

Antoni Bojańczyk

Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności niektórych dowodów prywatnych w postępowaniu karnym

Palestra 49/9-10(561-562), 44-58

2004

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.

Z PROBLEMATYKI KONSTITUCYJNEJ DOPUSZCZALNOŚCI NIEKTÓRYCH DOWODÓW PRYWATNYCH W POSTĘPOWANIU KARNYM

1. Nasilająca się w praktyce sądowej tendencja do wykorzystywania w procesie karnym dowodów prywatnych w postaci utwaleń dźwięku na nośnikach elektronicznych stawia przed nauką szereg niełatwych pytań. Z całą ostrością rysuje się – widziany ze specyficznej perspektywy regulacji konstytucyjnoprawnych – problem dopuszczalności tego typu dowodów. W szczególności chodzi o to, czy z naruszeniami prawa do ochrony prawnej życia prywatnego (art. 47 Konstytucji) i prawa do ochrony tajemnicy komunikowania się (art. 49 zd. 1 Konstytucji), popełnianymi w związku z prywatnym gromadzeniem dowodów, należy wiązać jakiejkolwiek konsekwencje procesowe w sferze dopuszczalności owych dowodów¹.

2. Przystąpienie do analizy tak skonfigurowanych problemów prawnych nie jest możliwe bez uprzedniego przedstawienia ogólnych uwag co do (a) sposobu dekodowania zakazów dowodowych w postępowaniu karnym oraz (b) udzielenia odpowiedzi na pytanie o dopuszczalność w postępowaniu karnym dowodów prywatnych jako takich. Rozstrzygnięcie tej ostatniej kwestii warunkuje jakkolwiek dalszą analizę problemu konstytucyjnej dopuszczalności dowodów prywatnych, jeżeli bowiem miałyby się okazać, że wszelkie dowody prywatne (tj. dowody uzyskane przez podmioty prywatne) i tak należą do kategorii dowodów procesowo niedopuszczalnych, to rozważania co do ich dopuszczalności rozpatrywanej z punktu widzenia ustawy zasadniczej siłą rzeczy musiałyby się okazać bezprzedmiotowe.

Ad a) Truizmem będzie stwierdzenie, że pierwszoplanową zasadą procesu karnego jest zasada prawdy materialnej. Wobec niej rolę czysto akcesoryjną pełni – zazwyczaj niewyodrębniana w piśmiennictwie² – zasada swobody dowodzenia, rozumiana jako możliwość dowodzenia okoliczności mających znaczenie dla postępowania kar-

¹ Zagadnienie nie doczekało się do tej pory w krajowym piśmiennictwie żadnego szczegółowego opracowania. Autor wydanej ostatnio monografii na temat zakazów dowodowych nie poświęca tej kwestii odrębnych rozważań (Z. Kwiatkowski: *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Katowice 2001).

² Por. jednak Z. Doda i A. Gaberle, *Dowody w procesie karnym. Orzecznictwo SN. Komentarz*. Warszawa 1997, s. 185.

nego za pomocą wszelkich dowodów. Jest przecież rzeczą oczywistą, że prawdziwy obraz danego zdarzenia może być odtworzony wtedy i tylko wtedy, gdy wykorzysta się wszelkie dowody istotne w procesie rekonstrukcji konkretnego stanu faktycznego. Nie może być zatem mowy o realizacji zasady prawdy materialnej bez prawidłowo ukształtowanej zasady swobody dowodzenia. Normatywnym wyrazem tego założenia jest m.in. nakaz kształtowania przekonania organów postępowania na podstawie wszystkich³ przeprowadzonych dowodów (art. 7 k.p.k.⁴, por. też art. 410, art. 92). Powyższe stwierdzenia pociągają za sobą całkiem zasadnicze konsekwencje na płaszczyźnie wykładni przepisów ustawy procesowej. Jeżeli nadrzędnym (art. 2 § 1 pkt 1) celem postępowania karnego jest ustalenie prawdy o pewnym zdarzeniu relewantnym z punktu widzenia przypisania odpowiedzialności karnej to, po pierwsze, jakiegokolwiek odstępstwa od zasady prawdy materialnej, tzn. zakazy dowodowe, muszą być formułowane w sposób klarowny i precyzyjny. Rekonstrukcja zakazu dowodowego jest możliwa wyłącznie na podstawie regulacji wyraźnie⁵ i wprost ograniczającej swobodę dowodzenia i możliwość poczynienia ustaleń prawdziwych. Niedopuszczalne jest domniemywanie zakazów dowodowych. W pełni uprawniona jest więc teza o istnieniu *numerus clausus* zakazów dowodowych w procesie karnym (jest ona zresztą prostą konsekwencją wymogu wyraźnego ustawowego formułowania zakazów dowodowych)⁶. Po drugie, przepisy statuujące zakazy dowodowe, jako re-

³ Wyróżnienia w tekście głównym i przypisach pochodzą od autora.

⁴ Przepisy przywoływane w tekście bez bliższego oznaczenia odnoszą się do kolejnych artykułów Kodeksu postępowania karnego.

⁵ Eksponują to szczególnie K. Marszał (red.), S. Stachowiak i K. Zgrzyk (Proces karny, Katowice 2003, s. 237), gdy piszą, że z zakazem wykorzystania dowodów mamy do czynienia tylko wówczas, gdy „jest on wyraźnie przewidziany w sferze prawa karnego procesowego” („sferę” prawa karnego procesowego należy tu jednak chyba rozumieć szeroko, pewne zakazy dowodowe zostały bowiem sformułowane poza kodeksem postępowania karnego, por. Z. Kwiatkowski, jw., s. 45). Mniej wyraźnie kwestię tę akcentuje np. S. Waltoś, który podaje tylko, że zakaz dowodowy jest „normą prawną” (Proces karny. Zarys systemu, Warszawa 2003, s. 352).

⁶ Z. Kwiatkowski (jw.) nie dotyka tego zagadnienia wprost. Skoro jednak uznaje, że zakazy dowodowe są „przepisami prawnymi wyłączającymi dowodzenie określonych faktów (tezy dowodowej) oraz wyłączające lub ograniczające wprowadzanie, przeprowadzanie i wykorzystywanie pewnych dowodów w procesie karnym” (s. 34), a rozważając problematykę wykładni przepisów prawa karnego regulujących zakazy dowodowe stwierdza, że są one „ujęte w tych przepisach prawa dowodowego, które wyłączają lub ograniczają wprowadzanie, przeprowadzanie i wykorzystywanie dowodów w postępowaniu karnym” (s. 47), to wolno mniemać, że Autor opowiada się jednak za zamkniętym i ściśle określonym przez prawo (przepisy prawne) katalogiem zakazów dowodowych. Za proponowaną w niniejszym tekście koncepcją *numerus clausus* zakazów dowodowych w postępowaniu karnym przemawia także zastosowanie dyrektywy interpretacyjnej *exceptiones non sunt extendendae* w nieco zmodyfikowanej postaci. Jeżeli bowiem każdą normę o charakterze zakazu dowodowego traktujemy w kategoriach wyjątku od zasady prawdy materialnej, i dlatego też przepisów statuujących zakazy dowodowe nie możemy poddawać wykładni rozszerzającej, to tym bardziej niedopuszczalne jest dorozumiane kreowanie zakazów dowodowych. *Numerus clausus* zakazów dowodowych w postępowaniu karnym (nie określając go, rzecz jasna, tym mianem), zdaje się aprobować również Sąd Najwyższym (u. z 19 stycznia 1995 r., I KZP 15/94, OSNKW, z 1–2/2000, poz. 1), skoro jego zdaniem jest „oczywiste”, że „poznanie

