

**Tomasz Razowski**

## **Materialne i procesowe problemy interpretacji art. 168a k.p.k.**

### **1. Wstęp**

Wielka zmiana m.in. Kodeksu postępowania karnego, dokonana ustawą z dn. 27 września 2013 r.<sup>1</sup>, z uwagi na swój zakres oraz istotę i charakter z powodzeniem może być określona mianem rekodyfikacji polskiego postępowania karnego. Bez trudu da się przy tym zidentyfikować dwa podstawowe obszary oddziaływania przywołanej nowelizacji. Pierwszym z nich jest zwiększenie możliwości zastosowania konsensualizmu procesowego, egzemplifikowanego przez instytucje z art. 335 k.p.k. (skazanie bez przeprowadzenia rozprawy) i z art. 387 k.p.k. (dobrowolne poddanie się karze)<sup>2</sup>. Drugim z nich jest natomiast poszerzenie zakresu kontrydiktoryjności postępowania sądowego, którego jednak nie można utożsamiać z wprowadzeniem tzw. pełnej kontrydiktoryjności tego stadium procesowego. Dość bowiem wskazać, że samo uzasadnienie projektu nowelizacji wrześniowej znamienne mówi o zmierzaniu „w kierunku kontrydiktoryjności”<sup>3</sup>.

Dla poszerzenia zakresu kontrydiktoryjności postępowania sądowego – nawiasem mówiąc, prowadzonego zarówno przed sądem I instancji, jak i przed sądem odwoławczym – kluczowe znaczenie ma przede wszystkim zmiana przepisów art.: 167, 366 § 1, 370, 391 i 452 § 2 k.p.k. Niepodobna jednak

<sup>1</sup> Ustawa z dn. 27 IX 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2013, poz. 1247.

<sup>2</sup> Niestety, zmiana nie obejmuje w tym zakresie odpowiedników obu tych instytucji uregulowanych odpowiednio: w art. 156 k.k.s. i w art. 161 k.k.s. Prowadzi to natomiast do niedających się zaaprobować konsekwencji – zob. bliżej: T. Razowski, w: P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1132–1133.

<sup>3</sup> Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, < [www.sejm.gov.pl](http://www.sejm.gov.pl) >, s. 5 i n.

w tym kontekście pominąć roli, jaką odgrywa wprowadzenie do ustawy procesowej regulacji z art. 168a k.p.k. Rola ta bowiem bynajmniej nie wynika wyłącznie z tego, że z uwagi na swój względnie kompleksowy charakter wzmiankowane uregulowanie jest nowością, nieznaną dotychczas polskiemu ustawodawstwu karnoprosesowemu. Nie dość bowiem, że Kodeks postępowania karnego zna instytucję służącą eliminacji z procesu rekonstrukcji stanu faktycznego ściśle określonych dowodów (art. 171 § 7 k.p.k.), to na dodatek odwoływanie się wyłącznie do elementu nowości, niewątpliwie cechującego rozwiązanie z art. 168a k.p.k., mogłoby skłaniać do uznania, iż charakteryzuje je wyłącznie atrakcyjność badawcza, niemająca większego znaczenia dla praktyki wymiaru sprawiedliwości. Tymczasem przy pogłębionym oglądzie łatwo jest spostrzec, że zarówno z perspektywy teoretycznej, jak i w aspekcie praktycznym przepis art. 168a k.p.k. niesie ze sobą bardzo poważne problemy interpretacyjne, wyłaniające się z jego brzmienia, a także z próby powiązania go z niektórymi z innych uregulowań stanowiącymi zręb nowelizacji wrześniowej w tej jej części, w której zmierza ona do poszerzenia zakresu kontradiktoryjności postępowania sądowego. Najpewniej właśnie z tego powodu przepis art. 168a k.p.k., jeszcze przed wejściem w życie spotkał się z żywym zainteresowaniem przedstawicieli doktryny<sup>4</sup>.

## 2. Charakter instytucji z art. 168a k.p.k.

Podjęcie próby kompleksowej analizy regulacji z art. 168a k.p.k. za punkt wyjścia musi przyjąć określenie jej charakteru. Jednocześnie od razu należy wskazać, że już choćby intuicyjnie jest on dość łatwo wyczuwalny.

<sup>4</sup> Zob. w tym zakresie rozważania: A. Bojańczyk, *Jaki jest zakres nowego zakazu dowodowego obejmującego dowody uzyskane za pomocą czynu zabronionego?*, „Palestra” 2014, nr 10; P. Kardas, *Podstawy i ograniczenia przeprowadzania oraz wykorzystywania w procesie karnym tzw. dowodów prywatnych*, „Palestra” 2015, nr 1–2; R. Kmieciak, *Kontrowersyjne unormowania w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 1–2; Z. Kwiatkowski, *Kilka uwag na tle art. 168a projektowanych zmian postępowania karnego*, w: *Kontradiktoryjność w polskim procesie karnym*, red. P. Wiliński, Warszawa 2013; A. Lach, *Dopuszczalność dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa w postępowaniu karnym*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 10; M. Chrabkowski, *Wykorzystanie owoców czynu zabronionego jako dowodów w sprawie karnej*, w: *Realizacja zasady kontradiktoryjności w polskim procesie karnym – wybrane zagadnienia*, red. J. Żylińska i M. Filipowska-Tuthill, Warszawa 2015, a także uwagi dotyczące przepisu art. 168a k.p.k. zawarte w opiniach eksperckich do projektu nowelizacji wrześniowej, autorstwa np. K. Zgryzka oraz Ł. Chojniaka i W. Jasińskiego < [www.sejm.gov.pl](http://www.sejm.gov.pl) >.

Wszak celem przepisu art. 168a k.p.k. jest wyłączenie możliwości wykorzystania w procesie karnym określonych środków dowodowych, uzyskanych dla celów tego postępowania i w warunkach szczególnej (kwalifikowanej) niezgodności z prawem (nielegalności, uzyskania dowodu z naruszeniem ustawy)<sup>5</sup>. Skoro tak, to *prima vista* nie ma sporu odnośnie do tego, że przywołany przepis prawny kształtuje zakaz dowodowy. Przecież już autor koncepcji zakazów dowodowych E. Beling jednoznacznie wiązał ją m.in. z przepisem ustawy uznającym pewne środki dowodowe za niedopuszczalne<sup>6</sup>. W polskim piśmiennictwie karnoprosesowym zakorzenione jest z kolei identyfikowanie zakazów dowodowych z przepisami prawa wyłączającymi dowodzenie określonych faktów (tezy dowodowej) oraz wyłączającymi lub ograniczającymi wprowadzenie, przeprowadzenie i wykorzystanie pewnych dowodów w procesie karnym<sup>7</sup>. Nie wdając się zatem w szczegółowe rozważania dotyczące istoty i charakteru zakazów dowodowych, należy wskazać, że przywołane okoliczności są wystarczające do uznania regulacji z art. 168a k.p.k. za przykład zakazu dowodowego. Jako taki bardzo dobrze wpisuje się on przy tym w kwintesencję dopuszczalności dowodów w procesie karnym, ocenianą przecież nie przez pryzmat tego, co ustawodawca *expressis verbis* dopuścił, lecz tego, czego zakazał<sup>8</sup>.

Poczynione rozważania mają swoje oparcie w językowym brzmieniu przepisu art. 168a k.p.k. Osobno trzeba jednak podkreślić, że – gdy idzie o proces interpretacji prawa – w doktrynie<sup>9</sup> i w nowym orzecznictwie naczel-

<sup>5</sup> Z perspektywy terminologicznej funkcjonują w zasadzie trzy określenia: dowód zebrany w sposób bezprawny (tzw. dowód nielegalny) – zob. w tym zakresie rozważania R. Kmieciaka, *Dowód ścisły w procesie karnym*, Lublin 1983, s. 91–92; dowód zebrany w sposób sprzeczny z ustawą – zob. zwłaszcza J. Skorupka, *Eliminowanie z procesu karnego dowodu zebranego w sposób sprzeczny z ustawą*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 3, s. 80–81; oraz dowód zebrany z naruszeniem prawa – zob. zwłaszcza A. Lach, *Dopuszczalność...*, *op. cit.*, s. 39. Dla tematu opracowania jest to jednak kwestia drugorzędna, a zwłaszcza niewymagająca szczegółowej analizy. Z drugiej jednak strony jako najpojemniejsza zakresowo i przez to najpełniej oddająca istotę zagadnienia jawi się propozycja terminologiczna zaprezentowana przez A. Lacha.

<sup>6</sup> Zob. E. Beling, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, Breslau 1903, s. 3. Zob. w tym zakresie również szerokie rozważania Z. Kwiatkowskiego, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Kraków 2005, s. 21 i n.

<sup>7</sup> Zob. Z. Kwiatkowski, *Zakazy...*, *op. cit.*, s. 45 wraz z podaną tam literaturą.

<sup>8</sup> Tak trafnie: P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2006, s. 139.

