

Ewa Plebanek

**Zakazane owoce z drzewa poznania.
O granicach dopuszczalności wykorzystania
w postępowaniu karnym dowodów pozyskanych
nielegalnie (uwagi na tle art. 168a k.p.k.)**

1. Wprowadzenie

Podjmując rozważania na temat art. 168a k.p.k.¹, należy mieć na uwadze, że cechuje go nie tylko znaczna atrakcyjność badawcza, wynikająca z nieznanego *ratio legis* i enigmatycznego brzmienia pozwalającego interpretatorom dochodzić do skrajnie różnorodnych rezultatów wykładniczych, nie przełamując jednak znaczenia językowego, ale przede wszystkim znaczenie praktyczne, tym większe, im większe prawne i faktyczne możliwości inwigilacji obywateli uzyskują służby prowadzące działania operacyjne i dochodzeniowo-śledcze. Rezultaty prowadzonej analizy nie są pozbawione znaczenia dla ustalenia, gdzie przebiega granica ingerowania władz publicznych w prawa i wolności obywateli. Oczywiście nawet przy braku „korzystnych” uwarunkowań zewnętrznych, praktyczna rola zakazu dowodowego odnoszącego się do dowodów uzyskanych z naruszeniem rygorów ustawy jest istotna.

¹ Ustawa z dn. 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. 2018, poz. 1987, tekst jedn. ze zm., dalej: Kodeks postępowania karnego, k.p.k. Ustawa z dn. 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2016, poz. 437, nadająca art. 168a następujące brzmienie: „Dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego, chyba że dowód został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności”.

Jak wskazano w uzasadnieniu nowelizacji z dnia 27 września 2013 r. wprowadzającej art. 168a k.p.k.² w jego pierwotnej wersji, powodem pojawienia się nowego zakazu dowodowego była potrzeba zapewnienia ochrony uczestnikom postępowania i innym osobom przed bezprawnymi działaniami osób usiłujących zgromadzić materiał dowody na potrzeby swoje lub zlecenie innych podmiotów³. Potrzeba wprowadzenia tego rodzaju bezwzględowego zakazu dowodowego wiązana była przez twórców nowelizacji z jednym z jej podstawowych kierunków oddziaływania, a mianowicie poszerzeniem zakresu kontrydiktoryjności postępowania sądowego, tj. zwiększeniem odpowiedzialności stron za wynik procesu, co miało się przejawiać m.in. w poszerzeniu możliwości wprowadzania do procesu dokumentów prywatnych oraz innych środków dowodowych pozyskanych przez nieinstytucjonalnych uczestników postępowania dla celów postępowania (np. art. 393 § 3 k.p.k.)⁴. Artykuł 168a k.p.k. miał wyeliminować nielegalną aktywność stron w zakresie gromadzenia dowodów i stanowić jednoznaczny sygnał kierowany przede wszystkim do nieinstytucjonalnych uczestników postępowania, iż zakazane jest wprowadzanie do procesu dowodów, które zostały „uzyskane dla celów postępowania karnego” za pomocą „czynu zabronionego”⁵. Rzecz jasna zakaz odnosił się na równi do wszystkich uczestników postępowania, mógł zatem stanowić blokadę dla pojawiających się w praktyce orzeczniczej sytuacji, w których tezy oskarżenia opierano na dowodach uzyskanych przez funkcjonariuszy publicznych dla celów postępowania za pomocą czynu zabronionego⁶. Znowelizowana kontrydiktoryjna wersja postępowania karnego obowiązywała od 1 lipca 2015 r. do 14 kwietnia 2016 r.

² Ustawa z dn. 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2013, poz. 1247, wprowadzająca art. 168a k.p.k. w następującym brzmieniu: „Niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego”.

³ Zob. Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw z dn. 27 września 2013 r., Sejm VII kadencji, druk sejmowy nr 870, < <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=870> >, s. 9.

⁴ Zob. Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw z dn. 27 września 2013 r., s. 8. Jak zauważa P. Kardas: „przepis art. 393 § 3 (...) w zw. z art. 168a KPK odczytywany *a contrario* statuuje w (...) zasadę swobody dowodzenia w zakresie czynności polegających na wyszukiwaniu dowodów, zbieraniu informacji i gromadzeniu dowodów poza postępowaniem karnym, jednak dla celów tego postępowania” – P. Kardas, *Problem...*, s. 13–66.

⁵ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw z dn. 27 września 2013 r., s. 9.

⁶ K. Zgryzek, *Opinia...*, s. 11.

Co zrozumiałe, w tak krótkim czasie nie ujawniły się możliwe wątpliwości interpretacyjne i potencjalne mankamenty art. 168a k.p.k. Nie pojawił się także jednolity paradygmat wykładniczy.

Po zmianie sytuacji politycznej ustawodawca zadeklarował potrzebę powrotu do modelu procesu karnego sprzed 1 lipca 2015 r. W styczniu 2016 r. przedstawiono rządowy projekt nowelizacji Kodeksu postępowania karnego „odwracającej” kluczowe elementy nowelizacji z dnia 27 września 2013 r.⁷ Projekt przewidywał m.in. uchylenie 168a k.p.k., pozostawiając jednak możliwość wprowadzania w nurt ustaleń dowodowych „dowodów prywatnych”. Projektowana zmiana wzbudziła niepokój podmiotów kontrolujących stan praworządności w Polsce⁸, przede wszystkim z uwagi na równoległe planowane zmiany legislacyjne w zakresie poszerzenia możliwości prowadzenia działań operacyjno-rozpoznawczych oraz zasad funkcjonowania i ustroju prokuratury oraz sądownictwa⁹. W dniu 24 lutego 2016 r. w trybie autopoprawek zmieniono pierwotną wersję projektu w ten sposób, iż nie uchylał art. 168a, ale wprowadzał radykalną zmianę jego brzmienia i ta wersja w dniu 15 kwietnia 2016 r. stała się obowiązującym prawem. Zmiana wzbudziła wątpliwości interpretacyjne w doktrynie i judykaturze co do *ratio legis*, zakresu treściowego, charakteru prawnego, stosunku do innych norm prawnych statuujących zakazy dowodowe i przede wszystkim zasadnicze wątpliwości w zakresie zgodności z zasadami konstytucyjnymi i konwencyjnymi¹⁰.

⁷ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 207) z dn. 8 stycznia 2016 r., dostępny wraz z uzasadnieniem < www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=207 >.

⁸ Np. Uwagi Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka w do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw (druk nr 207) z dn. 23 lutego 2016 r., < https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/02/HFPC_wystapienie_Marszalek_Sejmu_260202016.pdf >; Rzecznik Praw Obywatelskich Adam Bodnar, Wystąpienie do Ministra Sprawiedliwości Zbigniewa Ziobry z dnia 21 stycznia 2016 r., < https://www.rpo.gov.pl/sprawy-generalne/szczegoly.php?pi_smo=636448&sygnatura=II.510.31.2016 >.

⁹ Zob. np. Ustawa z dn. 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2016, poz. 147; Ustawa z dn. 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze, Dz.U. 2016, poz. 177.

¹⁰ Zob. np. uchwała Krajowej Rady Sądownictwa z 12 maja 2016 r., nr 363/2016, < <https://krs.pl/pl/dzialalnosc/wnioski-do-tk/199-wniosek-krajowej-rady-sadownictwa-z-12-maja-2016-r-o-zbadanie-zgodnosci-z-konstytucja-rp-ustawy-kodeks-postepowania-karnego-w-brzmieniu-nadany-ustawa-z-11-marca-2016-r.html> >. Krytycznie odniosły się do nowelizacji: Biuro Studiów i Analiz Sądu Najwyższego, Uwagi do druku sejmowego nr 207 z dn. 29 lutego 2016 r., BSA 11-021-38/16, s. 27–28; Biuro Analiz Sejmowych, Opinia prawna na temat projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 207) z dn. 22 lutego

Do zbadania konstytucyjności omawianego przepisu jednak nie doszło, gdyż Rzecznik Praw Obywatelskich w dniu 9 kwietnia 2018 r. wniósł o umorzenie postępowania zainicjowanego swoim wcześniejszym wnioskiem o zbadanie konstytucyjności 168a k.p.k.¹¹

