

Dorota Karczmarska

"Dowody elektroniczne w procesie karnym TNOiK", Arkadiusz Lach, Toruń 2004 : [recenzja]

Palestra 51/5-6(581-582), 265-268

2006

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.

Recenzje

Arkadiusz Lach

Dowody elektroniczne w procesie karnym

TNOiK, Toruń 2004, s. 253

A. Lach w książce „Dowody elektroniczne w procesie karnym” przedstawia problematykę prawną uzyskiwania i dowodowego wykorzystania informacji utrwalonej w postaci elektronicznej. Rozważania zostały usystematyzowane w sześciu częściach podzielonych na mniejsze jednostki. Pierwszy fragment pracy ma charakter wprowadzający w obszar zagadnień dotyczących dowodu elektronicznego. Autor wyjaśnia i odróżnia sens takich pojęć jak: „dane” i „informacja”¹. Wśród danych zaś wyodrębnia się – nawiązując do założeń Konwencji o Przystępczości Cybernetycznej² – dane dotyczące ruchu (*traffic data*), stanowiące treść (*content data*) oraz informacje odnoszące się do abonenta³. Ponadto autor w tej części pracy odwołuje się do definicji „informacji elektronicznej”. Pojęciem tym obejmuje zarówno zapis analogowy (ciągły), jak i zapis cyfrowy (mający postać kodu „zero-jedynkowego”). Natomiast mianem dowodu elektronicznego określa „informację w formie elektronicznej o znaczeniu dowodowym”⁴, przy czym wskazuje na różnice między treścią pojęcia „dowód cyfrowy” a „dowód komputerowy” i „dowód elektroniczny”. Przedstawia także podstawowe właściwości dowodu elektronicznego oraz jego pozycję na tle systematyki dowodów. Uwagi te porządkują w niezbędnym zakresie pojęcia z obszaru informatyki i stanowią właściwy punkt wyjścia dla dalszych rozważań. Część II pracy zawiera przegląd rodzajów dowodów elektronicznych, wśród których autor wyróżnia m.in. dowody pochodzące z podsłuchu oraz dowody przechowywane w systemie informatycznym lub na elektronicznych nośnikach informacji. Uwagę autora zajmuje jednak przede wszystkim problematyka trybu uzyskiwania zapisów elektronicznych dla celów dowodowych (część III). Uzyskiwaniu tych zapisów służą instytucje zatrzymania rzeczy i przeszukania oraz kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych i innych przekazów informacji. Autor poddaje krytycznej analizie

¹ A. Lach, *op. cit.*, s. 20.

² Konwencja Rady Europy nr 185 o Przystępczości Cybernetycznej z 23 listopada 2001 r.

³ A. Lach, *op. cit.*, s. 21–22.

⁴ Tamże, s. 28.

rozwiązania ustawowe dotyczące tych czynności dowodowych. Rozważa, na ile odpowiadają one specyficznej i złożonej materii informacji elektronicznej.

Rozdział IV zawiera rozważania na temat oceny dowodów elektronicznych, wskazuje też – jako element tej oceny – badanie autentyczności dowodów. Dowód elektroniczny autor traktuje jako dowód poszlakowy, analizuje także dopuszczalność wykorzystania dowodu nielegalnego oraz dopuszczalność procesowego wykorzystania informacji uzyskanych operacyjnie.

Rozważania zawarte w kolejnej części rozprawy (rozdz. V) odnoszą się do technicznych warunków niezbędnych dla dokonania prezentacji dowodów elektronicznych przed sądem.

Ostatnia część pracy (VI) dotyczy problematyki zastosowania instytucji prawnoprocesowych w ramach współpracy międzynarodowej podejmowanej w celu ścigania przestępczości komputerowej.

Rozwiązania obowiązujące na gruncie polskiego prawa autor umieszcza na tle regulacji prawnomiędzynarodowych oraz regulacji państw obcych. W ten sposób uzyskuje rozszerzoną perspektywę spojrzenia na analizowane instytucje prawnodowodowe. Prace kończą wnioski logicznie wynikające z zaprezentowanych wywodów i propozycje *de lege ferenda*.

