

Dyskusja

Jerzy Skorupka: Przepraszam, że jako gospodarz pierwszy zabieram głos, ale chciałbym nawiązać do tych wątków, które Pan Profesor (prof. *K. Woźniewski*) i przede wszystkim Pani Doktor (dr *K. T. Boratyńska*) podjęli. Mówiąc o warunkach legalności, ową legalność można traktować wyłącznie jako formalny warunek zgodności z prawem. Możemy bowiem oddzielać pojęcie legalności od pojęcia zgodności z prawem i pojęcie zgodności z prawem traktować szerzej, wymagając wtedy respektowania dwóch kolejnych elementów w postaci konieczności i proporcjonalności. I wtedy, jeżeli przyjmiemy taką płaszczyznę – legalność będzie tylko formalnym aspektem zgodności z prawem czynności dowodowych. Teraz właśnie rodzi się pytanie, czy odnośnie do tytułowych warunków legalności czynności procesowych owe dwa materialne warunki w postaci konieczności i proporcjonalności należy uznać za konieczne elementy, niezbędne do wykazania przez organy procesowe zgodności z prawem podejmowanych przez nie czynności dowodowych. Problem jest o tyle skomplikowany, że ustawa karna procesowa na ten temat milczy, a zatem dopuszczając do przeprowadzenia określonej czynności dowodowej, nie wymaga wykazania przesłanki konieczności tej czynności dla osiągnięcia określonego celu procesowego oraz proporcjonalności. A zatem przykładowo – po jedną fakturę, co do której istnieje podejrzenie jej sfałszowania, można zaangażować wielu policjantów i inne znaczne środki po to, aby przeprowadzić przeszukanie w całym przedsiębiorstwie i zatrzymać wszystko, co się tam znajduje. Dlatego pytanie do Pana Profesora *Woźniewskiego*, czy owe dwa elementy materialne są wymagane dla oceny warunków zgodności z prawem czynności dowodowej?

Krzysztof Woźniewski: Tak jak wypowiedziałem się już przy okazji prezentacji swojego referatu, myślę, Panie Profesorze, że tak. Ustawa jednak wymaga przy

czynnościach dowodowych o charakterze poszukiwawczym wskazania racji. Tę przesłankę faktyczną czy materialną znajdziemy w każdym z przepisów upoważniających określone organy postępowania przygotowawczego do poszukiwania środków dowodowych, natomiast zupełnie inną kwestią jest to, co jeśli organ postępowania przygotowawczego w tej czy w innej formie kontroli nie wykáže, że ona istniała. Tu otwieramy pole do zupełnie innej dyskusji – czy można wykorzystać ewentualnie owoce tego typu czynności poszukiwawczych, czy też nie. Pani Doktor *Boratyńska* stwierdziła, że może sobie nigdy do końca z tym nie poradzimy. Natomiast w odniesieniu do postawionego pytania uważam, że wymóg przedmiotowy, wymóg wskazania konieczności procesowej, istnieje. Przecież te organy postępowania karnego nie szukają tych dowodów dlatego, że nie mają nic innego do roboty. Robią to właśnie po to, aby odpowiedzieć na pewne pytania, które pozwolą następnie skonstruować podstawę faktyczną. Zatem odpowiadam na to pytanie – tak. Natomiast zupełnie inną kwestią jest to, kiedy te organy nie potrafią się wylegitymować. Ostatnio miałem okazję rozmawiania ze swoimi doktorantkami, które pracują na Policji. Zapytałem, jak tam wygląda praktyka zatwierdzania przeszukań przez prokuratora. I tak zostałem pozytywnie zaskoczony, że kojarzyły, iż jest coś takiego. Te panie powiedziały (a mówimy o okręgu komendy ślupskiej), że w ciągu ostatnich pięciu lat zdarzyła się jedna sytuacja odmowy zatwierdzenia, i to tylko dlatego, że Policja, która dokonała przeszukania, pomyliła adresy i weszła do mieszkania byłego oficera ABW. Tylko dlatego prokurator odmówił zatwierdzenia tej czynności. Życie jest bogatsze od teorii. Wskazanie zatem racji dla dokonania określonych czynności, zwłaszcza czynności dowodowych, jest warunkiem legalności w tym znaczeniu w jakim podaje Pan Profesor. Natomiast konsekwencje braku to zupełnie inna historia.

Arkadiusz Lach: Chciałbym wyrazić na początku takie przekonanie, że temat jest tak interesujący, że moglibyśmy rozmawiać do rana i poruszyć wiele rzeczy. Prezentacje, które były wcześniej, też pokazują, że ten temat jest wielopłaszczyznowy. Nawiązując do tych prezentacji, chciałbym poruszyć kwestię art. 168a KPK. Mam sporo zastrzeżeń do tego przepisu, natomiast jednym z tych zastrzeżeń jest owa kierunkowość. Zastanawia mnie, czy my właściwie przez wprowadzenie kierunkowości tego przepisu nie zabijemy, bo przepis ten to rewolucja, jeśli chodzi o system polskiego procesu karnego. Wcześniej nie było takiego generalnego zakazu dowodowego i proszę mnie skorygować, jeżeli ktoś zna taki przepis. Ja w prawie porównawczym nie znam przepisu, który by miał wymóg kierunkowości. Po prostu określa się dowód nielegalny, dowód uzyskany za pomocą przestępstwa i nikt ani nie wnika, ani nie musi wykazywać, jaki był określony cel uzyskania dowodu. Wydaje mi się z praktycznego punktu widzenia, że

