

Artur Kotowski ■

PROPOZYCJA WYKŁADNI ZASADY ZAKAZU SPOŻYWANIA OWOCÓW Z ZATRUTEGO DRZEWA – PRZYCZYNEK DO DYSKUSJI

1. Wprowadzenie

Wchodząca z dniem 1 lipca 2015 r. Wielka Nowelizacja Procesu Karnego, niezależnie od zakresu prowadzonych dyskusji i kontrowersji wokół znacznej części przyjętych regulacji, jest już przedmiotem szeregu opracowań. W literaturze podkreśla się, że zakres wprowadzanych zmian jest w istocie największy w historii polskiej penalistyki (według kryterium skali zmian w porównaniu do stanu sprzed nowelizacji). Według niektórych poglądów, z którymi należy się zgodzić, prawodawca wprowadza po prostu nowy model procesu. Mówiąc ściśle, adaptacji do obowiązującej procedury ulega model inny niż pierwotnie – przede wszystkim na etapie kluczowym, a mianowicie fazy judykacyjnej (sądowej) procesu karnego. To na tym etapie następuje główna kwalifikacja teoretyczno-modelowa procesu ze względu na jego typ.

Główne elementy reformy można ująć bardzo syntetycznie (1) wskazanie na wiodącą rolę w postępowaniu fazy rozpoznawczej postępowania judykacyjnego procesu; (2) rezygnacji w fazie sądowej z instytucji powiązanych z modelem inkwizycyjnym procesu i ograniczenie inkwizycyjnych uprawnień sądu do minimum; (3) wprowadzenie tzw. kontradyktoryjności twardej (o czym dalej), poprzez przekształcenie statusu zasady sporności z subsydiarnej w taką, która wyznacza istotę postępowania sądowego, aczkolwiek przy uwzględnieniu specyfiki sprawy karnej (na wzór specyfiki sprawy cywilnej); (4) przeniesienie

ciężaru dowodzenia z sądu na strony, ale z pozostawieniem możliwości uzupełnienia przewodu sądowego z urzędu jedynie o wyjątkowe wypadki uzasadnione szczególnymi okolicznościami (art. 167 § 1 kpk). W literaturze wskazuje się jednoznacznie, że główne elementy reformy związane są ze zmianami w zakresie postępowania dowodowego. P. Hofmański wprost określa, że „sercem reformy jest nowelizacja art. 167 kpk”¹. W tym stanie rzeczy również wykładnia art. 168a winna uwzględniać argument systemowy, związany z miejscem zamieszczenia tej zasady w strukturze redakcyjnej Kodeksu oraz zawarciu tej zasady po przepisie będącym podstawą do dekodowania normy szczególnej, tj. właśnie art. 167 kpk

Truizmem była kwalifikacja obecnie wyróżnianego procesu mieszane-go na podstawie kryterium inkwizycyjnego postępowania przygotowawczego i inicjowanego na podstawie zasady skargowości (art. 14§1 kpk) „skargowego” postępowania sądowego. Elementy inkwizycyjności bardzo silnie oddziaływały w stadium sądowym, co było ewidentnym wzorowaniem procesu polskiego na rozwiązaniach europejskich, głównie na wzorcu francuskim (aczkolwiek, oczywiście, bez adaptacji modelu tzw. sędziego śledczego). Biorąc pod uwagę zakres uprawnień inkwizycyjnych sądu na etapie postępowania judykacyjnego, określić, że proces karny był mieszany, to jak wskazać, że etap ten jest skargowy. W rzeczywistości niewiele miało to wspólnego z rzeczywistością. Polski proces karny był silnie inkwizycyjny; zasada inkwizycyjności była dominująca, zaś kontradyktoryjność, tradycyjnie związana ze skargowością, pełniła funkcję zasady subsydiarnej – o pomocniczej roli względem pozostałych zasad procesowych². Rozumiejąc proces mieszany jako taki, który łączy dwa modele postępowania (siłą rzeczy całkowicie różne) na poszczególnych etapach procesu, adekwatne staje się używanie takiej nazwy dopiero, tak naprawdę, wobec ukształtowania procesu karnego po 1 lipca – kiedy faktycznie inkwizycyjność zostaje ograniczona jedynie do fazy postępowania przygotowawczego, zaś skargowość (niemalże czysta) do etapu postępowania sądowego. W wyniku noweli sąd traci większość obecnych prerogatyw inkwizycyjnych, co jest przyczyną wielu kontrowersji związanych z nowelą, gdyż środowisko polskiej penalistyki, przede wszystkim od strony praktyków, wyraża pogląd (umocowany aksjologicznie), że realizacja

¹ Cyt. i por. P. Hofmański, *Gwarancje prawa do obrony w świetle zmian Kodeksu postępowania karnego zawartych w ustawie...*, [w:] M. Kolendowska-Matejczuk, K. Szwarca (red.), *Prawo do obrony w postępowaniu penalnym. Wybrane aspekty*, Warszawa 2014, s. 8–9. Por. także J. Godyń, M. Hudzik, L. K. Paprzycki (red.), *Wielka nowelizacja procesu karnego*, Warszawa 2014, w różnych miejscach.

² Por. M. Królikowski, *Organy państwa szantażują Sejm*, za: <http://wiadomosci.onet.pl/tylko-w-onecie/michal-krolikowski-organy-panstwa-szantazuja-sejm/fdlbgd> - z dnia 03.07.2015 r.

funkcji sprawiedliwościowej, ale – paradoksalnie – także gwarancyjnej prawa karnego, możliwa jest w lepszy sposób (niekoniecznie jedyny) właśnie poprzez wykorzystanie czy też możliwe szerokie odwołanie się ustawodawcy do modelu inkwizycyjności procesu³.

Nowela przesądza w kilku miejscach kwestie sporne w doktrynie sprzed jej wejścia w życie, wprowadzając konkretne zapisy treści normatywnych, które wcześniej podlegały wywodzeniu na zasadzie inferencji prawniczej, z ogółu (charakteru) szeregu innych norm (rangi reguł i zasad w rozumieniu koncepcji R. Dworkina, o czym dalej). Dość wskazać kwestię mało istotną, ale czasem pojawiającą się w dyskursie, a dotyczącą tego, czy zasada *in dubio pro reo* rozciąga się także na okoliczność decyzji o wykładni prawa (wyboru preferencyjnej dla oskarżonego alternatywy znaczeniowej w razie wystąpienia sytuacji polisemii)⁴. Problem ten nie był często podnoszony, ale prawodawca zdecydował się wyraźnie określić, że zasada z art. 5§2 kpk nie rozciąga się na sferę decyzji interpretacyjnych w procesie stosowania prawa (etap przesłanki większej sylogizmu prawniczego, konstrukcja normy generalno-abstrakcyjnej). Innym przykładem jest przedmiot niniejszego opracowania, czyli inkorporowanie do ustawy procesowej tzw. zasady zakazu spożywania owoców z zatrutego drzewa (czasem, bardzo rzadko, określanej mianem dowodu z czynu niedozwolonego [zabronionego]). Chodzi oczywiście o treść nowo dodanego art. 168a kpk, w wyniku ustawy nowelizującej, w brzmieniu następującym:

Art. 168a. Niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego.

Na gruncie brzmienia Kodeksu z 1997 r. w treści dotychczasowej zarówno w doktrynie, jak i w pewien sposób w judykaturze pojawiały się różne wypowiedzi

³ Por. M. Krupska-Świstak, *Ograniczenie inicjatywy dowodowej sądu w procesie karnym a słuszność i sprawiedliwość wyroku*, [w:] T. Gardocka, D. Jagiełło, *Nowe karne prawo dowodowe*, Warszawa 2015, s. 120–129.

⁴ W dyskursie publicznym pojawiają się także kuriozalne argumenty związane z reformą; „Do tej pory niedające się usunąć wątpliwości były weryfikowane na korzyść oskarżonego. Teraz znika zasada niedających się usunąć wątpliwości. To ogromna różnica.” – wywód taki jest oczywiście błędny; w wyniku noweli uprawnienia oskarżonego z tytułu zasady z art. 5 § 2 kpk stają się silniejsze, szczególnie mając na względzie realizację postanowień reguły z art. 167 kpk, za: *Suma strachów, czy wywrócenie procedur do góry nogami? Barski kontra Królikowski, czyli dwugłós ws. KPK*,

<http://wpolityce.pl/spoleczenstwo/257946-suma-strachow-czy-wywrocenie-procedur-do-gory-nogami-barski-kontra-krolikowski-czyli-dwuglos-ws-kpk> – z dnia 02.07.2015 r.

czy w ogóle, ewentualnie w jakim zakresie, omawiana zasada funkcjonuje w polskim procesie karnym⁵. W każdym razie, nawet zwolennicy poglądu o jej obowiązywaniu wskazywali na jej charakter jako tzw. zasady abstrakcyjnej, czyli nie wprost zakodowanej w treści poszczególnych jednostek redakcyjnych, ale koniecznej do wyprowadzenia z charakteru z norm proceduralnych (w pewnym zakresie także i z zasad, stąd użyte jedynie określenie normy, jako że każda zasada jest też normą, tyle że nie poddaje się wówczas klasyfikacji na zasadzie „wszystko albo nic”, natomiast nie każda norma posiada moc zasady prawnej, czyli wpływa na interpretację innych reguł dekodowanych z tekstu prawnego). R. A. Stefański wskazuje, że żadna z dotychczasowych ustaw karnoprocesowych (z 1928 r., 1969 r., 1997 r. w wersji pierwotnej) nie zawierała takiej zasady zapisanej wprost⁶. Niewątpliwie dyskusja o roli i statusie zasady „owoców z zatrutego drzewa”, na gruncie rodzimych regulacji procesowo-penalnych, nabrała szczególnego znaczenia po głośnej sprawie rozpoznawanej także przez Sąd Najwyższy pod sygnaturą II KK 265/13⁷.

Od razu jednak zwracam uwagę, że nie widzę już sensu przeprowadzania dogmatycznego wstępu na okoliczność zaprezentowania stanowisk w przedmiocie – z punktu widzenia stanu prawnego po 1 lipca 2015 r. – tego, czy omawiana zasada obowiązuje, czy nie, a jeżeli nawet, to w jakim zakresie jest stosowana. Prawodawca przesądził tę kwestię, pozytywizując zasadę (przy przyjęciu, że winna ona być wyprowadzona w oparciu o aksjologię demokratycznego państwa prawnego pod względem kryterium gwarancyjnego, a nie jedynie w oparciu o prakseologię ścigania). Ewentualnie, używając innego określenia, inkorporował ją do tekstu prawnego, przekształcając z odmiany abstrakcyjnej w konkretną. Wszelkie więc spory na okoliczność tego, czy obowiązywała w pierwotnym stanie prawnym, czy nie, z punktu widzenia rzeczywistego problemu prawnego po 1 lipca 2015 r. stają się bezprzedmiotowe.

Celem opracowania jest natomiast zaprezentowanie i jedynie poddanie pod rozwałę – z pewnością dogmatykom, specjalizującym się konkretnie w prawie karno-procesowym – możliwej wykładni art. 168a kpk, celem ograniczenia, niewątpliwie wiążących się z omawianą zasadą, reperkusji czy też konsekwencji negatywnych, na które wskazuje się w literaturze.

⁵ Por. M. Lewandowski, *Koncepcja „owoców zatrutego drzewa” a swobodna ocena dowodów w orzecznictwie sądów polskich i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*. Studia Prawa Publicznego 2013/nr 2.

⁶ Por. R. A. Stefański, *Dowód uzyskany z czynu zabronionego*, [w:] T. Gardocka, D. Jagiełło, *Nowe karne prawo dowodowe*, Warszawa 2015, s. 21.

⁷ Por. także głos z doktryny: R. Kmieciak, *Kontrowersyjne unormowania w znove-lizowanym kodeksie postępowania karnego*, [w:] Prokuratura i Prawo 2015/1-2, s. 18.

2. Zasada zakazu spożywania owoców z zatrutego drzewa – pojęcie i rola – zarys zagadnienia.

Niniejsza sekcja ma charakter jedynie sprawozdawczo-wprowadzający.