Zasadniczą część rozważań wypada rozpocząć od przedstawienia poglądów doktryny i orzecznictwa z okresu sprzed 1 lipca 2015 r., tj. z czasu sprzed wprowadzenia art. 168a k.p.k. w pierwszej wersji. W prezentowanym ujęciu nie są to bowiem poglądy mające jedynie walor historyczny, ale przede wszystkim jest to zachowująca pełną aktualność linia orzecznicza, w oparciu o którą *de lege lata* można budować argumentację w zakresie blokady procesowej dla dowodów nielegalnych pozyskanych przez funkcjonariuszy publicznych dla celów procesu karnego. Do 1 lipca 2015 r. ustawodawca nie odnosił się bezpośrednio do możliwości włączenia w podstawę orzeczniczą sądu w konkretnej sprawie dowodu uzyskanego wbrew rygorom ustawowym, w tym za pomocą czynu zabronionego noszącego znamiona przestępstwa, a także dowodu pośrednio nielegalnego, czyli takiego, który uzyskano w sposób legalny, tym niemniej było to możliwe dzięki treści dowodu uzyskanego w sposób nielegalny. Jednak brak ustawowego zakazu dowodowego nie przeszkadzał sądom w eliminowaniu nielegalnych dowodów uzyskanych przez funkcjonariuszy publicznych, z argumentacją odwołującą się do rudymentalnych zasad aksjologii procesowej w państwie prawa dekodowanych bezpośrednio z Konstytucji RP i Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka. Argumentacji zamieszczonej w tych aktach

2016 r., s. 11–12 (wszystkie opinie dostępne na stronie < www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=207 >). Naczelna Rada Adwokacka, Opinia dotycząca druku sejmowego nr 276 z dnia 7 marca 2016 r., sygn. NRA 12SM-1.60.2016, s. 12–16, < <http://www.adwokatura.pl/z-zycia-nra/opinia-nra-ws-projektu-nowelizacji-ustawy-o-kpk/> >. Krajowa Rada Sądownictwa oraz Rzecznik Praw Obywatelskich wystąpili do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o stwierdzenie, że art. 168a k.p.k. w brzmieniu nadanym przez ustawę z dn. 11 marca 2016 r. jest niezgodny z art. 2, art. 7, art. 31 ust. 3, art. 32 ust. 1, art. 45 ust. 1, art. 51 ust. 2, art. 174 i art. 178 ust. 1 i 2 Konstytucji w związku z art. 3 i art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – wniosek RPO z 6 maja 2016 r., II.510.360.2016.KŁS, < <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wniosek%20do%20TK%20owoce%20zatrutego%20drzewa%20art%20art.%20168a%20%20KPK%2005.2016.pdf> >; wniosek KRS z dnia 12 maja 2016 r., < <https://krs.pl/pl/dzialalnosc/wnioski-do-tk/199-wniosek-krajowej-rady-sadownictwa-z-12-maja-2016-r-o-zbadaniu-zgodnosci-z-konstytucja-rp-ustawy-kodeks-postepowania-karnego-w-brzmieniu-nadany-ustawa-z-11-marca-2016-r.html> >.

¹¹ Rzecznik Praw Obywatelskich, Pismo procesowe z dnia 9 kwietnia 2018, sygn. akt K 27/16, s. 3, < <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wycofanie%20wniosku%20RPO%20do%20Trybuna%C5%82u%20Konstytucyjnego.pdf> >.

prawnych warto poświęcić tym większą uwagę, że aktualnie orzecznictwo odnoszące się do kwestii dopuszczalności nielegalnych dowodów powstaje w nieznanym uprzednio kontekście ustrojowym, w którym sądy powszechne stoją nie tyle przed możliwością, ile koniecznością prowadzenia rozproszonej kontroli konstytucyjnej przepisów ustaw, na podstawie których wydają rozstrzygnięcia¹². To oznacza, że argumentacja sięgająca do bezpośredniego stosowania zapisów Konstytucji RP i Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka znacznie zyskuje na praktycznym znaczeniu.

Na koniec uwag wprowadzających wypada poczynić jeszcze zastrzeżenia natury terminologicznej. Dowody uzyskane w sposób legalny, jednak za pośrednictwem dowodu nielegalnego, tj. dowody „pośrednio nielegalne”, można określać także malowniczym pojęciem „owoców zatrutego drzewa”, zaczerpniętym z judykatów Sądu Najwyższego USA¹³. Jednak aby nazwa ta nie powodowała nieporozumień, nie traciła swojego związku ze znaczeniem, jakie wiązali z nią jej twórcy, mianem „owoców zatrutego drzewa” należy określać tylko te dowody, które uzyskano w sposób legalny, jednak „wyhodowano” je na „zatrutym drzewie”, czyli pozyskano je dzięki dowodowi bezpośrednio nielegalnemu. Pojęcia „owocu” nie należy zaś odnosić do dowodów bezpośrednio nielegalnych, ujętych w tej alegorii w postać „zatrutego drzewa”. Utożsamianie „drzewa” i „owocu”, jak to się niekiedy czyni w polskiej doktrynie i judykaturze¹⁴, powoduje nieporozumienia. Niejednokrotnie można bowiem natrafić na argumentację, którą sąd lub inny podmiot odnosi się do możliwości wprowadzania do procesu karnego dowodów bezpośrednio nielegalnych, posiłkując się przy tym argumentacją zaczerpniętą z judykatu odnoszącego się do nieobowiązywania w polskim procesie karnym „doktryny owoców zatrutego drzewa”, tym niemniej błędnie cytowana teza oraz argumentacja dotyczy sytuacji odmiennej, w której pojęcie „owoców zatrutego drzewa” zastosowano prawidłowo, tj. jedynie w odniesieniu do dowodów pośrednio nielegalnych¹⁵. Innym często popełnianym błędem jest

¹² Patrz np. M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa...*, s. 5–30 i obszerna literatura oraz orzecznictwo tam cytowane.

¹³ *Nardonne vs. United States*, 308 U.S. 338 (1939). Szerzej P. Laidler, *Trujące...*

¹⁴ Tak np. wyrok SN z 5 lutego 2008 r., SNO 2/08, LEX nr 432189; wyrok SA w Krakowie z 2 lutego 1994 r., II AKr 248/93, LEX nr 28077; wyrok SA w Białymstoku z 29 września 2016 r., II AKa 97/16, LEX nr 2208315.

¹⁵ Przykładowo tego rodzaju nieporozumienie terminologiczne leży u podstaw niektórych tez padających w Wyjaśnieniach Sejmu RP z dn. 1 marca 2018 r., K 27/16, w sprawie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich z 6 maja 2016 r. dotyczącego zbadania zgodności z Konstytucją art. 168a k.p.k., < [http://orka.sejm.gov.pl/stanowiskatk.nsf/nazwa/Stanowisko_K_27_16/\\$file/Stanowisko_K_27_16.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/stanowiskatk.nsf/nazwa/Stanowisko_K_27_16/$file/Stanowisko_K_27_16.pdf) >.

niedostrzeżenie różnicy, że w orzecznictwie faktycznie funkcjonują dwa standardy oceny dopuszczalności, przeprowadzenia i wykorzystania dowodów uzyskanych z naruszeniem rygorów ustawowych – inne w odniesieniu do instytucjonalnych uczestników procesu i inne (bardziej liberalne) w odniesieniu do uczestników nieinstytucjonalnych¹⁶. Zatem przywoływanie argumentacji z orzeczeń, w których sąd odnosił się aprobowano do dowodów pozyskanych przez nieinstytucjonalnych uczestników postępowania z naruszeniem rygorów ustawowych na poparcie też odnoszących się do dowodów nielegalnych pozyskanych przez uczestników instytucjonalnych jest błędem, gdyż nie uwzględnia omówionych poniżej uwarunkowań natury systemowej.

2. Dopuszczalność dowodu nielegalnie pozyskanego do 30 czerwca 2015 r. Aktualność ówczesnej linii orzecniczej po 15 kwietnia 2016 r.

Brak w ustawie procesowej jednoznacznie wysłownego zakazu dowodowego nie oznacza, iż wprowadzanie do procesu karnego dowodów pozyskanych z naruszeniem rygorów ustawowych i ich wykorzystywanie jako podstawy rozstrzygnięcia nie budzi zastrzeżeń. Przyczynkiem do analizy tych kwestii były stany faktyczne, w których dowody obciążające oskarżonego zebrano „przypadkowo” poprzez prowadzone w innej sprawie kontrole i utrwalanie rozmów w sytuacji, w której nie uzyskano w potrzebnym zakresie zgody sądu¹⁷; sprawy, gdzie główną rolę nie tyle w wykryciu, ile w wykreowaniu czynu zabronionego odegrali funkcjonariusze publiczni, aktywnie podążając przyszych oskarżonych do popełnienia przestępstwa, zamiast stosować dozwolone przez ustawy czynności operacyjne jedynie celem sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie¹⁸ oraz sprawy, gdzie dowód obciążający oskarżonego uzyskano wprawdzie z poszanowaniem przepisów (np. zeznania świadka), tym niemniej

¹⁶ Taki błąd np. w Wyjaśnieniach Sejmu RP z dn. 1 marca 2018 r., K 27/16, w sprawie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich z 6 maja 2016 r. dotyczącego zbadania zgodności z Konstytucją art. 168a k.p.k., < [http://orka.sejm.gov.pl/stanowiskatk.nsf/nazwa/Stanowisko_K_27_16/\\$file/Stanowisko_K_27_16.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/stanowiskatk.nsf/nazwa/Stanowisko_K_27_16/$file/Stanowisko_K_27_16.pdf) >, s. 44.