<sup>9</sup> Zob. zwłaszcza M. Zieliński, *Podstawowe zasady współczesnej wykładni prawa*, w: *Teoria i praktyka wykładni prawa*, red. P. Winczorek, Warszawa 2005, s. 118; P. Gensikowski, *O wykładni prawa karnego*, w: *Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa*, red. L. Morawski, Toruń 2005, s. 114; P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy...*, *op. cit.*, s. 234.

nego organu sądowego<sup>10</sup> coraz częściej wskazuje się na zasadność weryfikacji wyników wykładni językowej za pomocą dalszych dyrektyw interpretacyjnych, i to niezależnie od stopnia językowej jednoznaczności. Niemniej nawet sięgnięcie do dyrektyw systemowych i funkcjonalnych niczego w przedstawionych rozważaniach nie zmieni. Co więcej, *a rubrica* o wskazanym charakterze regulacji z art. 168a k.p.k. pośrednio przesądza jej umiejscowienie w ramach przepisów ogólnych dotyczących dowodów. Dodatkowo obrazuje to zresztą i fakt, że przedmiotowo nie jest ona ograniczona do konkretnego środka dowodowego, do czego zresztą przyjdzie niżej powrócić.

Odwolując się do zaproponowanego przez M. Cieślaka<sup>11</sup> i zaaprobowanego potem w doktrynie<sup>12</sup> podziału zakazów dowodowych na zupełne i niezupełne, należy spostrzec, że istota regulacji z art. 168a k.p.k. sprowadza się do wyłączenia możliwości dowodzenia danej okoliczności przy wykorzystaniu środków dowodowych zakazanych przez ustawę, tj. przy wykorzystaniu środków dowodowych uzyskanych do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego w rozumieniu art. 1 § 1 k.k. Tym samym przepis art. 168a k.p.k. kształtuje tzw. zakaz dowodowy niezupełny. Konieczne staje się więc dalsze rozważenie, czy chodzi tu o niezupełny zakaz dowodowy w jego bezwzględnej (bezwarunkowej) postaci, a zatem o taki, który nigdy nie może być uchylony, czy też o jego postać względną (warunkową), czyli o taką, gdy zakaz, z zachowaniem określonych warunków, może być uchylony. Na pierwszy rzut oka sytuacja wydaje się prosta. Wszak ustawa procesowa nie zawiera jakiegokolwiek regulacji pozwalającej na uchylenie zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k., zwłaszcza takiej, dla której wzorcem mógłby być przepis art. 180 § 2 k.p.k. Z tego właśnie powodu A. Lach trafnie podkreślił, że bez znaczenia pozostaje tu np. zasada proporcjonalności, uzależnienie decyzji w przedmiocie dopuszczenia dowodu od wagi rozpoznawanej sprawy, rodzaj czynu zabronionego, za pomocą którego uzyskano dowód, oraz waga dowodu dla sprawy<sup>13</sup>. Rzecz jednak w tym, że w sposób jasny wynika to już z samej istoty regulacji z art. 168a k.p.k. Realny problem natomiast pojawia się gdzie indziej. Otóż w orzecznictwie naczelnego organu sądowego sto-

<sup>10</sup> Zob. uchwałę składu 7 sędziów SN z 24 II 2010 r., I KZP 28/09, OSNKW 2010, nr 3, poz. 21.

<sup>11</sup> Zob. M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, t. I, Warszawa 1955, s. 264.

<sup>12</sup> Zob. np. W. Daszkiewicz, *Proces karny. Część ogólna*, Poznań 1996, s. 278 i n.; R. Kmiecik, w: R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Kraków 2002, s. 334–335; T. Grzegorzcyk, w: T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2003, s. 441; Z. Kwiatkowski, *Zakazy...*, *op. cit.*, s. 94.

<sup>13</sup> Zob. A. Lach, *Dopuszczalność...*, *op. cit.*, s. 48.

sunkowo niedawno wypowiedziano niezmiernie interesujące zapatrywanie, stanowiące nowość w kontekście szeroko rozumianego prawa dowodowego. Mianowicie w wyroku z dn. 16 października 2012 r., V KK 414/11<sup>14</sup> Sąd Najwyższy (SN) wskazał, że:

[...] dla oceny dopuszczalności dowodu z materiałów z kontroli operacyjnej, o której mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z 1990 r. o Policji, istotny jest kierunek tego dowodu. Jeśli jego celem jest wykazanie niewinności oskarżonego lub uzyskanie dowodów świadczących na jego korzyść, to może być on przeprowadzony niezależnie od faktu, że wobec tego oskarżonego nie wydano postanowienia w trybie art. 19 ust. 3 tej ustawy, ani też określonego w art. 19 ust. 15c postanowienia o zgodzie następczej.

Ujmując rzecz nieco bardziej ogólnie, SN uznał, że kierunek dowodu (dowód zmierzający w całości lub w części na korzyść oskarżonego) ma tak istotne znaczenie, że może uzasadniać legalne wykorzystanie określonego środka dowodowego pomimo jego uzyskania lub wprowadzenia do procesu z naruszeniem prawa. Z jednej bowiem strony wskazano, że wolność osobista oraz wynikająca z niej tajemnica komunikowania się, które stanowią jedną z najważniejszych i podstawowych wartości demokratycznego państwa prawa, zagwarantowanych w Konstytucji RP (art. 49) oraz w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (art. 8), nie pozwalają na pozbawione atrybutu legalności podsłuchiwanie obywateli i wykorzystanie uzyskanych w taki sposób materiałów dowodowych przeciwko nim. Z drugiej jednak wyraźnie zaakcentowano, że w warunkach sytuacji kolizyjnej z – mającym przecież również walor konwencyjny (art. 6 ust. 3) i konstytucyjny (art. 42 ust. 2) – prawem do obrony, należy poczytywać to ostatnie za mające charakter rozstrzygający (przeważający). Zapatrywanie to znalazło przy tym akceptację w orzecznictwie niektórych sądów apelacyjnych<sup>15</sup>. Już same te okoliczności nakazują poświęcić uwagę zestawieniu tego poglądu z istotą i charakterem zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k., i to nawet przy zauważeniu, że zaprezentowany pogląd SN oraz niektórych sądów apelacyjnych doprawdy trudno uznać za dominujący w judykaturze.

Gruntowna analiza zagadnienia wpływu kierunku środka dowodowego na możliwość jego legalnego wprowadzenia do procesu oraz uczynienia

<sup>14</sup> LEX nr 1226789.

<sup>15</sup> Zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego (SA) we Wrocławiu z 30 I 2013 r., II AKa 387/12, LEX nr 1286708 i wyrok SA w Białymstoku z 18 IV 2013 r., II AKa 46/13, KZS 2013, nr 10, poz. 71.

z niego podstawy do rekonstrukcji stanu faktycznego niechybnie rozsądziłyby ramy niniejszego opracowania. Dla jego potrzeb wystarczające zatem będzie wskazanie, że punktem wyjścia musi być tutaj zwrócenie uwagi na bezwzględny charakter zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. Oznacza on bowiem, że – niezależnie od środka dowodowego, którego będzie dotyczył – nigdy nie może on być uchylony. Odwołując się przy tym do paradygmatu racjonalnego prawodawcy, a zatem dokonując interpretacji przepisu art. 168a k.p.k. z perspektywy celowościowej, konieczne musi być uznanie, że przywołane „uchylenie” przewidzianego w nim zakazu dowodowego nie może być identyfikowane wyłącznie z decyzją procesową (postanowieniem) stwarzającą podstawę do odstępstwa od wskazanego zakazu dowodowego, lecz musi obejmować swym zakresem każdą, w tym również faktyczną, postać jego choćby częściowej eliminacji, rzecz jasna w granicach wyznaczonych przez jego zakres. Taką faktyczną eliminacją (faktycznym uchyleciem) byłaby zaś sytuacja, w której zastosowanie przepisu art. 168a k.p.k. byłoby warunkowane kierunkiem dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego z art. 1 § 1 k.k.

Nie bez znaczenia jest również i to, że przywołane zapatrywanie SN wyrażone w wyroku z 16 października 2012 r. dotyczyło dowodu dopuszczalnego (mieszczącego się w granicach art. 19 ust. 1 ustawy o Policji), ale obciążonego wadą formalną, na co trafnie zwrócono uwagę w judykaturze<sup>16</sup>. Tymczasem przepis art. 168a k.p.k. dotyczy dowodu niedopuszczalnego, czyli prawnie bezskutecznego<sup>17</sup>. Dlatego uzasadnione jest uznanie, że również kierunek dowodu (a ściślej środka dowodowego) pozostaje bez znaczenia dla zastosowania przepisu art. 168a k.p.k. Łącznie natomiast poczynione dotychczas rozważania skłaniają do uznania, że przywołany przepis prawny wprowadza do postępowania karnego nowy zakaz dowodowy będący niezupełnym bezwzględnym (bezwarunkowym) zakazem dowodowym.

### **3. Zakres zastosowania zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k.**

Poddając analizie zakres zastosowania uregulowania z art. 168a k.p.k., w pierwszym rzędzie uzasadnione staje się ustalenie, czy przepis ten nie powinien być „w całości” interpretowany wedle wnioskowania z przeciwnieństwa. Udzielenie odpowiedzi na tak postawione pytanie jest przy tym

<sup>16</sup> Zob. wyrok SA w Szczecinie z 17 IV 2014 r., II AKa 18/14, LEX nr 1506296.

