

Anna Maria Pukarowska\*

ORCID: 0000-0002-6681-7430

Uniwersytet Wrocławski

<https://doi.org/10.19195/1733-5779.39.4>

## Problemy interpretacyjne dualistycznego art. 168a k.p.k.

**JEL Classification:** K10, K14

**Słowa kluczowe:** dopuszczalność nielegalnie uzyskanych dowodów, dowody w postępowaniu karnym

**Keywords:** admissibility of illegally obtained evidence, evidence in criminal proceedings

**Abstrakt:** Celem niniejszego artykułu jest analiza art. 168a k.p.k. w brzmieniu nadanym mu nowelizacją marcową, wprowadzającego instytucję dopuszczalności dowodu nielegalnego, co stanowi jednocześnie kontynuację zakazów dowodowych. Analiza rozbieżności interpretacyjnych, które przejawiają się zwłaszcza w trakcie zastosowania wykładni literalnej, została przeprowadzona poprzez omówienie poszczególnych części zdania wielokrotnie złożonego. Autorka dokonuje również historycznego odesłania do nowelizacji wrześniowej z 2013 roku, która zapoczątkowała byt w kodeksie postępowania karnego art. 168a k.p.k.; ma to na celu wyciągnięcie przed nawias cech charakterystycznych dla tej instytucji.

W opracowaniu wyrażono stanowisko aprobujące wprowadzenie do procesu karnego dowodów *contra legem* w celu realizacji zasady prawdy materialnej, niepojmowanej jako nadrzędna wobec pozostałych. Zdaniem autorki dotarcie do tak rozumianej prawdy może umożliwić zaproponowane rozumienie spójnika odpowiedzialnego za wystąpienie dwóch norm na gruncie jednego przepisu. Przy wskazanym zabiegu konieczne jest posłużenie się dorobkiem doktryny, który będzie stanowił tak zwany wentyl bezpieczeństwa wobec najpoważniejszych naruszeń związanych z ryzykiem wprowadzenia dowodów nielegalnych do procesu karnego.

### Problems of interpretation of dualistic art. 168a of the Code of Criminal Procedure

**Abstract:** The purpose of this article is to analyze art. 168a of the Code of Criminal Procedure in the wording given by the March amendment, introducing the institution of admissibility of illegal evidence, while at the same time being a continuation of the evidentiary prohibitions. The analysis of interpretation discrepancies, which are particularly manifested in the application of a literal

---

\* Opiekun naukowy (Scientific Tutor) — dr Krzysztof Nowicki.

interpretation, was carried out by discussing individual parts of a multiple-complex sentence. The author also makes a historical reference to the September amendment of 2013, which initiated the existence of art. 168a of the Code of Criminal Procedure, with the aim of highlighting the features characteristic of this institution. The article expresses the position approving the introduction of *contra legem* evidence into the criminal trial, in order to implement the principle of material truth, not understood as superior to others. In the author's opinion, reaching the truth understood in this way may enable the proposed interpretation of the conjunction, responsible for the occurrence of two norms on the basis of one provision. With the indicated procedure, it is necessary to use the achievements of the doctrine, which together will constitute the so-called safety valve against the most serious violations related to the risk of introducing illegal evidence to the criminal trial.

## Wstęp

Zakazy dowodowe wywołują istotne skutki procesowe, z których najdotkliwszym jest dyskwalifikacja dowodu z podstawy orzekania. Jako pierwszy instytucję zakazów dowodowych zdefiniował na początku ubiegłego wieku niemiecki karnista Ernst Beling, tworząc teorię zakazów dowodowych absolutnych i względnych<sup>1</sup>. Kodeks postępowania karnego z 1997 roku<sup>2</sup> reguluje szeroki katalog zakazów, niemniej ich rozpiętość nie pozwala na kompleksowe omówienie w ramach niniejszej pracy. Istotne jest natomiast, iż w doktrynie można wskazać trzy główne grupy zakazów dowodowych, wśród których wyróżnia się: zakaz dowodzenia określonych faktów, zakaz dowodzenia określonych środków i źródeł dowodowych oraz zakaz stosowania określonych metod dowodzenia<sup>3</sup>, które w ślad za stanowiskiem Belinga ulegają dalszej klasyfikacji, między innymi na warunkowe lub bezwarunkowe, względne lub bezwzględne. Zadaniem instytucji zakazów dowodowych jest przede wszystkim zapewnienie realizacji standardów demokratycznego państwa prawnego, mając na względzie poszanowanie wartości niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa.

Od zakazów dowodowych należy odróżnić dowody uzyskane w wyniku naruszenia innych norm procesowych, określających jedynie warunki podmiotowe, przedmiotowe czy modalne dokonania pewnych czynności dowodowych<sup>4</sup>. Mimo że w obu przypadkach będziemy mieli do czynienia z dowodem nielegalnym, będą się one cechować innym rodzajem wadliwości, a co za tym idzie innym mechanizmem zabezpieczenia<sup>5</sup> przed włączeniem do podstawy faktycznej orzeczenia. Przykładowo jeżeli zeznania świadka zostały złożone w warunkach wyłą-

<sup>1</sup> D. Gruszecka, [w:] *Proces karny*, red. J. Skorupka, Warszawa 2018, s. 415.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 roku — Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 13, poz. 96 ze zm.).