¹⁷ Np. wyrok SA w Gdańsku z 22 listopada 2012 r., II AKa 366/12, LEX nr 1271814; uchwała SN z 23 marca 2011 r., I KZP 32/10, LEX nr 738186; postanowienie SN z 13 kwietnia 2011 r., III KK 367/10, OSNKW 2011/9/78; postanowienie TK z 5 października 2010 r., P 79/08, < www.trybunal.gov.pl/orzeczenia/doc/doc.htm >; postanowienie SN z 27 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07.

¹⁸ Np. postanowienie SN z 30 listopada 2010 r., III KK 152/10, OSNKW 2011, nr 1, poz. 8.

niezbędne dla jego uzyskania było skorzystanie z wiedzy zdobytej przez organy procesowe w drodze czynności operacyjnych, które nie mogą być bezpośrednio wykorzystane jako materiał dowodowy (np. wiedzy pochodzącej z nielegalnego podsłuchu)¹⁹.

Doktryna i judykatura wychodzą z założeń natury fundamentalnej, że polski ustawodawca hołduje zasadzie prawdy materialnej i zasadzie swobody dowodzenia, co oznacza, że procedura karna nie wprowadza zamkniętego katalogu dowodów, uznając za dowód wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia prawdy, o ile nie jest objęte ściśle określonym zakazem dowodowym, zaś ustawowe zakazy dowodowe mają charakter wyjątków w zakresie dążenia do realizacji tych wartości²⁰. Tym niemniej powyższym założeniom towarzyszy linia orzecznicza, która w oparciu o wartości konstytucyjne oraz konwencyjne wskazuje na pozaustawowe wyjątki od naczelných zasad procesowych²¹. Wskazuje się, że dowód pozyskany z naruszeniem prawa nie może stanowić podstawy ustaleń faktycznych, jeżeli wiązałaby się z tym „sytuacja, w której obywatele mogliby ponosić odpowiedzialność karną na podstawie materiału dowodowego zebranego w sposób sprzeczny z prawem, podważałaby ich zaufanie do państwa i stanowionego przez nie prawa (art. 2 Konstytucji), naruszała zasadę działania organów władzy publicznej na podstawie i w granicach prawa (art. 7 Konstytucji), a przede wszystkim pozbawiała ich prawa do sprawiedliwego i rzetelnego procesu sądowego (art. 45 ust. 1 Konstytucji)”²². Nadto „zbieranie przez władze publiczne dowodów w sposób sprzeczny z ustawą i ich wykorzystywanie w postępowaniu karnym naruszałoby zakazy wyrażone w art. 51 ust. 2 i 4 Konstytucji, a ustanowione dla ochrony danych osobowych obywateli (...) pozbawia ochrony życie prywatne obywateli (art. 47 Konstytucji), ich wolność komunikowania się (art. 49 Konstytucji) oraz nienaruszalność mieszkania (art. 50 Konstytucji)”²³. Równoległe judykatura i doktryna odwołuje się do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w zakresie art. 6 w zw. z art. 8,

¹⁹ Np. wyrok SA w Białymstoku z 18 marca 2010 r., II AKa 18/10, LEX nr 577418.

²⁰ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, s. 682.

²¹ Zob. np. postanowienie SN z 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07; postanowienie SN z 30 listopada 2010 r., III KK 152/10; postanowienie SN z 10 października 2012 r., II KK 336/11; uchwała SN z 23 marca 2011 r., I KZP 32/10; postanowienie SA w Białymstoku z 18 marca 2010 r., II AKa 18/10; postanowienie SA w Warszawie z 26 kwietnia 2013 r., II AKa 70/13.

²² M. Florczak-Wątor, *Dopuszczalność...*

²³ Postanowienie SA z 30 listopada 2010 r., III KK 152/10, LEX nr 741307. Patrz też uzasadnienie Uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 28 czerwca 2018 r., I KZP 4/18 i obszerna literatura oraz orzecznictwo tam cytowane.

art. 6 w zw. z art. 3 oraz samoistnie stosowanemu art. 6 EKPCz²⁴. Jak zauważa P. Kardas, art. 1 k.p.k. nawiązuje do ogólnosystemowej zasady praworządności, wskazując, iż postępowanie karne toczy się na podstawie przepisów prawa²⁵. Zasada praworządności ma charakter ogólnosystemowy i należy ją dekodować z art. 2 Konstytucji RP wskazującego, iż Rzeczypospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, art. 7 Konstytucji RP stanowiącego, że: „organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa” i art. 83 Konstytucji RP stanowiącego, że: „każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej”. Wyrażaną przez art. 7 i art. 83 Konstytucji RP zasadę praworządności (legalności) rozumie się w ten sposób, iż jest to dyrektywa nakazująca działanie na podstawie i w granicach przepisów prawa, odnosząca się wyłącznie organów państwa i nakazująca przestrzeganie prawa przez te organy w procesie podejmowania władczych decyzji, tymczasem dla obywateli jest to jedynie element gwarancyjny²⁶. Oznacza to, że odniesieniu do obywateli nie jest wymagane, by podejmowane przez nich działania miały oparcie w przepisach prawa – przeciwnie, nie wolno im czynić jedynie tego, co jest przez prawo zakazane, natomiast uczestnikom procesu karnego, którzy mają status organów władzy publicznej,

zasada legalności wyznacza granice dopuszczalnych, tj. zgodnych z prawem czynności procesowych w trzech perspektywach: a) merytorycznej związanej z istnieniem w prawie karnym procesowym zakazu dokonania określonej czynności; b) źródłowej (kompetencyjnej), uzależniającej możliwość dokonania czynności procesowej od istnienia regulacji prawnej określającej podstawy jej dokonania, bez której dokonanie czynności przez uczestnika postępowania mającego status organu władzy publicznej nie jest dopuszczalne; c) merytorycznej i formalnej, określającej zakres czynności, jej przesłanki i treść, a także niejednokrotnie okoliczności modalne, których wystąpienie przesądza o dopuszczalności, a w konsekwencji niewadliwości i skuteczności tej czynności²⁷.

Czynność procesowa dokonana z naruszeniem jednej z wymienionych przesłanek uznawana jest co do zasady za nielegalną (niedopuszczalną)

²⁴ Zob. np. wyrok ETPC z 9 czerwca 1998 r., 25829/94, *Teixeira de Castro v. Portugalia*; wyrok ETPC z 12 maja 2000 r., 35394/97, *Khan v. Zjednoczone Królestwo*; wyrok ETPC z 17 lipca 2003 r., 63737/00, *Perry v. Zjednoczone Królestwo*; wyrok ETPC z 11 lipca 2006 r., 548100/00, *Jalloh v. Niemcy*, HUDOC.

²⁵ P. Kardas, *Problem...*, s. 13–66 oraz obszerna literatura i orzecznictwo tam cytowane.

²⁶ P. Kardas, *Problem...*, s. 13–66.

²⁷ P. Kardas, *Problem...*, s. 13–66.

i w konsekwencji bezskuteczną. Warto przy tym podkreślić, że dla wprowadzenia blokady procesowej w oparciu o przesłanki konwencyjne i konstytucyjne, w oparciu o powyższą argumentację nie jest wymagane, aby dowód pozyskano „za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego”, jak chciał art. 168a k.p.k. w pierwotnej wersji; za wystarczający powód dyskwalifikacji uznaje się naruszenie przez funkcjonariuszy publicznych rygorów ustawowych np. w zakresie prowadzenia, utrwalania i kontroli rozmów. Także *de lege lata* nie ma racjonalnego powodu, aby odmówić Konstytucji RP bezpośredniego stosowania. Nie sposób uznać, w oparciu o nieoczywiste brzmienie art. 168a k.p.k. w wersji obowiązującej od 15 kwietnia 2016 r., iż polski ustawodawca nakazuje sądom, aby nie respektowały elementarnych zasad państwa prawnego, zaś funkcjonariuszom publicznym, tj. „stróżom” i „szafarzom” porządku prawnego, wysyła jednoznaczny sygnał, iż istnieje przyzwolenie na jego nierespektowanie. Takie ujęcie nie ma nic wspólnego z ochroną porządku prawnego.

