

**Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego  
z dnia 20 października 2016 r. (III KK 127/16)<sup>2</sup>**

Teza glosowanego postanowienia brzmi:

1. Art. 19 i art. 19a ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji<sup>3</sup>, jak i przepisy zawarte w Rozdziale 26 Kodeksu postępowania karnego nie dotyczą prywatnego gromadzenia dowodów. Dopuszczalne jest więc w postępowaniu karnym przeprowadzenie dowodu z nagrania rozmowy utrwalonej, nawet potajemnie, przez jednego z jej uczestników.
2. Ocenę tzw. dowodu prywatnego w postaci nagrania powinna cechować szczególna wnikliwość, zwłaszcza gdy nagranie nie ma charakteru przypadkowego, a jest dokonywane celowo. Wówczas utrwalone w taki sposób wypowiedzi powinny być oceniane – z wykorzystaniem kryteriów określonych w art. 7 k.p.k. – pod kątem ewentualnych prowokacji lub sugestii stosowanych w toku rozmowy przez nagrywającego, a ocena taka powinna uwzględniać stan, w jakim znajdował się nieświadomy nagrywania rozmówca.
3. Wykonywanie przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta) określonych prawem uprawnień polegających na podejmowaniu czynności związanych z powołaniem albo odwołaniem członka rady nadzorczej jednoosobowej spółki jednostki samorządu terytorialnego wchodzi w zakres wykonywanych, w związku z pełnieniem tego urzędu, czynności służbowych w rozumieniu art. 228 § 4 k.k. w zw. z art. 115 § 19 k.k.

Przedmiotem glosy będą wyłącznie kwestie postępowania karnego dotyczące gromadzenia, dopuszczalności i oceny dowodu prywatnego w postaci nagrania z rozmowy. Poza zakresem niniejszej glosy pozostawiono kwestie ujęte w trzeciej tezie związanej z częścią ustroju samorządowego.

Autorka aprobuje, stanowiska wyrażone przez Sąd Najwyższy w glosowanym postanowieniu, uznając je za trafne i logiczne, pomimo, iż w doktrynie

---

<sup>1</sup> Mgr prawa, doktorantka na Wydziale Prawa SWPS Uniwersytetu Humanistyczno-społecznego w Warszawie.

<sup>2</sup> Orzecznictwo Sądu Najwyższego, „Izba Karna i Izba Wojskowa” 2017, nr 2, s. 55.

<sup>3</sup> Dz.U. 2015, poz. 355 z późn. zm.

i orzecznictwie procesu karnego istnieją rozbieżności na temat przeprowadzania i wykorzystania dowodu z nagrań prywatnych uzyskanych nie dla celów postępowania karnego.

Zważyć należy, iż zakaz dowodowy wyrażony w treści art. 168a k.p.k., do regulacji polskiego postępowania karnego został wprowadzony w dniu 1 lipca 2015 r. ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw<sup>4</sup>. Nowa regulacja prawna implikowała ograniczenie prawa stron w zakresie możliwości dopuszczenia dowodów. Odtąd, niedopuszczalne było przeprowadzanie i wykorzystanie dowodu uzyskanego dla celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 kodeksu karnego, zgodnie, z którym odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto popełnia czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Taki stan prawny obowiązywał do dnia 15 kwietnia 2016 r., kiedy to weszła w życie Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw<sup>5</sup>. Zgodnie z przedmiotową nowelizacją 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.

Liczne kontrowersje w doktrynie oraz różne zapatrywania sądu na kwestię prywatnego dowodu, zachęcają do przeprowadzenia analizy wskazanego zagadnienia.

Stanowisko zawarte w glosowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy sformułował w oparciu o następujący stan faktyczny. Sąd Rejonowy w K. wyrokiem z dnia 26 stycznia 2015 r. uznał oskarżonego P.C. za winnego popełnienia czynu wyczerpującego dyspozycję m.in. art. 228 § 4 k.k. w zw. art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. Jak ustalił Sąd Rejonowy, oskarżony P.C. jako burmistrz miasta K. uzależnił pozostawienie na stanowisku desygnowanych członków rady nadzorczej gminnej spółki od comiesięcznego oddawania mu części diet, jakie otrzymywali z tytułu zasiadania w radzie nadzorczej, a także wydał dyrektorom podległych szkół polecenie wyjazdu na szkolenie, które się nie odbyło i wypłatę na jego rzecz sumy pieniężnej tytułem diet za podróż służbową. Jednym z dowo-

<sup>4</sup> Dz.U. 2013, poz. 1247.