gulacje o charakterze wyjątkowym, nie mogą być interpretowane rozszerzająco⁷. Lekceważenie powyższych dyrektyw interpretacyjnych, opartych na kodeksowym prymacie zasady prawdy materialnej, mogłoby prowadzić do pozanormatywnego rozszerzania katalogu zakazów dowodowych i, w konsekwencji, do ograniczania możliwości poczynienia prawdziwych ustaleń faktycznych. Powyższych reguł wykładni nie można tracić z pola widzenia próbując ustalić, bądź zanegować istnienie określonej normy o charakterze zakazu dowodowego.

Ad b) Kwestia procesowej dopuszczalności dowodu prywatnego w postaci taśmy magnetofonowej z rejestracją dźwięku była w doktrynie karnoprosesowej⁸ przez czas długi konsekwentnie ignorowana. Milczenie nauki przerwał dopiero Sąd Najwyższy. W wyroku z 10 maja 2002 r. (sygn. WA 22/02)⁹ stwierdził, że „przepisy (...) k.p.k. odnoszące się do kontroli i utrwalania rozmów przy użyciu środków technicznych nie dotyczą prywatnego gromadzenia w ten sposób dowodów”, a „taśma magnetofonowa z utwaloną na niej przez pokrzywdzonego (oskarżyciela posiłkowego) rozmową z oskarżonym może stanowić dowód w sprawie karnej, który podlega ocenie na zasadach ogólnych”. Wypowiedź najwyższej instancji sądowej prowokowała parę wypowiedzi w piśmiennictwie. Glosatorzy zaaprobowali stanowisko SN¹⁰, do zupełnie odmiennych wniosków doszedł (również na tle cytowanego orzeczenia SN) R. Kmiecik¹¹, którego zdaniem „*de lege lata* nie można mówić o

dowodowe w procesie karnym musi być wynikiem wykorzystania wszystkich istniejących w danym postępowaniu źródeł dowodowych”, ten zaś postulat, „wynikający z dyrektyw zasady prawdy materialnej, zasady trafnej reakcji karnej oraz zasady legalizmu”, może „znaleźć ograniczenie wyłącznie w jednoznacznych, ustawowych zakazach dowodowych, obejmujących różnego rodzaju ograniczenia co do możliwości przeprowadzenia dowodów oraz ich wykorzystania”. Dlatego też, jak słusznie twierdzi Sąd Najwyższy, „leżące poza obowiązującym ustawodawstwem oceny co do potrzeby także dalszych zakazów dowodowych czy poszerzenia już istniejących mogą być rozpatrywane jedynie jako postulaty pod adresem ustawodawcy i nie mogą w istocie prowadzić do mnożenia czy poszerzenia zakazów dowodowych”, a interpretacja przepisów „nie może zastępować funkcji zastrzeżonych dla ustawodawcy”.

⁷ Tak Z. Kwiatkowski (jw., s. 47), który jednak już w następnym akapicie dopuszcza rozszerzającą interpretację przepisów statuujących zakazy dowodowe. Trudno ten pogląd zaakceptować, nawet wówczas, gdy jest on motywowany względami związanymi z „innymi dobrami, korzystającymi ze szczególnej ochrony prawnej (uznanymi przez ustawodawcę (...)) za nadrzędne wobec wymiaru sprawiedliwości”. Aprobata dla tego stanowiska otwierałaby drogę do pozaustawowego określania katalogu zakazów dowodowych.

⁸ Inaczej niż w piśmiennictwie poświęconym procesowi cywilnemu. Por.: F. Zedler, *Dopuszczalność dowodu z taśmy magnetofonowej w postępowaniu cywilnym* (w:) *Proces i prawo. Księga pamiątkowa ku czci prof. J. Jodłowskiego* pod red. E. Łętowskiej, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1989, s. 533 i n.; A. Laskowska, *Dowody w postępowaniu cywilnym uzyskane w sposób sprzeczny z prawem*, „Państwo i Prawo”, z. 12/2003, s. 88 i n.

⁹ OSNKW 2002, z. 9–10, poz. 77.

¹⁰ S. Hoc, „Przegląd Sądowy”, 6/2003, s. 161 i n.; A. Bojańczyk, „Palestra”, 7–8/2003, s. 246 i n.

¹¹ R. Kmiecik, *Dokumenty prywatne i ich „prywatne gromadzenie” w sprawach karnych*, „Państwo i Prawo”, z. 5/2004, s. 3–4.

uprawnieniu osób prywatnych do «przeprowadzania» lub «gromadzenia» dowodów w postaci «dokumentów prywatnych», sporządzanych poza procesem karnym i z intencją realizacji celów karnoprosesowych» (autor formułuje więc normę o charakterze zakazu dowodowego).

Zagadnienie karnoprosesowej dopuszczalności dowodów prywatnych można badać dwutorowo. Rozważyć trzeba, jakie konsekwencje płyną z uregulowania w ustawie procesowej kontroli utrwalania rozmów przez organy procesowe (Rozdział 26 k.p.k.) oraz przeanalizować implikacje wynikające z art. 393 § 3 dla procesowej dopuszczalności dowodu prywatnego w postaci utrwalenia dźwięku dokonanego na nośniku elektromagnetycznym lub elektronicznym.

Zdaniem piszącego te słowa, taśma magnetofonowa nie jest dokumentem w rozumieniu art. 393 § 3. Przemawia za tym tak językowa, jak i systemowa wykładnia tego przepisu. Dopatrywanie się więc w nim (jak czyni to R. Kmiecik, w ogóle zresztą nie poddając terminu „dokument” użytego w art. 393 § 3 interpretacji) „blokady” dla wykorzystania tego typu dowodu w postępowaniu karnym pozbawione jest głębszego uzasadnienia. Nie ma potrzeby szerszego przedstawiania argumentacji przemawiającej za słusnością stanowiska, że użytym w art. 393 § 3 pojęciem „dokument” ustawodawca nie objął taśmy magnetofonowej – w tym zakresie wypada odesłać Czytelnika do opracowań (także tych publikowanych w „Palestrze”), w których kwestie te zostały omówione w sposób wyczerpujący¹².