poza obszarem działania tego przepisu pozostaje szereg sytuacji. Podchodząc do tego problemu z punktu widzenia podmiotów prywatnych: sprawy tzw. okołorozwodowe, czyli układ, w którym toczy się postępowanie rozwodowe, strony się wzajemnie podsłuchują, sprawdzają sobie korespondencję i tak dalej. Wystarczy, że w postępowaniu karnym jedna ze stron powie, iż dowód uzyskała nie dla celów postępowania karnego, ale dla celów postępowania rozwodowego, czyli cywilnego. Prosty sposób na dopuszczenie dowodu. Z punktu zaś widzenia organów państwa – często z naruszeniem mamy do czynienia na etapie czynności operacyjnych i teraz, czy ten wymóg kierunkowości to ma być – przenosząc na terminologię prawa karnego materialnego – zamiar ewentualny czy tylko zamiar bezpośredni, czyli czy oskarżyciel będzie mógł się tłumaczyć, chcąc, żeby dany dowód był dopuszczalny, że to było dokonywane na potrzeby czynności operacyjnych, ale się zdarzyło, iż czynności operacyjne jednak dały to uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa; materiały zostały przekazane do prokuratora z wnioskiem o wszczęcie postępowania; czy też było to na potrzeby czynności operacyjnych, czyli nie było w celu postępowania karnego. Tu odrzuciłbym taką interpretację, że to ma być toczące się postępowanie karne, ale też ewentualnie przyszłe. Ta kierunkowość jako jeden z elementów to bardzo duże pole do popisu. Co do ograniczenia zakresu tego zakazu, jestem bardzo ciekawy, co też Państwo na ten temat myślicie, czy widzicie więcej pozytywów kierunkowości, czy też nie?

Ryszard Jaworski: Zajmuję się kryminalistyką i jestem żywo zainteresowany tym przedmiotem. W mojej ocenie można byłoby sformułować tezę, że zakres czynności operacyjno-rozpoznawczych, które w pewien sposób zostały dopuszczone przez obecne przepisy, jest związany z jakością klasycznych czynności dowodowych. Z tego, co obserwuję, a obserwuję ten problem od lat 70., od 1980 r. jakość tych czynności zaczęła się obniżać i stale się obniża. Mam na myśli przede wszystkim oględziny. Tutaj wystarczy Państwu przypomnieć bardzo głośne medialne sprawy chociażby zabójstwa Papyły czy też sprawę Olewnika, gdzie w wyniku zaniedbań popełnionych przy oględzinach powstał problem uzyskiwania dowodów, i sądzę, że ta tendencja poszerzania katalogu czynności operacyjno-rozpoznawczych, które mogły by być wykorzystane dowodowo, jest właśnie ściśle związana ze słabą jakością oględzin i innych czynności dowodowych. Wydaje mi się, że można byłoby wyjaśnienia tej tendencji poszukiwać także w zmianach, które się dokonują w strukturze przestępczości, a także w zmianach w technologii szeroko pojętej. Tutaj tytułem gorzkiej refleksji przypominam sobie KPK z 1969 r. i gdy go porównuję z obecnym, w tym starym nie było nic takiego, jak te obecne czynności, i takim dążeniem czy marzeniem wielu funkcjonariu-

szy aparatów ścigania w owych latach była możliwość przekształcenia wyników czynności operacyjnych w czynności dowodowe, a to marzenie spełniło się w demokratycznym państwie prawnym. Państwo totalitarne nie odważyło się na wprowadzenie do KPK takich czynności, a państwo demokratyczne je wprowadziło. Dziękuję.

Wojciech Jasiński: Szanowni Państwo, mam pytanie do Pana Profesora *Tulei*, jak również do Pana Profesora *Kardasa*, którzy poruszali problem konstytucyjny. Pytanie to jest złożone z trzech elementów. Przepraszam, odczytam przepis art. 51 ust. 4 Konstytucji RP: „Każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą”. Można dostrzec taką tendencję w orzecznictwie SN, która wskazuje ten przepis jako jeden z przepisów, które pozwalają na eliminację dowodów uzyskanych w sposób sprzeczny z ustawą. Ta tendencja zresztą też jest widoczna w literaturze i zyskuje popularność pogląd, że jest to główny przepis, który ma zastosowanie w przypadku, kiedy te dowody są nielegalne. Natomiast chciałbym zapytać, czy generalnie po pierwsze, ten przepis dotyczy dowodów, czy może dotyczy dowodów, bo jest tu mowa o informacjach. Jeśli tak, to czy dotyczy wszystkich dowodów – mam tu na myśli także np. dowody rzeczowe, więc w toku nielegalnego przeszukania na przykład odnaleziono jakąś rzecz. I czy w takiej sytuacji na podstawie art. 51 ust. 4 Konstytucji RP taka rzecz mogłaby zostać niedopuszczona jako dowód uzyskany nielegalnie? Pytanie trzecie związane z tym przepisem: czy ten przepis może mieć bezpośrednie zastosowanie w postępowaniu karnym i co w sytuacji, kiedy ustawa procesowa w sposób odmienny kształtuje eliminowanie dowodu uzyskanego w sposób sprzeczny z ustawą?

