

# PRAWO DO OBRONY VS. POSTĘPOWANIE DOWODOWE

---

DOPUSZCZALNOŚĆ  
DOWODÓW W ŚWIETLE  
PRAWA UE I KRAJOWYCH  
STANDARDÓW

---

# PRAWO DO OBRONY VS. POSTĘPOWANIE DOWODOWE

---

## DOPUSZCZALNOŚĆ DOWODÓW W ŚWIETLE PRAWA UE I KRAJOWYCH STANDARDÓW

---

*Autorzy*

Marcin Wolny, Małgorzata Szuleka

*Researcher*

Maciej Kalisz

Stan prawny: czerwiec 2021

*Wydawca*

Helsińska Fundacja Praw Człowieka  
ul. Wiejska 16  
00-490 Warszawa

Publikacja dostępna na licencji Creative Commons

**HR HELSIŃSKA FUNDACJA  
PRAW CZŁOWIEKA**



Raport opracowany w ramach projektu  
„Defence Rights for Evidentiary Procedures”  
finansowanego z programu Sprawiedliwość  
Unii Europejskiej.

---

1	STRESZCZENIE → 4
---	------------------

---

2	ZAGADNIENIA WSTĘPNE → 6
2.1	O PROJEKCIE → 6
2.2	METODOLOGIA → 6

---

3	ISTOTA REGUŁ DOPUSZCZALNOŚCI DOWODÓW → 7
---	--

---

4	MIĘDZYKRAJOWE RAMY PRAWNE → 9
4.1	KONWENCJA O OCHRONIE PRAW CZŁOWIEKA I PODSTAWOWYCH WOLNOŚCI I JEJ WPŁYW NA SĄDOWNICTWO KRAJOWE → 9
4.2	PRAWO UNII EUROPEJSKIEJ I ZASADY DOPUSZCZALNOŚCI DOWODÓW → 11
4.3	PODSTAWOWE ELEMENTY SKUTECZNEGO ŚRODKA NAPRAWCZEGO → 13
4.4	IMPLEMENTACJA POSTANOWIEŃ DYREKTYW DOTYCZĄCYCH ŚRODKA NAPRAWCZEGO → 14

---

5	KRAJOWE RAMY PRAWNE → 15
5.1	KONSTITUCJA → 15
5.2	KONSTITUCJA RZECZPOSPOLITEJ POLSKIEJ W ŚWIETLE ORZECZNICTWA SĄDÓW KRAJOWYCH DOTYCZĄCEGO ZAGADNIENIA DOPUSZCZALNOŚCI DOWODÓW → 16
5.3	POLSKIE POSTĘPOWANIE KARNE → 17
5.3.1	KODEKS POSTĘPOWANIA KARNEGO Z 1997 R. → 17
5.3.2	DOPUSZCZALNOŚĆ DOWODU → 18
5.3.3	OCENA DOWODÓW UZYSKANYCH BEZPRAWNIE → 19
5.3.4	SKUTECZNY ŚRODEK W KONTEKŚCIE ZAGADNIENIA DOPUSZCZALNOŚCI DOWODU → 19
5.3.5	REGUŁY DOPUSZCZALNOŚCI DOWODU NA GRUNCIE KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO → 20

---

6	NIEDOPUSZCZALNOŚĆ DOWODÓW: PERSPEKTYWA PRAKTYKÓW → 28
6.1	DOWÓD NIEDOPUSZCZALNY → 28
6.2	NARUSZENIE GWARANCJI PROCEDURALNYCH JAKO PODSTAWA UZNANIA DOWODU ZA NIEDOPUSZCZALNY → 30
6.3	NARUSZENIE WARUNKÓW PRZEPROWADZENIA DOWODU A JEGO NIEDOPUSZCZALNOŚĆ → 32
6.4	OWOCE ZATRUTEGO DRZEWA → 33
6.5	POPEŁNIENIE CZYNU ZABRONIONEGO PRZY UZYSKANIU DOWODU → 34
6.6	OCENA FUNKCJONOWANIA ART. 168A KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO → 34
6.7	OCENA FUNKCJONOWANIA ART. 168B I 237B → 35
6.8	PROCEDURA UZNANIA DOWODU ZA NIEDOPUSZCZALNY → 36
6.9	CIEŻAR DOWODZENIA → 37
6.10	KWESTIONOWANIE DOPUSZCZALNOŚCI DOWODU → 37
6.11	KONSEKWENCJE UZNANIA DOWODU ZA NIEDOPUSZCZALNY → 38
6.12	DOWODY „ZAGRANICZNE” A KWESTIE NIEDOPUSZCZALNOŚCI DOWODÓW → 39

---

7	KONKLUZJE → 40
---	----------------

---

8	REKOMENDACJE → 42
---	-------------------

---

- 1 Zasady dopuszczalności dowodów chronią prawa człowieka, gwarantują proporcjonalność ingerencji państwa w prawa człowieka i pozbawiają państwo możliwości niesłusznego budowania dodatkowej przewagi nad jednostkami, a także zapewniają integralność moralną wymiaru sprawiedliwości.
- 2 W swoim orzecznictwie Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC) różnie odnosi się do skutków naruszenia krajowych przepisów prawa procesowego w zakresie dopuszczalności dowodów, w zależności od okoliczności danej sprawy.
- 3 Art. 3 Dyrektywy w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności oraz prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym<sup>1</sup> zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia domniemania niewinności podejrzanych i oskarżonych do czasu udowodnienia im winy zgodnie z prawem. Dyrektywa w sprawie dostępu do adwokata, jak również Dyrektywa w sprawie domniemania niewinności<sup>2</sup> zobowiązują państwa członkowskie do zapewnienia skutecznego środka odwoławczego w przypadku naruszenia praw w nich wskazanych. Prawo UE nie określa formy, jaką powinien przyjąć skuteczny środek odwoławczy w postępowaniu karnym. Zarówno Dyrektywa o dostępie do adwokata, jak i Dyrektywa o domniemaniu niewinności nie zostały w pełni wdrożone do polskiego systemu prawnego
- 4 Krajowa regulacja w zakresie dopuszczalności dowodów ma charakter rozproszony. Jej źródła doszukiwać się należy w postanowieniach Konstytucji RP, Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: EKPC) oraz Kodeksu postępowania karnego.
- 5 Żaden przepis Konstytucji RP nie określa wprost zasad dopuszczalności dowodów. Niemniej, źródła standardów w tym zakresie można doszukiwać się w konstytucyjnej zasadzie legalizmu (art. 7), jak również w przepisach konstytucyjnych chroniących niektóre wolności i prawa jednostki: wolność od tortur (art. 40), prawo do obrony (art. 42), prawo do prywatności (art. 47; 49-51), czy wreszcie prawo do rzetelnego procesu sądowego (art. 45).
- 6 Wątpliwości dotyczące zgodności z prawem składu Trybunału Konstytucyjnego i jego niezależności powodują, że ciężar stosowania przepisów krajowych zgodnie z Konstytucją i prawem międzynarodowym spoczywa na sądach krajowych, a zwłaszcza na Sądzie Najwyższym.
- 7 Polska procedura karna, uregulowana na gruncie Kodeksu postępowania karnego z 1997 r. (dalej: k.p.k.), nosi cechy postępowania inkwizycyjnego z elementami systemu kontradyktoryjnego. Procedura ta opiera się na zasadzie swobodnej oceny dowodów; w toku postępowania karnego, co do zasady, dopuszczalne jest przeprowadzanie wszelkich dowodów, z wyjątkiem tych, które są wyraźnie zabronione przez prawo.
- 8 Sądy krajowe wykorzystywały uregulowania zawarte w EKPC i Konstytucji do uznania pewnych dowodów za niezgodne z prawem, pomimo braku jasnych przepisów w k.p.k.
- 9 K.p.k. nie zapewnia stronom postępowania skutecznych narzędzi obrony przed wykorzystywaniem w postępowaniu dowodów, których dopuszczalność jest wątpliwa.
- 10 Art. 168a k.p.k. w brzmieniu z 2016 r. wprowadził „odwrócony zakaz dowodowy”, zmuszający sądy i prokuratorów do dopuszczenia dowodów o wątpliwym charakterze, m.in. uzyskanych w wyniku popełnienia czynu zabronionego.

---

<sup>1</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/343 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności oraz prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym.

<sup>2</sup> [Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z dnia 22 października 2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności oraz do porozumiewania się z osobami trzecimi oraz z organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności.](#)

- 11 W orzecznictwie sądów krajowych pojawiły się co najmniej trzy interpretacje art. 168a. – wszystkie mają na celu włączenie standardów ochrony praw człowieka do wykładni tegoż przepisu. Mimo to, nadal istnieje ryzyko, że pierwotna interpretacja ustawodawcy dotycząca art. 168a k.p.k. będzie wykorzystywana w toku postępowań karnych.
- 12 Badanie wykazało, że sytuacje, gdy w toku postępowania dochodzi do zbadania przez sąd kwestii niedopuszczalności dowodów, są niezwykle rzadkie. Według ankietowanych prawników, prokuratorów i sędziów, wątpliwości co do dopuszczalności dowodów dotyczyły m.in.: przesłuchania w charakterze świadka samego podejrzanego; przeszukania lokalu podejrzanego, mimo że zarzucane przestępstwo nie dotyczyło posiadania zabronionych substancji; pobierania próbek pisma od podejrzanych bez informowania ich o braku obowiązku dostarczenia takich próbek; przeprowadzenia nieformalnych przesłuchań podejrzanych i wprowadzanie ich wyników do postępowania „tylnymi drzwiami”; stosowanie podsłuchu bez nakazu sądowego.

# 2 ZAGADNIENIA WSTĘPNE

## 2.1 O PROJEKCIE

Oddajemy w Państwa ręce raport przygotowany przez Helsińską Fundację Praw Człowieka w ramach projektu Defence Rights in Evidence Procedures, koordynowanego przez Fair Trial International. W niniejszym raporcie zastanawiamy się, w jakim stopniu prawo Unii Europejskiej oddziałuje na krajowe reguły dopuszczalności dowodów. W szczególności celem raportu jest odpowiedź na pytanie, czy prawo UE wymaga stworzenia efektywnych mechanizmów pozwalających na zakwestionowanie dopuszczalności danego dowodu w postępowaniu karnym. Ponadto, autorzy raportu rozważają, czy środki oferowane podejrzanym, których prawa chronione dyrektywami zostały naruszone, mają charakter skuteczny i dostępny. Wreszcie, zasadnym wydaje się postawienie pytania, na ile polskie regulacje w tym obszarze odpowiadają międzynarodowym standardom i gwarantują ochronę praw podstawowych.

Omawiany dokument ma przede wszystkim znaczenie dla przybliżenia tej tematyki odbiorcy zagranicznemu. Pozwoli on czytelnikowi na zapoznanie się z najważniejszymi polskimi regulacjami prawnymi dotyczącymi kwestii dopuszczalności dowodów oraz narosłymi wokół nich kontrowersjami, w tym pytaniami o zgodność przepisów z Konstytucją oraz prawem międzynarodowym.

Odbiorca krajowy znajdzie w nim zaś podsumowanie istotnych zagadnień związanych z kwestią dopuszczalności dowodów, w tym odesłanie do najważniejszych orzeczeń sądów apelacyjnych oraz Sądu Najwyższego, jak również analizę omawianej tematyki z perspektywy norm konstytucyjnych oraz standardów wynikających z Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

## 2.2 METODOLOGIA

W trakcie opracowywania raportu korzystaliśmy z dorobku polskiej literatury prawniczej dotyczącej kwestii dopuszczalności dowodów w postępowaniu karnym, w tym w szczególności z publikacji W. Jasińskiego<sup>3</sup>, J. Skorupki<sup>4</sup> i B. Janusz-Pohl<sup>5</sup>. By zrozumieć, jak interpretowane są kodeksowe regulacje dotyczące dopuszczalności dowodów, przeanalizowaliśmy kilkadziesiąt orzeczeń Sądu Najwyższego i sądów powszechnych. Tak zebrane wnioski skonfrontowaliśmy z opiniami praktyków: adwokatów, prokuratorów oraz sędziów zajmujących się postępowaniem karnym.

W zorganizowanych w październiku 2020 r. warsztatach uczestniczyli zarówno teoretycy, jak i praktycy, co pozwoliło na skonfrontowanie dwóch różnych spojrzeń dotyczących problemu niedopuszczalności dowodów w procesie karnym; w efekcie warsztaty te dostarczyły autorom wielu dodatkowych i przydatnych informacji związanych z omawianym zagadnieniem.

Wstępne wyniki badań i warsztatów zostały skonfrontowane z opiniami 15 praktyków zajmujących się postępowaniem karnym, zebranych podczas częściowo ustrukturyzowanych wywiadów indywidualnych. Wszyscy rozmówcy posiadali cenne doświadczenie związane z procesem karnym. Zdecydowana większość ankietowanych ma do czynienia ze sprawami karnymi od ponad 10 lat. Wśród ankietowanych znalazło się czterech adwokatów, prowadzących od 30 do nawet 250 spraw karnych rocznie. Wywiadu udzielił także adwokat pracujący w departamencie prawa karnego biura Rzecznika Praw Obywatelskich. Wśród ankietowanych znalazło się ponadto trzech prokuratorów prokuratury okręgowej, odpowiadających za prowadzenie od 5 do 30 postępowań karnych rocznie; pozostali dwaj to prokuratorzy prokuratur

<sup>3</sup> Jasiński Wojciech (2019) *Nielegalne uzyskanie dowodu a moralna integralność wymiaru sprawiedliwości* [w:] *Nielegalnie uzyskane dowody w procesie karnym. W poszukiwaniu optymalnego rozwiązania*.

<sup>4</sup> J. Skorupka, *Eliminowanie z procesu karnego dowodu zebranego w sposób sprzeczny z ustawą*, PiP 2011, nr 3, s. 80-85; J. Skorupka, *Dowody nielegalne w procesie karnym. Glosa do uchwały SN z dnia 28 czerwca 2018 r.*, 1 KZP 4/18, OSP 2019, nr 1, s. 4; J. Skorupka (red.) *Dowody. Cz. I-IV* [w:] P. Hofmański (red.), *System Prawa Karnego Procesowego*.

<sup>5</sup> B. Janusz-Pohl, *O konstrukcji niedopuszczalności czynności karnoprosesowej*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, rok LXXVI, zeszyt 4, 2014.

rejonowych, prowadzący nawet do 300 postępowań w ciągu roku. Nadto, autorzy przeprowadzili również wywiady z 5 sędziami ze wszystkich szczebli sądownictwa, w tym również z Sądu Najwyższego; sędziowie ci rozpoznają średnio od 15 do 450 sprawach karnych rocznie.

Rozmówcom zadano pytania dotyczące ich doświadczeń w sprawach, w których pojawił się problem niedopuszczalności dowodów, ich oceny przepisów Kodeksu postępowania karnego w tym zakresie, a także stosunku sądów do tego zagadnienia. Poszczególne pytania dotyczyły m.in.:

- uzasadnienia wprowadzenia w postępowaniu karnym zasad dopuszczalności dowodów;
- skutków naruszenia gwarancji procesowych dla dopuszczalności dowodów;
- popełnienia przestępstwa podczas zbierania dowodów;
- problematyki ciężaru dowodu w sprawach dotyczących niedopuszczalności dowodu;
- możliwości kwestionowania dopuszczenia nielegalnych dowodów w postępowaniu karnym.

Autorzy są wdzięczni wszystkim rozmówcom za ich nieoceniony wkład w powstanie niniejszego raportu. Wszelkie błędy i pomyłki stanowią wyłączną odpowiedzialność autorów.

## 3 ISTOTA REGUŁ DOPUSZCZALNOŚCI DOWODÓW

---

Zasada swobodnej oceny dowodów jest jedną z podstawowych reguł, na których oparte są procedury karne państw członkowskich Unii Europejskiej. Funkcjonowanie takiej zasady nie oznacza jednak zupełnej dowolności w dopuszczalności dowodów. Efektywne funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości oraz ochrona praw i wolności człowieka wymagają, aby reguły te uwzględniały również tło konstytucyjne i konwencyjne, wprowadzając mechanizmy obrony jednostki przed nieuzasadnioną ingerencją w jej prawa podstawowe.

W trakcie rozmów prowadzonych w ramach projektu pytaliśmy naszych rozmówców o to, jakie wartości stoją za tym, by uznawać dany dowód za niedopuszczalny. W głosach rozmówców pobrzmiewał pogląd, że reguły dopuszczalności dowodów mają istotne znaczenie dla zapewnienia praw i wolności jednostek, zagwarantowania ich prawa do rzetelnego procesu sądowego, prawa do obrony, a także ochrony praworządności. Rozmówcy wskazywali również, że zasady te gwarantują wzmocnienie zaufania obywateli do instytucji państwa, proporcjonalności ingerencji państwa w prawa człowieka, jak również ochronę prawa do prywatności, zwłaszcza w kontekście tajemnic zawodowych, w tym tajemnicy adwokackiej.

Ich brak w istocie oznaczałby zanegowanie ochrony wynikającej z przepisów Konstytucji i prawa międzynarodowego. W oczywisty sposób podważałby on konstytucyjną zasadę legalizmu. Jednocześnie mógłby zachęcać władze publiczne do chodzenia „na skróty”, omijania, naginania czy wprost łamania tych przepisów, które stanowią tamę dla nieproporcjonalnej ingerencji w podstawowe prawa jednostki: wolność od tortur, prawo do prywatności, nienaruszalność mieszkania. Z jednej strony brak konsekwencji przewidzianych dla organów procesowych nie odstraszałby ich od łamania prawa. Z drugiej strony brak reguł dopuszczalności dowodów podważałby wiarę społeczeństwa w efektywność systemu ochrony prawnej, a przez to – w skuteczność samego państwa.

- ” Nie wolno, decydując w imieniu państwa o losach człowieka, opierać się na źródłach dowodów, czy sposobie ich pozyskania, który uwłacza wartościom, na których państwo jest zbudowane.

## SĘDZIA SĄDU NAJWYŻSZEGO<sup>6</sup>

Rozmówcy zwracali przy tym uwagę, że brak reguł dopuszczalności dowodów prowadziłby do nieuczciwego budowania dodatkowej przewagi nad obywatelem, jeszcze bardziej pogarszając jego pozycję procesową. Pozbawiałoby go to możliwości przewidywania działań państwa i antycypowania tego, w jaki sposób organy postępowania karnego mogą pozyskiwać dowody. W oczywisty sposób ingerowałoby to w efektywność przysługującego mu prawa do obrony.

- ” To, co mnie bulwersuje w dopuszczaniu wszystkich dowodów bez weryfikowania ich dopuszczalności, to jest to, że państwo z założenia ma ogromną przewagę nad obywatelem. Co za tym idzie, wykorzystywanie jeszcze dodatkowych środków w myśl zasady, że cel uświęca środki, jest taką nierówną walką.

**ADWOKAT**

- ” Podejrzany ma prawo budować swoją obronę na przewidywalności działań organów ścigania. W sytuacji, w której mogą one gromadzić nielegalne dowody, jest to nieprzewidywalne.

