

Podstęp użyty wobec oskarżonego jako dowód prywatny – uwagi *de lege ferenda* w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego



Michał Toruński

Doktorant w Katedrze Postępowania Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Przygotowuje rozprawę na temat praw oskarżonego w prawie Unii Europejskiej w kontekście Konwencji praw człowieka i podstawowych wolności. Jego zainteresowania naukowe koncentrują się w obszarze międzynarodowego procesu karnego – z naciskiem na ochronę praw podejrzanego i pokrzywdzonego – w obszarze zagadnień ustrojowych procesu karnego, a także zagadnień naczelnych zasad procesowych.

Deceit in the Context of Private Evidence – de lege ferenda Remarks on an Amendment to the Code of Criminal Procedure

In this paper presented is the question of deceit in the context of private evidence in the light of an amendment to the Code of Criminal Procedure. Firstly, the essence of the term 'deceit', focusing on its lexical meaning, is discussed, as well as its existence in other areas of law, including civil and criminal law or previous Codes of Criminal Procedure. An attempt to propose an authorial definition of the term is also made. Furthermore, the author considers the motives for introducing the said amendment to the Code, with the deliberations centered around article 393 par. 3 of the Code, which – *de lege ferenda* – would enable the parties to make use of their private evidence in the course of procedure. The article discusses that change proposed, which permits the counsel for the defendant to employ private evidence may potentially cause difficulties in the interpretation of the Act as a whole, something which was not foreseen by the legislator. One of such difficulties is the problem of deceitful obtainment of private evidence. Furthermore, it is not yet known how the gathering of the private evidence will look like. Potentially, there is a sizable number of persons who may avail of deceit with a view to obtaining evidence, as well as persons against whom deceit may be employed. Having this in mind, the author tries to delineate the general rules pertaining to the use of deceit when obtaining the private evidence. He points out that the rule „*nemo se ipsum accusare tenetur*” could be easily broken and also juxtaposes the deceit with the „fair trial rule”. The discussion contained herein also touches upon the proposed addition of article 168a to the Code. It is the author's conclusion that the fact that the burden of proof is placed on the parties may threaten the trial's comprehensiveness. The problem of deceit, despite the demands voiced by the doctrine, has not been settled hitherto, and it remains unresolved even under the new amendment.

1. Rozważania na temat podstępu

Podstęp jest typem zachowania, które bez wątpienia towarzyszyło człowiekowi od zarania dziejów. W celu zwiększenie szans przeżycia ludzie pierwotni podczas polowania stosowali wiele metod, takich choćby jak pułapki na zwierzę, o których dziś bez wątplenia można powiedzieć, iż u ich źródła tkwił podstęp – zamysł mający na celu sprytne oszukanie przeciwnika.

Powyższe wskazuje bezspornie, że ten typ zachowania ma w życiu codziennym charakter wysoce relewantny. Jednakże ani istotność tego fenomenu, ani powszechność jego występowania, nie zmieniają faktu, iż pojęcie podstępu jest trudne do uchwycenia, a próbując je zdefiniować, czy to w języku naturalnym, czy też prawniczym, natrafić można przynajmniej na dwa problemy.

Po pierwsze, zgodnie z semiotyką logiczną podstęp jest nazwą nieostrą, to znaczy, że jest nazwą, której brzeg jest niepusty. Zjawisko nieostrości¹ wiąże się z tym, iż niektóre nazwy nie mają wyraźnej treści, to znaczy nawet rodzimy użytkownik języka (tak zwany *native speaker*) nie byłby w stanie podać takiego zespołu cech, które pozwoliłyby w sposób jednoznaczny odróżnić desygnaty danej nazwy (w tym przypadku nazwy „podstęp”) od innego przedmiotu. Podnosi się, że przeszkodę nieostrości w prawie można, a nawet należy przezwyciężać poprzez projektowanie legalnych definicji pojęć, jednak w przypadku podstępu, jak zostanie wskazane poniżej, brak jest tego typu definicji.

Po drugie, właśnie brak wypowiedzi ustawodawcy w przedmiotowej kwestii czyni próby definiowania podstępu jeszcze trudniejsze. Należy bowiem stwierdzić, iż starając się dokonać choćby cząstkowego opracowania problemu podstępu w procedurze karnej, a szerzej w prawie karnym, nie sposób uciec od ocen etycznych i podłoża moralnego, w którym omawiane pojęcie jest silnie zakorzenione. Taki stan rzeczy powoduje, że i samo zjawisko ma charakter relatywny, a jego ocena często uzależniona jest od okoliczności, w których jest dokonywana. Taki sam typ podstępu w jednej sytuacji może być oceniany

jako chwalebny, innym zaś razem może narazić się na falę krytyki i potępienia.

Bez względu na wskazane trudności przedsięwzięta zostanie próba analizy przedmiotowego pojęcia, począwszy od jego warstwy semantycznej, a skończywszy na wykładni systemowej. Oznacza to, że podjęte będzie staranie uchwycenia funkcjonowania tego pojęcia w innych gałęziach obowiązującego prawa, w tym przede wszystkim w prawie cywilnym, karnym materialnym, jak i w samej procedurze karnej.

Analiza nazwy „podstęp” na płaszczyźnie semantycznej nie daje zadowalających rezultatów. Z jednej strony bowiem doszukać się można pozytywnych czy choćby obojętnych konotacji z nią związanych – tutaj wskazać należy choćby takie określenia jak „trick”, „chytry fortel” czy „sztuczka” – z drugiej zaś strony nie sposób uwolnić się od takich asocjacji jak „hanniebna machinacja” czy „podła intryga”². Zjawisko dwubiegunowości wynika niewątpliwie z zakorzenienia etycznego i relatywności pojęcia, o których była mowa powyżej.

Nie sposób również odnaleźć definicji podstępu na gruncie prawa cywilnego. Wypada zauważyć, że kodeks cywilny³ nie formułuje legalnej definicji tego pojęcia, ograniczając się jedynie do wskazania przesłanek jego występowania.

