

# Antoni Bojańczyk

---

## Jeszcze w sprawie konstytucyjnej dopuszczalności dowodów prywatnych w postępowaniu karnym

---

Palestra 50/3-4(567-568), 117-130

---

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](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

# POLEMIKA

Antoni Bojańczyk

## JESZCZE W SPRAWIE KONSTYTUCYJNEJ DOPUSZCZALNOŚCI DOWODÓW PRYWATNYCH W POSTĘPOWANIU KARNYM

1. Z dużą uwagą przeczytałem ogłoszoną na tych łamach polemikę<sup>1</sup> z tekstem dotyczącym konstytucyjnej dopuszczalności niektórych dowodów prywatnych w postępowaniu karnym<sup>2</sup>. Ustosunkowanie się do niej jest niezbędne co najmniej z trzech powodów.

Po pierwsze, jej Autor wielokrotnie bądź to wprost neguje, bądź też spiera się z niektórymi tezami z artykułu. Na pierwszy rzut oka trudno dopatrywać się w tym czegokolwiek złego (ani tym bardziej wymagającego repliki). Kłopot jednak w tym, że stanowiska swego Autor często bądź to w ogóle nie uzasadnia (np. przedstawiając niektóre swe twierdzenia jako rzekome „naukowe oczywistości”, czego szczególnie wymownym przykładem jest *passus* dotyczący zasady swobody dowodzenia, która, jak pisze Polemista, jest „nieznana podręcznikom procedury karnej” i dlatego... nie istnieje), albo – jeżeli już przedstawia nieco obszerniejszą argumentację na poparcie jakiegoś poglądu – to czyni to w sposób niepełny (w szczególności zaś – co wywołuje zdumienie w tekście rzekomo polemicznym – całkowicie ignorując rozważania zaprezentowane w tekście, z którym się jakoby polemizuje) lub merytorycznie mocno wątpliwy.

Po drugie, nader często w swym tekście Polemista wchodzi w spór z poglądami, których w artykule z którym polemizuje albo w ogóle nie wypowiedziano, albo też wypowiedziano, tyle tylko, że w sposób tak zasadniczo odmienny, że brak jakiegokolwiek więzi pomiędzy „cytatami” czy „przytoczeniami” A. Tarachy a poglądami zaprezentowanymi przez niżej podpisanego. Trudno zresztą uznać dokonane przez Polemistę przeinaczenia tekstu (tylko o niektórych spośród nich piszę

---

<sup>1</sup> A. Taracha, *O dowodach w świetle Konstytucji. Uwagi polemiczne*, „Palestra” 2005, Nr 1–2, s. 95 i n.

<sup>2</sup> A. Bojańczyk, *Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności niektórych dowodów w postępowaniu karnym*, „Palestra” 2004, Nr 9–10, s. 44 i n.

poniżej, trzeba by bowiem opracowania o wiele obszerniejszego, by omówić wszystkie) za przypadkowe. Są one przejawem swoistej metody prowadzenia sporu, wedle której nie ma nic niestosownego w preparowaniu cudzych tekstów, we wkładaniu w usta autora(-ów) słów (poglądów), których on(-i) nigdy nie wypowiedział(-eli), jeżeli tylko pozwala to Polemiście – mówiąc kolokwialnie – na tzw. dogodne „ustawienie przeciwnika” i efektowne „polemizowanie” z fantomowymi poglądami. To metoda szczególnie szkodliwa w tekście o charakterze polemicznym, wprowadza bowiem w błąd Czytelnika, który ufa rzetelności Polemisty co do przytaczanych przez Niego poglądów czy tez przeciwnych.

Po trzecie wreszcie, stawia Polemista w swym tekście zarzuty o najcięższym kalibrze, dotyczące *stricte* merytorycznej treści artykułu, by następnie bez zająknięcia pozostawić je bez słowa uzasadnienia.

2. W pierwszej kolejności wypada ustosunkować się do kwestii o zasadniczym znaczeniu, która w istotny sposób rzutuje na dalsze rozważania co do dopuszczalności wykorzystania dowodów prywatnych w postaci utrwałeni dźwięku na nośnikach elektronicznych (bo tylko tych dowodów dotyczył mój tekst) w postępowaniu karnym. Chodzi mianowicie o tezę o istnieniu zasady swobody dowodzenia. „Zdumiewająca bez troska – twierdzi Polemista – z jaką A. Bojańczyk lansuje nieznaną obowiązującemu prawu oraz podręcznikom procedury karnej «zasadę swobody dowodzenia», jest źródłem nieporozumień i niekonsekwencji, w które popada autor”. Na czym polegają owe „nieporozumienia i niekonsekwencje”, których źródłem ma być postawiona przeze mnie teza (postawiona zresztą *en passant*, na marginesie wielostronicowego tekstu) o istnieniu zasady swobody dowodzenia? Chodzi o to, że – jak utrzymuje A. Taracha – rzekomo proponuję „najpierw *de lege ferenda* likwidację art. 393 § 3 k.p.k., następnie zaś – zapewne w wyniku stopniowej autorefleksji – przedstawiam taką interpretację tego przepisu, z której wynika, że przepis ten nie ma znaczenia”.

Komentarza wymaga wpieryw ostatni fragment wypowiedzi. Jest on jednym z wielu przykładów stosowanej przez A. Tarachę metody polemiki, zasadzającej się – łagodnie rzecz ujmując – na przeinaczaniu wszelkich faktów, tak by tylko dopasować je do dogodnej dla siebie tezy (w tym akurat przypadku są nią rzekome „niekonsekwencje i nieporozumienia” autora wynikające z jego „zdumiewającej bez troski” w „lansowaniu” zasady swobody dowodzenia). Czytając ten fragment polemiki, w istocie bardzo trudno oprzeć się wrażeniu, że ma się do czynienia z „niekonsekwencją i nieporozumieniem”, skoro najpierw podobno autor proponuje likwidację przepisu (co wszak musi logicznie być – tak jak każdy postulat *de lege ferenda* – zawsze finalnym, a nie początkowym wnioskiem rzetelnej i poprawnie prowadzonej analizy prawnej), a potem dopiero (w wyniku jakiejś tajemniczej „stopniowej autorefleksji”) przedstawia „taką interpretację (art. 393 § 3 k.p.k.), z której wynika, że praktycznie nie ma on znaczenia” (co przecież powinno poprzedzić postulat *de lege ferenda*). Pomijając już jednak fakt, iż postulatu likwidacji art. 393 § 3 k.p.k. nie wysuwałem wcale w tekście drukowanym na łamach „Palestry”, z któ-

rym polemizuje A. Taracha, lecz w dyskusji z artykułem prof. R. Kmiecika prowadzonej na łamach „Państwa i Prawa”<sup>3</sup>, to wypada stwierdzić trzy rzeczy.