Jedynie dla przypomnienia wypada wskazać, że znane teorie oceny dowodów dzieli się na odmianę swobodną i legalną (dwa modele oceny dowodów), przy czym tworzą one w zasadzie trzy teorie oceny dowodów (w rozumieniu opisowym). Przyjmując, że teoria swobodna (właściwie swobodna – kontrolowana – przyjmowana współcześnie i kształtowana od Wielkiej Rewolucji Francuskiej) jest skorelowana z zasadą prawdy materialnej (do niej dąży), teoria legalna wprowadza i koresponduje z zasadą prawdy formalnej, teoria dowolna (swobodna – niekontrolowana) – w ogóle wymyka się tej kwalifikacji, nawet uwzględniając kryteria teorii legalnej, która jednak dąży do opisu procesu poznawczego, jakim jest postępowanie dowodowe, kryteriami przyjętymi za naukowe (przede wszystkim poprzez jakąś, czasem opartą na regułach teologicznych, metodologię).⁸

Teoria oceny swobodnej – niekontrolowanej (z punktu widzenia dzisiejszych standardów – dowolna teoria oceny dowodów), charakterystyczna jest dla archaicznych kultur prawnych, ewentualnie takich, w których organ stosujący prawo dysponuje brakiem jakichkolwiek ograniczeń ze strony władzy prawodawczej w przedmiocie zarówno oceny, jak i dopuszczania (wprowadzania do procesu) określonych środków dowodowych, z których uzyskuje się treści o przedmiocie postępowania – faktach podlegających dowodzeniu. Z oczywistych względów teoria ta posiada współcześnie przydatność jedynie do wyszczególnienia akademickiego. Cechą charakterystyczną tej teorii jest budowanie katalogu środków dowodowych opartych na kryteriach wiary, praktyk religijnych, odwołania do praw przyrody itp., ocenianych według prawideł religijnych, utartych zwyczajów itp.⁹

Koncepcja kolejna to teoria legalna, charakterystyczna dla modelu stosowania prawa, określanego mianem związania decyzji sędziowskiej i wiąże się ona z powstaniem w średniowieczu inkwizycyjnego typu procesu¹⁰. Następuje w niej ścisłe związanie organu stosowania prawa zarówno rodzajem dowodów (tego, co uznaje się za dowód w rozumieniu danej procedury), jak i – przede wszystkim – nadawaniem ścisłych dyrektyw co do oceny poszczególnych środków dowodowych ze względu na ich moc (np. tzw. dowody pełne, półpełne itp.). Teoria

⁸ Por. Z. Świda-Łągiewska, *Zasada swobodnej oceny dowodów w polskim prawie karnym*, Wrocław 1983, s. 20–22.

⁹ Por. tamże, s. 220–223, R. Kmieciak, *Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, s. 34–35, 37–38 i K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2005, s. 193–194.

¹⁰ Por. Z. Świda-Łągiewska, dz. cyt., s. 22.

swobodnego uznania charakterystyczna jest dla wszystkich współczesnych, zbudowanych na tradycjach (dla niektórych gruzach) koncepcji nowożytnego pozytywizmu prawniczego systemach prawnych. W rzeczywistości bazuje na teorii legalnej (pozostawiając pierwotne założenie o stworzeniu katalogu dowodów, które mogą być dopuszczone/wprowadzone do procesu), natomiast przy rezygnacji ze ścisłego reglamentowania oceny poszczególnych środków dowodowych, za wyjątkiem stworzenia katalogu negatywnego, to znaczy tego, co i w jakich warunkach za dowód nie może być uznane (katalog zakazów dowodowych). Organ stosujący prawo typu sądowego posiada pozostawiony luz decyzyjny na okoliczność oceny zgromadzonych środków dowodowych, wprowadzonych i przeprowadzonych na podstawie norm proceduralnych. Ocena ta nie jest jednak dowolna (jak w teorii dowolnej...), ale swobodna, gdyż wyznaczona granicami określonymi przez stosowne normy proceduralne, a jak można zauważyć także w warunkach demokratycznego państwa prawnego, pewne standardy umocowane aksjologicznie w kulturze prawnej¹¹.

Współczesne procedury posługują się w zasadzie jednolicie teorią swobodnego uznania; ewentualnie rozszerzając bądź zmieniając uprawnienia organu stosowania prawa poprzez decyzję z natury polityki prawa, tj. przez ewentualne przesunięcie granic brzegowych w kierunku skrajności wyznaczonej przez teorię legalną¹². Poszczególne instytucje prawa dowodowego czerpane są zatem z katalogu bądź to jednej, bądź drugiej teorii, odpowiednio albo poszerzając, albo, *de facto*, ograniczając (bardziej wiążąc) organ stosujący prawo. Jest truizmem stwierdzenie, że dyrektywę prawdy materialnej realizuje najszerzej teoria dowolna (ale pod warunkiem, że realizowana w dojrzałym systemie prawnym, np. wprowadzająca do procesu liczne dowody naukowe i upodabniająca postępowanie dowodowe do jakiegoś procesu badawczego, co pozostaje rzecz jasna jedynie w sferze hipotetycznych, tudzież futurologicznych rozważań). W praktyce z określonych powodów aksjologicznych prawodawca wprowadza do regulacji z zakresu procesu poznawczego, jakim jest postępowanie dowodowe, określone ograniczenia¹³. Niewątpliwie im większe następuje zawężenie środków poznania oraz wprowadzanie silniejszych reguł na okoliczność budowania twierdzeń o faktach (też dowodowych i reguł ich udowodniania), tym silniejszym skutkuje

¹¹ Por. K. Sójka-Zielińska, dz. cyt., s. 201–202 i 207–208 i R. Kmiecik, dz. cyt., s. 48–51.

¹² Por. Z. Świda-Łągiewska, dz. cyt., s. 29.

¹³ „[Prawniczy model poznania – przyp. A.K.] „wyznaczony jest nie przez procedurę naukową, lecz procedurę prawną, która narzuca niekiedy zarówno sposób ustalenia stanu faktycznego, jak i nakazuje przyjęcie różnych „uproszczeń”, które nie mogłyby uzyskać aprobaty w naukowym procesie poznawczym” – cyt. L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2004, s. 67.

to przesunięciem zasady prawdy w kierunku jej odmiany formalnej. Jest to oczywiście rozumowanie *in abstracto*; nie oznacza ono, że każde rozstrzygnięcie nawet w ramach teorii legalnej jest obciążone fikcją dowodową, zaś każde poczynione w ramach teorii dowolnej (ewentualnie szeroko skonstruowanej swobodnej) skutkuje zawsze uzyskaniem rozstrzygnięcia opartego jedynie na prawdziwych (w rozumieniu arystotelesowskim) ustaleniach faktycznych. Adaptując określone teorie oceny dowodów, prawodawca zwiększa lub zmniejsza prawdopodobieństwo uzyskiwania takowych rozstrzygnięć w skali ogólnosystemowej.

W literaturze wskazuje się, że zasada zakazu spożywania owoców z zatrutego drzewa w zasadzie w najszerszym ujęciu występuje w USA. W krajach kontynentalnej kultury prawnej, a nawet w Anglii „wyłączenie dowodów [na podstawie ich formalnego „skażenia” – przyp. A. K.] należy do sfery dyskrejonalnej władzy sędziego”¹⁴. Wpisując się w zespół zakazów dowodowych,¹⁵ omawiana zasada jest pochodną instytucji związanych z legalną teorią dowodów. Wiąże sąd w przedmiocie wprowadzania do procesu dowodów pochodzących z przestępstwa. Omawiana zasada wpisuje się w problematyczny nurt niejednorodnych poglądów na okoliczność zakazów dowodowych¹⁶. Określenie „zakazu dowodów z zatrutego drzewa” jest wynikiem schematu znanego w USA, gdzie zakłada się, że dowód (owoc) pochodzący z czynu zabronionego (zatrute drzewo) wyłącza legitymację do jego wprowadzenia do procesu¹⁷. Jest to zwrócenie uwagi na dowody ujawnione w wyniku określonego zachowania zmierzającego do ujawnienia dowodu, a nie ocena dowodu jako informacji, która istnieje niezależnie od działania określonego podmiotu i która, sama w sobie, zawiera informacje przydatne dla postępowania. W takim ujęciu chodzi więc tak naprawdę o tłumaczenie „owocu” nie jako dowodu, ale środka dowodowego, który pochodzący z czynu zabronionego, jest „skażony” i nie może być wprowadzony do procesu jako nielegitymowany zasadą praworządności.

Mowa jest o dopuszczeniu dowodu do postępowania. Zasada nie wprowadzająca standardu (nie jest to więc klasyczne principle w ujęciu R.Dworkina), lecz funkcjonująca na zasadzie reguły („wszystko albo nic” – dowód albo pocho-

¹⁴ Por. i cyt. T. Tomaszewski, *Proces amerykański. Problematyka śledcza*, Łódź 1996, s. 172.

¹⁵ Por. R. Kmieciak, dz cyt., s. 17.

¹⁶ Por. Z. Kwiatkowski, *Zakaz wykorzystania dowodu w ujęciu art. 168a projektu zmian Kodeksu postępowania karnego*, [w:] A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska (red.), *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego*, Warszawa 2013, s. 474.

¹⁷ Por. P. Cruces, *The fruit of the poisonous tree Doctrine in México?* Por. at https://www.academia.edu/7751155/_La_doctrina_del_fruto_del_arbol_envenenado_en_Mexico_-_z_dnia_30-06-2015r.

dzi z przestępstwa, albo nie. Jeżeli tak, to w ogóle nie może być zaliczony w poczet materiału dowodowego i należy go pominąć) słusznie została zamieszczona pod względem systematyki zasad procesowych, nie w grupie naczelných zasad postępowania, na początku Kodeksu. Zwykle zasady wprowadzają pewien standard; organ procesowy, nawet oceniając, że zasada zakazu spożywania owoców z zatrutego drzewa funkcjonuje w porządku prawnym, ocenia samodzielnie, na ile stopień „skażenia” owoców dyskwalifikuje je, skutkując nie zakazem ich wprowadzenia w poczet materiału dowodowego, ale oceną z zakresu braku nadania takim dowodom / dowodowi waloru wiarygodności. W tym też kierunku podążają wypowiedzi krytyczne doktryny na okoliczność inkorporowania zasady w takiej formie do procedury w wyniku noweli „lipcowej” (o czym dalej w niniejszej sekcji). Już w tym miejscu zaznaczam, że celem niniejszego opracowania jest propozycja wykładni art. 168a celem prakseologicznego dostosowania omawianej zasady funkcjonującej aksjologii, która nie zostaje przecież zdezaktualizowana nagle, wyniku jednej ustawy nowelizującej, a co wydaje się być oczywiste. W tym kontekście zresztą aktualizuje się pogląd T. Kuhna o rewolucyjnym albo ewolucyjnym rozwoju nauki i wiedzy¹⁸.