Nie ulega jednak wątpliwości, że w obrębie prawa cywilnego podstęp jako wada oświadczenia woli ma wydźwięk zdecydowanie pejoratywny. Wynika to przede wszystkim z faktu, że świadome wywoływanie błędu w celu z góry obranego kierunku działania stanowi niedopuszczalne wdarcie się w sferę osobowości i motywacji działań drugiego człowieka. Nie zmienia to jednak faktu, że rozważań natury cywilistycznej nie można bezrefleksyjnie przenosić na grunt procedury karnej, toteż sprostżenia takie mogą mieć charakter jedynie pomocniczy.

W prawie karnym materialnym podstęp funkcjonuje jako znamię opisujące kilkanaście przestępstw, które określić można zbiorczo jako przestępstwa kie-

1 M. Toruński (w): F. Gołba, P. Piękoś, P. Turkowski (red.), *Logika dla prawników*, Warszawa 2012, s. 26.

2 S. Skorupka (red.), *Słownik wyrazów bliskoznacznych*, Warszawa 1971, s. 146; tenże (red.), *Słownik frazeologiczny języka polskiego*, t. 1, Warszawa 1967, s. 705.

3 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 23).

runkowe, czyli przestępstwa, które popełnić można jedynie z zamiarem bezpośrednim – *cum dolo directo*⁴.

Z analizy wszystkich opisów czynów zabronionych płynnie konstatacja, że na gruncie prawa karnego materialnego przez podstęp rozumieć należy celowe wywołanie u pokrzywdzonego mylnego wyobrażenia o rzeczywistym stanie rzeczy lub też braku takiego wyobrażenia, a w konsekwencji do zachowania opisanego w dyspozycji jednego z opisów czynów zabronionych⁵.

Zważywszy na podniesione powyżej uwagi, wypada stwierdzić, iż prawo karne materialne dostarcza istotnych wskazówek w kontekście uchwycenia istoty pojęcia podstępu w obrębie procedury karnej, jakkolwiek nie dają one w pełni satysfakcjonującej odpowiedzi na pytanie, jak należy rozumieć przedmiotowe pojęcie na gruncie kodeksu postępowania karnego.

Paradoksalnie w żadnym z kodeksów postępowania karnego (dalej: k.p.k.), które obowiązywały w XX wieku, nie sposób odnaleźć określenia „podstęp”. Niemniej daje się zauważyć w nich tendencję do piętnowania tego zjawiska, które na gruncie wzmiankowanych ustaw postrzegane były jako zakaz dowodzenia pewnymi metodami. Nadużyciem byłoby jednak stwierdzenie, iż w kodeksie postępowania karnego z 1928 r.⁶ wykształcono w pełni ideę zakazów związanych z metodami pozyskiwania dowodów. Kodeks ten bowiem nie był nastawiony jeszcze na ochronę praw jednostki, toteż podstęp nie występował tam jako samoistny zakaz dowodzenia. W kodeksie postępowania karnego z 1969 r.⁷ również nie pada określenie „podstęp”, jednak widać, iż legislator za sprawą art. 157 tegoż kodeksu dostrzegł problem zakazów dowodzenia.

Obecnie obowiązujący kodeks⁸ z 1997 r. stanowi rozwinięcie rozwiązań swojego poprzednika z 1969 roku, zaś art. 171 k.p.k. przejawia niewątpliwie ten-

dencje postępowe, wszakże, co należy ocenić krytycznie, ustawodawca pozostawił problem stosowania podstępu otwarty. Nie zrealizowano bowiem zaleceń doktryny i orzecznictwa, które na gruncie przede wszystkim obowiązującego kodeksu postulowały przesądzenie przedmiotowej kwestii. Owe sugestie skanalizowane zostały w kilku projektach⁹ poprzedzających uchwalenie kodeksu z 1997 r., gdzie proponowano wprost, by zakazać stosowania podstępu, jednak z określonych względów regulacje takie w ostateczności nie zyskały miana prawa pozytywnego.

Zważywszy na podniesione powyżej uwagi, należy stwierdzić, że nie da się w świetle obowiązującego prawa wskazać jednej klarownej definicji pojęcia podstępu. W żadnym miejscu ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie jego legalnej definicji, wykładnia zaś językowa – odwołanie się do warstwy semantycznej pojęcia – nie daje jednoznacznych rezultatów. Niemniej regulacje prawa karnego materialnego, prawa cywilnego, jak też wykładnia historyczna poprzednio obowiązujących kodeksów postępowania karnego dają asumpt do zaproponowania własnej definicji przedmiotowego pojęcia na użytek niniejszej pracy.

Biorąc pod uwagę, że rozpatrywanym zagadnieniem w niniejszej pracy jest „podstęp” użyty w postaci dowodu prywatnego, przez pojęcie to rozumieć będą każde działanie lub zaniechanie przedsięwzięte przez podejrzanego/oskarżonego lub na jego rzecz, polegające na świadomym wprowadzaniu osoby trzeciej w błąd albo powodujące wyzyskiwanie takiego błędu, a mające na celu uzyskanie dowodu, w konsekwencji zaś poprawę sytuacji procesowej podejrzanego/oskarżonego. To stosunkowo szerokie ujęcie pozwoli w moim przekonaniu na wielopłaszczyznową i złożoną analizę przedmiotowej kwestii, obejmującą szerokie spectrum zachowań, którym można nadać miano zachowań podstępnych.

4 A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, Kraków 2006, s. 490.

5 B. Kurzępa, *Podstęp w toku czynności karnoprosesowych i operacyjnych*, Toruń 2003 r., s. 25.

6 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 33, poz. 313).

7 Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 13, poz. 96).

8 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 89, poz. 555).

9 W szczególności należy tu wskazać projekt z 1981 r. przygotowany przez Zespół Prawa Karnego Procesowego (działający w ramach Komisji do Spraw Reformy Prawa Karnego), w którym uznano za niedopuszczalne wpływanie na wypowiedzi przesłuchiwanego osó między innymi za pomocą podstępu oraz zadawania pytań wprowadzających w błąd osobę przesłuchiwaną lub sugerujących jej treść wypowiedzi.

