

Damian Robert Jaworski

Dopuszczalność przeprowadzenia i wykorzystania dowodu uzyskanego za pomocą czynu zabronionego do celów postępowania karnego na gruncie prawa polskiego

Artykuł dotyczy dopuszczalności przeprowadzenia i wykorzystania dowodu uzyskanego za pomocą czynu zabronionego do celów postępowania karnego. W Stanach Zjednoczonych Ameryki obowiązuje generalny zakaz posługiwania się tzw. owocami zatrutego drzewa. Polskie prawo przez lata nie odnosiło się do zakazu owoców zatrutego drzewa, przestając jedynie na szczątkowej regulacji prawnej. Doktryna i orzecznictwo pomagały rozstrzygnąć dany problem *in casu*. Ustawą z 27.9.2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw wprowadzono art. 168a k.p.k., który w oparciu o kryterium materialnoprawne wykluczał możliwość wykorzystania dowodów uzyskanych bezpośrednio z czynu zabronionego. Okres obowiązywania tego przepisu w takim brzmieniu nie był jednak długi. Pojawiły się bowiem wątpliwości co do możliwości ustalenia prawdy materialnej w toku procesu kontradyktoryjnego, czego konsekwencją był powrót do inkwizycyjnego modelu postępowania karnego. W kolejnej nowelizacji art. 168a k.p.k. otrzymał więc nowe – obowiązujące do dziś - brzmienie, które będąc przeciwieństwem dotychczasowego, dopuszcza wykorzystanie dowodów uzyskanych *contra lege*, choć należy przyznać, że stawia od tej zasady trzy wyjątki. Autor wskazuje na konieczność uchylecia tego przepisu i postuluje powrót do poprzedniego modelu postępowania.

W artykule Autor odnosi się także do art. 168b do k.p.k. Zgoda następcza prokuratora na wykorzystanie dowodu popełnienia przestępstwa innego niż objętego kontrolą operacyjną jest bowiem wykroczeniem poza podmiotowy lub przedmiotowy zakres tej kontroli operacyjnej i stanowi dowód uzyskany wbrew wymaganiom ustawy, a więc jest dowodem uzyskanym wbrew prawu. Zdaniem Autora taka regulacja jest jednak słuszna, gdyż podnosi skuteczność wykrywania i ścigania przestępstw. Jednocześnie, z uwagi na otwarty katalog czynów zabronionych, do których ma on zastosowanie, przepis powinien zostać sprecyzowany w taki sposób, aby mógł być stosowany wyłącznie do enumeratywnie wymienionych w nim przestępstw.

1. Wprowadzenie

Problematyka związana z dowodem uzyskanym za pomocą czynu zabronionego, a dokładnie zakazem jego wykorzystania, ma swój początek w prawie amerykańskim. Poprawka IV do Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki z 17.9.1787 r.¹, została wprowadzona w ramach Karty Praw Stanów Zjednoczonych (ang. *United States Bill of Rights* - zawierającej pierwsze dziesięć poprawek) i weszła w życie 15.12.1791 r.² W swej treści stanowi ona, że: „prawa ludu do nietykalności osobistej, mieszkania, dokumentów i mienia nie wolno naruszać przez bezzasadne rewizje i zatrzymanie; nakaz w tym przedmiocie można wystawić tylko wówczas, gdy zachodzi wiarygodna przyczyna potwierdzona przysięgą lub zastępującym ją oświadczeniem. Miejsce podlegające rewizji oraz osoby i rzeczy podlegające zatrzymaniu powinny być w nakazie szczegółowo określone”³. Poprawka IV *prima facie* w zdaniu drugim wskazuje, że dopuszczalne będą tylko takie dowody pochodzące z rewizji lub zatrzymania, które są wynikiem legalnych działań upoważnionych do tego organów, działających na podstawie nakazu szczegółowo określającego miejsce, a także osoby i rzeczy. Nie inaczej stwierdził także Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych, poprawka IV dała bowiem początek orzecznictwu, które w następnych latach, poprzez kolejne wykładnie rozszerzające zakaz posługiwania się dowodami pozyskanymi *contra legem*, stworzyło zasadę zakazu korzystania z owoców zatrutego drzewa (ang. *Fruit of the Poisonous Tree*, w skrócie FPT).

Wskazując na niecelowość głębszej analizy poszczególnych spraw rozstrzyganych przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych, a także precyzyjne etapy kształtowania się omawianej zasady, wartą krótkiego omówienia jest wyłącznie sprawa *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939)⁴. W niej to właśnie po raz pierwszy użyto sformułowania „owoce zatrutego drzewa”. Sentencja orzeczenia wskazywała, że w postępowaniu karnym przed sądem federalnym dowody uzyskane w wyniku podsłuchu z naruszeniem ustawy o komunikacji z 1934 r. są niedopuszczalne. Ponadto dotyczyło to nie tylko samych przechwyconych rozmów, ale także, w sposób dorozumiany, dowodów zgromadzonych dzięki wykorzystaniu wiedzy uzyskanej z takich rozmów. Co więcej, ciężar dowodu spoczywał według orzeczenia

¹ Polski przekład Konstytucji USA zwany dalej „Konstytucją USA”: <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html> [dostęp: 1.8.2018 r.].

² Archiwa Krajowe - Amerykańskie dokumenty założycielskie - Karta Praw Stanów Zjednoczonych: <https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript> [dostęp: 1.8.2018 r.].

³ Konstytucja USA: <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html> [dostęp: 1.8.2018 r.].

⁴ Źródło: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/case.html> [dostęp: 1.8.2018 r.].

na oskarżonym, który wykazując bezprawność działania musiał także otrzymać od sędziego możliwość udowodnienia, że istotna część sprawy prowadzonej przeciwko niemu była wynikiem nielegalnego podsłuchu.

Na czym jednak polega istota zasady zakazu korzystania z owoców zatrutego drzewa? Co jest „drzewem”, a co stanowi „owoce”? Odpowiadając na te pytania należy stwierdzić, że pod pojęciem „zatrutego drzewa” mieści się dowód pierwotny, czyli taki, który pochodzi z pierwszego źródła, „z pierwszej ręki”, bez żadnych ogniw pośredniczących⁵. Na podstawie wyżej analizowanej sprawy, jest to więc środek dowodowy wynikający bezpośrednio z treści podsłuchu. „Owocami” są zaś dowody wtórne, czyli takie, w których pomiędzy organem przeprowadzającym dowód a źródłem dowodowym, tj. źródłem informacji stanowiącej środek dowodowy pojawia się „pośrednik”, który relacjonuje powzięte okoliczności zdarzenia⁶. Ponownie odwołując się do wyżej omawianej sprawy będą to dowody zgromadzone przy wykorzystaniu wiedzy uzyskanej z założonego podsłuchu.