(a) W tamtym tekście wysunąłem ten postulat oczywiście jako logiczny w n i o - s e k o Ń c o w y swych rozważań (poprzedzając go zresztą obszernymi rozważaniami dotyczącymi sensu dalszego utrzymywania zakazu dowodowego określonego w art. 393 § 3 k.p.k., szczególnie w kontekście zasady swobodnej oceny dowodów), a nie – jak nie wiedzieć czemu twierdzi A. Taracha – „n a j p i e r w proponowałem likwidację art. 393 § 3 k.p.k.”.

(b) Stwierdza dalej Polemista, że „następnie – zapewne w wyniku stopniowej autorefleksji – (przedstawiłem) taką interpretację tego przepisu, z której wynika, że przepis ten praktycznie nie ma znaczenia”. N i g d y i n i g d z i e (w tym – co trzeba szczególnie mocno podkreślić w tym miejscu właśnie – przede wszystkim na łamach „Palestry”) nie przedstawiłem takiej interpretacji art. 393 § 3 k.p.k. „Dokumentem w rozumieniu art. 393 § 3 k.p.k. – pisałem w publikowanej w „Palestrze” glosie do wyroku SN z 10 maja 2002 r.<sup>4</sup>, bardzo obszernie uzasadniając tę tezę – może być każdy przedmiot zawierający jakąkolwiek sensowną treść, bez względu na rodzaj zapisu tej treści – może to być tylko przedmiot zawierający treść wyrażoną w sposób pisemny. Nie jest [...] kasetą magnetofonową dokumentem w rozumieniu art. 393 § 3 k.p.k.”<sup>5</sup>. Do tej pory stanowiska tego nie zrewidowałem i prezentowałem je konsekwentnie tak w artykule polemicznym wobec opracowania prof. R. Kmiecika w „Państwie i Prawie”, jak i w tekście o konstytucyjnej dopuszczalności drukowanym w „Palestrze”. Określenie więc przez A. Tarachę zaprezentowanej przeze mnie wykładni art. 393 § 3 k.p.k. mianem „interpretacji, z której wynika, że przepis ten praktycznie nie ma znaczenia” jest twierdzeniem całkowicie nieprawdziwym i, śmiem twierdzić, celowo wprowadzającym w błąd Czytelnika polemiki.

(c) Wreszcie kwestia trzecia, która wymaga już wyjątkowo drobiazgowego naświetlenia, bowiem przeinaczenia i dopowiedzenia A. Tarachy układają się tu w zaiste misterną (choć, co godzi się odnotować wyraźnie, sformułowaną w jednym tylko, wyżej cytowanym zdaniu), wielopiętrową konstrukcję. Otóż pomijając już fakt, że przedstawienie przeze mnie „takiej interpretacji (art. 393 § 3 k.p.k.), z której wynika, że (nie ma on) praktycznie znaczenia” przypisał mi Polemista fałszywie i dowolnie, gdyż twierdziłem i nadal twierdzę coś zupełnie przeciwnego, pomijając także i to, że naprawdę przeze mnie wypowiedziany pogląd (por. wyżej) nie jest rezultatem jakiegś „stopniowej autorefleksji”, lecz dokładnej i bardzo obszernej interpretacji art. 393 § 3

<sup>3</sup> W kwestii dowodu z dokumentów prywatnych w procesie karnym (artykuł polemiczny wobec tekstu prof. R. Kmiecika, *Dokumenty prywatne i ich „prywatne gromadzenie” w sprawach karnych*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 5, s. 3 i n.), „Państwo i Prawo” 2004, z. 8, s. 110.

<sup>4</sup> Glosa do wyroku SN z 10 maja 2002 r. (sygn. WA 22/02, OSNKW 2002, z. 9–10, poz. 77), „Palestra” 2003, Nr 7–8, s. 245 i n.

<sup>5</sup> Tamże, s. 254.

k.p.k. prowadzonej tak na płaszczyźnie językowej, jak i systemowej oraz funkcjonalnej, pomijając wreszcie nawet te przeinaczenia czy pominięcia wyraźnych i wręcz drobiazgowo prezentowanych poglądów autorskich, napotykamy kolejne nieprawdziwe stwierdzenie. Polemista informuje Czytelnika, iż „źródłem” rzekomych „nieporozumień i niekonsekwencji” przy analizie art. 393 § 3 k.p.k. jest nic innego, jak tylko „lansowanie” (?) przeze mnie „nieznanej (...) «zasady swobody dowodzenia»”. Znowu nic bardziej błędnego i nieprawdziwego. Dokonując egzegezy art. 393 § 3 k.p.k. bazowałem przede wszystkim na jednoznacznych i logicznie spójnych rezultatach bardzo rozbudowanej wykładni językowej art. 393 § 3 k.p.k. i jego bezpośredniego sąsiedztwa normatywnego<sup>6</sup> (których, co zresztą znamienne, Polemista nawet nie przytacza, gdyż znacznie łatwiej mu rzecz całą skwitować ową niejasną „stopniową autorefleksją” niż podjąć rzetelną polemikę z przedstawionymi argumentami), posiłkowo jedynie wskazując na to, że taka wykładnia tego przepisu, zgodnie z którą nie jest objęta sformułowaniem w nim zakazem dowodowym taśma magnetofonowa, w pełni współgra z zasadą prawdy materialnej i swobody dowodzenia.