<sup>3</sup> Zob. M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, t. 1, Warszawa 1955, s. 264; A. Gaberele, *Dowody w sądowym procesie karnym*, Warszawa 2010, s. 15.

<sup>4</sup> K. Woźniowski, [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, t. 8, cz. 3, red. J. Skorupka, Warszawa 2019, s. 3566.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

czających swobodę wypowiedzi, to bez znaczenia pozostaje fakt, że są one zgodne z prawdą, gdyż na podstawie art. 171 § 1 k.p.k. zostają wykluczone z podstawy ustaleń faktycznych w sprawie jako naruszające zakaz dowodowy i nie podlegają tym samym ujawnieniu na rozprawie<sup>6</sup>.

Status dowodów uzyskanych z naruszeniem innych przepisów niż *stricte* zakazy dowodowe długo nie był klarowny, ponieważ w systemie prawa karnego procesowego nie istniał nakaz eliminacji tak uzyskanego dowodu. Warto nadmienić, że wartości kreujące system prawa karnego procesowego mają swoje ugruntowanie w konstytucyjnych zasadach, to jest zasadzie zaufania obywatela do państwa (art. 2), prawa do prywatności (art. 47 i art. 50) czy też zakazie stosowania tortur, niehumanitarnego i poniżającego traktowania (art. 40), które zostały z kolei zdeterminowane prymatem prawa do rzetelnego procesu karnego ustanowionego w art. 6 ust. 1 Europejskiej konwencji praw człowieka (dalej: konwencja). Należy jednak mieć na uwadze, że funkcjonujące zakazy dowodowe pełnią funkcję ram dopuszczalnych ingerencji ustawodawcy, stanowiąc jednocześnie konsensus między obowiązkiem dążenia do prawdy materialnej a akceptowanymi i uznanymi za społecznie istotne dobrami<sup>7</sup>.

Rozszerzenia zakazów dowodowych dokonano nowelizacją z dnia 27 września 2013 roku<sup>8</sup>, wprowadzając art. 168a k.p.k. nakazujący wykluczenie z procesu dowodu uzyskanego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k. Okres obowiązywania przepisu nie był długi, gdyż już w ustawie z dnia 11 marca 2016 roku<sup>9</sup> zdecydowano o zmianie jego brzmienia, motywując się w uzasadnieniu projektu zbyt daleko idącym charakterem eliminacyjnym. Wprowadzono tym samym po raz kolejny nową instytucję — odmienną w tym sensie, że stanowi przeciwieństwo względem poprzednika, tworząc dopuszczalność dowodu uzyskanego *contra legem*. Ustawodawca jednocześnie zadecydował o kontynuacji rozwiązań poczynionych na gruncie nowelizacji wrześniowej, dezaktualizując rozumienie zasady dopuszczalności dowodu nielegalnego w nieograniczonym zakresie. Artykuł 168a k.p.k. w zredagowanym brzmieniu funkcjonuje w systemie prawa karnego procesowego już ponad pięć lat, lecz z uwagi na swoją problematyczną konstrukcję w formie zdania wielokrotnie złożonego w dalszym ciągu nie wykreowano w miarę jednolitego stanowiska w kwestii jego interpretacji.

<sup>6</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2012 roku, sygn. III KK 353/11.

<sup>7</sup> Ł. Cora, *Aksjologia procesowa a dopuszczalność dowodu z art. 168a k.p.k.*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 10, s. 121–132 i cytowana tam literatura.

<sup>8</sup> Ustawa z dnia 27 września 2013 roku o zmianie ustawy — Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1247).

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 11 marca 2016 roku o zmianie ustawy — Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 437 ze zm.).

## Zakaz dowodowy wprowadzony nowelą z 27 września 2013 roku

Dowody nielegalne rozumiane jako dowody pozyskane z naruszeniem innych przepisów niż zakazy dowodowe *sensu stricto* długo nie znalazły uregulowania *expressis verbis* na gruncie ustawy karnej procesowej, na skutek czego wykreowano wiele odmiennych poglądów co do ich statusu. Remedium upatrywano w nowelizacji wrześniowej z 2013 roku, która wprowadziła art. 168a k.p.k. statuujący zasadę niedopuszczalności dowodu nielegalnego. Wspomniana ustawa była zapowiedzią nie tylko nowej instytucji, lecz także od lat planowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego przekształcenia inkwizycyjnego modelu postępowania karnego ku jego kontradyktoryjności. Z tego też względu ustawodawca zdecydował o ustanowieniu przepisu, który stanowiłby „wentyl bezpieczeństwa” w zakresie poszerzonego wprowadzenia do procesu dowodów prywatnych<sup>10</sup>. W uzasadnieniu wskazywano również, że powodem pojawienia się nowego zakazu dowodowego była potrzeba zapewnienia ochrony uczestnikom postępowania i innym osobom przed bezprawnymi działaniami osób usiłujących zgromadzić dowody na własne potrzeby lub na zlecenie innych podmiotów<sup>11</sup>. Taka konstrukcja niewątpliwie służyła jako narzędzie eliminacji skutków ubocznych aktywizacji stron<sup>12</sup>.