2. Zasada FPT w polskim porządku krajowym:

2.1. Geneza i zmiany rozwiązań prawnych dotyczących wykorzystania dowodów pozyskanych nielegalnie:

Prawo amerykańskie jest niewątpliwie odmienne w swej istocie od prawa polskiego. Pozbawione jest bowiem fundamentu w postaci prawa rzymskiego, na którym został oparty polski system prawny. Abstrahując od uwarunkowań geopolitycznych i ówczesnego wpływu Cesarstwa Rzymskiego na starożytną Europę, *common law* jako system właściwy dla państw anglosaskich (Stany Zjednoczone Ameryki, Wielka Brytania czy też były kolonie brytyjskie) opiera się na braku rozdziału stosowania prawa od jego stanowienia, a także przyznaniu sądowi kompetencji do jego tworzenia dzięki instytucji precedensu, który jest źródłem powszechnie obowiązującego prawa a polega na sformułowaniu przez sąd w wydanym przez siebie wyroku reguły ogólnej (łac. *ratio decidendi*) w oparciu, o którą rozstrzygnął konkretną sprawę, i która staje się wiążąca w rozstrzyganiu spraw tego samego rodzaju w przyszłości. Oczywiście, nie należy zapomnieć o wspólnej dla obu systemów cesze w postaci prymatu ustawy. Żadna ustawa nie może być bowiem uchylona przez precedens, ale każdy precedens może być

⁵ Definicja zrekonstruowana na podstawie definicji w: C. Kulesza, P. Starzyński, *Postępowanie karne*, „Podręczniki Prawnicze”, wyd. 1, Warszawa 2017, s. 187.

⁶ Tamże.

za to uchylony przez ustawę⁷. Wymaga również podkreślenia, że fakt budowy polskiego prawa na klasycznych zasadach prawa rzymskiego, a więc stanowiącego *civil law*, w żadnym razie nie stoi w opozycji do możliwości zapożyczenia pewnych konstrukcji prawnych z *common law*, jak również stworzenia odmiennych regulacji pojęcia przedmiotowo tożsamego.

Przechodząc zatem do omówienia stanowiska zajmowanego przez polskiego ustawodawcę co do jednej z podstawowych zasad amerykańskiego postępowania karnego, należy zacząć od omówienia poszczególnych etapów kształtowania się procedury karnej w Polsce, w kwestii dopuszczalności przeprowadzania i wykorzystywania dowodu uzyskanego za pomocą czynu zabronionego.

Rozpoczynając od okresu II Rzeczypospolitej Polskiej (lata 1918-1939) i Kodeksu postępowania karnego z 19.3.1928 r.⁸, a następnie przechodząc przez okres Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (lata 1952-1989) i Kodeksu postępowania karnego z 19.4.1969 r.⁹, aż wreszcie kończąc na okresie III Rzeczypospolitej Polskiej i Kodeksu postępowania karnego z 6.6.1997 r. w brzmieniu obowiązującym z przed wejścia w życie nowelizacji z 2015 r. - żaden z kodeksów nie formułował *expressis verbis* ogólnego zakazu dopuszczalności dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa w postępowaniu karnym. Kodeks postępowania karnego z 1997 r. regulował omawianą problematykę jedynie w niewielkiej części, odnosząc się wyłącznie do wybranej grupy dowodów. Głównie chodzi tu o art. 171 § 7 k.p.k. zgodnie z którym „wyjaśnienia, zeznania oraz oświadczenia złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi lub uzyskane wbrew zakazom wymienionym w § 5”¹⁰ *nie mogą stanowić dowodu* oraz o kwestie związane z wykorzystaniem materiałów pochodzących z kontroli i utrwalania rozmów, o których mowa w art. 237 § 2 i 8 k.p.k.¹¹

⁷ L. Morawski, *Wstęp do Prawoznawstwa*, wyd. 12, Toruń 2009, s. 69-70.

⁸ Dz. U. z 1950 r. Nr 40, poz. 364.

⁹ Dz. U. Nr 13, poz. 96.

¹⁰ Artykuł 171 § 5. k.p.k.: Niedopuszczalne jest:

1) wpływanie na wypowiedzi osoby przesłuchiwanej za pomocą przymusu lub groźby bezprawnej,
2) stosowanie hipnozy albo środków chemicznych lub technicznych wpływających na procesy psychiczne osoby przesłuchiwanej albo mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji jej organizmu w związku z przesłuchaniem.

¹¹ Art. 237 § 2 k.p.k.: W wypadkach niecierpiących zwłoki kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicznych może zarządzić prokurator, który jest obowiązany zwrócić się w terminie 3 dni do sądu z wnioskiem o zatwierdzenie postanowienia. Sąd wydaje postanowienie w przedmiocie wniosku w terminie 5 dni na posiedzeniu bez udziału stron. W wypadku niezatwierdzenia postanowienia prokuratora sąd w postanowieniu wydanym w przedmiocie wniosku zarządza zniszczenie wszystkich utrwalonych zapisów. Zaskarżenie postanowienia wstrzymuje jego wykonanie. § 8. Wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest możliwe zarządzenie takiej kontroli.

2.2. Konstytucyjne i konwencyjne gwarancje rzetelności postępowania dowodowego:

W tym miejscu warto przywołać przepisy Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2.4.1997 r.¹². O ile jej art. 2 (zasada demokratycznego państwa prawnego), jak również art. 7 (zasada legalizmu) jako statuujące nazbyt ogólne zasady nie mogą stanowić przekonującej podstawy do uznania dowodu za niedopuszczalny, o tyle art. 45 ust. 1 Konstytucji¹³ i wykazanie nierzetelności procesu uniemożliwiającej realizację sprawiedliwości proceduralnej, może, według niektórych opinii¹⁴, stanowić niedookreśloną podstawę do uznania niedopuszczalności dowodu w myśl art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k.¹⁵.

Przywołując jeszcze podstawę międzynarodową należy wymienić art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie 4.11.1950 r. (prawo do rzetelnego procesu sądowego).¹⁶ Jego stosowanie jest, co do zasady, analogiczne do art. 45 ust. 1 Konstytucji, z tym że wydaje się, że polska regulacja dotycząca prawa do sądu jest szersza. O ile bowiem art. 6 EKPC dotyczy spraw cywilnych i karnych, o tyle art. 45 ust. 1 Konstytucji odnosi się także do innych postępowań sądowych.

Artykuł 6 ust. 1 zd. 1 EKPC stanowi: „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzygnięciu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej”. Nie chodzi tu jednak o wszelkiego rodzaju dowody uzyskane *contra legem*. Jak słusznie stwierdził Europejski Trybunał Praw Człowieka¹⁷, w wydanym w składzie Wielkiej Izby wyroku w sprawie *Ramanauskas v. Litwa*¹⁸: „Dopuszczalność dowodu jest w pierwszym rzędzie kwestią wymagającą uregulowania w prawie krajowym i, co do zasady, do sądów krajowych należy ocena przedstawianych im dowodów. Trybunał, ze swojej strony, musi ustalić, czy postępowanie jako całość, włączając w to przeprowadzenie dowodu, było rzetelne”. Chodzi więc tutaj o takie dowody, które nie tylko są przedmiotem rozważań na temat ich dopuszczalności — bo może być ona odmiennie uregulowana w poszczególnych

¹² Zwana dalej „Konstytucją”.