Reasumując: całe zdanie formułujące bardzo poważne zarzuty merytoryczne w stosunku do cudzego tekstu (zawierającego „nieporozumienia” i „niekonsekwencje”), jest – poza fragmentem wyrażającym zasadnicze wątpliwości Autora co do istnienia zasady swobody dowodzenia, do którego to stanowiska zaraz przyjdzie się poniżej ustosunkować – oparte bądź to na przeinaczeniach, bądź na zgoła fałszywym referowaniu cudzych poglądów.

3. Niekłamane oburzenie A. Tarachy wywołał fakt, że w swoim artykule ośmieliłem się wysunąć tezę, że istnieje w procesie karnym zasada swobody dowodzenia. Co prawda wątek ten stanowi – jak już wspomniałem – zupełnie marginalny fragment mego artykułu o dopuszczalności wykorzystania w postępowaniu karnym dowodów uzyskanych sprzecznie z konstytucją, jednak waga zagadnienia (również praktyczna), nigdy do tej pory nieanalizowanego w naszym piśmiennictwie, jego znaczenie dla rozważanej w tym tekście tematyki, jak i przeprowadzony w publicystycznej manierze atak Polemisty, który twierdzi że „lansuję” (?) ze „zdumiewającą beztrąską” (?) „zasadę swobody dowodzenia” oraz towarzysząca mu lakoniczna (także ta w rzekomo „merytorycznie rozszerzonym” tekście A. Tarachy w „Państwie i Prawie”) i merytorycznie nieprzekonywująca argumentacja wysunięta przeciwko tezie o istnieniu zasady swobody dowodzenia w postępowaniu karnym, skłania mnie do przedstawienia szeregu uwag dotyczących tego bardzo ciekawego zagadnienia. Siłą rzeczy będą one miały charakter możliwie syntetyczny i wiążący się z tekstem Polemisty, jestem bowiem przekonany, że zasada swobody dowodzenia – nie przesądzając jeszcze tego, czy należy się jej obywatelstwo w nauce procesu karnego – to tzw. „temat do wzięcia”, który z pewnością zasługuje na odrębne i pogłębione opracowanie (kto wie, czy nawet nie monograficzne).

<sup>6</sup> Glosa..., jw., s. 252–253, także: *W kwestii dowodu z dokumentów prywatnych...*, s. 105–108.

Pod pojęciem zasady swobody dowodzenia rozumiem „możność dowodzenia okoliczności mających znaczenie dla postępowania karnego za pomocą wszelkich dowodów”<sup>7</sup> (czy też, jak to zupełnie roboczo sformułowałem w głosie do wyroku SN z 10 maja 2002 r.: „możność korzystania w postępowaniu karnym ze wszystkich źródeł dowodowych”<sup>8</sup>) motywując to tym, że „nie może być mowy o realizacji zasady prawdy materialnej bez prawidłowo ukształtowanej zasady swobody dowodzenia”<sup>9</sup>, co jednak nie oznacza, że zasada ta nie doznaje wyjątków. Tyle tylko, że owe wyjątki, tzn. zakazy dowodowe, jako odstępstwa od zasady prawdy materialnej, „muszą być formułowane w sposób klarowny i precyzyjny”<sup>10</sup>. Z. Doda i A. Gaberle<sup>11</sup> pisali zaś o „zasadzie «swobody dowodzenia», pozwalającej korzystać z wszelkich dowodów przydatnych do dokonywania ustaleń potrzebnych do rozstrzygnięcia danej kwestii prawnej (*arg. a contrario* z art. 155 § 1 k.p.k. z 1969 r., a także art. 160 § 1, 178, 185 § 1 k.p.k. z 1969 r.) (...)”. Przytaczam tu te wypowiedzi nie tylko po to, by stały się punktem wyjścia dla rzetelnej i przejrzystej dyskusji, ale po to, by Czytelnik mógł skonfrontować konkretnie wypowiedziane poglądy z tezami A. Tarachy, które rzekomo do nich nawiązują oraz z argumentacją, która ma przemawiać przeciwko pogładowi o istnieniu zasady swobody dowodzenia.

Zdaniem A. Tarachy zasada swobody dowodzenia jest „nieznana obowiązującemu prawu oraz podręcznikom procedury karnej”. To, że zasady swobody dowodzenia nie znają „podręczniki procedury karnej” mogłoby być sensownym argumentem jedynie wtedy, gdyby uznać, że dyskursem naukowym rządzi – by sparafrazować średniowieczną maksymę – zasada *quod non est in libri non est in mundus*. Ten argument, wysunięty z całą powagą przez A. Tarachę, być może wypadłoby w zupełności pominąć, gdyby nie to, że ma on zupełnie szczególny wydźwięk wobec uniwersalnie w piśmiennictwie akceptowanego podziału na skodyfikowane i nieskodyfikowane zasady procesu karnego i zawsze silnie akcentowane trudności w precyzyjnym określeniu treści nieskodyfikowanej zasady procesowej. Nie ma przy tym żadnych wątpliwości co do tego, że zasada swobody dowodzenia nie została prawnie skodyfikowana. Spór bowiem idzie o to, czy mimo jej nieskodyfikowania, da się taką zasadę wyodrębnić i uzasadnić jej istnienie. „Nietrudno (...) – jak trafnie pisze S. Waltoś<sup>12</sup> – o znacznie większe rozbieżności i zmiany zapatrywań (w nauce i orzecznictwie sądowym co do zasady prawnie nieskodyfikowanej), niż w przypadku zasady prawnie zdefiniowanej”. Ewentualne rozbieżności i zmiany zapatrywań co do wysuniętej propozycji teoretycznej Polemista rozwiązuje jednak

<sup>7</sup> A. Bojańczyk, *Z problematyki dopuszczalności...*, s. 44–45.

<sup>8</sup> *Glosa...*, *jw.*, s. 253.

<sup>9</sup> *Z problematyki dopuszczalności...*, s. 45.

<sup>10</sup> *Tamże*, s. 44.

<sup>11</sup> *Dowody w procesie karnym. Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz*. Warszawa 1997, s. 185.