<sup>17</sup> Zob. Z. Świda-Łagiewska, *Dyskwalifikacja dowodu w trybie art. 157 § 2 k.p.k.*, „Nowe Prawo” 1984, nr 4, s. 53.

niezmiernie istotne, ponieważ przyjęcie w tym zakresie zasadności wnioskowania *a contrario* prowadziłyby do konieczności uznania, że wszelkie inne (z zasady formalne) wadliwości w przeprowadzeniu oraz wykorzystaniu środka dowodowego nie skutkowałyby jego eliminacją z podstawy dowodowej, chyba że co innego wynikałoby z regulacji szczególnej, a ściślej z art. 171 § 7 k.p.k. Od razu jednak należy wskazać, że przywołany kierunek interpretacji przepisu art. 168a k.p.k. nie może być zaaprobowany. W prostej linii oznaczałby on bowiem uznanie, że wprowadzenie do ustawy procesowej wskazanej regulacji miało na celu również wyeliminowanie jakichkolwiek innych powodów (poza tym z art. 171 § 7 k.p.k.) wykluczenia konkretnego środka dowodowego z podstawy ustaleń faktycznych, a zatem także zakwestionowanie dotychczasowego dorobku orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC), SN i sądów powszechnych, wskazującego na możliwość takiej eliminacji nie tylko w sytuacji, w której dowód został uzyskany do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego.

Innymi słowy wskazany sposób wykładni przepisu art. 168a k.p.k. nie tylko stałby w ewidentnej opozycji do dorobku piśmiennictwa i judykatury poświęconego przesłankom niemożności dowodowego wykorzystania środka dowodowego, ale nade wszystko kwestionowałby konwencyjne i konstytucyjne podstawy takiego wykluczenia dowodu. Tymczasem żadna racja prawna nie przemawia za tym, aby zakwestionować dalszą możliwość eliminacji dowodów, czy to w oparciu o przesłanki konwencyjne (art. 6 w zw. z art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, art. 6 w zw. z art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz samoistnie stosowany art. 6 tej Konwencji<sup>18</sup>), czy to w odwołaniu do warunków konstytucyjnych (np. art. 49 zd. 1 i art. 54 ust. 4 Konstytucji RP). Trafne założenie przyświecało SN, gdy stwierdzał:

[...] fakt, że Kodeks postępowania karnego, ustawa o Policji ani inne ustawy wprost nie przewidują dyskwalifikacji procesowej takich „pierwotnie skażonych” dowodów, jak czyni to np. art. 171 § 7 k.p.k., niczego w omawianym zakresie nie zmienia. Ustawodawca nie zakłada przecież niezgodnego z prawem działania swoich funkcjonariuszy i nie musi na taki wypadek określać skutków takich zachowań w dziedzinie prawa dowodowego, kiedy te można jednoznacznie wyprowadzić z analizy całego systemu prawa kształtującego zasady odpowiedzialności karnej wszystkich obywateli<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Zob. np. wyroki ETPC: z 9 VI 1998 r., 25829/94, *Teixeira de Castro v. Portugalia*; z 12 V 2000 r., 35394/97, *Khan v. Zjednoczone Królestwo*; z 17 VII 2003 r., 63737/00, *Perry v. Zjednoczone Królestwo* oraz z 11 VII 2006 r., 548100/00, *Jalloh v. Niemcy*, HUDOC.

<sup>19</sup> Postanowienie z 30 XI 2010 r., III KK 152/10, OSNKW 2011, nr 1, poz. 8.

W konsekwencji zakaz dowodowy z art. 168a k.p.k. – znajdujący zastosowanie wyłącznie w warunkach ziszczenia się przesłanek jego uruchomienia – nie wyłącza eliminacji dowodów opartej na przywołanym „całym systemie prawa kształtującym zasady odpowiedzialności karnej”, a ściślej opartej na przesłankach konwencyjnych i konstytucyjnych. Z tej też przyczyny nie da się racjonalnie założyć, że istota zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. spowoduje sytuację, w której po wejściu w życie noweli wrześnieowej dopuszczalne stanie się np. dowodowe wykorzystanie wyników procesowej lub operacyjnej kontroli i utrwalania rozmów przeprowadzonej nie w sposób, który znamionuje popełnienie, przy uzyskaniu tego dowodu, czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k., lecz wadliwej wyłącznie z perspektywy formalnej<sup>20</sup>.

Uzasadnienie projektu nowelizacji wrześnieowej przekonuje, że wprowadzenie do systemu prawa zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. w pierwszym rzędzie było refleksem zmiany przepisu art. 393 § 3 k.p.k., sprowadzającej się do poszerzenia zakresu korzystania z dokumentów prywatnych<sup>21</sup>. Mimo to, *lege non distinguente*, zakaz dowodowy z art. 168a k.p.k. dotyczy każdego środka dowodowego. Wyraźnie obrazuje to jego zakresową odmienną od uregulowania z art. 171 § 7 k.p.k., który dotyczy wyłącznie środków dowodowych (wyjaśnień i zeznań) pochodzących od osobowych źródeł dowodowych (oskarżonego, świadka, biegłego, kuratora). Należy jednak zauważyć, że odsyłając do art. 171 § 5 k.p.k., przepis art. 171 § 7 k.p.k. faktycznie przewiduje również możliwość uzyskania środka dowodowego w warunkach czynu zabronionego z art. 1 § 1 k.k., którym z powodzeniem może być groźba karalna (czy w konsekwencji czyn z art. 246 k.k.). Co więcej, w praktyce najczęściej będzie też tak, że uzyskanie za pomocą groźby karalnej wyjaśnień lub zeznań od początku będzie motywowane chęcią poczynienia na ich podstawie ustaleń faktycznych. Tym samym najczęściej pozyskanie to będzie realizowane „do celów” konkretnego postępowania karnego. W takim zatem układzie sytuacyjnym zakresy regulacji z art. 168a k.p.k. i z art. 171 § 7 k.p.k. pokrywają się. Wobec zaś przywołanego faktu, że to ostatnie uregu-

<sup>20</sup> Warto jednak pamiętać, aby wskazana wadliwość formalna dowodu nie była ujmowana nazbyt szeroko, a zatem w sposób aksjologicznie faktycznie wypaczający istotę eliminacji dowodu z procesu rekonstrukcji stanu faktycznego – zob. w tym zakresie, stanowiący przejaw takiego właśnie jej ujęcia, wyrok SA we Wrocławiu z 24 IV 2014 r., II AKa 97/14, < [orzeczenia.wroclaw.sa.gov.pl/content/\\$N/155000000001006\\_II\\_AKa\\_000097\\_2014\\_Uz\\_2014-04-24\\_001](http://orzeczenia.wroclaw.sa.gov.pl/content/$N/155000000001006_II_AKa_000097_2014_Uz_2014-04-24_001) >.

<sup>21</sup> Zob. Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, < [www.sejm.gov.pl](http://www.sejm.gov.pl) >, s. 48.



lowanie dotyczy tylko konkretnych środków dowodowych, jako *lex specialis* wyłączy zastosowanie zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k.

Specyfika ujęcia zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. sprowadza się do odesłania do pojęcia czynu zabronionego. Co jednak znamienne, ustawodawca nie odwołuje się w tym zakresie do definicji legalnej czynu zabronionego z art. 115 § 1 k.k., lecz do „czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k.”. Przy pierwotnym oglądzie takie postawienie sprawy może wywoływać zdziwienie. Nie dość bowiem, że pierwsza wersja przepisu art. 168a k.p.k. powiadała po prostu o „czynie zabronionym”, to – co w tym zakresie najistotniejsze – przepis art. 1 § 1 k.k., wspólnie z art. 1 § 2 i 3 k.k., daje wyraz przyjętej koncepcji przestępstwa jako zjawiska o podwójnej naturze: ontologicznej i normatywnej<sup>22</sup>. Jak już natomiast wskazano nie zawiera on definicji legalnej czynu zabronionego. Paradoksalnie jednak zawarte w art. 168a k.p.k. odesłanie do przepisu art. 1 § 1 k.k. ma swoje uzasadnienie. Wnioskując bowiem *a contrario*, nakazuje uznać, że dla pojęcia czynu zabronionego, którym posługuje się przepis art. 168a k.p.k., bez znaczenia pozostają okoliczności z art. 1 § 2 oraz art. 1 § 3 k.k. Dla ustalenia zatem tak rozumianego czynu zabronionego nie ma znaczenia ani karygodność, ani wina. Przy okazji zatem badania tego, czy środek dowodowy został uzyskany za pomocą „czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k.”, elementy te nie podlegają analizie.

Dodatkowo uzasadnione jest postawienie tezy, że takiej analizie nie podlega również bezprawność przywołanego czynu zabronionego. Po pierwsze bowiem nie jest ona wyrażona w przepisie art. 1 § 1 k.k., mając w zasadzie charakter doktrynalnego warunku bytu przestępstwa. Po wtóre celowościowo doprawdy trudno jest wyobrazić sobie sytuację, w której ustawodawca – przy okazji stosowania zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. – zwalniałby organ procesowy od obowiązku badania winy (czyli np. zwalniałby go od obowiązku badania zachowania określonej osoby pod kątem stanu wyższej konieczności jako okoliczności uchylającej winę – art. 26 § 2 k.k.), ale jednocześnie nie zwalniałby go od obowiązku badania bezprawności (czyli np. nie zwalniałby od obowiązku badania zachowania określonej osoby pod kątem kontratypu stanu wyższej konieczności – art. 26 § 1 k.k.). Po trzecie natomiast brak konieczności ustalania bezprawności analizowanego czynu wynika także i stąd, że skoro musi on zrealizować znamiona czynu zabronionego (choć w ograniczonej postaci, o czym niżej), to z systemowego

<sup>22</sup> Zob. A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2004, s. 28.

punktu widzenia jest bezprawny. To wszystko skłania do uznania, że dla bytu pojęcia „czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k.” element bezprawności nie podlega analizie.