¹³ Artykuł 45 ust. 1. Konstytucji: Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd.

¹⁴ Zob. A. Lach, *Dopuszczalność dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa w postępowaniu karnym*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 10, s. 39-53.

¹⁵ Artykuł 170 § 1 pkt 1 k.p.k.: Oddala się wniosek dowodowy, jeżeli przeprowadzenie dowodu jest niedopuszczalne.

¹⁶ Zwany dalej: „EKPC”, Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

¹⁷ Zwany dalej: „ETPC”.

¹⁸ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z 5.2.2008 r. (skarga nr 74420/01), źródło: <https://www.ms.gov.pl/pl/orzeczenia-etpcz/download,545,0.html> [dostęp: 1.8.2018 r.].

państwach — ale o takie, których dopuszczenie niezależnie od ich legalności narusza przedstawioną w art. 6 EKPC istotę rzetelności procesu jako całość. Przytoczony wyrok obrazuje właśnie taki rodzaj dowodu, bowiem sprawa w nim rozstrzygnięta dotyczyła kwestii podżegania litewskiego prokuratora (skarżącego) do zapewnienia uniewinnienia osoby trzeciej w zamian za korzyść majątkową w wysokości 3 tyś. dolarów przez działającego pod przykryciem funkcjonariusza specjalnej jednostki policji Ministerstwa Spraw Wewnętrznych do walki z korupcją. (*Specialiųjų Tyrimų Tarnyba*, w skrócie: „STT”). Skarżący początkowo odmówił, ale ostatecznie zgodził się, po kilkukrotnym ponowieniu oferty przez funkcjonariusza, który rozpoczął i prowadził negocjacje z własnej inicjatywy, bez uprzedniego poinformowania właściwych organów, gdyż prokurator ten był podejrzewany o przyjmowanie korzyści majątkowych w przeszłości. Dopiero po wyrażeniu przez prokuratora zgody funkcjonariusz poinformował STT o zaistniałym zdarzeniu i dopiero wtedy ta — zgodnie z obowiązującym prawem litewskim — zwróciła się do Zastępcy Prokuratora Generalnego o wyrażenie zgody na zastosowanie wzoru symulacji zachowania przestępczego, która też została jej udzielona. Mamy więc tutaj sytuację, w której prokurator został poddany jawnemu podżeganiam przez funkcjonariusza. Co więcej, w przedstawionym stanie faktycznym nie sposób było wykazać, że przestępstwo zostałyby popełnione bez jego „pierwotnie” nielegalnego działania. ETPC stwierdził więc, że ze względu na dokonanie takiej interwencji i wykorzystanie jej w zaskarżonym postępowaniu karnym, proces sądowy skarżącego pozbawiony był rzetelności i tym samym narusza art. 6 EKPC¹⁹.

Podobnie Trybunał orzekł też w sprawie *Teixeira De Castro v. Portugalia*²⁰, w której uznał, że dwaj funkcjonariusze policji nie ograniczyli się do śledzenia działalności przestępczej Pana *Teixeira de Castro* w sposób, co do zasady, pasywny, ale wywierali wpływ takiego rodzaju, że podżegli do popełnienia przestępstwa, mimo że nic nie sugerowało na to, że bez ich interwencji zostałyby ono popełnione. Chodzi więc tutaj o dowody uzyskane w związku z nielegalną, bo „pierwotnie” pozbawioną podstawy prawnej „prowokacją” prowadzoną w ramach czynności operacyjnych. One właśnie naruszają zasadę rzetelności procesu.

¹⁹ Tamże.

²⁰ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z 9.6.1998 r. (44/1997/828/1034), źródło: <https://www.ms.gov.pl/pl/orzeczenia-etpcz/download,538,0.html> [dostęp: 1.8.2018 r.].

2.3. Niedopuszczalność wykorzystania dowodów pozyskanych nielegalnie — wyrażona *expressis verbis*:

Dopiero nowelizacja k.p.k. z 27.9.2013 r.²¹, która weszła w życie 1.7.2015 r. wprowadziła wyraźny zakaz dopuszczalności dowodów uzyskanych *contra legem*²². W pierwotnym brzmieniu art. 168a stanowił, że „niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego”. Na podstawie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego²³ można stwierdzić, że taki zabieg legislacyjny był bezpośrednio związany ze zwróceniem postępowania karnego w stronę kontrydiktoryjności. Powołana z końcem 2009 r. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego działająca przy Ministrze Sprawiedliwości²⁴, uznała bowiem, że dotychczasowy model postępowania karnego powoli zmierzał już do „granic swoich możliwości”. Postępowania były zbyt przewlekłe, a czas stosowania tymczasowego aresztowania nadmierny. Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu zasygnalizował to również jako problem o charakterze strukturalnym²⁵. Za najważniejsze przyczyny takiego stanu rzeczy Komisja uznała:

1. odejście od kontrydiktoryjności postępowania sądowego na rzecz inkwizycyjnego wyjaśniania faktów sprawy w toku postępowania sądowego, a w konsekwencji nieprawidłowe rozłożenie ciężaru odpowiedzialności za wynik procesu,
2. nadmierny formalizm (czy wręcz fasadowość) wielu czynności, który nie służąc zapewnieniu gwarancji procesowych uczestników postępowania, wydłuża procedowanie,
3. zbędne angażowanie sędziów do czynności, które z powodzeniem mogą być dokonywane przez czynnik niesądowy,
4. niewłaściwe realizowanie standardów konstytucyjnych, które wobec rosnącej aktywności Trybunału Konstytucyjnego w obszarze prawa karnego procesowego, jawią się jako coraz bardziej klarowne²⁶.

²¹ Ustawa o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247).

²² Artykuł 1 pkt 52 ustawy nowelizującej wprowadzający art. 168a k.p.k.

²³ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy - k.p.k., ustawy - k.k. i niektórych innych ustaw, Druk Sejmowy nr 870, źródło: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=870> [dostęp: 1.8.2018 r.].

²⁴ Zwana dalej „Komisją”.

²⁵ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy - k.p.k., ustawy - k.k. i niektórych innych ustaw, Druk Sejmowy nr 870, op.cit.

²⁶ Tamże.