Należy odnieść się bliżej do drugiego tropu argumentacyjnego użytego przez R. Kmiecika dla uzasadnienia poglądu o niedopuszczalności wykorzystania w postępowaniu karnym dowodów prywatnych w postaci utwaleń dźwięku.

Teza ta opiera się na założeniu, że skoro jedynie czynności dowodowe organów procesowych zostały drobiazgowo wręcz unormowane w ustawie procesowej, to jest to jakoby wyraz woli ustawodawcy, by gromadzenie dowodów w procesie karnym należało do wyłącznej kompetencji organów procesowych, a dowody zgromadzone przez osoby prywatne były traktowane *per non est*. „Z faktu, że k.p.k. nie normuje «prywatnego gromadzenia dowodów» – pisze R. Kmiecik¹³ – nie wynika nic ponadto, że podmioty podejmujące tego rodzaju działalność (...) mogą być pociągnięte do różnego rodzaju odpowiedzialności prawnej (zarówno konstytucyjnej, karnej, jak i cywilnej) zależnie od tego, kto i w jaki sposób dowody te będzie gromadził w «sposób prywatny». Czynności, które organy procesowe wykonują jako legalne czynności procesowe, właśnie dzięki upoważnieniu ustawowemu, wykonywane przez osoby prywatne, są nie tylko nielegalne, ale mogą okazać się przestępstwem (...).”

¹² A. Bojańczyk, glosa, *iw.*, w tej samej kwestii por. tegoż artykuł polemiczny (ze znacznie obszerniejszą i nieco zmodyfikowaną w stosunku do glosy argumentacją): *W kwestii dowodu z dokumentów prywatnych w procesie karnym*, „Państwo i Prawo”, z. 8/2004 (w druku).

¹³ *iw.*, s. 10.

Z większością tych stwierdzeń nie można się zgodzić.

Z regulacji normującej np. sposób prowadzenia kontroli (i utrwalania) rozmów wynika bowiem tyle (i tylko tyle), że prowadzona przez te właśnie podmioty (tj. organy procesowe) kontrola i utrwalanie rozmów w postępowaniu karnym może odbywać się wyłącznie w trybie i na zasadach określonych w przepisach art. 237–243. Nie wynika z tych przepisów bynajmniej, że np. rozmowa utrwalona przez osobę prywatną jest dowodem „nielegalnym” i w postępowaniu karnym wykorzystana być nie może. Z pewnością zaś z przepisów tych nie wynika to – jak chce tego R. Kmiecik – że „podmioty podejmujące tego rodzaju działalność (tj. prywatne gromadzenie dowodów) mogą być pociągnięte do różnego rodzaju odpowiedzialności prawnej”. Ewentualnej podstawy prawnej do ustalenia odpowiedzialności podmiotu prywatnie gromadzącego dowody można poszukiwać wyłącznie w ustawie karnej lub w prawie cywilnym¹⁴. Milczenie ustawy procesowej w tym względzie nie ma najmniejszego znaczenia – trudno bowiem doszukiwać się podstaw odpowiedzialności karnej bądź cywilnej w ustawie procesowej. Zresztą nie da się także zaobserwować odwrotnej relacji, tj. ewentualne pociągnięcie do odpowiedzialności karnej (lub cywilnej) za prywatne gromadzenie dowodów, z punktu widzenia procesowej wartości tak uzyskanych dowodów nie ma żadnego znaczenia.

Jak wspomniano wyżej, każdy zakaz dowodowy, jako wyjątek od zasady prawdy materialnej oraz „sprężonej” z nią zasady swobody dowodzenia, musi mieć wyraźną podstawę normatywną i nie może się opierać na niejasnym domniemaniu intencji ustawodawcy. Nie można więc na tej tylko podstawie, że przepisy ustawy procesowej określają w zupełności tryb i zasady przeprowadzania pewnych czynności dowodowych przez organy procesowe konstruować tezy o ich „monopolu” w tym zakresie, rozumianym jako zakaz poszukiwania i utrwalania dowodów przez osoby prywatne. Przepisy Rozdziału 26 k.p.k. nie są przecież adresowane do pod-

¹⁴ Por. A. Bojańczyk, *iw.* 248–250. Na nieporozumieniu zasadza się pogląd R. Kmiecika, że „podmioty («prywatnie gromadzące dowody») (...) mogą być pociągnięte (również do) odpowiedzialności (...) konstytucyjnej (...), zależnie od tego kto i w jaki sposób dowody te będzie gromadził w «sposób prywatny»” (*iw.*, s. 10). Otóż rzecz w tym, że zagadnienie odpowiedzialności konstytucyjnej za prywatne gromadzenie dowodów w ogóle się nie aktualizuje. Pomijając już fakt, że do tego typu odpowiedzialności pociągnięty może być bardzo wąski krąg podmiotów, to kluczowe znaczenie ma to, że do „odpowiedzialności konstytucyjnej” można pociągnąć wyłącznie „za naruszenie Konstytucji lub ustawy, w związku z zajmowanym stanowiskiem lub w zakresie swego urzędowania” (art. 198 Konstytucji), a więc nie w zakresie aktów *par excellence* prywatnych, jakimi są czynności polegające na prywatnym gromadzeniu dowodów (sporządzaniu dokumentów w „sposób prywatny”, jak pisze R. Kmiecik). W tym względzie należy odesłać do poglądów doktryny w kwestii pojęcia dokumentu prywatnego (jest to dokument, który – jak z właściwą sobie trafnością i klarownością podaje S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym*, Warszawa 1948, s. 679–678 – nie pochodzi od władzy, urzędnika lub osoby publicznego zaufania i nie został zdziałany w zakresie ich właściwości). Sprzecznością samą w sobie byłoby zatem pociąganie kogokolwiek do odpowiedzialności konstytucyjnej (przy zakresie przedmiotowym tej odpowiedzialności określonym tak jak obecnie) za sporządzenie dokumentu przez osobę prywatną, w sposób nieurzędowy, tj. zupełnie bez związku z zajmowanym przez daną osobę stanowiskiem albo jej „zakresem urzędowania” (art. 198 Konstytucji).

miotów prywatnych, lecz wyłącznie do organów procesowych. Jest to zresztą prosta konsekwencja regulacji art. 7 Konstytucji, zgodnie z którym organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Nieuregulowanie sposobu przeprowadzania kontroli i utrwalania rozmów przez organy procesowe w postępowaniu karnym skutkowałoby niemożnością włączania do materiału dowodowego tego typu dowodów pozyskanych przez organy procesowe działające bez podstawy prawnej i poza granicami prawa. O jakiegokolwiek „nielegalności” kontroli i utrwalania rozmów przez podmioty prywatne nie może tu być mowy. Ustawa wymaga, by kontrola i utrwalanie rozmów dokonywana przez organy procesowe w postępowaniu karnym była przeprowadzana w sposób w niej określony, jednak nie wymaga szerszego dowodzenia, że implikacją tego faktu nie jest teza o niedopuszczalności wykorzystywania w postępowaniu karnym dowodów zebranych w analogiczny sposób przez podmioty prywatne. Nie działają one jako organy procesowe.