T. Tomaszewski wskazuje, że omawiana zasada opiera się na dwóch, nie do pogodzenia – ale jedynie na „pierwszy rzut oka” – postawach aksjologicznych. Chodzi o konflikt wartości – zasady ścigania z zasadą prawa do obrony. Argument z zasady ścigania niewątpliwie wiąże się z zasadą prawdy materialnej. Wyższą wartość posiada ukaranie prawdziwego sprawcy za pomocą wszystkich zgromadzonych dowodów, oczywiście pomijając bezwzględne zakazy dowodowe. I już w tym miejscu dochodzimy do sytuacji, w której nie jest to zasada bezwzględna, lecz zawsze znajduje jakieś ograniczenie, czy to w zakazach dowodowych, czy to w nieetycznym działaniu organów ścigania. Jednak wymaga to doprecyzowania; czy chodzi jedynie o działania będące przestępstwem (zatem po prawomocnym orzeczeniu skazującym za „kreowanie” dowodów dla postępowania, np. fałszowanie ich), czy też wszelkie aspekty niedochowania praw podejrzanego/oskarżonego? Z tego też względu zasada zakazu spożywania owoców z zatrutego drzewa istnieje zawsze, tylko w określonej odmianie. W minimalnym zakresie nie da się jej (nawet jako zasady abstrakcyjnej) wyłączyć w procesie karnym, w demokratycznym państwie prawnym. Chodzi o to, że reguły gwarancyjne w jakiejś mierze zawierają założenie o niemożności skutecznego ścigania sprawcy „za wszelką cenę”; że prakseologia w skargowości i zasady legalizmu nie mogą funkcjonować w niepodlegającym żadnemu ograniczeniu zakresie. W tym znaczeniu wszystkie zasady z grupy tzw. „gwarancyjnych” pełniłyby rolę w istocie

¹⁸ Por. T. S. Kuhn, *Struktura rewolucji naukowych*, Warszawa 2009, *passim*.

subsydiarną wobec naczelnej, jaką jest prawda materialna i legalizm. Takie ujęcie jest oczywiście zgodne z wysoce inkwizycyjną koncepcją procesu, ale wydaje się być ideą, poglądem anachronicznym w czasach demokratycznego państwa prawnego, gdzie wywodzi się, że organy ścigania jako przedstawiciel władzy (suwerena politycznego) nie mogą być sytuowane w relacji permanentnie nadrzędnej wobec słabszego podmiotu prawa, ale że pozycję tę, bez hipokryzji, wzorcem tradycji cywilistycznych, należy chociaż w minimalnym stopniu „wyrównać”. W tym znaczeniu ta druga koncepcja aksjologiczna opiera się na założeniu przeciwnym, że istnieje „wzmożona potrzeba ochrony oskarżonego” w relacji z silniejszą stroną stosunku karno-prawnego, jaką są organy ścigania¹⁹. W tym ujęciu dobrem wyżej chronionym jest w istocie prawo do obrony oskarżonego, a nie zasady prawdy materialnej i ścigania z urzędu.

Zwracam przy tym uwagę, że geneza i rola zasady wyłączenia dowodów poprzez zakaz wprowadzania tych, które pochodzą z czynu zabronionego w określonej randze, jest w istocie dyskusją o wzajemnej inklinacji między zasadami procesowymi. Jak już powoływałem, zgodnie z koncepcją R. Dworkina, nie działają one na zasadzie „wszystko albo nic”, lecz tworzą konglomerat wzajemnych relacji; wzajemnie na siebie oddziałują i odpowiednio wzajemnie osłabiają lub wzmacniają. Ukształtowanie jako „silniejszej” zasady kontradycyjności minimalizuje zasadę inkwizycyjności, a w pewien sposób i zasadę prawdy materialnej, przesuując ją w kierunku prawdy formalnej. Z kolei podwyższenie roli zasady ścigania z urzędu minimalizuje rolę zasady oportunistycznej procesowego. Zwiększenie roli zasady prawdy materialnej i inkwizycyjności sytuuje będącą w polu naszych rozważań zasadę zakazu spożywania owoców... w randze niższej, jedynie subsydiarnej, podobnie jak np. zasadę kontradycyjności, która polega na takim wyjaśnieniu, jak była definiowana do tej pory, tj. jedynie jako stan w którym organ procesowy umożliwiał stronom prowadzenie sporu, a nie ów spór ontycznie definiował postępowanie.

Zasady procesowe są więc skutkiem wyborów aksjologicznych prawodawcy i dyskutowanie nad tymi wyborami na zasadzie słuszności jest może i celowe, ale pod warunkiem, że sprecyzuje się kryteria, które leżą u podstaw formułowania zdań ocennych. Rzadko też kiedy wyniki takich dysput są konstruktywne, wobec faktu, że u określonych decyzji aksjologicznych leżą najczęściej świadome decyzje ocenne, przede wszystkim na zasadzie tego, co się chce, a czego nie chce się osiągnąć za pomocą stworzenia danej konfiguracji zasad procesowych.

¹⁹ Por. i cyt. T. Tomaszewski, *Proces amerykański. Problematyka śledcza*, Łódź 1996, s. 165–166.

Wszystko to wskazuje, że omawiana zasada jest więc stopniowana. W warunkach demokratycznego państwa prawnego jest nieakceptowalną praktyką dopuszczanie każdego dowodu, bez względu na stopień ich „skażenia”. Chodzi natomiast o to, jak lokuje się regułę ich wyłączenia; czy w sferze swobodnego uznania przez organ procesowy (w szczególności sąd), czy też jako formalną, w określonym zakresie, zasadę formułującą w istocie zakaz dowodowy. Należy koniecznie zaznaczyć, że już na gruncie Kodeksu przed nowelizacją trudno byłoby sobie wyobrazić drastyczną sytuację, w której – czysto hipotetycznie – skazanie miało odbyć się na podstawie dowodów, których pochodzenie lub przeprowadzenie w znaczny sposób byłoby obciążone poważnymi wadami („spreparowaniem” przez organy ścigania, tudzież nawet legalnym pochodzeniem, ale tak poważnymi uchybieniami w zakresie ich przeprowadzenia, że skutkującymi naruszeniem zasady prawa do obrony). Swoistym „bezpiecznikiem” była przecież reguła z art. 440 kpk (zresztą utrzymana w brzmieniu Kodeksu po noweli), która gwarantowała, ale i przesuwała ocenę stopnia naruszenia całego postępowania dowodowego (jako sprzecznego wówczas) z zasadą rzetelnego procesu karnego, wyprowadzaną zresztą z art. 6 EKPC. W tym znaczeniu wywodzono, że w jakimś zakresie zasada reguły wyłączenia dowodów na podstawie skażenia ich formalnego „pochodzenia” mimo wszystko była zakodowana, lecz odczytywana – jak już wspomniano – poprzez inferencję z całokształtu gwarancyjnych uprawnień oskarżonego i poziomu praw podstawowych, gwarantowanych, w odniesieniu do prawa karnego procesowego, z EKPC, przede wszystkim z zasady o rzetelnym procesie karnym.

Z tego też tytułu faktycznie dyskusyjnym jest zakodowanie zasady z art. 168a w wyniku noweli. Poprzednia wersja zasady lokowana była w zakresie luzu decyzyjnego sądownego organu stosowania prawa, który samodzielnie oceniał, na ile uchybienia formalne w zakresie gromadzenia i przeprowadzania dowodów winny skutkować możliwością poczynienia na ich bazie ustaleń. Dowody takie jednak podlegały ujawnieniu i gromadzeniu na podstawie reguły z art. 410 kpk a skutek „negatywny” polegał jedynie na odmowie przyznania im waloru wiarygodności przez organ procesowy. Jest to zatem, niewątpliwie, o wiele mniej restrykcyjne ujęcie, niż to, które wprowadzone zostało do procedury nowelą lipcową.

3. Wykładnia.

W przypadku odczytania znaczenia treści normatywnych zawsze pojawia się nierozstrzygnięty do końca spór o to, z czego powstaje brzmienie; czy norma prawna (rozumiana nawet klaryfikacyjnie, jako znaczenie przepisów prawa, bez

formalnego rozróżniania języka przepisów prawa a języka norm prawnych) jest „skutkiem” znaczeń poszczególnych nazw wchodzących w skład danej jednostki / -stek redakcyjnych, czy też znaczenie normy prawnej jest treścią odczytaną z całego zwrotu. Chodzi o problem wskazywany przez M. Matczaka²⁰; tj. o to, czy norma jest wyrażeniem językowym (nawet rozumianym jako znaczenie przepisu – jak w teorii derywacyjnej), czy znaczeniem wyrażenia (bardziej obrazowo: znaczeniem treści). Czynię takie uwagi na zasadzie wprowadzającej, gdyż – jak się wydaje – mogą wpłynąć na odczytanie treści normatywnej z art. 168a, który – choć nie wzbudza przy pierwszym zetknięciu większych problemów semantycznych, to może prowadzić do szeregu problemów na poziomie stosowania tej reguły / zasady (szerzej o tym problemie w sekcji kolejnej).

Przede wszystkim należy zauważyć, że na gruncie tej jednostki redakcyjnej w sposób łatwo uchwytany można dostrzec trafność podejścia interpretacji *sensu largo* (w grupie której znajduje się teoria derywacyjna M. Zielińskiego i jej permutacja walidacyjna L. Leszczyńskiego). Otóż przywołane już brzmienie art. 168a (niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego) może nie rodzić trudności z uzyskaniem całościowej semantyki (zatem stanowi przykład jasności znaczeniowej, czyli odpowiada sytuacji izomorfii w rozumieniu teorii klaryfikacyjnej²¹), ale nie oznacza, że w literaturze nie wskazywano na szereg problemów związanych z dookreśleniem poszczególnych „części składowych” reguły. W tym stanie rzeczy uzasadniony staje się – jako trafny – postulat teorii derywacyjnej i nurtu wykładni *sensu largo*²², wyodrębnionej przez J. Wróblewskiego²³, że działania interpretacyjne podejmuje się od samego początku zetknięcia się egzegety z tekstem prawnym, a stany izomorfii / polisemii są subiektywną decyzją interpretacyjną, co szczególnie jest istotne w warunkach demokratycznego państwa prawnego i co

²⁰ Por. M. Matczak; *Tekst prawny jako opis świata możliwego. Rozważania o statusie ontologicznym normy prawnej*, s. 2, http://www.academia.edu/2606648/Tekst_prawny_jako_opis_%C5%9Bwiata_mo%C5%BCliwego._Rozwa%C5%BCania_o_modelu_interpretacji_prawniczej – z dnia 02-07-2015 r.

²¹ Por. J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1990, s. 58 i K. Pleszka, *Wykładnia rozszerzająca*, Warszawa 2010, s. 190.

²² Por. T. Spyra, *Granice wykładni prawa*, Kraków 2006, s. 102. Rozróżnienie na wykładnię *sensu largissimo*, *largo* i *stricto* (w tej ostatniej osadzona jest teoria klaryfikacyjna-intensjonalna) wprowadził J. Wróblewski. Por. także podział powoływany przez M. Zielińskiego w: M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady...*, s.60.

²³ Por. J. Wróblewski, *Rozumienie...*, s. 55–56: omówienie interpretacji humanistycznej *sensu largissimo*, *sensu largo* i *stricto* (ta ostatnia była wg J. Wróblewskiego jedynie trafna w stosunku do rozumowań normatywnych w porządku prawnym).

nakazuje uzasadniać dlaczego zwrot uznano za niewymagający szerszej argumentacji w przedmiocie dokonywanych zabiegów interpretacyjnych. W myśl takiego założenia przyjmuje się, że nawet gdy tekst jest jasny (izomorficzny), stanowi to – samo w sobie – decyzję interpretacyjną²⁴.

W znaczeniu teorii derywacyjnej to, co odczytuje się z tekstu prawnego za pomocą tzw. intuicji interpretacyjnych (ogólne brzmienie reguły) określa się mianem wyrażenia normokształtnego (usytuowane jest ono na etapie translacji normatywnej pomiędzy etapem dekodowania znaczenia z przepisów prawnych a finalnym znaczeniem reguły). Art. 168a przy pierwszych czynnościach percepcyjnych jest jasny, ale w doktrynie wzbudził konieczność podjęcia wzmierzonych działań interpretacyjnych przede wszystkim o następujące, najbardziej problematyczne, elementy (nazwy):

1. „uzyskanego do celów”
2. za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego.

Nie oznacza to oczywiście, że pozostałe nazwy wchodzące w skład wyrażenia nie podlegają interpretacji. Jak wskazano powyżej, ich wykładnia nie wymaga złożonych operacji poznawczych na okoliczność ustalenia ich desygnatów, czyli precyzyjnie określonego zakresu znaczenia. Do kwestii tej powracam w dalszej części opracowania. Wskazując jedynie w tym miejscu, że zwroty: „nie-dopuszczalne jest”, „przeprowadzenie”, „wykorzystanie” (połączone spójnikiem koniunkcji, tworząc podwójną kwantyfikację) odczytane zostały jednolicie w doktrynie jako takie, które zakazują (nie-dopuszczalne jest) w ogóle wprowadzać do procesu (zarówno poprzez prowadzenie ustaleń, jak i inferowanie z tych środków) dowodów, o cechach określonych w dalszej części treści.

