

Adam Taracha

O dowodach prywatnych w świetle Konstytucji – uwagi polemiczne

Palestra 50/1-2(565-566), 95-102

2005

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach
dozwolonego użytku.

POLEMIKI

Adam Taracha

O DOWODACH PRYWATNYCH W ŚWIETLE KONSTYTUCJI – UWAGI POLEMICZNE

Należy żałować, że Antoni Bojańczyk, autor artykułu pt. „Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności niektórych dowodów prywatnych w postępowaniu karnym” („Palestra” 2004, nr 9–10), nie mógł zapoznać się wcześniej z celnymi uwagami adw. Stanisława Mikke zamieszczonymi w tym samym numerze „Palestry” (zob. S. Mikke: „Mediokracja”, s. 103–105)¹. Być może A. Bojańczyk uświadomiłby sobie wówczas, jakie mogą być skutki społeczne bezpośredniego dopuszczenia do procesu karnego w charakterze „dowodów sądowych” wyników tzw. „śledztw dziennikarskich” lub „śledztw prywatnych” albo innych pojęciowych „dowodów prywatnych” uzyskanych lub fabrykowanych przez osoby prywatne lub dziennikarzy poza procesem karnym i w warunkach wyłączających stosowanie form i gwarancji prawnodowodowych przewidzianych w k.p.k. Oczywiście nie chodzi tu o dowody z zeznań tych osób, lecz o zastępujące je dowody utrwalone w formie pi-

¹ S. Mikke trafnie zauważa, że „czwarta władza” (Autor nawet nie używa cudzysłowu) jest dzisiaj w stanie „zabić cywilnie każdego, dodajmy także każdego niewinnego” (s. 103). Czy to możliwe? – zapytuje Autor – świetni dziennikarze na usługach przestępców? (s. 104). Niestety możliwe – wypada odpowiedzieć. A jak należy ocenić „wywiady” („przesłuchania”) dziennikarskie ze świadkiem lub podejrzanym wezwanym przez prokuratora lub Sejmową Komisję Śledczą – przed jego formalnym przesłuchaniem (gdy świadek lub podejrzany jest niezdolny do zeznawania przed organem procesowym, ale równocześnie w pełni zdolny do udzielania wywiadu dziennikarzom); inteligentny dziennikarz – jeśli zechce – bez trudu może „przygotować” w ten sposób świadka, instruując go konkludentnie, co powinien mówić następnie przed organem procesowym (niegdyś nazwano by to udziałem w „matactwie” lub „koluzji”, a w sensie karnomaterialnym – poplecznictwem, zob. art. 239 § 1 k.k.). Można podać przykłady jeszcze głębszego ingerowania nierzetelnych dziennikarzy w postępowanie karne, chociażby poprzez próby wyłączenia (odsunięcia od prowadzenia śledztwa) sprawnego prokuratora w wyniku oszczerczych publikacji prasowych, zarzucających mu przyjęcie łapówki. Zresztą skala i zasięg zjawiska zwanego „czarny PR” (podawanie informacji oczerniających) wcale nie jest mała i w niektórych agencjach PR sięga 40% zleceń (zob. *Wybielamy, przyczerwiamy*, „Polityka” nr 34 z 21 sierpnia 2004, s. 3–9).

semnej lub elektronicznej. Zdumiewająca beztroška, z jaką A. Bojańczyk lansuje nieznaną obowiązującemu prawu oraz podręcznikom procedury karnej „zasadę swobody dowodzenia”², jest źródłem nieporozumień i niekonsekwencji, w które popada autor, najpierw proponując *de lege ferenda* likwidację art. 393 § 3 k.p.k.³, następnie zaś – zapewne w wyniku stopniowej autorefleksji – przedstawiając taką interpretację tego przepisu, z której wynika, że przepis ten praktycznie nie ma znaczenia. O zasadzie „swobody dowodzenia”, pojmowanej abstrakcyjnie, a nie konkretnie, wspominają co prawda Z. Doda i A. Gaberle, nie bez powodu jednak używając cudzysłowu, czego nie czyni A. Bojańczyk. Jasne jest bowiem, że zakres postępowania dowodowego w sprawach karnych nie tylko ograniczają zakazy dowodowe, ale również obowiązujące formy postępowania, które nie toczy się według „widzimisię” lub „swobodnego uznania” organów procesowych, dziennikarzy lub innych „osób prywatnych”. Tak samo jak całe postępowanie karne – którego postępowanie dowodowe jest częścią – toczy się ono „według przepisów niniejszego kodeksu” (art. 1 k.p.k.). A przepisy k.p.k. to nie tylko przepisy zakazujące lub nakazujące, ale również uprawniające (zezwalające i zwalniające z obowiązku), o czym A. Bojańczyk zupełnie zapomniał. Nawet kodeks postępowania administracyjnego, który nie jest przesadnie restrykcyjny w zakresie dopuszczania dowodów, w sprawach administracyjnych stanowi, że „jako dowód należy dopuścić wszystko co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy”, ale pod warunkiem, że „nie jest sprzeczne z prawem” (art. 75 § 1 k.p.a.)⁴.