Zgodnie z przepisem „niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego”. Podnoszono, że jego wprowadzenie nie powoduje, iż podlegają dezaktualizacji istniejące już zakazy wykorzystania określonych dowodów, a przepis art. 168a k.p.k. stanowi *lex generalis* w stosunku do innych podstaw eliminacji<sup>13</sup>. Taka konstrukcja zakładała etap wstępnego badania dopuszczalności dowodu, w następstwie czego nie było konieczności weryfikacji, czy istnieje bezpośredni zakaz jego przeprowadzenia. Za konieczny element uznania dowodu za niedopuszczalny uznano uzyskanie go do celów postępowania karnego, a ponadto za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k. Jako cel w literaturze wskazywano świadome działanie, a więc z zamiarem bezpośrednim wprowadzenia i wykorzystania dowodu w procesie karnym<sup>14</sup>. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że nie możliwość wykorzystania dowodu wyłączało

<sup>10</sup> M. Kurowski, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2016*, red. D. Świecki, Warszawa 2016, s. 164.

<sup>11</sup> Uzasadnienie projektu ustawy — Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw z dnia 27 września 2013 roku, druk sejmowy nr 870, s. 9.

<sup>12</sup> W. Jasiński, *Nielegalnie uzyskane dowody w procesie karnym. W poszukiwaniu optymalnego rozwiązania*, Warszawa 2019, s. 164.

<sup>13</sup> T. Razowski, *Materiałne i procesowe problemy interpretacji art. 168a k.p.k.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, nr 2, s. 148–150.

<sup>14</sup> A. Lach, *Dopuszczalność dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa w postępowaniu karnym*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 10, s. 44.

uzyskanie go w sposób sprzeczny z prawem, lecz na cele inne niż proces karny, gdyż tylko taki podlegał dyskwalifikacji. Z tego samego względu nie było podstaw do eliminacji dowodu tylko na tej podstawie, że został uzyskany za pomocą deliktu administracyjnego, przekroczenia służbowego czy wykroczenia<sup>15</sup>, chyba że jednocześnie czyn ten znajdował odzwierciedlenie w ustawie karnej.

Ustawodawca, wprowadzając tak zredagowany przepis, objął nim bardzo szeroki krąg podmiotów. Jako materiał procesowy nie mógł służyć dowód uzyskany w przywołanych warunkach, w którego posiadanie weszły zarówno osoby instytucjonalne, przede wszystkim organy procesowe, jak i osoby spoza tego grona, włącznie z nieuczestniczącymi w postępowaniu.

### **Zasada dopuszczalności dowodu nielegalnego wprowadzona nowelą z 11 marca 2016 roku**

Okres obowiązywania art. 168a k.p.k. tworzącego zakaz przeprowadzania i wykorzystania dowodu uzyskanego w sposób nielegalny przy naruszeniu innych przepisów niż bezpośredni zakaz dowodowy zakończył się wraz z marcową ustawą nowelizującą z 2016 roku. Ku zaskoczeniu wszystkich zmiany, które weszły w życie 15 kwietnia, jak pierwotnie zakładano, nie wyeliminowały z systemu prawa karnego procesowego wspomnianego przepisu. Projekt ustawy nowelizującej, który wpłynął 27 stycznia 2016 roku do Sejmu, nie przewidywał bowiem utrzymania w mocy art. 168a k.p.k., lecz jego całkowite uchylenie. W uzasadnieniu wskazywano, że „zbędna jest regulacja art. 168a k.p.k., gdyż przepis ten wprowadza bardzo szeroki zakres zakazu dowodowego, niezależnie od okoliczności jego uzyskania”<sup>16</sup>. Ponadto w ocenie projektodawcy, aby uznać dowód za nielegalny, nie wystarczy spojrzeć na niego jedynie przez pryzmat prawnoprocesowy czy prawnomaterialny, lecz konieczne jest uwzględnienie wszelkich okoliczności towarzyszących pozyskaniu wskazanego dowodu bez względu na to, czy znajdował się w posiadaniu uczestnika postępowania, czy został pozyskany poprzez działania osoby w nim nieuczestniczącej. Potrzeby uchylenia wspomnianego przepisu upatrywano również w istniejących zakazach, które uznano za wystarczające, a ich rozszerzenie powodowałoby rezultat niezamierzony przez ustawodawcę<sup>17</sup>. Poprzez zmiany redakcyjne zdecydowano się na wprowadzenie nowej instytucji w brzmieniu:

<sup>15</sup> D. Szumiło-Kulczycka, [w:] K. Dudka, H. Paluszkiwicz, D. Szumiło-Kulczycka, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz orzeczniczy*, Warszawa 2015, s. 239.

<sup>16</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2017, s. 13.

<sup>17</sup> R. Kmiecik, *Kontrowersyjne unormowania w znawelizowanym kodeksie postępowania karnego*, „Państwo i Prawo” 2015, nr 1–2, s. 17.