Skupiając uwagę na pierwszej przyczynie należy stwierdzić, że Komisja wskazała na dwutorowość czynności dowodowych przeprowadzanych najpierw w postępowaniu przygotowawczym, a następnie powielanych w postępowaniu sądowym, uznając ją za zbędną. Rozważała także dwa sposoby na zaradzenie owej negatywnej sytuacji. Pierwszym z nich było wprowadzenie czynnika sądowego w postępowaniu przygotowawczym (sędzia śledczy), drugim - redukcja znaczenia postępowania dowodowego prowadzonego na etapie przygotowawczym przy jednoczesnym zwiększeniu roli kontradiktoryjnego wyjaśniania okoliczności sprawy przed sądem. Z uwagi na to, że doświadczenia przedwojenne wcale nie wykazały, żeby instytucja sędziego śledczego sprzyjała szybkości postępowania, wybór metody padł na kontradyktryjność. Polega ona na tym, że proces zorganizowany jest w formie sporu stron przed bezstronnym sądem²⁷. Ten zaś jako bierny arbiter wydaje sprawiedliwe rozstrzygnięcie po uprzednim przeprowadzeniu dowodów przez strony, a więc oskarżyciela i oskarżonego. Oczywiście należy dodać, że zgodnie z wolą ustawodawcy takie dowody powinny być poprzedzone wnioskami stron i ich dopuszczeniem przez sąd. Sam sąd, zgodnie z art. 167 § 1 zd. 3 k.p.k., w brzmieniu wynikającym z projektu nowelizacji, mógł dopuścić i przeprowadzić dowód z urzędu jedynie w wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami. Do takich zaś możemy zaliczyć wypadki, w których przeprowadzenie niektórych dowodów jest obligatoryjne (np. dowód z opinii biegłych psychiatrów, czy dowód z karty karnej co do uprzedniej karalności), a strony pozostają w stosunku do nich pasywne²⁸. O ile obligatoryjność w drugim przykładzie jest łatwo dostrzegalna, bo wpływa chociażby na wysokość orzekanej kary i sąd musi ją ustalić, o tyle podstawa do wywiedzenia obligatoryjności przeprowadzenia dowodu z opinii biegłych psychiatrów jest bardziej intrygująca. Kodeks postępowania karnego nie określa bowiem kiedy należy zasięgnąć opinii psychiatrycznej. W judykaturze wskazuje się jednak, że taki dowód należy przeprowadzić w sytuacji zaistnienia wątpliwości co do poczytalności oskarżonego, przy czym wątpliwość ta nie musi być ewidentna. Wystarczy jedynie uprawdopodobnić fakt, że oskarżony nie jest w pełni poczytalny²⁹.

W postępowaniu kontradyktryjnym charakterystyczną cechą jest również równość spierających się ze sobą stron. Aby zapewnić taki stan rzeczy nie wystarczy jedynie wskazać na zasadę domniemania niewinności oskarżonego, bowiem w przeciwieństwie do niego

²⁷ L. Morawski, op. cit., s. 181.

²⁸ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy - k.p.k., ustawy - k.k. i niektórych innych ustaw, Druk Sejmowy nr 870, op.cit.

²⁹ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. III, Zakamycze 2003.

oskarżyciel ma możliwość przeprowadzenia sformalizowanego postępowania przygotowawczego i przeprowadzenia w jego toku dowodów, które następnie zaprezentowałby sądowi. Ustawodawca musiał więc, według uzasadnienia Komisji, zdecydować się na pewne odstępstwo od zasady ustanowionej w art. 393 § 3 k.p.k.³⁰, która *a contrario* zabraniała odczytywania dokumentów prywatnych powstałych poza postępowaniem karnym dla jego celów i dopuścić tego typu dowody. Oczywiście obrona nie zyskała tym sposobem możliwości prowadzenia „własnego postępowania przygotowawczego” bez ograniczeń. Aby się o tym przekonać wystarczy przywołać treść art. 174 k.p.k., który mówi, że „dowodu z wyjaśnień oskarżonego lub z zeznań świadka nie wolno zastępować treścią pism, zapisków lub notatek urzędowych”.

Przechodząc do kolejnego ograniczenia dotykamy najistotniejszego punktu związanego z tematem prezentowanego artykułu, mianowicie wprowadzeniem przez nowelizację zupełnie nowego art. 168a k.p.k. W pierwotnym brzmieniu przepis ten zakazywał przeprowadzenia i wykorzystania dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego³¹. Komisja Kodyfikacyjna dostrzegła bowiem ryzyko, jakie wiązało się z wprowadzeniem „dowodów prywatnych” i postanowiła, aby do celów postępowania karnego dowody uzyskane za pomocą czynu zabronionego uznać *expressis verbis* za niedopuszczalne. Przepisu tego nie należy jednak mylić z pierwszym wyraźnym uregulowaniem zasady owoców zatrutego drzewa w polskim postępowaniu karnym, gdyż zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 2.2.2016 r., sygn. akt IV KK 346/15, dotyczył on jedynie zakazu przeprowadzenia i wykorzystania dowodu bezpośrednio nielegalnego, a więc samego „zatrutego drzewa”, nie zaś jego „owoców”. Stanowił zatem odmienną, względem amerykańskiej regulację, która wyznaczała granice dopuszczalności wykorzystania dowodów zaprezentowanych przez obie strony postępowania. Ponadto likwidował poważne rozbieżności w doktrynie. Wykluczał między innymi możliwość instalowania na zlecenie strony procesowej podsłuchów, czy też dokonywania przeszukania w sposób niezgodny z prawem³². Zgodnie z wykładnią językową zakaz ten dotyczył wyłącznie dowodów uzyskanych „do celów” postępowania karnego, a nie zaś tych, które uzyskane zostały

³⁰ Artykuł 393 § 3. k.p.k w brzmieniu sprzed nowelizacji z 27.9.2013 r.: „Mogą być odczytywane na rozprawie wszelkie dokumenty prywatne, powstałe poza postępowaniem karnym i nie dla jego celów, w szczególności oświadczenia, publikacje, listy oraz notatki”.

³¹ Zwany dalej „k.k.”.

³² Co więcej art. 168a k.p.k. *in fine* ogranicza pojęcie czynu zabronionego tylko do przestępstwa z art. 1 § 1 k.k., czego konsekwencją jest wyłączenie z pod zakazu dowodów uzyskanych w wyniku popełnienia wykroczenia. Moim zdaniem to również przemawia za tym, że nie jest to wyraźne uregulowanie zasady owoców zatrutego drzewa w polskim postępowaniu karnym, a jedynie ograniczenie dowodów uzyskanych *contra lege*. Szerzej: T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz LEX*, tom I, wyd. VI, 2014.

do celów odmiennych. Warto również dodać, że mimo utworzenia bezwzględnego zakazu, który niewątpliwie pozytywnie rzutował na urzeczywistnienie zasady legalizmu oraz demokratycznego państwa prawnego, zakaz ten budził obawę w odniesieniu do dowodów odciążających (a więc przemawiających za niewinnością oskarżonego) uzyskanych *contra legem*.

Wątpliwości budzi, czy pod tym względem nie był on zbyt daleko idący³³. Zdaniem Komisji „w pełni kontrydiktoryjne przeprowadzanie dowodów przed bezstronnym sądem stwarza najlepsze warunki wyjaśnienia prawdy, albowiem zmusza strony procesowe do podjęcia wysiłku zmierzającego do przekonania sądu o swoich racjach”³⁴.