Autor stwarza wrażenie, że nie rozumie, iż działanie, które wolno wykonać organom procesowym właśnie dzięki zezwalającym przepisom k.p.k. (np. na przymusowe przeszukanie pomieszczenia), może stanowić przestępstwo, jeśli jest wykonywane przez osobę prywatną. Nie dlatego oczywiście, że narusza przepisy k.p.k. (!), lecz że stanowi przewidziane w k.k. przestępstwo „naruszenia miru domowego”, którego – w stosunku do osoby prywatnej – nie neutralizuje działanie w granicach prawa procesowego, jak w wypadku organu ścigania.

Formułowanie przez A. Bojańczyka nowej normy ogólnej (obowiązującej) w postaci „zasady swobody dowodzenia” (bez cudzysłowu), w dodatku z powołaniem się na Z. Dodę i A. Gaberlego – autorów szczególnie wrażliwych na respekto-

² Oczywiście nie chodzi tu o zasadę swobodnej oceny dowodów, lecz „swobodę dowodzenia”, która w ujęciu A. Bojańczyka – poza zakazami dowodowymi – nie respektuje żadnych form i wymagań prawnodowodowych i oznacza w istocie zgodę na prywatne postępowanie dowodowe w publicznoskargowym procesie karnym.

³ A. Bojańczyk, *Interpretować z saperką*, „Rzeczpospolita” nr 255 (6635) z 31 października – 2 listopada 2003 r., C 4; tenże: *W kwestii dowodu z dokumentów prywatnych w procesie karnym*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 8, s. 110.

⁴ Analogiczne rozwiązanie przyjęła w art. 180 ordynacja podatkowa – ustawa z dn. 27 sierpnia 1997 r. (Dz.U. Nr 137, poz. 926 ze zm.). Na znaczenie dyrektywy nakazującej zbieranie materiału dowodowego wyłącznie w sposób legalny (zgodnie z przepisem art. 180 § 1 *in fine* ordynacji podatkowej) zwraca uwagę A. Hanusz, *Podstawa faktyczna rozstrzygnięć podatkowych*, Kraków 2004, s. 35–36.

wanie gwarancji praw jednostki i związanych z tym wymagań formalno-dowodowych w procesie karnym, wydaje się mocno ryzykowne. A. Bojańczyk jednak cytuje różnych autorów, dobierając cytaty zwykle odpowiednio spreparowane do zgóry postawionych tez – bez względu na kontekst ich wypowiedzi, albo polemizuje z poglądami, których nikt nie głosi, albo przekonuje do poglądów, które są oczywiste (że np. przepisy procesowe nie są podstawą odpowiedzialności karnej). Z równą swobodą i kompetencją wypowiada się zresztą na tematy konstytucyjne, prawnokarne, cywilnoprawne, prawnodowodowe i procesowe. Chociaż cytowana na wstępie publikacja dotyczyć ma „problematyki konstytucyjnej”, Autor wykazuje albo brak wyobraźni, albo słabą znajomość realiów, skoro za „nieporozumienie”⁵ (!) uważa prawną możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności konstytucyjnej np. Ministra Spraw Wewnętrznych lub innego ministra, który wykorzystując „zajmowane stanowisko” i np. z naruszeniem tajemnicy państwowej, a tym samym nadużywając władzy dla własnych celów i w sposób przestępczy zechce gromadzić materiał informacyjny⁶ oraz przechowywać ów materiał w swej prywatnej willi jako „dokumenty prywatne”, z zamiarem ewentualnego wykorzystania ich w przyszłości, np. przeciwko swym przeciwnikom politycznym (zob. art. 198 ust. 1 Konstytucji RP). Nieporozumieniem jest raczej sposób argumentacji A. Bojańczyka, który zdaje się nie rozumieć, że odpowiedzialność konstytucyjna może wiązać się z działaniem zabronionym, a nie wykonywanym w granicach prawa, a więc wykorzystaniem „zajmowanego stanowiska” wbrew prawu właśnie do aktywności czysto prywatnej. Za działanie legalne nikomu na ogół nie grozi odpowiedzialność prawna, nie tylko konstytucyjna, czyżby więc Autor był innego zdania?