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.

### 1. Dowód uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania

Przemodelowanie art. 168a k.p.k. wprowadziło regułę dowodową zakładającą, że wadliwość dowodu z tego tylko względu, iż został pozyskany z naruszeniem przepisów postępowania, nie może być wyłączną podstawą uznania go za niedopuszczalny<sup>18</sup>. Ustawodawca w tej kwestii nie odsyła jednak do konkretnego przepisu jak w przypadku czynu zabronionego. W związku z tym rodzi się pytanie, czy rozumieć przez to przepisy wyłącznie kodeksu postępowania karnego, czy też każde regulujące warunki uzyskania i przeprowadzenia dowodu.

Z pewnością należy zwrócić uwagę, że art. 168a k.p.k. odnosi się do przepisów regulujących czynności procesowe, a co za tym nie będzie mieć zastosowania do czynności operacyjno-rozpoznawczych przeprowadzanych na podstawie często komentowanego art. 19a ustawy o Policji<sup>19</sup>. To, że zabrakło konkretnego wskazania, może przyczynić się do stwierdzenia, iż ustawodawca dopuszcza naruszenie wszelkich przepisów procesowych. W doktrynie można się również spotkać z wnioskiem, że wprowadzenie art. 168a k.p.k. spowoduje zatarcie się granic między czynnościami procesowymi i nieprocesowymi, przyzwalając na włączenie do procesu wszystkiego, co zostało wytworzone, uzyskane i poczynione poza nim, powołując się na przykład uzyskania dowodu podczas przeszukania dokonanego w ramach czynności sprawdzających<sup>20</sup>.

Stanowisko to nie spotkało się z akceptacją, gdyż uznano, że jest to zbyt daleko idący wniosek, a dowód uzyskany w ramach wspomnianych czynności dopuszczalny był także przed wprowadzeniem omawianego przepisu, co stanowiło przykład doktryny na tak zwany owoc zatrutego drzewa<sup>21</sup>.

Do uznania dowodu za „legalny” konieczne jest wskazanie, że nie każde naruszenie przepisów postępowania będzie nadawało mu taki przymiot. Ustawodawca, wprowadzając ową regulację, nie zdecydował się bowiem na jednoczesne uchylenie pozostałych zakazów dowodowych, podtrzymując ich bezwzględny prymat i wyznaczając standardy, których złamanie naraziłoby na uznanie całego postępowania za nierzetelne nie tylko w świetle orzecznictwa krajowego, ale też Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w związku z naruszeniem art. 3

<sup>18</sup> W. Jasiński, *op. cit.*, s. 419.

<sup>19</sup> S. Brzozowski, *Dopuszczalność dowodu w kontekście art. 168a k.p.k.*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 10, s. 55.

<sup>20</sup> D. Gruszecka, *W kwestii interpretacji znowelizowanego przepisu art. 168a k.p.k.*, „Palestra” 2017, nr 1–2, s. 64.

<sup>21</sup> S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2016, s. 55 i 375.

konwencji. Zważając na to, dowód uzyskany na podstawie art. 168a k.p.k. będzie dopuszczalny o tyle, o ile nie narusza innych zakazów dowodowych określonych w kodeksie postępowania karnego. Ponadto w literaturze można spotkać się ze stanowiskiem, zgodnie z którym przepis ten otwiera pierwszą fazę oceny legalności, czego następstwem jest sprawdzenie, czy nie istnieje bezpośredni zakaz dowodowy wprost zabraniający jego wykorzystania, który będzie stanowić inną podstawę niż jedynie naruszenie przepisów postępowania<sup>22</sup>.

## 2. Dowód uzyskany za pomocą czynu zabronionego

Zmiany legislacyjne umożliwiły nie tylko wprowadzenie do procesu dowodu uzyskanego z naruszeniem procedury ich uzyskania, ale też takiego, który znalazł się w posiadaniu w wyniku czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k.<sup>23</sup> W literaturze przedmiotu badacze zgodnie powołują się na art. 115 § 1 k.k. definiujący czyn zabroniony jako zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej.

Zabieg, jaki zastosował ustawodawca, odsyłając do przepisów materialnych, pozwala na wyprowadzenie wniosku, że jego zamiarem jest ukazanie, iż do spełnienia warunku z art. 168a k.p.k. wystarczające jest wyczerpanie zachowaniem sprawcy ustawowych znamion czynu zabronionego bez względu na winę czy społeczną szkodliwość czynu<sup>24</sup>. Takie rozwiązanie pozwala na znacznie szybsze wprowadzenie do procesu uzyskanego w ten sposób dowodu, zapobiegając jednocześnie przewlekłości z uwagi na brak konieczności wcześniejszego przeprowadzenia postępowania w celu stwierdzenia zaistnienia przestępstwa. Mając na względzie bezpośrednie odesłanie do kodeksu karnego, prawodawca niewątpliwie przesądził o nielegalnym bycie dowodów, mającym źródło na gruncie innego aktu prawnego. Należy uznać, że wykładnia literalna nie pozwala rozciągnąć tego przepisu także na czyny zabronione określone w kodeksie karnym skarbowym czy też delikt cywilny, dyscyplinarny bądź wykroczenie<sup>25</sup>.