<sup>5</sup> Dz.U. 2016, poz. 437.

dów dopuszczonych przez sąd I i II instancji były prywatne nagrania rozmów pomiędzy oskarżonym P.C., a świadkiem D.S. Zdaniem obrony nastąpiła m.in. obraza prawa procesowego mająca wpływ na treść orzeczenia, t.j. art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. w związku z naruszeniem w postępowaniu zasad wyrażonych w art. 2, 7 i 45 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej<sup>6</sup> oraz art. 6 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności<sup>7</sup>. Oskarżenie burmistrza miało podtekst polityczny, zaś użyte w postępowaniu potajemne nagranie prowadzonej rozmowy, podczas której burmistrz został sprowokowany, nie może być dowodem wykorzystanym przeciwko oskarżonemu. Nagrane wypowiedzi są przedmiotem manipulacji i nielegalnej prowokacji. Sąd Okręgowy w B. po rozpoznaniu środka odwoławczego zaskarżone orzeczenie utrzymał w mocy. Od wyroku sądu odwoławczego kasację na korzyść skazanego wniósł jego obrońca, zaskarżając w całości orzeczenie. Wniesiona przez obrońcę kasacja nie została uwzględniona. Sąd Najwyższy zważył, pomimo że rozmowa pomiędzy oskarżonym i świadkiem została nagrana potajemnie, to nie można przyjąć, że dowód był nielegalny. Nadto, nagrania rozmów stanowiły jeden z wielu dowodów. W sprawie w ogóle nie było do czynienia z podsłuchem. Jednocześnie w obowiązującym porządku prawnym nie występuje zakaz nagrywania rozmowy, w której się uczestniczy (nawet bez wiedzy rozmówcy) ani wykorzystywania takiego nagrania jako dowodu. Jak podkreślił Sąd Najwyższy dowód taki podlega szczególnej, wnikliwej ocenie, zwłaszcza gdy nagranie nie ma charakteru przypadkowego.

Fundamentem dla niniejszych rozważań jest zdefiniowanie pojęcia „dowód” oraz „dowód prywatny” stosowanego w polskiej procedurze karnej. Zarówno w języku polskim jak i literaturze procesu karnego pojęcie „dowód” ma wiele znaczeń. W *Słowniku języka polskiego* pojęcie „dowód” zdefiniowane jest jako okoliczność, albo rzecz dowodząca czegoś, przemawiająca za czymś, świadcząca o czymś, wskazująca na coś; oznaka czegoś, potwierdzenie, uzasadnienie, świadectwo<sup>8</sup>. W języku potocznym za „dowód” uznawane jest coś co potwierdza istnienie pewnego zdarzenia czy faktu, który istnieje obecnie lub istniał w przeszłości. Z kolei w języku prawniczym znaczenie pojęcia „dowód” definiowane jest jako każdy rodzaj informacji pozostawionej przez fakt przestępstwa, lub fakt uboczny (poszlakę), umożliwiający odtworzenie obrazu

<sup>6</sup> Dz.U.1997, nr 78, poz. 483.

<sup>7</sup> Dz.U.1993.61.284.

<sup>8</sup> M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1999, s. 415.

tego faktu<sup>9</sup>. Inne określenie „dowodu” rozumiane jest jako każdy dopuszczalny przez prawo karne procesowe środek służący dokonaniu takich ustaleń, czyli służący ustaleniu okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia<sup>10</sup>.

W związku z brakiem kodeksowej definicji legalnej pojęcia „dowodu prywatnego”, A. Bojańczyk dowód prywatny definiuje jako „każdy środek dowodowy zgromadzony, wyszukany, zebrany, utrwalony, zamówiony lub zabezpieczony przez podmiot prywatny (rozumiany jako podmiot, który nie jest organem prowadzącym postępowanie karne i to niezależnie od tego, czy, tak jak w przypadku oskarżyciela publicznego, na wcześniejszym etapie postępowania ten podmiot był organem prowadzącym postępowanie, a później stał się tylko stroną) dla celów postępowania karnego, niezależnie do tego, czy w czasie, kiedy dany dowód został zebrany, toczyło się postępowanie karne co do czynu, którego dotyczy dowód”<sup>11</sup>. W komentarzu do kodeksu postępowania karnego autorstwa D. Świeckiego czytamy, iż dowody prywatne to dokumenty prywatne powstałe na zlecenie strony lub sporządzone przez stronę dla celów tego postępowania jak np.: oświadczenia, publikacje, listy i notatki<sup>12</sup>. Z kolei T. Grzegorzcyk za dokumenty prywatne, o których mowa w art. 393 § 3, uznaje oświadczenia pisemne powstałe poza postępowaniem, przeznaczone dla różnych, zarówno legalnych, jak i nielegalnych celów, m.in. publikacje, w tym prasowe, listy prywatne mające znaczenie dla sprawy, przejęte tzw. grypsy, zajęte notatki prywatne, pamiętniki itd. Podkreśla, iż zawarty w przepisie zapis „w szczególności”, oznacza, iż dokumentami prywatnymi mogą to być również inne pisma np. pamiętniki, a nie jedynie te określone w przepisie<sup>13</sup>.

