretacji, opartego na szeregu presupozycji<sup>50</sup>.

Wedle ujęcia alternatywnego, z uwagi na sformalizowaną procedurę przeprowadzania dowodu z opinii biegłego w polskim procesie karnym, mimo możliwości odczytania na rozprawie opinii sporządzonej na zlecenie nieinstytucjonalnej strony procesu, taka prywatna opinia pozostaje dowodem z dokumentu, i z tego powodu ma formalnie inny status procesowy. Nie jest bowiem dokumentem sporządzonym na zlecenie organu procesowego i tym samym nie ma formalnie statusu dowodu z opinii biegłego. Tym samym jej znaczenie z formalnego punktu widzenia może być

<sup>49</sup> Należy podkreślić, że kwestia ta nie została w żaden sposób uregulowana w ustawie, stąd też czynności polegające na zleceniu sporządzenia opinii prywatnej na gruncie polskiej ustawy procesowej należy uznać za czynności pozaprosesowe.

<sup>50</sup> Zob. też w tej kwestii uwagi zawarte w pracy – P. Kardas, *Pozaprosesowe czynności obrońcy*, s. 119 i n.

nico inne. Ujmując rzecz skrótowo, można twierdzić, że dowód z opinii prywatnej jest dowodem o „mniejszej” formalnie wadze niż dowód z opinii biegłego sporządzonej na zlecenie organu procesowego.

Jakkolwiek istnieje wiele argumentów wskazujących zasadność pierwszego z zarysowanych ujęć interpretacyjnych, to nie można całkowicie lekceważyć uzasadnienia przedstawianego dla drugiego z zarysowanych modeli wykładniczych.

Mając na względzie powyższe ogólne uwagi, dotyczące jedynie kwestii zasadniczych, wydaje się, że zagadnienie wyszukiwania, gromadzenia, sporządzania, zlecenia oraz przeprowadzania tzw. dowodów prywatnych nie zostało w sposób kompleksowy uregulowane w uchwalonej nowelizacji. Wiele kwestii pozostało bowiem poza zakresem jakichkolwiek ustawowych rozwiązań, co sprawia, że wieloletnie funkcjonowanie polskiego procesu karnego w innym ujęciu modelowym, w którym negowano możliwość wykorzystywania tzw. dowodów prywatnych, generować może wiele komplikacji w praktyce stosowania prawa. Nie ma również wątpliwości, że jednym z tych obszarów potencjalnych trudności jest sfera nie w pełni uregulowanych zagadnień związanych ze statusem dowodów prywatnych oraz ograniczeniami wprowadzania tych dowodów do procesu. Nieprecyzyjność

regulacji stwarza podstawy do różnorodnych trudności.

Nadużycie konstrukcji stanowiących podstawę do eliminacji z procesu tzw. dowodów prywatnych prowadzić może do naruszenia zasady równości, a w dalszej perspektywie skutkować nieadekwatnymi ustaleniami sądu i ostatecznie nietrafnym i niesprawiedliwym rozstrzygnięciem sprawy. Podobne zagrożenia generować może nadmiernie szeroka możliwość wprowadzania do procesu tzw. dowodów prywatnych. Oba zagrożenia są wyraźnie dostrzegalne na gruncie znowelizowanych przepisów polskiej procedury karnej. Warto zatem problematykę dowodów prywatnych oraz zagadnienie ograniczeń ich przeprowadzania i wykorzystywania w procesie poddać szerszej analizie w okresie *vacatio legis* nowelizacji polskiej procedury karnej. Warto także podjąć trud spojrzenia na tę problematykę z perspektywy prawnoporównawczej, w szczególności angloamerykańskiej, w której problematyka ta jest znacznie głębiej prześlana i o wiele precyzyjniej uregulowana<sup>51</sup>. Takie analizy mogą okazać się nie tylko inspirowane z punktu widzenia prawnoporównawczych aspektów wykładni wprowadzonych na mocy wrześniowej nowelizacji przepisów, ale także w perspektywie wprowadzenia ewentualnych korekt przyjętych w Polsce rozwiązań.

<sup>51</sup> W systemie amerykańskim obowiązują rozbudowane regulacje dotyczące tzw. prawa dowodowego, w których przewidziano wiele szczegółowych rozwiązań odnoszących się do zakazów dowodowych. Zob. w szczególności G. Weissenberg, J. J. Duane, *Federal Rules of Evidence: Rules, Legislative History, Commentary and Authority, Seventh Edition*, LexisNexis 2011. Zob. też interesujące rozważania A. Bojańczyka, *Dowód prywatny*, s. 160 i n. oraz powołaną tam literaturę przedmiotu i orzecznictwo.

## Summary

Piotr Kardas

### THE GROUNDS AND LIMITATIONS OF THE EXAMINATION AND USING OF SO CALLED PRIVATE EVIDENCE IN A CRIMINAL TRIAL

The work is devoted to the analysis of the possibility of gathering and using so called private evidence in a trial and the new inadmissibility in evidence introduced pursuant to the amendment from September 2013 including evidence obtained by means of an illegal act referred to in



art. 168a of the code of criminal procedure. The text contains a draft definition of the term “private evidence” and the characteristics of the significance of evidence division into private and public from the viewpoint of the rules of the law of evidence resulting from the revised regulations of the code of criminal procedure. Moreover, it includes reflections on the normative content of the inadmissibility from art. 168a of the code of criminal procedure, the premises of its updating and its scope of application. It suggests that it is possible to assume that art. 168a of the code of criminal procedure also establishes an indirect inadmissibility in evidence obtained by means of an illegal act. Further, it points out to a number of interpretative difficulties connected with the construction of the inadmissibility in evidence referred to in art. 168a of the code of criminal procedure assumed by the legislator as well as some remarks concerning the possibility of implementing and using evidence from private documents and evidence from so called private expert opinion in a criminal trial.

**KEY WORDS:** private evidence, evidence, searching for evidence, gathering evidence, examination of evidence, using evidence, parties to the proceedings, inadmissibility in evidence, obtaining evidence, illegal act

**POJĘCIA KLUCZOWE:** dowód prywatny, środek dowodowy, wyszukiwanie dowodów, gromadzenie dowodów, przeprowadzanie dowodów, wykorzystywanie dowodów, strony postępowania, zakazy dowodowe, uzyskanie dowodu, czyn zabroniony