W dorobku doktryny pojawiają się różne stanowiska w tej kwestii, z jednej strony dezaprobuujące zastosowanie wykładni rozszerzającej z uwagi na jej niekorzystność dla podejrzanego, z drugiej jednak wskazujące na niekonsekwencję

<sup>22</sup> M. Kurowski, [w:] *Kodeks postępowania karnego*, red. D. Świecki, t. 1, Warszawa 2018, LEX/el., komentarz do art. 168(a).

<sup>23</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku — Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553).

<sup>24</sup> P. Gensikowski, [w:] *Kodeks postępowania karnego*, red. D. Drajewicz, t. 1, Warszawa 2020, komentarz do art. 168a k.p.k. Tak też D. Gruszecka, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2016, s. 343.

<sup>25</sup> A. Lach, *op. cit.*, s. 39–53; odmiennie M. Kurowski, [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, Warszawa 2020, LEX/el.; autor wskazuje, że ustalenie, że dowód został pozyskany w inny sposób niż w drodze czynu zabronionego na gruncie k.k., nie stanowi wystarczającej przesłanki do wyeliminowania go z procesu karnego, podobnie jak stwierdzenie, że pochodzi on z przestępstwa lub wykroczenia skarbowego.

ustawodawcy i podkreślające, że skoro dopuszczalny jest dowód uzyskany za pomocą czynu stanowiącego przestępstwo, to tym bardziej taka możliwość powinna istnieć w razie uzyskania dowodu w wyniku wykroczenia<sup>26</sup>. Z tą ostatnią trudno się zgodzić, gdyż jak już wspomniano, ustawodawca, wprowadzając warunek legalności, nie wymaga stwierdzenia zaistnienia przestępstwa. Należy zauważyć niewskazanie na część kodeksu, której naruszenie nie będzie skutkowało dyskwalifikacją dowodu, zatem może to być każdy czyn stypizowany w części szczególnej kodeksu karnego lub innej ustawie karnej, a także uzupełniony o znamiona części ogólnej w formie stadialnej lub zjawiskowej oraz umyślność lub nieumyślność<sup>27</sup>.

### 3. Dowód uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych

W wyniku zmian legislacyjnych art. 168a k.p.k. nie tylko uległ całkowitej transformacji, ale został istotnie wzbogacony o zdanie podrzędne w brzmieniu: „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”.

W doktrynie zasadniczo nie pojawiają się rozbieżne stanowiska co do tego, kogo należy zakwalifikować jako funkcjonariusza publicznego. Zasadne jest odwołanie się do definicji legalnej z art. 115 § 13 k.k., wprowadzającej szeroki katalog podmiotów, wśród których znajdują się zarówno organy procesowe, jak i osoby pozostające poza tym kręgiem. Artykuł 168a k.p.k. nie stanowi przy tym, o jakim „typie” funkcjonariusza publicznego mowa, co skłania do uznania, że warunek w nim określony zostanie spełniony niezależnie od tego, czy dowód uzyska organ postępowania przygotowawczego. Kwestią, zdaje się, najważniejszą jest, aby podmiot ten wszedł w jego posiadanie w związku z pełnieniem swoich funkcji.

O ile można uznać za zasadne uzależnienie niedopuszczalności dowodu od konieczności uzyskania go w związku z pełnieniem funkcji, o tyle wątpliwość pojawia się w samym sensie wskazania jako kręgu podmiotów funkcjonariuszy publicznych. Jak podnosi Wojciech Jasiński<sup>28</sup>, sensowne byłoby ukształtowanie odrębnych wymogów w stosunku do organów postępowania karnego oraz innych osób będących albo nie uczestnikami procesu, jednak samo zróżnicowanie podmiotów na funkcjonariuszy publicznych i innych w kontekście pozyskiwania dowodów nie ma podstaw. Autor wskazuje ponadto jako przykład strażników leśnych, których zadaniem jest między innymi gromadzenie materiału dowodowego

<sup>26</sup> A. Pawlak, K. Firaza, *Polska koncepcja „owoców zatrutego drzewa”. Artykuł 168a k.p.k. w kontekście doktryny amerykańskiej*, [w:] Verba volant, scripta manent. *Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, Warszawa 2017, s. 927.

<sup>27</sup> Z. Kwiatkowski, *Kilka uwag na tle art. 168a projektu zmian kodeksu postępowania karnego*, [w:] *Kontradycyjność w polskim procesie karnym*, red. P. Wiliński, Warszawa 2013, s. 204.

<sup>28</sup> W. Jasiński, *op. cit.*, s. 522.

na poczet procesu karnego, którzy jednak nie mają przymiotu funkcjonariusza publicznego, a co za tym idzie nie ma do nich zastosowania reguła niedopuszczalności dowodu.