**ADWOKAT**

Jednym z argumentów, trafnie zidentyfikowanym przez W. Jasińskiego, jest kwestia moralnej integralności wymiaru sprawiedliwości<sup>7</sup>. W ocenie tego autora „zachowania organów procesowych sprzeczne z prawem podważają ich moralną legitymację do wymierzania sprawiedliwości”<sup>8</sup>. Innymi słowy ktoś, kto samemu łamie prawo, nie jest uprawniony do tego, by piętnować inne osoby za naruszenie norm prawnych.

Na kwestię dopuszczalności dowodów można również spojrzeć z punktu widzenia ich wiarygodności dla dokonywania ustaleń faktycznych w sprawie. Reguły wyłączające określone dowody w przypadkach naruszenia podstawowych praw człowieka pozwalają uniknąć sytuacji, w których bardzo wątpliwe dowody stają się następnie podstawą działań wymiaru sprawiedliwości.

Ostatnim z argumentów, które można byłoby podnieść w tym kontekście, jest kwestia efektywności sądowej współpracy pomiędzy organami wymiaru sprawiedliwości poszczególnych państw członkowskich Unii Europejskiej. Wymusza ona przyjęcie na poziomie Unii Europejskiej pewnego minimalnego standardu dotyczącego zasad dopuszczalności dowodów. Jego brak jest prostą drogą do tego, co możemy śledzić już dzisiaj w kontekście niewykonywania ze względu na wątpliwości wokół niezależności polskiego sądownictwa Europejskich Nakazów Aresztowania wydanych przez Polskę.

Ostatni z argumentów przemawia za koniecznością dalszej harmonizacji na poziomie Unii Europejskiej podstawowych reguł dowodowych. Wskazuje również na potrzebę silniejszego zagwarantowania respektowania reguł odnoszących się do kwestii pozyskiwania dowodów za pomocą tortur, nieludzkiego i poniżającego traktowania, bez zachowania prawa do obrony, czy sytuacji bezprawnej ingerencji w prawo do prywatności jednostki.

<sup>6</sup> Wszystkie cytaty pochodzą z wywiadów przeprowadzonych w ramach projektu DREP.

<sup>7</sup> Jasiński Wojciech (2019) *Nielegalne uzyskanie dowodu a moralna integralność wymiaru sprawiedliwości* [w:] *Nielegalnie uzyskane dowody w procesie karnym. W poszukiwaniu optymalnego rozwiązania*.

<sup>8</sup> W. Jasiński, 4.4. *Nielegalne uzyskanie dowodu a moralna integralność wymiaru sprawiedliwości* [w:] *Nielegalnie uzyskane dowody w procesie karnym. W poszukiwaniu optymalnego rozwiązania*, Warszawa 2019.



# 4 MIĘDZYNARODOWE RAMY PRAWNE

## 4.1 KONWENCJA O OCHRONIE PRAW CZŁOWIEKA I PODSTAWOWYCH WOLNOŚCI I JEJ WPŁYW NA SĄDOWNICTWO KRAJOWE

Europejski Trybunał Praw Człowieka, na gruncie art. 3, 6 i 8, wypracował szczególne orzecznictwo dotyczące skutków dopuszczenia do postępowania dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa krajowego. Obejmuje ono między innymi problematykę dowodów uzyskanych w wyniku naruszenia zakazu tortur i niehumanitarnego traktowania, prawa jednostki do prywatności czy zasad dotyczących policyjnej prowokacji. Standardy wypracowane przez orzecznictwo ETPC są różne zależności od rodzaju dowodu, metody jego pozyskania oraz jego wpływu na prawo jednostek do rzetelnego procesu sądowego.

Najściślejsze reguły postępowania z dowodami ETPC sformułował na gruncie art. 3 Konwencji, zakazującego tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania oraz karania. Kluczowe reguły w tym zakresie zostały ustalone na gruncie orzeczeń w sprawach *Gäfgen p. Niemcom*<sup>9</sup> oraz *Jalloh p. Niemcom*<sup>10</sup>. W sprawie *Gäfgen p. Niemcom* Trybunał uznał za niedopuszczalne dowody osobowe uzyskane z naruszeniem zakazów wynikających z art. 3 Konwencji. Trybunał przyjął, że ich wprowadzenie do procesu automatycznie skutkuje nierzetelnością postępowania karnego.

Regułę tę ETPC rozszerzył w niedawnym orzeczeniu *Ćwik p. Polsce*, odnosząc ją wprost do wykorzystania w toku postępowania dowodów osobowych uzyskanych w następstwie tortur oraz niehumanitarnego traktowania dokonanego przez osoby trzecie, bez udziału funkcjonariuszy państwa. Rozpoznając tę kwestię w toku krajowego postępowania sądowego, Sąd Apelacyjny w Krakowie<sup>11</sup> uznał, że zarejestrowane w ten sposób wypowiedzi współoskarżonego, mogą stanowić dowód w toku postępowania karnego. W jego ocenie, wyartykułowany w Kodeksie postępowania karnego zakaz wykorzystania w toku postępowania zeznań, wyjaśnień i oświadczeń uzyskanych z naruszeniem swobody wypowiedzi adresowany jest wyłącznie do organów procesowych. W efekcie, sąd stwierdził, że zakaz ten nie ma znaczenia w toku oceny dopuszczalności dowodu uzyskanego przez organy procesowe zgodnie z prawem, nawet jeśli jego treść uzyskana została za pośrednictwem tortur, ale bez zaangażowania organów procesowych. ETPC nie podzielił tej oceny, uznając omawiany dowód za niedopuszczalny w toku postępowania. Jego wykorzystanie zaowocowało koniecznością uznania całego postępowania za nierzetelne<sup>12</sup>. W konsekwencji ETPC orzekł, że w stosunku do skarżącego miało miejsce naruszenie art. 6 Konwencji.

W przypadku dowodów rzeczowych uzyskanych z naruszeniem art. 3 Konwencji Trybunał nie jest już tak kategoryczny. Uznaje, że dopuszczenie takich dowodów do postępowania skutkuje automatycznym brakiem rzetelności postępowania jedynie w przypadku dowodów uzyskanych z naruszeniem zakazu tortur<sup>13</sup>. W przypadku dowodów uzyskanych z naruszeniem zakazu niehumanitarnego lub poniżającego traktowania Trybunał przyjmuje, że jeśli nie mają one decydującego znaczenia dla losów postępowania to mogą być wprowadzone do postępowania. Nie powoduje to jednocześnie, że postępowanie takie traci przymiot rzetelności. Standard taki może jednak budzić wątpliwości, zwłaszcza w kontekście bezwzględności zakazu wynikającego z art. 3 Konwencji.

<sup>9</sup> Wyrok ETPCz (GC) z 1.06.2010 w sprawie *Gäfgen* przeciwko *Niemcom*, skarga nr. 22978/05.

<sup>10</sup> Wyrok ETPCz (GC) z 11.07.2006 w sprawie *Jalloh* przeciwko *Niemcom*, skarga nr. 54810/00.

<sup>11</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 8 października 2008 r., sygn. II Aka 92/08.

<sup>12</sup> Wyrok ETPC z dnia 5.11.2020 r. w sprawie *Ćwik p. Polsce*, skarga nr. 31454/10.

<sup>13</sup> Wyrok ETPC (GC) z 1.06.2010 w sprawie *Gäfgen* przeciwko *Niemcom*, skarga nr. 22978/05.

W praktyce polskiego wymiaru sprawiedliwości, zwłaszcza w kontekście częstego stosowania kontroli operacyjnej, dużo istotniejszą rolę odgrywają spostrzeżenia poczynione przez ETPC na gruncie art. 8 Konwencji. Zarzut naruszenia tego przepisu Trybunał analizuje na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze, ocenia go w perspektywie legalności, a więc tego, czy dowód (np. z kontroli operacyjnej) został uzyskany z naruszeniem prawa krajowego (poprzez brak odpowiedniej zgody, brak stosownego wniosku czy w sprawie dotyczącej przestępstwa ujętego poza katalogiem przestępstw dopuszczającym taką formę ingerencji). Druga płaszczyzna oceny Trybunału dotyczy sytuacji, w których prawo krajowe nie cechuje się odpowiednią jakością. Do tych sytuacji Trybunał zalicza brak kontroli sądowej czy niewskazanie na poziomie ustawowym katalogu sytuacji pozwalających na ingerencję w prawo do prywatności jednostki.

W swoim orzecznictwie Trybunał nie zawsze jednak łączy naruszenie art. 8 Konwencji z automatycznym przyjęciem, że postępowanie w sprawie, w której wykorzystano taki dowód, cechował brak rzetelności. Przykładowo, w sprawach *Bykov p. Rosji*<sup>14</sup> oraz *Dragoș Ioan Rusu p. Rumunii*<sup>15</sup> Trybunał nie zdecydował się uznać, że postępowanie karne prowadzone przeciwko skarżącym miało charakter nierzetelny, mimo jednoczesnego stwierdzenia naruszenia art. 8 Konwencji z uwagi na nielegalny charakter ingerencji w prawo do prywatności skarżących. Trybunał przyjął, że jego rolą nie jest wskazywanie, jaki materiał dowodowy może być użyty w toku postępowania karnego, lecz zagwarantowanie przestrzegania w przez państwo – stronę Konwencji praw jednostki chronionych tą Konwencją.

W swoim orzecznictwie Trybunał sformułował przy tym kryteria brane pod uwagę przy ocenie wpływu dowodu uzyskanego z naruszeniem prawa do prywatności na rzetelność postępowania. Wśród nich znalazły się te dotyczące aspektu proceduralnego, a więc tego, czy strona w toku postępowania miała możliwość kwestionowania legalności pozyskania dowodu, a także tego, czy istniały inne dowody wskazujące na winę oskarżonego. Dodatkowo Trybunał wskazał, że dowód tego rodzaju może stanowić podstawę skazania, o ile ma przymiot wiarygodności. W sprawie *Lisica p. Chorwacji* Trybunał odmówił takiego przymiotu dowodom rzeczowym zabezpieczonym w trakcie drugiego przesłuchania auta należącego do podejrzanych, do którego nieprotokołowany dostęp mieli funkcjonariusze organów ścigania.

Skuteczność takiego podejścia Trybunału może budzić wątpliwości. Nie do końca broni ono jednostkę przed naruszeniem jej praw wynikających z art. 8 i nie zapewnia kompletności ochrony wynikającej z tego przepisu.

W tym kontekście wydaje się, że prawo do prywatności jednostki znajduje silniejszą ochronę w praktyce funkcjonowania polskich sądów. Przykładowo, Sąd Apelacyjny w Poznaniu<sup>16</sup> podważył dopuszczalność przeprowadzenia dowodu z kontroli operacyjnej prowadzonej przez organy Republiki Federalnej Niemiec wobec obywatelki Polski przebywającej na terytorium Polski. Sąd zwrócił uwagę, że niemieckie organy nie dopełniły wymogów ustanowionych w art. 20 Konwencji o pomocy prawnej w sprawach karnych. W myśl tego przepisu niemieckie organy były zobligowane do powiadamiania państwa członkowskiego o przechwytywaniu przekazów telefonicznych nadawanych z adresu komunikacyjnego znajdującego się na jego terytorium. Dodatkowo Sąd Apelacyjny zauważył, że w omawianej sprawie ścigane przestępstwo (oszustwo na mienie zwykłej wartości) nie należało do katalogu przestępstw, w stosunku do których na gruncie polskiego prawa możliwe było prowadzenie kontroli operacyjnej czy kontroli rozmów telefonicznych. W efekcie, w jego ocenie, „zaprezentowane przez oskarżyciela dowody zostały pozyskane z naruszeniem przepisów prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej”. Oznaczało to brak możliwości dopuszczenia ich w toku postępowania.

Sądy krajowe stosunkowo szeroko korzystają przy tym z dorobku ETPC w zakresie odnoszącym się do prowokacji policyjnej. ETPC wskazał w nim pewne warunki brzegowe, którą muszą zostać spełnione dla uznania, że prowokacja policyjna jest dopuszczalna. Wśród nich Trybunał zawarł pasywną rolę funkcjonariuszy policji, istnienie uzasadnionych i weryfikowalnych informacji wskazujących na konieczność stosowania tej instytucji, a także przeprowadzenie prowokacji w sposób przewidziany przez prawo, w tym w oparciu o zgodę niezależnego organu.

Reguły te znalazły zastosowanie choćby w sprawie dotyczącej przyjęcia korzyści majątkowej rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy<sup>17</sup>. Zakwestionował on legalność dokonania kontrolowanego wręczenia

<sup>14</sup> Wyrok ETPC z dnia 10.03.2009 r. w sprawie *Bykov p. Rosji*, skarga nr. 4378/02.

<sup>15</sup> Wyrok ETPC z dnia 31.10.2017 r. w sprawie *Dragoș Ioan Rusu* przeciwko Rumunii, skarga nr. 22767/08.

<sup>16</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 29.01.2020 r., sygn. II AKz 613/19, LEX nr 3027953.

<sup>17</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 30.11.2010 r., sygn. III KK 152/10.

korzyści majątkowej wobec braku weryfikacji przez funkcjonariuszy policji uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie. Sąd Najwyższy uznał, że nagranie dźwięku z przeprowadzonej specjalnej czynności operacyjno-rozpoznawczej, jak i zeznania uczestniczących w niej osób, miały charakter skażony, co skutkowało brakiem możliwości ich wykorzystania w toku postępowania sądowego. W jego ocenie chronione Konstytucją i Konwencją prawo do rzetelnego procesu sądowego obejmuje „konieczność rozstrzygnięcia każdej sprawy na podstawie takich dowodów, które w ramach konkretnego systemu procesowego są prawem przewidziane bądź z nim niesprzeczne, a więc legalne”.

Najwięcej zastrzeżeń w kierunku polskiego wymiaru sprawiedliwości można mieć jednak w odniesieniu do implementacji orzecznictwa ETPC dotyczącego zasad dostępu do pomocy obrońcy na pierwszych etapach postępowania karnego, jak również wykorzystania w toku procesu wyjaśnień podejrzanego uzyskanych pod nieobecność obrońcy.

W ostatnich latach można zaobserwować postępujące osłabienie przez ETPC standardu przyjętego w wyroku *Salduz p. Turcji*<sup>18</sup>. ETPC wskazał w nim, że podejrzanemu należy zapewnić dostęp do pomocy obrońcy przed pierwszym przesłuchaniem w sprawie, chyba że okoliczności sprawy wskazują na istnienie istotnych powodów przemawiających za odstąpieniem od stosowania tego prawa. W wyrokach w sprawach *Ibrahim p. Zjednoczonemu Królestwu*<sup>19</sup>, *Simeonovi p. Bułgarii*<sup>20</sup>, czy *Beuze p. Belgii*<sup>21</sup>, ETPC usankcjonował jednak praktykę akceptowania orzeczeń krajowych opartych na przesłuchaniach podejrzanego, o ile całokształt postępowania będzie miał charakter rzetelny. Trybunał wskazał w tych orzeczeniach zespół okoliczności, które należy wziąć pod uwagę oceniając rzetelność postępowania w stosunku do podejrzanego, któremu nie zapewniono na pierwszych etapach postępowania asysty obrońcy. Wśród nich Trybunał wyliczył m.in. przynależność podejrzanego do grupy osób szczególnie narażonych, a także to czy tak uzyskany dowód będzie można wykorzystać w toku postępowania karnego.

Problematyka ta nie zawsze jest przy tym dostrzegana przez sądy jako okoliczność uzasadniająca wyłączenie uzyskanych w opisany wyżej sposób wyjaśnień z materiału dowodowego postępowania. Dla przykładu Sąd Apelacyjny w Katowicach<sup>22</sup> wskazał, że z treści orzeczeń zapadłych przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka nie da się wyprowadzić wniosku, że w zamysle tego organu było wprowadzenie generalnego wymogu zapewnienia obecności obrońcy podczas pierwszego przesłuchania każdego podejrzanego pod rygorem niedopuszczalności wykorzystania na rozprawie złożonych przez niego wyjaśnień. Z przywołanych wyroków wynika, że Trybunałowi chodzi o konieczną obecność obrońcy w sytuacjach obiektywnie istniejącej podatności podejrzanego na pokrzywdzenie, np. z uwagi na jego wiek czy bezradność wywołaną czynnikami społecznymi lub stanem zdrowia (w tym – uzależnieniem od narkotyków lub alkoholu).

## 4.2 PRAWO UNII EUROPEJSKIEJ I ZASADY DOPUSZCZALNOŚCI DOWODÓW

Reguły gromadzenia materiału dowodowego mają określony wpływ na funkcjonowanie europejskiej przestrzeni współpracy w sprawach karnych. Przestrzeń ta rozrasta się w szybkim tempie, obejmując takie instrumenty jak przekazanie orzeczenia do wykonania, Europejski Nakaz Aresztowania, czy Europejski Nakaz Dochodzeniowy.

Wymienione rozwiązania oparte są na zasadzie wzajemnego zaufania państw członkowskich. członkowskimi. Zaufanie to wzmacniać miała harmonizacja gwarancji procesowych przysługujących uczestnikom postępowań karnym dokonywana za pomocą poszczególnych dyrektyw karnoprosesowych. Rozbudowywały one istniejące gwarancje procesowe oraz doprecyzowywały ich znaczenie i treść, podejmując istotny krok w kierunku ustanowienia wspólnego, europejskiego standardu minimalnego w tym zakresie.

<sup>18</sup> Wyrok ETPC z 27.11.2008 w sprawie *Salduz v. Turkey*, sprawa nr 36391/02.

<sup>19</sup> Wyrok ETPC (GC) z 13.09.2016 w sprawie *Ibrahim i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, sygn. 50541/08.

<sup>20</sup> Wyrok ETPC z dnia 12.05.2017 r. w sprawie *Simeonovi przeciwko Bułgarii*, sygn. 21980/04.

<sup>21</sup> Wyrok ETPC z 9.11.2018 r. w sprawie *Beuze przeciwko Belgii*, sygn. 71409/10

<sup>22</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach 6 kwietnia 2017 r., sygn. II Aka 15/17.

W ramach tych prac przyjęto 6 dyrektyw<sup>23</sup> ustanawiających reguły minimalne w zakresie praw procesowych przysługujących w toku postępowania karnego prowadzonego przez państwa członkowskie Unii Europejskiej. W zdecydowanej większości dyrektywy nie odnosiły się wprost do kwestii niedopuszczalności dowodów w postępowaniu karnym.

Za kluczowy w tym zakresie należy uznać art. 3 Dyrektywy w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym. Przewiduje on obowiązek zapewnienia przez państwa członkowskie, by podejrzani i oskarżeni byli uważani za niewinnych do czasu udowodnienia im winy zgodnie z prawem. W pierwszej kolejności przepis ten nakazuje więc poszanowanie domniemania niewinności przez państwa członkowskie. W drugiej wskazuje kres tego domniemania, za który uznaje moment udowodnienia winy. Jednocześnie podkreśla, że do tego udowodnienia musi dojść w sposób zgodny z prawem. Ten ostatni element nie może być potraktowany jak nieistniejący. W naszej ocenie musi on być brany pod uwagę w procesie wykładni postanowień dyrektywy i podczas ustalania, jakie uprawnienia proceduralne dyrektywa przyznaje jednostkom.