Jeszcze przed wejściem w życie Konstytucji RP z 1997 r. i jej art. 47 gwarantującego ochronę prawną życia prywatnego W. Daszkiewicz, pisząc o „wydłużonym działaniu” k.p.k. na sferę „pozaprocessową”, zwracał uwagę na ochronę prywatności życia

⁵ A. Bojańczyk, *Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności niektórych dowodów prywatnych w postępowaniu karnym*, „Palestra” 2004, nr 9–10, s. 48 w przyp. 14.

⁶ Konieczność surowszej penalizacji takich zachowań dostrzegł ustawodawca już wcześniej. Tzw. ustawy policyjne z 1990 r. wprowadziły odpowiedzialność karną funkcjonariuszy za naruszenie dóbr osobistych obywateli. Zarówno ustawa o Policji (art. 142), Urzędzie Ochrony Państwa (art. 125) i Straży Granicznej (art. 144 po zmianie z 11 września 1995 r.) stanowiły, że funkcjonariusz, który przy wykonywaniu czynności służbowych przekroczył uprawnienia lub nie dopełnił obowiązku, naruszając w ten sposób dobra osobiste obywatela, podlegał karze pozbawienia wolności do lat 5. Typem kwalifikowanym tego przestępstwa było naruszenie zakazu udzielania informacji o obywatelu, uzyskanych w czasie wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych osobom lub instytucjom innym niż sąd i prokurator, a także zakazu wykorzystania ich przeciwko obywatelowi w celu innym niż ściganie karne. Zakaz ten nie miał zastosowania, jeżeli ustawa nakładała obowiązek udzielenia takich informacji określonego organowi albo obowiązek taki wynikał z umów lub porozumień międzynarodowych, a także gdy zatajenie takiej informacji prowadziłoby do zagrożenia życia lub zdrowia innych osób (art. 21 ust. 1 i 2 ustawy o Policji, art. 12 ust. 1 i 2 ustawy o UOP). Czyn taki zagrożony był sankcją karną od roku do lat 5.

osobistego i rodzinnego oraz rolę art. 24 k.c. dla ograniczenia zakresu działalności operacyjno-rozpoznawczej, pomimo ustawowej kompetencji do ich wykonywania przez MO i SB⁷. I chociaż nie wszystkie ograniczenia karnoprosesowe mogą mieć zastosowanie w działaniach operacyjnych, to jednak uwagi W. Daszkiewicza tym bardziej aktualizują się w stosunku do „prywatnego zbierania dowodów” podejmowanego poza procesem bez żadnej ustawowej kompetencji przez osoby „prywatne” lub nawet „urzędowe”, ale wykorzystujące swoje stanowisko do „celów prywatnych”. A. Bojańczyk pomija fakt, że w sprawach karnych w postępowaniu dowodowym milczenie ustawy (k.p.k.) nie stwarza pola „prawnej indyferencji”, gdzie wolno wszystko w myśl zasady „wszystko co nie jest zakazane (...) jest dozwolone”⁸. Dotyczy to zarówno działań operacyjnych, jak i – tym bardziej – dowodów w znaczeniu procesowym. Publikacja A. Bojańczyka stanowi dobrą ilustrację tezy, że wszelkie próby zacierania różnic między sformalizowaną procedurą dowodową w sprawach karnych a opartą na zasadzie „swobody zbierania informacji” pozaprosesową działalnością operacyjno-rozpoznawczą Policji (też przecież doznającą szeregu prawnych ograniczeń)⁹ prowadzą nie tyle do zwiększenia gwarancji praw jednostki w toku działalności operacyjnej, ile raczej do ich osłabienia czy wręcz likwidacji w formalnym postępowaniu karnym. Wprowadzenie ograniczeń wynikających z zakazów dowodowych w odniesieniu do czynności operacyjnych rodzi niebezpieczeństwo, że w praktyce prowadziłyby to do zacierania różnic między tymi rodzajami działań. Mogłoby to skłaniać organy ścigania do żądania, aby zaakceptowano czynności operacyjne (szczególnie te, które są przeprowadzane z pewnymi ograniczeniami *quasi*-procesowymi) jako czynności procesowe, ze wszystkimi wynikającymi stąd konsekwencjami zarówno w zakresie waloru dowodowego tych czynności, jak też możliwości stosowania przymusu procesowego przy ich przeprowadzaniu¹⁰.