2. Dowód prywatny – szansa czy zagrożenie?

Dość powszechnie podnosi się, że obecny model postępowania karnego jest niewydolny¹⁰, co powoduje, że postępowania ciągną się czasem kilka, a nawet kilkanaście lat. Główniej przyczyny tego stanu rzeczy upatruje się właśnie w modelu postępowania, który *de lege lata* tylko w teorii nazwać można



Dość powszechnie podnosi się, że obecny model postępowania karnego jest niewydolny.

kontradyktoryjnym, a w szczególności w obarczaniu sądu odpowiedzialnością za dotarcie do prawdy materialnej.

Nie ulega kwestii, że kontradyktoryjność polskiego systemu osłabiona jest w istotny sposób poprzez regulację art. 393 § 3 k.p.k., zgodnie z którym mogą być odczytane na rozprawie wszelkie dokumenty prywatne, powstałe poza postępowaniem karnym i nie dla jego celów, w szczególności oświadczenia, publikacje, listy oraz notatki. *A contrario* więc nie mogą być odczytane na rozprawie dokumenty prywatne, które powstały dla celów postępowania karnego. Wskazana regulacja zakazuje wykorzystywania tak zwanych dowodów prywatnych, zleconych poza procesem przez stronę. Toteż *de lege lata* prywatna opinia biegłego nie może zastąpić dowodu z opinii biegłego powołanego przez sąd, gdyż uchodzić by mogła za wydaną przez osobę stronniczą, skoro jej autor przeprowadził ekspertyzę na zlecenie strony¹¹. Opinia taka może dla organu procesowego stanowić w świetle obowiązującego prawa jedynie informację o celowości dopuszczenia przez organ dowodu z opinii biegłego na zasadzie art. 193 § 1 k.p.k.

10 D. Drajewicz, *Kontradyktoryjność procesu karnego w świetle projektowanych zmian kodyfikacyjnych*, prawo.uni.wroc.pl/pliki/12547/pobierz (dostęp 30 listopada 2013), s. 1.

11 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 10 listopada 2012 r., II AKa 107/2012, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2012, nr 12, poz. 50.

W założeniu planowana nowelizacja¹² zgłasza aspiracje, by wskazany problem rozwiązać. Rozważania na temat planowanych zmian w sposób istotny przekraczają ramy tego artykułu, dlatego też zasygnalizowany tutaj będzie jedynie ich zarys, a ciężar analizy położony zostanie na kwestie związane z tematem niniejszej pracy, to jest z problemem możliwości sięgania po dowód prywatny.

Projektowane zmiany mają na celu uelastyczenie postępowania oraz jego przemodelowanie w kierunku pełniejszej kontradyktoryjności¹³. Przede wszystkim zwrócić uwagę należy na nowy art. 167 k.p.k., aktywizujący strony procesowe przy jednoczesnym wzmocnieniu roli sądu jako arbitra toczącego sporu. Zakładana zmiana w sposób oczywisty pociąga za sobą obowiązek przemodelowania innych instytucji postępowania karnego, na czele z dyrektywą kształtowania przepisów postępowania karnego (projektowany art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k.) czy zasadą *in dubio pro reo* (nowy art. 5 § 2 k.p.k.). Pokłosiem zmniejszenia wymiaru ochrony oskarżonego jest również wprowadzenie szerszego prawa do obrony z urzędu (projektowany art. 80a k.p.k.) czy też rozbudowanie systemu pouczeń oskarżonego o przysługujących mu prawach i obowiązkach, jak również konsekwencjach jego działań.

Najistotniejszą zmianą z punktu widzenia przedmiotu tej pracy jest reforma art. 393 § 3 k.p.k., która stanowi naturalną konsekwencję przerzucenia cięż-

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

13 Uzasadnienie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego do projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustawy, http://www.prawo.ug.edu.pl/pdf/katedra11/UZASADNIENIE_PROJEKTU_KPK.pdf (dostęp 30 listopada 2013), s. 5.

ru procesu na strony postępowania. Należy zauważyć, że nowelizując wskazany przepis, zrezygnowano ze zwrotu „i nie dla jego celów”, co w sposób istotny wzmocni pozycję oskarżonego, rozszerzając możliwość skorzystania przez niego z dowodu prywatnego. Oskarżony będzie mógł nie tylko przedłożyć prywatną opinię biegłego, czyli opinię sporządzoną na swoje zlecenie, ale także będzie uprawniony do poszukiwania dowodów „na własną rękę” oraz wykorzystania ich podczas procesu.

Z jednej strony nie sposób odmówić proponowanemu rozwiązaniu konsekwencji i ocenić wypadu je pozytywnie. Koncepcja proponowana przez ustawodawcę ma w założeniu powodować wyrównanie szans przeciwników procesowych. Nie ulega przecież wątpliwości, że oskarżony wyposażony jest w wiele przywilejów, które stawiają go w pozycji dogodniejszej w sporze z oskarżycielem publicznym (*favor defensionis*), godzi się też mieć na uwadze, że oskarżony, w szczególności w fazie poprzedzającej wniesienie aktu oskarżenia, jest stroną słabszą, gdyż ma bez wątpienia mniejsze możliwości przygotowania się do sporu w fazie sądowej.

Jednakże z drugiej strony zgłaszać można pewne obawy co do kształtu proponowanych zmian.

Przemodelowanie systemu postępowania ciąga za sobą wiele kwestii pobocznych, które na pierwszy rzut oka wydawać się mogą niezauważalne. Skupienie się na głównych założeniach reformy powoduje, że umknąć mogą zagadnienia, o których nie wspomina się zbyt często, a które niosą ze sobą konkretne, często bardzo poważne problemy praktyczne. Z całą mocą należy podkreślić bowiem, że wyposażenie obrony w prawo wykorzystywania dowodu prywatnego stwarza potencjalnie wiele sytuacji, których ustawodawca wprost nie przewidział, a które bez wątpienia powodować będą doniosłe komplikacje interpretacyjne. Jednym z takich zagadnień jest kwestia wprowadzenia do procesu dowodu pozyskanego przez podmiot prywatny przy użyciu podstępu.