Należy natomiast zauważyć, że w literaturze można napotkać szereg poglądów krytycznych w przedmiocie zapisania zasady zakazu spożywania owoców z zatrutego drzewa, choć nie jest do końca jasne, na ile problematyczne jest w ogóle przekształcenie tej zasady z abstrakcyjnej w konkretną, a ile takie, a nie inne brzmienie art. 168a kpk. Nie wdając się w polemikę z poszczególnymi wypowiedziami, można jedynie wskazać na przykładowe głosy krytyczne. Co chcę bardzo mocno podkreślić, to taki argument, że wszystkie zdają się bazować na bardzo szerokiej wykładni brzmienia art. 168a kpk. Tymczasem w dalszej części niniejszego opracowania staram się wykazać, że istnieje możliwość węższego od-

²⁴ Por. Pogląd taki był powszechny w XIX-wiecznej teorii egzegezy prawniczej (choć inaczej rozumianej i nie tak rozwiniętej jak współcześnie); wykładnię definiowano jako „całokształt metod, za pomocą których dochodzi się do zrozumienia wytworów ducha ludzkiego”. Cyt. Wundt, *Logik. II B*, 1895, s. 82, za: E. Waśkowski, *Teoria wykładni prawa*, cywilnego, Kraków 1936, s. 12.

czytania znaczenia reguły dekodowanej konkretnie z nazw, z których zbudowana jest niniejsza jednostka redakcyjna Kodeksu. Powracając jednak do wskazania przykładowych poglądów można wskazać, że²⁵:

- Podaje się jako sprzeczność inkorporowania omawianej zasady zakres penalizacji określony czynem z art. 291 § 1 kk. Sformułowano, jak się wydaje, kontrowersyjny pogląd (przyjmując go bezgranicznie), że państwo „prowadząc postępowanie karne może [...] wykorzystywać także dowody pochodzące z czynu zabronionego”²⁶. Jest to rzecz jasna problem aksjologii i wyważenia proporcji; a przede wszystkim pytanie o zakres samoograniczania się państwa w zakresie polityki ścigania *versus* aspekt sprawiedliwości czy też rzetelności postępowania. W tym stanie rzeczy jednak wypada wskazać, że cały dyskurs, w którym ukierunkowuje się właśnie na przeciwstawienie tych dwóch wartości jest najwyraźniej niewłaściwy w fundamentalnym założeniu. Nie są to wartości sprzeczne, a – jak postaram się wskazać w proponowanej wykładni art. 168a – obie te wartości w standardach i aksjologii demokratycznego państwa prawnego należy potraktować wręcz łącznie.
- Najczęściej podawany jest argument, że omawiana zasada eliminuje wszystkie dowody, także skażone „pośrednio”, które w ewidentny sposób ułatwiłyby reakcję karną na popełniony czyn zabroniony, mając na względzie aspekt realizacji prawdy materialnej, np. zwłoki ujawnione przez włamywacza²⁷ czy oszustwo ujawnione przez szpiegującego niewierną żonę męża²⁸.

Istotna względem wykładni art. 168a kpk jest także sama relacja stron w stosunku karnoprawnym. Sąd proceduje nie przy założeniu wyjściowym o konieczności ścigania „za wszelką cenę” i nadawaniu jakiejś prymarnej roli aktowi oskarżenia (prokurator – inkwizytor wskazuje osobę oskarżoną), ale że mając na względzie zasadę domniemania niewinności, sąd przystępuje do rozpoznania sprawy przy określonym nastawieniu poznawczym, że osądza się osobę niewinną, której należy udowodnić winę, ale – w warunkach demokratycznego państwa prawnego – nie za wszelką cenę, ale metodami formalnie dopuszczanymi, przeprowadzonymi w sposób właściwy. Oczywiście zasada ta nie może być

²⁵ Por. także zestawienie zawarte w: R. A. Stefański, dz.cyt., s. 21–22.

²⁶ Por. i cyt. M. Warchoń, *Śledztwo obrońcy i nielegalne dowody – wybrane zagadnienia reformy procedury karnej*, [w:] M. Kolendowska-Matejczuk, K. Szwarca (red.), *Prawo do obrony w postępowaniu penalnym. Wybrane aspekty*, Warszawa 2014, s.54.

²⁷ Por. R. Kmiecik, *Kontrowersyjne unormowania...*, s. 17–18.

²⁸ Por. M. Warchoń, *Śledztwo...*, s. 55.

pojmowana bezgranicznie; mając na względzie wcześniejsze uwagi z pola widzenia zasady rzetelności procesu nie może zniknąć i ten drugi kierunek – jednak takie przeprowadzenie procesu i wykorzystanie dostępnych dowodów, by chronić pokrzywdzonego, a z pewnością zrealizować funkcję sprawiedliwej odpłaty²⁹. Z kolei już na gruncie regulacji sprzed reformy, przede wszystkim krytykując aspekt inkwizycyjności działań sądu, podnoszono argumenty, że „nie do przyjęcia jest sytuacja, kiedy obywatel jest po kolei konfrontowany z dwoma organami państwa, najpierw z prokuratorem, a potem z sądem, przy czym oba te organy starają się mu wykazać winę w popełnieniu przestępstwa. Trzeba to radykalnie zmienić”³⁰. W tym znaczeniu inkwizycyjność zawsze osłabia zasadę domniemania niewinności, bowiem nakłada na sąd aktywność w przedmiocie ustalenia całokształtu okoliczności sprawy, ale przez pryzmat – w odbiorze podsądnego – udowodnienia winy. Z punktu widzenia właśnie oskarżonego, który jest winny, sytuuje to sąd jako jego przeciwnika procesowego, a tak przecież w demokratycznym państwie prawnym być nie powinno. Chodzi więc o rozkład odpowiedzialności, a środowisko sędziowskie, wychowane w tradycji inkwizycyjnej, intuicyjnie przyjmuje konieczność ustalenia prawdy obiektywnej (materialnej) jako powinność roli, którą wykonuje sędzia. Co jest, rzecz jasna, trafne, ale tylko w procedurze adaptującej model inkwizycyjny postępowania. Jest to więc nie do rozstrzygnięcia konflikt aksjologiczny, gdy adaptacja modelu skargowego z silną kontradiktoryjnością zakłada to, że skoro istnieje organ z całym aparatem państwa w postaci prokuratury, to jedynie oskarżyciel winien być jedynym adwersarzem procesowym oskarżonego.

Trudno jest polemizować z tezą, że organy wymiaru sprawiedliwości i właśnie aksjologia kultury Rechtsstaat wymaga (pod względem pewnego ideału), by osoba niewinna nie obawiała się o wynik procesu, a osoba winna podejrzewała, że niezależnie od stosowanych „kruczków prawnych” i zabiegów procesowych, w sytuacji dobrze przygotowanego oskarżyciela zostanie skazana, ale otrzyma karę sprawiedliwą, stosownie do winy, stopnia społecznej szkodliwości, przy uwzględnieniu reguł prewencji generalnej, ale także szczególnej. Dane rozwiązania proceduralne albo do tego ideału zbliżają, albo oddalają, wprowadzając więcej zabiegów umożliwiających stosowanie określonych działań wymijających.

²⁹ Por. P. Hofmański, *Gwarancje prawa do obrony w świetle zmian Kodeksu postępowania karnego zawartych w ustawie...*, [w:] M. Kolendowska-Matejczuk, K. Szwarca (red.), *Prawo do obrony w postępowaniu penalnym. Wybrane aspekty*, Warszawa 2014, s. 11 ale także

³⁰ Cyt. A. Marek, *Prawo karne materialne*, [w:] J. Przygucki (red.), *Sąd dla obywatela. Opracowanie Zespołu ds. Poprawy Funkcjonowania Sądownictwa Stowarzyszenia Sędziów Polskich „Iustitia”*, Warszawa 2009, s. 141.

Pytanie, na ile prakseologia ścigania musi się kłócić z gwarancyjną funkcją prawa karnego, a gdzie zaczyna się możliwość obstrukcji procesowej.³¹

Zasada zakazu spożywania owoców z zatrutego drzewa wymaga swojego dookreślenia w toku wykładni i stosowania prawa. Wykładnia winna więc określić granice brzegowe tej instytucji, a przede wszystkim sposób rozumienia i wtórnie zakres stosowania reguły dekodowanej z konkretnego przepisu, przy wsparciu w drodze zarówno poza-językowych reguł wykładni (I stopnia), jak i inferencji z relewantnych norm proceduralnych.

Z kolei Z.Kwiatkowski zauważa, że wprowadzany w wyniku noweli art. 168a jest elementem problematyki zakazów dowodowych, co związane jest z brakiem jednolitego stanowiska doktryny w tym przedmiocie, i to zarówno w rodzimej, jak i obcej nauce karnoprocessowej³². W związku z tym konieczne nadmieniam, że niniejsze opracowanie, a w szczególności wywód interpretacyjny zaprezentowany w tej sekcji, nie ma na celu rozstrzygnięcia spornych kwestii dogmatyczno-prawnych poprzez wykorzystanie, jak to się tradycyjnie w ramach wykładni doktrynalnej prowadzi, operacji z zakresu filozofii analitycznej; w szczególności, co przynależy do określonej kategorii lub jakie kryteria podziału (np. zakazów dowodowych) należy przyjąć. Tak dalece posunięte rozważania należy pozostawić znawcom przedmiotu i szczegółowym analizom dogmatycznoprawnym. Dość jedynie wskazać, że kwestię inkorporowania omawianej zasady rozstrzygnął ustawodawca, wprowadzając określoną treść do aktu normatywnego. Celem opracowania jest natomiast przedstawienie możliwości takiej interpretacji brzmienia art. 168a kpk, by – poprzez oczywiście podlegającą stosownej ewaluacji – w drodze określonej argumentacji było możliwe stosowanie tej zasady przy określonym sposobie jej rozumienia. Przede wszystkim chodzi o postawienie pytania, czy faktycznie jedyną interpretacją, która „się broni”, jest przyjęcie pełnego zakresu tej zasady, co skutkuje brakiem możliwości wprowadzania jakichkolwiek dowodów, w stosunku do których – i tu już pojawia się pierwsza kwestia podlegająca wykładni – zachodzi podejrzenie, że pochodzą z czynu określonego w art. 1 § 1 kk., czy też, że stwierdzono, że pochodzą z czynu z art. 1 § 1 kk.

Jak się wydaje, tę kwestię jest rozstrzygnąć stosunkowo najłatwiej. Wca- le nie poprzestając na wykładni językowo-logicznej, lecz odwołując się także do metody interpretacji systemowej oraz funkcjonalnej (i to niezależnie od tego,

³¹ Por. D. Stachurski, *O dopuszczalności dowodów prywatnych w postępowaniu karnym w świetle Konstytucji RP*, [w:] *Palestra* 2013/2–4, s. 87.