Piotr Tuleja: Nie wiem, czy na wszystkie pytania odpowiem, ale zacznę od pierwszego. Wydaje się, że tutaj trzeba ten przepis czytać w związku z jego ustępem 1, a poza tym w związku z art. 47, tzn. cała ta grupa przepisów art. 47, 48, 49, 50, 51 Konstytucji RP to tak naprawdę wszystko jest prawo do prywatności, tylko z różnych powodów, częściowo historycznych, częściowo innych, prawo do prywatności zostało rozpisane w ten sposób. Po pierwsze, powiedzieliśmy, że mamy do czynienia z tzw. autonomią informacyjną w zakresie prawa do prywatności. Ja mam prawo do dysponowania informacjami o sobie, tym bardziej, gdy to miałyby być informacje na mój temat nieprawdziwe. Wtedy powinienem mieć jakiś instrument prawny, żeby móc żądać usunięcia tych informacji, więc w tym kontekście odczytanie art. 40 ust. 4 musiałyby polegać na tym, że chodzi o informacje o osobie, czyli tak, jak nasze sądownictwo administracyjne, Trybunał

i SN definiują dane osobowe czyli, że to są każde informacje, na podstawie których można daną osobę zidentyfikować. To mogą być bardzo różne informacje w zależności od kontekstu. Jeżeli to nie jest informacja o osobie, to moim zdaniem ona nie mieści się w zakresie przedmiotowym art. 51 ust. 4 Konstytucji RP. Natomiast co do bezpośredniego stosowania tego przepisu rozumiem, że to jest stosowanie samoistne. Oczywiście, że ktoś, kto żąda takiej informacji, może się tego domagać, natomiast organ, który by się spotkał się z takim żądaniem, powinien się najpierw zastanowić, czy w systemie prawnym są takie przepisy ustawowe, które w ogóle się do tego odnoszą, i czy jest możliwa interpretacja w zgodzie z Konstytucją tych przepisów. Bo jeżeli chodzi o Konstytucję, to od tego powinno się zaczynać zawsze, czyli szczególnie w sytuacjach procesowych odwołać się do przepisów ustawy, zakładać, że pozycja prawna jednostki względem państwa jest określona w drodze ustawy, bo to jest zasada wyłączności ustawy. To jest cała seria przykładów, które Pani Doktor (*dr K.T. Boratyńska*) podawała w swoim wystąpieniu, które mogą być – te różne określenia – interpretowane w kontekstach konstytucyjnych. Natomiast gdyby się okazało, że nie ma żadnych przepisów na ten temat i ktoś się domaga takiego określenia, to powiem tak – jestem w stanie to sobie wyobrazić, natomiast nie wiem, czy i materialnie, i procesowo byłoby to dopuszczalne, tzn. z punktu widzenia osoby, jakie ona miałaby instrumenty prawne, powołując się tylko i wyłącznie na ten przepis, żeby spowodować usunięcie jakichś informacji z akt. Ona takie żądanie może postawić. Natomiast, jeżeli ten organ wykazywał się dużą inwencją i nie stają za tym żadne zakazy ustawowe, to wydaje mi się, że mógłby bezpośrednio zastosować taki przepis, ale to jest sprawa trudna od strony praktycznej. Spotkałem się z takim przykładem, gdzie wójt złożył oświadczenie lustracyjne, twierdząc, że był współpracownikiem. Oświadczenie zostało uznane za zgodne z prawdą, a potem on stwierdził, że się pomylił i żądał w trybie art. 51 ust. 4 sprostowania, bo stwierdził, że nie współpracował, i to są nieprawdziwe informacje. Nie udało mu się ani przez prokuratora, ani przez IPN znaleźć żadnego trybu, w którym mógłby to zrobić. Tak, ale tu się trzeba zastanowić, jakie przepisy wiązałyby ten organ, który musiałby te informacje usuwać. Jeżeli nie byłoby żadnych przeszkód ustawowych, to powiedziałbym, że w porządku. Według mnie ten ust. 4 (art. 51 Konstytucji) to są dane osobowe.

Krzysztof Woźniewski: Panie Profesorze (uwaga skierowana do *prof. Kardasa*) dobrze zrozumiałem podczas Pańskiej prezentacji, że Pan jest zwolennikiem tezy, że w procesie karnym dopuszczalne są wszelkie czynności, które nie są wyraźnie przez prawo zabronione? Słuchałem z wielką uwagą, bo w teorii procesu karnego wyrażany jest troszeczkę inny pogląd, że dopuszczalne jest tylko to, co

jest dozwolone, co więcej – niedozwolone jest to, co nie jest, powiedzmy sobie wyraźnie, przez to prawo przyznane. I teraz jako liberałowi z urodzenia ta teoria o tym – co nie jest zakazane jest dopuszczalne – brzmi bardzo pociągająco. Ale nie wiem, czy dobrze zrozumiałem, że na gruncie procesu karnego według Pana Profesora też można by tę zasadę stosować?