Zanim podjęta zostanie próba rozwiązania postawionego powyżej problemu, uczynić należy jedną uwagę metodologiczną. Odróżnić trzeba pojęcie prywatnego gromadzenia (pozyskiwania) dowodów od pojęcia późniejszego wprowadzenia tychże dowo-

dów do procesu¹⁴. Nowelizowany art. 393 § 3 k.p.k., o którym mowa powyżej, dotyczy kwestii wykorzystywania dowodów, problem zaś podstępu umiejscowić wypada w kręgu problematyki prywatnego gromadzenia dowodów.

Stojąc na stanowisku dopuszczającym co do zasady możliwość gromadzenia dowodów przez osoby prywatne¹⁵, mającym zarówno swoich zwolenników¹⁶, jak i przeciwników¹⁷, rozważyć należy kwestię gromadzenia dowodów prywatnych za pomocą podstępu, co stanowi zagadnienie wstępne do problematyki wprowadzenie tak uzyskanych dowodów do procesu.

Innymi słowy, jeżeli więc przesądzone zostanie, że podstęp stosowany podczas gromadzenia dowodów prywatnych jest zachowaniem, które należy dyskwalifikować w świetle obowiązującego prawa, to spowoduje to niemożność wykorzystania go na podstawie art. 393 § 3 k.p.k. w toku procesu. Odmienna konstatacja doprowadzi do wniosku, że dowód uzyskany za pomocą podstępu będzie mógł zostać wykorzystany procesowo na podstawie wskazanego powyżej przepisu.

3. Uwagi *de lege ferenda* w kontekście podstępnych zabiegów

Na wstępie niniejszego rozdziału przywołać można jedną z policyjnych historii, które wydarzyły się w Stanach Zjednoczonych Ameryki.

„Ciało 13-letniej Kristen zostało znalezione w pudle po telewizorze na tyłach sklepu RTV, w Magnolii w stanie Waszyngton, 12 listopada 1982 r. Dziewczynka została zgwałcona i uduszona paskiem od szlafroka. Na zwłokach ujawniono ślady nasienia. Ponad 20 lat później 37-letni przedsiębiorca z New Jersey, John Athan, otrzymał od kancelarii prawniczej listowne zaproszenie do wzięcia udziału w obywatel-

14 K. Miszogrąj, *Problematyka prywatnego gromadzenia dowodów w kontekście prawa do obrony* (w:) A. Świątłowski, *Prawo do obrony – teoria a rzeczywistość*, Kraków 2012, s. 241–254.

15 Zob. wyrok SN z dnia 10 maja 2002 r., WA 22/02, OSNKW 9–10/2002, a także K. Miszogrąj, *Problematyka...*, dz. cyt.

16 A. Bojańczyk, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 10 maja 2002 r.*, „Palestra” 2003, nr 7–8, s. 245.

17 R. Kmieciak, *Dokumenty prywatne i ich „prywatne gromadzenie” w sprawach karnych*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 5, s. 3.

skiej akcji przeciwko opłatom parkingowym. Odpisał, zakleił kopertę, zwilżając językiem jej krawędź i odesłał nadawcy. W rzeczywistości był to policyjny podstęp: Athan, rówieśnik ofiary i jej sąsiad, był osobą podejrzaną o zabójstwo sprzed dwóch dekad. Policja spodziewała się, że uzyska dzięki temu trikowi DNA Athana i się nie przeliczyła¹⁸.

które podmiot niebędący organem procesowym będzie mógł zbierać na własną rękę. W związku z powyższym za dowód prywatny uznaję dowód, który został pozyskany, zabezpieczony czy też w jakikolwiek inny sposób utrwalony przez podmiot niebędący organem procesowym (podmiot prywatny)¹⁹. W tym obszarze dopatruję się największego zagrożenia



Wyposażenie obrony w prawo wykorzystywania dowodu prywatnego stwarza potencjalnie wiele sytuacji, których ustawodawca wprost nie przewidział, a które bez wątplenia powodować będą doniosłe komplikacje interpretacyjne.

Bez wątplenia powyższa historia wydarzyła się w innym państwie, na innym kontynencie, w odmiennych niż polskie realiach prawnych, jednak wydaje się, że może ona dawać asumpt do rozważań nad problemem stosowania podstępu, tym bardziej iż zakładana nowelizacja procesu karnego aspiruje do upodobnienia polskiej ustawy do rozwiązań amerykańskich.

Na początku wypada zauważyć, że błąd, podstęp zastosowany został wobec Athana przez policjantów – pracowników państwowych organów ścigania. W przedmiotowej pracy podniesiony został zgoła inny problem – kwestia stosowania podstępu w toku gromadzenia dowodów prywatnych.

Przez „dowód prywatny” rozumiem tutaj nie tylko prywatną opinię biegłego, czyli opinię wydaną na zlecenie obrony, ale także i przede wszystkim dowody,

nia dla rzetelności procesu karnego. Zdaję sobie przy tym sprawę, że w tym świetle przedmiotowe pojęcie ma charakter pozanormatywny, co nie umniejsza jego waloru związanego z faktem uporządkowania problematyki podziału dowodów na publiczne (czyli będące domeną organów procesowych) i prywatne.

Nim jednak poruszona zostanie kwestia dowodów prywatnych, pokrótce przedstawiony zostanie problem stosowania podstępu przez organy ścigania w świetle obowiązującego prawa. Zabieg ten ma na celu dostrzeżenie ewentualnych analogii, które mogłyby pomóc wyjaśnić problem wykorzystywania podstępu w trakcie pozyskiwania dowodu prywatnego. Dalsze uwagi odnosić się będą do zabiegu podstępu, który nie został przewidziany przez ustawę wprost. Mając to na uwadze, zauważmy, że kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych czy też kontrola korespondencji, jako czynności *expressis verbis* wskazane w kodeksie postępowania karnego, nie będą desygnatami tego pojęcia. Najbardziej bowiem interesująca jest działalność organów ścigania w sferze

18 T. Johnson, *Ruse to get suspect's DNA upheld*, za: J. Wójcikiewicz, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, *Granice podstępu w przesłuchaniu podejrzanego* (w:) V. Konarska-Wrzosek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz (red.), *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana profesorowi Andrzejowi Markowi*, Warszawa 2010, s. 675.