<sup>12</sup> *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2004, s. 209.

nader łatwo: „zasady tej nie znają podręczniki”. Znamienne przy tym, że dostrzegając, iż o zasadzie swobody dowodzenia wspominają Z. Doda i A. Gaberle (co by w jakimś sensie osłabiało siłę argumentu, że „o zasadzie tej nie wspominają podręczniki”), A. Taracha próbuje z miejsca zręcznie „przystosować” wypowiedź tych autorów do potrzebnej tezy (tzn. tezy, że nie ma takiej zasady jak zasada swobody dowodzenia). Wpierw (tj. w polemice publikowanej na łamach „Państwa i Prawa”<sup>13</sup>, gdzie równie kategorycznie wypowiada się przeciwko zasadzie swobody dowodzenia) radzi sobie z tym w sposób zadziwiająco prosty: otóż Z. Doda i A. Gaberle „traktują” zasadę swobody dowodzenia po prostu jako „dyrektywę interpretacyjną, nie zaś zasadę procesu karnego”. Już jednak w polemice w „Palestrze” A. Taracha zupełnie zmienia zdanie. Decyduje się poddać rzeczony tekst (cytowany wyżej) dalszej, tym razem już znacznie głębszej „obróbce interpretacyjnej”, diametralnie wypaczającej jego sens. Tym razem okazuje się, że Z. Doda i A. Gaberle piszą jednak o zasadzie swobody dowodzenia (a nie o „dyrektywie interpretacyjnej”), tyle tylko, że „pojmują” ją „abstrakcyjnie, a nie konkretnie”. Nie będę próbował rozwikłać oczywistej sprzeczności tych dwóch interpretacji tej samej wypowiedzi dokonanych w tym samym niemalże czasie oraz przyczyn, które legły u podstaw błyskawicznej i niczym nieuzasadnionej wołty interpretacyjnej Polemisty. Godzi się jednak powiedzieć, że kategoryczne twierdzenie, iż obydwaj powołani autorzy „pojmują” zasadę swobody dowodzenia „abstrakcyjnie” (w zamiarze A. Tarachy ma to chyba przeczyć mojemu twierdzeniu o istnieniu zasady swobody dowodzenia *de lege lata*, skoro o zasadzie tej wspomina się tylko jakoby o pewnej abstrakcyjnej idei, niezakorzonej w obowiązującym ustawodawstwie procesowym) absolutnie mija się z treścią komentowanej wypowiedzi Z. Dody i A. Gaberle, stanowiąc kolejny przykład typowej dla Polemisty dezinterpretacji cudzego tekstu. Zupełnie jednoznaczne osadzenie zaprezentowanej przez autorów zasady swobody dowodzenia w precyzyjnie wskazanym kontekście normatywnym ustawy procesowej<sup>14</sup> pozwala wyłącznie (bez wypaczenia z dawną utrwalonego znaczenia znanych doktrynie procesu karnego pojęć „zasada procesowa abstrakcyjna”/„zasada procesowa konkretna”) na stwierdzenie, że autorzy w tym wypadku mówią wyłącznie o zasadzie k o n k r e t n e j, co oczywiście całkowicie zmienia optykę problemu.

Stwierdza dalej Polemista kategorycznie, że nie ma takiej zasady, jak zasada swobody dowodzenia, bo „jest ona nieznaną obowiązującemu prawu”. Także jednak i to stanowisko jest nietrafne i niepoparte żadną relewantną argumentacją prawną. Nie ma tu miejsca na pogłębione wywody dotyczące normatywnego fundamentu takiej zasady. Z dwóch możliwych do pomyślenia biegunowych zasad (to, że zasa-

<sup>13</sup> Jeszcze raz w sprawie tzw. „prywatnego gromadzenia” dowodów, „Państwo i Prawo”, nr 1/2005, s. 91.

<sup>14</sup> Argumentowanie *a contrario* w oparciu o szczegółowo wskazane przepisy k.p.k. z 1969 r.: art. 155 § 1, art. 160 § 1, 178, 185 § 1.

dy procesowe powinny mieć charakter wariantowy akcentuje mocno np. prof. S. Waltoś<sup>15</sup>), tj. (1) swobody dowodzenia (wedle której okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięć zapadających w postępowaniu karnym można dowodzić za pomocą wszelkich dowodów, z wyjątkiem tych, do których ustawa w sposób wyraźny nie pozwala się odwołać przy czynieniu ustaleń faktycznych, tj. dowodów objętych zakazami dowodowymi), i – nazwijmy ją roboczo – (2) zasady ograniczonej podstawy dowodowej (wedle której okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięć zapadających w toku postępowania karnego można dowodzić wyłącznie bazując na dowodach, do których ustawa wyraźnie pozwala się odwołać przy czynieniu ustaleń faktycznych, bowiem zasadą jest, iż nie każde źródło dowodowe może być w postępowaniu wykorzystane dowodowo) obowiązujący model postępowania karnego opiera się na tej pierwszej, tj. zasadzie swobody dowodzenia. Jest bowiem regułą, że dowodem (źródłem dowodowym) może być wszystko, a dana osoba (jej zeznanie) czy rzecz tylko wtedy nie może być źródłem dowodowym, gdy stoi temu na przeszkodzie wyraźny zakaz dowodowy. Nim jednak wskażemy niektóre tylko podstawy normatywne tak sformułowanej zasady, należy zwrócić uwagę na dwie kwestie. Otóż – po pierwsze – jest rzeczą oczywistą, że z fundamentalną zasadą procesu karnego, tj. ze skodyfikowaną zasadą prawdy materialnej (art. 2 § 2 k.p.k.) najpełniej harmonizuje właśnie zasada swobody dowodzenia, jako umożliwiająca najpełniejszą realizację zasady prawdy, a nie przeciwstawna jej zasada ograniczonej bazy dowodowej, która poważnie utrudniałaby dokonanie prawdziwych ustaleń faktycznych. Po drugie, wyodrębnienie i skontrastowanie dwóch powyższych zasad procesowych nie jest bynajmniej częścią igraszką teoretyczną: niektóre dawne ustawodawstwa nie znały zasady swobody dowodzenia. Przykładem choćby dawny proces polski, oparty w znacznej mierze na przeciwieństwie zasady swobody dowodzenia: np. potencjalni świadkowie z tego tylko powodu, że należeli do bardzo szeroko zakreślonej kategorii osób, w ogóle nie mogli występować w charakterze świadków (J. Rafacz<sup>16</sup>). Wśród prawie kilkunastu grup osób niemogących zeznawać były m.in.: osoby o niepełnej czci (np. infamisi lub osoby nieprawego pochodzenia), ekskomunikowani, krewni i powinowaci prowadzącego dowód, domownicy, osoby podległe prowadzącemu dowód, osoby nieosiadłe, osoby niezamieszkałe w województwie czy ziemi, na terenie której miały uczestniczyć w charakterze świadków itd., itp. Jest rzeczą oczywistą, że współczesna ustawa karna procesowa została ukształtowana w oparciu o zupełnie inną zasadę w sferze możliwości korzystania i wprowadzania dowodów do postępowania karnego niż dawny proces polski: dominuje zasada swobody dowodzenia. I nie chodzi tu tylko o cytowane już powyżej przepisy przywołane przez Z. Dodę i A. Gaberle w ich komenta-