Konsekwencje procesowe niedopełnienia przez organy procesowe wymogów określonych w tych przepisach to zupełnie inny problem, znacznie wykraczający poza ramy niniejszego opracowania. W tym miejscu warto jedynie zwrócić uwagę na to, że osobie, wobec której wydano postanowienie o kontroli i utrwalaniu rozmów, przysługuje zażalenie, w którym ma ona prawo domagać się zbadania legalności owej czynności procesowej (art. 240). Ustawodawca „legalność” kontroli i utrwalania rozmów odnosi wyłącznie do czynności podejmowanych przez organy procesowe, a nie przez osoby prywatne. Jest to zresztą całkowicie zrozumiałe, legalność ta może być badana tylko poprzez pryzmat dochowania wymogów określonych w Rozdziale 26 k.p.k i odnoszących się jedynie do organów procesowych.

O tym, że konstruowanie zakazu dowodowego adresowanego do podmiotów prywatnych nie jest możliwe wyłącznie w oparciu o swoiste domniemanie bazujące na fakcie unormowania w ustawie procesowej trybu gromadzenia dowodów przez organy procesowe (czyli na zasadzie *sui generis* negacji) dobitnie przekonuje zresztą analiza przepisu określającego konsekwencje procesowe stosowania metod przesłuchiwania określonych w art. 171 § 5. Z tego, że organ procesowy nie może („niedopuszczalne jest”, art. 171 § 5) np. wpływać na wypowiedź osoby przesłuchiwanej (składającej wyjaśnienia albo zeznania) wcale jeszcze nie wynika, że oświadczenie (ale nie: wyjaśnienie albo zeznanie) uzyskane w takich warunkach przez osobę prywatną nie może stanowić dowodu, bo przepisy te normują jedynie tryb przesłuchiwania przez organy procesowe. Wyraźny zakaz dowodowy wprowadza ustawodawca w art. 171 § 6. Uważna analiza tego przepisu prowadzi do konkluzji przydatnej także dla prowadzonych tu rozważań. To nie tylko wyjaśnienia i zeznania złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi lub uzyskane wbrew zakazom wymienionym w art. 171 § 5 nie mogą stanowić dowodu (czyli dowody uzyskane/zgromadzone przez organy procesowe), ale także oświadczenia. A zatem, *lege non distinguente*, także np. wypowiedź uzyskana w wyniku zastosowania przymusu wyłączającego swobodę wypowiedzi zarejestrowana na taśmie

magnetofonowej. Jak więc widać, gdy ustawodawca wiąże z szeroko pojętymi właściwościami dowodu ujemne konsekwencje procesowe, to kwestie te reguluje w sposób precyzyjny.

Podsumowując ten wątek rozważań wypada stwierdzić, że – odmiennie niż tego chce R. Kmiecik – *de lege lata* nie jest możliwe ogólne wyinterpretowanie (jedynie na zasadzie negacji bazującej na fałszywym aksjomacie wyłącznej kompetencji organów procesowych w zakresie gromadzenia dowodów) z norm karnoprosesowych zakazu prywatnego gromadzenia dowodów mających postać dokumentów prywatnych¹⁵. Konstatacja powyższa otwiera drogę dla rozważań odnoszących się już bezpośrednio do zagadnienia konstytucyjnej dopuszczalności dowodów prywatnych w postępowaniu karnym.

3. Wspomnieliśmy wyżej, że procesem dekodowania zakazów dowodowych w postępowaniu karnym rządzą rygorystyczne reguły interpretacyjne: w szczególności zakazy dowodowe mogą być rekonstruowane tylko wtedy, gdy formułowane są wprost i precyzyjnie w ustawie. Czy w świetle tej dyrektywy interpretacyjnej możliwe jest zrekonstruowanie zakazu dowodowego obejmującego swą dyspozycją dowody prywatne uzyskane wbrew konstytucyjnym zasadom prawa do ochrony prawnej życia prywatnego lub prawa do ochrony tajemnicy komunikowania się?

Odpowiedź na to pytanie jest negatywna: tak na płaszczyźnie ustawy procesowej, jak i zasadniczej. Żaden z tych aktów prawnych nie formułuje zakazu dowodowego o charakterze czysto konstytucyjnym, tj. normy nakazującej wyłączyć z całokształtu materiału dowodowego gromadzonego przez sąd i stanowiącego „bazę” dla dokonywania ustaleń faktycznych dowodów prywatnych o cesze *k* (*k* = uzyskanie dowodu z naruszeniem art. 47 albo 49 Konstytucji). Polskiemu systemowi prawnemu nie jest znana reguła prawna, zgodnie z którą wyłączeniu z postępowania karnego muszą ulec dowody prywatne z tego tylko powodu, że ich uzyskanie odbyło się z pogwałceniem art. 47 lub 49 Konstytucji¹⁶.

¹⁵ Tak SN w cytowanym powyżej judykacie z 10 maja 2002 r. oraz glosatorzy (por. przypis nr 10). Tak też Z. Sobolewski, *Wartość nielegalnie uzyskanego dowodu w postępowaniu karnym*, Annales UMCS, v. XXVIII, Sectio G – *Ius*, 1976 r., s. 54, który (odnosząc się do dowodów rzeczowych i dokumentów uzyskanych przez oskarżonego przemocą lub groźbą albo potajemnie wykradzionych przez pokrzywdzonego) trafnie pisze, że „nie ma podstaw do odrzucenia takich dowodów ze względu na uzyskanie ich w sposób nielegalny, ponieważ k.p.k. nie wymaga tego ani wyraźnie, ani dorozumianie. Kodeks w ogóle nie reguluje gromadzenia dowodów przez osoby prywatne. Przepisy normujące poszukiwanie dowodów i wydawanie ich odnoszą się wyłącznie do postępowania organów procesowych. Uszczuplenie zatem materiału dowodowego, gdy to nie jest nakazane przez prawo, kolidowałoby z naczelną zasadą procesu karnego, tj. zasadą prawdy materialnej”.