W okresie przed 1 lipca 2015 r. w orzecznictwie pojawił się także inny interesujący pogląd, wspierany bezpośrednio przez względy natury systemowej, wskazujący, że nie bez znaczenia w perspektywie eliminacji nielegalnego dowodu z procesu rekonstrukcji stanu faktycznego ma „kierunek środka dowodowego”, gdyż jeżeli jest to dowód korzystny dla oskarżonego, to w procesie oceny jego dopuszczalności należy zważyć dodatkowo także na konstytucyjne prawo do obrony, które może przeważać nad konstytucyjnymi i konwencyjnymi prawami naruszonymi przez państwo nielegalnie podsłuchujące obywateli²⁸.

Zaprezentowane powyżej argumenty nakazują bardziej liberalnie traktowanie dowodów zebranych z naruszeniem przepisów ustawowych przez nieinstytucjonalnych uczestników postępowania²⁹. W orzecznictwie nie podjęto wprawdzie rozważań, dlaczego naruszenie przepisów ustawy celem uzyskania dowodu przez nieinstytucjonalnego uczestnika procesu nie powoduje

²⁸ Wyrok SN z 16 października 2012 r., V KK 414/1114, LEX nr 1226789. Patrz też wyrok SA we Wrocławiu z 30 stycznia 2013 r., II AKa 387/12, LEX nr 1286708; wyrok SA w Białymstoku z 18 kwietnia 2013 r., II AKa 46/13, KZS 2013, nr 10, poz. 71. Szerzej T. Razowski, *Materialne...*, s. 147.

²⁹ Przykładowo nie wyeliminowano środka dowodowego pochodzącego z nagrania przebiegu rozprawy dokonanego przez uczestnika procesu bez zgody sądu – wyrok SN z 5 lutego 2008 r., SNO 2/08, LEX nr 432189; tak też postanowienie SN z 14 listopada 2006 r., V KK 52/06, LEX nr 202271, gdzie ustalenia faktyczne oparto na nagraniu utrwalającym propozycję korupcyjną, które wykonał bez wiedzy osób nagrywanych nieinstytucjonalny uczestnik postępowania, jednak za pomocą sprzętu, który nieformalnie uzyskał od funkcjonariusza ABW.

podobnych konsekwencji jak sprzeczne z ustawą działania funkcjonariuszy publicznych, tym niemniej jest to spójne z prezentowaną powyżej argumentacją konstytucyjną i konwencyjną. Jak już wspomniano, różnica wynika z tego, że obywatel pozyskujący dowody w sposób naruszający rygory ustawowe nie narusza zasady demokratycznego państwa prawa (art. 2 Konstytucji), zasady legalizmu w działaniu organów państwowych (art. 7 Konstytucji), czy też zasady proporcjonalności w zakresie działań państwa zmierzających do ograniczeń praw i wolności obywatelskich (art. 31 ust 3 Konstytucji)³⁰.

Odnośnie zakazu korzystania z „owoców zatrutego drzewa”, tj. dowodów pośrednio nielegalnych, zdania w orzecznictwie i doktrynie były bardziej podzielone, z przewagą zwolenników dopuszczania takich dowodów w nurt procesu karnego³¹. Za najbardziej racjonalne należy uznać stanowisko pośrednie, podkreślające, iż dowody pośrednio nielegalne wypada oceniać *in casu*, uwzględniając aksjologię procesu karnego, wagę naruszenia prawa w procesie uzyskiwania dowodu, znaczenie dowodu dla sprawy i wagę sprawy. Przykładowo M. Wąsek-Wiaderek w oparciu o przesłanki konwencyjne wskazuje, iż wyjątkiem od zasady dopuszczalności „owoców zatrutego drzewa” powinny być te dowody pośrednio nielegalne, do uzyskania których przyczynił się dowód bezpośrednio nielegalny uzyskany za pomocą tortur³². Trafną argumentację w zakresie dowodów pośrednio nielegalnych, jako jedy-nych dowodów obciążających oskarżonego, zaprezentował Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z 18 marca 2010 r., II AKa 18/10³³, którym prawomocnie uniewinnił oskarżonych, których obciążał dowód o charakterystyce typowego „owocu zatrutego drzewa”. Oskarżonym lekarzom zarzucono dokonanie oraz pomocnictwo do nielegalnej aborcji farmakologicznej za zgodą kobiety ciężarnej (art. 152 § 1 i 152 § 2 k.k.³⁴). Jedy-ny dowodem

³⁰ Szerzej na temat znaczenia zachowania granic ustawowych w zakresie kontroli operacyjnej dla gwarancji praw jednostki w kontekście konstytucyjnym i konwencyjnym – Uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów SN z 28 czerwca 2018 r., I KZP 4/18, < <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/I%20KZP%204-18.pdf> >.

³¹ Tak np. wyrok ETPC z 12 lipca 1988 r., 10862/84, *Schenk v. Szwajcaria*, LEX nr 81067; wyrok ETPC z 12 maja 2000 r., 35394/97, *Khan v. Wielka Brytania*, LEX nr 76868; wyrok SA z 14 listopada 2006 r., V KK 52/06, LEX nr 202271; wyrok SA z 22 lutego 2007 r., V KK 183/06, LEX nr 274709.

³² M. Wąsek-Wiaderek, „Nemo...”, s. 196–197; wyrok Wielkiej Izby Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 1 czerwca 2010 r. w sprawie *Gäffen przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, w: „Przegląd...”, s. 17–21.

³³ Wyrok SA w Białymstoku z 18 marca 2010 r., II AKa 18/10, LEX nr 577418.

³⁴ Ustawa z dn. 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 2018, poz. 1600, tekst jedn. ze zm., dalej: Kodeks karny, k.k.

obciążającym były zeznania kobiety w charakterze świadka, potwierdzające okoliczności przywołane w akcie oskarżenia, odnośnie przekazania jej środków farmakologicznych powodujących poronienie, a następnie przypominania o ich zażyciu w określonych przedziałach czasowych. Zaś powodem, dla którego uznano ten dowód za niedopuszczalny, była okoliczność, iż kobieta złożyła obciążające oskarżonych zeznania dopiero po tym, gdy przesłuchująca ją funkcjonariuszka policji zaczęła wprost wykorzystywać w toku przesłuchania wiedzę zaczerpniętą z podsłuchów telefonicznych, prowadzonych w zupełnie innej sprawie, na podstawie ówczesnego art. 9e ust. 1 Ustawy z dn. 12 października 1990 r. o Straży Granicznej³⁵. Jak już wskazano, zgodnie z dominującą linią orzecniczą wiedza uzyskana przez organy procesowe w drodze czynności operacyjnych nie powinna być bezpośrednio wykorzystana w „przypadkowo” wykrytej sprawie jako materiał dowodowy (w opisywanych okolicznościach jest to materiał z podsłuchów), jednak w tym orzeczeniu sąd poszedł o krok dalej, za zakazany uznając także dowód, który wprawdzie przeprowadzono w sposób formalnie poprawny, tj. przesłuchanie kobiety w charakterze świadka, tym niemniej niezbędną w „dotarciu” do tego dowodu była wiedza pochodząca z nielegalnego podsłuchu. Sąd Apelacyjny w Białymstoku podniósł, iż eliminacja zeznań świadka z podstawy dowodowej jest konieczna, gdyż tego rodzaju dowód nie spełnia podstawowych wymogów konstytucyjnych, narusza prawa obywatelskie i stoi w kolizji z postanowieniami konwencji międzynarodowych, których Polska jest stroną. Sąd zauważył, iż przyjęcie odmiennego rozwiązania powoduje, iż:

każda wiedza pozaprocesowa również ta uzyskana w drodze oczywiście niedozwolonych metod w postaci groźby, szantażu czy nawet tortur, może być środkiem do celu w ujawnieniu przestępstw, byle tylko znalazła swoje późniejsze przełożenie w przeprowadzonych – już w sposób legalny co do formy i treści – dowodach. Żadne Państwo aspirujące do miana demokratycznego i praworządnego na takie postępowanie pozwolić sobie nie może. Usankcjonowanie takiego działania organów państwowych nie ma nic wspólnego z zasadami legalizmu, prowadząc do swoistej schizofrenii realizowanych w imieniu tego państwa wartości. Dając możliwość wykorzystywania w sposób nieograniczony rezultatów działań operacyjnych, również tych nielegalnych, włączając je okrężną drogą w materiał procesowy, legalizowałyby się de facto bezprawne działania organów państwa w imię walki z przestępczością, a obrazując dosadniej – otwierałoby ścieżkę do stosowania podsłuchów „totalnych”, gromadzenia w ten sposób wszystkich możliwych informacji o obywatelach, by następnie – pod pozorem

³⁵ Dz.U. 2005, nr 234, poz. 1997 ze zm.

legalności – przekształcać tę wiedzę na materiał procesowy, służący do walki z przestępczością. Takie działanie nie miałoby nic wspólnego ze standardami cywilizowanego państwa, stanowiąc niebawale pole do nadużyć, charakteryzujących systemy totalitarne³⁶.