³² Por. Z. Kwiatkowski, *Zakaz wykorzystania dowodu w ujęciu art. 168a projektu zmian Kodeksu postępowania karnego*, [w:] A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska (red.), *Problemy sprawiedliwości karnej. Księga jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego*, Warszawa 2013, s. 474.

czy metody te traktuje się jako równorzędne i stosowane zawsze koniecznie – jak w teorii derywacyjnej, czy też gdzie metody funkcjonalna i systemowa weryfikują uzyskane znaczenie w oparciu o prymarną metodę językowo-logiczną – założenie teorii klaryfikacyjnej w obu odmianach; intersjonalnej i ekstensjonalnej), pogląd, że zachodzi konieczność rezygnacji z dopuszczenia dowodu, wobec którego już zachodzi uzasadnione podejrzenie, że pochodzi z przestępstwa, jest poglądem zbyt daleko idącym. Ustawodawca nie wprowadził przecież takiego zwrotu do przepisu zawartego w tej jednostce redakcyjnej. Przepisu nie można uzupełniać o zwroty w nim nie występujące, a znaczenia nazw (prostych lub złożonych) rozszerzać o desygnaty, które nie znajdują się w pasie znaczeniowym tradycyjnie wiązanych z daną nazwą. Dowód uzyskany za pomocą czynu zabronionego to taki, który albo – co jest wiadome – wynika z czynu zabronionego (co akurat na gruncie i obecnych rozwiązań podlegało ocenie, np. w kategorii wspominanego już art. 440 kpk), zatem jest to wynik ustalenia na podstawie prawomocnego orzeczenia, ewentualnie taki, wobec którego organ dysponuje uzasadnionym podejrzeniem jego popełnienia. Nie chodzi tu zatem o każdy wniosek strony; że dowód może pochodzić z czynu zabronionego, lecz gdy w momencie takiego wniosku organ (podobnie jak ma to miejsce na zasadzie art. 5 § 2 kpk) albo nabiera uzasadnionych wątpliwości, czy dowód nie pochodzi z czynu zabronionego, ewentualnie powinien był takie wątpliwości podjąć w warunkach ocenianych *a posteriori*. To drugie może mieć znaczenie w zakresie rozstrzygnięcia zarzutu odwoławczego obrazu art. 168a kpk. Co może zachodzić (a przecież uchybienie z art. 438 pkt 2 kpk ma miejsce jedynie wówczas, gdy ma wpływ na treść zapadłego rozstrzygnięcia) jedynie wówczas, gdy: 1) sąd powinien był powziąć takie wątpliwości. 2) przeprowadzenie dowodu, który okazał się pochodzić z czynu zabronionego z art. 1 § 1 kk miało wpływ na decyzje co do istoty sprawy. Trudno jest bowiem mówić, że uchybienie z art. 168a, choć zasada ta pełni rolę gwarancyjną, zawsze powinno skutkować uchyleniem zapadłego rozstrzygnięcia. Konsekwencja taka (negatywna) w toku prowadzonej kontroli odwoławczej może dotyczyć jedynie sytuacji, w których dowód taki miał wpływ na treść rozstrzygnięcia, z którego wnioskowano o fakcie głównym i dowód ten przesądził o rozstrzygnięciu. Z drugiej strony, należy mieć na uwadze, że właśnie na tym przykładzie uwidacznia się kolizja dwóch wartości: gwarancyjnej funkcji prawa procesowego, jak zauważa T. Grzegorzczuk, w warunkach demokratycznego państwa prawnego nie jest pożądane „skazanie domniemanego sprawcy za wszelką cenę; zbożny cel nie może być równoznaczny z uświęceniem wszelkich środków ku niemu zmierzających”³³. Konflikt interesu (kolizja wartości) między zasadą ścigania a ochroną rzetelności procesu od strony przestrzegania reguł

³³ Por. T. Grzegorzczuk, *Komentarz do art. 168, art. 168a kpk LEX*, pkt 4.

gwarancyjnych pozwala być może rozwikłać, ale już chyba stosowana indywidualnie na kanwie każdej sprawy i specyficznego stanu faktycznego, koncepcja, którą przywołuje T. Kwiatkowski, a mianowicie, że nie może być dopuszczony dowód, który naruszył prawa podstawowe (sferę godności ludzkiej), ewentualnie, jeżeli zachodzi kwestia sporna, lub gdy naruszenie dotyczy kwestii niedających się łatwo rozstrzygnąć, czy związane są z godnością, czy nie, to wówczas w grę wchodzi zasada proporcjonalności, co ma polegać na ocenie i stosownym do rangi problemu uzasadnieniu (argumentacji) sądu na okoliczność decyzji o kolizji wartości – ścigania karnego a określonym prawem jednostki, które zostało naruszone. Ważna jest także uwaga tego Autora, że „w indywidualnych przypadkach, gdy będzie chodzić o najpoważniejsze przestępstwa, porównanie powinno prowadzić do wykorzystania dowodów³⁴.

Powyższe rodzi więc pytanie, czy wprowadzana zasada zakazu spożywania owoców z zatrutego drzewa stanowi bezwzględny zakaz dowodowy, czy też względny, zatem podlegający ewaluacji. Tu też rzecz nie wydaje się skomplikowana. Z pewnością jest to zakaz bezwzględny w sytuacji, gdy organ posiada wiedzę, że dowód pochodzi z czynu zabronionego, ale nie każdego (o czym szerzej dalej), ale tylko takiego, który został pozyskany (w rozumieniu: ujawniony) do celów toczącego się postępowania.

Z tego właśnie względu wykładnia zwrotu „uzyskanego do celów postępowania” może być ujęta, że chodzi jedynie o dowody, które zostały stworzone do celów postępowania. Tak też przyjmuje R. A. Stefański; „z zakresu tego przepisu [art. 168a – przyp. A. K.] wyłączone są dowody, które zostały uzyskane za pomocą czynu zabronionego w innym celu, a dopiero później zawnioskowane do przeprowadzenia w postępowaniu karnym”³⁵. Pogląd taki wsparty jest argumentacją systemową, przede wszystkim o zachowany cel procesu karnego, określony zasadą prawdy materialnej, z drugiej wymienianą koncepcją autonomicznej legalności czynności dowodowych (dowody pochodzące z przestępstwa mogą być wprowadzane do procesu, oceniane pod względem wiarygodności, chyba że są niedopuszczalne w świetle innych regulacji procesowych; sam czyn przestępny związany z ich pozyskaniem podlega oczywiście ukaraniu)³⁶. Na gruncie wykładni językowo-logicznej trudno jest, rzecz jasna, obronić takie stanowisko. „Uzyskać” rozumiane jest jako pozyskane lub otrzymane do danych celów. Nie oznacza to jednak, że spośród alternatyw znaczeniowych całego tego zwrotu nie jest możliwe wywodzenie, że chodzi nie o dowody w ogóle pochodzące z czynu zabronionego, ale tylko z czynu zabronionego popełnionego *stricto do*

³⁴ Por. i cyt. Z. Kwiatkowski, dz. cyt., s. 478.

³⁵ Cyt. R. A. Stefański, dz. cyt., s. 26.

³⁶ Por. tamże, s. 485.

celów postępowania. Zatem chodzi w istocie o dowody stworzone (wytworzone) do celów postępowania za pomocą czynu zabronionego. Nie oznacza to, rzecz jasna, że chodzi o dowody „wytworzone” wskutek czynu zabronionego, o którym mowa w treści art. 168a, ale także, które zostały ujawnione za pomocą czynu, zatem istniały przed jego popełnieniem. Jest to jednak kwestia – w zasadzie – drugorzędna. Najistotniejsze jest to, że chodzi o dowód „ujawniony” (wytworzony w szerokim znaczeniu) za pomocą czynu zabronionego, a czyn ten został popełniony dla celów toczącego się postępowania.

Takim „wytworzeniem” będzie więc podawany przykład przez Z. Kwiatkowskiego: włamanie przez organy ścigania celem przeszukania (co ograniczy wspomnianą koncepcję autonomicznej legalności...)³⁷. Ale nie będzie już podlegał zakazowi z art. 168a kpk przykład wskazywany przez R. Kmiecika, związany z ujawnieniem zwłok przez włamywacza, który legalistycznie powiadamia organy ścigania „o znalezisku”³⁸. Z argumentu celowościowego wykładnia art. 168a wspiera gwarancyjnie stosowanie wprowadzonej reguły o dopuszczeniu jako dowodu wszelkich dokumentów prywatnych, powstałych poza postępowaniem karnym, w szczególności oświadczeń, publikacji, listów oraz notatek (art. 393 § 3 kpk)³⁹. Chodzi więc o „wytworzenie” dowodu lub ujawnienie istniejącego za pomocą czynu zabronionego popełnianego dla celów postępowania karnego. Oceniając, czy dowód, który pochodzi nawet z przestępstwa, może być wykorzystany do procesu i w drodze subsumcji podlega pod zakaz z art. 168a kpk należałoby ustalić, czy czyn, o którym mowa w art. 1 § 1 kk, został popełniony dla celów toczącego się postępowania.

Zwrot „za pomocą” oznacza (argument z metody językowo-logicznej): za pośrednictwem, przy pomocy, z pomocą, przez, poprzez, przy użyciu (synonimy). Oceniając związek przyczynowo-skutkowy w kwestii uzyskania dowodu bezpośrednio lub pośrednio (w toku czynności konwencjonalnych zmierzających do pozyskania dowodu popełniono czyn zabroniony), w istocie nie ma większego znaczenia takie rozróżnienie, przynajmniej za pomocą definicji przywoływanej przez R. A. Stefańskiego; „wejście w jego posiadanie nie byłoby możliwe, gdyby wcześniej strona lub organ procesowy nie uzyskał informacji o nim w wyniku czynu zabronionego”⁴⁰. Przy takim sposobie rozumienia tego zwrotu jest to zawsze wejście w posiadanie dowodu „bezpośrednio”, gdyż bez popełnienia czynu zabronionego nie byłoby możliwe jego uzyskanie. Co innego, jeżeli – w jakiejś hipotetycznej konfiguracji – organ lub strona weszła w posia-

³⁷ Por. tamże.

³⁸ Por. R. Kmiecik, *Kontrowersyjne unormowania...*, s.17–18.

³⁹ Za: Z. Kwiatkowski, dz. cyt., s. 485, odmiennie, R. A. Stefański, dz. cyt., s. 26–27.

⁴⁰ Cyt. za: R. A. Stefański, dz. cyt., s. 27.

danie dowodu także za pomocą czynu zabronionego (czyli zarówno za pomocą czynności legalnych, jak i „przy okazji” popełnionego czynu zabronionego). Wówczas możliwe są dwie interpretacje; albo przyjęcie, że taka konfiguracja nie podlega pod zakaz płynący z reguły z art. 168a kpk, albo – ale już nie w oparciu o interpretację językowo-logiczną, że zakaz ten rozciąga się także na takie okoliczności. Rozumowanie to może być argumentowane w oparciu o interpretację celowościową (ale w wymiarze zewnętrznym, przez odwołanie się do zewnętrznych kryteriów aksjologicznych – teoria derywacyjna lub tzw. znajdujące zastosowanie w razie zaistnienia polisemii odesłanie pozajęzykowe). Chodzi o przyjęcie, że funkcjonalny kontekst takiej reguły wymaga rozciągnięcia uzyskanej semantyki o desygnaty nie wprost zawarte w nazwie podlegającej interpretacji. Jest to możliwe poprzez szczególnie zabieg interpretacyjny, szczególnie atrakcyjny na płaszczyźnie nauk penalnych, gdyż wprowadzony w oparciu o bardziej – jak się wydaje – w tej dogmatyce (i gałęzi prawa) popularną i akceptowalną co do założeń konstytutywnych teorię klaryfikacyjną. Przyjęcie szerszej – niewskazywanej przez R. A. Stefańskiego, możliwości dotyczy sytuacji nie tylko wyboru alternatywy znaczeniowej, ale jej ewentualnej modyfikacji w oparciu o odesłanie pozajęzykowe⁴¹. Teoria klaryfikacyjna sytuuje metodę funkcjonalną jako próbę włączenia ujęcia czysto celowościowego (pełnego odesłania do kryteriów pozatekstowych) jako pozwalających modyfikować, ale pod warunkami określonymi w założeniach teorii, w razie wystąpienia alternatyw znaczeniowych lub niejasności jednej z takich alternatyw. Kryteria pozatekstowe podlegają wówczas włączeniu do granicy językowej wykładni (by utrzymać konstytuujące teorię założenie wyjściowe o końcu wykładni wraz z granicą językową). Należy jednak zaznaczyć, że o ile definicja przywoływana przez R. A. Stefańskiego (wejście w posiadanie dowodu nie byłoby w jakikolwiek sposób możliwe bez popełnienia czynu zabronionego, co w istocie jest bezpośrednią – w rozumieniu w prostej linii – drogą wejścia w posiadanie dowodu) nie jest problematyczna dla stosowania omawianego zakazu, o tyle wskazana powyżej możliwość gwarancyjnego rozszerzenia zakazu (np. w oparciu o zasadę rzetelnego procesu karnego, ale przy ograniczeniu zasady prawdy materialnej), o każdy dowód uzyskany „za pomocą” czynu zabronionego, czyniłby taką regułą bardzo szeroką. Jest to pytanie (które może zostać zadane do Sądu Najwyższego w drodze instytucji

⁴¹ Klaryfikacyjność interpretacji (wykładnia *sensu stricto*) nie bazuje jedynie na „pełnej tekstowości” znaczenia. Język jest zjawiskiem dynamicznym, co J. Wróblewski wielokrotnie podkreślał w swych pracach. Rzecz dotyczy przede wszystkim empirycznych dyrektyw sensu, gdzie chodzi o przypisywanie znaczenia w oparciu o wzorce kulturowe, por. J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 17–18.

pytań prawnych), czy zwrot ten należy interpretować jako równoznaczny (mając na względzie kontekst językowy oraz ratio reguły) z nazwą „przy okazji” albo „także gdy” popełniono czyn zabroniony.