A. Lach rozpoznaje różnice, jakie wykazują dowody elektroniczne w stosunku do dowodów tradycyjnych i na tym tle ocenia obowiązujące regulacje prawnoprocesowe. Twierdzi więc, że ustawodawca nie uwzględnił, kształtując instytucję przeszukania w środowisku komputerowym, możliwości objęcia przeszukaniem systemów informatycznych znajdujących się w pomieszczeniu niewymienionym w postanowieniu o przeprowadzeniu tej czynności. Tymczasem potrzeba rozszerzenia przeszukania może się wyłonić *ad hoc*, a ponadto istnienie połączeń między systemami komputerowymi czyni takie rozszerzenie faktycznie możliwym. *De lege lata* – jak twierdzi A. Lach – można w tej sytuacji wykorzystać rozwiązanie przewidziane dla wypadków niecierpiących zwłoki, tj. przeprowadzić przeszukanie w oparciu o nakaz kierownika jednostki lub legitymację służbową, a zatwierdzenie czynności uzyskać *ex post* (art. 220 § 3 k.p.k.). Niemniej jednak postuluje wprowadzenie zmian, tak aby dopuszczalne stało się – z zachowaniem niezbędnych ograniczeń – rozszerzenie przeszukania systemu informatycznego „na dane przechowywane w jego części lub innym systemie znajdującym się poza pomieszczeniem”⁵.

Autor – jak wspomniano – wyodrębnia w grupie danych elektronicznych dane dotyczące ruchu oraz stanowiące treść przekazywanej informacji. Procedury uzyskiwania danych przewidziane zarówno w Konwencji o Przestępczości Cybernetycznej, jak i w ustawodawstwach wielu państw, uwzględniają to rozróżnienie. Znalazło ono także odzwierciedlenie w regulacjach zawartych w polskich aktach prawnych, na co wskazuje § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości⁶, w którym przewidziano wobec podmiotów prowadzących działalność telekomunikacyjną obowiązek gromadzenia „danych związanych z kontrolowanymi i utrwalanymi przekazami informacji”, a więc danych innych niż zawartość treściowa „przechwytywanych” informacji. Przepis ten nasuwa jednak wątpliwości na tle regulacji

⁵ Tamże, s. 223.

⁶ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 24 czerwca 2003 r. w sprawie sposobu technicznego przygotowania sieci (...), (Dz.U. Nr 10, poz. 1052).

ustawowych – na co trafnie zwraca uwagę A. Lach. Skoro bowiem k.p.k. zezwala jedynie na uzyskiwanie w drodze podsłuchu „treści rozmów telefonicznych” (art. 237 § 1 k.p.k.) oraz „treści innych rozmów lub przekazów informacji” (art. 241 k.p.k.), to dopuszczalność gromadzenia w ramach podsłuchu danych niebędących rozmowami – co przewiduje przepis aktu wykonawczego – budzi zastrzeżenia. Regulacje zawarte w akcie prawnym niższego rzędu niż ustawa nie stanowią wystarczającego oparcia normatywnego dla ingerencji w chronioną konstytucyjnie tajemnicę komunikowania się. W związku z tym pojawia się potrzeba zmodyfikowania przepisów dotyczących kontroli i utrwalania treści rozmów, tak aby nie budziła wątpliwości dopuszczalność – w oparciu o te przepisy – uzyskiwania danych dotyczących ruchu⁷.

Obok uwag, które nie skłaniają do krytyki, można także odnaleźć w monografii poglądy – zwykle niepowiązane z głównym nurtem rozważań – wymagające doprecyzowania lub odniesienia polemicznego.