¹⁶ Odmiennie (na gruncie postępowania cywilnego) A. Laskowska (*iw.*, s. 99): „Niedopuszczalne jest wykorzystywanie w postępowaniu cywilnym taśmy magnetofonowej czy wideo, która została nagrana bez zgody lub wiedzy osoby zainteresowanej, jeżeli nagranie dotyczy jej życia prywatnego, zostało wykonane w domu, ogrodzie, hotelu”. Autorka nie uzasadnia jednak swego stanowiska, odwołując się do tekstu F. Zedlera. Z kolei F. Zedler tezę o niedopuszczalności wykorzystania w procesie cywilnym

Konkluzję tę wspiera mocno także i to, że ustawa procesowa z 1997 r. jest późniejszym aktem prawnym w stosunku do Konstytucji. Trudno zatem racjonalnie zakładać, by ustawodawca nie miał pełnej „świadomości normatywnej” uregulowań konstytucyjnych i nie liczył się z ewentualnymi konsekwencjami prawnymi nieuregulowania prywatnego gromadzenia dowodów w k.p.k. i potencjalną kolizją pomiędzy zasadą swobody dowodzenia i prawem do ochrony życia prywatnego i tajemnicy komunikowania się (do tego problemu wypadnie powrócić poniżej). Brak zakazu wykorzystania w postępowaniu karnym dowodów zgromadzonych przez podmioty prywatne z naruszeniem niektórych norm konstytucyjnych i kompletne uregulowanie kwestii związanych z kontrolą i utrwalaniem rozmów przez organy procesowe nie jest zatem dziełem przypadku, lecz wyrazem w pełni świadomej intencji prawodawcy, iż utrwalanie rozmów z naruszeniem niektórych norm konstytucyjnych przez podmioty prywatne nie musi być uregulowane w Kodeksie postępowania karnego i ani nie powinno, ani też nie może się spotkać z „sankcjami” natury procesowej (tj. objęciem tego typu dowodów zakazem dowodowym).

4. Powyższe uwagi w żadnym razie nie wyczerpują omawianej tu problematyki. Wyłaniają się bowiem co najmniej dwa kontrowersyjne zagadnienia związane z wykorzystywaniem wskazanych powyżej dowodów w postępowaniu karnym, których pominięcie nadawałoby niniejszym rozważaniom charakter czysto formalnej analizy. Po pierwsze (a) jaskrawo rysuje się pytanie o kolizję pomiędzy zasadą prawdy materialnej a art. 47 i 49 Konstytucji w zarysowanym powyżej układzie procesowym (tj. w sytuacji uzyskania dowodów przez podmioty prywatne w sposób sprzeczny z Konstytucją) i o to, której z tych zasad należy się pierwszeństwo¹⁷. Po

dowodu z nagrania na taśmie magnetofonowej opiera na następującym rozumowaniu: „nagranie magnetofonowe, które bezprawnie narusza czyjeś dobro osobiste, jakim jest sfera życia prywatnego, nie może być dowodem, gdyż byłby to dowód uzyskany sprzecznie z prawem” (jw., s. 538). Nie kwestionując stanowiska, że utrwalenie cudzej rozmowy na taśmie magnetofonowej będzie niejednokrotnie naruszało dobro(–a) chronione przez materialne prawo cywilne (czy też prawo konstytucyjne), zupełnie nie wiadomo na jakiej podstawie F. Zedler uznaje, że naruszenie prawa materialnego przekłada się automatycznie na procesową niedopuszczalność dowodów uzyskanych w ten sposób. A. Laskowska dostrzega brak „generalnego zakazu wykorzystywania w postępowaniu cywilnym dowodów uzyskanych w sposób sprzeczny z prawem”, jednak „analiza obowiązujących przepisów” (w tym Konstytucji, k.p.c., k.c. oraz ratyfikowanych umów międzynarodowych) prowadzi autorkę do tezy o „niedopuszczalności wykorzystywania w postępowaniu cywilnym dowodów uzyskanych w sposób sprzeczny z prawem” (jw.), przy czym autorka nie wskazuje żadnego konkretnego przepisu mogącego wspierać tę tezę.

¹⁷ Kolizję tę dostrzega także A. Laskowska (jw., s. 88). Nie podejmuje jednak próby rozstrzygnięcia rysującego się wyraźnie interesującego konfliktu aksjologicznego, poprzestając na ogólnikowym i niewiele w rezultacie wyjaśniającym twierdzeniu, że „dochodzenie do poznania prawdy w postępowaniu sądowym powinno zatem opierać się na środkach akceptowanych przez prawo krajowe i międzynarodowe” (s. 101). Odwracając jednak ten tok myślenia można się zapytać, czy da się zaakceptować sytuację, w której naruszenie jakiegokolwiek normy prawa krajowego albo międzynarodowego będzie efektywnie blokowało możliwość dotarcia w procesie sądowym do prawdy (*summum ius, summa iniuria*).

drugie (*b*) nie sposób nie dostrzec kolejnej kolizji wyłaniającej się na gruncie ustawy zasadniczej: chodzi mianowicie o implikacje wynikające z wykorzystania dowodów prywatnych uzyskanych z pogwałceniem praw konstytucyjnych dla wyrażonej w art. 45 Konstytucji zasady sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy (analogiczny problem na tle Konwencji Europejskiej, por. art. 6 ust. 1 i 8 KE).

Ad a) Skoro ustawodawca – dostrzegając bez wątpienia kolizję pomiędzy prawem do ochrony życia prywatnego czy prawem do ochrony tajemnicy komunikowania się i zasadą prawdy materialnej – rozstrzygnął ją na korzyść zasady prawdy materialnej, to rzeczą niezbędną jest rozważenie, czy był to uzasadniony wybór aksjologiczny (w szczególności w świetle konstytucyjnej hierarchii praw i wolności).

Dalszą analizę trzeba jednak poprzedzić krótką uwagą na temat funkcji, którą pełnią zakazy dowodowe w procesie karnym. Kwestia ta bez wątpienia należy do kontrowersyjnych w nauce procesu karnego¹⁸. Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na najbardziej nawet powierzchowne omówienie różnorodnych poglądów doktryny. Sceptycznie jednak trzeba się odnieść do tezy, że zakazy dowodowe stanowią tylko „wyraz humanistycznych założeń naszej procedury karnej”, a ich istota polega na tym, że „z jednej strony ograniczają możliwość poznania prawdy w procesie oraz chronią określone dobra i wartości, a z drugiej strony ograniczają zakres kognicji organów procesowych w dokonywaniu ustaleń faktycznych w sprawie”¹⁹. Teza ta, jak się zdaje, fragmentarycznie tylko opisuje istotę zakazu dowodowego. W większości przypadków da się bowiem zidentyfikować także inną ważną funkcję zakazów dowodowych, zbliżającą je – wbrew twierdzeniu Z. Kwiatkowskiego²⁰ – do reguł legalnej teorii oceny dowodów. Zakazy dowodowe – paradoksalnie – nieraz raczej zwiększają możliwość poznania prawdy w procesie niż tę możliwość ograniczają²¹. Nie wdając się w szczegółowe rozważania można powiedzieć, że u podstaw wprowadzenia przeważającej większości zakazów dowodowych leżą zazwyczaj dwa „bliź-

¹⁸ Por. Z. Kwiatkowski, *iw.*, s. 43 i n.

¹⁹ *iw.*, s. 69.

²⁰ *iw.*, s. 44.