W tym momencie zasadne jest również przytoczenie definicji literalnej „dokumentu” określonej w art 115 § 14 k.k.<sup>14</sup>, za który uważa się każdy przedmiot lub zapisany nośnik informacji, z którym związane jest określone prawo, lub który stanowi dowód prawa albo stosunku prawnego lub okoliczności mającej znaczenie prawne.

<sup>9</sup> R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 2006, s. 343.

<sup>10</sup> T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011, s. 464.

<sup>11</sup> A. Bojańczyk, *Dowód prywatny w postępowaniu karnym w perspektywie porównawczej*, Warszawa 2011, s. 229.

<sup>12</sup> D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego*, t. I: *Komentarz aktualizowany*, Warszawa 2017, s. 421.

<sup>13</sup> T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego*, t. I: *Artykuły 1–467. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 322.

<sup>14</sup> Dz.U. 1997, nr 88, poz. 553.

Zważyć należy, że kodeks postępowania karnego również nie reguluje kwestii gromadzenia i wykorzystania przez osoby prywatne informacji uzyskanych poza procesem, a mogących być dowodami. Zadaniem tym zostały zobowiązane organy postępowania karnego i określone jest w art. 297 § 1 pkt. 5 k.p.k. Chociaż niewątpliwie strony mogą przedstawić dowody, mając w art. 167 k.p.k. zapewnioną inicjatywę dowodową. A skoro mogą je przedstawić sądowi, to również mogą je na potrzeby procesu gromadzić.

W związku z powyższym, problematyczne staje się dopuszczenie dowodu w postaci dokumentu prywatnego do procesu karnego, które uregulowane jest jedynie w bardzo wąskim zakresie w art. 393 § 3 k.p.k.

Przed dniem 1 lipca 2015 r., zdania doktryny w kwestii dopuszczalności dowodu prywatnego były rozbieżne, pomimo iż art. 393 § 3 k.p.k. dopuszczał do odczytania na rozprawie wszelkie dokumenty prywatne, powstałe poza postępowaniem karnym i nie dla jego celów, w szczególności oświadczenia, publikacje, listy oraz notatki. W doktrynie pojawiały stanowiska opowiadające się za dopuszczeniem dowodu zgromadzonego przez osoby prywatne nawet w sposób sprzeczny z prawem. Pogląd taki podzielał A. Bojańczyk, który uważa, iż wobec braku normatywnego *iunctium* pomiędzy ustawą karnomaterialną a ustawą postępowania karnego, które eliminowałyby dowody uzyskane z naruszeniem prawa, dowody takie są dopuszczalne<sup>15</sup>.

Po 1 lipca 2015 roku, art 393 § 3 k.p.k. otrzymał nowe brzmienie – „mogą być odczytane na rozprawie wszelkie dokumenty prywatne, powstałe poza postępowaniem karnym, w szczególności oświadczenia, publikacje, listy oraz notatki”. Usunięcie z przepisu zwrotu „nie dla jego celów”, oznaczało możliwość wprowadzenia do postępowania karnego dowodu wytworzonego dla jego celu. Niby niewielka zmiana, ale jakże istotna dla postępowania dowodowego. Dodatkowo „lipcowa” ustawa wniosła do kodeksu wspomniany już art. 168a k.p.k., stanowiący ograniczenie w zakresie możliwości dopuszczenia dowodów. Odtąd doktryna była jednomyślna w kwestii braku możliwości wprowadzenia do procesu karnego dowodu prywatnego uzyskanego za pomocą przestępstwa, bowiem tak uzyskany dowód nie był w ogóle dopuszczalny. D. Świecki art. 168a k.p.k. konstruuje jako nieznaną dotychczasowej ustawie karnoprocesowej bezwzględny zakaz dowodowy, którego istota sprowadza się do stwierdzenia, że dowód uzyskany z naruszeniem zakazu wynikającego z materialnego prawa karnego jest nieprzydatny procesowo tzn. nie może zostać przeprowadzony i wykorzystany