Gdyby dopuścić – jak chce A. Bojańczyk – możliwość „prywatnego gromadzenia dowodów”, służbom policyjnym przybyłby jeszcze jeden argument na rzecz nadania waloru dowodowego i innych procesowych konsekwencji działaniom operacyjnym. Skoro walor dowodowy otrzymałyby wyniki „prywatnego śledztwa”, które przeprowadziła osoba prywatna bez żadnej podstawy prawnej, tym bardziej taki walor powinny otrzymać wyniki czynności operacyjno-rozpoznawczych przepro-

⁷ W. Daszkiewicz, *Taktyka kryminalistyczna a procesowe gwarancje jednostki i prawa obywatelskie*, „Państwo i Prawo” 1985, nr 3, s. 54–55.

⁸ Tamże, s. 55.

⁹ Dalece sformalizowane i wymagające zgody prokuratury i sądu są takie czynności, jak kontrola operacyjna oraz zakup kontrolowany (prowokacja policyjna).

¹⁰ Zob. szerzej R. Kmiecik, *Kontrola rozmów telefonicznych jako czynność procesowa i operacyjno-rozpoznawcza*, (w:) *Wybrane problemy teorii i praktyki państwa i prawa*, Lublin 1986, s. 221–222; A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze a ochrona praw jednostki*, „Problemy Praworządności” 1988, nr 8–9, s. 47–49; tenże, *Wykorzystanie informacji uzyskanych w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych w procesie karnym*, (w:) *Nowy kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*, Kraków 1998, s. 141–143.

wadzanych przez organy państwowe działające na podstawie ustawowego upoważnienia. Stąd już niedaleko do urzeczywistnienia idei „państwa policyjnego”, we współczesnym znaczeniu tego wyrażenia.

Oczywiście nie można odmówić osobom prywatnym prawa do nieformalnego poszukiwania dowodów rzeczowych i dokumentów (także prywatnych) w przewidzianych przez k.p.k. granicach, jak też informacji o nieznanymi jeszcze organom ścigania źródłach dowodowych. Ale muszą to być działania, które nie są sprzeczne z prawem, nie wkraczają w kompetencje organów ścigania uprawnionych do działania z urzędu w interesie publicznym (zwłaszcza że, obiektywnie biorąc, mogą nieraz utrudniać postępowanie) i nie naruszają praw osób trzecich (a więc dopuszczalne zwłaszcza w sprawach o przestępstwa prywatnoskargowe). Będą to więc działania dostarczające głównie informacji o dowodach (podobnie jak działalność operacyjna), a nie „gotowych” środków dowodowych (zwłaszcza pojęciowych). Z pewnością w uprawnieniu osób prywatnych mieścić się będzie możliwość utrwalania przy użyciu środków technicznych samego przebiegu zdarzenia przestępnego, czego nikt nie kwestionuje¹¹. Powstały w ten sposób dowód rzeczowy może być wprowadzony do procesu karnego bez zbędnych utrudnień i na tym chyba kończyłaby się aktywna rola osób prywatnych do „gromadzenia dowodów” na potrzeby procesu karnego. Natomiast pozwolenie na nieskrępowane działanie osób prywatnych i przypisywanie im uprawnień jurysdykcyjnych w sferze gromadzenia dowodów w sprawach o przestępstwa publicznoskargowe (zwłaszcza dowodów pojęciowych, choć nie tylko) przy daleko idących prawnych ograniczeniach dotyczących organów ścigania i koncesjonowanych detektywów mogłoby w praktyce spowodować lekceważenie i omijanie tych ograniczeń. Funkcjonariusz policji, który nie uzyskał zezwolenia sądu na zastosowanie kontroli operacyjnej (art. 19 ustawy o Policji), lub swojego przełożonego na obserwację i rejestrację przy użyciu środków technicznych przebiegu zdarzenia (rejestrację obrazu i dźwięku towarzyszącym tym zdarzeniom) w miejscu publicznym (art. 15 ust. 1 pkt 5a), czy też zgody prokuratora na przeprowadzenie „prowokacji policyjnej” (art. 19a), mógłby osiągnąć zamierzony cel, prosząc o to swojego szwagra lub inną osobę prywatną (najlepiej „sympatyka” służb policyjnych). Koncesjonowany detektyw prowadząc działania wchodzące w sferę czynności operacyjno-rozpoznawczych naraża się na odpowiedzialność karną, ale nie byłby narażony na taką odpowiedzialność (jeśli jego działania nie wyczerpywałyby znamion innych czynów karalnych), gdyby działał jako osoba prywatna. Wyniki tych czynności, jeśli zostaną przeprowadzone przez funkcjonariusza policji czy detektywa (np. z nielegalnego podsłuchu), będą także niedopuszczalne (niezależnie od odpowiedzialności karnej funkcjonariusza i detektywa) w procesie karnym. Natomiast, zgodnie z postulatem A. Bojańczyka, byłyby dopuszczalne, gdyby „zgromadziła” je osoba prywatna – nawet gdyby to wią-