Prezentowanie powyżej poglądy wskazują, iż brak regulacji ustawowej nie jest przeszkodą w faktycznym funkcjonowaniu zakazu dowodowego formułowanego w oparciu o argumenty konstytucyjne i konwencyjne. Prezentowana w tym punkcie argumentacja zachowuje aktualność *de lege lata*. Jednocześnie można zauważyć, iż brak jednoznacznej regulacji ustawowej w zakresie dowodów bezpośrednio i pośrednio nielegalnych, takiej jak art. 168a k.p.k. w wersji z 1 lipca 2015 r., ma swoje dobre strony: zmusza sądy do zważenia *in casu* argumentów konstytucyjnych i konwencyjnych, skonfrontowania ich z zasadą swobody dowodzenia, zasadą prawdy materialnej i społecznego interesu w ściganiu przestępstw, z uwzględnieniem wszystkich aspektów sprawy, w oparciu o ogólnie przyjęte zasady w dorobku orzecznictwa i doktryny. Wyklucza tym samym automatyzm rozstrzygnięcia, dając możliwość zachowania proporcjonalności w wyważeniu powyższych racji i uzależnienie decyzji w przedmiocie dopuszczenia dowodu od wagi rozpoznawanej sprawy, rodzaju i stopnia uchybienia rygorom ustawowym w pozyskaniu dowodu oraz wagi dowodu dla sprawy. Oczywiście brak regulacji ustawowej ma także poważne mankamenty: zdecydowanie nie sprzyja wytworzeniu jednolitego paradygmatu wykładniczego w sprawie tak istotnej dla praktyki wymiaru sprawiedliwości.

Jak się wydaje, prezentowany w tym miejscu pogląd o aktualności linii orzeczniczej ukształtowanej jeszcze na gruncie stanu prawnego sprzed 1 lipca 2015 r. praktycznie funkcjonuje w orzecznictwie. Przykładowo Sąd Najwyższy w postanowieniu z 26 czerwca 2019 r., IV KK 328/18, stwierdził, że art. 168a k.p.k. nie może stanowić podstawy prawnej przeprowadzenia dowodu uzyskanego z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, jeżeli przeprowadzenie takiego dowodu czyniłoby proces nierzetelnym w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności³⁷.

³⁶ Wyrok SA w Białymstoku z 18 marca 2010 r., II AKa 18/10, LEX nr 577418.

³⁷ W będącym przedmiotem postanowienia stanie faktycznym chodziło o możliwość wykazania, że oskarżony dopuścił się wręczenia korzyści majątkowej lekarzowi w zamian za wystawianie zwolnienia lekarskiego, za pomocą jedyne dowodu popełnienia przez oskarżonego zarzucanego mu czynu, a to odtworzenia zapisu nagrania obrazu i dźwięku zarejestrowanego w gabinecie lekarskim zrealizowanego w toku kontroli operacyjnej prowadzonej wobec lekarza w zakresie dokumentującym wizytę oskarżonego.

3. Dopuszczalność wykorzystania dowodu nielegalnie pozyskanego w okresie od 1 lipca 2015 r. do 14 kwietnia 2016 r.

W dniu 1 lipca 2015 r. rozpoczęły obowiązywanie przepisy reformujące postępowanie karne, przewidujące zwiększenie kontrydiktoryjności w postępowaniu sądowym i wraz z nimi art. 168a k.p.k. wyznaczający sferę legalności działań uczestników procesu w obszarze pozaprocesowym, statuując bezwzględny zakaz przeprowadzenia i wykorzystania „dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego”. Przepis 168a k.p.k. jeszcze przed wejściem w życie wzbudził zainteresowanie praktyków i przedstawicieli doktryny, zaś kwestia jego interpretacji budziła poważne spory³⁸. W badanej perspektywie interesującym problemem wykładniczym jest stosunek zakazu dowodowego wysłowionego w art. 168a k.p.k. względem zakazu pozaustawowego zakazu dowodowego, jaki opracowano w doktrynie i orzecznictwie na gruncie stanu prawnego sprzed wejścia w życie art. 168a k.p.k. *Prima facie* można zauważyć, iż art. 168a k.p.k. nie odnosił się do wszelkich dowodów zebranych z naruszeniem ustawy, a jedynie takich, które pozyskano „za pomocą czynu zabronionego w rozumieniu art. 1 par. 1 Kodeksu karnego”. Nie ulega zatem wątpliwości, iż poza zakresem art. 168a k.p.k. pozostały dowody uzyskane za pomocą czynu stanowiącego delikt cywilny, przewinienie dyscyplinarne, czynu noszącego znamiona wykroczenia, przestępstwa lub wykroczenia skarbowego, a także będące naruszeniem przepisów ustawowych np. w zakresie dozwolonych przez ustawę podsłuchów i kontroli rozmów³⁹. Był to zatem zakres zakazu zdecydowanie węższy niż przyjmowano w okresie przed wejściem w życie nowelizacji. Co więcej, zakres zakazu wysłowionego w art. 168a k.p.k. podlegał dalszemu zawężeniu, gdyż podstawą wykluczenia dowodu miała być tylko okoliczność, iż dowód „pozyskano dla celów postępowania karnego”, poza zakresem zakazu pozostawiając dowody pozyskane „za pomocą czynu zabronionego” jednak nie „dla celów postępowania karnego”. Pojawia się wątpliwość, czy wejście w życie art. 168a k.p.k.

Przy czym nie została uzyskana tzw. zgoda następcza sądu w odniesieniu do tej części nagrania, bowiem prokurator nie wystąpił w ogóle z wnioskiem o zgodę następczą w odniesieniu do tego oskarżonego, choć wystąpił i taką zgodę uzyskał do wielu innych osób, będących pacjentami lekarza, który wystawiał tego rodzaju zwolnienia w zamian za korzyści majątkowe.

³⁸ Np. A. Bojańczyk, *Jaki...*; P. Kardas, *Podstawy...*; R. Kmiecik, *Kontrowersyjne...*; Z. Kwiatkowski, *Kilka...*; A. Lach, *Dopuszczalność...*; M. Chrabkowski, *Wykorzystanie...*

³⁹ A. Lach, *Dopuszczalność...*, s. 45.

oznaczało dezaktualizację tez wypowiedzianych w orzecznictwie przed 1 lipca 2015 r. w odniesieniu do niedopuszczalności wykorzystania w procesie karnym dowodów uzyskanych z naruszeniem rygorów ustawowych. Trafne zapatrywania w tym zakresie wyraził T. Razowski, podnosząc, iż zakaz dowodowy z art. 168a k.p.k. znajduje zastosowanie wyłącznie w warunkach ziszczenia się przesłanek jego uruchomienia, nie wyłącza to jednak eliminacji dowodów z innych przyczyn, np. w oparciu o przesłanki konwencyjne i konstytucyjne. Zdaniem tego autora nie można racjonalnie założyć, że istota zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. spowoduje sytuację, w której dopuszczalne stanie się np. dowodowe wykorzystanie wyników procesowej lub operacyjnej kontroli i utrwalania rozmów przeprowadzonej z naruszeniem rygorów ustawy, jednak nie w sposób, który znamionuje popełnienie czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k.⁴⁰ Wedle tego autora: „żadna racja prawna nie przemawia za tym, aby zakwestionować dalszą [dalszą niż przewidywał art. 168a – E.P.] 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 Konwencji¹⁸), czy to w odwołaniu do warunków konstytucyjnych (np. art. 49 zd. 1 i art. 54 ust. 4 Konstytucji RP)”⁴¹. Należy zatem stwierdzić, że art. 168a k.p.k. niewiele zmienił, jeżeli chodzi o możliwości eliminacji środka dowodowego z podstawy dowodowej w odniesieniu do dowodu uzyskanego nielegalnie przez funkcjonariuszy organów państwowych. W okresie pomiędzy 1 lipca 2015 r. a 14 kwietnia 2016 r. granice dopuszczalności wykorzystania dowodów prezentowanych przez oskarżyciela publicznego wciąż były kształtowane przede wszystkim przez argumenty konwencyjne i konstytucyjne, wyznaczające w odniesieniu do uczestników instytucjonalnych granice legalności czynności, a nie w oparciu o art. 168a k.p.k.