<sup>15</sup> A. Bojańczyk, *Dowód...*, op.cit., s. 416.

w postępowaniu karnym<sup>16</sup>. Podobny pogląd wyraził A. Lach, według którego w myśl art. 168a k.p.k., niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k. Również pisze o bezwzględnym niezupełnym zakazie dowodowym, który nie doznaje żadnych wyjątków, podkreślając, że nie ma przeszkód, aby dana okoliczność została wykazana przy użyciu innego środka dowodowego<sup>17</sup>. Zdaniem B.T. Bieńkowskiej poprzez zmianę reżimu z art. 393 § 3 k.p.k. zamiarem ustawodawcy było w sposób jasny ograniczenie możliwości wprowadzania do procesu dowodów, które zostały uzyskane za pomocą czynu zabronionego, zważywszy na zwiększoną aktywność dowodową stron postępowania<sup>18</sup>. Powyższe zmiany legislacyjne w zakresie części dowodowej D. Świecki interpretuje jako intencję ustawodawcy do ograniczenia prywatnych czynności dowodowych wyłącznie do legalnych działań<sup>19</sup>.

Przystępując do bliższej analizy stanowiska Sądu Najwyższego zajętego w głosowanym postanowieniu, należy zwrócić uwagę na pojawiające się w doktrynie prawniczej rozbieżności co do dowodowego charakteru prywatnych nagrań dźwięku uzyskanych poza procesem.

R. Kmieciak uważał, iż dokumenty gromadzone w sposób prywatny w celu wykorzystania ich w procesie karnym są niedopuszczalne. Mogą być jedynie wykorzystane jako źródła informacji o innych dowodach, które dopiero będą mogły być przeprowadzone przez organ procesowy<sup>20</sup>. Oznacza to, że strony procesu karnego mają prawo poszukiwać i gromadzić informacje o dowodach prywatnych. Pełną swobodę w tym zakresie gwarantuje m.in. art. 54 ust. 1 Konstytucji RP – zgodnie z którym „każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. R. Kmieciak opowiada się za twierdzeniem – jeżeli osoba prywatna, będąca stroną w postępowaniu dysponuje dowodem rzeczowym, może złożyć wniosek dowodowy o zatrzymanie takiej rzeczy, którą zdecydowana jest dobro-

<sup>16</sup> D. Świecki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, s. 235.

<sup>17</sup> A. Lach, *Dopuszczalność dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 10, s. 43.

<sup>18</sup> B.T. Bieńkowska, H. Gajewska-Kraczkowska, M. Rogacka-Rzewnicka (red.), *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga jubileuszowa profesora Piotra Kruszyńskiego*, Warszawa 2015, s. 589.

<sup>19</sup> D. Świecki, *Kodeks postępowania...*, op.cit., s. 235.

<sup>20</sup> R. Kmieciak, *Dokumenty prywatne i ich prywatne gromadzenie w sprawach karnych*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 5, s. 10.

wolnie oddać organom postępowania”<sup>21</sup>. L. Schaff w przeszłości, nagranie z zeznań przesłuchiwanego wykonane za jego wiedzą jak i bez jego wiedzy, z wyłączeniem sytuacji, kiedy przesłuchiwany został wprowadzony w błąd, uznawał za dopuszczalne<sup>22</sup>. Jednocześnie twierdził, że taśma magnetofonowa nie jest dokumentem w sensie procesowym, więc nie może stanowić dowodu z dokumentu. Istniały wówczas wątpliwości co do możliwości stwierdzenia autentyczności nagrania w sensie braku przeróbek, usuwania fragmentów itd. W. Smardzewski, taśmę magnetofonową z zapisem wypowiedzi, która sama w sobie – przy stwierdzeniu innych znamion potwierdza przestępstwo, uważał za dowód rzeczowy, natomiast poprzez posłużenie się zmysłem słuchu możliwe jest przesłuchanie treści zapisu magnetofonowego, dokonane w formie oględzin taśmy. Z kolei taśma magnetofonowa z zapisem dokonanym poza procesem stanowi dowód z dokumentu, ponieważ odtwarzanie zapisu magnetofonowego jest technicznym sposobem odczytywania informacji „zapisanej” w szczególności sposób<sup>23</sup>. Pogląd uznający taśmę magnetofonową za dokument podzielał E. Skrętowicz, która uznaje, iż pod pojęciem dokumentu w najszerszym znaczeniu podpadają nie tylko dowody pisemne, ale również te przedmioty, które służą do stwierdzenia pewnych zdarzeń prawnych<sup>24</sup>.