W rezultacie przyjęć należy, że dyrektywa wymusza na państwach członkowskich kierowanie się w toku postępowania dowodowego zasadą legalizmu, działanie w granicach i na podstawie prawa. Ponadto, wymaga od państw członkowskich uwzględniania przy określaniu krajowych zasad dopuszczalności dowodów ich konstytucyjnego i konwencyjnego tła.

Pogląd ten wzmacnia preambuła dyrektywy, która w punkcie 47 stanowi, że dyrektywa potwierdza podstawowe prawa i zasady uznane w EKPC, w tym zakaz tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania, prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego, prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, prawo człowieka do integralności, prawa dziecka, integrację osób z niepełnosprawnościami, prawo do skutecznego środka prawnego i do rzetelnego procesu, domniemanie niewinności i prawo do obrony. Punkt 47 preambuły przypomina w tym względzie treść art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej, zgodnie z którym prawa podstawowe, zagwarantowane w EKPC oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych państwom członkowskim, winny stanowić zasady ogólne prawa Unii.

Dyrektywa nie wyznacza przy tym konkretnego sposobu ukształtowania postępowania dowodowego, pozostawiając w tym względzie swobodę państwom członkowskim, w zakresie nieuregulowanym innymi aktami prawa Unii Europejskiej. Końcowy rezultat musi jednak być oparty na ustaleniach uzyskanych zgodnie z prawem.

W praktyce, w ocenie autorów, wymusza to na państwach członkowskich przyjęcie co najmniej takich rozwiązań, które będą eliminowały dowody uzyskane za pomocą czynu przestępnego, a także dowody uzyskane z naruszeniem praw procesowych oraz postanowień Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Drugim argumentem wskazującym na to, że kwestia postępowania dowodowego nie ma dla prawa UE charakteru ambiwalentnego, jest fakt, iż dyrektywa w sprawie prawa dostępu do adwokata oraz dyrektywa w sprawie domniemania niewinności obligują państwa członkowskie do zapewnienia skutecznego środka naprawczego w przypadku naruszenia praw w nim wymienionych.

Co więcej, w kontekście pozostałych dyrektyw wymóg taki może być zrekonstruowany z treści art. 47 Karty Praw Podstawowych. Stanowi on, że każdy, czyje prawa i wolności zagwarantowane prawem Unii zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem.

Przepis ten ma istotne znaczenie w kontekście uprawnień procesowych wynikających z dyrektyw Unii Europejskiej. Obejmują one m.in. prawo dostępu do adwokata przed pierwszym przesłuchaniem w sprawie, prawo do informacji na temat przysługujących uprawnień procesowych, prawo do milczenia, prawo do nieobciążania się oraz prawo do tłumaczenia. Wszystkie one, na gruncie ustanawiających je dyrektyw albo na gruncie KPP, wymagają skutecznego środka naprawczego.

23

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/64/UE z dnia 20 października 2010 r. w sprawie prawa do tłumaczenia ustnego i pisemnego w postępowaniu karnym; Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/13/UE z dnia 22 maja 2012 r. w sprawie prawa do informacji w postępowaniu karnym; Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z dnia 22 października 2013 r. w sprawie prawa dostępu do prawników w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz o prawie do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności oraz do komunikowania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi podczas pozbawienia wolności; Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/343 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności oraz prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym; Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/800 z dnia 11 maja 2016 r. w sprawie gwarancji procesowych dla dzieci będących podejrzanymi lub oskarżonymi w postępowaniu karnym; Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1919 z dnia 26 października 2016 r. w sprawie pomocy prawnej dla podejrzanych i oskarżonych w postępowaniu karnym oraz dla osób, których dotyczy wnioski w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania.

Poza opisanymi wyżej zagadnieniami prawo Unii Europejskiej nie odnosi się szczegółowo do kwestii zasad dopuszczalności dowodów, co wydaje się istotnym błędem z punktu widzenia systemu opartego na wzajemnym zaufaniu państw członkowskich.

Efektom braku unijnego standardu minimalnego jest zróżnicowane podejście państw członkowskich do kwestii tego, czy uznawać określone dowody za niedopuszczalne, a jeśli tak, to w jaki sposób i na jakich warunkach. W rezultacie państwa członkowskie, na przykład Szwecja<sup>24</sup>, mogą w ogóle nie odnosić przepisów swoich procedur karnych do tego zagadnienia. Z drugiej strony mogą one, co jest przypadkiem Polski, zakładać odwróconą regułę dopuszczalności dowodów, niejako zmuszając organy wymiaru sprawiedliwości do przeprowadzania dowodów o wątpliwym charakterze. Wreszcie systemy krajowe mogą różnić się pod względem kryteriów stosowanych do oceny dopuszczalności dowodów.

## 4.3 PODSTAWOWE ELEMENTY SKUTECZNEGO ŚRODKA NAPRAWCZEGO

Prawo Unii Europejskiej nie definiuje tego, jaką formę na gruncie postępowania karnego powinien przybierać skuteczny środek naprawczy. Jest to prosta konsekwencja różnorodnego charakteru praw chronionych dyrektywą, a co za tym idzie – wielości ich potencjalnych naruszeń.

W zakresie kształtu środka naprawczego pewnych wskazówek interpretacyjnych możemy się jednak doszukiwać w treści preambuły do obu dyrektyw bezpośrednio odnoszących się do tego zagadnienia. Preambuła dyrektywy 2013/48/ stwierdza, że środek naprawczy powinien mieć charakter odpowiedni i skuteczny. Na nieco więcej elementów takiego środka wskazuje z kolei preambuła do dyrektywy w sprawie domniemania niewinności. Przewiduje ona, że w przypadku naruszenia prawa chronionego przepisami dyrektywy zastosowanie środka naprawczego powinno wywierać skutek polegający na postawieniu podejrzanych lub oskarżonych w takiej samej sytuacji, w jakiej znaleźliby się, gdyby dane naruszenie nie nastąpiło<sup>25</sup>.

Bogatszych wskazówek dostarcza orzecznictwo TSUE, z jednej strony wiążąc efektywny środek naprawczy z treścią art. 6 i 13 Konwencji, z drugiej identyfikując go jako narzędzie do ucieśnienia zasady efektywnej sądowej ochrony praw jednostki sformułowanej w prawie Unii Europejskiej<sup>26</sup>.

Z kolei odwołanie do orzecznictwa ETPC zapadłego na tle art. 13 pozwala na zidentyfikowanie podstawowych cech skutecznego środka ochrony prawnej na tle Konwencji. Z powodzeniem mogą one być subsydiarnie stosowane do znalezienia jądra efektywnego środka naprawczego gwarantowanego przepisami dyrektyw oraz art. 47 Karty Praw Podstawowych.

Wśród tych elementów wyliczyć można m.in.:

- dostępność środka dla jednostki poszukującej ochrony<sup>27</sup>;
- skuteczność środka, przez co rozumieć należy zdolność do zaradzenia sytuacji kwestionowanej przez jednostkę<sup>28</sup>, zarówno w warstwie prawnej, jak i faktycznej<sup>29</sup>;
- gwarancje rozpoznania bezzwłocznie kwestii podniesionej przez jednostkę<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> Christopher Wong, Overview of Swedish Criminal Procedure, dostępne na: [http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura\\_10/sp1\\_85/pdfs/24.pdf](http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/sp1_85/pdfs/24.pdf) (26.06.2021).

<sup>25</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/343 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności oraz prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym, motyw 44.

<sup>26</sup> Wyrok TSUE z 27 lutego 2018 r., sygn. 64/16, § 35, ECLI:EU:C:2018:117.

<sup>27</sup> Wyrok ETPC z dnia 11.06.2009 w sprawie *Petkov i inni przeciwko Bułgarii*, sygn. 77568/01, § 82.

<sup>28</sup> Wyrok ETPC z dnia 26.01.2001 r. w sprawie *Çelik i İmret przeciwko Turcji*, skarga nr. 44093/98, § 59.

<sup>29</sup> Wyrok ETPC z 27.06.2000 w sprawie *İlhan przeciwko Turcji*, skarga nr. 22277/93, § 97.

<sup>30</sup> Wyrok ETPC w sprawie *Kadiķis przeciwko Łotwie* (nr 2), skarga nr. 62393/00, § 62.

Cechy te, choć skonstruowane w sprawach nieodnoszących się do kwestii praw procesowych chronionych dyrektywami, z powodzeniem mogą być subsydiarnie zastosowane do określenia podstawowych elementów środka naprawczego na gruncie prawa UE.

Wydaje się, że próba jednolitego zadekretowania, jak środek taki winien funkcjonować w kontekście wszystkich naruszeń praw chronionych dyrektywami, jest niemożliwa. Nie da się bowiem w jednakowy sposób porównać naruszeń związanych z niepełnym pouczeniem o przysługującym podejrzanemu prawie z tymi odnoszącymi się do niezapewnienia mu obrońcy na etapie pierwszego przesłuchania. Wiele w tej mierze zależy również od samego charakteru naruszenia oraz tego, czy da się je konwalidować w toku postępowania, dopełniając brakujących elementów czynności lub decydując się na jej powtórzenie.

## 4.4 IMPLEMENTACJA POSTANOWIEŃ DYREKTYW DOTYCZĄCYCH ŚRODKA NAPRAWCZEGO

Jak już zostało wspomniane, dyrektywy w sprawie dostępu do adwokata oraz dyrektywa w sprawie domniemania niewinności zawierają przepisy obligujące Państwa Członkowskie do wprowadzenia do prawa krajowego efektywnego środka naprawczego w przypadku naruszenia praw gwarantowanych tymi dyrektywami (w tym prawa dostępu do adwokata na wszystkich szczeblach postępowania, prawa do komunikowania się z nim na osobności, prawa do milczenia i nieobciążania samego siebie, prawa do obecności w toku postępowania etc.).

Dyrektywy te nie zostały w pełni wdrożone do polskiego systemu prawnego, pomimo wniosków Rzecznika Praw Obywatelskich kierowanych do Ministerstwa Sprawiedliwości<sup>31</sup>. Rzecznik apelował m.in. o zagwarantowanie w polskim porządku prawnym, aby do ustalenia winy podejrzanego dochodziło w sposób „zgodny z prawem”<sup>32</sup>.

W ocenie RPO implikacją powyższej zasady jest, aby żadne dowody sprzeczne z prawem nie mogły być brane pod uwagę. W odpowiedzi na to wystąpienie Wiceminister Sprawiedliwości wskazał, że obowiązujące przepisy procedury karnej odpowiadają wymogom dyrektywy, a istniejące instrumenty są wystarczające do zagwarantowania praw obywateli chronionych dyrektywą. W związku z tym Ministerstwo Sprawiedliwości nie planuje podjęcia praw legislacyjnych w tym przedmiocie.

Nieco odmiennie wygląda sytuacja związana z implementacją dyrektywy o dostępie do adwokata. Dyrektywa ta teoretycznie została wdrożona do krajowego porządku prawnego ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw. Choć ustawa ta znacząco zmieniła zasady dostępu do pomocy prawnej z urzędu, nie modyfikowała ona jednak w żaden sposób przepisów postępowania dotyczących środków naprawczych przysługujących w sytuacji braku dostępu do pomocy obrońcy. Co więcej, również w pozostałym zakresie jakości implementacji dyrektywy do krajowego porządku prawnego również musi budzić uzasadnione wątpliwości.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Oświadczenie Rzecznika Praw Obywatelskich dotyczące implementacji dyrektywy o wzmocnieniu niektórych aspektów domniemania niewinności, dostępne: <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/nie-bedzie-zmian-polskiego-prawa-w-zwiazku-z-tzw-dyrektywa-niewinnosciowa-resort-sprawiedliwosci-odpowiedzial-RPO> (6.05.2021).

<sup>32</sup> Pismo Ministra Sprawiedliwości do Rzecznika Praw Obywatelskich w sprawie implementacji dyrektywy o wzmocnieniu niektórych aspektów domniemania niewinności, dostępne: [https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Odpowied%20MS%2018.10.2018\\_0.pdf](https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Odpowied%20MS%2018.10.2018_0.pdf) (6.05.2021).

<sup>33</sup> M. Kopczyński, K. Wiśniewska, *Jak informować w postępowaniu karnym. Polskie prawo i praktyka w prawie europejskim*, available: [https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/04/dyrektywa\\_ca%C5%82o%C5%9B%C4%871.pdf](https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/04/dyrektywa_ca%C5%82o%C5%9B%C4%871.pdf) (6.06.2021).

## 5.1 KONSTYTUCJA

Kwestia niedopuszczalności dowodów nie znajduje silnego zakorzenienia na gruncie polskiej Konstytucji. Odmienne niż w ustawach zasadniczych niektórych państw, Konstytucja RP nie zawiera odrębnego uregulowania dotyczącego reguł wyłączenia określonych dowodów.

Nie oznacza to jednak, że tematyka ta nie znajduje na gruncie Konstytucji jakiegokolwiek punktu odniesienia. Z całą pewnością, źródeł standardu w tej mierze można doszukiwać się w konstytucyjnej zasadzie legalizmu, jak i tych jej przepisów, które chronią określone prawa jednostek: wolność od tortur, prawo do obrony, prawo do prywatności, czy wreszcie prawo do rzetelnego procesu sądowego. Poza zakresem źródeł konstytucyjnego standardu nie powinien pozostać również art. 2 Konstytucji, który stanowi, że Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawa.

Z tego ostatniego przepisu w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wyinterpretowana została zasada zaufania obywateli do państwa. Gwarantuje ona, że prawo nie może stać się pułapką dla jednostek<sup>34</sup>. W innym orzeczeniu Trybunał Konstytucyjny wskazał, że prawo musi charakteryzować się określonymi cechami, tak by gwarantować bezpieczeństwo prawne jednostek. Dla zapewnienia tego bezpieczeństwa wymagane jest, aby jednostki miały pełną możliwość zaznajomienia się, z jednej strony, z przesłankami działania organów państwa, a z drugiej – z konsekwencjami swoich własnych działań. Zasada zaufania obywateli do państwa „[u]możliwia więc przewidywalność działań organów państwa, a także prognozowanie działań własnych”<sup>35</sup>.

Wreszcie, należy zwrócić uwagę na treść art. 45 Konstytucji, a więc przepis gwarantujący jednostkom prawo do rzetelnego postępowania sądowego. Trybunał Konstytucyjny identyfikuje, jako jeden z elementów tego prawa, prawo jednostki do przewidywania przebiegu postępowania sądowego w jej sprawie.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego wymaga ono nie tylko stworzenia stronom postępowania możliwości antycypowania tego, jak proces taki będzie wyglądał. Elementem tego prawa jest „zachowanie odpowiedniej spójności i logiki mechanizmów rządzących procesem.” Jak zauważa Trybunał, „[p]rzewidywalność w takim wymiarze odnosić należy do tego, aby istniały czytelne, z góry określone i mające zastosowanie w poszczególnych postępowaniach reguły ich prowadzenia od początku aż do ich zakończenia.”

Przykładając ten pogląd do kwestii dopuszczalności dowodów, możemy wskazać, że jednostka ma prawo oczekiwać, że system prawny będzie spójny, a jej prawa gwarantowane aktami prawnymi wyższego rzędu będą respektowane na gruncie procedury karnej, nawet w wypadku braku odpowiednich przepisów szczególnych.

W systemie, który dopuszcza opieranie rozstrzygnięć procesowych na dowodach uzyskanych z naruszeniem prawa, zdolność jednostki do przewidywania działań państwa podlega znacznemu ograniczeniu, jeśli wręcz nie zatraceniu. Jednostka zaskakiwana jest działaniami głęboko ingerującymi w jej prawa i wolności, nie jest więc w stanie w dłuższej perspektywie czasowej planować swych działań i przewidywać sposobu reakcji organów państwa na nie.

W perspektywie dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa kluczowe znaczenie ma również treść art. 7 Konstytucji, ustanawiający zasadę legalizmu działania organów władzy publicznej. Zgodnie z treścią tego przepisu, organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa.

Jak wskazuje doktryna, z przepisu tego wynika obowiązek określenia przez akty prawa powszechnie obowiązującego kompetencji do działania organu, zakaz domniemywania takich kompetencji oraz zakaz dowolnego, arbitralnego ich wykonywania<sup>36</sup>. W płaszczyźnie dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa za szczególnie istotny należy uznać pogląd W. Sokolewicza, który wiąże zasadę legalizmu z wszelkimi formami aktywności organów władzy publicznej, w tym ze sferami tworzenia prawa, stosowania prawa, jak również jego egzekwowania<sup>37</sup>. Pogląd ten, przełożony na grunt badanego problemu, oznacza wymóg ustanowienia

<sup>34</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7.0.2.2001 r., sygn. K 27/00, OTK 2001/2/29.

<sup>35</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 14.06.2000 r., sygn. P 3/00, OTK 2000/5/138.

<sup>36</sup> Tuleja Piotr (2016), Komentarz do art. 7 Konstytucji [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), Konstytucja RP, TOM I, Komentarz do art. 1-86, str. 305.

<sup>37</sup> Sokolewicz Wojciech (2007), Komentarz do art. 7 Konstytucji, [w:] L. Garlicki (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. V, s. 11.

po stronie państwa efektywnych mechanizmów zapewnienia obowiązywania zasady legalizmu w procesie stosowania prawa, w tym zbudowanie instytucji gwarantujących jego praktyczne przestrzeganie.

Wreszcie, na perspektywę dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa należy spojrzeć z punktu widzenia określonych praw i wolności gwarantowanych przepisami Konstytucji. Ich zapewnienie, podobnie jak przestrzeganie wiążącego Polskę prawa międzynarodowego, zostało uwidocznione pośród zasad ustrojowych Rzeczypospolitej Polskiej. Do najistotniejszych w tym kontekście praw i wolności zaliczyć należy:

- godność człowieka i szczególnie powiązaną z nią wolność od tortur, niehumanitarnego i poniżającego traktowania (art. 30 i 40 Konstytucji),
- prawo do obrony (art. 42 ust. 3),
- prawo do prywatności (art. 47),
- wolność komunikowania się (art. 49),
- prawo jednostki do nieujawniania informacji dotyczących jej osoby i żądania usunięcia informacji uzyskanych z naruszeniem prawa (art. 51).

Niemniej, należy podkreślić, że konstytucyjne gwarancje rzetelnego procesu sądowego uległy znacznemu osłabieniu w związku z kryzysem konstytucyjnym w Polsce, który rozpoczął się w 2015 roku. Działania rządzącej większości doprowadziły do pogorszenia pozycji Trybunału Konstytucyjnego, jedyne go organu ustanowiony w Konstytucji RP do przeprowadzania oceny zgodności ustaw z Konstytucją.

Wybierając trzech dodatkowych sędziów Trybunału Konstytucyjnego i wprowadzając rozwiązania ograniczające niezależność Trybunału Konstytucyjnego, większość rządząca osłabiła zdolność Trybunału do samodzielnej oceny zgodności z Konstytucją ustaw uchwalonych przez Sejm. Doprowadziło to do sytuacji, w których Rzecznik Praw Obywatelskich został zmuszony do cofnięcia własnych wniosków złożonych do Trybunału Konstytucyjnego. Część z nich dotyczyła problematyki postępowania karnego, a w szczególności dopuszczalności dowodów. Co więcej, działania większości rządzącej przeniosły ciężar stosowania przepisów krajowych zgodnie z Konstytucją i prawem międzynarodowym na sądy krajowe, a w szczególności na Sąd Najwyższy.