²¹ Przykładem choćby zakaz dowodowy sformułowany w art. 178 pkt 2. Obowiązek zeznawania (art. 177 § 1) koliduje drastycznie z bezwzględnym kanonicznym obowiązkiem zachowania tajemnicy spowiedzi (Kan. 983 § 1 Kodeksu prawa kanonicznego z 1983 r.). Zeznający stawałby przed alternatywą (a) zeznawania nieprawdy (lub zatajania prawdy) dla uniknięcia surowej odpowiedzialności za przestępstwa kanoniczne (kara ekskomuniki wiążącej mocą samego prawa, zastrzeżona Stolicy Apostolskiej, Kan. 1388 § 1) – co pociągałoby za sobą automatycznie odpowiedzialność karną (art. 233 § 1 k.k.), bądź też, chcąc się uwolnić od odpowiedzialności karnej, (*b*) popełniałby ciężkie przestępstwo kanoniczne (rozważać można także ewentualną odpowiedzialność karną duchownego z art. 266 § 1 k.k.). Jak więc widać, zmuszanie duchownych do zeznawania co do treści spowiedzi nie tylko stanowiłoby poważną ingerencję w konstytucyjną wolność religii, ale także w sposób niedopuszczalny podnosiłoby ryzyko dokonania nieodpowiadających prawdzie ustaleń faktycznych, przede wszystkim z uwagi na głębokie sprzeczności pomiędzy obowiązkami prawnymi ciężącymi na duchownym. Dualizm funkcji zakazów dowodowych jest tu szczególnie widoczny.

niacze" (tj. występujące łącznie) motywy ustawodawcze²²: (1) chęć wyeliminowania z postępowania karnego takich dowodów, z którymi wiąże się ponadprzeciętne ryzyko poczynienia fałszywych ustaleń faktycznych²³ i (2) intencja ochrony pewnych wartości lub praw konstytucyjnie chronionych.

Oba te motywy konstruowania zakazów dowodowych w przypadku rejestracji dźwięku dokonywanej przez podmioty prywatne nie aktualizowałyby się nigdy je d n o c e ś n i e. Zważmy bowiem, że o ile dokonanie przez osobę prywatną rejestracji na nośniku elektromagnetycznym rozmowy pomiędzy dwoma podmiotami nieświadomymi tego typu ingerencji w tajemnicę komunikowania będzie się zazwyczaj wiązało z naruszeniem prawa lub wolności konstytucyjnej, o tyle nie istnieje ryzyko dokonania na podstawie tego typu dowodów nieprawidłowych (nieprawdziwych) ustaleń faktycznych²⁴. Skoro tak, to wyłączenie z procesu karnego dowodów np. w postaci rejestracji dźwięku sporządzonej przez podmioty prywatne i uzyskanej z naruszeniem art. 47 albo 49 Konstytucji byłoby sprzeczne z zasadniczymi motywami leżącymi u podstaw wprowadzania przeważającej większości zakazów dowodowych. Nie można bowiem przeceniać znaczenia funkcji zakazu dowodowego związanej z ochroną konstytucyjnych praw i wolności: funkcjonalnym „rdzeniem” reguł wyłączających z postępowania karnego dowody jest zasadniczo zabezpieczenie organów procesowych przed dowodami wysoce niewiarygodnymi, niepoddającymi się pewnej procesowej weryfikacji. Zatem z punktu widzenia zasadniczej funkcji spełnianej przez zakazy dowodowe ewentualne wyłączenie dowodów prywatnych uzyskanych z naruszeniem praw konstytucyjnych należałoby ocenić jako z gruntu nieracjonalne. Pozostaje zatem do rozważenia druga z funkcji zakazów dowodowych, nastawiona na ochronę praw konstytucyjnych.

Zakaz obliczony na realizację tylko tej właśnie funkcji byłby po prostu sankcją wymierzaną na forum procesu karnego podmiotom prywatnym za dokonane przez nie naruszenie norm konstytucyjnych. Sankcja taka miałaby zresztą *par excellence* dysfunkcyjny charakter. Po pierwsze, zupełnie nie wiadomo dlaczego „odpowiedzialność” za naruszenie pewnych norm konstytucyjnych miałaby dotyczyć wyłącznie tych przypadków, w których owoce tych naruszeń miałyby zostać wykorzystane procesowo, innych zaś nie dotykałaby w ogóle. Po drugie, trudno tu mówić o jakiegokolwiek „odpowiedzialności”, rozumianej jako ponoszona przez

²² Zob. m.in. Z. Doda i A. Gaberle, *Dowody w procesie karnym. Orzecznictwo SN. Komentarz*, Warszawa 1995, s. 186 i 187.

²³ Dostrzega to także Z. Kwiatkowski, twierdząc, że „zakazy dowodowe działają (...) w dwojaki sposób”, m.in. właśnie „chroniąc (organy procesowe) przed dokonywaniem ustaleń faktycznych niezgodnych z rzeczywistością” (s. 45).

²⁴ Zdaniem B. Hołysta (*Kryminalistyka*, Warszawa 2004, s. 887) współczesne badania autentyczności zapisów magnetofonowych umożliwiają „wykrycie, określenie i udokumentowanie każdego rodzaju fałszerstwa zapisu magnetofonowego niezależnie od sposobu i techniki fałszowania”. Mniej kategorycznie J. Widacki (*Kryminalistyka*, Warszawa 2002, s. 254).

sprawcę negatywna konsekwencja postępowania sprzecznego z prawem²⁵. W istocie to nie „sprawca” miałby w tym układzie „odpowiadać” za swój ujemnie oceniany czyn – negatywne skutki niekonstytucyjnego działania powstawałyby bez reszty w sferze procesu karnego, wyłączenie dowodu nie niesie ze sobą żadnego ładunku represyjności (nieodczownie związanego z jakąkolwiek sankcją) w stosunku do osoby prywatnej, która taki dowód uzyskała. „Sankcja” tego typu nierzadko (np. w sytuacji braku innych dowodów pozwalających ustalić daną okoliczność) niweczyłaby możliwość poczynienia odpowiadających prawdzie ustaleń faktycznych.

Przenieśmy się obecnie na płaszczyznę analizy czysto konstytucyjnej. Czy normatywny wybór ustawodawcy, który akceptuje dopuszczalność bazowania w postępowaniu karnym przy dokonywaniu ustaleń faktycznych na dowodach uzyskanych przez podmioty prywatne z naruszeniem niektórych norm konstytucyjnych jest uzasadniony racjami konstytucyjnymi? Innymi słowy: czy ustawodawca dostrzegł jakieś inne istotne prawo konstytucyjne, hierarchicznie nadrzędne wobec prawa do ochrony prawnej życia prywatnego lub prawa do ochrony tajemnicy komunikowania i uzasadniające ograniczenia w korzystaniu z tych dwóch ostatnich praw.