Pisząca te słowa opowiada się za poglądem reprezentowanym przez L. Schaffa, dopuszczającym do postępowania karnego treść zapisu wykonanego zarówno za wiedzą jak i bez wiedzy osoby nagrywanej. Kluczową kwestią, na jaką należy tu zwrócić uwagę, jest przyzwolenie obecnych regulacji procedury karnej na wprowadzenie i wykorzystanie w procesie karnym dowodów, które zostały pozyskane z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego wypełniającego znamiona przestępstwa. Jak już zostało wspomniane dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego. Jest tak od dnia 15 kwietnia 2016 r.

Równie aprobujący tę sytuację pogląd prezentuje w doktrynie T. Grzegorzczak i J. Tylman, którzy opowiadają się za tezą, iż rejestracja może być też efektem działania osoby trzeciej zupełnie przypadkowo, bądź też w sposób

<sup>21</sup> Ibidem, s. 4.

<sup>22</sup> L. Schaff, *Dowód z taśmy magnetofonowej w polskim procesie karnym*, „Problemy Kryminalistyki” 1959, nr 17, s. 7.

<sup>23</sup> W. Smardzewski, *Z problematyki wykorzystania taśmy magnetofonowej w procesie karnym*, „Problemy Praworządności” 1982 nr 10, s. 16.

<sup>24</sup> E. Skrętowicz, *Zapis magnetofonowy – jako środek dokumentacji procesowej*, „Problemy Praworządności” 1972, nr 9, s. 59.

planowany. Nagrania mogą być wprowadzone do postępowania karnego, z zastrzeżeniem, że powinny być one poddane uprzednio ocenie biegłego i oględzinom rzeczoznawczym, zwłaszcza gdy chodzi o zapisy prywatne, a inne także, gdy tylko podniesiony będzie zarzut co do ich autentyczności. Przyjmuje się przy tym, że istnieje pełna możliwość zbadania fałszerstwa zapisu niezależnie od sposobu i techniki fałszowania<sup>25</sup>.

W dalszej kolejności zważyć należy, iż w związku z brakiem w kodeksie postępowania karnego regulacji dotyczących prywatnych zapisów utrwalających przebieg rozmowy, orzecznictwo stoi na stanowisku, iż wobec braku zakazu, a także istnienia otwartego katalogu środków dowodowych, prywatne dowody mogą stanowić dowód w sprawie który powinien być oceniany na zasadach ogólnych. Natomiast, jeżeli chodzi o wykorzystanie prywatnych nagrań, to jedynie rejestracja obrazu czynu przestępnego może być dopuszczona jako dowód. W judykaturze zostało utrwalone stanowisko, iż nagrania prywatne mogą być dopuszczone do materiału dowodowego jedynie w sytuacji, gdy stanowią rejestrację czynu przestępnego, a nie prywatnych rozmów nawet dotyczących tego czynu<sup>26</sup>. Stanowisko Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych dotychczas nie dopuszczało prywatnych nagrań rozmów za dowód w postępowaniu karnym<sup>27</sup>.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 5 listopada 2013 r. w swoim uzasadnieniu wskazał, że polska procedura karna nie uznaje legalnej oceny dowodów i nie zawiera żadnych dyrektyw, które nakazywałyby określone czy szczególne ustosunkowanie się do konkretnych dowodów, jak również kodeks postępowania karnego nie wprowadza różnic co do wartości dowodowej poszczególnych dowodów. Ocena każdego dowodu pozostawiana jest sądowi orzekającemu w sprawie, który obowiązany jest dokonać jej z uwzględnieniem wskazań wiedzy oraz doświadczenia życiowego, jak również biorąc pod uwagę całość okoliczności ujawnionych w toku przewodu sądowego (podobny pogląd, zachowujący aktualność wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z 11 lipca 1977 r., w sprawie VKR 92/77, OSNKW 1978/6/67) (...). W dążeniu do wykrycia i ustalenia tej prawdy sąd orzekający ma obowiązek posługiwania się dowodami, którymi rozporządza oraz poprawnym rozumowaniem, wspieranym w razie potrzeby także i przesłankami natury empirycznej. Trudności ujawniania prawdy, tylko wtedy mogą być uznane za rzeczywiście uniemożliwiające to ujawnienie,

<sup>25</sup> T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 1999, s. 484.

<sup>26</sup> Postanowienie SN z 27 września 2012 r., III KK 5/12.