Rekapitulując tę część rozważań, ustalenie pojęcia „czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k.” jest uniezależnione od badania winy, bezprawności i karygodności, a zatem również okoliczności miarkujących stopień winy i stopień społecznej szkodliwości czynu. W konsekwencji nie można zaaprobować zapatrywań identyfikujących pojęcie czynu zabronionego, o którym mowa w art. 168a k.p.k., z przestępstwem<sup>23</sup>.

Dotychczasowe uwagi mogłyby skłaniać do uznania, że ustalając to, czy środek dowodowy został uzyskany do celów postępowania za pomocą „czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k.”, należy przeanalizować, czy wyczerpał on komplet ustawowych znamion strony podmiotowej i strony przedmiotowej. Rzecz w tym, że i taki sposób wykładni, chociaż można założyć, iż znajdujący oparcie w interpretacji językowej przepisu art. 168a k.p.k. w zw. z art. 1 § 1 k.k., nie może być zaaprobowany. W prostej linii prowadzi on bowiem do funkcjonalnie i celowościowo niedających się zaaprobować rezultatów, przy czym stopień niezgodności tych rezultatów z istotą i charakterem zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. nakazuje odstąpić w przywołanym zakresie od jego interpretacji literalnej. Trzeba bowiem mieć na względzie to, że prowadzenie pełnych ustaleń, odnoszących się również do wyczerpania przez osobę, która uzyskała środek dowodowy wymieniony w art. 168a k.p.k., znamion strony podmiotowej określonego typu czynu zabronionego, w pierwszym rzędzie mogłoby skutkować istotnym zaburzeniem postępowania w jego głównym nurcie. Prowadzenie bowiem dociekań w tym zakresie, przy całym zniuansowaniu strony podmiotowej, doskonale widocznym zwłaszcza w sytuacji przestępstw kierunkowych (gdzie taka osoba najpewniej wskazywałaby, że działała w zamiarze wynikowym) oraz przy okazji konstrukcji błędu co do faktu (gdzie taka osoba najpewniej wskazywałaby, że działała nieumyślnie), w wielu wypadkach powodowałoby pojawienie się swoistego „procesu w procesie”. Wręcz do wyobrażenia jest sytuacja, w której rozważaniom w tym przedmiocie poświęcono by więcej czasu i zaangażowania niż orzeczeniu w głównym nurcie procesu. Tym samym postępowanie w przedmiocie procesu zostało by zaburzone, niewykluczone, że poważnie. Ponadto – co w analizowanej

<sup>23</sup> Takie zapatrywanie wyraził T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–467*, Warszawa 2014, s. 570 oraz – jak się wydaje – R. Kmiecik, *Kontrowersyjne...*, *op. cit.*, s. 20, zamiennie używający pojęcia „przestępstwo” i „czyn zabroniony”.

materii najważniejsze – przepis art. 168a k.p.k. wcale nie wymaga czynienia jakichkolwiek ustaleń podmiotowych, związanych z osobą, która uzyskała dowód za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k. Gdyby miało być inaczej, to przepis ten byłby odmiennie zbudowany. Poza tym niepodobna racjonalnie uzasadnić sytuacji, w której pozyskanie do celów postępowania karnego określonego środka dowodowego (wyjaśnień oskarżonego, zeznań świadka, biegłego lub kuratora) za pomocą groźby karalnej, czyli bezspornie „czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k.”, nie wymaga czynienia jakichkolwiek ustaleń podmiotowych (art. 171 § 7 k.p.k.), natomiast już uzyskanie w tym samym celu i w taki sam sposób innego dowodu miałyby wymagać ich dokonania (art. 168a k.p.k.). Dlatego istota i charakter zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. skłania do uznania, że wyeksplikowany w treści tego przepisu rodzaj czynu zabronionego podlega ustaleniu wyłącznie z perspektywy znamion strony przedmiotowej<sup>24</sup>.

Idąc dalej, trzeba spostrzec, że już tylko leksykalnie nie ma powodu do objęcia zakresem „czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k.” deliktu cywilnego oraz przewinienia dyscyplinarnego<sup>25</sup>. Nie ma również jakichkolwiek powodów, aby pojęciem „czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k.”, obejmować czyn zabroniony w rozumieniu art. 1 § 1 k.w. lub art. 1 § 1 k.k.s. Nie trzeba bowiem bliżej uzasadniać oczywistej w sumie tezy o odmiennej zawartości treściowej wskazanych pojęć, w wypadku przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych wzmocnionej dodatkowo samą terminologią<sup>26</sup> oraz treścią art. 53 § 1 zd. 2 k.k.s. Poza tym wyjątkowy charakter zakazu dowodowego, jako instytucji przełamującej swobodę dowodzenia, wymaga ścisłej interpretacji kształtującego ją przepisu prawnego. Tymczasem uznanie, że pojęcie „czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k.” obejmuje swoim zakresem również czyny z art. 1 § 1 k.w. i z art. 1 § 1 k.k.s., byłoby przejawem nie tyle nawet wykładni ekstensywnej, co wręcz interpretacji *contra legem*. W konsekwencji środek dowodowy uzyskany do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.w. i art. 1 § 1 k.k.s., nie jest objęty zakresem zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. *Prima facie* mogłoby się to wydawać rozwiązaniem zamierzonym, które w obszarze prawa wykroczeń motywo-

<sup>24</sup> Odmiennie: Z. Kwiatkowski, *Kilka uwag...*, *op. cit.*, s. 204 – optujący w tym zakresie za ustaleniem również „regulacji zawartej w części ogólnej k.k.”.

<sup>25</sup> Tak trafnie: A. Lach, *Dopuszczalność...*, *op. cit.*, s. 45.

<sup>26</sup> Zob. zwłaszcza G. Bogdan, *Relacja pojęć przestępstwa i przestępstwa skarbowego w polskim prawie karnym*, „Przegląd Sądowy” 1997, nr 5, s. 83 i n. oraz uchwałę SN z 4 IV 2005 r., I KZP 7/05, OSNKW 2005, nr 5, poz. 44.

wane jest małą wagą takich czynów, zaś w obszarze odpowiedzialności za przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe niełatwą do wyobrażenia możliwością wygenerowania środka dowodowego za pomocą czynu zabronionego z art. 1 § 1 k.k.s.

Przy bliższym jednak oglądzie konstatacja wynikająca z poczynionej tezy odnoszącej się do zakresu zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. jest odwrotna, nieuchronnie wskazując na niepełny, a przez to wadliwy, charakter tej regulacji. Po pierwsze trudno bowiem racjonalnie zakładać, że dla oceny dopuszczalności dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa znaczenie ma mieć waga tego naruszenia. Wszak w zasadzie niemożliwe jest wytyczenie jednoznacznej granicy pomiędzy czynami, których waga (czyli w istocie stopień społecznej szkodliwości, pozostający tu jednak – jak już wskazano – bez znaczenia!) miałyby uzasadniać eliminację dowodu uzyskanego za ich pomocą oraz czynami, których waga nie mogłaby do takiego skutku prowadzić. Co jednak najistotniejsze, uzyskanie środka dowodowego z naruszeniem prawa jest wystarczającym powodem co najmniej do rozważania jego eliminacji z procesu rekonstrukcji stanu faktycznego, nie stanowiąc bynajmniej przejawu formalnej teorii dowodów. Waga tego naruszenia, zwłaszcza w tak drastycznej postaci, jak określona przepisem art. 168a k.p.k., pozostaje tutaj bez znaczenia. Tym samym aksjologicznie nieuzasadnione jest uznanie, że uzyskanie środka dowodowego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego z art. 1 § 1 k.w. miałyby pozostawać bez znaczenia wyłącznie z uwagi na wagę takiego czynu.

Teza ta zyskuje wyraźne wzmocnienie praktyczne, gdy dostrzec negatywne konsekwencje wskazanego ograniczenia zastosowania zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. Łatwo bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której – w niepowtarzalnych realiach konkretnej sprawy – dowodem o kluczowym znaczeniu będą notatki (zapiski) oskarżonego, zawierające informacje bezpośrednio lub pośrednio odnoszące się do zarzuconego mu czynu. W sytuacji, w której takie notatki, jako rzecz niemająca wartości materialnej, zostaną skradzione (art. 126 § 1 k.w.) po to, aby następnie miały być wykorzystane w postępowaniu karnym, wykorzystanie to nie zostanie zablokowane. Zakaz dowodowy z art. 168a k.p.k. nie znajdzie tu bowiem zastosowania, co znamienne – wyłącznie z uwagi na charakterystykę przedmiotu czynności wykonawczej czynu. Jest natomiast jasne, że gdyby taki przedmiot czynności wykonawczej miał wartość materialną, i to przekraczającą pułap kontrawencjonalizacji określony w art. 119 § 1 k.w. (czyli np. w sytuacji kradzieży laptopa, w pamięci którego sprawca ujął dokładnie te same informacje co w rzeczonych notatkach), to blokada z art. 168a k.p.k. zaistniałaby, co aksjologicznie jest niewy tłumaczalne.