¹¹ Może to być efektem celowego działania (np. pokrzywdzonego), jak też działania zupełnie przypadkowego (np. utrwalenie przebiegu zdarzenia przestępnego przez przygodnego świadka).

zało się z popełnieniem przestępstwa¹². Absurdalność przyjęcia takiego rozwiązania w sprawach o przestępstwa publicznoskargowe widoczna jest *prima vista*. Nie jest to jedynie kwestia teoretycznych przypuszczeń – w praktyce może się zdarzyć, że zamiast służb policyjnych dowody uzyska osoba prywatna, co jednak najczęściej wiązać się będzie z różnorodnymi problemami.

Na przykład w sprawie Schenk przeciwko Szwajcarii¹³, o której wspomina także A. Bojańczyk, Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu (ETPCz) rozstrzygał o możliwości wykorzystania w procesie karnym nielegalnie uzyskanego (przez osobę prywatną) nagrania rozmowy telefonicznej. A. Bojańczyk omawia ten wyrok Trybunału w Strasburgu głównie w aspekcie konstytucyjnego prawa do prywatności (tajemnicy korespondencji) i nie poświęca w ogóle uwagi przyczynom uznania tego dowodu za nielegalny, a jest to, jak się wydaje, kwestia kluczowa w aspekcie „prywatnego gromadzenia dowodów”. Sprawa jest o tyle istotna, że nielegalności uzyskania tego dowodu nikt w czasie całego procesu (zarówno przed sądami szwajcarskimi, jak i Trybunałem w Strasburgu) nie kwestionował, jednak został on przyjęty jako jedna z podstaw wyroku. Nie była to także przypadkowa rejestracja przez osobę postronną rozmowy telefonicznej oskarżonego, lecz nagranie dokonane przez Richarda Pauty, który wcześniej zgodził się na dokonanie zleconego przez Schenka zabójstwa jego żony Josette Schenk. R. Pauty jednak odstąpił od tego zamiaru, powiadomił niedoszlą ofiarę i sędziego śledczego oraz rozpoczął współpracę z policją. Nielegalność tego dowodu polegała na tym, że rozmowa telefoniczna nie została utrwalona na podstawie zarządzenia odpowiedniego organu prowadzącego czynności śledcze (nakazu sędziego śledczego), lecz w wyniku „prywatnego gromadzenia dowodów” przez świadka¹⁴. Cała akcja nosiła zresztą pewne cechy prowokacji. Świadek w rozmowie z oskarżonym zachowywał się tak, jakby już wykonał zlecenie zabójstwa żony oskarżonego (do którego nie doszło), a w rzeczywistości starał się uzyskać dowód obciążający oskarżonego (jednocześnie potwierdzający wcześniej złożone przez niego zeznania w śledztwie)¹⁵. Otóż zarzuty do tak uzyskanego dowodu odnosiły się nie tyle do naruszenia prawa do prywatności (Trybunał nie rozpoznawał w ogóle naruszenia art. 8 Konwencji wobec niewyczerpania przez oskarżonego drogi krajowej), co do złamania przepisów procedury karnej normują-

¹² A. Bojańczyk, *Z problematyki konstytucyjnej...*, s. 57–58.