<sup>27</sup> Zob. Postanowienie SN z 7 lutego 2007 r., III KK 237/06.



gdy sąd całym wysiłkiem umysłowym wszelkich wątpliwości rozwikłać nie zdoła (podobny pogląd, zachowujący aktualność, wyraził Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 11 czerwca 1981 r., w sprawie I KR 78/81, OSNPG 1982/2/22)<sup>28</sup>.

Jednocześnie w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2016 r.<sup>29</sup>, Sąd stwierdził, iż zgodnie z obowiązującą w polskim procesie karnym zasadą swobody dowodzenia w postępowaniu dowodowym dopuszczalne jest przeprowadzenie wszelkich czynności dowodowych, z wyjątkiem czynności objętych zakazem ich przeprowadzania. Artykuł 168a k.p.k. w brzmieniu ustalonym ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, nie wprowadził zakazu wykorzystywania „owoców zatrutego drzewa”, gdyż dotyczył jedynie zakazu przeprowadzenia i wykorzystania dowodu bezpośrednio nielegalnego. Obowiązujący aktualnie art. 168a k.p.k. nie wprowadza zakazu wykorzystywania „owoców zatrutego drzewa”, gdyż dotyczy jedynie zakazu przeprowadzenia i wykorzystania dowodu bezpośrednio nielegalnego.

Z racji przedstawionej argumentacji, wynikającą z orzecznictwa i doktryny należy podzielić wyrażony w glosowanym orzeczeniu pogląd, iż artykuł 19 i art. 19a ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji oraz przepisy zawarte w Rozdziale 26 Kodeksu postępowania karnego, nie dotyczą prywatnego gromadzenia dowodów. Zostało to już potwierdzone przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 14 listopada 2006 r., sygn. V KK 52/06<sup>30</sup>. Podobnie orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 maja 2002 r., sygn. WA 22/02, w uzasadnieniu, którego czytamy: „korzystanie przez osobę prywatną ze swoich praw poprzez nagranie na taśmie magnetofonowej słów osoby znieważającej ją na potrzeby wniesionego przez nią aktu oskarżenia w trybie art. 330 § 2 k.p.k. nie doznaje ograniczenia przez postanowienia art. 47 i 49 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Z kolei nierespektowanie tych zasad przez sąd orzekający prowadzi do obrazy przepisu art. 410 k.p.k., która ma wpływ na treść rozstrzygnięcia”<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 5 listopada 2013 r., II AKa 273/13, LEX nr 1396846.

<sup>29</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2016 r., IV KK 346/15, OSNKW 2016/7/43.

<sup>30</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2006 r., V KK 52/06, LEX nr 202271.

<sup>31</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2002 r., WA 22/02, OSNKW 2002/9-10/77. Zob. też. S. Hoc, *Glosa do wyroku SN z dnia 10 maja 2002 r. WA 22/02, „Przegląd Sądowy”* 2003, nr 6, s. 161.

Rozdział 26 k.p.k. reguluje kwestię kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych, korespondencji, rozmów lub przekazów innymi środkami porozumiewania się możliwych do przeprowadzenia przez odpowiednie organy państwowe. Nagrania z ukrytych urządzeń rejestrujących przebiegają w określonych prawem przypadkach po spełnieniu wymogów formalnych. Tylko zebrane zgodnie z prawem przez odpowiednie organy informacje mogą stanowić dowód w sprawie. Natomiast dane zebrane w przeprowadzonej bez zgody sądu kontroli operacyjnej podlegają zniszczeniu na mocy zarządzenia sądu.

R. Kmieciak stał na stanowisku, iż uzyskane poza procesowo legalne dowody mogłyby być wyjątkowo uznane za pomocniczy materiał dowodowy. Jego wykorzystanie wymagałoby jednak przeprowadzenia postępowania dowodowego z zachowaniem wszelkich rygorów procesowych<sup>32</sup>. T. Hanausek wyrażał pogląd, iż informacje operacyjne z założenia mogą jedynie wskazywać poszukiwania lub utrwalenia dowodu. Wyniki czynności operacyjno-rozpoznawczych nie mają bezpośredniego znaczenia dowodowego i nie mogą być bezpośrednio wykorzystane w toku procesu karnego, a ich dowodowe wykorzystanie wymaga odpowiedniego „przetworzenia” przez przeprowadzenie dowodu zgodnie z zasadami obowiązującymi na gruncie postępowania karnego podczas jawnej i kontradiktoryjnej czynności procesowej<sup>33</sup>.