Po drugie zaś, przenosząc rozważania na płaszczyznę postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe, bardzo łatwo wyobrazić sobie sytuacje, w których środek dowodowy zostanie uzyskany do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego z art. 1 § 1 k.k.s. Chodzi tu zwłaszcza o sytuacje „wytworzenia” dokumentu w warunkach z art. 60 i 62 k.k.s., a przy pewnej dozie wyobraźni również w warunkach z art. 54 i 56 k.k.s. Dostrzegając przy tym, że praktyka postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe wyraźnie obrazuje, iż w jego ramach dowód z dokumentu z zasady odgrywa większą rolę dla orzeczenia o przedmiocie procesu niż w postępowaniu w sprawach o przestępstwa powszechne, tym bardziej zaakcentować należy wadliwe, bo zbyt wąskie zakresowo, sformułowanie treści przepisu art. 168a *in fine* k.p.k., który powinien – tak jak to było pierwotnie – odnosić się po prostu do pojęcia czynu zabronionego, a dokładniej – do jego znamion przedmiotowych.

Jeżeli chodzi o związek pomiędzy popełnieniem czynu zabronionego a uzyskaniem dowodu, to w piśmiennictwie – niejako od strony negatywnej – trafnie podkreślono, że nie zostaje on zerwany, gdy środek dowodowy został uzyskany legalnie, przy czym w trakcie samej czynności dowodowej popełniony został czyn zabroniony<sup>27</sup>. Nie ulegnie on zerwaniu również wówczas, gdy dowód zostanie wprawdzie pozyskany za pomocą czynu zabronionego, ale jego wprowadzenie do procesu nastąpi w związku z jego ponownym uzyskaniem, tym razem legalnym<sup>28</sup>.

Z przeprowadzonych rozważań, ale nade wszystko z wykładni językowej przepisu art. 168a k.p.k., niezbicie wynika, że określony tam dowód musi być uzyskany „do celów postępowania karnego”. Słusznie zauważył przy tym A. Lach, że chodzi więc o intencjonalne uzyskanie dowodu (w warunkach zamiaru bezpośredniego, co swoją drogą może powodować praktycznie niepożądane konsekwencje, związane z wykazywaniem braku takiego zamiaru towarzyszącego uzyskaniu środka dowodowego), niekoniecznie przez uczestnika postępowania i – *lege non distinguente* – niekoniecznie „do celów” tego postępowania, w którym następnie kwestia dopuszczalności takiego dowodu jest rozstrzygana<sup>29</sup>. Literalnie poza sporem pozostaje także i to, że przepis art. 168a k.p.k. nie obejmuje dowodów uzyskanych wprawdzie za pomocą określonego w jego treści rodzaju czynu zabronionego, lecz nie dla celów postępowania karnego<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Zob. A. Lach, *Dopuszczalność...*, *op. cit.*, s. 47.

<sup>28</sup> Zob. *ibid.*, s. 47–48.

<sup>29</sup> Zob. *ibid.*, s. 44–45.

<sup>30</sup> Tak też: P. Kardas, *Podstawy...*, *op. cit.*, s. 15.

Zagadnieniem, na które zwrócono już uwagę, jest to, czy zakres zastosowania art. 168a k.p.k. obejmuje również tzw. owoce zatrutego drzewa, czyli środki dowodowe uzyskane dzięki wiedzy (informacji) wynikającej ze środka dowodowego pozyskanego w warunkach wskazanego zakazu dowodowego. Na gruncie bowiem dzisiejszego stanu prawnego nie ma wyraźnej blokady procesowej, która uniemożliwiałaby wykorzystanie dowodów, do których udało się dotrzeć dzięki treści dowodów niedopuszczalnych<sup>31</sup>. Niemniej w opinii eksperckiej dotyczącej projektu nowelizacji wrześniowej K. Zgryzek wskazał na zasadność rozszerzenia zakresu zastosowania zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. również na tzw. owoce zatrutego drzewa (dowody pośrednio nielegalne)<sup>32</sup>. Zapatrywanie to jednak nie może być uznane za trafne. Rację ma bowiem A. Bojańczyk, gdy wskazuje na to, że kluczowe dla rozwikłania zarysowanego problemu jest dokonanie poprawnej interpretacji terminu „wykorzystanie”, stanowiącego zresztą w ustawie procesowej całkowite *novum* w kontekście dowodowym<sup>33</sup>. Termin ten może być rozumiany szeroko, tj. jako wykorzystanie dowodu jako podstawy dla dokonywania ustaleń faktycznych, ale także jako wykorzystanie dowodu jako źródła informacyjnego o dalszych czy innych dowodach, nieobjętych już wprost zakazem dowodowym określonym w przepisie art. 168a k.p.k. Można go jednak również interpretować wąsko, ograniczając jego rozumienie wyłącznie do danego (konkretnego) środka dowodowego.

Trafnie wskazuje A. Bojańczyk, że silniejsze argumenty przemawiają za ścisłą interpretacją zakazu dowodowego zakodowanego w przepisie art. 168a k.p.k.<sup>34</sup> Chodzi tu zwłaszcza o wzgląd na aksjologię procesu karnego i (nadal) czołowe miejsce, które zajmuje w nim zasada prawdy materialnej<sup>35</sup>. Istotna jest również konieczność ścisłej interpretacji przepisu, który – ograniczając możliwość dokonania prawdziwych ustaleń w procesie karnym – nie powinien być wykładany rozszerzająco. Poza tym gdyby ustawodawca, przy okazji konstruowania regulacji z art. 168a k.p.k., zamierzał stworzyć dwa odrębne zakazy dowodowe – jeden dotyczący dowodu mogącego być

<sup>31</sup> Tak trafnie: A. Bojańczyk, *Jaki jest zakres...*, *op. cit.*, s. 104–105.

<sup>32</sup> Zob. *Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw z projektami aktów wykonawczych*, < [www.sejm.gov.pl](http://www.sejm.gov.pl) >, s. 11. Osobnego zauważenia wymaga w tym kontekście to, że ETPC bynajmniej nie opowiedział się za bezwzględną niedopuszczalnością wykorzystania w procesie karnym dowodów pośrednio nielegalnych – zob. wyrok Wielkiej Izby z 1 VI 2010 r., 22978/05, Gaefgen v. Niemcy, HUDOC.

<sup>33</sup> Zob. A. Bojańczyk, *Jaki jest zakres...*, *op. cit.*, s. 105.

<sup>34</sup> Zob. *ibid.*, s. 105–106.

<sup>35</sup> Zob. *ibid.*

określonym mianem pierwotnego i drugi, dotyczący dowodu będącego tzw. owocem zatrutego drzewa – to uczyniłby to w dwóch odrębnych jednostkach redakcyjnych tego artykułu.

Ścisłemu ujęciu terminu „wykorzystanie” (jako wyłącznie odnoszącemu się do kwestii „wykorzystania” dowodu w sensie opierania na nim ustaleń faktycznych) nie stoi na przeszkodzie także użycie przez ustawodawcę, w tym samym zdaniu, określenia „niedopuszczalne jest przeprowadzenie” dowodu objętego hipotezą normy zakodowanej w przepisie art. 168a k.p.k. Takie ujęcie tego przepisu (w szczególności kolejność, w jakiej ustawione zostało w tym przepisie „przeprowadzenie” i „wykorzystanie” dowodu) ma bowiem swoje uzasadnienie. Zasada się ono na tym, że jeżeli w orbicie zainteresowania organu procesowego pojawia się dowód objęty hipotezą przepisu art. 168a k.p.k., to nie powinien on zostać przeprowadzony. Jeżeli jednak – mimo wszystko – dojdzie do przeprowadzenia takiego dowodu, to nie powinien on być wykorzystany (tj. nie powinien on stanowić podstawy dowodowej)<sup>36</sup>. Tym samym wynikająca z art. 168a k.p.k. blokada wykorzystania środków dowodowych nie obejmuje dowodów pośrednio nielegalnych.

Chociaż jest jasne, że w procesie karnym dowodzenie (tzw. dowodzenie procesowe) nie może być utożsamiane ze znanym w logice sposobem rozumowania zwanym „dowodzenie”<sup>37</sup>, to jednak poza sporem pozostaje to, iż nie zawsze ustawa żąda udowodnienia. Czasami bowiem zadowala się wynikiem ilościowo słabszym, tj. uprawdopodobnieniem. Oznacza ono przeprowadzenie dowodów dających wysoki stopień prawdopodobieństwa odpowiedniego faktu (a tym samym twierdzenia o nim), niestwarzającego jednak pełnej obiektywnej przekonywalności ani niewymagającego całkowitego przekonania organu procesowego<sup>38</sup>. W piśmiennictwie trafnie identyfikuje się przy tym uprawdopodobnienie z użyciem przez ustawę procesową odpowiednich, opisujących je sformułowań, jak np. „uzasadniona wątpliwość” (art. 79 § 1 pkt 4 k.p.k.), „duże prawdopodobieństwo” (art. 249 § 1 k.p.k.), „uzasadnione podejrzenie” (art. 303 k.p.k.), „dostateczne podejrzenie” (art. 313 § 1 k.p.k.)<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Zob. *ibid.*, s. 106.

<sup>37</sup> M. Cieślak trafnie zauważał, że uznanie jakiegos faktu – lub twierdzenia o tym fakcie – za udowodniony w sensie procesowym wymaga kumulatywnego spełnienia dwóch warunków: warunku obiektywnego, czyli obiektywnej przekonywalności przeprowadzonych dowodów, oraz warunku subiektywnego, czyli rzeczywistego przekonania organu procesowego o danym fakcie (i odpowiednio: o prawdziwości swych ustaleń o tym fakcie) – zob. M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 420.