19 A. Bojańczyk, *Dowód prywatny w postępowaniu karnym w perspektywie prawnoporównawczej*, Wolters Kluwer 2011, s. 204.

nieuregulowanej wprost przepisami prawa, w której to sferze praktyka ich poczynań bogata jest w wiele przypadków, którym bez cienia wątpliwości można nadać miano podstępnych. Jedynie przykładowo wskazać można na kłamstwo organu przesłuchującego (na przykład wmawianie podejrzanemu, że jego opór jest bezzasadny, gdyż obciążyli go już współpodejrzani²⁰) w celu wymuszenia przyznania się oskar-

problem, doktryna, jak również orzecznictwo nie wypracowały jednego stanowiska w tej kwestii. Odnaleźć można zarówno głosy, które wpisują się w nurt liberalny, dozwalając na stosowanie podstępu przez organy ścigania w myśl zasady „cel uświęca środki”²³, jak i głosy nurtu „konserwatywnego”²⁴, który wyklucza stosowanie podstępu z przyczyn etycznych. Przedstawiciele tegoż prądu podnosili nieraz, że



W obszarze, gdzie dowód został utrwalony przez podmiot niebędący organem procesowym, dopatruję się największego zagrożenia dla rzetelności procesu karnego.

żonego do zarzucanego mu czynu, tworzenie atrapy akt sprawy, by oskarżonego złamać²¹, czy też składanie oskarżonemu obietnic, które z punktu widzenia prawa są niemożliwe do spełnienia.

Bezspornie stosowanie podstępu przez organy ścigania jest zagadnieniem skomplikowanym i wielopłaszczyznowym²². Analizując przedmiotowy

oceny etyczne, aspekt aksjologiczny są w prawie karnym procesowym niedoceniane. Nie wolno również zapominać o zwolennikach tezy, że podstęp jest niedozwolony wtedy, gdy wyłącza swobodę wypowiedzi w rozumieniu art. 171 k.p.k.²⁵

W mojej pracy²⁶ zaprezentowałem własną ocenę przedmiotowego zagadnienia. Niezależnie od proponowanych powyżej koncepcji (w części zresztą w moim przekonaniu trafnych) wskazałem, że stosowanie tego rodzaju zabiegów sprzeczne jest z zasa-

20 Z. Sobolewski, *Wartość nielegalnie uzyskanego dowodu w postępowaniu karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 1976, sectio G, vol. XXIII.

21 J. Wójcikiewicz, *Granice...*, dz. cyt., s. 676.

22 Odnośnie do problematyki podstępu zob. także T. Hanusek, S. Pikulski, *Problem stosowania podstępu w działaniach kryminalistycznych*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1991, t. 21; P. Kruszyński, *Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym*, Warszawa 1983, a także wypowiedzi orzecznictwa: Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 27 czerwca 2006 r., II Aka 162/06, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, nr 1, poz. 58; Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 19 lutego 2008 r., II Aka 17/2008, „Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Katowicach i Sądów Okręgowych” 2008 nr 2, poz. 10; Wyrok Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Kar na dnia 15 lipca 1979 r., V KRN 102/79, V KRN 123/79, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Wydawnictwo Prokuratury Generalnej” 1980, nr 5, poz. 66.

23 Z. Sobolewski, *Samooskarżenie w świetle prawa karnego (nemo se ipsum accusare tenetur)*, Warszawa 1983, s. 114; D. Kala, *Problematyka swobody wypowiedzi osoby przestuchiwanej w procesie. Uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Palestra” 1994, nr 7–8.

24 Tak na przykład K. Krasny, *Swoboda wypowiedzi podejrzanego w śledztwie na tle spraw aferowych*, „Problemy Praworządności” 1978, nr 6, s. 41; W. Daszkiewicz, *Taktyka kryminalistyczna a procesowe gwarancje jednostki i prawa obywatelskie* (w:) J. Widacki (red.) *Problematyka etyczna w kryminalistyce. Materiały V Sympozjum Metodologii Kryminalistyki i Nauk Pokrewnych*, Chęciny, 14–16 czerwca 1984 r., Katowice 1984.

25 S. Waltoś, *Swoboda wypowiedzi osoby przestuchiwanej w procesie karnym*, „Państwo i Prawo” 1975, z. 10, s. 68–69.

26 M. Toruński, *Podstęp w toku postępowania dowodowego a zasada rzetelności postępowania karnego*, niepubl.

dą praworządności, która została wyrażona w art. 7 Konstytucji RP. Zgodnie z tą zasadą organy ścigania działają na podstawie i w granicach prawa. Z tak wyartykułowanej zasady powszechnie wywodzi się dwie pryncypialne zasady – „to, co nie zostało przez prawo zabronione, jest dozwolone” (*in dubio pro libertate*). Po wtóre natomiast, w odniesieniu do organów władzy publicznej, „to, co nie zostało dozwolone, jest zabronione”. Dwie powyższe prawidłowości nakazują zawężając co wyklądając ograniczenia praw i wolności obywatelskich, podkreślając przy tym potrzebę ich ochrony w przypadku styku z podmiotem silniejszym, dzierżącym w ręku władzę rozumianą jako „imperium”. Z uwagi na to, że obywatel w konfrontacji z imperium jest zawsze stroną słabszą, organy władzy publicznej, stosując owo władztwo, mają za każdym razem obowiązek wskazywać podstawę prawną swoich działań, pod rygorem narażenia się na zarzut bezprawności. Skoro stosowanie zabiegów, które zostały scharakteryzowane powyżej, nie zostało przewidziane przez ustawodawcę wprost, to wypada skonstatować, iż z uwagi na brak podstawy prawnej takie postępowanie organów ścigania uznać należało za zabronione. Nie można przy tym argumentować odwrotnie – skoro ustawodawca nie zabronił pewnego postępowania, to jest ono dla organów ścigania dozwolone (wspominałem powyżej, że w obrocie prawnym funkcjonowały projekty obecnie obowiązującego kodeksu, które proponowały wprost zakazanie stosowania podstępu). Rozumowanie takie, być może *prima facie* poprawne, przy bliższej analizie musi narazić się na zarzut błędu.