Odmienne stanowisko przedstawił Sąd Najwyższy w wyroku III KK 5/12<sup>34</sup>, w którym czytamy, że nagrania prywatne mogą być dopuszczone do materiału dowodowego jedynie w sytuacji, gdy stanowią rejestrację czynu przestępnego, a nie prywatnych rozmów nawet dotyczących tego czynu.

Jednocześnie pomimo, iż art. 168a k.p.k. w obecnym brzmieniu obowiązuje od 15 kwietnia 2016 r., wykładnia orzecznictwa analogicznie wskazuje na dopuszczalność dowodu z nagrania rozmowy. I tak w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 2 sierpnia 2016 r. stwierdzono: „przepis art. 168a k.p.k., który dowody uzyskane za pomocą czynu zabronionego uczynił niedopuszczalnymi w okresie od 1 lipca 2015 r. do 15 kwietnia 2016 r. nie dotyczył bowiem spraw, w których akt oskarżenia skierowano do Sądu przed 1 lipca 2015 r. do czasu ich prawomocnego zakończenia”<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> R. Kmieciak, *Konwalidacja i konwersja wadliwych dowodów w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1989, nr 5, s. 94.

<sup>33</sup> T. Hanausek, *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Kraków 1998, s. 131.

<sup>34</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2012 r., III KK 5/12, LEX nr 1226723.

<sup>35</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 2 sierpnia 2016 r., VI Ka 445/16, LEX nr 2089581.

W doktrynie, ponownie A. Bojańczyk potwierdza, że przepisy rozdziału 26 k.p.k. nie są adresowane do pomiotów prywatnych, lecz wyłącznie do organów procesowych<sup>36</sup>.

Również z całą pewnością podzielić należy stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w niniejszym postanowieniu, iż ocena dowodu prywatnego w postaci zapisu rozmowy powinna być wnikliwa, w szczególności, gdy dotyczy zamierzonego nagrywania rozmówcy. W większości przypadków dowód z nagrania rozmów prowadzonych pomiędzy stronami przedstawia dowód z potajemnego nagrania rozmowy jako dowód na niekorzyść strony przeciwnej. Wówczas taki dowód powinien być wnikliwie i starannie oceniony, z uwzględnieniem kontekstu i miejsca rozmowy, a co ważne powinien być poparty innymi dowodami. Ocena ta powinna również obejmować ewentualne stosowanie przez nagrywającego prowokacji.

Poza powyższymi wskazaniem należy zwrócić uwagę i zadać pytanie czy dopuszczalność tzw. dowodów nielegalnych do postępowania karnego może prowadzić do naruszenia konstytucyjnej zasady ochrony życia prywatnego oraz zasady komunikowania się wyrażonej w art. 47 i 49 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego wynikającego bezpośrednio z Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Takie stanowisko wyraził A. Bodnar-Rzecznik Praw Obywatelskich, występując do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o stwierdzenie niezgodności art. 168a k.p.k. z art. 42 ust. 2, art. 45 ust. 1, art. 47, art. 51 ust. 2, 3 i 4 Konstytucji RP w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a także z art. 2, art. 7 i art. 40 Konstytucji RP, w związku z art. 3 i 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Jego zdaniem art. 168a k.p.k. w brzmieniu „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 warunki odpowiedzialności karnej § 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”, prowadzi do obniżenia standardów praw człowieka. Jednocześnie należy wziąć pod uwagę, iż wraz z rozwojem technologicznym, tajemnica korespondencji o której mowa w art. 49 Konstytucji, dotyczy korespondencji nie tylko listownej, ale w głównej mierze elektronicznej. Zatem potajemne nagranie rozmowy może być traktowane jako ingerencja w spokój

<sup>36</sup> A. Bojańczyk, *Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności niektórych dowodów prywatnych w postępowaniu karnym*, „Palestra” 2004, nr 9–10, s. 48.

psychiczny osoby nagrywanej, naruszająca jej prawo do komunikowania się. Każdemu człowiekowi przysługuje prawo do autonomicznego decydowania o tym, jakie informacje o sobie, o swoim życiu prywatnym, pragnie zachować dla siebie, a z którymi chce się podzielić publicznie. Przy nagrywaniu rozmów, samo nagranie drugiej osoby nie stanowi naruszenia jej praw, ale upublicznienie, czyli przedstawienie jako dowód, już stanowi. W przypadku nagrania rozmowy telefonicznej, mamy do czynienia jednocześnie z prawną ochroną wizerunku, w której mieści się głos. Stąd, jak najbardziej należy twierdzić, że podstępne nagranie może naruszać zasady współżycia społecznego oraz godzi w konstytucyjną zasadę swobody i ochrony komunikowania się. Praktyka pokazuje jednak, że chociaż w teorii można się powoływać na naruszenie zasad prywatności gwarantowanych przez Konstytucję, w rzeczywistości dowód z potajemnie nagranej rozmowy przedstawiony jako dowód w procesie podlega szczególnej i wnikliwej ocenie sądu, a więc ocenie wizualnej i zawartości nośnika.