<sup>38</sup> Zob. *ibid.*, s. 421.

<sup>39</sup> Zob. S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2003, s. 349.

Poczynienie tych kilku uwag o typowo teoretycznej konotacji było konieczne dla stworzenia swoistej podstawy dalszych rozważań, ukierunkowanych na podjęcie próby udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy uzyskanie dowodu dla celu postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego w rozumieniu art. 1 § 1 k.k. wymaga udowodnienia takiego czynu (rzecz jasna w zakresie, o którym była mowa wyżej), czy też wystarczające jest poprzestanie na jego uprawdopodobnieniu.

Jak to wynika z poczynionych rozważań, uprawdopodobnienie, zwalnając od przeprowadzenia tzw. dowodu ścisłego, jest dopuszczalne zamiast udowodnienia wyłącznie wtedy, gdy wynika to z ustawy<sup>40</sup>. Tymczasem Kodeks postępowania karnego żadnej regulacji znamionującej możliwość poprzestania w tym wypadku na uprawdopodobnieniu nie wprowadza<sup>41</sup>, i to niezależnie od tego, że dostrzeżenie tej okoliczności może mieć swój negatywny wydźwięk. Wszak „udowodnienie” z samego założenia jest bardziej pracochłonne niż „uprawdopodobnienie”. Poza tym nie da się uznać, że skoro wykazanie czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k., ma nastąpić w ramach postępowania w jego głównym nurcie, to znaczy, że czyn ten ma być wyłącznie uprawdopodobniony. Udowodnienie bowiem wyłącznie jego znamion przedmiotowych wcale nie wymaga prowadzenia odrębnego postępowania. Nie jest zatem tak, że brak tego odrębnego postępowania miałby przełamywać wyniki wykładni językowej art. 168a k.p.k. i samoistnie przemawiać za uznaniem, że przepis ten w rzeczywistości powiada wyłącznie o uprawdopodobnieniu popełnienia wskazanego czynu zabronionego, nie określając zresztą przy tym stopnia takiego prawdopodobieństwa.

#### **4. Tryb eliminacji z podstawy wydania decyzji procesowej dowodu uzyskanego w warunkach określonych w art. 168a k.p.k.**

W Kodeksie postępowania karnego próżno szukać odrębnej regulacji określającej tryb eliminacji środka dowodowego, o którym mowa w art. 168a k.p.k., z podstawy rekonstrukcji stanu faktycznego. Zwłaszcza nie ma przepisów określających, jaki organ procesowy jest uprawniony do jej dokonania oraz czy ta eliminacja wymaga wszczęcia i prowadzenia odrębnego postę-

<sup>40</sup> Tak trafnie: S. Kalinowski, *Postępowanie karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1966, s. 286.

<sup>41</sup> Odmienne: A. Lach, *Dopuszczalność...*, *op. cit.*, s. 50 oraz P. Kardas, *Podstawy...*, *op. cit.*, s. 18, optujący w tym wypadku za „ustaleniem odpowiedniego stopnia prawdopodobieństwa”.



powania. W konsekwencji w piśmiennictwie można spotkać zapatrywanie, wedle którego eliminacja ta powinna odbywać się na takich samych zasadach, jak stwierdzenie popełnienia przestępstwa jako elementu przesłanki *propter falsa* wznowienia postępowania (art. 540 § 1 pkt 1 k.p.k.). Innymi słowy według tej koncepcji, sformułowanej przez R. Kmiecika<sup>42</sup>, zastosowanie przepisu art. 168a k.p.k. wymaga uprzedniego prowadzenia odrębnego postępowania, ponieważ zgodnie z konstytucyjną zasadą domniemania niewinności „nie można przypisać sprawcy czynu zabronionego (przestępstwa), za pomocą którego uzyskano dowód, bez odrębnego prowadzenia postępowania karnego”<sup>43</sup>.

Przedstawione zapatrywanie jest nietrafne, i to z wielu różnych powodów. Po pierwsze, o czym była już mowa, przepis art. 168a k.p.k. wcale nie wymaga ustalenia popełnienia przestępstwa, a już z pewnością nie zrównuje pojęcia przestępstwa z pojęciem czynu zabronionego. Po drugie, o czym również była już mowa, przepis art. 168a k.p.k. nie wymaga poczynienia jakichkolwiek ustaleń przelamujących domniemanie niewinności. Nie taka jest jego istota. To w konsekwencji czyni chybioną próbę jego wykładni prowadzoną w odwołaniu do treści art. 540 § 1 pkt 1 k.p.k. Podstawa *propter falsa* wznowienia postępowania w zasadzie wymaga bowiem ustalenia przestępstwa, co zresztą wprost wynika z przepisu art. 541 § 1 k.p.k. Wykazano już natomiast, że takiego warunku co do regulacji z art. 168a k.p.k. brak. Po trzecie prowadzenie odrębnego postępowania faktycznie zmierzającego do stwierdzenia przesłanek zastosowania zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. stanowiłoby klasyczny wręcz przykład antypragmatyzmu procesowego, czyli sytuacji, gdy redagując normę prawną, wprawdzie dąży się do jej skuteczności w praktyce, ale nie osiąga się tego celu ze względu na czynniki to sprawiające, niebrane pod uwagę lub zlekceważone w chwili konstruowania normy<sup>44</sup>. Takie odrębne postępowanie mogłoby wszak storpedować prawidłowy tok postępowania pierwotnego (w głównym nurcie procesu), również z uwagi na zasadność jego zawieszenia w celu oczekiwania na zakończenie postępowania odrębnego. Mogłoby również stać się, z pewnością niezamierzonym przez ustawodawcę, orężem dla stron, które mnożąc zawiadomienia

<sup>42</sup> Zob. R. Kmiecik, *Kontrowersyjne...*, *op. cit.*, s. 19–20. Tak też, chociaż bez dokładnego umotywowania, A. Seremet, *Wypowiedź w trakcie konferencji z 23 kwietnia 2014 r. – Prokuratura a kontradiktoryjny model postępowania sądowego. Wyzwania i możliwe zagrożenia*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 1–2, s. 172.

<sup>43</sup> R. Kmiecik, *Kontrowersyjne...*, *op. cit.*, s. 20.

<sup>44</sup> Zob. S. Waltoś, *Pragmatyzm i antypragmatyzm w procedurze karnej*, w: *Nowe prawo karne procesowe. Zagadnienia wybrane. Księga ku czci Profesora Wiesława Daszkiewicza*, red. T. Nowak, Poznań 1999, s. 64.

o popełnieniu przestępstwa rzekomo tylko ukierunkowane na ustalenie okoliczności warunkujących sięgnięcie do przepisu art. 168a k.p.k., świadomie wpływałyby na nieuzasadnione przedłużanie postępowania pierwotnego<sup>45</sup>.

Wreszcie po czwarte raz jeszcze należy odnieść się do przywołanej już paraleli pomiędzy przepisem art. 168a k.p.k. a przepisem art. 171 § 7 k.p.k. Gdy bowiem przywołać wskazaną wyżej sytuację pokrywania się zakresów tych regulacji, to dodatkowo nie do obrony jest teza, że eliminacja dowodu na podstawie art. 171 § 7 k.p.k. bezspornie nie wymaga prowadzenia jakiegokolwiek odrębnego postępowania, natomiast eliminacja dowodu na podstawie art. 168a k.p.k. już miałaby go wymagać. Stąd też uzasadnione jest uznanie, że stwierdzenie okoliczności warunkujących uruchomienie zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. następuje w postępowaniu dotyczącym głównego nurtu procesu i jako takie jest dokonywane przez organ prowadzący to postępowanie (oskarżyciela publicznego – niekoniecznie prokuratora – w postępowaniu przygotowawczym, sąd w stadium jurysdykcyjnym). Oczywiście w takiej sytuacji nieuchronnie musi się jednak pojawić pytanie o sposób reakcji na sytuację, w której dowód do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego z art. 1 § 1 k.k. uzyskał sam taki organ (np. sąd orzekający w stadium jurysdykcyjnym przeprowadzając i wykorzystując dowód z urzędu). Od razu należy jednak wskazać, że reakcja ta nie ulegnie zmianie. Zwłaszcza wskazana okoliczność nie jest podstawą do stwierdzenia zasadności prowadzenia odrębnego postępowania, zmierzającego do weryfikacji okoliczności z art. 168a k.p.k. Nie jest również podstawą do wyłączenia organu procesowego. Tym samym upoważnia to do ogólnego stwierdzenia, że tryb eliminacji dowodu, o którym mowa w art. 168a k.p.k., jest analogiczny do – w zasadzie wypracowanego w praktyce – trybu eliminacji dowodu, o którym mowa w art. 171 § 7 k.p.k.

W zarysowanym zakresie do pomyślenia jest jeszcze inna sytuacja procesowa. Chodzi o dokonane bez związku z postępowaniem pierwotnym prawomocne stwierdzenie istnienia (lub nieistnienia) okoliczności z art. 168a k.p.k. w innym postępowaniu. W takim jednak wypadku w zasadzie chodzi nie tyle o wykładnię przepisu art. 168a k.p.k., co o wykładnię art. 8 k.p.k., a zwłaszcza zakresu wyjątków od zasady samodzielności jurysdykcyjnej, które przecież mogą wynikać również z innych niż art. 8 § 2 k.p.k. przepisów ustawy, przy czym niekoniecznie chodzi tu o Kodeks postępowania karnego<sup>46</sup>. Gdy za-

<sup>45</sup> Lojalnie trzeba wskazać, że okoliczności te dostrzega R. Kmiecik, *Kontrowersyjne...*, *op. cit.*, s. 19–20.