Wprowadzenie postępowania kontrydiktoryjnego było jednak nie do końca przemyślanym pomysłem ustawodawcy. Problem dotyczył przede wszystkim kwestii ustalenia prawdy materialnej. Co prawda ustawodawca w przytoczonym wyżej art. 167 § 1 zd. 3 k.p.k. dopuścił w drodze wyjątku pewne odstępstwo od zasady sporności tworząc tym samym swoisty „bezpiecznik” mający za zadanie zagwarantowanie zachowania prawdy materialnej, to jednak na podstawie art. 2 k.p.k. (w ówczesnym brzmieniu³⁵) można było łatwo stwierdzić, że osobę której udowodniono winę (nie zaś winną albo niewinną) można było skazać, chociaż zgodnie z § 2, należało przecież najpierw ustalić prawdę materialną, a więc osiągnąć stan wiedzy zgodnej ze stanem faktycznym, co przy jedynie wyjątkowej ingerencji sądu nie zawsze było wykonalne. Z powyższego zdania, biorąc pod uwagę całość zasad wynikających ze wskazanej regulacji prawnej, nie można oczywiście - paradoksalnie - wnioskować o większym rygoryzmie tej regulacji.

2.3. Aktualna regulacja k.p.k. związana z wykorzystaniem dowodów pozyskanych nielegalnie

³³ A. Lach, *opt. cit.*, s. 39-53.

³⁴ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy - k.p.k., ustawy - k.k. i niektórych innych ustaw, Druk Sejmowy nr 870, *op.cit.*

³⁵ Art. 2 k.p.k.: § 1. Przepisy niniejszego kodeksu mają na celu takie ukształtowanie postępowania karnego, aby:

- 1) sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba, której nie udowodniono winy, nie poniosła tej odpowiedzialności,
- 2) przez trafne zastosowanie środków przewidzianych w prawie karnym oraz ujawnienie okoliczności sprzyjających popełnieniu przestępstwa osiągnięte zostały zadania postępowania karnego nie tylko w zwalczaniu przestępstw, lecz również w zapobieganiu im oraz w umacnianiu poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego,
- 3) zostały uwzględnione prawnie chronione interesy pokrzywdzonego przy jednoczesnym poszanowaniu jego godności,
- 4) rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło w rozsądnym terminie.

§ 2. Podstawę wszelkich rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne.

Po wyborach parlamentarnych w 2015 r. podjęto decyzję o wycofaniu nowelizacji z 27.9.2013 r. uchwalając kolejną w dniu 11.3.2016 r., która weszła w życie niedługo później, bo 15.4.2016 r.³⁶ Zgodnie z uzasadnieniem do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw z 27.1.2016 r., nowelizacja miała na celu modyfikację modelu postępowania karnego w kierunku przywrócenia aktywniejszej roli sądu w toku procesu, zmierzając do zapewnienia w maksymalnym stopniu zgodności ustaleń faktycznych w perspektywie zasady prawdy materialnej, jak również zwiększając efektywność ścigania. Zakładała więc powrót do inkwizycyjnego modelu procesu karnego zachowującego nadrzędność prawdy materialnej, w którym kontradiktoryjność stanowi jedynie jedną z zasad procesu, ułatwiającą dotarcie do prawdy. Komisja stwierdziła bowiem, że ówczesny „obowiązek dążenia do ustalenia prawdy nie koresponduje z uprawnieniem sądu do dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z urzędu jedynie w wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami. Niewątpliwie w bardzo wielu sprawach po wyczerpaniu wniosków dowodowych stron, dla zadośćuczynienia postulatowi wskazanemu w art. 2 § 2 k.p.k. sąd powinien podejmować inicjatywę dowodową w znacznie szerszym zakresie niż to wynika z restrykcyjnie sformułowanych przesłanek w art. 167 § 1 k.p.k. Ponadto Komisja stwierdziła, że taka sytuacja przyczyniła się do zaburzenia spójności systemowej poprzednio obowiązującego modelu”³⁷. Potwierdziły się zatem wcześniej wymienione zastrzeżenia.

W konsekwencji odejścia od zasady kontradiktoryjności postępowania karnego przemodelowany został również art. 168a k.p.k. W zmienionym i obowiązującym do dziś brzmieniu przyjmuje on następującą treść: „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 k.k., 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”³⁸. Mamy więc tu do czynienia z całkowitym odwróceniem poglądu ustawodawcy, który - uznając poprzednią regulację jako zbyt szeroki zakaz dowodowy wyłączający dopuszczalność dowodu według kryteriów karno-materialnych - stwierdził,

³⁶ Ustawa z 11.3.2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. poz. 437, źródło: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20160000437> [dostęp: 1.8.2018 r.].

³⁷ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw, Druk Sejmowy nr 207, źródło: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=207> [dostęp: 1.8.2018 r.].

³⁸ Dz. U. z 2017 r. poz. 2204.

że może ona doprowadzić do niezamierzonych przez niego rezultatów. Swoje stanowisko egzemplifikował orzecznictwem ETPC, a dokładnie sprawą *Schenk v. Szwajcaria*³⁹, w której orzeczono, że choć art. 6 EKPC gwarantuje prawo do rzetelnego procesu, to w istocie nie reguluje on żadnych reguł w zakresie dopuszczalności dowodów pozostawiając to w kompetencji poszczególnych krajów. Jeżeli zatem w sprawie karnej posłużono się dowodem uzyskanym do celów tego postępowania za pomocą czynu zabronionego, to nie narusza to zasady rzetelności procesu, o ile porządek krajowy na to pozwala i nie jest to bezpodstawna „prowokacja” prowadzona w ramach czynności operacyjnych, która - z przytoczonych już względów - stoi w opozycji do rzetelności procesu jako całości. W związku z tym ustawodawca słusznie stoi na stanowisku, że każda sprawa powinna być rozstrzygana *in casu*, po uwzględnieniu wszystkich jej aspektów oraz w oparciu o ogólnie przyjęte zasady wynikające z dorobku orzecznictwa i doktryny w perspektywie ostatnich kilkudziesięciu lat⁴⁰.

Kolejna nowelizacja może wydawać się więc powrotem do poprzedniego uregulowania, jednakże nie do końca tak jest. Artykuł 168a k.p.k. został przecież dodany nie po to, aby w końcu jasno uregulować kwestię dopuszczalności dowodu uzyskanego za pomocą czynu zabronionego, rozwiązując tym samym wieloletnie spory doktrynalne, ale po to, aby stanowić wyraźne ograniczenie dla przeprowadzania i wykorzystywania „dowodów prywatnych”. Wystarczy zwrócić uwagę na *ratio legis* wprowadzenia art. 168a k.p.k., bowiem wyrażony w nim zakaz bezpośrednio korespondował z art. 393 k.p.k., który w § 3 zezwalał na odczytywanie dokumentów prywatnych powstałych dla celów postępowania karnego, stanowiąc jego ograniczenie. Ten ostatni wcale nie został przywrócony do poprzedniego brzmienia obowiązującego jeszcze sprzed nowelizacji z 2015 r. To zaś oznacza, że na podstawie art. 393 § 3 w zw. z art. 168a k.p.k. dopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu prywatnego do celów postępowania karnego, który został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego. W konsekwencji regulacja niejako „zachęca” — przykładowo — do instalowania nielegalnych podsłuchów poprzez możliwość późniejszego dopuszczenia dowodów z nich wynikających w sprawie, a skoro wcześniej było to niedopuszczalne, to nie można mówić o powrocie do poprzedniego modelu postępowania. Zdaniem Komisji, art. 168a k.p.k. był zbędną regulacją, która dyskwalifikowała dowody uzyskane za pomocą czynu zabronionego, znacznie

³⁹ Wyrok ETPC w Strasburgu z 12.7.1988 r. (10862/84), LEX nr 81067 [dostęp: 1.8.2018 r.].