<sup>15</sup> „Należy widzieć w zasadach koncepcję wariantowych rozwiązań, naczelną zasadą procesu zasługującą tylko wówczas na taką nazwę, gdy jest jedną z co najmniej dwóch idei możliwych do pomyślenia” (*Proces karny...*, s. 206).

<sup>16</sup> *Dawny proces polski*, Warszawa 1925 r., s. 161 i n.



rzę, które w pełni potwierdzają tezę o oparciu obecnego modelu procesu karnego na zasadzie swobody dowodzenia. Jako przykład wskażmy choćby dopuszczalność dowodzenia na podstawie zeznań świadków. Regułą jest, iż podstawą dowodową w postępowaniu karnym mogą być zeznania każdej osoby (inaczej niż w historycznym procesie polskim). Wyjątkiem – że zeznanie danego świadka nie może służyć jako dowód przy dokonywaniu ustaleń faktycznych (por. np. art. 178 k.p.k., czy też względne wyłączenia dowodów z art. 179, 180 czy 182 lub 183 k.p.k.). Podobnie ma się rzecz także z dowodem z dokumentu prywatnego. Zgodnie z modelowo ujmowaną zasadą swobody dowodzenia, każdy taki dokument może (a w niektórych sytuacjach powinien) stanowić źródło dowodowe w postępowaniu karnym. To założenie w pełni potwierdza brzmienie ustawy: otóż wyjątkowo tylko dowód taki nie może stanowić jednego z elementów podstawy dowodowej przy ustalaniu stanu faktycznego (zakaz dowodowy). Dzieje się tak wtedy, gdy powstał on (tj. dokument prywatny) w postępowaniu karnym i dla jego celów (*arg. a contrario* z art. 393 § 3 k.p.k.).

Podsumowując ten wątek: gdyby rzeczywiście prowadzić rzetelny dyskurs nad istnieniem takiej zasady, jak zasada swobody dowodzenia w postępowaniu karnym (nawet w tak ograniczonym zakresie, na jaki zezwalają ramy polemiki), a nie zbywać cudze poglądy – tak jak czyni to A. Taracha – twierdzeniami w stylu „nie znają tego podręczniki”, to wiele przemawiałoby raczej za stanowiskiem, że zasada taka jest istotnym elementem obowiązującego modelu procesu karnego.

4. Choć A. Taracha poświęca w swej polemice wiele miejsca uprawnieniom organów procesowych w postępowaniu karnym, snując rozważania na temat tego, że „przepisy k.p.k. to nie tylko przepisy zakazujące lub nakazujące, ale również uprawniające (zezwalające i zwalniające z obowiązku)”, choć twierdzi, 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»”, choć powołuje się na dość enigmatyczne zdanie prof. W. Daszkiewicza (wypowiedziane w całkowicie innym kontekście, bo w związku z omawianiem przez tego Autora zagadnienia relacji pomiędzy czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi organów śledczych a procesowymi gwarancjami jednostki i prawami obywatelskimi<sup>17</sup>) o „wydłużonym działaniu k.p.k.” na sferę pozaprocesową, choć, wreszcie, uderza w tony alarmistyczne, ostrzegając że od uznania „waloru dowodowego (...) wyników «prywatnego śledztwa», które przeprowadziła osoba prywatna bez żadnej podstawy prawnej” już... „niedaleko do urzeczywistnienia idei «państwa policyjnego» we współczesnym tego słowa znaczeniu” to uderza symptomatyczna nieobecność w całej polemice jednego, pozornie nieistotnego, ale dla poruszanej tematyki kluczowego wręcz elementu. Otóż

<sup>17</sup> *Taktyka kryminalistyczna a procesowe gwarancje jednostki i prawa obywatelskie*, „Państwo i Prawo”, nr 3/1985 r., s. 54.

jest rzeczą wysoce znamiennej, że mimo iż zarówno prof. R. Kmiecik (który utrzymuje, że „*de lege lata* nie można mówić o uprawnieniu osób prywatnych do «przeprowadzania» lub «gromadzenia» dowodów w postaci «dokumentów prywatnych» sporządzanych poza procesem karnym i z intencją realizacji celów karnoprocesowych<sup>18)</sup>, jak i idący tropem ściśle wyznaczonym przez tego Autora A. Taracha [który twierdzi, że osobom prywatnym „nie można (tylko) odmówić prawa do nieformalnego poszukiwania dowodów rzeczowych i dokumentów (...) w przewidzianych przez k.p.k. granicach”, jednak „muszą to być działania, które nie są sprzeczne z prawem, nie wkraczają w kompetencje organów ścigania uprawnionych do działania z urzędu w interesie publicznym (...) i nie naruszają praw osób trzecich (...)”] prezentują konsekwentnie pogląd o niedopuszczalności gromadzenia dowodów w postaci rejestracji dźwięku przez osoby prywatne, to w żadnym miejscu obu tych obszernych tekstów nie pada sformułowanie „zakaz dowodowy”. Bo co do tego, że brak uprawnienia – jak chce tego prof. R. Kmiecik (za nim identycznie A. Taracha) – „osób prywatnych do «przeprowadzania» lub «gromadzenia» dowodów w postaci «dokumentów prywatnych»” to nic innego, jak tylko zakaz dowodowy, żadnych wątpliwości być nie może. Jednak obaj Autorzy z wielką starannością omijają w swych opracowaniach ten właśnie zwrot. Z jakichś powodów preferują nie nazywać rzeczy po imieniu, operując nie do końca klarownymi twierdzeniami opisowymi (takimi, jak powołane wyżej). Nasuwa się zatem oczywiste pytanie: dlaczego właściwie prof. R. Kmiecik i A. Taracha, mówiąc ciągle o zakazie dowodowym, nie nazwą go po prostu po imieniu, dlaczego nie stawiają w żadnym miejscu kropki nad „i”? Przyczyniłoby się to przecież w sposób oczywisty do dalece bardziej precyzyjnego ujęcia problemu, bowiem zagadnienie zakazów dowodowych należy w naszym piśmiennictwie do stosunkowo dobrze rozpoznanych.