Piotr Kardas: Bardzo dziękuję Panie Profesorze, zadał Pan pytanie w sposób nad wyraz elegancki, otwierając mi aż cztery możliwości ucieczki od nonsensu, który ewentualnie wysłowiłem, więc skorzystam tylko z jednej. Problem możliwości wykonywania czynności dowodowych posługuje się tym ogólnym sformułowaniem, które nie pozwoli się połączyć z żadnym znanym w doktrynie ani w ustawie pojęciem, że te czynności nie są ograniczone w żaden sposób poza tymi przypadkami, gdzie ustawodawca wysławia wyraźny zakazy określonych zachowań. To twierdzenie podtrzymuję, ale musiałbym je uzupełnić trzema istotnymi założeniami, których zapewne nie udało mi się przedstawić w sposób klarowny podczas przedpołudniowej sesji. Po pierwsze, tutaj nawiążę do tego, co moim zdaniem bardzo plastycznie wyjaśnił Pan Profesor *Skorupka*. Warto wyznaczyć klarowne ramy tego, co jest procesem karnym, w istocie, jeżeli mówimy o dowodach, to interesują nas dowody w ramach w obrębie w granicach procesu karnego rozumiane bardzo szeroko. Chodzi tutaj zatem o wszelkie czynności, które w toku procesu karnego łączą się z postępowaniem dowodowym. Od pozyskiwania informacji ostatecznie po wykorzystanie określonego źródła dowodowego, jako podstawy konkretnego rozstrzygnięcia. Ale mając świadomość, że proces karny ma swoje granice, musimy również założyć, że istnieją takie obszary, które procesem karnym nie są.

I teraz generalnie rzecz biorąc, cała problematyka tzw. dowodów prywatnych, czyli dowodów czy czynności dowodowych, które miały by być przeprowadzana przez inne osoby niż organy procesu karnego, dotyczy w istocie czynności, które nie mieszczą się w granicach *sensu stricto* postępowania czy procesu karnego. Wróć raz jeszcze do bardzo niezwykle moim zdaniem inspirującej pracy *Antoniego Bojańczyka*, która to zresztą bardzo dobrze akcentuje. Sam autor koncepcji zasady swobody dowodzenie, czyli *Antoni Bojańczyk*, w istocie mówiąc o tej zasadzie w odniesieniu do tzw. podmiotów prywatnych, przez które rozumie wszystkie poza instytucjonalnymi, ogranicza to pojęcie do dwóch obszarów: do zbierania informacji i do czegoś, co sam określa jako gromadzenie dowodów. Jednak kolega *Bojańczyk* już nie wyjaśnia, co to jest gromadzenie dowodów, ale założmy, że chodzi tu czynność, która nie jest na pewno przeprowadzeniem dowodów, ale jakimś zachowaniem które owo przeprowadzenie dowodów poprzedza. Gdyby popatrzeć na to w tej perspektywie, to mówiąc o tzw. czynnościach

dowodowych prowadzonych przez podmioty prywatne albo tzw. dowodach prywatnych przeprowadzanych przez podmioty nieinstytucjonalne, mówimy o etapie przedprocesowym, czyli czymś, co jest w istocie związane z gromadzeniem informacji umożliwiających uruchomienie procesu procedury procesowej co do tego obszaru. Ja nie mam żadnych wątpliwości, że obszar ten nie jest w żaden sposób uregulowany negatywnie przez przepisy KPK i nie jest uregulowany negatywnie przez przepisy żadnych innych ustaw. Z tego punktu widzenia muszę powiedzieć, że mamy do czynienia ze sferą wolności – tym niemieckim *Recht Raum* – w którym możemy postępować dotąd, dokąd nie napotkamy na granicę wynikającą z ochrony wolności lub praw albo dóbr innych podmiotów. W tym kontekście chciałbym wyraźnie zaznaczyć, że wolno zbierać informacje o dowodach, wolno nam gromadzić te informacje, ale tylko i wyłącznie do momentu, w którym nie naruszamy chronionych praw innych osób. Gdyby spróbować skonkretyzować to ograniczenie, można by posługiwać się dwoma perspektywami. Można po pierwsze, powiedzieć, że swoboda zbierania dowodów jest związana z granicami legalności w sensie uniwersalnego pojęcia bezprawności. Innymi słowy mogą zbierać na tyle i gromadzić na tyle informacje o dowodach, na ile pozwala mi na to pozytywny porządek prawny, tzn. nie istnieje w tym obszarze żadna norma prawna dekodowana z jakiegokolwiek przepisu, która statuuje wyraźny zakaz podejmowania tego rodzaju czynności. Nie chodzi przy tym wyłącznie o przepisy prawa karnego. To byłoby szerokie rozumienie metody konkretyzowania granic tzw. swobody czynności poprzedzających formalne przeprowadzenia dowodów. Jeśli jednakowoż na tę samą sferę, a tak czyni Antoni Bojańczyk, spojrzeć w kontekście wspomnianej w pytaniu Pana Profesora Lacha kierunkowości z regulacji zawartej w art. 168a KPK, to powiemy, że granicę tych czynności wyznaczają przepisy prawa karnego w tym sensie, w którym z tych przepisów możemy dekodować zakazy określonego zachowania. Ta perspektywa jest dużo węższa, ponieważ w istocie irrelevantne z punktu widzenia wykluczenia możliwości podejmowania działań polegających na zbieraniu informacji, byłyby te zakazy, które są rekonstruowane z innych niż przepisy karne. Mnie osobiście ta perspektywa się nie podoba. Ale pojawia się pytanie, dlaczego Bojańczyk ją w taki sposób ujmował. Otóż – był on więcej niż pewien, że jakkolwiek należy postawić tamę pewnym dowodom, które uzyskuje się w sposób bezprawny, ale kwalifikowany – tzn. w związku z realizacją znamion czynu zabronionego, to jednak bał się sytuacji, w której mielibyśmy do czynienia z mechanizmem eliminującym wszelkie dowody pozyskane w ten sposób. Stąd, opierając się na bogatej analizie prawno-porównawczej – wykorzystał trochę więcej niż 15 różnych przykładów ustawowych a kilkanaście analizuje bardzo dokładnie – doszedł do wniosku, że element kierunkowości działania, czyli powiązanie zachowania bez-