W literaturze dostrzegalne są też stanowiska przemawiające za literalną wykładnią przepisu, która zakłada dyskwalifikację każdego dowodu uzyskanego choćby przez osobę trzecią, jeżeli istnieje jakikolwiek stosunek zależności między jego uzyskaniem a pełnieniem obowiązków służbowych przez funkcjonariusza publicznego<sup>29</sup>. Brakuje jednak oparcia tego stanowiska na konkretnych przykładach, które mogłyby zobrazować sytuację wykluczenia dowodu. Należy zatem zadać sobie pytanie, czy taka interpretacja art. 168a k.p.k. nie doprowadzi do całkowitego wyeliminowania dowodów prywatnych z postępowania karnego. Przykładowo jeżeli przyjąć, że funkcjonariusz publiczny (policja, prokurator) w ramach obowiązków służbowych uzyska dowód od osoby prywatnej, która weszła w jego posiadanie z naruszeniem przepisów (*sensu largo*), to reguła zakazująca uznanie dowodu za niedopuszczalny byłaby pozbawiona większego znaczenia. Taką osobą może być bez wątpienia strona postępowania, a dowody gromadzone przez nią muszą w jakikolwiek sposób przejść przez „ręce” organów postępowania, aby stać się podstawą faktyczną rozstrzygnięcia.

### Eliminacja dowodów na podstawie art. 168a k.p.k.

Największe wątpliwości w doktrynie po wprowadzeniu art. 168a k.p.k. w obowiązującym brzmieniu zdaje się jednak budzić jego zdanie podrzędne rozpoczynające się od spójnika „chyba że”. Błędne jest natomiast zastępowanie go sformułowaniem „z wyjątkiem”, którego w żadnym wypadku za synonim uznać nie można. Ustawodawca nie bez powodu umieścił przed słowem „chyba że” przecinek, gdyż tak umiejscowiony spójnik wprowadza zdanie podrzędne, a nie wyraża warunek, żeby nie nastąpiło to, o czym mowa w zdaniu nadrzędnym<sup>30</sup>. W ten sposób sprawuje on funkcję wprowadzającą zakaz dowodowy w stosunku do zdania nadrzędnego, który aktualizuje się w przypadku spełnienia określonych w nim przesłanek.

W związku z pierwszą częścią przepisu wysuwa się wniosek, że art. 168a k.p.k. wyprowadza generalną zasadę dopuszczalności dowodu nielegalnego z wykluczeniem dowodów:

1. uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych;
2. uzyskanych za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k., w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych.

<sup>29</sup> M. Kurowski, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz...*, s. 164.

<sup>30</sup> <https://sjp.pwn.pl/slowniki/chyba.html> (dostęp: 1.03.2022).

Z uwagi na to, że w zdaniu nadrzędnym mamy do czynienia z alternatywą łączną, dyskwalifikacja dowodu jako nielegalnego nastąpi, zarówno gdy zostanie spełniona jedna przesłanka, jak i obie jednocześnie.

Ponadto należy zastanowić się, czy w omawianym przypadku mamy do czynienia ze zdaniem podrzędnie złożonym (okolicznikowym), czy może z dwoma zdaniami podrzędnymi, z którego drugie sugerowałby eliminację z procesu także dowodów uzyskanych przez osoby nieinstytucjonalne. W takim przypadku za nielegalne należałoby uznać dowody:

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 obowiązków służbowych;

3. uzyskane zarówno z naruszeniem przepisów postępowania, jak i za pomocą czynu zabronionego w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych;

4. uzyskane za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k., w wyniku zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności<sup>31</sup>.

Wątpliwości prawników budzi również swoboda organów procesowych w kwestii przyznania dowodom przymiotu niedopuszczalnych w sytuacji zrealizowania się warunków ze zdań podrzędnych. Jeżeli wziąć pod lupę przepis przez pryzmat wykładni literalnej, należałoby stwierdzić, że ustawodawca w pierwszej jego części wskazuje, że „dowodu nie można uznać za niedopuszczalny”, a następnie wymienia okoliczności jego uzyskania. W kolejnym etapie należy wrócić do funkcji opisanego już spójnika komunikującego i uznać, że jeżeli spełnią się przesłanki z wprowadzonych przez niego zdań podrzędnych, to nie nastąpi to, o czym mowa w zdaniu nadrzędnym. Na końcowym etapie, po spełnieniu warunków niedopuszczalności dowodu, zdanie nadrzędne powinno przybrać formę negacji „dowodu (nie) nie można uznać za niedopuszczalny”, z czego wynika, że organ postępowania karnego nie jest zobowiązany do wydania negatywnej decyzji w tym przedmiocie<sup>32</sup>.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny swojego rodzaju zakaz dowodowy aktualizować się będzie, w przypadku gdy oprócz naruszenia przepisów postępowania bądź uzyskania dowodu za pomocą czynu zabronionego równocześnie pojawiać się będą innego rodzaju naruszenia przemawiające za jego niedopuszczalnością. Za takim rozumieniem przystaje W. Jasiński, który na pierwszy plan wysuwa słowo „wyłącznie”. Autor zwraca uwagę, że naruszenie przepisów postępowania

<sup>31</sup> Tak też D. Gruszecka, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz...*, s. 342–343; J. Skorupka, *Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym*, [w:] *Verba volant, scripta manent...*, s. 362.