Przyczyna tego charakterystycznego niedopowiedzenia jest – jak się wydaje – dość banalna. Rzecz bowiem w tym, że gdyby wysuniętą przez siebie tezę obaj Autorzy nazwali po imieniu (zakaz dowodowy), to musieliby siłą rzeczy zmierzyć się frontalnie z szeregiem bardzo niewygodnych pytań, których wolą uniknąć. Trzeba by bowiem – między innymi – dowieść, że nie ma w procesie karnym *numerus clausus* zakazów dowodowych, że ponadto nie muszą one wcale mieć wyraźnego źródła w ustawie, że ich katalog jest płynny, że podlega swobodnym uzupełnieniom, których motywacja wcale nie musi opierać się wprost na wykładni obowiązującego prawa (por. owo „wydłużone działanie k.p.k.”), lecz może się odwoływać do pewnych ogólnych zasad, subiektywnie uznawanych przez interpretatora za słuszne. Trzeba by wreszcie dowieść, że skodyfikowana zasada prawdy materialnej, owa „królowa zasad procesowych” (nie bez racji A. Murzynowski tylko dla niej rezerwuje miano „naczelnej zasady procesu karnego”) może być ograniczana przez dowolne kreowanie nowych, pozaustawowych zakazów dowodowych. Odwoła-

<sup>18</sup> *Dokumenty prywatne...*, s. 3–5.

nie się do prostego zabiegu, zastosowanie swoistego „przemilczenia terminologicznego”, pozwala obu Autorom uniknąć kłopotliwych pytań. Czają się one jednak między wierszami. Świadomy tego A. Taracha dodaje więc od razu, że „zakres postępowania w sprawach karnych nie tylko ograniczają zakazy dowodowe”, ale także... „formy postępowania, które nie toczy się według «wizdimisję» lub «swobodnego uznania» organów procesowych”. Kłopot w tym, że dopuszczalność wykorzystania w procesie karnym dowodu w postaci rejestracji dźwięku dokonanej przez osobę prywatną nie pozostaje w żadnym związku z jakąś bliżej nieokreśloną „formą dowodową” (?). Tak jak w przypadku każdego innego dowodu, to tylko istnienie (lub brak, tak jak w powołanym przykładzie) zakazu dowodowego determinuje możliwość wykorzystania tego dowodu w postępowaniu.

5. Polemista powtarza prezentowane już przez prof. R. Kmiecika stanowisko, zgodnie z którym z tego, że kodeks postępowania karnego „wyraźnie wskazuje kto, kiedy i w jaki sposób może podejmować działalność karnoprosesową”<sup>19</sup> wynika, że działalności takiej jakoby nie mogą podejmować osoby prywatne. A. Taracha bazuje przy tym przede wszystkim na argumentcie, że „przepisy k.p.k. to nie tylko przepisy zakazujące lub nakazujące, ale również uprawniające”. Tyle tylko, że argument ów mógłby mieć sens wtedy i tylko wtedy, gdy zignoruje się w zupełności fakt, że przepis regulujący postępowanie dowodowe (w tym przepisy o zatrzymaniu rzeczy – Rozdział 25 k.p.k., czy kontroli rozmów – Rozdział 26 k.p.k.) – jak trafnie stwierdził już Sąd Najwyższy w wyroku z 10 maja 2002 r. (sygn. WA 22/02)<sup>20</sup> – „w ogóle nie regulują gromadzenia dowodów przez osoby prywatne, natomiast w całości przepisy te odnoszą się do organów procesowych”. Gdy pominie się fakt, że ustawa procesowa normuje tok i przebieg postępowania karnego i (przede wszystkim) czynności organów procesowych, a nie działalność nieurzędową osób prywatnych, gdy – wreszcie – pominie się, że to tylko organy władzy publicznej (a nie osoby prywatne) mają obowiązek działać „na podstawie i w granicach prawa” (art. 7 Konstytucji), i to tylko do nich odnoszą się „zakazy, nakazy albo uprawnienia” wynikające z przepisów ustawy procesowej normujących kwestię kontroli rozmów – tylko przy takim właśnie założeniu, tylko przy całkowitym wypaczeniu sensu normatywnego Rozdziału 26 k.p.k. i wyręczeniu ustawodawcy przez nieznajdujące żadnego oparcia w tekście ustawy rozszerzenie kręgu adresatów tego zespołu przepisów na osoby prywatne, tylko interpretowanie (wbrew treści tego przepisu) art. 7 ustawy zasadniczej jako odnoszącego się do organów władzy publicznej i o s ó b p r y w a t n y c h – tylko wtedy można twierdzić, że „przepisy k.p.k. to przepisy zakazujące” rejestracji rozmów przez osoby prywatne (jak czyni to A. Taracha), czy też wręcz (prof. R. Kmiecik), że „czynności procesowe (!<sup>21</sup>) (...) wykonywane przez osoby prywatne, są (...) nielegalne”<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> *Tamże*, s. 10.

<sup>20</sup> OSNKW 2002, z. 9–10, poz. 77, s. 58.