## 5.2 KONSTYTUCJA RZECZPOSPOLITEJ POLSKIEJ W ŚWIETLE ORZECZNICTWA SĄDÓW KRAJOWYCH DOTYCZĄCEGO ZAGADNIENIA DOPUSZCZALNOŚCI DOWODÓW

W praktyce działania organów władzy sądowniczej to właśnie przepisy Konstytucji używane były jako najmocniejsza podstawa do eliminacji z postępowania karnego dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa. Stosunkowo częstym polem do ich stosowania były sprawy, w których stosowano kontrolę operacyjną, obejmującą pozaprosesowe środki kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych oraz korespondencji pomiędzy jednostkami. Przykładem powołania się na Konstytucję jako podstawę do usunięcia określonego dowodu jest orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku<sup>38</sup>, który rozpatrzył sprawę dotyczącą zarzutu nielegalnego przerwania ciąży. W toku prowadzonego w tej sprawie postępowania organy procesowe, przesłuchując świadka (kobietę, która dokonała aborcji), wykorzystał nagranie uzyskane za pomocą tajnych metod śledczych zastosowanych w sprawie o przestępstwo nieujęte w wykazie przestępstw, które mogą być



ścigane przy użyciu takich metod. Wyniki postępowania uznano za niedopuszczalne, ponieważ zostało ono przeprowadzone w warunkach wyłączających wolność wypowiedzi. Z tym rozstrzygnięciem nie zgodził się oskarżyciel publiczny. Rozpoznając jego apelację, Sąd Apelacyjny wprost odwołał się do treści Konstytucji. Wskazał, że „wartości chronione przez art. 5 i art. 7 Konstytucji (ochrona wolności i praw człowieka i obywatela oraz zasada legalizmu), a w szczególności nałożone przez ustawę zasadniczą w art. 9 zobowiązanie, że Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego, czyni niedopuszczalnym wykorzystywanie przez organy państwowe – pod jakąkolwiek postacią oraz w jakiegokolwiek formie i celu – informacji o obywatelach, które są pozbawione atrybutu legalności. Gwarancją przestrzegania tych wartości jest zakaz wykorzystywania takiej wiedzy, nawet w sposób pośredni, do późniejszej procesowej jej legalizacji.”

Następną sprawą, w której sąd powołał się na standardy konstytucyjne, jest sprawa dotycząca inwigilacji posła i burmistrza jednego z miast przez Centralne Biuro Antykorupcyjne (dalej CBA). W toku postępowania odwoławczego działania służb zostały uznane przez Sąd Apelacyjny w Warszawie za bezprawne. W szczególności sąd uznał, że CBA nie miało podstaw do inwigilowania jednego z posłów. W orzeczeniu tym również wskazano, że Szef CBA nie wydał decyzji zezwalającej na dokonanie tzw. „kontrolowanej łapówki” wobec posła. Po trzecie, w kontekście oskarżonego burmistrza sąd wskazał, że Szef CBA nie miał podstaw do przeprowadzenia „kontrolowanej łapówki”, gdyż informacje wskazujące na takie zachowanie burmistrza nie zostały zweryfikowane. W uzasadnieniu sąd powołał się na zasadę demokratycznego państwa prawnego; nadto stwierdził, że „przeprowadzenie tajnej operacji bez przestrzegania podstawowych wymogów ustawowych jest czynem bezprawnym, który nie może wywołać żadnych skutków prawnych w sferze dowodowej.”<sup>39</sup>

Ponadto, omawiana sprawa została przedstawiona do oceny przez Sąd Najwyższy<sup>40</sup>, który również uznał, że materiał dowodowy zgromadzony przez CBA jest bezprawny. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy wskazał, że „nie jest możliwe zaakceptowanie sytuacji, w której funkcjonariusze demokratycznego państwa [...] mogliby gromadzić dowody wbrew obowiązującemu prawu, natomiast zgodnie z prawem, na podstawie właśnie tych dowodów, obywatele mieliby ponosić odpowiedzialność karną. Każde państwo odpowiada za bezprawną działalność swoich funkcjonariuszy służb specjalnych, a tej odpowiedzialności nie może wyłączać powoływanie się na interes społeczny w zwalczaniu przestępczości.”

## 5.3 POLSKIE POSTĘPOWANIE KARNE

Polskie postępowanie karne oparte do tej pory było na trzech ustawach karnoprocesowych (z 1928 r., 1969 r. i 1997 r.), modyfikowanych wielokrotnymi nowelizacjami. Do 2015 r. na gruncie polskiego postępowania karnego faktycznie nie funkcjonowały przepisy określające konsekwencje naruszenia prawa przy przeprowadzeniu dowodów.

Kodeksy postępowania karnego z 1928 r. i 1969 r. nie odnosiły się w ogóle do problematyki nielegalnie uzyskanego dowodu, albo odnosiły się do niej jedynie w sposób szczątkowy. W k.p.k. z 1928 r. problem ten nie był w ogóle poruszany. Nieco bardziej rozwinięty standard został przyjęty w k.p.k. z 1969 r. Kodeks ten zawierał odniesienia do kwestii uzyskania środków dowodowych z naruszeniem swobody wypowiedzi. Dodatkowo kodeks ten przewidywał obowiązek pouczenia uczestników postępowania o ciężących na nich obowiązkach i przysługujących im uprawnieniach, np. prawie do milczenia i prawie do obrońcy. Brak takiego pouczenia lub mylne pouczenie nie mogło wywoływać ujemnych skutków procesowych dla osoby, której dotyczyło.

### 5.3.1 KODEKS POSTĘPOWANIA KARNEGO Z 1997 R.

Kodeks postępowania karnego z 1997 nosi cechy postępowania inkwizycyjnego z elementami systemu kontradyktoryjnego. Wprowadzone w 2013 r. zmiany zmieniły relacje pomiędzy tymi dwoma systemami na rzecz postępowania kontradyktoryjnego. Od kwietnia 2016 r. ustawodawca powrócił do idei postępowania

<sup>39</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26.04.2013 r., sygn. II AKa 70/13, LEX nr 1322733.

<sup>40</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2014 r., sygn. II KK 265/13, OSNKW 2014/9/71.

w znacznej mierze o inkwizycyjnym charakterze. Jedną z dodatkowych cech charakterystycznych przyjętego wówczas modelu postępowania jest poszerzanie kompetencji prokuratury na etapie sądowym kosztem niezależności sądów.

Wśród celów postępowania kodeks postępowania karnego wymienia m.in. wykrycie sprawcy przestępstwa i pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej, jak również zagwarantowanie, żeby osoba niewinna nie poniosła tej odpowiedzialności.

Postępowanie jest przy tym oparte na zasadzie prawdy materialnej, co oznacza, że wszelkie rozstrzygnięcia powinny być oparte na prawdziwych ustaleniach faktycznych. W toku postępowania obowiązuje zasada domniemania niewinności, wymuszając spoczywanie ciężaru dowodzenia na oskarżycielu publicznym.

Co więcej, k.p.k. z 1997 r. opiera się na wyraźnym podziale na fazę postępowania przygotowawczego i postępowania sądowego. Postępowanie przygotowawcze, zależnie od wagi czynu, prowadzone jest przez policję (a niekiedy inne służby, np. Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego) lub prokuraturę. W wypadku prowadzenia postępowania przez służby rolą prokuratora jest nadzór nad takim postępowaniem. Dowody zbierane są z urzędu przez organ prowadzący postępowanie. Stronie przysługuje prawo inicjowania czynności śledztwa, w tym składanie wniosków dowodowych. Ostateczna decyzja leży jednak w kompetencji organu prowadzącego postępowanie.

Wreszcie, polska procedura karna opiera się na zasadzie swobodnej oceny dowodów. Oznacza to, że funkcjonariusze organów ścigania i sądy oceniają wszystkie dowody zebrane w sprawie. Ich ocena opiera się na wewnętrznym przekonaniu organu, ograniczonym dowodami ujawnionymi w trakcie postępowania, zasadami zdrowego rozumowania oraz wskazaniem wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego.

### 5.3.2 DOPUSZCZALNOŚĆ DOWODU

W toku postępowania przygotowawczego strony mają prawo wzięcia udziału w czynnościach niepowtarzalnych, a także tych podjętych z ich inicjatywy. Strona nie ma kompetencji do samodzielnego przeprowadzania dowodów. Może jednak samodzielnie zbierać informacje na temat potencjalnych dowodów i przedkładać je jako uzasadnienie swoich wniosków dowodowych. Niemniej, ostateczna decyzja o dopuszczeniu dowodu w postępowaniu przygotowawczym należy do kompetencji organu prowadzącego to postępowanie.

Faza sądowa rozpoczyna się od wniesienia aktu oskarżenia przez uprawniony do tego organ. Akt oskarżenia powinien zawierać uzasadnienie, określające kluczowe fakty i dowody. Co więcej, lista dowodów, które mają zostać przeprowadzone podczas rozprawy, powinna zostać załączona do aktu oskarżenia.

Każdy dowód wskazany w akcie oskarżenia lub proponowany przez inne strony postępowania powinien zostać wcześniej dopuszczony przez sąd; sąd może także przeprowadzać dowody z urzędu. Wniosek dowodowy powinien podawać oznaczenie dowodu oraz okoliczności, które miałyby być udowodnione; może jednocześnie określać sposób przeprowadzanie danego dowodu.

K.p.k. dopuszcza sytuację, w której wniosek dowodowy będzie miał na celu wykrycie innego materiału dowodowego lub ocenę dowodu już przeprowadzonego. Co ważne, orzeczenie sądu powinno opierać się wyłącznie na okolicznościach ujawnionych na rozprawie głównej. Nadto, to do przewodniczącego składu orzekającego należy ostateczna decyzja w zakresie wniosku dowodowego strony, chyba że został on zakwestionowany przez inną stronę – w takiej sytuacji sąd wydaje stosowne rozstrzygnięcie. To samo dotyczy sytuacji, gdy sąd uzna dowód za niedopuszczalny.

W każdym czasie stroną postępowania może złożyć wniosek o dopuszczenie dowodu, który został już odrzucony; nie jest on jednak rozpatrywany, jeżeli opiera się na tych samych podstawach faktycznych. Decyzja sądu o dopuszczeniu lub odrzuceniu dowodu może być zaskarżona tylko w toku postępowania odwoławczego. Wówczas strona postępowania musi udowodnić, że decyzja sądu o dopuszczeniu lub odmowie dopuszczenia dowodu miała wpływ na końcowy wyrok wydany w sprawie.

W toku postępowania dopuszczalne jest przeprowadzenie wszelkich czynności dowodowych – za wyjątkiem tych, których prawo wyraźnie zabrania. W stosunku do większości dowodów kodeks wprowadza jednak szczegółowe zasady ich przeprowadzenia, określając podmioty uprawnione do podjęcia danej czynności, jak i warunki jej przeprowadzenia.

Kodeks postępowania karnego z 1997 r. zawiera kilka przepisów dotyczących zagadnienia dopuszczalności dowodów. Wśród tych przepisów szczególną rolę odgrywają: art. 16 (opisujący problematykę skutków braku poinformowania osoby przesłuchiwanej o jej prawach i obowiązkach), art. 168a (obowiązek

dopuszczenia dowodu bezprawnie uzyskanego), art. 168b i 237a (zasady wykorzystania materiałów uzyskanych podczas specjalnych czynności śledczych), art. 170 (dopuszczalność przedstawiania dowodów) oraz art. 171 (wymóg zachowania swobody wypowiedzi osoby przesłuchiwanej).

Poza przepisami wskazanymi powyżej, w k.p.k. znajdują się także liczne uregulowania dotyczące zakazów dowodowych. Niektóre z nich mają charakter absolutny i mają zastosowanie we wszystkich okolicznościach, podczas gdy inne mają zastosowanie tylko w ściśle określonych przypadkach. Zakazy takie mogą dotyczyć zarówno pozyskiwania określonych faktów z określonych źródeł dowodowych, jak i zakazu ustalania konkretnych faktów<sup>41</sup>.

Kluczowe zmiany w zakresie dopuszczalności dowodów wprowadzone zostały w 2013 r. i obowiązywały od lipca 2015 r. do kwietnia 2016 r. Przegłosowana wówczas nowelizacja k.p.k. zasadniczo zmieniła ich treść, wprowadzając rozwiązania nieznanne dotąd porządkom prawnym państw Unii Europejskiej.

### 5.3.3 OCENA DOWODÓW UZYSKANYCH BEZPRAWNIE

Jak wcześniej wskazano, polski proces karny opiera się na zasadzie swobodnej oceny dowodów.

W orzecznictwie przyjmuje się, że ukształtowanie przekonania sądu o wiarygodności jednych dowodów i niewiarygodności innych dokonywane jest w zgodzie z zasadą swobodnej oceny dowodów, o ile poprzedza je ujawnienie, w toku rozprawy głównej, całokształtu okoliczności sprawy w sposób podyktowany obowiązkiem dochodzenia prawdy. Dodatkowo, przekonanie to stanowić musi wynik rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających na korzyść i niekorzyść oskarżonego. Wreszcie, rozumowanie sądu musi być wyczerpujące i logiczne.

Funkcjonowanie zasady swobodnej oceny dowodów oznacza, że ustawodawca nie wprowadził do polskiego postępowania karnego żadnych formalnych reguł dotyczących tego, jak oceniać konkretne dowody. Kodeks nie zawiera regulacji wartościujących poszczególne dowody poprzez przyznanie jednym silniejszej, a innym słabszej mocy dowodowej. Nie wymaga również zgromadzenia określonych dowodów dla podjęcia konkretnych decyzji procesowych.

Reguł takich nie znajdziemy zwłaszcza w kontekście dopuszczenia dowodów, które – z jednej strony – wymykają się funkcjonującym w k.p.k. zakazom dowodowym, a z drugiej stanowią głęboką i bezprawną ingerencję w prawa i wolności jednostki, chronione konstytucyjnie i konwencyjnie. Dopuszczenie takiego dowodu do postępowania i ujawnienie go w toku rozprawy głównej de facto powoduje nakaz dokonania jego oceny i odniesienia się do niego w uzasadnieniu orzeczenia. K.p.k. nie zawiera jednak przepisów ustanawiających konkretne, jedyne i decydujące zasady lub wytyczne wymagające potwierdzenia takiego dowodu lub oceny go z określonej perspektywy (np. z punktu widzenia jego wpływu na prawo jednostek do rzetelnego procesu sądowego). Niekiedy ocena ta będzie uwzględniała konstytucyjne i konwencyjne tło pozyskania dowodu, prowadząc do jego procesowej dyskwalifikacji. Nie zawsze jednak będzie to gwarantowane.

### 5.3.4 SKUTECZNY ŚRODEK W KONTEKŚCIE ZAGADNIENIA DOPUSZCZALNOŚCI DOWODU

Poza możliwością podniesienia takiego zarzutu w apelacji, Kodeks postępowania karnego nie zawiera zbyt wielu narzędzi, którymi strony procesowe mogłyby bronić się przed dopuszczeniem do postępowania dowodów o wątpliwym charakterze, np. pozyskanych w sposób sprzeczny z prawem. W szczególności w postępowaniu karnym nie funkcjonuje, zarówno na etapie przygotowawczym jak i sądowym, incydentalne postępowanie pozwalające stronie odwołać się od niekorzystnej dla niej decyzji organu procesowego o dopuszczeniu dowodu do prokuratora nadrzędnego (w toku postępowania przygotowawczego) lub sądu II instancji.

W rezultacie kwestia niedopuszczalnych dowodów może być podnoszona jedynie w apelacji wniesionej przez strony – w takiej sytuacji wnioskodawca musi jednak wykazać, że uwzględnienie niedopuszczalnych dowodów wpłynęło na ostateczny wynik postępowania. Nie dotyczy to bezwzględnych podstaw odwoławczych, w tym sytuacji, w których rozpoznanie sprawy odbyło się pod nieobecność oskarżonego, którego obecność była obowiązkowa lub sytuacji, w której oskarżony, który był zobowiązany do posiadania przedstawiciela, nie miał obrońcy w postępowaniu sądowym lub obrońca nie brał udziału w czynnościach, w których jego udział był obowiązkowy.

<sup>41</sup> Przykłady zakazów dowodowych zostały wskazane w rozdziale 5.3.5.

W praktyce wykazanie wpływu niedopuszczalnego dowodu na ostateczny wynik postępowania może okazać się niezwykle trudne – w szczególności w przypadkach, gdzie wątpliwe dowody poparte zostały innymi dowodami, które nie budzą wątpliwości prawnych. To samo dotyczy dowodów uzyskanych niezgodnie z prawem w postępowaniu przygotowawczym, m.in. pod nieobecność obrońcy. Jak wynika z orzecznictwa, nieobecność obrońcy w postępowaniu przygotowawczym może zostać sanowana na późniejszym etapie postępowania karnego.

Konkludując, możliwość zakwestionowania w toku postępowania naruszenia gwarancji procesowych, takich jak m.in. prawo dostępu do obrońcy w toku postępowania odwoławczego, należy uznać za stosunkowo ograniczoną.

### 5.3.5 REGUŁY DOPUSZCZALNOŚCI DOWODU NA GRUNCIE KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO

Na gruncie przepisów Kodeksu postępowania karnego funkcjonuje jednolity zestaw reguł dopuszczalności dowodu w odniesieniu do postępowania przygotowawczego i postępowania sądowego. Na etapie postępowania przygotowawczego rozstrzygnięcie w zakresie dopuszczalności dowodu w dużej mierze pozostaje w gestii organu prowadzącego postępowanie. Organ ten jest odpowiedzialny zarówno za dopuszczenie, jak i przeprowadzenie dowodu. Tylko w określonych sytuacjach k.p.k. zastrzega tę kompetencję sądowi, np. w przypadku przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego przestępstwem seksualnym. Na etapie postępowania sądowego w gestii sądu pozostają ogólne uprawnienia dotyczące dopuszczenia i przeprowadzenia konkretnych dowodów.

#### ART. 168A KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO

Art. 168a k.p.k., wprowadzony do polskiego kodeksu w ramach nowelizacji przepisów postępowania karnego dokonanej w lipcu 2013 r., wszedł w życie 1 lipca 2015 r.

Pierwotne brzmienie tego przepisu wskazywało, że niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego. Art. 1 § 1 Kodeksu karnego określa podstawowe zasady odpowiedzialności karnej – zgodnie z tym przepisem odpowiedzialności karnej może podlegać tylko ten, kto dopuszcza się czynu zabronionego pod groźbą kary w ustawie obowiązującej w chwili jego popełnienia.

Przepis art. 168a k.p.k. uzasadniany był jako dopełnienie reformy postępowania zakładającej zwiększenie kontrydiktoryjności i inicjatywy dowodowej stron w toku postępowania sądowego, w tym możliwości przedkładania przez strony tzw. dowodów prywatnych, a więc np. dowodów rzeczowych uzyskanych samodzielnie przez stronę. Miał więc on z góry postawić tamę pozyskiwaniu dowodów przez strony w sposób nielegalny, poprzez naruszenie tajemnicy komunikacji osób trzecich lub ich miru domowego.