Próba udzielenia odpowiedzi na tak sformułowane pytanie uzależniona jest od identyfikacji konstytucyjnego źródła zasady prawdy materialnej, jak bowiem wykazano wyżej, to właśnie tej zasadzie pierwszeństwo dał ustawodawca zwykły w układzie kolizji z prawami konstytucyjnymi. Nie jest to zadanie łatwe, bowiem ustawa zasadnicza nie statuuje wprost prawa do prawdziwych ustaleń faktycznych. Jest wszelako rzeczą oczywistą, że tego typu norma (tj. reguła, wedle której wszelkie rozstrzygnięcia sądowe, w szczególności zaś te, które dotyczą odpowiedzialności karnej, muszą być oparte na zgodnych z prawdą ustaleniach faktycznych) da się odtworzyć w oparciu o brzmienie szeregu innych przepisów konstytucyjnych. Nie może bowiem być mowy o s p r a w i e d l i w y m rozpatrzeniu sprawy przez sąd (art. 45 ust. 1 Konstytucji), jeżeli sprawa miałaby być rozstrzygnięta w oparciu o nieodpowiadające prawdzie ustalenia faktyczne poczynione na podstawie materiału

²⁵ Inaczej w przypadku organów procesowych (choć i tu podnosi się, że wyłączenie dowodów tak naprawdę nie jest sankcją dla organów procesowych, por. T. Y. Davies, *Exclusionary rule* (w:) *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, K. L. Hall (red.), Oxford University Press, Nowy Jork–Oksford 1992, s. 265). Dla prokuratora prowadzącego postępowanie przygotowawcze nielegalne utrwalenie rozmów skutkujące procesową bezużytecznością takiego dowodu będzie stanowiło realną dolegliwość (oceniającą z punktu widzenia funkcji realizowanej przez ten podmiot w postępowaniu karnym, por. art. 2 i 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z 20 czerwca 1985 r. o Prokuraturze). To właśnie zapobieganie zdobywaniu dowodów przez organy procesowe w sposób spreczny z prawem (tzw. *deterrence rationale*) jest jednym z głównych motywów wypracowanej w judykaturze Sądu Najwyższego USA *exclusionary rule*. Ostatnie lata przyniosły jednak silną krytykę celowości reguły oraz jej daleko idący sądowny „demontaż”. Szerzej por.: T. Y. Davies, *iw.*, s. 265–266; w literaturze polskiej: T. Tomaszewski, *Proces amerykański. Problematyka śledcza*, Toruń 1996, s. 165–173.

dowodowego, z którego arbitralnie wyłączono wiarygodne dowody pozwalające na rekonstrukcję stanu faktycznego; pełna realizacja konstytucyjnej zasady (art. 42 ust. 1 zd. 1) uzależniającej odpowiedzialność karną od ustalenia, że sprawca popełnił czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia, również nie jest możliwa bez dokonania odpowiadających prawdzie ustaleń faktycznych. Optyka zagadnienia zmienia się zatem radykalnie: okazuje się bowiem, że także zasada prawdy materialnej ma niezwykle silną podstawę prawnokonstytucyjną, a jej respektowanie jest warunkiem *sine qua non* nie tylko prawidłowej i pełnej realizacji tak fundamentalnego prawa konstytucyjnego, jakim jest prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy (prawo do sądu, art. 45 ust. 1), ale też do prawidłowego przypisania odpowiedzialności karnej (art. 42 ust. 1 zd. 1 Konstytucji). Tak więc wybór, przed którym stanął ustawodawca, jawi się nam jako czysto aksjologiczny. Danie w tej sytuacji normatywnego pierwszeństwa naczelnej zasadzie procesu karnego (zasadzie prawdy materialnej) nie może w tej sytuacji budzić żadnych zastrzeżeń. I nie chodzi tu tylko o to, że tak prawo do sprawiedliwego procesu, jak i konstytucyjne określenie przesłanek odpowiedzialności karnej w systematyce rozdziału II ustawy zasadniczej zajmuje miejsce nadrzędne w stosunku do prawa do ochrony prawnej życia prywatnego i prawa do ochrony tajemnicy komunikowania się (odpowiednio: art. 45 ust. 1 oraz 47 i 49). Zabieg taki nie jest przecież obojętny dla interpretatora – uszeregowanie konkretnego prawa lub wolności w systematyce ustawy zasadniczej nie jest bynajmniej rzeczą przypadkową, lecz, jak to trafnie ujął SN w uchwale z 22 stycznia 2003 r. (I KZP 36/02)²⁶, „wrazem nadania wyższej rangi niektórym wolnościom i prawom konstytucyjnym”. Ewentualne wprowadzenie zakazu dowodowego obejmującego prywatnie sporządzone utrwalenia dźwięku, spełniającego wyłącznie rolę swoistej sankcji za naruszenie przez podmioty prywatne prawa do ochrony prawnej życia prywatnego lub ochrony tajemnicy komunikowania się byłoby, jak zasygnalizowano powyżej, całkowicie dysfunkcyjne. Nie tylko bowiem zakaz taki pomniejszałby znacząco możliwość dokonania prawdziwych ustaleń faktycznych w procesie karnym (co samo w sobie godziłoby w zasadę o charakterze konstytucyjnym), lecz w ogóle nie odgrywałby związanej z nim roli gwarancyjnej wobec praw konstytucyjnych ujętych w art. 47 i 49, już to dlatego, że zakaz dowodowy nie stanowi żadnej dolegliwości dla osoby naruszającej prawo konstytucyjne, już dlatego, że ową wysoce wątpliwą „dolegliwością” dałoby się objąć tylko niezwykle wąską (i w gruncie rzeczy zupełnie przypadkową) grupę podmiotów. Rzecz cała rysuje się więc zupełnie wyraźnie: taki zakaz, z punktu widzenia zarówno realizacji, jak i ochrony pewnych praw lub wolności konstytucyjnych, byłby aż podwójnie nieracjonalny i dlatego nie ma żadnej potrzeby postulowania (*de lege ferenda*) zmian ustawy procesowej podążających w kierunku jego wprowadzenia. Dopiero na tym tle klarownie widać,

²⁶ OSNKW 2003, z. 1–2, poz. 2, s. 24.

że jedynym narzędziem prawnym mogącym skutecznie zapewnić ochronę pewnych praw konstytucyjnych, które bez wątplenia ochrony takiej wymagają, tj. instrumentem prowadzącym do zapewnienia poszanowania przez „każdego” (a nie wyłącznie grupę podmiotów prywatnych mających styczność z tokiem postępowania karnego, por. w tym względzie art. 31 ust. 2 ustawy zasadniczej, który stanowi, że „każdy jest zobowiązany szanować wolności i prawa innych”) prawa do życia prywatnego lub tajemnicy komunikowania się, jest prawo karne materialne. Częściowo spełnia ono swoją rolę ochronną poprzez uregulowanie zawarte w art. 267 § 2 i 3 k.k. Na marginesie tylko wskażmy, że karnoprawna ochrona prawa do tajemnicy komunikowania się jest wysoce niedoskonała, nie obejmuje ona np. sytuacji, w której dana osoba jest uprawniona do uzyskania określonej informacji, nie ma jednak zgody drugiego z podmiotów komunikujących się na rejestrowanie rozmowy. Tę oczywistą lukę może naprawić tylko interwencja ustawodawcy.