<sup>32</sup> Podobnie Ł. Cora, *op. cit.*, s. 121–132. Autor przystaje przy tak zwanej klauzuli pozytywnej, wprowadzającej rozumowanie *a contrario*.

należy łączyć z innymi racjami wywodzącymi się z ochrony konstytucyjnej czy też konwencyjnymi prawami jednostki. W przypadku więc gdy organ procesowy będzie w stanie podać inną podstawę wyłączenia, zasada wyrażona w art. 168a k.p.k. nie znajdzie zastosowania<sup>33</sup>. W literaturze wskazuje się również, że szerszy zakres zakazu z art. 168a k.p.k. mógłby prowadzić do wniosków interpretacyjnych sprzecznych z konstytucyjnymi i konwencyjnymi gwarancjami rzetelnego procesu, gdyż legalizuje on nielegalne działania organów państwa<sup>34</sup>.

Bardzo zbliżoną teorię na temat „wyłączności” uchybień stawia Konrad Lipiński, wprowadzając tak zwaną klauzulę uadekwatniającą, zgodnie z którą środek dowodowy może w dalszym ciągu zostać uznany za niedopuszczalny zarówno ze względu na popełnienie czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k., jak i w wyniku naruszenia przepisów postępowania, jednak te uchybienia nie mogą być jedyne. Autor podnosi, że dodatkowym powodem, który decydowałby o nielegalnym bycie dowodu, powinny być wartości o charakterze konstytucyjnym, konwencyjnym, jak również standard rzetelnego procesu karnego<sup>35</sup>.

Stanowiska wspomnianych autorów znajdują oparcie w wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu<sup>36</sup> w sprawie kontroli operacyjnej zorganizowanej na gruncie ustawy o CBA. Sąd stanął wówczas na stanowisku uznania dowodu za nielegalny, jeżeli został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego przy jednoczesnym naruszeniu na przykład przepisów art. 30, 47 czy 51 Konstytucji RP. Zważając na to, jako zasadne należy przyjąć stwierdzenie, że zasada dopuszczalności doznaje ograniczeń, a art. 168a k.p.k. nie wyklucza swobody decyzyjnej organów procesowych w kwestii uznania dowodu za niedopuszczalny.

## Podsumowanie

Ustawodawca nowelizacją art. 168a k.p.k. wprowadził nową, nieznaną dotąd instytucję zezwalającą na czynienie ustaleń faktycznych na podstawie dowodów uzyskanych *contra legem*. Prawodawca zadecydował, iż przepis ten utrzyma jednocześnie w mocy swój eliminacyjny charakter nadany w jego pierwotnym brzmieniu. W związku z tym słuszne jest twierdzenie, że głównym motywem nie był zamiar całkowitego odstąpienia od art. 168a k.p.k. w wersji nadanej nowelizacją wrześniową z 2013 roku, a jedynie zawężenie tworzonego przez nie-

<sup>33</sup> W. Jasiński, [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, t. 7, cz. 2, red. J. Skorupka, Warszawa 2019, s. 2559. Tak też M. Kurowski, [w:] *Kodeks postępowania...*, Warszawa 2020, LEX/el.

<sup>34</sup> D. Gruszecka, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2018, s. 340–341.

<sup>35</sup> K. Lipiński, *Klauzula uadekwatniająca przesłanki niedopuszczalności dowodu w postępowaniu karnym (art. 168a k.p.k.)*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 11, s. 44–59.

<sup>36</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2017 roku, sygn. II AKa 213/16.

go zakazu dowodowego, który nakazywał eliminację z materiału procesowego wszelkich dowodów uzyskanych z naruszeniem kodeksów karnych, bez względu na towarzyszące temu okoliczności.

Analiza zmian kodyfikacyjnych pozwala na wysnucie wniosku, że celem nowelizacji z dnia 11 marca 2016 roku jest przede wszystkim ułatwienie dotarcia do prawdy materialnej, rozumianej jako rzeczywiste ustalenia faktyczne, nieskrępowane przepisami postępowania karnego, które częstokroć są przyczyną tworzenia sztucznej rzeczywistości na poczet rozstrzygnięcia. Ustawodawca nie czyni jednocześnie tej zasady priorytetową, będącą w sprzeczności z wartościami całego systemu prawa karnego procesowego. Aby dotrzeć do tak rozumianej prawdy, zdecydowano się na wprowadzenie dopuszczalności dowodu uzyskanego z naruszeniem przepisów postępowania bądź w wyniku czynu zabronionego, pozostawiając „wentyl bezpieczeństwa” w postaci swobody decyzyjnej organów postępowania co do procesowego wykorzystania takich dowodów w przypadku zrealizowania się warunków ze zdań podrzędnych analizowanego przepisu.