¹³ Orzeczenie z 12 lipca 1988 r., A.140.

¹⁴ Rejestrując rozmowę telefoniczną bez zgody swego rozmówcy, R. Pauty popełnił przestępstwo (art. 179 szwajcarskiego kodeksu karnego). W związku z tym kwestia nielegalności (bezprawności) takiego działania nie budziła wątpliwości.

¹⁵ Wiarygodność Richarda Pauty’ego jako świadka pozostawiała wiele do życzenia. Już po skontaktowaniu się z żoną oskarżonego zaproponował jej, żeby zgodziła się na upozorowanie jej zabójstwa po to, aby on mógł odebrać obiecaną mu przez Schenka zapłatę. Następnie zaproponował, że zabije jej męża i dopiero gdy ta propozycja została odrzucona zdecydował się na udanie się wraz z Josette Schenk na policję.

cej rejestrację rozmów telefonicznych dla celów dowodowych (prywatne nagranie rozmowy nastąpiło sześć dni po wszczęciu śledztwa). Ostatecznie Trybunał orzekł, że nie może wykluczyć co do zasady i w sposób abstrakcyjny możliwości dopuszczenia nielegalnego dowodu uzyskanego w taki sposób bez upewnienia się, czy proces jako całość był rzetelny. W sprawie Schenka Trybunał uznał, że proces nie naruszył wymagań art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (KE). Wskazał, że w sprawie tej prawo do obrony było przestrzegane. Oskarżony mógł przed sądem kwestionować autentyczność magneto-fonowego zapisu rozmowy telefonicznej i sprzeciwić się jego użyciu jako dowodu. Miał także faktyczną możliwość zadawania pytań świadkom i mógł zażądać wezwania funkcjonariusza policji „odpowiedzialnego” za dokonanie nielegalnego nagrania rozmowy telefonicznej (insp. Messerli towarzyszył świadkowi we Francji, gdzie dokonano nagrania rozmowy, a następnie przywiózł do Szwajcarii nagraną taśmę)¹⁶.

Twierdzenie A. Bojańczyka, że „bazowanie przez sąd przy dokonywaniu ustaleń faktycznych m.in. na nagraniu sporządzonym przez osobę prywatną nie jest sprzeczne z art. 6 ust. 1 KE, bowiem prawo do obrony nie doznaje w takim układzie żadnego uszczerbku”¹⁷, jest nieuprawnionym uogólnieniem. Trybunał w Strasburgu w swym wyroku w sprawie Schenka potwierdził, że „prywatne” nagranie rozmowy telefonicznej było nielegalne (nie kwestionował tego przed Trybunałem nawet przedstawiciel rządu Szwajcarii), ale w związku z tym, że prawidłowo zostały przeprowadzone inne dowody oraz istniała realna możliwość prawidłowej oceny wartości dowodu wadliwego, uznał, iż cały proces był rzetelny w konkretnym układzie sytuacyjnym (nie nastąpiło naruszenie art. 6 ust. 1 KE). I tylko tyle. Teza A. Bojańczyka, że Trybunał w Strasburgu dopuszcza, jako generalną regułę, wykorzystywanie prywatnych nagrań rozmów telefonicznych w procesie karnym, stwarza wrażenie, że ETPCz uznaje takie dowody (co do zasady) za legalne, a co więcej, iż dowody takie nie ograniczają prawa do obrony. Takie przedstawienie sprawy może wprowadzić czytelnika w błąd. Przecież postępowanie przed Trybunałem zmierzało do rozstrzygnięcia, czy z powodu dopuszczenia jednego nielegalnego dowodu należy uznać cały proces Schenka prowadzony przed sądami w Szwajcarii za nierzetelny. Rozstrzygnięcie tej kwestii nie zapadło jednogłośnie. Czterech sędziów, co zauważa także A. Bojańczyk, złożyło zdanie odrębne od orzeczenia, uważając, że dopuszczenie nielegalnego dowodu spowodowało, iż cały proces powinien zostać uznany za nierzetelny (naruszenie art. 6 ust. 1 KE), nikt jednak nie miał wątpliwości, że był to dowód uzyskany nielegalnie¹⁸.