Dowodzi ono braku zrozumienia istoty zasady praworządności, w szczególności z powodu pomieszania prerogatyw przysługujących jednostkom (obywatelom) z kompetencjami organów władzy publicznej. Takie podejście nie tłumaczy również, dlaczego ustawodawca skupił się na dokładnym uregulowaniu pewnych typów podstępu (np. kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych), nie regulując natomiast całościowo przedmiotowego problemu. Jedynym uzasadnieniem takiego postępowania może być założenie, że ustawodawca zdecydował się w ramach wyjątku uregulować dokładnie pewne typy podstępu, gdyż co do zasady stosowanie takich zabiegów uważa za zabronione.

Zostawiając na boku zasadę praworządności, podniosłem dodatkowo, że wskazane powyżej zabiegi sprzeczne są z zasadą rzetelności procesu karnego, rozumianą jako dyrektywa, zgodnie z którą organy procesowe powinny prowadzić postępowanie rzetelnie, z poszanowaniem godności uczestników postępowania i w rozsądnym terminie²⁷. Mimo iż zasada rzetelności nie została wyrażona w kodeksie postępowania karnego wprost, z uwagi na multicytryczny²⁸ system źródeł prawa dopatrywać się można jej obowiązywania na kilku autonomicznych płaszczyznach (w tym również na gruncie kodeksu). Z zasady tej wywodzi się dyrektywy ułatwiające odpowiedź na pytanie w przedmiocie możliwości stosowania podstępu przez organy ścigania, jak choćby obowiązek lojalnego traktowania uczestników procesu czy też respektowania ich godności osobistej. Zastrzec należy przy tym jednak, że błędem byłoby przesądzanie *in abstracto* o niezgodności danego zachowania z przywołaną zasadą. W większości przypadków to dopiero okoliczności danej sprawy decydują o jego adekwatności.

Jak już wskazano, powyższe, nadzwyczaj fragmentaryczne i wybiórcze uwagi odnosiły się do problematyki stosowania podstępu przez organy ścigania. Przywołana historia z amerykańskiego podwórka policjantów, jednak zastanowić się wypada, jak ocenić należałoby sytuację, gdyby powyższa historia wydarzyła się w polskich realiach, a inicjatorem podstępu nie byłoby policjanci, lecz faktycznie kancelaria prawna lub instytucja typu *innocence organisation*²⁹. W świetle nowelizacji możliwość taka wydaje się jak najbardziej realna.

Uwagi dotyczące stosowania podstępu przez organy ścigania w kwestii obejmującej zasadę praworządności nie mogą być odnoszone do podstępu stosowanego podczas gromadzenia dowodów prywatnych. Należy pamiętać, iż organy ścigania w sposób dość

27 S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2002 r., s. 325.

28 E. Łętowska, *Multicytryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4, s. 3.

29 Pozarządowe organizacje mające na celu oczyszczanie z zarzutów osób, które zostały niesłusznie skazane.

inwazyjny wkraczają w prawa i wolności obywatelskie, a prawo karne materialne, jak i prawo karne procesowe to dziedziny pod tym względem wyjątkowo newralgiczne. Wynika to stąd, że organy ścigania w relacji do obywatela dysponują wspomnianym już władztwem, „imperium”, toteż ich kompetencji nie można nigdy domniemywać. Tym samym nie można domniemywać ich uprawnienia do stosowania zabiegów podstępnych. Mamy więc w takim przypadku do czynienia z relacją podrzędności.

Inna natomiast sytuacja występuje w przypadku pozyskiwania dowodu prywatnego. Tutaj nigdy nie będziemy mieli do czynienia z relacją władztwa, a co najwyżej równorzędności. Jak to było w przywoływanej historii, możemy wyobrazić sobie, że wysyłającym list był adwokat oskarżonego, natomiast list otrzymał faktyczny sprawca, który w następstwie tego ujawnił swoje DNA. W takiej sytuacji żaden podmiot nie dysponuje „imperium” w stosunku do drugiego, nie zachodzi więc obawa nadużycia władztwa. Z tej też przyczyny uwagi w przedmiocie zasady praworządności, aktualne w świetle podstępu stosowanego przez organy ścigania, nie mogą być przenoszone na grunt dowodów prywatnych.

Rzecz oczywista – z uwagi na szeroką definicję podstępu przyjętą w rozdziale 1 – sposobów działania podmiotów, które mogą stosować podstęp, jak i przeciwko którym działania takie będą przedsiębrane, może być wiele. Nie sposób ich z pewnością całościowo omówić, trudno również przewidywać, w jakim kierunku ukształtowana zostanie praktyka gromadzenia dowodów prywatnych. Z uwagi na powyższe podjęta zostanie próba wyznaczenia ogólnych wskazań w przedmiocie podstępu, jaki może być przedsiębrany jako dowód prywatny.

W moim przekonaniu w pierwszym rzędzie zwrócić należy szczególną uwagę na zagadnienie zagrożenia związanego z możliwością naruszenia zasady *nemo se ipsum accusare tenetur*³⁰, czyli zasady, zgodnie z którą nikt nie może być zmuszany do oskarżania samego siebie. Na gruncie kodeksu postępowania karnego z 1969 roku nie była ona wyrażona wprost, obecnie jej emanacją jest art. 74 § 1 k.p.k., w myśl którego oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia

swej niewinności ani obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść. Nie zmienia to faktu, że zasadę tę bez trudu można również wyprowadzić z pozycji procesowej oskarżonego jako strony, jak również z reguł rozkładających ciężar dowodowy. Nie ma wątpliwości, iż zasada *nemo se ipsum accusare tenetur* jest istotnym elementem prawa do obrony w jej biernym aspekcie. W przeciwieństwie do czynnego przejawu uprawnienia, które polega na możliwości aktywnego odpierania zarzutu, bierny aspekt uprawnienia sprowadza się do możliwości stwarzania trudności w udowodnieniu winy poprzez prawo do bycia biernym.