prawnego i karalnego z czynnością zmierzającą do uzyskania materiału w celu wykorzystania w procesie karnym jest tym konstytutywnym warunkiem, który powinien precyzować zakaz dowodowy. W pracy publikowanej w 2011 r., a pisanej chwilę wcześniej propozycja uregulowania takiego zakazu dowodowego, jaką dzisiaj mamy w art. 168a KPK została przez niego sformułowana. On nie podał tylko tekstu potencjalnego przepisu. I dlatego właśnie ten element kierunkowości jest czynnikiem ograniczającym sferę wspomnianego zakazu. Jeżeli wszystkie te twierdzenia połączyć z pojęciem dowodu w rozumieniu procesu karnego, to nie istnieje coś takiego, jak dowód prywatny, dowód przeprowadzany przez podmioty prywatne, gdyż podmioty te, zbierając informacje – *Bojańczyk* mówi: „gromadząc dowody”, ale to jest dość nieprecyzyjne sformułowanie – nie wykonują żadnej czynności dowodowej. One przygotowują sobie dopiero przedpole do tego, aby uruchomić procedurę opisaną w KPK, a zatem wejść w ścieżkę formalnej procedury dowodowej i ona wygląda dokładnie tak samo. Trzeba tutaj rozgraniczyć dwa przypadki: o ile chodzi o osobowe źródła informacji i dowód z przesłuchania świadków, sprawa jest banalna, ponieważ możemy pozyskać i zgromadzić te dowody, lecz ich przeprowadzenie jest możliwe poprzez wniosek składany do organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze. Dowód prowadzi prowadzący postępowanie przygotowawcze przy udziale wnioskodawcy z zachowaniem zasad inkwizycyjności czy też oficjalności. Proszę pamiętać, że pytania będzie zadawał prowadzący postępowanie przygotowawcze, a rola wnioskodawcy pozostaje rolą klasyczną, czyli subsydiarną, uzupełniającą. Możemy poczekać z takim wnioskiem i przedłożyć go sądowi w trybie art. 167 § 1 znowelizowanej procedury. Wtedy uzyskamy ten bonus, że to będzie nasz dowód, który my przeprowadzimy i dopiero po zakończeniu naszej aktywności pojawi się możliwość współuczestniczenia w przeprowadzeniu tego dowodu przez sąd. W przypadku organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze i w przypadku sądu ten wniosek podlega ocenie w oparciu o przesłanki głównie wyrażone w art. 170 KPK co jest elementem nowości. Tego wniosku nie da się odrzucić ze względu na jego nielegalność. Organ nie może powiedzieć, że go nie przeprowadzi, bo jest niedopuszczalny, ponieważ stanowi konsekwencję zachowań zakazanych na przedpolu, jeżeli jednocześnie twierdzi, że są one dozwolone, to mogą ten dowód oddać czy też go nie uwzględnić, ale tylko i wyłącznie kierując się jedną z przesłanek opisanych w art. 170 KPK, to otwiera nam bardzo daleką perspektywę kwestionowania tego rozstrzygnięcia i na przykład możliwość stawiania zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych w postaci błędu braku polegającego na nieprzeprowadzeniu dowodu, który strona wnioskowała. Dowody mają postać dokumentów, co odsyła nas do regulacji z art. 393 KPK z odpowiednim paragrafem. Na tym zresztą polega istotna nowość, że dokumen-

ty te podlegają odczytaniu tzn. ujawnieniu w trybie art. 410 KPK i po tej czynności ten środek dowodowy staje się pełnoprawnym i równorzędnym innym dowodom na rozprawie. Jeżeli rzeczywiście te dwa przepisy dotyczące odczytania dokumentów na rozprawie są bezpośrednio skorelowane z art. 168a KPK, to radykalne twierdzenie, że nie ma w ogóle dowodów prywatnych budzić może pewną wątpliwość. Czymże bowiem jest ów dokument w postaci tzw. prywatnej opinii biegłego sporządzonej na podstawie odezwy skonstruowanej przez obrońcę? Taka opinia jest bardzo ważna, ponieważ to ona będzie w istotnym stopniu kształtować nie tylko obszary analizy, ale także metodę tej analizy, która wpływa na ostateczną konkluzję. I to jest już jakiś dowód, który został na etapie przedprocesowym przeprowadzony przez stronę i wprowadzony za pomocą tego art. 393 KPK do procesu. Wreszcie kwestia ostatnia – kiedy dokonuje się dyferencjacji na proces i etap przedprocesowy to oczywiście zarówno w wystąpieniu Pani Doktor *Boratyńskiej*, jak i w tym co sygnalizował Profesor *Steinborn* widać bardzo wyraźnie, że te elementy poza procesowe mogą być wykonywane w trakcie trwania procesu. I to jest dość ambarasująca sytuacja, bo ja bym widział świat normatywny na kształt idealnego podziału wskazanego przez Profesora *Skorupkę*, to znaczy od momentu, kiedy wydajemy decyzję o wszczęciu postępowania karnego, uruchamiamy proces chcemy, żeby wszystko to, co może mieć znaczenie dla kwestii rozstrzygnięcia odpowiedzialności karnej toczyło się w procesie atoli wiemy, że nie jest tak dzisiaj i możemy powiedzieć, że z całą pewnością nie będzie po wejściu w życie noweli, bo ta nowelka spowoduje, że ilość czynności quasi-dowodowych, ale też i bez mała dowodowych będzie realizowana poza nurtem regulacji procesowych. I to jest bardzo poważny problem.