Niebezpieczeństwa związane z „prywatnym gromadzeniem dowodów” dosko-

¹⁶ Inspektor Messerli nie wystąpił w tej sprawie w charakterze świadka, ponieważ nie został zgłoszony przez oskarżonego ani też nie został powołany na świadka z urzędu przez sąd.

¹⁷ A. Bojańczyk, *Z problematyki konstytucyjnej...*, s. 57.

¹⁸ Byli to sędziowie L. E. Pettiti, A. Spielmann, J. De Meyer, J. A. Carrillo Salcedo.

nale obrazuje tzw. *reward system* stosowany przez sądownictwo angielskie w XVII i XVIII w., gdy wobec słabości organów ścigania (właściwie nieistniejących do początku XIX w.)¹⁹ próbowano aktywnie włączyć obywateli w proces ścigania karnego, zachęcając ich do „prywatnego gromadzenia dowodów”. Świadkowie, którzy doprowadzili przed sędziego pokoju sprawców poważnych przestępstw (którzy w wyniku ich zeznań i przedstawionych przez nich dowodów rzeczowych²⁰ zostali skazani), mogli liczyć na wysoką nagrodę pieniężną. Bardzo szybko pojawiła się kategoria przestępców zwana „łapaczami złodziei” (*thief takers*)²¹, którzy dla nagrody pieniężnej specjalizowali się w fałszywych oskarżeniach i doprowadzili do skazania na karę śmierci wielu niewinnych ludzi. Zamiast usprawnić ściganie karne, dopuszczenie „prywatnego zbierania dowodów” doprowadziło angielski wymiar sprawiedliwości na skraj kompromitacji (nie tylko z powodów tragicznych w skutkach pomyłek sądowych). Sędziowie, nawet wtedy gdy zbrodnicze działania „łapaczy złodziei” wyszły na jaw, nie byli w stanie doprowadzić do skazania fałszywych oskarżycieli za umyślne zabójstwo. Zgodnie z *common law* mogli być skazani jedynie za krzywoprzysięstwo (zagrożone niską sankcją karną), co wywoływało zrozumiałe oburzenie społeczne²².

Merytorycznie rozszerzona polemika z postulatami i koncepcjami A. Bojańczyka ukaże się wkrótce na łamach „Państwa i Prawa”²³ – trudno jednak pozostawić bez komentarza publikację A. Bojańczyka zamieszczoną także na łamach „Palestry”, pisma korporacji wykazującej zarówno dbałość o przestrzeganie prawa w postępowaniu karnym, jak i prawa obywatela do prywatności, które Autor waży sobie nader lekko.

*Odpowiedź Autora artykułu
pt. „Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności
niektórych dowodów prywatnych w postępowaniu karnym”
ukaże się w następnym numerze „Palestry”.*

¹⁹ Dopiero po długiej dyskusji ustawą z 7 grudnia 1828 r. (*Metropolitan Police Act*) zostały powołane w Londynie profesjonalne siły policyjne. Zob. L. Radzinowicz, *A history of English criminal law and its administration from 1750*, vol. 3, London 1956, s. 448 i n.

²⁰ Dochodziło oczywiście także do fałszowania dowodów rzeczowych. Na przykład gang MacDaniela podrzucił niewinnej ofierze znakowaną monetę, którą później członkowie gangu rozpoznawali jako część łupu rzekomo zrabowanego przez oskarżonego. Cyt. za K. Baran, *Z dziejów prawa karnego Anglii. Między Renesansem a Oświeceniem XVI–XVIII w.*, Kraków 1996, s. 135.

²¹ O kondycji moralnej tej grupy ludzi najlepiej świadczy przykład niejakiego Jonathana Wilda, który mianował się Generalnym Łapaczem Złodziei na Wlk. Brytanię i Irlandię (*The Thief Taker General of Great Britain and Ireland*), a następnie został powieszony za rozbój w 1725 r. Według J. Thorwalda (*Stulecie detektywów*, Kraków 1971, s. 46 i 47) J. Wild może być uznany za prekursora późniejszych sławnych gangsterów, którzy pojawili się w latach 20. XX w. w Ameryce.

²² K. Baran, *op. cit.*, s. 134–135.

²³ A. Taracha, *Jeszcze raz w sprawie tzw. „prywatnego gromadzenia” dowodów*, „Państwo i Prawo”, 2005, z. 1, s. 90–98.