Wykładnia językowa art. 168a k.p.k. nie pozwalała jednoznacznie rozstrzygnąć sporu, czy zwrot „uzyskany za pomocą” odnosi się jedynie do

⁴⁰ T. Razowski, *Materialne...*, s. 150.

⁴¹ T. Razowski, *Materialne...*, s. 149. Przeciwny pogląd przyjął SA w Białymstoku w wyroku z 29 września 2016 r., II AKa 97/16, LEX nr 2208315, rozstrzygając o dopuszczalności przeprowadzenia dowodu z podsłuchów nieobjętych zgodą następczą (dowód bezpośrednio nielegalny), wskazując, iż w art. 168a k.p.k.: „nie chodzi o dowody zebrane w sposób sprzeczny z ustawą, np. informacje uzyskane i gromadzone w ramach kontroli operacyjnej poza procedurami kontrolnymi sądu” ponieważ ich pozyskanie „nastąpiło nie za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k., ale z naruszeniem przepisów, czy też wbrew przepisom, które normują poszukiwanie i uzyskiwanie dowodów w wyniku kontroli operacyjnej zarządzanej postanowieniem sądu”.

dowodów bezpośrednio uzyskanych za pomocą czynu zabronionego, czy też odnosi się także do „owoców zatrutego drzewa”. W tym zakresie komentatorzy tradycyjnie podzielili się na dwa przeciwstawne obozy⁴². Krótki czas obowiązywania art. 168a k.p.k. nie pozwolił jednoznacznie przesądzić, który pogląd przeważałby w orzecznictwie, jednak wydaje się, że dominowali zwolennicy dopuszczania do procesu dowodów pośrednio nielegalnych⁴³. Do badanych kwestii odniósł się Sąd Najwyższy w wyroku z 2 lutego 2016 r., IV KK 346/14, gdzie wskazał, iż na gruncie art. 168a k.p.k. ustawodawca nie wprowadził zakazu wykorzystywania „owoców zatrutego drzewa”, lecz ograniczył się do zakazu przeprowadzenia i wykorzystania dowodu bezpośrednio nielegalnego. Zdaniem SN za tego rodzaju interpretacją przemawia m.in. wykładnia systemowa i aksjologia procesu karnego przyznająca czołowe miejsce zasadzie prawdy materialnej, nakazująca wszelkie wyjątki od zasady swobodnego dowodzenia, ograniczające możliwość dokonania prawdziwych ustaleń faktycznych, traktować w sposób ścisły. Wypada jednak zauważyć, że w stanie faktycznym⁴⁴ będącym kanwą dla niniejszego orzeczenia w istocie nie doszło do aktualizacji zakazu wysłownego w art. 168a k.p.k. SN odnosił się wprawdzie do dowodów, które były „owocami zatrutego drzewa”, jednak „zatrucie drzewa”, tj. dowodu bezpośrednio nielegalnego, nie nastąpiło „za pomocą czynu zabronionego”, ale w wyniku innego naruszenia przepisów ustawy przez funkcjonariuszy publicznych. Zatem w istocie SN potwierdził w tym judykacie obowiązywanie zakazu dowodowego wypracowanego w oparciu

⁴² Za przyjęciem doktryny „zakazu owoców zatrutego drzewa” optował np. K. Zgryzek, *Opinia...*; podobnie Ł. Jagiełłowicz, podnosząc, iż zwrot „za pomocą” nie wskazuje jedynie na bezpośredni charakter nielegalności dowodu – Ł. Jagiełłowicz, *Dowody...*, s. 337. Przeciwnego zdania byli A. Lach, *Dopuszczalność...*, s. 49; A. Bojańczyk, *Jaki...*, s. 105; T. Razowski, *Materialne...*, s. 156.

⁴³ Wyrok SN z 2 lutego 2016 r., IV KK 346/14, < <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/IV%20KK%20346-15.pdf> >.

⁴⁴ Oskarżonymi byli funkcjonariusze policji, którym zarzucono przestępstwa z art. 228 § 3 k.k. i art. 271 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k., zaś dowodami obciążającymi i „owocami zatrutego drzewa” zarazem były wyjaśnienia złożone przez kierowców, którzy zostali zatrzymani przez oskarżonych w związku z popełnionymi wykroczeniami drogowymi i którzy wręczali funkcjonariuszom korzyści majątkowe w zamian za zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa. Celem dotarcia do dowodu z wyjaśnień osób wręczających funkcjonariuszom publicznym korzyści majątkowe („owoców”), skorzystano z „zatrutego drzewa”, tj. z informacji uzyskanych w wyniku z czynności operacyjnych przeprowadzonych bez zgody sądu (informacje uzyskane z naruszeniem przepisów art. 19 ust. 15a w zw. z art. 19 ust. 15b i c w zw. z art. 19 ust. 1 Ustawy z dn. 6 kwietnia 1990 r. o Policji).

o przesłanki konwencyjne i konstytucyjne, którego zakres przekracza zakres wyznaczony przez 168a k.p.k.

Jak się wydaje, gdyby art. 168a k.p.k. miał dłuższy czas obowiązywania, problemem dla praktyki nie okazałby się wąski zakres zakazu wysłownego w art. 168a k.p.k., który – jak wykazano – można przewyciężyć w oparciu o argumenty natury systemowej i celowościowej, ale jego bezwzględny charakter. Brak możliwości uchylania zakazu mógłby doprowadzać do rozstrzygnięć automatycznych i nieintuicyjnych, nie pozwalając uzależnić decyzji w przedmiocie dopuszczalności dowodu od wagi rozpoznawanej sprawy, rodzaju czynu zabronionego, za pomocą którego uzyskano dowód, oraz wagi dowodu dla sprawy. Jak zauważył A. Lach, przykładowo mogłoby się okazać, iż niedopuszczalny może być kluczowy dowód w sprawie o zabójstwo, jeśli został uzyskany przez nielegalny podsłuch czy naruszenie nietykalności mieszkania⁴⁵.

4. Dopuszczalność wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu nielegalnie pozyskanego po 15 kwietnia 2016 r.

W dniu 15 kwietnia 2016 r. weszła w życie nowelizacja Kodeksu postępowania karnego przewidująca radykalnie odmienione brzmienie art. 168a k.p.k. Ustawodawca w uzasadnieniu ustawy nowelizującej nie odniósł się do tej istotnej zmiany. W uzasadnieniu projektu rządowego, który w pierwszej wersji przewidywał uchylenie art. 168a k.p.k., wskazano jedynie iż: „bardzo szeroki zakres zakazu dowodowego, niezależnie od okoliczności jego uzyskania” i że bardziej celowe „jest ocenianie każdej sytuacji in casu, z uwzględnieniem wszystkich aspektów sprawy, w oparciu o ogólnie przyjęte zasady w dorobku orzecznictwa i doktryny w perspektywie ostatnich kilkudziesięciu lat”⁴⁶. Należy zauważyć, że uzasadnienie przemilczało te głosy, które wyrażały obawę, że zakres zakazu jest zbyt wąski w sytuacji, w której interpretator byłby skłonny przyjąć zasadę równego traktowania czynności realizowanych przez instytucjonalnych i nieinstytucjonalnych uczestników postępowania w zakresie wyszukiwania, zbierania informacji

⁴⁵ A. Lach, *Dopuszczalność...*, s. 48.

⁴⁶ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 207) z dn. 8 stycznia 2016 r., s. 13–14, dostępne wraz z projektem na < <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=207> >.

i gromadzenia dowodów, rezygnując z dopełnienia treści ówczesnego art. 168a k.p.k. argumentami natury systemowej.