I wreszcie kwestia ostatnia. Otóż (...) generalnie rzecz biorąc, uważam, że redakcja art. 168a KPK jest niewłaściwa. Nie powinno być owego ograniczenia kierunkowego, wskazującego, że niedopuszczalne jest wykorzystanie dowodu uzyskanego dla celów postępowania za pomocą czynu zabronionego. Jestem święcie przekonany, ale uzasadnienie tej tezy zajęło by mi naprawdę za dużo czasu, że jeśli już posługujemy się formułą czynu zabronionego, bo niekoniecznie tak musi być, ale zawężamy ten obszar do kwalifikowanej postaci bezprawności (bezprawność plus karalność), to nie ma żadnego powodu, by wprowadzać owe elementy kierunkowości. I chodzi tutaj nie tylko i nie wyłącznie o ryzyka, które moim zdaniem absolutnie trafnie wyakcentował Pan Profesor *Lach*. No tego się po prostu zrobić nie da, żeby ściśle ten przepis stosować. I będziemy mieli do czynienia z naturalną tendencją do uciekania przez sądy od przyglądania się tej konstrukcji. Raz z tego powodu, że fatalnie określiła, czy nieprawidłowo określiła przesłanki, a po drugie, że z punktu widzenia tego, co będzie się działo na sali sądowej w kontrydiktoryjnym procesie karnym, wszystko to,

co nie zostanie przeprowadzone przed sądem, ze ścisłym zachowaniem reguł dowodowych, grozi obstrukcją z drugiej strony, opartą o art. 168. I wcale to nie jest tylko przypadek adwokata będącego obrońcą, który negocjował będzie wartość dowodową środków przedstawianych przez prokuratora, ale trzeba założyć, że w odniesieniu do tych dowodów, które będzie wnosił jako „prywatne” obrońca, prokurator będzie równie często i chętnie korzystał z konstrukcji art. 168a KPK. Pani Doktor *Boratyńska*, opowiadając o przeszukaniu i zatrzymaniu, pokazała taką perspektywę środków przymusu procesowego, która od bardzo dawna wydaje mi się niezwykle atrakcyjna. Otóż przeszukując, ingerujemy w prawo jednostki chronione przez przepisy prawa karnego. Zatrzymując, czynimy dokładnie to samo. Wydając rozstrzygnięcie o pozbawieniu wolności w formie tymczasowego aresztowania, mamy do czynienia z identyczną sytuacją, *etc.* Co z tego musi wynikać? Dla mnie dwie istotne kwestie. Po pierwsze, że środki przymusu procesowego to są instytucje zbliżone do instytucji kontratypowych. One zawsze służą do rozwiązania kolizji dwóch interesów: ochrony praw i wolności jednostki z jednej strony i ochrony czegoś, co czasami określa się jako interes wymiaru sprawiedliwości, dobro postępowania, wszystko jedno. Jest tam jakaś wartość, którą można by wskazać. Kolizja tych wartości, i to taka, której nie da się rozwiązać jednocześnie lub sekwencyjnie, powoduje, że musimy poświęcić jedną wartość dla ochrony drugiej. To oczywiście pokazuje absolutną trafność twierdzenia Pana Profesora *Skorupki*, że to nie tylko formalna zgodność z prawem, ale konieczność i proporcjonalność w odniesieniu do środków przymusu, z akcentem do kwadratu albo do sześcianu. To jest bardzo ważne. I te przesłanki trzeba interpretować z przepisów prawa. Ale jest i drugi aspekt tej sprawy, moim zdaniem ciekawszy w perspektywie naszego dzisiejszego spotkania. Instytucje procesowe, umożliwiające stosowanie środków przymusu, ograniczają zakres zakazów lub nakazów rekonstruowanych z KK. Tego się inaczej zrobić nie da. Generalnie nie wolno człowieka pozbawiać wolności. Każda ingerencja w wolność jest kwalifikowana jako bezprawna. I to jest domniemanie wzruszalne, chyba że pokażemy, że istnieją pokazane w ustawie przesłanki, które pozwalają nam to uczynić; zatrzymanie jest taką przesłanką, tymczasowe aresztowanie. Nie wolno naruszać miru domowego, dajmy na to tylko tę wartość. Każda ingerencja bez zgody podmiotu uprawnionego jest obciążona kwantyfikatorem „bezprawna”, „chyba że”. Jak się złoży ze sobą instytucje procesowe i prawo materialne w tym obszarze, to punktem odniesienia są zawsze zakazy lub nakazy z przepisów prawa karnego materialnego, a proces służy jedynie do ich uadekwatniania, tzn. zawężenia zakresu. Ale jeżeli rzeczywiście tak jest, to z tego można pokazać, że w tym konkretnym przypadku nie ma żadnej wątpliwości, że granice czynności procesowych, granice legalności, wyznacza ten obszar, który wynika z prawa