Kwestią otwartą pozostaje pytanie, na ile wskazania przedmiotowej zasady odnosić można do dowodu prywatnego. Mieć bowiem należy na uwadze, iż *ratio legis* spornego zakazu samooskarżania jest założenie, że oskarżony stanowi bezcenne źródło informacji, lecz nie wolno korzystać z tego źródła za wszelką cenę. Ustawodawca, mając w pamięci okrutne metody stosowane w czasach, gdy panowała zasada *confessio est regina probationum*, skierował ów zakaz do organów procesowych, by zapobiec wymuszaniu pożądaných przez nie zeznań lub wyjaśnień. Innymi słowy, przedmiotowy zakaz ma na celu zapobieżenie nadużywania władztwa (*imperium*) w przyjętym powyżej rozumieniu. Czy w takim razie rozważania w przedmiocie zasady *nemo se ipsum accusare tenetur* przenieść można w świetle planowanej nowelizacji na grunt problemu pozyskiwania dowodów prywatnych, gdzie, jak już wspomniano, brak jest stosunku podrzędności (brak jest władztwa), a obowiązuje zasada równorzędności stron?

Podniesionego problemu w moim przekonaniu nie sposób rozstrzygnąć w kilku zdaniach, gdyż bez wątpienia zagadnienie to wymaga wszechstronnej analizy, która przekracza ramy niniejszej pracy. *Prima facie* stwierdzić można *in abstracto*, iż rażące naruszenie przedmiotowej zasady, co rzecz jasna implikować będzie pogwałcenie zasady prawa do obrony, spowoduje w moim przekonaniu to, że dowód prywatny uzyskany na tej drodze nie będzie dowodem „zdrowym”. Szczególnie niepokojąca wydaje się perspektywa możliwości pozyskiwania dowodów biologicznych bez pomocy, a nawet świadomości oskarżonego (jak choćby w sposób zilustrowany w podanym przez T. Johnsona przykładzie). Jestem zdania, że

30 Z. Sobolewski, *Samooskarżenie...*, dz. cyt.

mimo równorzędności, jaka *de lege ferenda* istnieć będzie między stronami procesu, podstępne działanie (pokazane tu jako jeden z wielu możliwych scenariuszy) w sposób zbyt oczywisty atakować będzie uprawnienie wynikające z art. 74 § 1 k.p.k., niweczając jego istotę. W moim przekonaniu wyklucza to możliwość wykorzystania tak uzyskanego dowodu na podstawie znowelizowanego art. 393 § 3 k.p.k. Podkreślam jednak, iż podniesione zagadnienie jest bez cienia wątpliwości wysoce sporne i wymaga dalszych studiów.

Projektowany art. 168a k.p.k., zgodnie z którym niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym

stywanie jest sprzeczne z innymi przepisami obowiązującego prawa lub też postrzegane jest jako naganne.

Na tak postawione pytanie nie sposób znaleźć *de lege ferenda* jednoznacznej odpowiedzi, co prowadzi do konstatacji, że proponowane zmiany, choć po części porządkujące kwestie związane z podstępem, są wciąż niewystarczające. Stoję na stanowisku, że braki normatywne w tym zakresie będą tym bardziej widoczne po noweli art. 393 § 3 k.p.k., kiedy za cenę ukontradyktoryjnienia postępowania dozwolone będzie sięganie po dowód prywatny, co rodzi niewątpliwie zagrożenie posługiwania się podstępem.

W moim przekonaniu, ze względu na brak klarownych wskazówek ustawodawcy, w szczególności



Podstępne działanie (pokazane tu jako jeden z wielu możliwych scenariuszy) w sposób zbyt oczywisty atakować będzie uprawnienie wynikające z art. 74 § 1 k.p.k., niweczając jego istotę.

mowa w art. 1 § 1 k.k., uznać należy za rozwiązanie niewystarczające. Wskazany przepis wyraża bez wątpienia oczywistość (powszechnie przyjmuje się przecież, że podstawą ustaleń okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy mogą być tylko takie środki dowodowe, które nie sprzeciwiają się obowiązującemu prawu, w innym przypadku bowiem fakty ustalone (za pomocą niedozwolonych środków) przestają istnieć w sferze dowodów i ich ocena jako dowodu jest niedopuszczalna³¹), jednak nie rozstrzyga on kwestii, w jaki sposób ocenić wypadła sytuacja, kiedy dowodu wprawdzie nie uzyskano za pomocą czynu zabronionego określonego w art. 1 § 1 k.k., jednak jego pozyskanie i wykorzy-

ści w przedmiocie możliwości stosowania podstępu w celu uzyskania dowodu prywatnego, analizując podniesiony problem, odwołać się trzeba do wzmiankowanej już zasady rzetelności postępowania karnego. Jak już wspomniano, przedmiotowa zasada to nie tylko postulat doktryny lub orzecznictwa, czy też *soft law*, lecz konkretna regulacja o znamionach naczelnej zasady procesowej mającej charakter ściśle normatywny. Normatywny charakter zasady wyraża się w tym, że z jej obowiązywania wywieść można konkretne dyrektywy o statusie prawa pozytywnego, którymi należy się kierować, by uczynić proces karny rzetelnym.