W mojej ocenie nowelizacja marcowa wprowadziła znacznie korzystniejsze rozwiązanie względem swojego poprzednika odwołującego się do czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k. Aktualne brzmienie przepisu i jego wykładnia literalna nie nakazują uznania za dopuszczalny dowodu uzyskanego w wyniku naruszenia innych przepisów niż te, do których dokonano odesłania, a ponadto decyzja w przedmiocie jego dyskwalifikacji nie jest determinowana stwierdzeniem, iż został on uzyskany do celów postępowania karnego. Przedstawiciele doktryny w kwestii eliminacji powołują się również na tak zwaną klauzulę uadekwatniającą czy też bliską jej teorię „wyłącznieści”, zgodnie z którą w dalszym ciągu możliwe jest niedopuszczenie dowodu, jeżeli tylko za jego niedopuszczalnością przemawiać będą inne naruszenia bądź racje o randze konstytucyjnej czy konwencyjnej.

Sformułowanie propozycji utrzymania w mocy przepisu, który przyzwala na wprowadzenie do procesu dowodów uzyskanych *contra legem*, nie jest zadaniem prostym. W celu zapewnienia jego funkcjonalności w systemie konieczne jest wykreowanie jednolitego stanowiska co do statusu zakazu dowodowego ze zdania podrzędnego, opartego na jak najbardziej zbliżonych podstawach prawnych.

Przyjęta przeze mnie interpretacja z pewnością mogłaby zapobiec ostatniej skardze do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka<sup>37</sup>, której przedmiotem było uznanie za podstawę orzeczenia dowodu rzeczowego w postaci nagrania, na którym zostały utrwalone wyjaśnienia wymuszone torturami ze strony współsprawców. Mimo że obrońca podkreślał naruszenie zakazem z art. 171 § 5 k.p.k., Sąd Apelacyjny stwierdził, że przepis ma zastosowanie wyłącznie do funkcjonariuszy publicznych. Zgodnie z poczynionymi w niniejszej pracy ustaleniami wniosek

<sup>37</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 5 listopada 2020 roku, sygn. 31252/10, *Ćwik vs. Polska*.

dowodowy w przywołanej sprawie, z uwagi na negatywny wynik tak zwanej pierwszej fazy legalności, powinien zostać oddalony na podstawie art. 170 § 1 pkt 1 w zw. z art. 168a k.p.k.

## Bibliografia

- Brzozowski S., *Dopuszczalność dowodu w kontekście art. 168a k.p.k.*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 10.
- Cieślak M., *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, t. 1, Warszawa 1955.
- Cora Ł., *Aksjologia procesowa a dopuszczalność dowodu z art. 168a k.p.k.*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 10.
- Dudka K., Paluszkiwicz H., Szumiło-Kulczycka D., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz orzeczniczy*, Warszawa 2015.
- Gaberele A., *Dowody w sądowym procesie karnym*, Warszawa 2010.
- Gensikowski P., [w:] *Kodeks postępowania karnego*, red. D. Drajewicz, t. 1, Warszawa 2020.
- Gruszecka D., [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2016, 2018.
- Gruszecka D., [w:] *Proces karny*, red. J. Skorupka, Warszawa 2018.
- Gruszecka D., *W kwestii interpretacji znowelizowanego przepisu art. 168a k.p.k.*, „Palestra” 2017, nr 1–2.
- Jasiński W., [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, t. 7, cz. 2, red. J. Skorupka, Warszawa 2019.
- Jasiński W., *Nielegalnie uzyskane dowody w procesie karnym. W poszukiwaniu optymalnego rozwiązania*, Warszawa 2019.
- Kmiecik R., *Kontrowersyjne unormowania w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego*, „Państwo i Prawo” 2015, nr 1–2.
- Kurowski M., [w:] *Kodeks postępowania karnego*, red. D. Świecki, t. 1, Warszawa 2018, 2020, LEX/el.
- Kurowski M., [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2016*, red. D. Świecki, Warszawa 2016.
- Kwiatkowski Z., *Kilka uwag na tle art. 168a projektu zmian kodeksu postępowania karnego*, [w:] *Kontradiktoryjność 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.
- Lipiński K., *Klauzula uadekwatniająca przesłanki niedopuszczalności dowodu w postępowaniu karnym (art. 168a k.p.k.)*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 11.
- Pawlak A., Firaza A., *Polska koncepcja „owoców zatrutego drzewa”. Artykuł 168a k.p.k. w kontekście doktryny amerykańskiej*, [w:] *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, Warszawa 2017.
- Razowski T., *Materiałne i procesowe problemy interpretacji art. 168a k.p.k.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, nr 2.
- Skorupka J., *Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym* [w:] *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, Warszawa 2017.
- Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2016.
- Woźniewski K., [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, t. 8, cz. 3, red. J. Skorupka, Warszawa 2019.

## Akty prawne

Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 roku — Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 13, poz. 96 ze zm.).

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku — Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553).

Ustawa z dnia 27 września 2013 roku o zmianie ustawy — Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1247).

Ustawa z dnia 11 marca 2016 roku o zmianie ustawy — Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 437 ze zm.).

## Orzecznictwo

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 5 listopada 2020 roku, sygn. 31252/10, *Ćwik vs. Polska*.

Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2017 roku, sygn. II AKa 213/16.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2012 roku, sygn. III KK 353/11.

## Inne

Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2017.

Uzasadnienie projektu ustawy — Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 27 września 2013 roku, druk sejmowy nr 870.