W literaturze właśnie na tę okoliczność napotkać można szeroką wykładnię treści art. 168a kpk. Przede wszystkim wskazuje się, że brzmienie tego artykułu eliminuje tzw. dowody pośrednio skażone⁴². Trudno jest jednakże wskazać, za pomocą jakich reguł wykładni uzyskano tak szerokie znaczenie brzmienia omawianej jednostki redakcyjnej. Nie negując w żadnym wypadku tak wypracowanego znaczenia reguły, wypada jednak wskazać, że w grupie alternatywnych znaczeniowych dekodowanych z treści tego artykułu uprawnione jest przecież i węższe ujęcie; chodzi o takie sytuacje, w których skażenie i wobec czego wyłączenie dowodów dotyczy jedynie tych, które zostały „stworzone” (powstały) dla celów tego, konkretnego postępowania, a nie takie, które w ogóle są skażone (taka sytuacja oceniana by była na gruncie dotychczasowych norm gwarancyjnych, jak chociażby wskazywany art. 171. czy powoływany już art. 440 kpk).

Radykalnym rezultatem wykładni byłoby przyjęcie, że chodzi tu jedynie o zakaz wprowadzania do procesu dowodów „spreparowanych”, tj. stworzonych przez organy ścigania. Znika tym samym problem podnoszony w literaturze na okoliczność dowodów w ogóle pochodzących z przestępstwa⁴³.

Z drugiej strony wypada nadmienić, że wskazuje się także na aspekty pozytywne inkorporowania zasady do procedury w tak szerokim brzmieniu. Przede wszystkim poddaje się pod rozważę cel „ukrócenia tolerowania praktyki polegającej na szukaniu haków na byłą żonę czy na nierzetelnego partnera w biznesie”. O ile jednak eliminowanie takich dowodów jest możliwe na gruncie stosowania regulacji dotychczasowych, o tyle prymarnie wskazuje się przede na „ostrzeżenie dla działań operacyjnych organów ścigania”⁴⁴. Trafnie także argumentuje się, że nie jest wcale konieczne żadne orzeczenie prejudycjalne, a stosowanie tej zasady doprowadzi do zaburzenia wielu postępowań przez ich wstrzymanie, gdy tylko zostanie zgłoszone podejrzenie, że dowód pochodzi z przestępstwa. Chodzi raczej o sytuacje, w których – jak trafnie zauważa M. Warchoń, „sąd lub prokurator będzie eliminował ten dowód, stwierdzając, że pochodzi ze zdarzenia, które jego zdaniem jest czynem zabronionym”⁴⁵.

⁴² Por. M. Warchoń, *Śledztwo obrońcy i nielegalne dowody – wybrane zagadnienia reformy procedury karnej*, [w:] M. Kolendowska-Matejczuk, K. Szwarca (red.), *Prawo do obrony w postępowaniu penalnym. Wybrane aspekty*, Warszawa 2014, s. 55.

⁴³ Tamże

⁴⁴ Tamże, s.56

⁴⁵ Tamże.

Wydaje się, że rozstrzygnięcie przesądzą argumenty systemowe, „słusznościowe”, a być może także aksjologiczne (lub prakseologiczne), czyli elementy wskazywane przez M. Matczaka jako „standardy zewnętrzne” (czynniki konstruujące znaczenie normy *in abstracto* w oparciu o treści pozatekstowe, stanowiące jakiś załączek nielingwistycznej teorii normy prawnej)⁴⁶. Pogląd przeciwny opierałby się zapewne na założeniu, że taka dywagacja wkracza już w sferę wykładni *praeter legem* i jako określająca zbyt szeroki zakres desygnatów reguły, jest nie do zaakceptowania.

Podkreśla się przecież, że wykładnia art. 168a kpk winna uwzględniać systemowe umiejscowienie reguły, zarówno w jej aspekcie walidacyjnym (jako reguły, a nie zasady procesowej, por. sekcja 4 – podsumowanie), jak i w kontekście dekodowanej z całokształtu regulacji Kodeksu w nowym brzmieniu, ale także w oparciu o treść art. 167 kpk zasadę sporności (dlatego zasada sporności, mimo umieszczenia jej jako, wydawałoby się, reguły, jest – mimo wszystko – zasadą procesową). Przy czym najtrafniej definiował ją jeszcze przed wojną E. Waśkowski, który kontradyktoryjność sprowadzał jedynie do biernego wysłuchania argumentów przygotowanych przez strony; „sporność [...] polega na tem, że przygotowanie materiału faktycznego dokonywają strony, sąd zaś pozostaje bierny i ogranicza się do jego oceny, biorąc pod uwagę tylko to, co dostarczyły strony, i w tej postaci, w jakiej było dostarczone. Innemi słowy, na mocy tej zasady odpowiedzialność za materiał faktyczny sprawy ponoszą strony, do których należy i prawo rozporządzania tym materiałem”⁴⁷.

Nie wydaje się, by kategoryczności zakazu z art. 168a kpk nie można było przełamać w drodze stosowania prawa, za pomocą przełamania literalnej granicy wykładni i ustalania proceduralnej normy *in concreto* w jakiś szczególnych okolicznościach. Chodzi m.in. o słynną sprawę niemiecką, stosunkowo świeżą (2002 r.), gdy funkcjonariusz Policji z polecenia przełożonego (sprawa Wolfganga Daschnera) zagroził porywaczowi 11-letniego chłopca użyciem tortur, jeśli ten nie ujawni miejsca przetrzymywania ofiary⁴⁸. Groźba wystarczyła, lecz chłopiec zginął przed przyjazdem Policji. Sam Daschner (a porywacz był świadkiem w jego sprawie) został uznany winnym, lecz skazany na grzywnę z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Odnosząc taki stan faktyczny do problemu wykładni art. 168a kpk czy dowód z wyjaśnień oskarżonego przeprowadzonej w takich warunkach (z użyciem groźby zastosowania tortur potwierdzoną wyrokiem ska-

⁴⁶ Por. M. Matczak., *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007, s. 13.

⁴⁷ Cyt. E. Waśkowski, *Podręcznik Procesu Cywilnego*, Wilno 1932, s. 83.

⁴⁸ Dokładną analizę filozoficznoprawną tej sprawy przedstawia J. Zajadło, w: J. Zajadło, dz. cyt., s. 31 i nast.

zującym) mógłby być dopuszczony do procesu? A co z ujawnionymi zwłokami chłopca? Również pochodziły z czynu zabronionego. Wydaje się, że na gruncie zaproponowanej wykładni zwłoki byłyby dowodem (dokładnie dopuszczony byłby środek dowodowy w postaci opinii biegłego), jako że nie pochodził z czynu zabronionego, który miał miejsce „na potrzeby” postępowania karnego. Ale już protokół z wyjaśnień oskarżonego ze stadium postępowania przygotowawczego nie mógłby i nie powinien być dopuszczony. Nie byłby to jednak przecież problem. Ulega skażeniu środek dowodowy, a nie źródło. Dowód z wyjaśnień mógłby przecież przeprowadzić oskarżyciel w stadium sądowym procesu (inna sprawa, że mając na względzie treść nowego brzmienia art. 167 § 1 kpk dla taktyki procesowej powinien oskarżony odmówić składania wyjaśnień).

Przejdźmy teraz do weryfikacji przeprowadzonych „intuicji” interpretacyjnych za pomocą formalnie wdrożonej (aczkolwiek przy uwzględnieniu operatywnego kontekstu interpretacji) teorii wykładni prawa. W rzeczywistości bowiem, co należy szczególnie mocno podkreślić, prezentowane w literaturze (dogmatycznoprawnej) argumentacje, ale także rozważania zaprezentowane do tej pory w niniejszym artykule stanowią w gruncie rzeczy wykładnię apragmatyczną, tj. uzasadnienie na okoliczność znaczenia odebranego „intuicyjnie”, za pomocą posiadanej wiedzy w przedmiocie zastanych znaczeń normatywnych oraz przy wykorzystaniu prawideł języka etnicznego (reguł semantycznych i syntaktycznych języka polskiego). Z formalnym wdrożeniem (wykładnią rozumianą pragmatycznie⁴⁹) określonych metod interpretacyjnych, co określa sposób rozumienia oraz przyjęte dyrektywy preferencji między metodami (i w konsekwencji status reguł inferencji prawniczej), ma jednak niewiele wspólnego. Tak należałoby ocenić postępowanie egzegety na gruncie dominujących w rodzimej kulturze prawnej dyrektywnych teorii (filozofii) wykładni prawa⁵⁰.

Również w niniejszym opracowaniu formalne wdrożenie założeń określonej teorii wykładni prawa (już w tym miejscu zaznaczę, że chodzi o teorię derywacyjną), powinno nastąpić – co do zasady – przed zaprezentowanym omówieniem możliwości odczytania znaczenia reguły. Warto jednak zaznaczyć, że wykładnia prowadzona na sposób operatywny (nie jest to przecież wykładni operatywna *sensu stricto*, gdyż nie jest prowadzona w toku danego procesu stosowania prawa) uwzględnia czy też stara się uwzględniać aspekt stosowania prawa. Nie dąży się przede wszystkim do podnoszonego w wątpliwość z punktu widzenia praktyki, ale logicznie wynikającego z założeń teorii derywacyjnej

⁴⁹ Por. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły*. Wskazówki, Warszawa 2002, s. 45.

⁵⁰ Szerzej kwestię tę omawiałem w innym opracowaniu; por. A. Kotowski, *O potrzebie deskryptywnej teorii wykładni prawa*, Państwo i Prawo 2014/5.

(i trafnego na jej gruncie), poglądu, że każdorazowo należałoby wyklądać cały zakres normy⁵¹. Warto również przywołać, że zabieg taki (tj. prezentacja wywodu argumentacyjnego na okoliczność nie normy prawnej, ale raczej wyrażenia normokształtnego), potwierdzony weryfikacją dokonaną za pośrednictwem wdrożenia już nie samych założeń, ale konkretnej metody teorii wykładni (w tym przypadku derywacyjnej) stanowi egzemplifikację powszechnego w środowiskach zorientowanych bardziej operatywnie ujęcia, że wykładnia stanowi, w rzeczy samej, element legitymacji legalności (prawomocności, zgodności z normą obiektywną – prawodawcy⁵²).

Wybór teorii derywacyjnej poczyniony został w oparciu o ocenę, że: (1) stopniowo jej założenia wypierają lub przynajmniej dokonują reorientacji myślenia o wykładni prawa w rodzimym porządku prawnym od dominującej w okresie PRL teorii klaryfikacyjnej; (2) jest ona najbardziej spójną i metodologicznie dopracowaną teorią rekonstrukcji znaczenia (a nie jego konstrukcji w oparciu o nielingwistyczną teorię normy prawnej); (3) jej założenia, choć w ograniczonym stopniu adaptatywne w ramach wykładni operatywnej, spełniają gwarancyjne postulaty prawa penalnego.

Do weryfikacji znaczenia uzyskanego z brzmienia art. 168a kpk użyto ogólnych reguł interpretacyjnych teorii derywacyjnej⁵³. Ich liczba jest znaczna i wynosi 33 dyrektywy opierające się przede wszystkim na rozumowaniach językowych⁵⁴. Nie wszystkie jednak mają zastosowanie, z uwagi na to, że w toku wywodu, wybór określonych alternatyw metodycznych wyklucza konieczność zastosowania niektórych reguł. Należy szczególnie mocno podkreślić, że w oparciu o reguły teorii derywacyjnej (ogólne) dokonano jedynie weryfikacji znaczenia, chodzi więc o odczytanie wyrażenia z przepisu, a nie zdekodowanie pełnej normy postępowania. To bardzo ważne, gdyż zgodnie z założeniem teorii derywacyjnej wprowadza to obowiązek zdekodowania pełnego brzmienia reguły, co wykraczałoby poza zakres niniejszego opracowania, a co jest ponadto pewnym utrudnieniem tej teorii, mając na względzie zapotrzebowania wykładni operatywnej.