Wykładnia językowa „odwóconego” art. 168a k.p.k. nie jest zadaniem łatwym z uwagi na budowę składniową w formie zdania wielokrotnie złożonego z podwójną negacją. Co więcej, poprzestanie jedynie na rezultacie wykładni gramatycznej może doprowadzić do uzyskania rezultatów niepokojących w perspektywie zasad konstytucyjnych i konwencyjnych⁴⁷. *Prima facie* nasuwa się bowiem pytanie, czy w art. 168a k.p.k. ustawodawca nakazał dowodowe wykorzystanie materiałów uzyskanych z naruszeniem prawa, włącznie z sytuacjami, w których doszło do przeprowadzenia dowodu pomimo zakazu dowodowego? Czy wprowadzono zasadę dopuszczalności w postępowaniu karnym wszelkich dowodów, bez względu na sposób ich pozyskania? Rezultaty wykładni systemowej i celowościowej muszą tę wątpliwość jednoznacznie rozstrzygnąć w kierunku tezy, iż art. 168a k.p.k. ma charakter normy *lex generalis*, podczas gdy pozostałe zakazy dowodowe charakter *lex specialis*, a zatem 168a k.p.k. nie wyłącza ich stosowania⁴⁸. Nie usuwa to jednak wątpliwości odnośnie potencjalnego wprowadzenia przez art. 168a k.p.k. „zakazu zakazu” względem dowodów uzyskanych przy pomocy naruszeń innych, niż wyrażone w zakazach dowodowych o charakterze szczególnym. Pojawia się bowiem wątpliwość, czy art. 168a k.p.k. wprowadza nakaz dopuszczania wszelkich dowodów uzyskanych z naruszeniem rygorów ustawowych, w tym za pomocą czynów o znamionach przestępstwa, o ile tylko nie są to zakazy dowodowe o charakterze szczególnym lub za wyjątkiem wąskiej klasy sytuacji, kiedy to łącznie spełnione są następujące warunki:

- 1) Ustalenie, że został on uzyskany w drodze czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k., lub w wyniku naruszenia procedury.
- 2) Ustalenie, że został on uzyskany w związku z pełnieniem obowiązków przez funkcjonariusza publicznego.
- 3) Ustalenie, że został on uzyskany w wyniku zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności.

Jak się wydaje, takie właśnie stanowisko prezentuje w tym zakresie Sejm RP i Prokurator Generalny⁴⁹. Z uwagi na argumenty natury konstytucyjnej

⁴⁷ K. Lipiński, *Klauzula...*, s. 44–59, 90; D. Gruszecka, *W kwestii...*, s. 60–78.

⁴⁸ M. Kurowski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 168a k.p.k., teza 5.

⁴⁹ Sejm RP w piśmie do TK z dnia 1 marca 2018 r., stanowisko w sprawie zbadania konstytucyjności art. 168 k.p.k. na wniosek RPO, sygn. akt K 27/16, s. 6, < <http://orka>.

i konwencyjnej trudno zaakceptować powyższą koncepcję interpretacyjną⁵⁰. Doktryna i judykatura stoją zatem przed koniecznością uzgodnienia brzmienia art. 168a k.p.k. z Konstytucją i Europejską Konwencją Praw Człowieka.

Paradoksalnie, z uwagi na niespotykany w demokracji konstytucyjnej kontekst sytuacyjny, w jakim przyszło badanej instytucji funkcjonować, zaletami art. 168a okazuje się być to, co zazwyczaj stanowi o wadzie. Nieoczywiste brzmienie art. 168a ułatwia interpretatorowi zadanie, gdyż można przedstawić kilka alternatywnych koncepcji interpretacyjnych, nieprzełamujących rezultatów wykładni językowej, w tym i takie, które mają wsparcie w argumentach natury celowościowej i systemowej. Dlatego też za zbyt daleko idącą wypada uznać tezę, która znalazła się u podstaw wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27 kwietnia 2017 r., II AKa 213/16, gdzie wyrażono pogląd, iż art. 168a k.p.k. nie ulega stosowaniu w tym zakresie, w którym znajduje się w kolizji z normami konstytucyjnymi⁵¹. Tymczasem konieczność odmowy zastosowania art. 168a k.p.k. z uwagi na jego niezgodność z Konstytucją lub EKPC pojawia się dopiero wówczas, gdy przepis okazuje się być niezgodnialny z Konstytucją RP⁵². Dlatego też wyżej należy ocenić koncepcję wykładniczą zaprezentowaną także przez Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z 22 listopada 2017 r., II AKa 224/17⁵³, wskazujący, iż wykładnia językowa przepisu art. 168a k.p.k. pozwala na stwierdzenie, że:

wysłowionym tam zakazem dowodowym objęte są następujące grupy dowodów: 1) uzyskane z naruszeniem przepisów postępowania w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych; 2) uzyskane za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k. w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych; 3) uzyskane za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k. i z naruszeniem przepisów postępowania w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych; 4) uzyskane za pomocą

[sejm.gov.pl/stanowiskatk.nsf/nazwa/Stanowisko_K_27_16/\\$file/Stanowisko_K_27_16.pdf](http://sejm.gov.pl/stanowiskatk.nsf/nazwa/Stanowisko_K_27_16/$file/Stanowisko_K_27_16.pdf) >, powołując się także na podobne stanowisko Prokuratora Generalnego, s. 65.

⁵⁰ Na rażącą sprzeczność tego rezultatu wykładniczego art. 168a k.p.k. z aksjologią procesową zwraca uwagę Ł. Cora, *Aksjologia...*, s. 121 i n.

⁵¹ Wyroku SA we Wrocławiu z 27 kwietnia 2017 r., II AKa 213/16, LEX nr 2292416.

⁵² Taką samą tezę postawił SN w odniesieniu do art. 168b k.p.k., który pojawił się wraz ze znowelizowaną wersją 168a k.p.k. – Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 28 czerwca 2018 r., I KZP 4/18.

⁵³ K. Lipiński, *Glosa...*, s. 83–88; M. Floreczak-Wątor, *Dopuszczalność...* Szerzej – uzasadnienie do wyroku SA we Wrocławiu z 22 listopada 2017 r., II AKa 224/17, LEX nr 2464913.

czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k., w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności⁵⁴.

Przy czym dla zaktualizowania się zakazu wystarczy wystąpienie jednej z czterech przesłanek, nie muszą one występować łącznie, co w oczywisty sposób znacząco rozszerza jego zakres, nawet w porównaniu do art. 168a k.p.k. w wersji obowiązującej w okresie od 1 lipca 2015 r. do 14 kwietnia 2016 r. Jest to rezultat niewątpliwie nieprzełamujący wyników wykładni językowej i zgodny z zasadami konstytucyjnymi. Pytanie tylko, czy gdyby okazał się powszechnie przyjętą w orzecznictwie wykładnią 168a k.p.k., to nie zrodziłby problemów praktycznych, które sygnalizowano na gruncie art. 168a k.p.k. w pierwotnej wersji. Uwzględnwszy bowiem bezwarunkowy charakter art. 168a k.p.k., mógłby on w niektórych sytuacjach rodzić problemy związane z brakiem możliwości uwzględnienia proporcji pomiędzy rangą naruszonych przez funkcjonariusza publicznego przepisów postępowania a ważkością tak uzyskanego dowodu dla danej sprawy oraz wagi rozpoznawanej sprawy.

Dlatego też wypada przywołać pogląd K. Lipińskiego, który zaprezentował inną koncepcję wykładniczą, najbardziej optymalną z perspektywy powyższych zastrzeżeń i jednocześnie spójną z poglądami wyrażonymi we wcześniejszych częściach artykułu. Jak wskazuje K. Lipiński, ustawodawca, używając w art. 168a k.p.k. słowa „wyłącznie”, wskazał, że jeżeli poza wymienionymi w przepisie naruszeniami pozostającymi „w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności” doszło także do naruszeń zasad konwencyjnych lub konstytucyjnych, to nie ma przeszkód, aby wyeliminować dowód z podstawy czynienia ustaleń faktycznych, gdyż w takich sytuacjach naruszenie prawa przy uzyskaniu dowodu polega na czymś więcej, niż „wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego”⁵⁵.

Wypada zatem powtórzyć konkluzję kończącą poprzedni punkt artykułu, że art. 168a k.p.k. niewiele zmienia w odniesieniu do oceny dowodów zebranych w sposób nielegalny przez instytucjonalnych uczestników

⁵⁴ Wyrok SA we Wrocławiu z 22 listopada 2017 r., II AKa 224/17, LEX nr 2464913. W cytowanym orzeczeniu przyjęto pogląd opracowany przez D. Gruszecką – D. Gruszecka, *W kwestii...*, s. 60–78. Tak też wyrok SA w Białymstoku z 3 kwietnia 2017 r., II AKa 182/16, LEX nr 2307608.