<sup>21</sup> Czynności osób prywatnych nie są przecież czynnościami procesowymi.

<sup>22</sup> *Jw.*

Co zatem, gdy odrzuci się niemającą żadnej podstawy normatywnej tezę, że adresatami przepisów normujących warunki i tryb kontroli rozmów przez organy procesowe są także osoby prywatne? Pozostaje wtedy jedynie argumentacja o charakterze wybitnie pozaprawnym. Trudno jednak poddać weryfikacji przystosowaną przez Polemistę na użytek swego opracowania tezę prof. Daszkiewicza o „wydłużonym działaniu” kodeksu postępowania karnego „na sferę pozaprosesową”. Nie wiadomo bowiem, na czym ma polegać „wydłużenie działania prawa (procesowego)”; w jakich konfiguracjach normatywnych „działanie prawa” „wydłuża się”, a w jakich nie, jakie specyficzne racje przemawiają za tym, by prawo się „wydłużyło”, jak ma się ten postulat do prymatu językowej wykładni prawa (i w ogóle wszelkich innych rodzajów wykładni prawa), jaką postać przybiera owo „wydłużenie” itd. itp. Nie da się również zidentyfikować prezentowanej przez Polemistę tezy o „wydłużonym działaniu prawa” z jakąkolwiek ze znanych prawniczych topik argumentacyjnych, co tylko dodatkowo utrudnia weryfikację prezentowanego poglądu. Trudno ponadto zaakceptować opieranie zakazu dowodowego (ograniczającego znacznie możliwość realizacji zasady prawdy materialnej) na tak wątpliej podstawie, jak niejasne twierdzenie o „wydłużonym działaniu” lub „emanacji” prawa „na sferę przedprocesową, czy w ogóle pozaprosesową”.

6. Na całkowitym nieporozumieniu zasada się twierdzenie Polemisty – wpisane w wątek argumentów wysuniętych na poparcie poglądu o ogólnej niedopuszczalności gromadzenia dowodów przez osoby prywatne – że „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»”. Nie precyzuje co prawda Polemista, na czym dokładnie miałyby polegać mniejsza „restrykcyjność” ustawy procesowej administracyjnej w stosunku do ustawy karnej procesowej, ale mniejsza o to. Jedno wszak jest pewne: skoro – w opinii A. Tarachy – kodeks postępowania administracyjnego ma być tym aktem normatywnym, „który nie jest przesadnie restrykcyjny w zakresie dopuszczania dowodów”, a przecież „n a w e t” w tej ustawie stawia się warunek, by jako dowód dopuścić tylko to, co „nie jest sprzeczne z prawem” (art. 75 § 1 k.p.a.), to oznacza to tyle, że „bardziej restrykcyjny” kodeks postępowania karnego zna identyczny standard w sferze dopuszczalności dowodów. Innymi słowy: uzależnia kodeks postępowania karnego dopuszczenie dowodu od tego, by „dowód ten nie był sprzeczny z prawem”; czyni to przecież – jak podkreśla A. Taracha – „nawet” liberalny w tym względzie kodeks postępowania administracyjnego, cóż więc dopiero „restrykcyjny” kodeks postępowania karnego. Otóż nic bardziej błędnego: jest dokładnie na odwrót, niż twierdzi A. Taracha. Teza ta jest zresztą przykładem „dopowiadania” do ustawy procesowej treści normatywnych, których w ogóle w niej nie ma. To, że ustawa karna procesowa nie zna odpowiednika art. 75 § 1 k.p.a., tj. przepisu zawężającego podstawę dowodową przy dokonywaniu ustaleń faktycznych, oznacza właśnie, że *nie* jest bazowym warunkiem dopuszczal-

ności dowodu w postępowaniu karnym, by dowód taki nie był „sprzeczny z prawem”. Jest więc zupełnie inaczej niż uważa A. Taracha. To kodeks postępowania administracyjnego jest bardziej restrykcyjny od kodeksu postępowania karnego w zakresie dopuszczalności dowodów. W postępowaniu karnym dowodem nie może być nie to, co jest „sprzeczne z prawem”, lecz to, co jest „niedopuszczalne” (por. art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k.). A niedopuszczalne są te tylko dowody, na których przeprowadzenie czy wykorzystanie wyraźnie nie zezwala kodeks postępowania karnego (zob. np. art. 171 § 7, 178 k.p.k.). Żaden przepis ustawy karnej procesowej nie daje najmniejszego nawet asumptu do twierdzenia, iżby nie mogło być dowodem to, co zostało uzyskane w ogóle „sprzecznie z prawem” (np. karnym, konstytucyjnym, cywilnym, administracyjnym itd.). Tak samo, jak żaden przepis kodeksu nie uzależnia „prawa osób prywatnych do nieformalnego poszukiwania dowodów” od tego, by były to działania „nienaruszające praw osób trzecich”. Oba te kryteria zostały stworzone przez Polemistę bez najmniejszej podstawy prawnej. By jednak nie poprzestać na operowaniu abstrakcyjnymi twierdzeniami, odwołajmy się do dwóch przykładów:

(I) Y wszedł w posiadanie notesu (nieobjętego jednak zakazem z art. 393 § 3 k.p.k., bowiem sporządzonego poza postępowaniem karnym i nie dla jego celów) należącego do X, dokonując kradzieży z włamaniem do mieszkania X.

(II) Y podstępnie nagrywa rozmowę pomiędzy X i Z.

*Ad I.* Notes został zdobyty przez Y-ka przez popełnienie czynu zabronionego (art. 279 § 1 k.k.). W tym sensie można twierdzić, iż jest ów notes dowodem zdobytym „sprzecznie z prawem” (karnym materialnym). Czy może być zatem dopuszczony w postępowaniu? W administracyjnym – nie (*arg. ex. art. 75 § 1 k.p.a.*); w karnym – tak, żaden przepis nie zakazuje wykorzystania tego dowodu w procesie.