Stosowanie zabiegu odwołania się do zasady rzetelności procesu karnego niepozbawione jest jednak w mojej opinii kontrowersji. Godzi się przecież pa miętać, że niemal powszechnie przyjmowane jest,

31 A. Gaberle, *Dowody w sądowym procesie karnym*, Kraków 2007, s. 313.

że adresatami zasady rzetelności procesu karnego są wyłącznie organy procesowe³². To właśnie do nich skierowane jest żądanie przeprowadzenia procesu w duchu *fair play*. Jestem jednak zdania, że w świetle nowelizacji przepisów kodeksu postępowania kar-

w przypadku podstępu stosowanego przez organy ścigania – nie sposób za każdym razem *in abstracto* przesądzić, czy dane zachowanie spełniać będzie wymóg lojalności. Podać można jednak pewne wskazania, którymi powinien kierować się sąd przy



Ze względu na brak klarownych wskazówek ustawodawcy, w szczególności w przedmiocie możliwości stosowania podstępu w celu uzyskania dowodu prywatnego, analizując podniesiony problem, odwołać się trzeba do wzmiankowanej już zasady rzetelności postępowania karnego.

nego, która była fragmentarycznie komentowana w niniejszej pracy, na podniesiony problem spojrzeć należy z szerszej perspektywy. Skoro proponowane zmiany w istocie zmierzają w stronę przemodelowania procesu karnego, nadania mu zupełnie innego kształtu, to zmianie również musi ulec rozumienie innych instytucji prawa procesowego, w tym naczelnych zasad procesu karnego.

Zwracano już powyżej uwagę, że na gruncie planowanej nowelizacji ciężar procesu przerzucony zostanie na strony procesowe, co uczyni z sądu bezstronnego obserwatora toczącego się sporu. Mając to na uwadze, uważam, że zakres zastosowania zasady rzetelności procesu karnego ulegnie znacznemu poszerzeniu. Skoro obrona wyposażona została w możliwość przeprowadzania dowodu prywatnego, to również na niej, nie w mniejszym stopniu niż na organach procesowych, spoczywać będzie ciężar zachowania wymagań rzetelnego procesu karnego. Przede wszystkim więc, oceniając sposób pozyskiwania dowodu prywatnego, na uwadze trzeba mieć dyrektywę traktowania innych uczestników procesu w sposób lojalny. Podobnie jak

ocenie tej kwestii.

Nade wszystko wydaje się istotne, by sposób pozyskiwania dowodu prywatnego respektował zawsze poczucie godności innych uczestników procesu, w tym przede wszystkim przeciwnika procesowego. Niedopuszczalne są w moim przekonaniu takie zabiegi, które traktowałyby człowieka przedmiotowo, instrumentalnie. Nie do zaakceptowania są moim zdaniem również metody, które polegały będą na wykorzystaniu przymusowego położenia drugiej osoby celem uzyskania pożądanego dowodu. Tego rodzaju działania w moim przekonaniu przekreślą możliwość wprowadzenia na podstawie art. 393 § 3 k.p.k. tak uzyskanego dowodu do procesu.

Z drugiej jednak strony nie można *a limine* odrzucać technik o zabarwieniu taktyki kryminalistycznej, które w swej istocie zawierają muszą pewien rodzaj zwodzenia przeciwnika, dozę manipulacji, a czasem nawet wprowadzania w błąd. Powrót do korzeni kontradyktoryjności, uczynienie z procesu areny do walki przeciwstawnych stron powoduje, że nie można wykluczyć z arsenału możliwości taktycznych takich zabiegów jak podstęp. Ostateczna jednak ocena odbywać się musi zawsze *in concreto*, a należeć powin-

32 S. Waltoś, *Proces karny...*, dz. cyt., Warszawa 2002 r., s. 325.

na do sądu jako ostatecznego strażnika rzetelności procesu karnego³³.

4. Podsumowanie

Stosowanie podstępu nie od dziś jest przedmiotem licznych kontrowersji zgłaszanych nie tylko w orzecznictwie, ale również w doktrynie. Mimo wielu postulatów przedstawicieli nauki kwestia ta do dnia dzisiejszego nie została rozstrzygnięta. Planowana nowelizacja, choć w swoich założeniach słuszna i zmierzająca w moim przekonaniu w odpowiednim kierunku, rodzić będzie wiele problemów interpretacyjnych, na pierwszy rzut oka niedostrzegalnych. Przy bliższej jednak

czyjnych granic dopuszczalności dowodów z wykorzystaniem podstępu. Projektowany art. 168a k.p.k. nie spełnia dostatecznie tej roli, gdyż ograniczając swój zakres zastosowania do sytuacji popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary przez kodeks karny, pozostawia poza swoją dyspozycją sytuacje mniej oczywiste do oceny, w tym także ewentualne zastosowanie podstępu. Nie ulega wątpliwości, że w materii tej wymagana jest wyraźniejsza wypowiedź ustawodawcy. *De lege lata* w moim przekonaniu granice dopuszczalności wykorzystania dowodu wyznaczać należy w oparciu o dyrektywę wpływającą z zasady rzetelności procesu karnego. Nowy



Nade wszystko wydaje się istotne, by sposób pozyskiwania dowodu prywatnego respektował zawsze poczucie godności innych uczestników procesu, w tym przede wszystkim przeciwnika procesowego.

analizie okaże się, że przerwienie na strony ciężaru dowodzenia spowodować może realne zagrożenie dla rzetelności procesu. W szczególności największą uwagę skupić należy w tej sytuacji na kwestii wyposażenia podmiotów prywatnych w możliwość wykorzystania w procesie zgromadzonych przez nie dowodów i związanych z tą możliwością ewentualnych zagrożeń.

Z uwagi na brak regulacji ustawowej najbardziej kluczowym zagadnieniem wydaje się określenie pre-

model procesu oznacza nie tylko nowe przywileje stron procesowych, ale również – w nie mniejszym stopniu – nowe ich obowiązki. Ciężar przestrzegania zasady rzetelności procesu karnego spoczywać będzie od chwili wejścia w życie planowanych zmian w znacznie większym stopniu niż obecnie nie tylko na organach procesowych, ale również na innych uczestnikach procesu, zainteresowanych korzystnym dla siebie rozstrzygnięciem sprawy. Ocena stopnia realizacji tej zasady należeć będzie w głównej mierze do sądu, którego rola niezależnego arbitra w świetle planowanej nowelizacji nie może budzić wątpliwości.

³³ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 24 września 2002 r. w sprawie *Cusani przeciwko Wielka Brytania*, skarga nr 32771/96.