Ad b) Drugi problem o charakterze „kolizyjnym” wiąże się także z omówionymi powyżej zagadnieniami, tyle że postrzeganymi z zupełnie odmiennej perspektywy. Otóż chodzi o to, czy traci miano „sprawiedliwego” czy „rzetelnego” (art. 45 ust. 1 Konstytucji, art. 6 ust. 1 KE) proces, w którym wykorzystuje się dowody prywatne uzyskane z pogwałceniem innych praw podstawowych określonych w danym akcie o charakterze zasadniczym dla systemu prawnego (w interesującym nas wypadku chodzi o art. 47 i 49 Konstytucji oraz art. 8 ust. 1 KE). Jest to koncepcja normatywnie ortodoksyjna: żąda się w niej absolutnej „czystości” procesu, ocenianej z punktu widzenia naruszenia innych praw z konstytucyjnego lub konwencyjnego katalogu praw fundamentalnych. Teza taka uwydatniła się ze szczególną siłą w orzecznictwie strasburskim. Zdaniem silnej mniejszości w sprawie *Schenk* „żaden sąd bez szkody dla prawidłowego wymiaru sprawiedliwości nie może nie tylko opierać się na dowodach uzyskanych w sposób nieuczciwy, ale, przede wszystkim, na dowodach uzyskanych bezprawnie (*unlawfully*). Jeśli tak uczyni, proces nie może być uznany za rzetelny w rozumieniu Konwencji Europejskiej (*If it does so, the trial cannot be fair within the meaning of the Convention*)” (*Schenk p-ko Szwajcarii*, 1988²⁷, tłum. autora).

To rażące wyjątkowym formalizmem stanowisko trudno zaakceptować. Pomiając już (obszernie omówioną powyżej) kwestię racjonalności wyłączenia tego typu dowodów z postępowania karnego wyłącznie z tego powodu, że zostały one uzyskane z naruszeniem innych praw konwencyjnych (bądź konstytucyjnych), nie sposób uznać, by jakkolwiek proces, do którego takie dowody są wprowadzane, stał się tym samym procesem niesprawiedliwym lub nierzetelnym. Wyko-

²⁷ Zdanie odrębne sędziów Pettitiego, Spielmanna, De Meyera, Carrillo Salcedo: wyrok ETPCz z 12 lipca 1988 r., 13 (1991) *European Human Rights Reports* 242, s. 269. Również: częściowo zbieżne, częściowo odrębne zdanie sędziego Loucaidesa: *Khan p-ko Wlk. Brytanii*, wyrok ETPCz z 12 maja 2000 r.; częściowo odrębne zdanie sędziego Tulkensa: *P.H. i J.H. p-ko Wlk. Brytanii*, wyrok ETPCz z 25 września 2001.

rzystanie w postępowaniu karnym dowodów prywatnych uzyskanych z naruszeniem prawa do prywatności lub tajemnicy komunikowania się nie znosi przecież (a nawet nie redukuje w najmniejszym stopniu) prawa oskarżonego (lub jakiegokolwiek innego podmiotu, jeżeli rzecz całą rozważymy z perspektywy Konstytucji, w której mówi się przecież o prawie każdej osoby do sądu) do sprawiedliwego rozpoznania sprawy karnej. Oskarżony może wszelkimi procesowo dostępnymi środkami kwestionować autentyczność nagrania; może także, bez żadnych ograniczeń, żądać złożenia depozycji tak przez osobę, która sporządziła nagranie, jak i przez osoby, których rozmowy na danym nośniku zostały utrwalone (o ile zostaną one zidentyfikowane). Jednym słowem: dowód taki oskarżony może „atakować” procesowo od wszystkich stron i starać się na wszelkie sposoby wykazać jego niewiarygodność. Argumentację tę silnie zaakcentował ETPCz (*Schenk*²⁸), dochodząc ostatecznie do przekonania, 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 oskarżonego do obrony nie doznaje w takim układzie żadnego uszczerbku. Zastrzegł przy tym Trybunał²⁹ (tak jak to uczynił w niejednej już sprawie dotyczącej kontrowersyjnych zagadnień dopuszczalności pewnych dowodów w świetle przepisów KE), że przywiązuje wagę do faktu, że taśma magnetofonowa z nagraniem rozmowy prowadzonej przez oskarżonego ze świadkiem nie była jedynym dowodem, na którym oparto orzeczenie skazujące. Paradoksalnie bowiem Trybunał – który starannie podkreśla przy każdej możliwej okazji, że KE gwarantuje tylko prawo do sprawiedliwego procesu (art. 6 ust. 1), nie zawiera jednak żadnych reguł określających dopuszczalność dowodów, pozostawiając tę kwestię „głównie” (*primarily*) regulacji prawa krajowego³⁰ – czyni jednym z immanentnych elementów koncepcji *fair trial* regułą przynależącą do legalnej teorii dowodowej. Stanowisko Trybunału jest wysoce dyskusyjne i w samym *case-law* brak jednolitości w tym względzie.

5. Pora na krótkie podsumowanie. W postępowaniu karnym obowiązuje zasada *numerus clausus* zakazów dowodowych. Obecnie obowiązująca ustawa procesowa nie zna zakazu dowodowego, który obejmowałby swą dyspozycją dowody w postaci sporządzonych przez osoby prywatne rejestracji dźwięku na nośnikach elektromagnetycznych i elektronicznych. Zakazu dowodowego obliczonego na wyłączenie z postępowania karnego tego typu dowodów – ze względu na ochronę prawną życia prywatnego lub prawa do tajemnicy komunikowania się – nie da się również zdekodować ani z treści ustawy zasadniczej, ani z tekstu Konwencji Europejskiej. Ustawodawca dokonał świadomego i w pełni uzasadnionego aksjologicz-

²⁸ *Jw.*, s. 266, § 47; także: *Khan...*, *jw.* §§ 34–40 i *PH. i J.H. ...*, *jw.*, §§ 76–81.

²⁹ *Jw.*, § 48. ETPCz odszedł jednak wyraźnie od tej koncepcji w orzeczeniu *Khan*, *jw.*, § 37.

³⁰ *Jw.*, s. 265–266, § 46.

nie wyboru: w sytuacji kolizji na gruncie procesu karnego dóbr prawnych w postaci zasady prawdy materialnej (umożliwiającej m.in. realizację konstytucyjnego prawa do sądu w sprawach karnych) i potrzeby zapewnienia ochrony konstytucyjnego prawa do prywatności i prawa do tajemnicy komunikowania się przed naruszeniami ze strony osób prywatnych, pierwszeństwo dać pierwszej z tych wartości. Proces karny nie jest właściwym forum dla zapewnienia ochrony przed tego rodzaju naruszeniami. Cel ten może i powinien być najskuteczniej zrealizowany poprzez zapewnienie możliwie najpełniejszej karnoprawnej ochrony praw określonych w art. 47 i 49 Konstytucji.