*Ad II.* Nagranie rozmowy X i Z powstało przez popełnienie (poza postępowaniem karnym, por. art. 393 § 3 k.p.k.) przez Y-ka czynu zabronionego (art. 267 § 2 k.k.). Jest to zatem dowód zgromadzony „sprzecznie z prawem” (karnym materialnym). Czy może być dopuszczony jako dowód w postępowaniu? W administracyjnym – nie (*arg. ex. art. 75 § 1 k.p.a.*); w postępowaniu karnym – tak, żaden przepis nie zakazuje wykorzystania tego dowodu w procesie.

7. Nie można bez komentarza pozostawić partii opracowania Polemisty, w której „referuje” on dokonaną przeze mnie obszerną analizę orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz) *Schenk przeciwko Szwajcarii* (1988)<sup>23</sup>. Tu w zasadzie każde przedstawienie przez A. Tarachę cudzych twierdzeń opiera się na przeinaczeniu.

Pisze A. Taracha, iż moje twierdzenie, 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

<sup>23</sup> Wyrok z 12 lipca 1988 r., 13 (1991) *European Human Rights Reports* 242.

układzie żadnego uszczerbku, to „nieuprawnione uogólnienie”. Po pierwsze: nie jest to żadne „uogólnienie”, tylko wypowiedź oparta najszybciej na konkretnym i jednoznacznym poglądzie wyrażonym przez ETPCz w merytorycznej części (*As to the law*) wyroku w sprawie *Schenk*, o czym może się przekonać każdy (z pewnością zrobił to również A. Taracha), kto tylko zechciałby sięgnąć do artykułu w „Palestrze” (s. 57). Po drugie, nie jest to – jak usiłuje nie wiedzieć czemu przekonać Czytelnika A. Taracha – stwierdzenie „nieuprawnione”, lecz pogląd oparty wprost na stanowisku Trybunału wyrażonym w sprawie *Schenk*, o czym może się również przekonać każdy, kto tylko weźmie do ręki tekst wyroku. Zresztą oddajmy głos samemu Trybunałowi (podaję tekst wyroku w brzmieniu oryginalnym, by uniknąć jakichkolwiek nieporozumień). Dochodząc do wniosku, że wykorzystanie nielegalnie sporządzonego nagrania nie pozbawiło skarżącego prawa do sprawiedliwego procesu (art. 6 ust. 1), Trybunał stwierdził: *„Like the Commission (the Court) notes first of all that **the rights of the defence were not disregarded**. The applicant was not unaware that the recording complained of was unlawful because it had not been ordered by the competent judge. He had the opportunity – which he took – of challenging its authenticity and opposing its use, having initially agreed that it should be heard (...). Mr. Schenk sought and obtained an investigation of Mr. Pauty (świadek, który dokonał nagrania). Moreover, counsel for the applicant could have examined Mr. Pauty – who had been summoned as a witness – during the trial (...).”* (*Schenk*, § 47). Tyle Trybunał. Nie sądzę, by Polemista nie zapoznał się z tym orzeczeniem dogłębnie przed przystąpieniem do opracowania swego tekstu. Woli jednak – jak widać – świadomie dezinformować Czytelnika, przeinaczając zarówno moje wypowiedzi, jak i tekst wyroku ETPCz.

Dalej imputuje mi A. Taracha poglądy, których, znowu, nigdy i nigdzie nie wypowiedziałem.

Pisałem w artykule<sup>24</sup>, że ze szczególną siłą w orzecznictwie Trybunału w Strasburgu uwydatniła się teza, że „traci miano «sprawiedliwego» czy «rzetelnego» (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 (...). Zdaniem silnej mniejszości w sprawie *Schenk* «żaden sąd (...) nie może nie tylko opierać się na dowodach uzyskanych w sposób nieuczciwy, ale, przede wszystkim, na dowodach uzyskanych bezprawnie»”.

A. Taracha „odczytał” to zdanie trochę inaczej:

„Teza A. Bojańczyka – pisze A. Taracha – że Trybunał w Strasburgu dopuszcza, jako generalną regułę, wykorzystywanie prywatnych nagrań rozmów telefonicznych, stwarza wrażenie, że ETPCz uznaje takie dowody (...) za legalne”.

Przyznam, że w tym kontekście komentarz A. Tarachy [„Takie przedstawienie sprawy może wprowadzić czytelnika w błąd” (!)] pobrzmiewa już nie groteskowo, ale najzwyczajniej ponuro.

<sup>24</sup>S. 56.

8. Na samym końcu wracam do kwestii, którą sygnalizowałem na samym wstępie.

Otóż postawił mi w swym opracowaniu Polemista zarzuty najpoważniejsze. Stwierdził mianowicie, że: „A. Bojańczyk:

- cytuje różnych autorów dobierając cytaty zwykle odpowiednio spreparowane do z góry postawionych tez, bez względu na kontekst ich wypowiedzi,
- polemizuje z poglądami, których nikt nie głosi,
- przekonuje do poglądów, które są oczywiste”.

Trudno doprawdy – w dyskursie naukowym, na łamach cieszącego się wysoką renomą pisma o profilu naukowym – o zarzut cięższego kalibru, niż zarzut „preparowania cytatów (...) bez względu na kontekst wypowiedzi” czy zarzut „polemizowania z poglądami, których nikt nie głosi”. Takimi zarzutami szafować należy z najwyższą ostrożnością.

A. Taracha, formułując jedno z najcięższych zarzutów, które da się postawić autorowi tekstu naukowego, oskarżając go o „preparowanie cytatów” i „polemizowanie z poglądami, których nikt nie głosi”:

1. *ani jednym słowem* swych zarzutów nie uzasadnił;
2. nie wskazał *ani jednego* „odpowiednio spreparowanego cytatu do z góry postawionej tezy”;
3. nie wskazał *ani jednej* wypowiedzi wyrwanej z kontekstu;
4. nie wskazał *ani jednego* przykładu „polemiki z poglądami, których nikt nie głosi”.

Nie wskazał, bo ich po prostu nie ma. Nie stanowiło to jednak żadnej przeszkody dla A. Tarachy, który z taką samą swobodą, z jaką przeinacza cudze poglądy, stawia bezpodstawnie najcięższe zarzuty.

*Niniejszym tekstem kończymy polemikę na ten temat między obu Autorami.*

*Redakcja*