<sup>46</sup> Tak trafnie: SN w wyroku z 1 XII 1998 r., IV KKN 492/97, OSNKW 1999, nr 1–2, poz. 5 z krytyczną głołą Z. Świdły, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1999, nr 7–8, poz. 150.

tem ustalenia dotyczące czynu zabronionego w rozumieniu art. 168a k.p.k. zostaną poczynione w postępowaniu przygotowawczym przez organ je prowadzący, który następnie da im wyraz np. w prawomocnym postanowieniu o umorzeniu śledztwa (dochodzenia), to o jakimkolwiek związaniu takimi ustaleniami nie może być mowy. Związanie to nie wynika bowiem ani z art. 8 § 2 k.p.k., ani z jakiegokolwiek innej regulacji. Gdy zaś ustalenia takie zostaną poczynione przez sąd, to o związaniu takimi ustaleniami można mówić w wypadkach określonych w art. 8 § 2 k.p.k. oraz w wypadkach określonych w art. 170 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi<sup>47</sup>. Ta pierwsza sytuacja wymaga przy tym istnienia prawomocnego rozstrzygnięcia o charakterze konstytutywnym, ta druga niekoniecznie (a wręcz go nie wymaga, ponieważ przepis art. 170 p.p.s.a. dotyczy orzeczeń sądów administracyjnych, które w komplecie mają deklaratywny charakter). Takim rozstrzygnięciem konstytutywnym będzie orzeczenie stwierdzające popełnienie przez określoną osobę czynu zabronionego (a tym bardziej przestępstwa). Wszak wyrok skazujący i wyrok warunkowo umarżający postępowanie (w analizowanym wypadku w istocie chodzi także o postanowienie o umorzeniu postępowania i zastosowaniu środka zabezpieczającego) mają wiążący charakter m.in. w zakresie, w jakim przypisują określonej osobie fakt popełnienia przestępstwa<sup>48</sup>. Rozstrzygnięciem konstytutywnym nie będzie natomiast ani wyrok uniewinniający, ani jakiegokolwiek orzeczenie formalne (jak wskazano, z uwagi na treść art. 168a k.p.k. odmiennie należy potraktować postanowienie o umorzeniu postępowania i zastosowaniu środka zabezpieczającego).

Jeżeli jednak takie orzeczenie konstytutywne zostanie następnie wyeliminowane z obrotu, to gdy w innym postępowaniu związany nim organ poczynił ustalenia co do zastosowania zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. na jego podstawie, konsekwencje stąd wynikające mogą być następujące. W sytuacji, w której orzeczenie takiego organu (stosującego przepis art. 168a k.p.k.) jest nieprawomocne, eliminacja z obrotu wzmiankowanego orzeczenia konstytutywnego może stanowić asumpt jego zaskarżenia właściwym środkiem odwoławczym. Gdy natomiast jest ono prawomocne, w grę mogą wejść nadzwyczajne środki zaskarżenia oraz podjęcie lub wznowienie postępowania przygotowawczego.

Ustalenie, który organ procesowy oraz w jakim postępowaniu władny jest do podjęcia decyzji o eliminacji z podstawy dowodowej środka dowo-

<sup>47</sup> Dz.U. 2012, poz. 270.

<sup>48</sup> Zob. P. Hofmański, *Samodzielność jurysdykcyjna sądu karnego*, Katowice 1988, s. 213.

dowego, o którym mowa w art. 168a k.p.k., wymaga uzupełnienia ukierunkowanego na udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy będzie mógł to uczynić z urzędu, czy też wyłącznie na wniosek strony lub jej przedstawiciela procesowego. Punktem wyjścia dla udzielenia odpowiedzi na tak postawione pytanie jest konieczność dodatkowej identyfikacji charakteru zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. Uściślając, chodzi o to, że chociaż jest on – co oczywiste – zawarty w ustawie procesowej, to jednak przesłanki jego zastosowania mają typowo materialnoprawną konotację, o czym przekonuje zwłaszcza odesłanie do przepisu art. 1 § 1 k.k. Tego rodzaju konotacja zaś jest wystarczającą okolicznością do stwierdzenia konieczności zastosowania przepisu art. 168a k.p.k. z urzędu. Zresztą w przeciwnym wypadku organ procesowy mógłby zostać zobligowany do usankcjonowania bezprawia, co zupełnie przeczyłoby zarówno regulacji z art. 366 § 1 k.p.k., jak i dyrektywie z art. 440 k.p.k.

Już na etapie sporządzania opinii eksperckich do projektu nowelizacji wrześnie zarzucono uregulowaniu z art. 168a k.p.k. brak określenia sposobu eliminacji z podstawy dowodowej dowodu uzyskanego dla celów postępowania za pomocą czynu zabronionego w rozumieniu art. 1 § 1 k.k., rzecz jasna w sytuacji, w której dowód taki został przeprowadzony (wprowadzony do procesu)<sup>49</sup>. Z perspektywy praktycznej problem ten jest jednak pozorny. Nietrudno bowiem spostrzec, że chociażby z uwagi na funkcjonowanie w ustawie procesowej zbliżonego w swej istocie do art. 168a k.p.k. przepisu art. 171 § 7 k.p.k., praktyka wypracowała dwie metody eliminacji określonego dowodu z procesu rekonstrukcji stanu faktycznego. Albo zatem – stosując odpowiednio przepis art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. – czynione jest to w drodze postanowienia o pominięciu takiego dowodu<sup>50</sup>, albo organ postępowania nie wydaje jakiegokolwiek decyzji procesowej dotyczącej określonego dowodu, tylko w uzasadnieniu orzeczenia końcowego daje wyraz jego eliminacji z podstawy poczynionych ustaleń faktycznych<sup>51</sup>.

Jakkolwiek to drugie rozwiązanie faktycznie nie uwzględnia tego, że orzeczenie kończące postępowanie w jego głównym nurcie nie musi zawie-

<sup>49</sup> Zob. Ł. Chojniak, W. Jasiński, *Opinia prawna dotycząca projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (sprawozdanie podkomisji stałej do spraw nowelizacji prawa karnego, druki sejmowe nr 870, 945 oraz 378)*, < www.sejm.gov.pl >.

<sup>50</sup> Za takim sposobem postępowania optuje np. SA w Krakowie w wyroku z 21 VI 2000 r., II AKa 97/00, „*Krakowskie Zeszyty Sądowe*” 2000, nr 7–8, poz. 48 oraz P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–296*, red. P. Hofmański, Warszawa 2004, s. 697.

<sup>51</sup> Zob. wyrok SN z 20 I 1975 r., II KR 243/74, OSPiKA 1978, nr 7–8, poz. 149 z glosą W. Daszkiewicz, OSPiKA 1978, nr 7–8, s. 357.

rać pisemnego uzasadnienia, to jednak w praktyce jest stosowane częściej. Najpewniej dzieje się tak z tego powodu, że uregulowanie z art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k., jako mające charakter wyjątkowy, podlega ścisłej interpretacji. Tymczasem językowo niewątpliwie nie przewiduje ono „pominięcia” dowodu wprowadzonego już do procesu, gdyż przecież – co uzasadnione również z perspektywy funkcjonalnej – służy zablokowaniu przeprowadzenia dowodu, a tym samym oddziałuje na przedpolu oceny dowodu. Tak czy inaczej, praktyce wymiaru sprawiedliwości nie nastręcza trudności wyeliminowanie z podstawy dowodowej dowodu uzyskanego w sposób nielegalny, przy czym obie z przedstawionych możliwości takiej eliminacji są normatywnie dopuszczalne. W konsekwencji brak powodów do uznania, aby jakkolwiek trudność w tym zakresie mogła generować sytuacja wprowadzenia do procesu dowodu uzyskanego również w sposób nielegalny, tyle że w warunkach nielegalności o kwalifikowanej postaci (art. 168a k.p.k.). Brak odrębnej regulacji w tym zakresie pozostaje zatem bez znaczenia, i to niezależnie od tego, czy dowód taki dopuszczono na wniosek strony lub jej przedstawiciela procesowego, czy też – w wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami (a zatem w sytuacji, w której brak przeprowadzenia dowodu skutkowałby wydaniem orzeczenia w przedmiocie procesu generującego stan rażącej niesprawiedliwości, o której mowa w art. 440 k.p.k.) – z urzędu.

Osobnego przeanalizowania wymaga ewentualność reasumpcji decyzji biegunowo odmiennej od przedstawionej bezpośrednio wyżej, czyli decyzji, mocą której określony dowód – jak się potem okazało wadliwie – nie został dopuszczony z powołaniem się na przepis art. 168a k.p.k. W tym zakresie punktem wyjścia jest konieczność zwrócenia uwagi na formę i podstawę prawną decyzji niedopuszczającej takiego dowodu. Rzecz jasna kwestia ta będzie się aktualizować wyłącznie w sytuacji złożenia przez stronę lub jej przedstawiciela procesowego wniosku dowodowego. Gdyby bowiem organ procesowy rozważał dopuszczenie dowodu z urzędu, lecz doszedł do przekonania, że wprowadzenie do procesu danego środka dowodowego objęte jest zakazem dowodowym z art. 168a k.p.k., to po prostu nie wydałby w tym przedmiocie stosownego postanowienia. Nie będzie istniał zatem jakikolwiek przedmiot (substrat) ewentualnej reasumpcji. Nie ma więc przeszkód, aby w dalszym toku procesu dowód taki z urzędu dopuścić, pod warunkiem wszakże spełnienia przesłanek z art. 167 § 1 zd. 3 k.p.k.