materialnego plus uzupełnienie z procesu, i właściwie niewiele więcej potrafiemy tutaj dodać. To być może mogłoby stanowić jakiś asumpt do tego twierdzenia, które w formie częściowo co najmniej intelektualnej prowokacji postawiłem przed południem, że w tym obszarze wszelkie naruszenia prawa, w sensie przekroczenia granic legalności, muszą skutkować dokładnie w taki sam sposób, tzn. muszą eliminować taką czynność z obrotu, jako czynność, która nie powinna wywoływać skutków prawnych. Ale to jest jedynie ta sfera środków przymusu procesowego, natomiast wszystko to, o czym była mowa po południu i u Pana Profesora, i u Pani Profesor, i brawurowo u kolegi *Sławka*, mianowicie, że musimy poszukiwać takiego instrumentu wyważania co do tego, kiedy naruszenie prawa skutkuje bezskutecznością, a kiedy nie, to bardzo pięknie u Pani Doktor *Boratyńskiej* wyszło, tak, terminy, właściwość. Dlaczego to miałyby być kompletnie pozbawione znaczenia? To jest ten inny obszar, w którym pojęcie legalności i konsekwencje należy rozumieć zupełnie inaczej. Dziękuję bardzo.

Karolina Kremens: Ja właściwie miałam tylko jedno pytanie do Pana Profesora *Woźniewskiego*, ale Pan Profesor *Kardas* też mnie sprowokował, więc pozwolę sobie zadać także jedno pytanie Panu Profesorowi albo może szerzej, podać ogólnie pod dyskusję jedną kwestię. Natomiast najpierw prośba do Pana Profesora *Woźniewskiego*: uniknął Pan Profesor odpowiedzi na pytanie czy zaskarżalność jest warunkiem legalności czynności dowodowych, czy szerzej – procesowych. Ja jednak postaram się Pana Profesora sprowokować może do próby udzielenia odpowiedzi na to pytanie, nie tylko dlatego, że jest to pytanie zadane przez Pana Profesora *Skorupkę*, ale także dlatego, że sama jestem żywotnie zainteresowana odpowiedzią. A kanwą dla tej odpowiedzi chciałabym, aby było amerykańskie postępowanie karne, w którym przy takich czynnościach jak przeszukanie i zatrzymanie w ogóle nie ma możliwości zaskarżania tych decyzji. Jest możliwość zweryfikowania czy ewentualnie te czynności zostały przeprowadzone w sposób legalny, ale to dopiero na podstawie ewentualnego procesu karnego wytaczanego funkcjonariuszom Policji, którzy być może to przeszukanie lub zatrzymanie przeprowadzili wbrew założeniom zawartym w poprawkach do Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Natomiast nie ma instancji, która by umożliwiała w toku tego procesu karnego, w ramach którego dokonywano przeszukania, zaskarżenie tej decyzji – powiedzmy nakazu przeszukania czy ewentualnie czynności związanych z przeszukaniem. Amerykanie podchodzą do tego w ten sposób, że dopiero jeżeli dany dowód, który miałyby być efektem tego przeszukania, miałby przeniknąć do postępowania karnego już na etapie postępowania sądowego, to dopiero na etapie postępowania sądowego będzie podnoszona ta kwestia. Czyli obrona może zaoponować przed włączeniem do procesu danego

dowodu, starać się żeby dany dowód został uznany za niedopuszczalny w procesie, albowiem został przeprowadzony niezgodnie, czy być może nielegalnie. I tu będzie tylko kwestia tej zaskarżalności; może inaczej, podjęcia próby niedopuszczenia dowodu do procesu. Natomiast takiej zaskarżalności, którą my znamy, czyli druga instancja, która by rozważała zażalenie na postanowienie, czy zażalenie na dokonanie jakichś czynności o charakterze dowodowym, w ogóle nie ma; więc może, posiłkując się tym przykładem – pytanie do pana profesora. I na kanwie tego co mówił Pan Profesor *Kardas*: Pan Profesor był łaskaw, zresztą jest to mi bardzo bliskie, połączyć w jedno te środki przymusu, czyli tymczasowe aresztowanie, przeszukanie i zatrzymanie. Wiem, że właściwie tylko tymczasowe aresztowanie znajduje się w kodeksowym dziale środków przymusu, natomiast przeszukanie i zatrzymanie w zupełnie innym miejscu. Natomiast zgadzam się w 100%, z Panem Profesorem, że tu mamy jeden wspólny element ograniczania tych praw i wolności osobistych jednostki. I tylko powstaje pytanie: czy przypadkiem wobec tego organ, który wydaje decyzję w tym zakresie, nie powinien również zostać ujednolicony. Bo mamy tutaj zróżnicowanie; o tymczasowym aresztowaniu bez wątpienia orzeka sąd i nie budzi to już od jakiegoś czasu, kiedy zmieniono organ podejmujący tę decyzję – z prokuratora na sąd, kontrowersji, że tu musi być sąd, bo ingerencja jest tak daleko idąca. Zdaję sobie sprawę, że ingerencja w przeszukanie i zatrzymanie nie idzie aż tak daleko jak ograniczenie wolności w przypadku tymczasowego aresztowania. Niemniej jednak skoro mówimy, że to jest środek przymusu i ograniczamy w jakiś daleko idący sposób chociażby prawo do prywatności, czy także prawo do wolności w pewnym zakresie, to pytanie czy przypadkiem to nie sąd powinien również decydować o przeszukaniu i zatrzymaniu, jako ewentualnym warunkiem legalności. I tu znowu można by było popatrzeć na to prawo anglosaskie, aczkolwiek tu też mam odrobinę wątpliwości, bo jakoś tak łatwo nam przychodzi powiedzieć, że w prawie anglosaskim rzeczywiście te decyzje podejmuje sąd. W Niemczech nie ma wątpliwości; to jest sąd, sędzia do spraw postępowania przygotowawczego, natomiast w prawie anglosaskim najczęściej nie jest to niezawisły sędzia, który podejmuje tę decyzję, ale wręcz przeciwnie, nawet czasami niewykwalifikowany prawnik w ramach takich instytucji jak *magistrate*, czy *justice of the peace*.