Z drugiej strony projektodawcy wskazywali, że wprowadzenie takiej regulacji zakreśli granicę dowodów prezentowanych przez oskarżyciela publicznego, ograniczając wykorzystywanie w toku postępowania dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego. Wskazano, że problematyka ta, przed wprowadzeniem stosownych rozwiązań ustawowych, budziła poważne wątpliwości w doktrynie i literaturze.

Żywoł art. 168a k.p.k. w pierwotnym brzmieniu nie był jednak długi. Po zaledwie kilku miesiącach jego obowiązywania, uchwalona w 2016 r. nowelizacja k.p.k. znacząco odmieniła jego treść, powołując do życia przepis, który od samego początku był nazywany odwróconym zakazem dowodowym. Zgodnie z jego treścią dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego, chyba że dowód został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności.

W trakcie procesu legislacyjnego Ministerstwo Sprawiedliwości z góry odrzucało zarzuty adresowane względem tego przepisu. Argumentowało, że jedynie doprecyzowuje on wcześniej istniejącą regulację, eliminując sytuację, w której Kodeks w poprzednim brzmieniu nie określał zakresu czynów, którego popełnienie skutkowało powstaniem zakazu dowodowego. Przyjmowało, że taka regulacja nie będzie zachęcała organów państwa do zdobywania dowodów za wszelką cenę.

W toku procesu legislacyjnego zwracano również uwagę na zakres przyjętego w treści art. 168a k.p.k. wyjątku od ogólnej zasady dopuszczalności dowodów. Wyjątek ten dotyczyć miał jedynie sytuacji, w których funkcjonariusz publiczny dopuścił się zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu

lub pozbawienia wolności. Takie rozumienie tego przepisu przez projektodawców znacznie ograniczało zakres niedopuszczalnych dowodów, pozostawiając poza nim m.in. sytuacje, w których funkcjonariusz publiczny dopuściłby się np. groźby bezprawnej. W oczywisty sposób pozostawało to w sprzeczności z zakazem tortur oraz niehumanitarnego i poniżającego traktowania wynikającym z Konstytucji RP oraz wiążących Polskę przepisów prawa międzynarodowego.

Na wątpliwości wokół konstytucyjności art. 168a k.p.k. zwrócił również uwagę Rzecznik Praw Obywatelskich<sup>42</sup>. W swoim wniosku do Trybunału Konstytucyjnego RPO argumentował, że narusza on podstawowe zasady ustrojowe (zasadę legalizmu, demokratycznego państwa prawnego, zasadę proporcjonalności w ograniczeniu praw i wolności człowieka), a także określone prawa i wolności chronione konstytucyjnie, w tym zakaz tortur czy prawo do rzetelnego procesu sądowego. Wniosek RPO został jednak wycofany z Trybunału wobec wyznaczenia do jego składu osób powołanych z naruszeniem prawa<sup>43</sup>.

Rozumienie treści art. 168a k.p.k. było następnie przedmiotem ożywionej dyskusji w literaturze prawniczej i orzecznictwie. W jednym z orzeczeń Sąd Apelacyjny we Wrocławiu<sup>44</sup> stanął na stanowisku nakazującym uwzględniać konstytucyjny i konwencyjny kontekst przy interpretacji art. 168a k.p.k. Posiłkując się literalną wykładnią (opartą na twórczej interpretacji przecinka użytego w tym przepisie) Sąd Apelacyjny doszedł do wniosku, że art. 168a k.p.k. nie zawiera nakazu przeprowadzenia dowodu uzyskanego sprzecznie z prawem, lecz zakaz dowodowy obejmujący następujące grupy dowodów:

- 1 uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych;
- 2 uzyskanych za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k. w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych;
- 3 uzyskanych za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k. i z naruszeniem przepisów postępowania w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych;
- 4 uzyskanych za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k., w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności.

W innym orzeczeniu, posiłkując się zawartym w art. 168a k.p.k. słowem „wyłącznie”, inny skład Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu<sup>45</sup> wskazał, że dowód może zostać uznany za niedopuszczalny, jeżeli został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego przy jednoczesnym naruszeniu przepisów Konstytucji RP (np. art. 30, 47, 49 czy 51).

Jeszcze inaczej do tego zagadnienia podszedł Sąd Najwyższy<sup>46</sup>, akcentując kwestię wpływu danego dowodu na ogólną rzetelność postępowania. Jego zdaniem, art. 168a k.p.k. nie może stanowić podstawy prawnej przeprowadzenia dowodu uzyskanego z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, jeżeli przeprowadzenie takiego dowodu czyniłoby proces nierzetelnym w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Jak widać, w toku stosowania art. 168a k.p.k. poza wersją proponowaną przez ustawodawcę ujawniły się co najmniej trzy inne, nie wykluczające się wzajemnie, drogi interpretacji tego przepisu. Co jednak istotne, żaden z zaproponowanych sposobów rozumienia tego przepisu nie ma charakteru obowiązującego. Oddziałuje jedynie siłą przyjętych w nim argumentów, i autorytetu dokonujących jego interpretacji sądów. Fakt ten bezpośrednio oddziałuje na sytuację prawną jednostki, która ryzykuje, że organy procesowe przyjmą w prowadzonym przeciwko niej postępowaniu wykładnię art. 168a k.p.k. zaprezentowaną przez ustawodawcę.

To ryzyko jest widoczne przy analizie orzeczeń dotyczących stosowania tego przepisu. Można zaobserwować, że nie zawsze interpretowany jest on z pełnym odniesieniem do konstytucyjnego i międzynarodowego tła. Niekiedy służy sądom stosującym prawo jako wygodny argument do zbiażenia zastrzeżeń stron procesowych dotyczących dopuszczalności dowodów wprowadzonych do procesu.

<sup>42</sup> Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego, dostępny na: <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wniosek%20do%20TK%20owoce%20zatrutego%20drzewa%20art%20art.%20168a%20K.P.K.%206.05.2016.pdf> (26.06.2021).

<sup>43</sup> Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego, dostępny na: <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wycofanie%20wniosku%20RPO%20do%20Trybuna%C5%82u%20Konstytucyjnego.pdf> (26.06.2021).

<sup>44</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 22.11.2017 r., II AKa 224/17, LEX nr 2464913.

<sup>45</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27.04.2017, II AKa 213/16, LEX nr 2292416.

<sup>46</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z 22.06.2019, IV KK 328/18, OSNKW 2019, nr 8, poz. 46.

Przykładowo, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach<sup>47</sup>, rozpatrując hipotetycznie konsekwencje procesowe naruszenia przepisów postępowania karnego dla celów wykorzystania dowodów zgromadzonych w toku postępowania podatkowego, orzekł, że takie naruszenia nie mają znaczenia, powołując się na art. 168a k.p.k.

Z kolei na gruncie Kodeksu postępowania karnego warto przywołać orzeczenie Sądu Rejonowego w Legionowie<sup>48</sup>, w których powołał się on na treść art. 168a k.p.k., uznając, że stwierdzone przez niego naruszenie przepisów postępowania, w myśl tego przepisu, nie może skutkować wyłączeniem dowodu jako nie mieszczące się w żadnej z opisanych w nim sytuacji wyjątkowych.

Należy przy tym zastanowić się, czy obecny kształt art. 168a, 168b i 237a k.p.k. stoi na przeszkodzie realizacji wymogów dyrektyw odnoszących się do zapewnienia jednostce efektywnego środka naprawczego w przypadku naruszenia jej uprawnień gwarantowanych dyrektywami: prawa dostępu do adwokata przed pierwszym przesłuchaniem, prawa do informacji, prawa do nieskładania wyjaśnień, prawa do nieobciążania samego siebie oraz prawa do tego, aby przełamanie domniemania niewinności wobec jednostki zapadło w sposób zgodny z prawem.

Na pierwszy rzut oka art. 168a k.p.k. obliguje organy procesowe do wykorzystywania w toku postępowania dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania. I choć w literaturze oraz judykaturze pojawiają się liczne głosy nakazujące jego prokonstytucyjną i prokonwencyjną wykładnię, nie można obecnie zagwarantować, że wykładnia ta znajdzie uznanie na każdym etapie postępowania i przed każdym organem procesowym.

Konsekwencją norm wyinterpretowanych z tego przepisu może więc być praktyka wykorzystywania dowodów uzyskanych z naruszeniem gwarancji wynikających z dyrektyw. Najsilniej narażona na to ryzyko jest faza postępowania przygotowawczego, w której kontrola sądowa ograniczona jest do minimum.

Na tym etapie postępowania art. 168a k.p.k. interpretowany w zgodzie z intencjami ustawodawcy posłużyć może jako furtka do wprowadzania do postępowania dowodów o wątpliwym charakterze, zarówno pod kątem prawa krajowego, jak i gwarancji płynących z postanowień dyrektyw czy standardów ETPC. Podobne ryzyko odczytywać można w kontekście regulacji art. 168b i 237a k.p.k..

Materiał dowodowy włączony na ich podstawie do postępowania może stać się podstawą do bezpośredniej ingerencji w prawa jednostki, chociażby poprzez uprawdopodobnienie popełnienia przez nią czynu zabronionego, a przez to postawienie jej zarzutów, doprowadzenie, czy stosowanie wobec niej niez izolacyjnych środków zapobiegawczych. Wszystkie te elementy faktycznie pozbawione są bowiem sądowej kontroli. Jednocześnie nie można wykluczyć, że zdarzą się sytuacje, w których, mimo konstytucyjnych i konwencyjnych wątpliwości, sądy zlekceważą zastrzeżenia adresowane pod kątem tych przepisów i dopuszczają na ich podstawie określone dowody o kwestionowanym charakterze lub w całości zaakceptują ustalenia organów ścigania wydając wyrok nakazowy lub dopuszczając do dobrowolnego poddania się karze.

Poza kwestią przełamania domniemania niewinności zgodnie z prawem, problem ze stosowaniem art. 168a k.p.k. najmocniej dotyczył będzie dowodu z wyjaśnień podejrzanego uzyskanych z naruszeniem prawa dostępu do pomocy obrońcy przed pierwszym przesłuchaniem. Wobec istnienia samodzielnych regulacji art. 16 k.p.k. (brak ujemnych konsekwencji nie pouczenia lub błędnego pouczenia) oraz art. 171 k.p.k. (zakaz dowodowy dotyczący braku swobody wypowiedzi), w ograniczonym zakresie problematyka ta będzie miała znaczenie dla innych uprawnień podejrzanych wynikających z dyrektyw.

Jest to tym istotniejsze, że w polskiej procedurze karnej brak jest przepisu wprowadzającego zakaz dowodowy wykorzystywania wyjaśnień uzyskanych bez obecności adwokata lub obrońcy. To, w połączeniu z brakiem efektywnego systemu zapewniania podejrzanym obrońcy na etapie pierwszego przesłuchania, powoduje znaczną liczbę postępowań, w których podejrzani składają wyjaśnienia bez kontaktu z obrońcą, nawet w tych sprawach, w których udział obrońcy ma charakter obligatoryjny. Krajowe rozwiązania mogą budzić także wątpliwości z punktu widzenia konstrukcji instytucji zrzeczenia się uprawnień do pomocy obrońcy. W obecnym kształcie sprowadza się ona do zaznaczenia stosownego pola w protokole zatrzymania i nie gwarantuje, że zrzeczenie to będzie miało charakter wyraźny i świadomy.

Na marginesie głównych rozważań można mieć uzasadnione wątpliwości, czy sytuacja ta pozostaje w zgodzie ze standardem ustanowionym przez ETPC w sprawie *Salduz p. Turcji*, a następnie w generalnej mierze podtrzymywanym w sprawach *Ibrahim p. Zjednoczonemu Królestwu, czy Simeonovi p. Bułgarii*. Jak już wcześniej wspomniano, sądy krajowe wskazują, że z wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie można wywnioskować, że intencją ETPC było nałożenie ogólnego wymogu zapewnienia obecności

<sup>47</sup> Wyrok Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 26.11.2020 r., sygn. III SA/Gl 177/20, LEX nr 3098074.

<sup>48</sup> Wyrok Sądu Rejonowego w Legionowie z dnia 8 marca 2019 r., sygn. II K 494/18, LEX nr: 2667457.

obrońcy przy pierwszym przesłuchaniu wszystkich podejrzanych, czy też uniemożliwienie wykorzystywania ich zeznań podczas procesu w inny sposób<sup>49</sup>. Sąd Najwyższy orzekł m.in., że brak obrońcy podczas pierwszego przesłuchania podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym nie stanowi sam w sobie przeszkody w wykorzystaniu zeznań podejrzanego złożonych w takich warunkach, o ile nie zachodzi przypuszczenie, że podejrzany może być w pewien sposób pokrzywdzony, np. z uwagi na jego wiek czy bezradność wywołaną czynnikami społecznymi lub stanem zdrowia (w tym uzależnieniem od narkotyków lub alkoholu).

Niemniej, taki standard nie jest jednakowo stosowany przez sądy, które precyzują kolejne wyjątki od ogólnej zasady, że obrońca musi być obecny przy pierwszym przesłuchaniu podejrzanego – w praktyce skutkuje to ograniczeniem praw wynikających z dyrektywy do minimum.

W postanowieniu z 27 czerwca 2017 r. Sąd Najwyższy<sup>50</sup> podkreślił, że brak obrońcy w wypadkach okoliczności utrudniających obronę podczas pierwszego przesłuchania podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym nie może stanowić przeszkody do wykorzystania na rozprawie złożonych w takich warunkach wyjaśnień, o ile nie wystąpiły inne okoliczności wyłączające swobodę wypowiedzi, czy obiektywne istniejąca podatność podejrzanego na pokrzywdzenie. Przyjął przy tym, że okolicznością tego rodzaju nie jest ograniczona intelektualna sprawność podsądnego, o ile o jego zdolności do udziału w postępowaniu orzekł biegły psychiatra, a zarzucany podejrzanemu czyn ma nieskomplikowany charakter, zrozumiały dla przeciętne człowieka, także z niskim intelektem.

W innym z orzeczeń, odnoszącym się do zbrodni podwójnego zabójstwa, o którego popełnienie podejrzany był mężczyzna z niepełnosprawnością intelektualną w stopniu lekkim, Sąd Najwyższy ograniczył się do sformułowania postulatów wskazujących na konieczność zachowania szczególnego, podwyższonego standardu oceny dowodu z wyjaśnień podejrzanego, stanowiących podstawę przyjęcia jego sprawstwa. Zdaniem SN, powinno mieć to miejsce zwłaszcza wtedy, gdy zarzucanym przestępstwem jest zbrodnia zabójstwa i brak jest innych dowodów wskazujących bezpośrednio na sprawstwo podejrzanego, który dodatkowo wykazuje cechy niepełnosprawności intelektualnej (choćby miała charakter nieznaczny), zaś w czynnościach procesowych przeprowadzanych w postępowaniu przygotowawczym nie brał udziału obrońca. Podkreślił przy tym, że „choć obowiązujący Kodeks postępowania karnego nie wyklucza możliwości dokonywania ustaleń faktycznych w oparciu o wyjaśnienia zawierające samooskarżenie złożone w wyżej opisanych warunkach, mogą wówczas powstać wątpliwości co do dochowania standardów wynikających z zasady *nemo se ipsum accusare tenetur*, które powinny być szczegółowo rozważone przez sąd. Generalne kwestionowanie możliwości dokonywania takich ustaleń pozostaje w sferze – być może wartych rozważenia – postulatów *de lege ferenda*.”<sup>51</sup>

Należy przyjąć, że wprowadzenie do art. 168a k.p.k. sytuację tę pogorszyło, dając kolejny argument za sanowaniem naruszeń proceduralnych gwarantowanych przepisami dyrektywami, w tym przede wszystkim dopuszczaniem do postępowania dowodu z wyjaśnień podejrzanego uzyskanych bez dostępu do pomocy obrońcy.

Efektom tego stanu rzeczy jest generalny brak na gruncie polskiego postępowania karnego efektywnego środka naprawczego dla przypadków naruszenia prawa podejrzanych do pomocy obrońcy przed pierwszym przesłuchaniem w sprawie. *De lege ferenda*, należałoby rozważyć wprowadzenie obowiązku rejestrowania przebiegu takich przesłuchań za pomocą urządzeń rejestrujących dźwięk i obraz. Zmiany w tym zakresie powinny objąć również sposób dokonywania pouczeń w toku postępowania karnego (na rzecz bardziej efektywnych form pouczenia), jak również usprawnienie procedury zrzeczenia się prawa do kontaktu z obrońcą.

Wreszcie, poważnej przebudowy wymaga system ustanawiania obrońców dla podejrzanych, w tym poprzez ograniczenie liczby podmiotów biorących w nim udział, skrócenie do minimum należytego czasu, jak i wprowadzenie mechanizmów niezwłocznego informowania poszczególnych obrońców o wyznaczeniu do pełnienia obowiązków. Rozwiązaniom takim powinien towarzyszyć zakaz procesowego wykorzystania w toku postępowania wyjaśnień podejrzanego złożonych bez obecności adwokata, które nie byłyby rejestrowane.

## ART. 170 KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO

Jednym z kluczowych przepisów w opisanu problematyki niedopuszczalności dowodu jest art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k., normujący kwestię oddalenia wniosku dowodowego. Zgodnie z jego treścią oddala się wniosek dowodowy, jeżeli przeprowadzenie dowodu jest niedopuszczalne.

49 Wyrok Sądu Najwyższego z 5.04.2013 r., sygn. III KK 327/12, OSNKW 2013, nr 7, poz. 60.

50 Wyrok Sądu Najwyższego z 23.06.2016, sygn. II KK 82/17, LEX nr 2338030.

51 Wyrok Sądu Najwyższego z 23.06.2016, sygn. II KK 39/16, LEX nr 2080524.

W immanentny sposób wiąże to regulację art. 170 § 1 pkt 1 z instytucją zakazów dowodowych, a więc przepisów wyłączających możliwość przeprowadzenia dowodu w określony sposób, pozyskaniu środka dowodowego z określonych źródeł dowodowych lub przeprowadzenia go na okoliczność określonych faktów. Zakazy te mają niekiedy względny charakter i mogą być uchylone decyzją sądu, a niekiedy nawet prokuratora.

Treść art. 170 k.p.k. odnosi się przy tym do dowodów pierwotnie nielegalnych, a więc tych dowodów, które wprost zostały uzyskane z naruszeniem zakazów dowodowych. Kodeks w żadnym przepisie nie odnosi się jednak do kwestii dowodów pośrednio nielegalnych, a więc uzyskanych dzięki informacjom płynącym z dowodów pierwotnie nielegalnych. W efekcie możliwe jest np. wykorzystanie w celu ustalenia nowych dowodów informacji uzyskanych z przesłuchania świadka, który następnie stał się osobą podejrzaną.