⁴⁰ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw, Druk Sejmowy nr 207, op.cit.

rozszerzając i tak szeroki system zakazów dowodowych w postępowaniu karnym⁴¹. Nie można jednak podzielić poglądu, że w obliczu nieuchylenia art. 168a k.p.k., nowe brzmienie przepisu, oparte o kryterium proceduralne (a nie materialne), może być sprowadzone do absolutnego minimum, przy jednoczesnym dopuszczeniu wykorzystania innych dowodów, nie objętych przewidzianym zakazem. Czym innym jest bowiem uchylenie przepisu po uznaniu go za niepotrzebny (i tym samym pozostawienie tej kwestii pozostałym obowiązującym regulacjom), a czym innym wprowadzenie modyfikacji, która w przeważającej mierze dopuszcza wykorzystanie dowodów uzyskanych *contra legem*. Nie można zapomnieć także o tym, że wskazana problematyka nie jest związana jedynie z dowodami prywatnymi, gdyż art. 168a k.p.k. znajduje również zastosowanie do dowodów pozyskiwanych w ramach prowadzonego postępowania przygotowawczego. Wydaje się więc uzasadnionym wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich⁴² z 6.5.2016 r. do Trybunału Konstytucyjnego⁴³ o stwierdzenie niezgodności art. 168a k.p.k. z Konstytucją⁴⁴. RPO postawił w nim pytanie, czy dla ustalenia prawdy materialnej można przyjmować przed sądem dowody zdobyte nielegalnie, skoro jedną z konsekwencji takiego założenia jest to, że wymiar sprawiedliwości będzie opierał swoją działalność na niepraworządnym działaniu organów władzy publicznej i ich funkcjonariuszy. Zapytał w nim również, jak to się ma do prawa do sądu, prawa do prywatności, prawa do ochrony tajemnicy komunikowania się, zakazu tortur, a także do art. 3 i 6 EKPC⁴⁵. Orzecznictwo również nie wyraża aprobaty dla „obowiązku” uznania w sprawie dowodów uzyskanych *contra lege*. Wystarczy tutaj przytoczyć wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27.4.2017 r., sygn. II AKa 213/16, zgodnie z którym dowód może zostać uznany za niedopuszczalny, jeżeli został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego przy jednoczesnym naruszeniu przepisów Konstytucji (np. art. 30 — zasada przyrodzonej godności człowieka; art. 47 — prawo do ochrony prywatności; art. 49 — tajemnica komunikowania się czy art. 51 — prawo ochrony danych osobowych). W takiej sytuacji ograniczenie ustawowe wyrażone zwrotem „wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany za pomocą czynu zabronionego (art. 168a k.p.k.) nie ma zastosowania. Na tym przykładzie widać wyraźnie jakie stanowisko zajmuje sąd

⁴¹ Ibidem.

⁴² Zwany dalej „RPO”.

⁴³ Zwany dalej „TK”.

⁴⁴ Źródło:

<https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wniosek%20do%20TK%20owoce%20zatrutego%20drzewa%20art%20art.%20168a%20%20KPK%206.05.2016.pdf> [dostęp: 1.8.2018 r.].

⁴⁵ Źródło: <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/wniosek-do-TK-w-sprawie-owocow-zatrutego-drzewa-art-168a-Kpk> [dostęp: 1.8.2018 r.].

w sprawie nadmiernego „złagodzenia” niedopuszczalności dowodów z art. 168a k.p.k., który owszem wymagał pewnego złagodzenia, chociażby w poruszonej kwestii dowodów odciążających, ale nie do tego stopnia w jakim znajduje się obecnie.

Po blisko dwóch latach od złożenia wniosku RPO pismem procesowym z 9.4.2018 r.⁴⁶ cofnął swój wniosek, jednocześnie wnosząc o umorzenie postępowania. Według RPO „decyzja ta uzasadniona jest dokonanyymi zmianami w składzie orzekającym Trybunału Konstytucyjnego, które nie mają podstawy prawnej w obowiązujących przepisach, a także wprowadzeniem do składu orzekającego osoby, której wybór miał miejsce z naruszeniem Konstytucji”⁴⁷.

Warto jednak zastanowić się, jakie mogłoby być rozstrzygnięcie TK. Biorąc pod uwagę, że wyrok TK powinien w miarę możliwości dążyć do utrzymania przepisu poprzez wprowadzenie zgodnej z prawem interpretacji, aniżeli do jego uchylenia, można przypuścić, że art. 168a k.p.k. nie zostałby uznany za sprzeczny ani z Konstytucją, ani z EKPC. Zamiast tego można sądzić, że zakres jego stosowania uległby po prostu ograniczeniu, aby zagwarantować sprawiedliwe rozpoznanie sprawy, zgodne z obowiązującym prawem. Za potwierdzenie tego przypuszczenia niech posłuży przykład. RPO zarzucił, że art. 168a k.p.k. narusza zasadę rzetelnego procesu (art. 45 Konstytucji i art. 6 EKPC) m.in. przez oparcie materiału dowodowego na bezpodstawnej prowokacji prowadzonej w ramach czynności operacyjnych służb specjalnych. Zdaniem RPO taki materiał dowodowy nie powinien zostać uwzględniony przez sąd⁴⁸. Nie powinien, ale i nie zostanie, gdyż poruszone już wcześniej wiążące Rzeczpospolitą Polskę orzecznictwo ETPC zakazuje korzystania z dowodów, których dopuszczenie niezależnie od ich legalności narusza przedstawioną w art. 6 EKPC istotę rzetelności procesu jako całość. Na tej właśnie podstawie — poprzez wprowadzenie już istniejących w doktrynie ograniczeń jego stosowania — zasadne byłoby wydanie odpowiedniej wykładni art. 168a k.p.k. Trzeba bowiem przyznać, że zarówno Konstytucja, wiążące Rzeczpospolitą Polskę umowy międzynarodowe, jak również sam k.p.k. i zawarte w nim zakazy dowodowe, wyznaczają pewne granice wykorzystania dowodów. Każdy z tych aktów wyznacza granicę w innym miejscu. Do pewnego stopnia pokrywają się one ze sobą, a później jedna wyprzedza drugą. Wydaje się być zasadne, aby Trybunał

⁴⁶ Pismo procesowe RPO z 9.4.2018, sygn. II.510.360.2016II.510.360.2016.MH, dot. sprawy o sygn. akt K 27/16. Źródło: <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wycofanie%20wniosku%20RPO%20do%20Trybunału%20Konstytucyjnego.pdf> [dostęp: 1.8.2018 r.].