Krzysztof Woźniewski: Myślałem, że udało mi się uniknąć odpowiedzi na to pytanie, ale zostałem przyciśnięty do muru. Powiem proszę Państwa dlaczego mam problem z udzieleniem odpowiedzi na pytanie „czy zaskarżalność jest warunkiem legalności czynności dowodowych, czy szerzej – procesowych” i rzeczywiście dobrze, że my tu wszyscy praktycznie intuicyjnie i nieintuicyjnie z całej grupy czynności procesowych od razu wydzielamy czynności dowodowe; bo

rzeczywiście odpowiedź może się tutaj troszeczkę różnić. A dlaczego mam problem? Ponieważ orzecznik „legalny/nielegalny” tak na dobrą sprawę prosi Państwa o oznaczenie relacji pomiędzy normą, a zachowaniem. To takie klasyczne, spojrzenie na legalność. I w tym momencie mamy określone zachowanie procesowe, zdobycie dowodów w ten czy inny sposób, i teraz musimy je zakwalifikować: czy ono było zgodne z daną normą czy nie. Czyli podstawowym kryterium legalności są normy. I teraz pytanie: czy da się, czy jest sens, żeby warunkiem legalności, czyli oceny prawidłowości danej czynności, przyjąć samą możliwość kontroli w drodze zaskarżenia? Jeśli dobrze rozumiem to pytanie. Bo ustaliśmy, że czynność jest legalna wtedy, kiedy jest podjęta przez organ do tego ustawowo upoważniony, jest ona zasadna merytorycznie, dokonana ze wszystkimi wymogami modalnymi danej czynności i dodajemy kolejny wymóg tutaj: podlega zaskarżeniu. Ale teraz – podlega zaskarżeniu – rozumiem, że uczestnik zainteresowany mógłby poddać taką czynność kontroli. Ale czy tę możliwość poddania kontroli w tym czy innym trybie czynić warunkiem legalności samej czynności, to naprawdę ciągle mam wątpliwości, mimo że Pani próbuje przekonywać, że są. Jeśli chodzi o proces anglosaski prosi Państwa, to rzeczywiście tam oni na ten sposób, chyba nie mogąc sobie poradzić od strony teoretycznej, podeszli do kwestii po prostu praktycznie i kwestie dopuszczalności dowodu nielegalnego, zdobytego niewłaściwie, zdobytego w sposób wadliwy, przy pomocy podstępny czy oszustwa, na dobrą sprawę zostawiają sędziemu, który w realiach konkretnej sprawy ma stwierdzić, czy tak zdobyty dowód jest wiarygodny, a sposób pozyskania tego dowodu nie wpłynie negatywnie na rzetelność tego procesu. Czyli oni odsunęli ten problem ze strony ustawodawcy, powiedzmy sobie, na organ stosujący. To chyba bardziej pragmatyczne podejście, można się zastanawiać czy rzeczywiście to jest jakiś tam kierunek, ale to się wiąże też z zupełnie innym systemem sądownictwa. Na pytanie odpowiadam więc, że ciągle nie jestem przekonany, że uzależnienie uznania danej czynności procesowej (za legalną), niezależnie od jej charakteru (czy dowodową czy niedowodową) od przyznania uczestnikowi procesu prawa do jej zaskarżenia – nie wiem. Nie jestem ciągle przekonany. Dobrze jakby było. Może teza, że nigdy dość kontroli to teza za daleko idąca, bo mogłoby to być wykorzystane dla celów obstrukcyjnych w procesie, niemniej jednak jeżeli obywatel ma jakiś instrument kontroli prawidłowości działań organów procesowych, to co do zasady nie można oceniać takiej tendencji negatywnie. Ale czy kwalifikować daną czynność, model czynności, bo my mówimy o tym; bo też dobrze jest może jednak sobie uświadomić, że mamy model normatywny czynności i mamy potem czynność konkretną. I teraz ten abstrakcyjny normatywny model czynności prawidłowej, żeby zawsze zawierał element kontroli poprzez możliwość jej zaskarżenia? Chyba niekoniecznie.