Jednocześnie należy pamiętać o brzmieniu art. 54 ust. 4 Konstytucji RP P, zgodnie z którym każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą, jako normę zakazującą wykorzystania w procesie karnym dowodów uzyskanych niezgodnie z prawem. O ile przepisy Konstytucji RP są stosowane w postępowaniu karnym o tyle, nie dotyczą postępowania dowodowego z uwagi na przeciwstawny sposób przetwarzania informacji w trybie administracyjnej ochrony danych osobowych.

Omawiając prawo do prywatności nie należy ograniczać się jedynie do prawa krajowego, bowiem prawo Unii Europejskiej również reguluje tę problematykę. I tak art. 7 Karty Praw Podstawowych UE<sup>37</sup> statuuje prawo do prywatności, z kolei art. 8 wyodrębnia prawo do ochrony danych osobowych, natomiast w art. 52 ust. 1 czytamy, że „Wszelkie ograniczenia w korzystaniu z praw i wolności uznanych w niniejszej Karcie muszą być przewidziane ustawą i szanować istotę tych praw i wolności. Z zastrzeżeniem zasady proporcjonalności, ograniczenia mogą być wprowadzone wyłącznie wtedy, gdy są konieczne i rzeczywiście odpowiadają celom interesu ogólnego uznawanym przez Unię lub potrzebom ochrony praw i wolności innych osób”. Zgodnie z art. 8 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. Termin „poszanowanie” z jednej

<sup>37</sup> Dz.Urz. UE 2016 C 202.

strony oznacza zakaz ingerowania w wymienione prawa w sposób bezwzględny, z drugiej strony oznacza przyjęcie odpowiednich środków prawnych do poszanowania tych wartości. O ochronie prawa do prywatności wypowiada się wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 maja 2016 r., sygn. I ACa 1056/15, w którym czytamy „ochrona życia prywatnego obejmuje także autonomię informacyjną, o której mowa w art. 51 Konstytucji, oznaczającą prawo do samodzielnego decydowania o ujawnieniu informacji dotyczącej swojej osoby oraz prawo do kontrolowania takich informacji, znajdujących się w posiadaniu innych podmiotów”<sup>38</sup>. Postępowanie karne stanowi jednak sytuację wyjątkową, w której określone rygory prywatności mogą być w sposób usprawiedliwiony naruszone.

Za realizacją prawa do wolności przytoczyć należy wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2016 r., II AKa 130/16<sup>39</sup>, zgodnie z którym godność człowieka jest przyrodzona i niezbywalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych.

Reasumując należy wskazać, iż według ugruntowanego w doktrynie i orzecnictwie stanowiska, zaaprobowanego również przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu glosowanego orzeczenia dowody prywatne w postaci nagrania rozmowy wniesione przez jednego z jej uczestników nie mogą być żadną miarą porównywane z dokonywaniem czynności operacyjno-rozpoznawczych, czy też procesowych w postaci kontroli i utrwalania rozmów przez odpowiednie organy państwa. W związku z dynamicznym rozwojem technologicznym, który dostarcza nam wielu narzędzi do rejestracji obrazu oraz dźwięku, uważa się za zasadne dopuszczalność dowodów prywatnych w postaci nagrania rozmowy utrwalonej nawet potajemnie przez jednego z jej uczestników. Przy czym dowód taki powinien podlegać szczególnej ocenie i być poparty innymi dowodami. Jednocześnie powinien być dostarczony na oryginalnym nośniku, na którym zapisana została rozmowa pierwotna. Ewentualnie w drodze opinii biegłego powinna być wykazana autentyczność takiego nagrania.

Niemniej jednak, niezależnie od powyższych rozbieżności doktryny i orzecnictwa, o dalszych losach art. 168a k.p.k. w brzmieniu „dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronio-

---

<sup>38</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 maja 2016 r., sygn. I ACa 1056/15, LEX nr 2087795.

<sup>39</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2016 r., II AKa 130/16, LEX nr 2304240.

nego, o którym mowa w art.1 warunki odpowiedzialności karnej § 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”, i jego zgodności z aktami normatywnymi wyższego rzędu zdecyduje Trybunał Konstytucyjny.