Co więcej, w przeszłości Sąd Najwyższy<sup>52</sup> zwracał przy tym uwagę na brak możliwości rozszerzającej interpretacji przyczyn oddalenia wniosku dowodowego wskazanych w art. 170 § 1 k.p.k. Argumentował przy tym, że takie działanie ograniczałoby prawo stron do wpływania na rodzaj materiału dowodowego i ograniczało zastosowanie zasady prawdy materialnej. Jeszcze dalej Sąd Najwyższy poszedł w orzeczeniu z 30 marca 2012 r.<sup>53</sup>, wskazując, że zakaz prowadzenia postępowania dowodowego musi wynikać z określonych przepisów.

Wśród zakazów dowodowych wymienionych w przepisach Kodeksu wliczyć można m.in.:

- zakaz wykorzystywania wyjaśnień, zeznań i innych oświadczeń złożonych w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi (art. 171 § 7 k.p.k.);
- zakaz wykorzystywania wyjaśnienia, zeznań i innych oświadczeń złożonych przy zastosowaniu hipnozy, środków chemicznych lub technicznych wpływających na procesy psychiczne przesłuchiwanej osoby albo mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji jej organizmu w związku z przesłuchaniem (art. 171 § 5 k.p.k.);
- zakaz zastępowania dowodu z wyjaśnień oskarżonego lub zeznań świadka treścią pism, zapisków notatek służbowych (art. 174 k.p.k.);
- zakaz przesłuchiwania jako świadka obrońcy lub adwokata, co do faktów, o których dowiedział się udzielając porady prawnej, a także dokumentów z tym związanych (art. 178 k.p.k.);
- zakaz przesłuchiwania duchownego, co do faktów, których dowiedział się przy spowiedzi (art. 178 k.p.k.);
- zakaz przesłuchiwania mediatora co do faktów, o których dowiedział się od oskarżonego lub pokrzywdzonego prowadząc postępowanie mediacyjne, z wyłączeniem informacji o przestępstwach, co do których istnieje prawny obowiązek powiadomienia organów ścigania (art. 178a k.p.k.);
- zakaz lekarza udzielającego pomocy medycznej, co do złożonych wobec niego oświadczeń oskarżonego dotyczących zarzucanego podejrzanemu czynu (art. 199a k.p.k.);
- zakaz przesłuchania biegłego, co do złożonych wobec niego oświadczeń oskarżonego dotyczących zarzucanego mu czynu (za wyjątkiem biegłego badającego nieświadome reakcje organizmu oskarżonego) (art. 199 k.p.k. w zw. z art. 199a k.p.k.);

Obok zakazów bezwzględnych, funkcjonują liczne zakazy dowodowe o charakterze warunkowym, w tym m.in.:

- zakaz przesłuchiwania osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy państwowej lub wykorzystania dokumentów zawierających taką tajemnicę, chyba że dojdzie do zwolnienia z takiej tajemnicy (art. 179 k.p.k. w zw. z art. 226 k.p.k.);

<sup>52</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 5.03.1979, sygn. II KR 30/79, LEX nr. 171274.

<sup>53</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 30.03.2012, sygn. SNO 9/12, LEX nr. 1215797.



- zakaz przesłuchiwania osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy służbowej lub zawodowej co do okoliczności objętych tajemnicą, a także wykorzystywania dokumentów objętych taką tajemnicą, chyba że dojdzie do zwolnienia z takiej tajemnicy (art. 180 k.p.k. w zw. z art. 226 k.p.k.);
- zakaz przesłuchania osób, które skorzystały z prawa do odmowy zeznań, odmowy odpowiedzi na pytanie albo zostały zwolnione z obowiązku zeznawania (art. 182, 183, 185 i 186 k.p.k.).

Przedstawione wyżej wyliczenie sprowadza się do przedstawienia najważniejszych reguł dopuszczalności dowodów, zarysowanych w sposób negatywny. Obok nich można byłoby z powodzeniem wskazać kilka innych zakazów dowodowych wywodzonych z przepisów kodeksu lub innych ustaw. Należą do nich m.in. zakaz dowodzenia bezzasadności lub nietrafności prawomocnego wyroku skazującego, zakaz dowodzenia istnienia innego prawa lub stosunku prawnego niż prawomocnie ustalone rozstrzygnięciem sądu, zakaz dowodzenia przebiegu narady nad orzeczeniem sądu, czy zakaz dowodzenia na okoliczności pozwalające na ustalenie nowych personaliów świadka koronnego.

Obok zakazów dowodowych w orzecznictwie sądów wyinterpretowany został zakaz wykorzystywania rezultatów czynności operacyjno-rozpoznawczych przeprowadzonych z naruszeniem prawa. W jednym z orzeczeń dotyczących wręczenia korzyści majątkowej bez weryfikacji uzyskanych informacji o popełnieniu przestępstwa Sąd Najwyższy przyjął<sup>54</sup>, że na przeszkodzie dyskwalifikacji dowodów uzyskanych w ich następstwie nie musi stać to, że ani Kodeks postępowania karnego ani inne ustawy nie przewidują dyskwalifikacji procesowej takich dowodów. Jego zdaniem „[u]stawodawca nie zakłada przecież niezgodnego z prawem działania swoich funkcjonariuszy i nie musi na taki wypadek określać skutków takich zachowań w dziedzinie prawa dowodowego”<sup>55</sup>. W ocenie Sądu Najwyższego skutki takie należy oceniać w perspektywie całego systemu prawnego, uwzględniając przepisy Konstytucji oraz orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Takie rozwiązanie częściowo otworzyło drogę do poszukiwania większej liczby zakazów dowodowych niż tylko te wskazane w k.p.k.

W podobnej sprawie Sąd Apelacyjny w Warszawie wskazał zaś, że „[w] demokratycznym państwie prawnym przeprowadzenie prowokacji operacyjnej bez dochowania podstawowych wymogów ustawowych jest bezprawnym, nielegalnym działaniem nie mogącym wywoływać żadnych skutków prawnych w sferze dowodowej”<sup>56</sup>. Dalej stwierdził, że demokratyczne państwo ze swej istoty wyklucza bowiem testowanie uczciwości obywateli, czy dokonywanie wyrywkowej, „na chybił trafił” kontroli tej uczciwości przy użyciu w tym celu tajnych i podstępnych metod. Postępowanie takie jest bowiem, w ocenie SA, cechą i praktyką państwa totalitarnego.

## ARTYKUŁ 171 KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO

W kontekście dowodów osobowych istotne znaczenie ma również art. 171 k.p.k. Przepis ten określa zasady przeprowadzania przesłuchania. Zakazuje zadawania pytań sugerujących, wpływania na wypowiedzi osoby przesłuchiwanej za pomocą przymusu lub groźby bezprawnej, jak również stosowania hipnozy, środków chemicznych lub technicznych wpływających na procesy psychiczne osoby przesłuchiwanej albo mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji jej organizmu. W myśl tego przepisu, złożone w takich warunkach lub innych warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi wyjaśnienia nie mogą stanowić dowodu.

Za stan wyłączający swobodę wypowiedzi w orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się sytuacje, w których „osoba składająca oświadczenie ma zupełnie lub w tak znacznym stopniu sparaliżowaną wolę, że nie może powiedzieć tego, co by chciała, w związku z przedmiotem dokonywanej czynności procesowej”<sup>57</sup>. W rezultacie za wyłączające swobodę wypowiedzi uznawano m.in. wielokrotne przesłuchiwanie tej samej osoby na te same okoliczności (o ile nie towarzyszyło im ujawnienie nowych okoliczności)<sup>58</sup>, wielogodzinne przesłuchiwanie podejrzanego mimo jego zgłoszeń o zmęczeniu, czy sytuacja podania alkoholu osobie przesłuchiwanej i przesłuchiwanie jej w stanie nietrzeźwości<sup>59</sup>, ale już nie sytuację przesłuchiwania osoby, która samodzielnie wprawiła się w stan nietrzeźwości<sup>60</sup>. Za wyłączającą swobodę

<sup>54</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 30.11.2010 r., sygn. III KK 152/10, OSNKW 2011, nr. 1, poz. 8.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie wyrok z dnia 26.04.2013 r., sygn. II Aka 70/13, LEX nr. 1322733.

<sup>57</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 8.02.1974, sygn. V KR 42/74, OSNKW 1974/6/115.

<sup>58</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 14.09.1981 r., sygn. II KR 229/81, LEX nr. 21918.

<sup>59</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 9.06.2011 r., sygn. II Aka 108/11, LEX nr. 895932.

<sup>60</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 5.03.2004 r., sygn. V KK 314/03, OSNwSK 2004/1/501.

wypowiedzi uznawano również obecność policjanta, który uprzednio przesłuchiwał podejrzanego, w toku przesłuchania przez prokuratora<sup>61</sup>.

Interesująco przy tym kształtuje się kwestia tego, jak na gruncie art. 171 k.p.k. rozkłada się ciężar dowodzenia. W literaturze przedmiotu pojawia się pogląd o istniejącym domniemaniu prawidłowości przeprowadzenia danego dowodu<sup>62</sup>. W rezultacie ciężar dowodzenia w tym względzie przenoszony jest na stronę, która podnosi okoliczności kwestionujące legalność danego dowodu. Nie musi ona jednak dowodzić ich prawdziwości, a jedynie uprawdopodobnić podnoszony przez siebie stan faktyczny.<sup>63</sup>

## ART. 168B I 237A KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO

Obok omawianego wyżej art. 168a k.p.k. nowelizacja z 2016 r. wprowadziła do postępowania karnego również art. 168b i 237a, odnoszące się do kwestii wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów uzyskanych w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych. Zgodnie z art. 168b:

„*Jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej zarządzanej na wniosek uprawnionego organu na podstawie przepisów szczególnych uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli operacyjnej, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym.*

Przepis ten stanowi zatem, że w przypadku, gdy niejawną metodą śledcza dostarczyła dowodów innego przestępstwa niż przestępstwo objęte postanowieniem zezwalającym na jawną metodę śledczą, decyzję o wykorzystaniu tego dowodu w postępowaniu karnym podejmuje prokurator. Podobne rozwiązania znajdujemy w dodanym równolegle art. 237a k.p.k., dotyczącym podsłuchu rozmów telefonicznych w toku postępowania karnego.

Już na etapie procedowania tego rozwiązania przepisy powyższe budziły poważne wątpliwości. Identyfikowano je jako potencjalną drogę do obchodzenia wymogów związanych ze stosowaniem kontroli operacyjnej oraz kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych. Obawiano się przed wszystkim tego, czy rozwiązania te nie pozwolą na obchodzenie w toku działania służb specjalnych i postępowania karnego regulacji gwarantujących proporcjonalność ingerencji w prawa jednostki.

W porównaniu do uprzednio obowiązującego stanu prawnego, dodanie art. 168b k.p.k. i 237a k.p.k. w intencji ustawodawcy miało pozwolić na zalegalizowanie zgodą następczą prokuratora materiałów dotyczących przestępstw i przestępstw skarbowych, w stosunku do których w ogóle nie można było prowadzić kontroli operacyjnej.

Mogło się więc okazać, że ustawowe gwarancje proporcjonalności w prawo do prywatności ujęte w katalogu przestępstw uzasadniających stosowanie takich środków miałyby charakter pozorny. W każdej sprawie wystarczyłoby bowiem uzyskać zgodę na stosowanie kontroli operacyjnej w sprawie dotyczącej przestępstwa katalogowego, a następnie wykorzystać ją do uzyskania dowodów przestępstwa niekatalogowego.

Inne z zastrzeżeń dotyczyło tego, kto miałby wydawać zgodę na wykorzystanie materiałów w toku postępowania karnego. Miała ona być wyrażana nie przez sąd, lecz przez prokuratora. Bezpośrednio oznaczało to, że zalegalizowanie materiałów uzyskanych w trakcie postępowania karnego mogło nastąpić na polecenie Prokuratora Generalnego – Ministra Sprawiedliwości, a więc czynnego polityka. Taki stan rzeczy znacznie zwiększał ryzyko arbitralnej ingerencji w prawa i wolności jednostki. Wreszcie, omawiana zmiana nie przewidywała jakiegokolwiek terminu do uzyskania takiej zgody następczej.

Takie rozumienie omawianego przepisu zostało zaskarżone przez Rzecznika Praw Obywatelskich<sup>64</sup> do Trybunału Konstytucyjnego. RPO argumentował, że omawiana zmiana bezpośrednio ingeruje w prawo jednostki do prywatności i pozwala na jego nieproporcjonalne i arbitralne ograniczenie.

<sup>61</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 28.08.1980 r., II KR 239/80, PiP 1981/4.

<sup>62</sup> Kurowski Michał (2021), *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, LEX/el. 2021, art. 16.

<sup>63</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 9.08.1976, sygn. V KR 34/76, OSP 1979/41/8.

<sup>64</sup> Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego, dostępny na: [https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Do\\_TK\\_zgody\\_na\\_wykorzystanie\\_dowodow\\_uzyskanych\\_podczas\\_kontroli\\_operacyjnej.pdf](https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Do_TK_zgody_na_wykorzystanie_dowodow_uzyskanych_podczas_kontroli_operacyjnej.pdf) (26.06.2021).

Ostatecznie, z uwagi na sprzeczny z prawem skład Trybunału Konstytucyjnego<sup>65</sup> wyznaczony do rozpoznania tej sprawy, Rzecznik wycofał<sup>66</sup> swój wniosek o zbadanie konstytucyjności tej regulacji. Oznacza to, że to na sądach stosujących prawo, podobnie jak w przypadku art. 168a k.p.k., ciąży obecnie główny ciężar uwzględnienia konstytucyjnego i konwencyjnego tła dla wprowadzonych przez parlament regulacji.

Jedną z oznak takiego podejścia była uchwała Sądu Najwyższego interpretująca art. 168b k.p.k. w sposób prokonstytucyjny<sup>67</sup>. Sąd Najwyższy stanął w niej na stanowisku, że wskazany w tym przepisie mechanizm działania ma zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do przestępstw ujętych w katalogu uprawniającym do stosowania kontroli operacyjnej. Nie da się więc, zdaniem Sądu Najwyższego, za jego pośrednictwem zalegalizować dowodów przestępstw nie ujętych w ww. katalogu. W efekcie wykrycie w trakcie legalnie prowadzonej kontroli operacyjnej dowodów dotyczących przestępstwa kradzieży (co do zasady nie objętego możliwością prowadzenia takich działań) nie może posłużyć jako dowód w innym postępowaniu karnym dotyczącym teje właśnie kradzieży.

Podejście to nie w pełni jednak eliminuje wszystkie konstytucyjne wątpliwości zgłaszane przez Rzecznika Praw Obywatelskich. W efekcie, w dalszym ciągu na etapie postępowania przygotowawczego możliwe jest podjęcie przez prokuratora decyzji o wykorzystaniu uzyskanego materiału dowodowego dotyczącego przestępstwa niekatalogowego dla potrzeb postępowania karnego. Wprowadzenie takiego materiału do postępowania karnego w fazie sądowej wymaga jednak zgody sądu, jako organu aprobującego wnioski dowodowe przedstawione przez prokuratora wraz z aktem oskarżenia.

Sam los wykładni zaprezentowanej przez Sąd Najwyższy nie jest przy tym przesądzony. Minister Sprawiedliwości – Prokurator Generalny skierował do Trybunału Konstytucyjnego wniosek o kontrolę zaskarżonego przepisu w rozumieniu ustalonym uchwałą Sądu Najwyższego. W jego ocenie przepis ten w rozumieniu przedstawionym przez SN narusza konstytucyjną zasadę dobra wspólnego, zasadę zaufania do państwa i stanowionego przez niego prawa, zasadę sprawiedliwości oraz zasadę legalizmu. Zdaniem Ministra Sprawiedliwości, art. 168b k.p.k. w tym rozumieniu godzi również w ochronę prawa do sądu oraz obowiązek obywatela do przestrzegania prawa, opisany w art. 83 Konstytucji<sup>68</sup>.

## ART. 16 § 1 KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO

Z punktu widzenia zasad dopuszczalności dowodów istotne znaczenie ma treść art. 16 Kodeksu postępowania karnego, określającego generalne konsekwencje braku pouczenia uczestnika postępowania o przysługujących mu uprawnieniach. Zgodnie z tym przepisem:

” organ prowadzący postępowanie jest obowiązany pouczyć uczestników postępowania o ciążących obowiązkach. Brak takiego pouczenia lub mylne pouczenie nie może wywołać ujemnych skutków procesowych dla uczestników postępowania lub innej osoby.

Zgodnie z literalną treścią tego przepisu organ prowadzący postępowanie jest obowiązany pouczyć uczestników postępowania o ciążących obowiązkach. Brak takiego pouczenia lub mylne pouczenie nie może wywołać ujemnych skutków procesowych dla uczestników postępowania lub innej osoby.

Przepis ten przez część doktryny interpretowany jest zawężająco. M. Kurowski uważa, że ma on zastosowanie tylko tam, gdzie ustawa przewiduje określone konsekwencje (np. odmowę przywrócenia terminu do wniesienia środka odwoławczego wskutek błędnego pouczenia), ale już nie w tych okolicznościach, gdy skutku takiego w innych przepisach trudno wprost upatrywać. Jako przykład powołany autor wymienia brak możliwości uchylenia się od skutków złożenia wyjaśnień bez pouczenia o prawie do odmowy składania wyjaśnień<sup>69</sup>. W podobnym tonie wypowiada się T. Grzegorzczak, uznając, że podejrzany, który złożył wyjaśnienia, nie może żądać eliminacji ich z procesu, gdyż wchodzi to w rachubę jedynie w przypadkach wskazanych w ustawie<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> Dalsze szczegóły dotyczące niewłaściwego składu Trybunału Konstytucyjnego w Polsce można znaleźć w wyroku ETPCz z dnia 5 maja 2021 r. w sprawie Xero Flor sp. z o.o. z. z oo przeciwko Polsce.

<sup>66</sup> Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego, dostępny na: <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Pismo%20procesowe%20RPO%20do%20Trybuna%C5%82u%20Konstytucyjnego%20w%20sprawie%20tzw.%20zgody%20nast%C4%99pcej.pdf> (26.06.2021).

<sup>67</sup> Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 28.06.2018, sygn. I KZP 4/18.

<sup>68</sup> Wniosek Prokuratora Generalnego do Trybunału Konstytucyjnego, dostępny na: [https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/dok?dok=F-1327066203%2FK\\_6\\_18\\_wns-pg\\_2018\\_07\\_31\\_ADO.pdf](https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/dok?dok=F-1327066203%2FK_6_18_wns-pg_2018_07_31_ADO.pdf) (26.06.2021).

<sup>69</sup> Kurowski Michał (2021), *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, LEX/el. 2021, art. 16.

<sup>70</sup> Grzegorzczak Tomasz (2014), *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1-467. Komentarz*.

Odmienne do tej sprawy podchodzi M. Jeż-Ludwikowska, wskazując, że brak pouczenia lub mylne pouczenie o prawie do odmowy składania wyjaśnień powinno skutkować dyskwalifikacją dowodu<sup>71</sup>. Autorka ta wiąże omawianą sytuację z brakiem swobody wypowiedzi po stronie podejrzanego. W ocenie autorów niniejszego opracowania, standard taki rozciągnąć należałoby również na sytuacje braku pouczenia lub błędnego pouczenia o prawie podejrzanego do kontaktu z obrońcą. Wydaje się, że dalece bardziej odpowiedzialby on oczekiwaniom stawianym polskiemu postępowaniu karnemu przez Konwencję Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, jak również dyrektywy UE.