A. Lach zajmuje stanowisko, zgodnie z którym dowód elektroniczny należy zaliczyć do kategorii dowodów rzeczowych. Nie w pełni można to stanowisko podzielić. Wprawdzie słusznie autor twierdzi, że zapis elektroniczny stanowi „właściwość nośnika, na którym się znajduje”⁸, ale nie to rozstrzyga o uznaniu go za dowód rzeczowy. Zapis elektroniczny przyjmuje bowiem cechy dowodu rzeczowego wówczas, gdy można mu przypisać znaczenie „śladu” czynu zarzucanego oskarżonemu, choćby nawet ów „ślad” zawierał treść pojęciową. Np. takim śladem jest – w sprawie o przestępstwo zniewagi – utrwalony na komputerowym nośniku zapis znieważającej pokrzywdzonego wypowiedzi. Wtedy wydobyć treści informacyjnej z takiego dowodu (źródła dowodowego) następuje w drodze czynności oględzin (niezależnie od poddania zapisu ekspertyzie biegłego, jeśli wyłoni się taka potrzeba). Treść informacji jest bowiem elementem samego przestępstwa i tym samym stanowi przedmiot dowodu, a nie źródło dowodu, którym jest sam zapis elektroniczny. Natomiast utrwalone w formie elektronicznej (także cyfrowej) zeznanie świadka staje się załącznikiem do protokołu i podlega odczytaniu (odtworzeniu) treści jako dowód z dokumentu sprawozdawczego (art. 393a w zw. z art. 147 § 3 k.p.k.), mimo że „zapis elektroniczny” nie prze staje i w tym wypadku być właściwością nośnika, na którym się znajduje.

Wątpliwości nasuwają się także w związku z próbą zaklasyfikowania dowodu elektronicznego do określonej kategorii dowodów w sytuacji, gdy zapis elektroniczny wykazuje cechy dokumentu. Kwestię tę A. Lach rozstrzyga w kierunku przyznania takiemu zapisowi walorów dowodu rzeczowego, aczkolwiek zaznacza, iż chodzi o „szczególną formę dowodu rzeczowego”⁹. W świetle tego, że do dokumentów elektronicznych autor zalicza np. „zdematerializowane (zazwyczaj przez zeskanowanie) tradycyjne księgi rachunkowe, księgi wieczyste, potwierdzenia zapłaty”¹⁰, pogląd ten nie budzi zastrzeżeń. Nośniki wymienionych zapisów spełniają bowiem ustawowe kryteria dokumentu, przewidziane w art. 115 § 14 k.k. i jako takie nie mogą być wykorzystane poza trybem oględzin dowodu rzeczowego, jeżeli stanowią np. przedmiot czynności wykonawczej przestępstwa fałszu materialnego dokumentu (art. 270 § 1 k.k.). Wartość dowodowa takiego dokumentu polega

⁷ A. Lach, *op. cit.*, s. 77.

⁸ Tamże, s. 31.

⁹ Tamże, s. 43.

¹⁰ Tamże, s. 44.

więc na tym, że może on zawierać materialne ślady dokonanego fałszerstwa, tym samym ślady zamachu na chronione prawem dobro. Wykorzystanie w ten sposób pojmowanego dokumentu nie obejmuje więc percepcji jego treści pojęciowej, o ile w ogóle jakakolwiek treść pojęciowa występuje. Karnomaterialna definicja akcentuje bowiem ten aspekt dokumentu, który czyni go przedmiotem ochrony prawnej. Jednakże takie rozumienie nie może być identyfikowane z ujęciem dokumentu na gruncie prawa dowodowego jako „dowodu z dokumentu”, co zresztą autor przyznaje, definiując dokument elektroniczny (w znaczeniu prawnoprocesowym) jako „treść pojęciową zawartą w formie elektronicznej na nośniku informacji, która może mieć znaczenie dowodowe”¹¹. Pomija jednak konsekwencje tego rozróżnienia. Skoro bowiem istotą dokumentu w znaczeniu prawnoprocesowym jest jego treść pojęciowa (myśl ludzka utrwalona na materialnym nośniku), to nie można redukować jego charakterystyki tylko do właściwości materialnych (zmysłowych). Trzeba zatem przyjąć, że w zależności od konkretnego układu procesowego, dokument elektroniczny może zostać wykorzystany albo jako dowód rzeczowy (poddany oględzinom i ekspertyzie), albo jako dowód rzeczowo-osobowy (odczytany).

Kończąc ten znacznie skrócony na życzenie Redakcji przegląd tez zaprezentowanych w monografii A. Lacha, trzeba podkreślić, że kontrowersyjność niektórych poglądów potwierdza słuszność wyboru przedmiotu badań. Problematyka, z którą zmierzył się autor, stanowi bowiem obszar wielowątkowej dyskusji na temat poziomu dostosowania obowiązujących rozwiązań normatywnych do potrzeb praktyki organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Praca „Dowody elektroniczne w procesie karnym” jest ważnym głosem w tej dyskusji.

Dorota Karczmarska

¹¹ Tamże, s. 43.