⁴⁷ Tamże.

⁴⁸ Źródło: <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-wycofal-z-trybunału-konstytucyjnego-wniosek-ws-owocow-zatrutego-drzewa> [dostęp: 1.8.2018 r.].

nie poprzestał w tym przypadku na punkcie styczności granic ochrony, ale sięgnął dalej, aż do granicy, której źródłem jest jedynie zalecenie.

Na koniec pozostaje jeszcze kwestia art. 168b k.p.k. Podobnie jak omówiony art. 168a k.p.k., przepis ten został wprowadzony do Kodeksu postępowania karnego nowelizacją z 27.9.2013 r. i w niezmienionym brzmieniu obowiązuje do dzisiaj. Stanowi, że: „jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej zarządzanej na wniosek uprawnionego organu na podstawie przepisów szczególnych uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli operacyjnej, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym”. Mamy tu do czynienia z przepisem legalizującym dowody pozyskane bez podstawy prawnej, a więc tym razem z „owocami zatrutego drzewa”. Na poparcie tej tezy warto jeszcze raz przytoczyć wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, sygn. akt II AKa 213/16, który orzekł, że „skoro ustawa ustawa z 2006 r. o CBA odnośnie kontroli operacyjnej wymaga, już we wniosku do sądu o jej zastosowanie, wskazania zarówno osoby, której ma ona dotyczyć, jak i czynu lub czynów, odnośnie których kontrola ta ma być zastosowana, to jedynie w takim właśnie podmiotowym i przedmiotowym zakresie, określonym w postanowieniu sądu o zarządzeniu tej kontroli, kontrola operacyjna staje się dopuszczalnym, legalnym wkroczeniem w sferę wolności. Dowody pozyskane wprawdzie w ramach zarządzanej przez sąd kontroli, ale poza jej granicami, a więc niezgodnie z wymogami ustawy, nie są dowodami uzyskanymi legalnie”.

Czy takie dopuszczenie „owocu zatrutego drzewa” powinno mieć miejsce w procedurze karnej? Owszem, choć z pewnym ograniczeniem. Według RPO nie do końca. Zdaniem Rzecznika, który 29.4.2016 r. złożył wniosek do TK w sprawie zgody na wykorzystanie dowodów uzyskanych podczas kontroli operacyjnej⁴⁹, art. 168b k.p.k. narusza takie konstytucyjne prawa i wolności jak prawo do prywatności, wolność i ochrona tajemnicy komunikowania się, nienaruszalność mieszkania, a także zakaz pozyskiwania

⁴⁹ Wniosek RPO z 29.4.2016 r., sygn. II.520.1.2016.ST.

Źródło:

https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Do_TK_zgody_na_wykorzystanie_dowodow_uzyskanych_podczas_kontroli_operacyjnej.pdf [dostęp: 1.8.2018 r.].

i gromadzenia informacji o obywatelach, które nie są niezbędne w demokratycznym państwie prawnym⁵⁰. RPO zarzucił, że:

- zgoda następcza może dotyczyć nie tylko przestępstwa, w stosunku do którego można w świetle obowiązującego prawa zarządzić kontrolę operacyjną, lecz każdego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego;
- zgoda następcza nie jest już wyrażana przez sąd, lecz przez prokuratora;
- wyrażanie zgody następczej przez prokuratora nie jest ograniczone żadnym terminem.

Ten wniosek również został wycofany przez RPO, pismem z 11.5.2018 r.⁵¹. Rzecznik, z podanych wyżej przyczyn, stwierdził bowiem, że „orzeczenia wydane przez skład Trybunału z nieprawidłową obsadą mogą być kwestionowane przez pełnomocników stron - także w procesach przed sądami europejskimi, skoro ukształtowanie składu orzekającego nie realizuje zaleceń Komisji Europejskiej”⁵². Przechodząc mimo wszystko do *meritum* wniosku, art. 168b k.p.k. powinien w moim przekonaniu pozostać w postępowaniu karnym, gdyż podnosi on skuteczność wykrywania przestępstw. Poza tym pierwsze dwa zastrzeżenia nie są już aktualne, bowiem zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13.6.2016 r., sygn. II AKa 133/16 za niedopuszczalne uznać należy korzystanie z materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej w sprawie o przestępstwa, które nie należą do tych wymienionych w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6.4.1990 r. o Policji⁵³, gdyż z uwagi na szczególny charakter omawianej regulacji, przepisy te nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Zgodnie zaś z literalną wykładnią art. 168b k.p.k. dotyczy dowodów uzyskanych na etapie postępowania przygotowawczego, a więc tych przed skierowaniem aktu oskarżenia do sądu. Wtedy bowiem istnieje możliwość selekcji wyników kontroli operacyjnej, w aspekcie możliwości ich wykorzystania jako dowodu popełnienia przez osobę, wobec której była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli operacyjnej. To dlatego kwestia dopuszczalności takich dowodów została powierzona właśnie

⁵⁰ Źródło: <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/wniosek-do-tk-ws-zgody-na-wykorzystanie-dowodow-uzyskanych-podczas-kontroli-operacyjnej> [dostęp: 1.8.2018 r.].

⁵¹ Źródło: <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Pismo%20procesowe%20RPO%20do%20Trybunału%20Konstytucyjnego%20w%20sprawie%20tzw.%20zgody%20następczej.pdf> [dostęp: 1.8.2018 r.].

⁵² Źródło: <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-wycofal-z-trybunału-konstytucyjnego-wniosek-w-sprawie-tzw-następczej-zgody-na-podsluch> [dostęp: 1.8.2018 r.].

⁵³ T.j.: Dz.U. z 2017 r., poz. 2067.

prokuratorowi. To prokurator, a nie sąd, który chociaż wydał postanowienie o zarządzeniu kontroli operacyjnej, nie ma w istocie kompetencji do wykorzystania tego dowodu w nowym postępowaniu karnym, gdyż na etapie formułowania aktu oskarżenia stanowi to wyłączną kompetencję prokuratora.

Jeżeli zaś chodzi o ostatnie z zastrzeżeń wymienionych przez RPO dotyczące braku ograniczenia terminu na wyrażenie zgody następczej przez prokuratora, należy potraktować je jako chybione. Wszak nie może być tak, aby art. 168b k.p.k. różnicował w procedurze karnej termin ograniczający wykorzystanie dowodu, jakim jest przedawnienie karalności czynu zabronionego, które uniemożliwia wszczęcie postępowania. Utrzymanie w takiej sytuacji stanu niepewności co do wdrożenia wobec takiej osoby postępowania przygotowawczego jest słuszne. Niepewność jest elementem demotywującym i może zniechęcić potencjalnego sprawcę do podjęcia realizacji znamion czynu zabronionego. Uzależnienie dopuszczalności zgodny następczej od zachowania terminu zmniejszyłoby ten stan niepewności, umacniając tylko sprawcę w zamiarze popełnienia czynu zabronionego, a także pozostałoby niezrozumiałe na tle innych przepisów procedury karnej. Zasadnym byłoby za to obwarowanie art. 168b k.p.k. ograniczeniem jego stosowania wyłącznie do przypadku podejrzenia popełnienia przestępstwa: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności, a więc tych samych „ciężkich” przestępstw, które stanowią wyjątek w art. 168a k.p.k. Taka modyfikacja niewątpliwie uzasadniałaby stworzenie swoistego „wyłomu” od powszechnej przyjętej w doktrynie zasady niedopuszczalności posługiwania się „owocem zatrutego drzewa” i tym samym nie budziłaby — tak jak obecnie — wątpliwości, co do naruszenia zasady proporcjonalności.