⁵¹ Por. Z. Ziemiński, M. Zieliński, *Dyrektywy i sposób ich wypowiedania*, Warszawa 1992, s. 119.

⁵² Tu wypadałoby poruszyć wątek deontologiczny normy prawnej, na co z natury niniejszego opracowania, nie ma miejsca, por. jednakże: E. Waśkowski, *Teoria...*, s. 15 i 45.

⁵³ Por. M. Zieliński, *Interpretacja jako proces zdekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972, s. 66–69.

⁵⁴ Por. Tamże.

Przechodząc do weryfikacji znaczenia, stosując poszczególne reguły interpretacyjne, przyjmując, że uzyskane za pomocą reguł R1-R20⁵⁵ wyrażenie równoznaczne („tzw. interpretacja teoretyczna”) brzmi⁵⁶:

⁵⁵ Por. Tamże:

R1 przepis nie jest pluralny ewidentnie; przepis definiuje się w teorii jako „wypowiedź [...] od kropki do kropki i to niezależnie od ilości orzeczeń w niej występujących...”;

R2: reguła nie ma zastosowania, ze względu na R1;

R3: przepis jest singularny (wysławia normę w sposób singularny, a *contrario* do pluralnego wysłowienia norm w części szczególnej kk), tj. „wysławia tylko jakąś jedną normę;

R4: przepis formułuje nakaz (zakaz) hybrydowo-normatywny; gdyż nazwa „nie-dopuszczalne jest” jest równoznaczna z „zakazuje się” / „zabrania się”, a nie „nakazuje się niech nie” (jak w przepisach normatywnych bezpośrednio). Konieczna jest uwaga, że „jedynie sposób nakazowy (normatywny) [...] wyraża nakaz [zakaz – przyp. A. K.] bezpośrednio”, co bardzo rzadko lub prawie wcale nie występuje w aktach normatywnych. Przepisy hybrydowe wprowadzają zawsze jakąś dwuznaczność (co wynika z polisemii języka). Służą do „opisania czynności nakazywania [zakazywania – przyp. A. K.]”.

R5: nie ma zastosowania, ze względu na R4;

R6: przepis wysławia normę niezasadniczo; „wyrażenie W wysławia daną normę zasadniczo, jeżeli stanowi podstawowy zrąb danej normy”, a do wysłowionych niezasadniczo konieczne jest zastosowanie podstawy walidacyjnej z innych źródeł;

R7: ma zastosowanie; należy rozciągnąć podstawę o art. 1§1 kk., który stanowi, że chodzi o czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia (bez warunków z §2 i §3);

R8: nie ma zastosowania, ze względu na R7;

R9 i R10: przepis jest rzeczywiście zasadniczy i rzeczywiście singularny. Art. 168a jest – w rozumieniu teorii – wysłowiony w sposób hybrydowo-normatywny (R4) i opisowo wyraża zakaz (nakaz a *contrario*);

R11: przepis jest w kodzie idiomatycznym jednoznaczny, tj. nie zawiera nazwy o cechach idiomu;

R12: przepis uznano za singularny; jest w kodzie idiomatycznym jednoznaczny;

R13: nie ma zastosowania, ze względu na R12;

R14: nie ma zastosowania, ze względu na R12;

R15: możliwe jest uzyskanie grupy alternatyw znaczeniowych, przez co należy rozumieć singularnie wyrażone normy postępowania, ale różne w treści (wskazano powyżej: rozumienie – „uzyskanego do celów” – aczkolwiek w różnym kontekście – uzyskanego każdego dowodu do celów postępowania (pozyskanego „dla”), czy też uzyskanego w kontekście zamiaru podmiotów konkretnie do celów postępowania. Jest to bardzo istotny etap, który wskazuje, że z przepisu można wyprowadzić singularne normy postępowania, ale co do których nie istnieją wątpliwości co do znaczeń nazw wchodzących do ich treści. Z przepisu można wyprowadzić różne konkretne wzory postępowania (reguły) – wzorce zachowania się;

R16: nie ma zastosowania; przepis nie jest pluralny z założenia;

R17: nie ma zastosowania, ze względu na R15 i R16;

R18: nie ma zastosowania, ze względu na R16;

R19: nie ma zastosowania, ze względu na R16;

R20: interpretacja teoretyczna: użycie wyrażenia równoznacznego;

⁵⁶ „Kierując się względami wyłącznie teoretycznymi może [interpretator – przyp.

Niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego =

Zakazuje się [niedopuszczalne jest] wprowadzać do procesu [przeprowadzenie i wykorzystanie] dowód [dowodu] (I) pozyskany (II) ujawniony (III) wytworzony [uzyskanego] w celu (I) aby:

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

(II) procesu karnego [do celów postępowania karnego] (I) za pośrednictwem (II) przy pomocy / z pomocą, (III) przez (IV) poprzez (V) przy użyciu [za pomocą] czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia [czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego].

Powyższe wyrażenie wysławia normę w sposób jeszcze niepełny⁵⁷, brak jest bowiem wszystkich „czterech elementów postępowania” – oczywiście przy trójelementowej koncepcji normy prawnej: (1) adresat (2) okoliczności (3) wzorzec powinienego zachowania się (4) konsekwencja prawna, przy czym adresat i okoliczności – stanowią elementy hipotezy, wzór zachowania się – dyspozycji, wymierzenie konsekwencji prawnej [w koncepcji dwuelementowej normy prawnej] – czyli norma sankcjonująca.

Wyrażenie z art. 168a kpk nie wysławia normy w sposób pełny, w wyniku czynności dekodowania o przyjętą w teorii derywacyjnej „konwencję języ-

A. K.] poprzestać na wskazaniu możliwych wyrażen równoznacznych (interpretacja teoretyczna), cyt. tamże, s. 27. Por. tamże, s. 68.

⁵⁷ Por. tamże, s. 68–69.

R21: przepis nie wymaga zdekodowania idiomatycznego (z uwzględnieniem R11);

R22: nie ma zastosowania, wobec R16;

R23: nie ma zastosowania, wobec R22;

R24: wyrażenie normokształtne, por. R20.

kową⁵⁸ wyrażenie normokształtne musi być uzupełnione: o adresata i element konsekwencji prawnej. Należy zaznaczyć, że określenie adresata jako organu procesowego lub (ze względu na art. 167§1 kpk) strony postępowania nie skutkuje różnym brzmieniem wyrażenia normokształtnego, por.:

[organowi procesowemu] zakazuje się... [niedopuszczalne jest] wprowadzać do procesu [przeprowadzenie i wykorzystanie] dowód...

[stronie] zakazuje się... [niedopuszczalne jest] wprowadzać do procesu [przeprowadzenie i wykorzystanie] dowód...

W tym stanie rzeczy element reguły z art. 168a (por. Podsumowanie) jest koniecznym składnikiem do zdekodowania normy z art. 167 § 1 kpk. Sama treść normatywnego zakazu z art. 168a pozwala jednak zdekodować „uniwersalnie” brzmiące wyrażenie normokształtne, co wskazuje – niezależnie od różnych opinii prezentowanych w doktrynie – na jego prawidłową redakcję, przynajmniej od strony syntaktycznej, mając na względzie kryterium językowo-logiczne.

Wyrażenie podlega więc uzupełnieniu o:

- element adresata⁵⁹: każdemu podmiotowi uczestniczącemu w procesie zakazane jest...⁶⁰;
- przede wszystkim o element konsekwencji prawnej: wprowadzenie do procesu dowodu niedopuszczalnego skutkuje naruszeniem reguł (prócz samej obrazy art. 168a) z art. 410 kpk i – w konsekwencji – zasady z art. 7 kpk

Należy jednak pamiętać, że przesłanka z art. 1§1 kk. jest oceniana swobodnie, jak wskazuje R. A. Stefański „popelnienie czynu zabronionego nie musi być stwierdzone prawomocnym wyrokiem, a sąd dokonuje swobodnej oceny”⁶¹.

Przepis, od strony redakcyjnej, jest więc skonstruowany poprawnie i w rozumieniu czysto lingwistycznym jest jednoznaczny. Jest jednak przykładem, że z treści tego samego przepisu można wyprowadzać różne normy, tj. że kwestie sporne wymagają rozstrzygnięcia w obrębie stosowania prawa, gdzie konkretną treść normy prawnej („prawa”) rozstrzygają, de facto, zmienne pozatekstowe (w tym stanowisko doktryny prawniczej, w oparciu np. o określoną filozofię prawa⁶²). Dopuszczenie bowiem dowodu, który podlegał wyłączeniu skutkuje oceną, czy uchybienie miało wpływ na treść zapadłego rozstrzygnięcia, tj. skutkuje

⁵⁸ Por. Tamże, s.61.

⁵⁹ R25 teorii.

⁶⁰ Por. „Zakaz uzyskiwania do celów postępowania karnego dowodu za pomocą czynu zabronionego [...] dotyczy zarówno organów procesowych [...], jak i stron...”, R.A.Stefański, dz.cyt., s.32.

⁶¹ Cyt. R.A.Stefański, dz.cyt.,s.30.

⁶² Tak. M.Zieliński, dz.cyt., s.68.

dokonaniem ewaluacji, czy ustalenie podjęto jednak w zakresie swobodnym (np. może lub mogło być zweryfikowane na podstawie treści innych zebranych dowodów), czy też – w razie naruszenia, ustalenia należy uznać za dowolne, gdyż przeprowadzone „przede wszystkim” w oparciu o dowód, który „zakazano” wprowadzić do procesu.

Należy zaznaczyć, że takie ujęcie może być bardzo pomocne dla praktyki, przede wszystkim pozwala w toku kontroli odwoławczej oceniać, czy ewentualne wprowadzenie dowodu, który podlegał wyłączeniu na podstawie art. 168a musi skutkować uchyleniem wyroku w określonym zakresie (dotkniętym uchybieniem). Jako norma procesowa podlega bowiem ocenie ze względu na przesłankę z art. 438 pkt 2 kpk (wpływ uchybienia na treść rozstrzygnięcia).

Na gruncie teorii następuje konieczność wysłowienia normy „ w sposób adekwatny do całego tekstu prawnego”⁶³; wyrażenie można uzupełnić zatem o zwrot:

Zakazuje się [niedopuszczalne jest] pod sankcją naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów, wprowadzać do procesu [przeprowadzenie i wykorzystanie] dowód [dowodu] (I) pozyskany (II) ujawniony (III) wytworzony [uzyskanego] w celu (I) aby:

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

(II) procesu karnego [do celów postępowania karnego] (I) za pośrednictwem (II) przy pomocy / z pomocą, (III) przez (IV) poprzez (V) przy użyciu [za pomocą] czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia [czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego].

⁶³ Por. i cyt. tamże, s. 68.

Powyższe polega na poddaniu procesowi translacji normatywnej wyrażenia⁶⁴, po uwzględnieniu stosownych argumentów z wykładni systemowej i funkcjonalnej w celu uzyskania jednoznacznej normy postępowania, wyrażenia normokształtnego (W) uzyskanego za pomocą reguł R wyrażeniem (normą) równoznacznym (semantyczna tożsamość) z przepisem P, będącym podstawą do zdekodowania wyrażenia W⁶⁵.