## 6 NIEDOPUSZCZALNOŚĆ DOWODÓW: PERSPEKTYWA PRAKTYKÓW

Jednym z celów projektu było skonfrontowanie regulacji ustawowych dotyczących dopuszczalności dowodu z praktyką ich stosowania. W tym celu pracownicy HFPC rozmawiali z łącznie 15 adwokatami, prokuratorami i sędziami. Ich perspektywa dostarczyła cennych informacji na temat realiów wykonywania funkcji obrońcy, tego, jak rozumiany jest dowód niedopuszczalny, jak wyglądają możliwości obrony przed jego wprowadzeniem do postępowania i sposoby kontestowania go w toku procedury.

Wywiady oparto na standaryzowanym kwestionariuszu dostosowanym do specyfiki ról, jakie w postępowaniu karnym pełnią obrońcy, prokuratorzy i sędziowie.

### 6.1 DOWÓD NIEDOPUSZCZALNY

Pierwsza grupa pytań, adresowana do ogółu rozmówców, dotyczyła rozumienia terminu „dowód niedopuszczalny”. W tym kontekście najczęściej rozmówców wiązało dowód niedopuszczalny z zakazami dowodowymi. Niekiedy przy tym rozmówcy odwoływali się do funkcjonującej na gruncie procedury karnej zasady swobody dowodzenia, a więc możliwości wykorzystania w toku postępowania wszystko tego, co nie jest zakazane przez prawo. W efekcie rozmówcy za niedopuszczalne uznawali jedynie te dowody, które są wprost zakazane przez obowiązujące przepisy.

Kilkoro rozmówców dodatkowo wskazywało na konieczność rozumienia pod tym pojęciem również przypadków uzyskania dowodu z naruszeniem przepisów postępowania. W nielicznych wypowiedziach rozmówcy akcentowali konieczność uwzględniania przy ocenie dopuszczalności dowodów standardów konstytucyjnych i konwencyjnych, a przez to praw człowieka.

” *Najczęściej to, co decyduje o uznaniu dowodu za niedopuszczalny, to są pewne kwestie związane z ochroną praw człowieka.*

**SĘDZIA SĄDU OKRĘGOWEGO**

W ocenie znacznej części z rozmówców z każdej z badanych grup kwestia niedopuszczalności dowodów stosunkowo rzadko była w ich praktyce przedmiotem szczegółowego badania przez sądy. Wskazywali oni, że dowody są raczej oceniane pod kątem tego, czy mają znaczenie dla postępowania, a także tego, czy nie mają na celu jego przedłużenia.

- ” *Nie jest łatwo o dowód niedopuszczalny, dlatego że u nas jest zasada swobodnej oceny dowodów i nie mamy formalnej oceny dowodów. Najprędzej dowodu niedopuszczalnego można byłoby się doszukiwać w sferze związanej z podsłuchami.*

## SĘDZIA SĄDU OKRĘGOWEGO

Zupełnie innego zdania była jednak jedna z sędziów, która zwróciła uwagę na to, że dowody tego rodzaju zdarzają się właściwie w każdym postępowaniu, w postaci zeznań złożonych przez osoby, które następnie uzyskały status oskarżonych. Protokoły takich zeznań są dołączane do akt postępowania, mimo tego, że formalnie nie mogą być wykorzystywane w toku postępowania. Niekiedy stają się także materiałem, na którym swoje opinie dowodowe opierają biegli sądowi. Opinia tej rozmówczynie na tle reszty wypowiadających się miała jednak charakter odosobniony.

Wśród innych przykładów dotyczących dowodów o potencjalnie niedopuszczalnym charakterze, jeden z adwokatów wymienił dokonywanie w toku postępowania przeszukania w miejscu zamieszkania podejrzanego mimo tego, że zarzucany mu czyn nie dotyczy kwestii posiadania środków odurzających lub innych środków zabronionych przez prawo. Przykładem takiej sytuacji może być opisywana przez media historia mężczyzny zatrzymanego za podglądanie kobiet na basenie<sup>72</sup>, który dodatkowo usłyszał zarzut posiadania środków odurzających zabezpieczonych w jego miejscu zamieszkania w wyniku przeszukania. Rozmówca odniósł się do tej sprawy wskazując, że:

- ” *Gdyby nie doszło do takiego przeszukania, nie mającego żadnego związku ze sprawą, to nie ujawniono by dowodów wskazujących na inne przestępstwo.*

## ADWOKAT

Obok tego, rozmówcy wskazywali na inne dowody o potencjalnie niedopuszczalnym charakterze. Wśród nich wymieniali m.in. pobieranie od podejrzanych próbek pisma bez informowania ich o tym, że nie mają oni tego obowiązku, a także praktykę rozpytywania osób faktycznie podejrzanych przed pierwszym przesłuchaniem w sprawie połączoną z próbami wprowadzania wyników takich czynności bocznymi drogami, np. przez przesłuchanie funkcjonariuszy policji.

Jeden z sędziów wskazał na sprawę, w której takie zeznania policjanta były głównym dowodem w sprawie. Uznał je za niedopuszczalne, uznając, że w trakcie rozpytania osoba faktycznie podejrzana była pod wpływem alkoholu. Również inny z rozmówców podał podobny przykład:

- ” *Miałem sprawę, w której policjanci poddali rozpytaniu osobę podejrzaną o wyludzenie w banku i ta osoba, będąc w szoku i będąc przekonaną o tym, że to nie jest przesłuchanie, przyznała się do czterech innych wyludzeń. To nie powinno mieć miejsca, bo nie są to wyjaśnienia oskarżonego, ale stanowi to źródło wiedzy policji. I teraz sąd ma dylemat, czy powinien uznać wyniki takiego rozpytania za niedopuszczalny dowód, bo został niewątpliwie uzyskany w sposób sprzeczny z procedurą.*

## SĘDZIA SĄDU REJONOWEGO

Efektom tej praktyki są sytuacje, w których relacje te za pośrednictwem zeznań funkcjonariuszy policji trafiają do postępowania sądowego. W takim wypadku funkcjonariusze pytani są o okoliczności wskazane w sporządzonych przez nich notatkach służbowych, w tym te dotyczące wypowiedzi podejrzanych dokonanych w trakcie nieformalnego rozpytania (bez fazy informacji o prawach i obowiązkach podejrzanego). Jeden z prokuratorów wprost przyznał, że zdarza mu się przesłuchiwać policjantów na takie okoliczności.

” *Notatka dla sędziów nie jest dowodem, natomiast jeśli taki policjant zostanie przesłuchany to mamy wtedy dowód ze świadka [...]; ale tak, można dojść do konkluzji, że tym samym obchodzi się zakaz samooskarżania się.*

## SĘDZIA SĄDU OKRĘGOWEGO

Innym problemem, na który zwróciło uwagę dwóch rozmówców z grona adwokatów, była kwestia legalizowania przez sądy podsłuchów procesowych prowadzonych wobec innych osób niż podsłuchiwane. Obok tego pojawiły się pojedyncze wskazania na przypadek przesłuchania podejrzanego pod wpływem alkoholu oraz naciski funkcjonariusza i biegłego psychologa na to, by świadek (dysponujący prawem do odmowy zeznań) zeznawał w sprawie.

Sędzia Sądu Najwyższego przypomniał rozstrzygniętą przez siebie skargę kasacyjną, w której doszło do drastycznego naruszenia wolności wypowiedzi osoby przesłuchiwanej przez organy ścigania, w tym użycia przemocy. W ocenie sędziego sprawa ta dobrze ilustruje wyzwania psychologiczne, jakie stoją przed sędziami przy ocenie dopuszczalności dowodów.

W omawianej sprawie rozmówca, na podstawie okoliczności sprawy, miał pewność co do tego, że podejrzany jest sprawcą zarzucanego mu zabójstwa. Jednocześnie, podniesiony w toku postępowania kasacyjnego zarzut dotyczący naruszenia swobody wypowiedzi był uzasadniony. Ewentualna decyzja o jego uwzględnieniu i uchyleniu orzeczenia musiałaby się wiązać z dyskwalifikacją podstawowego i jedynego dowodu zgromadzonego w sprawie – wyjaśnień podejrzanego odebranych w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi. W rezultacie nie byłoby możliwe nawet stosowanie tymczasowego aresztowania, co znacznie wzmacniało ryzyko ucieczki i popełnienia nowego czynu zabronionego. Rozmówca wskazał, że finalnie zwyciężyło w nim legalistyczne podejście do sprawy i uwzględnił kasację. Skutkiem tego było to, że podejrzany zbiegł z kraju po uchyleniu orzeczenia zapadłego przeciw niemu.

## 6.2 NARUSZENIE GWARANCJI PROCEDURALNYCH JAKO PODSTAWA UZNANIA DOWODU ZA NIEDOPUSZCZALNY

Rozwijając kwestię niedopuszczalności dowodu, rozmówcy byli pytani o to, czy naruszenie gwarancji proceduralnych przy pozyskaniu dowodu stanowi lub powinno stanowić powód do uznania uzyskanego w ten sposób dowodu za niedopuszczalny.

Jedna z adwokatów zwróciła uwagę, że problem naruszenia gwarancji proceduralnych w toku postępowania ma przede wszystkim wymiar teoretyczny.

” *Nie ma tutaj wyrobionego orzecznictwa sądów [powszechnych] ani Sądu Najwyższego i można tutaj tylko poszukiwać decyzji sądów międzynarodowych, w tym ETPC, i przepisów np. dyrektyw, które – nawiasem mówiąc – nie zostały w pełni wdrożone. U nas te standardy jednak są mocno naginane.*

## ADWOKAT

Część z adwokatów postulowała, aby naruszenie gwarancji proceduralnych podejrzanego lub świadka powodowało niemożność wykorzystania takiego dowodu w toku postępowania. Automatycznie jednak pojawiało się pytanie o to, czy każde naruszenie w tym względzie powinno skutkować tak daleko idącymi konsekwencjami. Jeden z adwokatów zwrócił uwagę na konieczność wzięcia pod uwagę zasady proporcjonalności i związanego z nią ważenia wartości: prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, w ramach którego osoba winna powinna ponieść karę, oraz gwarancji procesowych, mierzonych przez przyzmat rzetelności postępowania.

- ” *Jeśli naruszenie gwarancji procesowych podejrzanego lub świadka nie miało znaczenia dla rezultatu postępowania, bo fakty zostałyby ustalone tak czy inaczej, pomimo naruszenia przepisów gwarancyjnych, np. przesłuchanie w sposób nie odpowiadający treści k.p.k., to trudno uznać, że dowód taki powodowałby brak rzetelności postępowania.*

## ADWOKAT

Głosy prokuratorów rozkładały się niejednolicie. Większość wskazywała jednak, że naruszenie gwarancji procesowych może skutkować niedopuszczalnością dowodu. Jako przykłady rozmówcy wskazywali sytuację braku pouczenia o uprawnieniach procesowych.

- ” *Brak pouczenia oznacza, że nie wolno dopuścić takiego dowodu.*

## PROKURATOR PROKURATURY REJONOWEJ

Jedna z adwokatów wskazała przy tym na historie jej klienta, który został pouczony o przysługujących mu prawach pod wpływem alkoholu oraz bez dostępu do okularów korekcyjnych, mimo bardzo dużej wady wzroku. W jej ocenie uniemożliwiało mu to efektywne zapoznanie się z treścią protokołu przesłuchania i otrzymanych pouczeń. W toku postępowania podnosiła, że efekt takiej czynności nie powinien stanowić części materiału dowodowego w sprawie. Powoływała się przy tym na sprawę *Płonka p. Polsce*<sup>73</sup>. Mimo to sąd zaakceptował wyjaśnienia złożone podczas takiego przesłuchania, uznając za prawdziwe twierdzenie prokuratora mówiące o tym, że dla zapoznania podejrzanego z treścią pouczenia użył on mu swoich zapasowych okularów.

W kontekście pouczeń inny z adwokatów zwrócił uwagę na sposób, w jaki formułowane są pouczenia. W jego ocenie posługują się one językiem prawniczym, przez co większość podejrzanych w ogóle ich nie rozumie. Mimo to, kwestia ta jest niedostrzegalna przez sądy. Jego zdaniem, sądy przyjmują założenie, że podejrzani znali swoje prawa, bo formalnie otrzymali pouczenie o prawach i obowiązkach.

Jeden z sędziów wskazał, że problemem jest też forma pouczenia o prawie do ustanowienia obrońcy. Z jego doświadczenia wynika, że osoby zatrzymywane są w szoku i nie rozumieją informacji o prawie do posiadania obrońcy. W rezultacie nie korzystają z przysługującego im prawa do adwokata.

W kontekście naruszenia gwarancji proceduralnych podejrzanego pojawiały się również głosy wskazujące na nieobecność obrońcy w toku pierwszego przesłuchania. Nie wszyscy rozmówcy jednak zgadzali się, że tego rodzaju uchybienie automatycznie powoduje niedopuszczalność uzyskanego w ten sposób dowodu. Jedna z sędziów wskazała na dodatkowe okoliczności, które należałoby w tym zakresie ocenić, tj. indywidualną charakterystykę podejrzanego, a także to, czy mógł on efektywnie śledzić tok postępowania.

W tym kontekście jeden z sędziów zwrócił uwagę na niejednolite, wciąż ewoluujące orzecznictwo ETPC dotyczące przesłuchania bez udziału obrońcy. Zwrócił uwagę, że standard przyjęty pierwotnie przez ETPC miał charakter niefunkcjonalny, nie dostrzegający tych kategorii spraw, w których istnieje potrzeba szybkiego przesłuchania. Podkreślił jednak, że brak obrońcy w takich sytuacjach zawsze powinien być równoważony innymi gwarancjami, np. nagraniami audio-video przesłuchania. Na podobną konieczność zwróciła uwagę także inna z sędziów, wskazując przy okazji, że sytuacja odzwierciedlona wyłącznie w protokole jest bardzo trudna do oceny i z samego zapisu protokołu nie zawsze można odtworzyć, jak ta czynność przebiegała.

- ” *Powiem szczerze, że nie mam zaufania do sposobu przeprowadzenia przesłuchania przez policję, przez prokuraturę szybciej; trudno mi uwierzyć, że ten prokurator by się dopuszczał jakichś nadużyć, natomiast jeśli chodzi o policję, to uważam, że te czynności powinny być nagrywane. Tak samo jak interwencje.*

## SĘDZIA SĄDU REJONOWEGO

## 6.3 NARUSZENIE WARUNKÓW PRZEPROWADZENIA DOWODU A JEGO NIEDOPUSZCZALNOŚĆ

Obok kwestii gwarancji proceduralnych rozmówcy byli również pytani o to, czy o niedopuszczalności dowodu powinno decydować naruszenie przez organ procesowy prawnych warunków przeprowadzenia dowodu, np. przeprowadzenie okazania z naruszeniem przepisów prawa.

Rozmówcy nie mieli przy tym jednolitego stanowiska w tym zakresie, zwłaszcza w kontekście tego, czy takie uchybienia każdorazowo powinny automatycznie decydować o niedopuszczalności dowodu.

Jeden z adwokatów wskazywał, że tego rodzaju kwestia powinna być oceniana przez pryzmat rzetelności postępowania. W jego ocenie, jeśli dane naruszenie przepisów postępowania skutkowałoby ogólną nierzetelnością postępowania, to taki dowód winien być uznawany za niedopuszczalny.

Dwóch sędziów zdecydowanie opowiedziało się za możliwością uznania dowodu za niedopuszczalny w przypadku naruszenia prawnych warunków jego przeprowadzenia. Jeden z nich doprecyzował, że w przypadkach, w których z samego protokołu wynika niedopełnienie warunków prawnych przeprowadzenia danej czynności dowodowej, powinna zostać ona uznana za niedopuszczalną. Dodał, że tam, gdzie sytuacji nie da się jednoznacznie zweryfikować na podstawie protokołu, sąd musi dokonać oceny wiarygodności dowodu przeprowadzonego w taki sposób.

W większości jednak grupy prokuratorów i sędziów wypowiadały się przy tym przeciwko przyjmowaniu w tym zakresie jakiegokolwiek automatyzmu. Zdaniem jednego z prokuratorów, w każdym wypadku decyzja powinna być w przedmiocie dopuszczalności takiego dowodu powinna być uzależniona od okoliczności konkretnego przypadku.

- ” *Życie kreśli zbyt wiele scenariuszy, aby ująć to w przepisach procedury i arbitralnie stwierdzić, że każde naruszenie winno skutkować niedopuszczalnością dowodu.*

### PROKURATOR PROKURATURY REJONOWEJ

W efekcie, jego zdaniem, naruszenia takie, jak np. udział w okazaniu funkcjonariuszy policji jako pozorantów, nie powinny prowadzić do stwierdzenia niedopuszczalności dowodów, lecz jedynie być oceniane na płaszczyźnie wiarygodności dowodów. Inny prokurator dodał:

- ” *To błąd proceduralny i nie wolno, oczywiście, tego robić. Nie ma automatycznej niedopuszczalności tak pozyskanego dowodu, ale będzie on mocno wątpliwy.*

### PROKURATOR PROKURATURY OKRĘGOWEJ

W tym kontekście jedna z adwokatów zwróciła uwagę na notoryczny problem dokonywania przeszukania na podstawie legitymacji policyjnej, a nie postanowienia sądu lub prokuratora o przeszukaniu. W efekcie podstawowa kodeksowa forma przeszukania, oparta o zgodę sądu lub prokuratora wyrażoną postanowieniem, przybiera postać wyjątku. Regułą jest zaś sytuacja, w której funkcjonariusze policji dokonują przeszukania, uzasadniając to wypadkiem niecierpiącym zwłoki, a następnie zwracają się o jego zatwierdzenie do sądu lub prokuratora i takie zatwierdzenie uzyskują. W ocenie rozmówczynie, tego rodzaju naruszenia powinny być kontestowane przez obrońców w drodze zażalenia. Dodała, że dopiero od niedawna uwagi obrońców w tym zakresie znajdują szersze uznanie ze strony sędziów.



- ” *Przez lata te zażalenia były fikcją (...). To, co się teraz dzieje w sądach, zmieniło optykę sędziów i sądy są coraz bardziej wyczulone na niedociągnięcia postępowania przygotowawczego, bo dostrzeżono, że te postępowania często służą czemuś innemu, niż wykryciu sprawców przestępstwa.*

**ADWOKAT**

Wśród badanych adwokatów pojawił się przy tym głos wątpliwości wskazujący na nikłe szanse, aby uznać na gruncie obecnego k.p.k., że tak uzyskane dowody są niedopuszczalne. W efekcie, zdaniem jednego z rozmówców, podnoszenie rażących uchybień przy czynnościach procesowych nie ma żadnego znaczenia. Rozmówca, jako obrońca, kilkakrotnie w procesach karnych powoływał dowód w postaci świadków biorących udział w czynności okazania po to, aby wykazać, że osoby te wyglądem nie były w ogóle zbliżone do podejrzanego.