3. Podsumowanie

Zasada owoców zatrutego drzewa wynikająca z prawa amerykańskiego nie znajduje tożsamego odbicia w polskim porządku prawnym. Ustawodawca przy okazji wprowadzenia kontradyktoryjnego postępowania karnego wprowadził do Kodeksu postępowania karnego art. 168a i 168b k.p.k. O ile można zgodzić się ze słusznością wprowadzenia art. 168b k.p.k., który dopuszcza wykorzystanie „owocu zatrutego drzewa” w celu wykrycia i ścigania przestępstwa, choć i on wymaga sprecyzowania w postaci ustalenia katalogu przestępstw, do których art. 168b k.p.k. miałby wyłączne zastosowanie, o tyle regulacja zawarta w art. 168a k.p.k. ewidentnie „kuleje”. Oba brzmienia tego przepisu, pierwotne, jak i obecne, nie tylko stoją do siebie w opozycji, ale również okazały się zbyt daleko idące. Sformułowanie propozycji

zmiany treści tego przepisu nie jest jednak zadaniem prostym. Po głębszej analizie koniecznym wydaje się wybór jednego z dwóch rozwiązań.

Pierwszym jest uchylenie tego przepisu w całości, a następnie przywrócenie poprzednio obowiązującego brzmienia art. 393 k.p.k. Należy bowiem jasno stwierdzić, że przed 1.7.2015 r. nie obowiązywały w procedurze karnej żadne szczególne unormowania nawiązujące do treści art. 168a k.p.k. W ten sposób możliwe będzie zrealizowanie zamiaru ustawodawcy i powrót do postępowania inkwizycyjnego, w którym kontradiktoryjność stanowi jedynie jedną z zasad procesu, która ułatwia dotarcie do prawdy. Drugim rozwiązaniem (choć z uwagi na czasochłonność jego wdrożenia należy potraktować je za dopuszczalne jedynie w razie niemożności realizacji pierwszego) jest wprowadzenie odpowiedniej wykładni art. 168a k.p.k. przez TK albo przez wypracowanie uzupełniającego orzecznictwa, które razem z dotychczasowym w znacznej części (choć niekoniecznie całkowicie) powinno ograniczyć ryzyko nadużycia omawianego przepisu.

W tym miejscu można by właściwie zakończyć prezentowany artykuł, traktując zgłoszone kwestie za wyjaśnione, a postulaty *de lege ferenda* za uzasadnione, jednakże obecna sytuacja jasno wskazuje na brak możliwości ich realizacji. Za przykład niech posłuży ustawa z 28.1.2016 r. - Prawo o prokuraturze i jej ostatnia nowelizacja⁵⁴, która wprowadziła nowy art. 158b stanowiący o tym, że „dowody uzyskane do celów postępowania karnego w trybie określonym w art. 168b, art. 237 lub 237a ustawy z 6.6.1997 r. — k.p.k lub uzyskane w wyniku stosowania kontroli operacyjnej mogą zostać wykorzystane w postępowaniu dyscyplinarnym”. Takie uregulowanie rozszerza tylko możliwość posłużenia się „owocem zatrutego drzewa” (np. w postaci podsłuchu). Co więcej, taka regulacja ma zastosowanie nie tylko do prokuratora, ale również do sędziego, gdyż dodany do ustawy z 27.7.2001 r. - Prawo o ustroju sądów powszechnych art. 115c⁵⁵ wprowadza analogiczne rozwiązanie. Tutaj należy postawić ostatnie już pytanie. Czy skoro art. 168b k.p.k. w obowiązującym brzmieniu — *prima facie* - wydaje się nieproporcjonalnym do naruszonych wartości konstytucyjnych poprzez nieustalenie katalogu przestępstw, do których miałby wyłączne zastosowanie, to czy możemy mówić o zachowaniu proporcjonalności w przypadku postępowań dyscyplinarnych za przewinienia sędziów i prokuratorów? Jeżeli odpowiedź jest twierdząca, to z uwagi na zbyt szerokie ramy art. 168b k.p.k. próżno będzie szukać w polskim prawodawstwie regulacji analogicznych do proponowanych w pierwszym rozwiązaniu. Być może drugie rozwiązanie okaże się wystarczające.

⁵⁴ Ustawa z 8.12.2017 r. o Sądzie Najwyższym, Dz. U. z 2018 r., poz. 5 — artykuł 110 pkt 21.

⁵⁵ Tamże — artykuł 108 pkt 23.

Admissibility of using evidence obtained by means of a prohibited act for the purposes of criminal proceedings (Fruit of the Poisonous Tree) in the Polish law

Summary

The article contains considerations about admissibility of using and using evidence obtained by means of a prohibited act for the purposes of criminal proceedings. The principle of the *Fruit of the Poisonous Tree* prohibiting the use of evidence obtained in that manner has been introduced in the United States of America. Polish law for many years has not recognized the need for introduction of the rule *Fruit of the Poisonous Tree*. The doctrine and the jurisprudence helped solve the problem *in casu*. In 2015, as a result of the entry into force of the Code of Criminal Procedure and some other acts of 27.9.2013 an adversarial model of criminal proceedings was introduced. New article 168a, based on the substantive law criterion, precluded the use of evidence obtained directly from a prohibited act. The period of application of this provision was not long. There were doubts as to the possibility of establishing material truth in the course of the contradictory process, which resulted in a return to the inquisitorial model of criminal proceedings. Next amendment to the Code of Criminal Procedure introduced the new wording of the article 168a. New content of the provision allows the use of evidence obtained *contra legem*, although it provides three exceptions. The author indicates the necessity to repeal provision of the article 168a in order to return to the previous model of Criminal Procedure. The article refers also to the article 168b of Code of Criminal Procedure. The consent of the prosecutor for the use of evidence of committing a crime other than the one undergoing an operational review is a transgression beyond the subjective or objective scope of this operational control and constitutes evidence obtained contrary to the requirements of the Act, and this is evidence obtained against the law. According to the author, such regulation is correct. It increases the effectiveness of detection and prosecution of crimes. However, due to the open catalog of prohibited acts to which it applies, it is necessary to provide that it can be used only for the abovementioned offenses.

Damian Robert Jaworski

Student III roku prawa stacjonarnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie. Pracownik Prokuratury Okręgowej w Warszawie. Interesuje się między innymi prawem i procesem karnym.