Kiedy zaś organ procesowy zetknie się z wnioskiem dowodowym strony lub jej przedstawiciela procesowego, to – co oczywiste – będzie go musiał rozpoznać. Z uwagi na to, że przepis art. 168a k.p.k. powiada o „niedopuszczalności” przeprowadzenia i wykorzystania dowodu, to oznacza to,

że językowo jest on sprzężony z przepisem art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. Innymi słowy wniosek dowodowy dotyczący niedopuszczalnego środka dowodowego, zostanie oddalony na podstawie art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k., rzecz jasna w formie niezaskarżalnego, ale wymagającego uzasadnienia, postanowienia.

Gdyby jednak w dalszym toku procesu okazało się, że postanowienie to było wadliwe, to w dalszej kolejności otwarta jest droga do dopuszczenia takiego dowodu (art. 170 § 4 k.p.k.), co swoją drogą nakazuje nieusuwanie z akt sprawy dowodu oddalonego (pominiętego) na podstawie art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 168a k.p.k. (tym bardziej, że decyzja w tym przedmiocie może podlegać analizie w ramach kontroli odwoławczej oraz kasacyjnej). Co więcej, wobec sprzężenia przepisu art. 167 § 1 zd. 3 k.p.k., stwarzającego po stronie sądu możliwość dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu *ex officio*, z przepisem art. 440 k.p.k., będącym wskazówką, kiedy zaistnieje w tym zakresie wyjątkowy wypadek, uzasadniony szczególnymi okolicznościami, z powodzeniem można sobie wyobrazić sytuację, w której dopuszczenie uprzednio oddalonego (z powołaniem się na art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 168a k.p.k.) wniosku dowodowego może nastąpić z urzędu.

Teza ta zyskuje na znaczeniu zwłaszcza w kontekście dokonanego przez nowelizację wrześnieją faktycznego poszerzenia zakresu procesowych przejawów środka dowodowego. *De lege lata* truizmem jest bowiem wskazanie, że – dokonywane w ramach przesłuchania świadka – ujawnienie jego zeznań (np. 391 § 1 k.p.k.) nie wymaga osobnej decyzji procesowej, stanowiąc składnik dowodu z przesłuchania wskazanego osobowego źródła dowodowego. Sytuacja niechybnie ulegnie jednak zmianie w związku z wejściem w życie nowelizacji wrześnieją. Należy bowiem pamiętać o tym, że przecież poszerzenie zakresu kontradiktoryjności stadium sądowego bynajmniej nie oznacza pozbawienia sądu (w pewnych wypadkach przewodniczącego składu orzekającego) kontroli nad prowadzonym postępowaniem. Niezmieniony akurat w tej części przepis art. 366 § 1 k.p.k. potwierdza to aż nadto. Zresztą gdyby było inaczej, to już tylko z perspektywy zdroworozsądkowej strony procesowe uzyskałyby niczym nieuzasadniony oręż przewlekania postępowania sądowego, w realiach wyznaczonych przepisem art. 391 § 1 k.p.k. wyrażający się np. w odczytywaniu świadkowi jego zeznań w sposób ewidentnie wykraczający poza „niezbędny zakres”. Tym samym strona procesowa, chcąc – po wejściu w życie noweli wrześnieją – odczytać świadkowi stosowny fragment złożonych uprzednio przez niego zeznań lub (gdy występował wcześniej jako oskarżony) wyjaśnień, już tylko z przywołanej perspektywy musi uzyskać na to akceptację organu procesowego.

Gdy do tego dodać fakt, że przepis art. 391 § 1d k.p.k., stanowiący przecież nowość w porównaniu z aktualnym jeszcze stanem prawnym, nie pozostawia złudzeń odnośnie do tego, iż ujawniony w toku postępowania sądowego protokół zeznań (wyjaśnień) świadka stanowi osobny dowód, oraz gdy uzupełniająco odwołać się w tym zakresie do treści art. 167 § 1 zd. 1 k.p.k., wyłania się stąd jedyny racjonalny wniosek. Mianowicie ujawnienie w stadium jurysdykcyjnym zeznań (wyjaśnień) świadka, i to niezależnie od tego, czy na podstawie art. 391 § 1 k.p.k., czy też na podstawie art. 391 § 1a k.p.k., musi zostać poprzedzone złożeniem przez stronę lub jej przedstawiciela procesowego wniosku dowodowego w tym przedmiocie, podlegającego rozpoznaniu albo na podstawie art. 368 k.p.k. (czyli przez przewodniczącego składu orzekającego), albo na podstawie art. 167 § 1 k.p.k. (czyli przez sąd, nawiasem mówiąc, będący wyłącznie właściwym do oddalenia takiego wniosku dowodowego – *arg. ex* art. 170 § 1 k.p.k.). Jest przy tym czymś zupełnie oczywistym, że przedstawione zapatrywanie jest biegunowo odległe od występującego *de lege lata* sposobu wprowadzania do podstawy dowodowej ujawnionych zeznań (wyjaśnień) świadka. Niepodobna jednak analizować nowego znaczenia przepisów art. 167 i 391 k.p.k. (w brzmieniu nadanym im nowelizacją wrześnieową) przez pryzmat odmiennego stanu prawnego. Co jednak w tym kontekście najważniejsze i co wiąże zarysowane zagadnienie z przedmiotem niniejszego opracowania, to konieczność ponownego podkreślenia zwiększenia w ten sposób zakresu czegoś, co można określić mianem procesowych przejawów środka dowodowego (sam środek dowodowy – wypowiedzi procesowe świadka – ciągle jest ten sam). Jak już zaś wskazano, może to mieć bezpośredni wpływ na możliwość szerszego zastosowania zakazu dowodowego z np. 168a k.p.k. Okoliczność ta nie pozostaje przy tym bez znaczenia, ponieważ obserwacja praktyki wymiaru sprawiedliwości skłania do uznania, że prawdopodobieństwo pozyskania w jej ramach środka dowodowego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego z art. 1 § 1 k.k. samo w sobie jest niewielkie.

## 5. Zakończenie

Pomimo głosów krytycznych, odnoszących się do samej istoty, czy wręcz potrzeby wprowadzenia do ustawy procesowej zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k.<sup>52</sup>, ogólna ocena tej instytucji wypada pozytywnie. Dotyczy

<sup>52</sup> Zob. R. Kmiciek, *Kontrowersyjne...*, *op. cit.*, s. 17–20.

to przede wszystkim ujęcia w ustawie procesowej przeanalizowanego zakazu dowodowego, uzasadnionego nie tylko poszerzeniem możliwości wykorzystania w procesie karnym dokumentów prywatnych, ale nade wszystko łatwo dostrzegalną tendencją opierania twierdzeń na dowodach uzyskanych niekoniecznie w zgodzie z prawem (np. nielegalne podsłuchy). Co więcej, przy wynikającym z ustawy wrześniowej zwiększeniu odpowiedzialności stron za wynik procesu, ta tendencja może ulec dalszemu poszerzeniu. Warto zatem stłumić ją w zarodku, mając w tym zakresie na względzie idee sprawiedliwego procesu.

Z drugiej jednak strony sposób ujęcia zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. nie jest wolny od wad, które starano się wyszczególnić. Zwłaszcza wyraźnie dostrzegalny jest jego zbyt wąski zakres, który we wcale niemałej ilości wypadków może powodować zupełnie nieintuicyjny brak możliwości sięgnięcia do przywołanej regulacji. Poza tym, zwłaszcza w pierwszym okresie obowiązywania nowelizacji wrześniowej, przepis art. 168a k.p.k. może być stosowany rozmaicie, ponieważ bardzo znaczna jest ilość cechujących go problemów wykładniczych oraz ich zakres. Wypada tylko liczyć, że nie spowoduje to swoistego strachu przed nowością, przyjmującego postać praktycznego ograniczenia jego stosowania, lecz stanie się asumptem do wypracowania jednolitego standardu jego wykładni.

### **Substantial and procedural problems with statutory interpretation of art. 168a of the Code of Criminal Procedure**

#### **Summary**

A thorough reform of the Code of Criminal Procedure introduced by the Act from September 27<sup>th</sup> 2013 (Dz. U. 2013, item 1247, as amended) as amended by the Act from February 20<sup>th</sup> 2015 (Dz. U. 2015, item 396) included also the provisions concerning the rules of prohibition of evidence, introducing to the Code of Criminal Procedure the institution stated in art. 168a, referred to as evidence obtained in violation of the law. The article is aimed at comprehensive interpretation and discussion of practical issues related to art 168a of Code of Criminal Procedure.

**Keywords:** evidentiary proceedings, prohibition of evidence, amendment to the Code of Criminal Procedure

Tomasz Razowski – dr, adwokat, Okręgowa Rada Adwokacka we Wrocławiu