⁵⁵ K. Lipiński, *Klauzula...*, s. 48–56.

postępowania i przywołać argumentację opracowaną w orzecznictwie i doktrynie, najpierw w zakresie istnienia pozaustawowego zakazu, a następnie w zakresie potrzeby dopełnienia treści ustawowego zakazu dowodowego argumentami natury konstytucyjnej i konwencyjnej. Jak trafnie zauważa Sąd Najwyższy w postanowieniu z 30 listopada 2010 r., III KK 152/10, w kontekście dowodów zdobytych z naruszeniem rygorów ustawy przez funkcjonariuszy publicznych:

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 obywateli⁵⁶.

5. Podsumowanie

Należy stwierdzić, że pomimo możliwości przeprowadzenia interpretacji art. 168a k.p.k. w kierunku zgodnym z argumentami konstytucyjnymi i konwencyjnymi w odniesieniu do działań organów państwowych, a która tym samym nie przekreśla dotychczasowego dorobku doktryny i judykatury, ogólna ocena instytucji wypada negatywnie. Art. 168a k.p.k. w wersji obowiązującej od 15 kwietnia 2016 r. zdecydowanie nie przyczyni się do ujednoczenia orzecznictwa, zaś skrajna różnorodność możliwych koncepcji wykładniczych budzi niepokój o możliwość realizacji idei sprawiedliwego procesu karnego. Tymczasem z uwagi na kontekst sytuacyjny można przypuszczać, że tego rodzaju dowody będą się pojawiać coraz częściej w praktyce wymiaru sprawiedliwości i praktyczna rola omawianej regulacji będzie wzrastać. Drugą zasadniczą wadą 168a k.p.k. jest okoliczność, iż nie zawiera on, w przeciwieństwie do swojego niepozbawionego wad poprzednika, jednoznacznego przekazu adresowanego do pozainstytucjonalnych uczestników postępowania, że „prywatne” dowody uzyskane dla celów procesu karnego, za pomocą czynu zabronionego, nie będą włączane w nurt ustaleń dowodowych. O ile w odniesieniu do uczestników instytucjonalnych granice legalności czynności bez względu na istnienie i ewentualną treść art. 168a k.p.k.

⁵⁶ Postanowienie z 30 listopada 2010 r., III KK 152/10, OSNKW 2011, nr 1, poz. 8.

wyznacza konstytucyjna zasada działania organów władzy na podstawie i w granicach przepisów prawa, o tyle w odniesieniu do uczestników nieinstytucjonalnych przyjmować należy zasadę swobody podejmowania czynności wyraźnie przez prawo niezakazanych. Tymczasem art. 168a k.p.k. bez względu na zastosowane zabiegi interpretacyjne pozwala uznać za niedopuszczalne jedynie takie „dowody prywatne”, które zostały uzyskane za pomocą czynów noszących znamiona najpoważniejszych przestępstw przeciwko osobie, poza zakresem zakazu pozostają dowody uzyskanie np. w wyniku groźby karalnej (art. 190 § 1 k.k.), zniszczenia mienia (art. 288 k.k.), naruszenia miru domowego (art. 193 k.k.), chyba że przy okazji naruszono inny szczególny zakaz dowodowy. W przyszłości należałoby postulować nowelizację art. 168a k.p.k. w kierunku wersji obowiązującej przed 15 kwietnia 2016 r., jednak z uwzględnieniem głosów odnoszących się krytycznie do bezwarunkowego charakteru tego zakazu oraz aprobująco do potrzeby jednoznacznego wypunktowania przez ustawodawcę zwykłego, iż różnie traktuje czynności realizowane przez instytucjonalnych i nieinstytucjonalnych uczestników postępowania w zakresie wyszukiwania, zbierania informacji i gromadzenia dowodów, tak aby nie było wątpliwości w tym zakresie i potrzeby dopełnienia treści zakazu opracowanymi w orzecznictwie argumentami natury systemowej.

The Forbidden Fruits of the Tree of Knowledge. On the Limits of Admissibility of Illegally Obtained Evidence in a Criminal Trial. Remarks Based on Article 168a of the Polish Code of Criminal Procedure

Summary

The article contains remarks on the admissibility of illegally obtained evidence, that is evidence obtained by a prohibited act as understood in Article 1 of the Polish Criminal Code, or by a violation of the Polish Code of Criminal Procedure. The analysis of the case law and views of the legal scholars indicates that despite major changes in the normative content of Article 168a of the Polish Code of Criminal Procedure made by the amendment of 15 April 2016, the argumentation against the employment of evidence obtained by institutional participants in criminal proceedings by a violation of statutory regulations is still valid. The article also discusses terminological misunderstandings related to the fruits of a poisoned tree doctrine.

Keywords

Article 168a of the Polish Code of Criminal Procedure, evidentiary proceedings, criminal procedure, the fruits of the poisonous tree doctrine, the exclusion of evidence, the inadmissibility of evidence, an amendment to the Code of Criminal Procedure, evidence

Author

Ewa Plebanek – Ph.D., Cracow University of Economics

Bibliography

- „Przegląd Orzecznictwa Europejskiego dotyczącego Spraw Karnych” 2010, nr 1–2, opr. M. Wąsek-Wiaderek.
- Bojańczyk A., *Jaki jest zakres nowego zakazu dowodowego obejmującego dowody uzyskane za pomocą czynu zabronionego?*, „Palestra” 2014, nr 10.
- Cora Ł., *Aksjologia procesowa a dopuszczalność dowodu z art. 168a k.p.k.*, „Państwo i Prawo” 2018, z. 10.
- Chrabkowski M., *Wykorzystanie owoców czynu zabronionego jako dowodów w sprawie karnej*, w: *Realizacja zasady kontrydiktoryjności w polskim procesie karnym – wybrane zagadnienia*, red. J. Żylińska, M. Filipowska-Tuthill, Warszawa 2015.
- Florczyk-Wątor M., *Dopuszczalność wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu nielegalnie pozyskanego – glosa do wyroku s. apel. z dnia 27 kwietnia 2017 r., II AKA 213/16*, Lex /el. 2018.
- Gruszecka D., *W kwestii interpretacji znowelizowanego przepisu art. 168a k.p.k.*, „Palestra” 2017, z. 1–2.
- Gutowski M., Kardas P., *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania Konstytucji*, „Palestra” 2016, nr 4.
- Hofmański P., Sadzik E., Zgryzek K., *Kodeks Postępowania Karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2004.
- Jagiełłowicz Ł., *Dowody nielegalne w kontrydiktoryjnym procesie karnym*, w: *Kontrydiktoryjność w polskim procesie karnym*, red. P. Wiliński, Warszawa 2013.
- Kardas P., *Podstawy i ograniczenia przeprowadzania oraz wykorzystywania w procesie karnym tzw. dowodów prywatnych*, „Palestra” 2015, nr 1–2.
- Kardas P., *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.
- Kmiecik R., *Kontrowersyjne unormowania w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 1–2.
- Kurowski M., w: *Kodeks postępowania karnego*, t. I, red. D. Świecki, LEX/el. 2018.
- Kwiatkowski Z., *Kilka uwag na tle art. 168a projektowanych zmian postępowania karnego*, w: *Kontrydiktoryjność w polskim procesie karnym*, red. P. Wiliński, Warszawa 2013.
- Lach A., *Dopuszczalność dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa w postępowaniu karnym*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 10.
- Laidler P., *Trujące owoce zatrutego drzewa. Nowelizacja art. 168a k.p.k. z perspektywy amerykańskiej zasady wyłączenia dowodów (exclusionary rule) i doktryny „owoców zatrutego drzewa” (fruit of the poisonous tree)*, < <http://www.institutobywatelski.pl/24992/publikacje/analizy/spoleczenstwo-analizy/analiza-trujace-owoce-zatrutego-drzewa> >.
- Lipiński K., *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2017 r., II AKA 213/16*, „Palestra” 2017, nr 10.
- Razowski T., *Materialne i procesowe problemy interpretacji art. 168a k.p.k.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, z. 2.

- Wąsek-Wiaderek M., „Nemo se ipsum accusare tenetur” w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w: *Orzecznictwo sądowe w sprawach karnych. Aspekty europejskie i unijne*, red. L. Gardocki, J. Godyń, M. Hudzik, L. Paprzycki, Warszawa 2009.
- Zgryzek K., *Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw z projektami aktów wykonawczych*, „Zeszyty Prawne Biura Analiz Sejmowych” 2013, nr 1.