Pełna i jednoznaczna norma postępowania nie jest jednak wymagana dla potrzeb wykładni operatywnej. W toku adaptacji reguł (oznaczonych w teorii jako I–IV) teorii derywacyjnej dokonano weryfikacji struktury znaczeniowej przepisu z art. 168a. Powyższą procedurę można porównać do operacji gramatycznego albo logicznego rozbioru zdania. Podsumowując, wykazano, że przepis skonstruowany jest poprawnie i pozwala wyprowadzić normę/y postępowania, które – co bardzo istotne – będą równie uprawomocnione (legitymowane) w oparciu o metodę językowo-logiczną (a nie tylko, konkretnie „językową”, na gruncie teorii derywacyjnej). Ewentualne więc dostosowanie znaczenia reguły z art. 168a kpk nie będzie przykładem wykładni *contra legem*, ale znajduje potwierdzenie w toku przeprowadzonej wykładni, w oparciu o reguły semantyczne i syntaktyczne języka polskiego.

4. Podsumowanie. Art. 168a – zasada czy reguła?

Treść art. 168a kpk wpisuje się w pewną konieczność zmian w zakresie preferowanej aksjologii, o czym świadczą rozważania prezentowane na okoliczność np. podwójnej roli państwa w procesie karnym; prokuratora jako przedstawiciela państwa i sądu. Uwagi takie są aktualne jedynie na gruncie zasady jednolitości władzy państwowej. Nawet utrzymując w warunkach demokratycznego państwa prawnego określenie prokuratora jako organu ścigania (reprezentanta władzy państwowej) sąd jest organem władzy publicznej (a państwo ogranicza się do władzy suwerena politycznego). Sąd deontologicznie strzeże zatem porządku prawnego, porządku konstytucyjnego i praw podmiotów prawa. Funkcje i odmienne role prokuratora – jako strony (podkr. A. K.) a funkcja sądu jako arbitra wydającego rozstrzygnięcie są jak najbardziej do pogodzenia⁶⁶.

⁶⁴ R30–33 teorii.

⁶⁵ Por. tamże, s.26.

⁶⁶ Polemicznie M. Mistygacz, *Rola prokuratora w procesie karnym w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania karnego – zagadnienia wybrane*, [w:] M. Kolendowska-Matejczuk, K. Szwarcza (red.), *Prawo do obrony w postępowaniu penalnym. Wybrane aspekty*, Warszawa 2014, s.95.

Kontrowersje związane z nową reformą są przykładem konfliktu dwóch filozofii spojrzenia na wymiar sprawiedliwości; aksjologii nie do pogodzenia argumentami racjonalnymi. Określenie, że „sąd wchodzi na salę rozpraw jedynie z kodeksem, a nie z aktami”, zadając stronom pytanie o cel ich przybycia na salę rozpraw, może być nie do zaakceptowania jeszcze w 2015 r. przez znaczną część środowiska prawniczego⁶⁷. Wymiar społecznego funkcjonowania prawa jest również istotny, dlatego równie ważne staje się w toku wykładni ukształtowanie brzmienia nowych regulacji, w tym zasady z art. 168a kpk⁶⁸

Literatura na gruncie aspektu rzetelności procesu karnego, od strony gwarancji praw jednostki, jest szczególnie bogata. Można nawet sformułować hipotezę, że wraz z przeformułowaniem się aksjologii współczesnych systemów prawnych na coraz szersze inkorporowanie porządku normatywnego moralności, tudzież filozofii *ius naturale*, przede wszystkim w aspekcie praw jednostki (w polu naszych zainteresowań pozostaje prawo penalne) – tzw. zjawisko pozytywizacji prawa naturalnego – przeakcentowano zasady fundamentalne procesu karnego jedynie, czy też głównie, w aspekcie właśnie ochrony praw jednostki. Nie tracąc w żadnym wypadku aktualnego stanu refleksji nad aspektem gwarancyjnym instytucji procesu karnego, wypada postulować, by tradycyjnie z nim związane pojęcia, jak rzetelny proces karny, sprawiedliwość czy słuszność represji karnej, prócz właśnie tego aspektu gwarancyjno-ochronnego dla jednostki, akcentowały należycie także sam aspekt polityki, celowości i wręcz konieczności karania. Rzetelny proces karny to nie tylko aspekt gwarancyjny, ale także wymierzenie odpowiedzialności karnej na zasadach określonych w Kodeksie (dyrektywy wymiaru kary), tam gdzie trafność reakcji karnej jest wymagana. Słuszność i sprawiedliwość karania nie może ustępować przed bezgranicznie pojmowanym aspektem gwarancyjnym. Proces karny w demokratycznym państwie prawnym ma odznaczać się standardem właściwym dla wykładni i bogatego orzecznictwa art. 6 EKCP, ale nie może doprowadzać do sytuacji, by faktycznie zawsze „zbroja ustępowała przed togą”⁶⁹. Z inkorporowaniem tak silnych zasad jak bezwzględnie interpretowana reguła zakazu spożywania owoców z zatrutego drzewa wiąże

⁶⁷ Por. P. Hofmański, *Gwarancje prawa do obrony w świetle zmian Kodeksu postępowania karnego zawartych w ustawie...*, [w:] M. Kolendowska-Matejczuk, K. Szwarca (red.), *Prawo do obrony w postępowaniu penalnym. Wybrane aspekty*, Warszawa 2014, s. 11.

⁶⁸ I aby uniknąć właśnie kazusu podawanego przez A. Zielińskiego, o tym „galijskim przypadku, kiedy to mówiono, że *procedura autriacka w ich sądzie się nie przyjęła*”. Por. A. Zieliński, *Refleksje na temat zmian Kodeksu postępowania karnego*, [w:] M. Kolendowska-Matejczuk, K. Szwarca (red.), *Prawo do obrony w postępowaniu penalnym. Wybrane aspekty*, Warszawa 2014, s. 37.

⁶⁹ Cyncero.

się kolizja wymiaru aksjologicznego dwóch wizji prawa; czy rzeczywiście dąży ono do realizacji wartości wyższych (jest częścią fenomenu kulturowego), czy jedynie środkiem w określaniu granic pomiędzy podmiotami prawa i pełni funkcję „środka” do jakiegoś celu, w myśl inżynierii społecznej⁷⁰.

Tytułem pewnego podsumowania można wskazać, że omawiana zasada była, choć w różnym stopniu, adaptowana w systemach prawnych na całym świecie. Nawiązuje się do niej także w innych systemach prawnych⁷¹. Z drugiej strony wszelka krytyka omawianej zasady powinna zarazem brać pod uwagę stanowisko, że celem jest wprowadzenie czytelnych reguł; stosunek karnoprawny jest tym szczególnym przykładem stosunku prawnego, w którym następuje drastyczna dysproporcja pomiędzy jego stronami. Aparat ścigania dysponuje zawsze znaczącą przewagą nad oskarżonym, zatem wymagane jest dochowanie przez organy władzy publicznej (zasada legalności) prawidłowego stosowania norm proceduralnych. Intuicyjnie chodzi oczywiście o realizację poczucia sprawiedliwości; o doprowadzenie do skazania osoby, szczególnie w przypadkach ciężkich czynów kryminalnych, faktycznie w zdarzających się niekiedy sytuacjach, gdy jedynym sposobem w praktyce ścigania jest ujawnienie określonych dowodów za pomocą metod „na granicy dopuszczalności”. Problem, który się zawsze pojawia, dotyczy tego, kto ma decydować o dopuszczalności takiego postępowania. Zasada zakazu spożywania owoców z zatrutego drzewa, jako zasada abstrakcyjna, ewentualnie odpowiednio „poluzowana” lub ograniczona interpretacją, nie może jednak doprowadzić do sytuacji nie tyle „ścigania za wszelką cenę”, bo wręcz przeciwnie, w państwie prawnym taki powinien być cel polityki i praktyki kryminalnej, ale nie za pomocą „wszelkich metod” czy też „bez względu na środki”. Chodzi więc o to, że z punktu widzenia pewności prawa i jego jednolitego stosowania, lepiej jest wprowadzać jednolite brzmienie zasady i brak od niej wyjątków, niż zasadę, która działa jako reguła, a może być ograniczona lub w ogóle wyłączona na mocy innej zasady. Lepiej jest więc określić dokładne brzmienie i zasady stosowania zakazu spożywania owoców... niż dopuszczać możliwość odstępstwa od niej na określonych warunkach na podstawie przełamania przez inną zasadę (np. prawdy materialnej). Opiera się to na spostrzeżeniu J. Stelmacha i B. Brożka, że „nigdy nie można poddać pełnej formalizacji jakiegokolwiek reguły prawnej, bo zawsze istnieje możliwość, że w jakiejś nieprzewidzianej przez nas sytuacji jakaś zasada *wyprodukuje* od niej wyjątek”⁷². Być może zatem warto zastanowić się, czy art. 168a ma stanowić przepis formułujący zasadę prawną czy regułę

⁷⁰ Por. J. Zajadło, *Po co prawnikom filozofia prawa*, Warszawa 2008, s. 29.

⁷¹ P. Cruces *The fruit of the poisonous tree Doctrine in México?* Por. at https://www.academia.edu/7751155/_La_doctrina_del_fruto_del_arbol_envenenado_en_Mexico

⁷² Za: Zajadło, *Po co prawnikom filozofia prawa ?*, Warszawa 2008, s. 25.

(na co wskazuje argument z wykładni systemowej). Należy zaznaczyć, że ujęcie tej normy jako reguły nakazuje konkretne i jednolite jej stosowanie bez żadnych możliwości ograniczania, ale naraża na „produkcję” wyjątków na podstawie normy wyżej usytuowanej w hierarchii – czyli zasady prawnej. W jakiś szczególnych okolicznościach zasada prawna (ścigania, prawdy materialnej itp.) mogłaby doprowadzić do wyłączenia lub ograniczenia stosowania reguły, co w normalnych warunkach byłoby uznane za wykładnię *contra legem* art. 168a kpk, a jest łatwym do obrony argumentacyjnie uznaniem, że *in concreto* reguła ta (sic!) znajduje ograniczenie na podstawie wyjątku „w związku” z zastosowaniem zasady w jakimś szczególnym przypadku (ponownie, np. w takim, który wskazuje R. Kmiecik⁷³). Na gruncie Kodeksu po nowelizacji mówilibyśmy bowiem o „regule zakazu spożywania owoców...”, a nie „zasadzie....

Tymczasem uznanie, że z niniejszej jednostki redakcyjnej należy wywodzić normę o randze zasady prawnej jest o tyle skuteczne, że może prowadzić do wyłączenia lub ograniczania innych zasad procesowych (konfiguracja zasada – zasada). Tym samym, sąd w postępowaniu – paradoksalnie – posiada mniejszy zakres swobody (mniejszy luz decyzyjny) i jest silniej związany treścią takiej normy prawnej. Wówczas możliwe jest jedynie ograniczanie „siły rażenia” art. 168a poprzez określenie sposobu jego rozumienia (wykładni), np. w oparciu o argumenty interpretacyjne przedstawione tak jak w niniejszym opracowaniu.

Wypada jednak gwoili ścisłości i rzetelności oddać, że można dedykować na zakończenie zaprezentowanych rozważań cytaty powołany przez J. Zajadło, który wskazuje, że omawiana kwestia, prócz kluczowego wątku dogmatycznoprawnego, posiada także silny element aksjologiczny. Niekiedy poczucie sprawiedliwości rozmija się, o czym świadczą wielokrotnie cytowane słowa Bärbel Bohley, działaczki opozycji niepodległościowej z okresu NRD, choć wypowiedziane w innym kontekście, to dobrze ilustrujące analizowany problem: *oczekiwaliśmy sprawiedliwości, a otrzymaliśmy państwo prawa*⁷⁴.

⁷³ Por. R. Kmiecik, *Kontrowersyjne unormowania...*, s.18.

⁷⁴ Za: Zajadło, *Po co prawnikom filozofia prawa ?*, Warszawa 2008, s. 25, s. 60

THE PROPOSAL OF INTERPRETATION
OF THE PRINCIPLE OF THE PROHIBITION OF EATING
THE FRUIT OF THE POISONOUS TREE – OUTLINE ISSUES

The article presents theoretical issues related to the interposition to Polish criminal procedure rules known as „prohibition of eating the fruit of the poisonous tree”. The study addressed the following issues: 1) the interpretation of the article 168a of the Code of Criminal Procedure in the version after 1 July 2015; 2) some of the issues related to the possible problems with application of this rule, and 3) axiology and theoretical legitimacy of this regulation.