- ” *Wrzucenie za lustro weneckie kogoś w czerwonej koszuli, gdy pozostali są w czarnych, nie należy do rzadkości.*

**ADWOKAT**

Jego zdaniem, zazwyczaj takie praktyki nie stanowiły dla nikogo istotnego problemu, nawet w wypadkach przeprowadzania czynności okazania całkowicie wbrew treści przepisów. Jak już było wskazane powyżej, w takiej sytuacji obrońca może kwestionować dopuszczenie takiego dowodu na etapie postępowania apelacyjnego. Musi jednak wykazać wpływ podnoszonego uchybienia na rezultat postępowania, co nie zawsze jest łatwe, a niekiedy nawet i możliwe. Pokonanie trudności jest szczególnie skomplikowane wtedy, gdy nieprawidłowo przeprowadzone okazanie doprowadziło do pozyskania innych dowodów obciążających podejrzanego.

## 6.4 OWOCE ZATRUTEGO DRZEWA

Rozmówcy wykazywali zróżnicowane podejście do dowodów pośrednio nielegalnych (owoców zatrutego drzewa), a więc sytuacji, w których dowód pozyskany został wskutek wiedzy procesowej uzyskanej bezpośrednio z dowodu nielegalnego.

W zdecydowanej większości adwokaci wskazywali na konieczność przyjęcia regulacji wykluczających takie dowody. W jednym z przypadków na uzasadnienie takich postulatów adwokat wskazał konieczność ograniczania przypadków nadużywania przewagi państwa nad oskarżonym. Na odmiennym stanowisku stał w większości prokuratorzy, wskazując w przeważającej części, że dowody tego rodzaju powinny być dopuszczalne.

Jeden z sędziów wskazał zaś, że tego rodzaju dowody w świetle naszego postępowania są legalne. Ich funkcjonowanie w konkretnym postępowaniu może jednak sprawiać pewne trudności sędziom je prowadzącym.

- ” *Jeśli sędzia w poważnej sprawie będzie miał dowód uzyskany z naruszeniem prawa, ale będzie to jedyny dowód do uznania winy bardzo niebezpiecznego przestępcy, to – psychologicznie rzecz biorąc – sędzia będzie zmierzał do dokonania takiej oceny, która pozwoli mu na uznanie dowodu za dopuszczalny. Jeśli za dowodem tym pójdą inne dowody, to będzie mógł pozwolić sobie na uznanie dowodu pierwotnie nielegalnego za niedopuszczalny. Nie potrafiłbym potępić sędziego za takie podejście.*

**SĘDZIA SĄDU NAJWYŻSZEGO**

## 6.5 POPEŁNIENIE CZYNU ZABRONIONEGO PRZY UZYSKANIU DOWODU

---

Inne z zadawanych pytań odnosiło się do tego, jakie procesowe konsekwencje powinna mieć sytuacja, w który dowód uzyskuje się za pomocą czynu zabronionego, a także o to, czy ustawa powinna kierować się w tym względzie automatyzmem.

W zakresie takich dowodów część z badanych stanowczo opowiedziała się za brakiem możliwości wykorzystania w toku postępowania dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego.

” *Otwarcie jakiegokolwiek furtki daje pole do nadużyć.*

**SĘDZIA SĄDU REJONOWEGO**

Kilka głosów zwracało uwagę na konieczność głębszego badania okoliczności czynu zabronionego. Rozmówcy wskazywali na konieczność uwzględnienia takich jego cech jak typ i natura czynu zabronionego oraz intencjonalność działania sprawcy. Niektórzy zwracali przy tym uwagę na konieczność rozróżnienia sytuacji, w których dowód uzyskany byłby za pomocą przestępstwa popełnionego przez funkcjonariusza publicznego, od takich, w których dowód pozyskiwany jest niejako przy okazji przestępstwa. W tym celu, zdaniem jednego z adwokatów, konieczne byłoby odwołanie się do zasady proporcjonalności i ocenianie każdego przypadku *ad casum*. W tym kontekście inny z rozmówców wskazał zaś na konieczność oceny danego dowodu uzyskanego w sposób przestępny przez przyzmat ciężaru gatunkowego przestępstwa, które za pośrednictwem takiego dowodu miałyby być dowodzone.

Jedna z adwokatów podniosła przy tym, że kwestie te będą miały, jej zdaniem, niewielkie znaczenie, gdyż prokuratora i sądy będą dążyły za wszelką cenę do uznania takiego dowodu za dopuszczalny.

” *Nie byłoby najmniejszych problemów z wykorzystaniem takich dowodów, i – co więcej – byłoby to tłumaczone wyższym dobrem.*

**ADWOKAT**

Na podobny problem zwróciła uwagę inna z adwokatów, dodając, że krytyczne systemowe podejście do takich dowodów wymagałoby zmiany całej filozofii karania. W chwili obecnej nie ma jednak do tego przestrzeni

” *(...) wszyscy, poczynawszy od policji, a na sędzie skończywszy, będą uważali, że dowód został pozyskany niezgodnie z prawem, ale dorobiona zostanie ideologia, że to jednak dobrze się stało, że ten dowód się znalazł. Bardzo dużo czasu minie, zanim zostanie wprowadzony przepis, który uniemożliwi powoływanie się na takie dowody i on będzie miał bardzo dużo przeciwników.*

**ADWOKAT**

## 6.6 OCENA FUNKCJONOWANIA ART. 168A KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO

---

Rozmówcy w większości bardzo krytycznie wyrażali się o kształcie art. 168a k.p.k., dotyczącym przymusu przeprowadzenia dowodu uzyskanego z naruszeniem prawa (zob. rozdział 5.3.5) Dodawali jednak, że nie mieli przy tym spraw, w których pojawiłaby się możliwość lub konieczność odwołania się do tej regulacji.

Z kontekstu wypowiedzi jednej z adwokatów wynikało, że przepis ten stwarza możliwość przymykania oczu na proceduralne wątpliwości dotyczące niektórych dowodów.

W toku rozmów pojawił się również głosy wskazujące na to, że wiele zależy od osoby sędziego oceniającego pozyskany w ten sposób dowód. Jeden z sędziów wskazał przy tym na możliwość twórczej interpretacji art. 168a k.p.k. skutkującej osłabieniem zakresu jego zastosowania. Przepis ten, jak już było przywoływane, uznaje, że dowodu nie można uznać za niedopuszczalny, wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, chyba że dowód został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności.

W ocenie rozmówcy, odpowiednia interpretacja przecinka użytego w tym przepisie, pozwala na uznanie, że ustanawia on nie nakaz dowodowy, lecz zakazy dowodowe. Dotyczą one, z jednej strony, dowodów uzyskanych za pomocą przestępstwa popełnionego przez funkcjonariusza publicznego w związku z pełnieniem przez niego obowiązków służbowych. Z drugiej strony zaś odnoszą się do zakazu wykorzystania dowodów uzyskanych w wyniku zabójstwa czy umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu. Dodatkowo, inny z sędziów zwrócił uwagę, że to od sędziego zależeć będzie, czy wykorzysta on możliwości, które daje art. 168a k.p.k., czy też pójdzie w stronę przeciwną, konstestującą ten przepis z perspektywy Konstytucji i Konwencji.

W podobnym tonie wypowiadał się jeden z adwokatów. Zwracał uwagę, że nawet prokonstytucyjna wykładnia tego przepisu przez sądy nie likwiduje problemu z nim związanych, choćby ze względu na brak prawa precedensowego. Dodał przy tym, że na sposób funkcjonowania tej regulacji mogą wpływać zagrożenia związane ze zmianami w sądownictwie, skutkujące obniżeniem poziomu niezależności sądownictwa. W ocenie tego adwokata, sędziowie mogą mieć obawy, czy zakwestionowanie tego przepisu nie wpłynie na sytuację sędziów, powodując wszczęcie wobec nich konsekwencji służbowych, np. postępowania dyscyplinarnego.

” *Mam wątpliwości, czy sądy sobie poradziły z art. 168a. Ta podstawa prawna do legalizacji dowodów niedopuszczalnych w dalszym ciągu jest. Nie wszyscy sędziowie będą chcieli poświęcić swojej kariery. W rezultacie bywa, że te dowody są stosowane. Ten problem będzie istniał, dopóki ten przepis będzie w kodeksie.*

**ADWOKAT**

## 6.7 OCENA FUNKCJONOWANIA ART. 168B I 237B

Rozmówcy w większości nie mieli również kontaktu z zastosowaniem art. 168b i 237b k.p.k., a więc przepisów pozwalających prokuratorowi na podjęcie decyzji w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym dowodów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej (albo podsłuchu procesowego), w trakcie których uzyskano dowody popełnienia innego przestępstwa lub przestępstwa popełnionego przez inną osobę (a przestępstwa te nie były objęte postanowieniem o zarządzeniu kontroli operacyjnej lub stosowaniu podsłuchu procesowego – zob. rozdział 5.3.5).

Inne doświadczenie ze stosowaniem art. 168b k.p.k. miało dwóch z prokuratorów. Jeden z nich deklarował, że prokuratorzy stosunkowo często korzystają z tej możliwości. Drugi wskazał, że sam miał okazję zastosować ten przepis, wydając postanowienie zezwalające na wykorzystanie wszystkich zgromadzonych materiałów przeciwko wszystkim oskarżonym w sprawie i w zakresie wszystkich popełnionych przez nich czynów. Inny z głosów w tej grupie wskazywał, że przepis ten jest dużo bardziej jednoznaczny w wymowie niż art. 168a k.p.k., co zdecydowanie ułatwia jego stosowanie.

Sędziowie krytycznie wypowiadali się na temat regulacji art. 168b k.p.k., wskazując, że to rolą sądu, a nie prokuratora, winno być jakiegokolwiek legalizowanie materiałów uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej. Jeden z nich wskazał, że jeśli ustawodawca uważa, że katalog przestępstw pozwalających na stosowanie kontroli operacyjnej jest zbyt wąski, to powinien go zmienić, a nie wprowadzać rozwiązania zastępcze.

Zdaniem innego z sędziów, nawet obecna treść art. 168b k.p.k., interpretowana w sposób zaproponowany w uchwale Sądu Najwyższego<sup>74</sup>, nie pozwala prokuratorowi na procesowe wykorzystanie tak zalegalizowanych materiałów.

- ” *Przepis nie może tak być rozumiany, jak jest rozumiany przez część sądów, że to prokurator będzie wydawał postanowienie o tym, jak dane dowody chce wykorzystać. Jeżeli są nielegalne, to nic z nimi nie można zrobić.*

#### SĘDZIA SĄDU APELACYJNEGO

Rozmówca ten dodał, że skoro polski system prawa karnego nie implementował koncepcji owoców zatrutego drzewa, to prokurator może zaznajomić się z takimi informacjami i wykorzystać wiedzę z tego. Jeżeli wynika z nich konieczność podjęcia czynności w sprawie prowadzonej lub nadzorowanej przez prokuratora, to może to zrobić, np. zlecić przeszukanie w szopie, która została wspomniana w trakcie nagrań z podsłuchów. Nie może jednak, zdaniem rozmówcy, oprzeć na takich dowodach ustaleń faktycznych w prowadzonym przez siebie postępowaniu.

## 6.8 PROCEDURA UZNANIA DOWODU ZA NIEDOPUSZCZALNY

Rozbieżne głosy rozmówców dotyczyły również praktyki sądów dotyczącej momentu, w którym dowody są dyskwalifikowane. Niekiedy następuje to na etapie formalnej oceny dowodu, innym razem dopiero w ramach wyrokowania. W większości rozmówcy nie dostrzegali przy tym powodów, by budować incydentalną procedurę odwoławczą dotyczącą dopuszczalności dowodu. Jeden z sędziów podkreślił jednak konieczność zwrócenia uwagi stron procesowych na to zagadnienie:

- ” *Moim zdaniem [to, że dowód został uznany za niedopuszczalny – red.] powinno znaleźć odzwierciedlenie w protokołach rozprawy. Gdybym miał taką sprawę, w której stwierdziłbym, że podsłuch był bez zgody sądu, to na pewno, w myśl ogólnych zasad rozprawy, zwróciłbym na to uwagę stron i uwzględnił to w protokole, tak, żeby strony mogły zająć stanowisko w tej sprawie.*

#### SĘDZIA SĄDU OKRĘGOWEGO

Zdaniem dwóch rozmówców, decyzja o dopuszczalności dowodu powinna zapadać przed postępowaniem, zanim dowód zostanie ujawniony. Ich zdaniem mogłoby się to odbywać na etapie oceny merytorycznej aktu oskarżenia lub w trakcie posiedzenia wstępnego. Pozwoliłoby to nie wprowadzać wadliwego dowodu do postępowania. W innym wypadku bowiem, ich zdaniem, tworzy się sytuacja nie do odwrócenia.

Jak wskazał jeden z sędziów, nie zawsze jest to jednak możliwe. Dodał, że sąd niekiedy dochodzi do przekonania o niedopuszczalności dowodu dopiero po skonfrontowaniu go z innymi dowodami zgromadzonymi w sprawie. W takim wypadku do dyskwalifikacji danego dowodu może dojść w orzeczeniu końcowym.

Rozmówcy byli również pytani o rozkład ciężaru dowodzenia w przypadku podniesienia przez obronę kwestii niedopuszczalności dowodu, zwłaszcza w przypadku dowodów zgromadzonych na etapie postępowania przygotowawczego.

Jeden z sędziów zwrócił uwagę, że w toku postępowania funkcjonuje zasada domniemania prawidłowości czynności urzędowych. Ciężar udowodnienia okoliczności wskazujących na nieprawidłowe przeprowadzenie czynności spoczywa więc na stronie, która podnosi takie zarzuty, zwykle obrońcy i oskarżonym.

Zdaniem innego z sędziów, nie jest jednak tak, że strona musi przeprowadzić pełny, wiarygodny dowód w tym zakresie. Zdaniem rozmówcy, rolą strony jest uprawdopodobnienie w wysokim stopniu podnoszonych wątpliwości. Jednocześnie rozmówca zaznaczył, że również oskarżyciel nie może być całkowicie bierny.

” *Inicjatywa spoczywa na stronie inicjującej badanie. To taka odwrócona formuła in dubio pro reo.*

### SĘDZIA SĄDU NAJWYŻSZEGO

Dwoje innych sędziów zwracało zaś uwagę, że sąd nie może pozostawać bierny w wypadku podniesienia takiego zarzutu. W ich ocenie musi on przez całe postępowanie weryfikować dowody pod kątem ich dopuszczalności. Jeden z sędziów wskazał, że jeśli znalazłby w materiale dowodowym nagrania z kontroli operacyjnej prowadzonej po upływie terminu, na jaki była zarządzona, zwróciłby się do prokuratury, czy podtrzymuje wniosek dowodowy. Jeśli prokurator by go podtrzymał, to wtedy sędzia wydałby postanowienie o oddaleniu takiego wniosku.

Niemniej, w niektórych wypowiedziach adwokaci zwracali uwagę, że strony nie dysponują możliwością efektywnej weryfikacji tego, w jaki sposób przeprowadzono na etapie postępowania przygotowawczego daną czynność dowodową. Nie zawsze mogą więc uprawdopodobnić kwestionowane przez siebie zarzuty. Część z rozmówców wskazywała, że dobrą receptą byłoby nagrywanie czynności przeprowadzanych w postępowaniu przygotowawczym.

” *Gdyby to było nagrane, to możemy powiedzieć: tu był błąd, tu był błąd i tu. A w oparciu o suche akta, to trudniej wykazać – suchy tekst nie wykazuje mowy ciała, dźwięku, tonu głosu. To powinno być wszystko nagrane – w końcu to są czynności funkcjonariuszy państwa.*

**ADWOKAT**

Z podobnej perspektywy wychodzili niektórzy prokuratorzy i sędziowie, wskazując na konieczność przyjęcia rozwiązań, które wymuszałyby nagrywanie czynności procesowych na etapie postępowania przygotowawczego. Jeden z rozmówców zwrócił uwagę, że powinien być to standard w sprawach o zbrodnie.

## 6.10 KWESTIONOWANIE DOPUSZCZALNOŚCI DOWODU

Co więcej, ankietowani zostali również zapytani o środki, którymi dysponują strony procesowe, chcąc kwestionować dopuszczalność dowodu w toku postępowania.

Wśród dostępnych rozwiązań adwokaci wskazywali głównie kontestowanie dowodu na etapie jego dopuszczania, składanie oświadczeń do protokołu oraz zgłaszanie zastrzeżeń do opinii biegłych. Nie zawsze jest to jednak wskazane.

- ” *Trzeba składać oświadczenia. Ale w praktyce my jako obrońcy nie korzystamy z tego – ja tego nie widzę tak często, bo sądy to denerwuje [...] nie każdy sąd chce, żeby to wpisywać i tu jest już kwestia naszego know-how, czyli jak to zrobić, żeby się z sądem nie zantagonizować.*

**ADWOKAT**

Jedna z adwokatów wskazała na możliwość kontestowania dopuszczalności dowodu za pomocą umiejętnego zadawania pytań w trakcie przeprowadzania kwestionowanego dowodu lub innych dowodów zgromadzonych w sprawie. Zdaniem rozmówcy, takie umiejętnie sformułowane pytania mogą spowodować, że sąd nabierze wątpliwości co do dopuszczalności kwestionowanego przez obronę dowodu.

Zdaniem innego rozmówcy, przestrzeźni do podniesienia części zastrzeżeń może być w niektórych wypadkach dopiero mowa końcowa.

- ” *Czytam te akta i widzę, że świadek został wcześniej rozpytany na notatkę więc muszę się zastanowić, czy to nie była sytuacja ograniczająca wolność wypowiedzi, więc będę to podnosić w mowie końcowej, bo wcześniej nie mam do tego forum. Mogę wnioskować o ponowne przesłuchanie, ale to przecież nie konwaliduje sytuacji związanej ze stworzeniem tej notatki.*

**ADWOKAT**

Zdaniem innego adwokata, jedyną bronią do dyspozycji w tym zakresie jest apelacja. Rozmówca wskazał jednak, że niezwykle trudne jest przy tym wykazanie, że uchybienia z postępowania przygotowawczego miały wpływ na finalny rezultat postępowania.

Z wypowiedzią tą korespondował głos jednego z sędziów, który podniósł jednak, że wątpliwości dotyczące poszczególnych dowodów stosunkowo rzadko docierają na etap postępowania odwoławczego. W jego ocenie, sąd odwoławczy może odnieść się do tych kwestii niemal wyłącznie w sytuacji, gdy obrona podnosi taki zarzut. Nie zawsze jednak jest to skuteczne, czego dowodzi z kolei głos innego z adwokatów:

- ” *Kwestionowanie naruszenia gwarancji proceduralnych w środku odwoławczym naraża mnie na śmieszność i uśmiech politowania ze strony sądu.*

**ADWOKAT**

## 6.11 KONSEKWENCJE UZNANIA DOWODU ZA NIEDOPUSZCZALNY

Wreszcie, rozmówcy byli również pytani o zagadnienie konsekwencji uznania danego dowodu za niedopuszczalny. Jeden z sędziów zwrócił uwagę na oddziaływanie dowodów niedopuszczalnych na sędziów, kreowanie wśród nich określonego nastawienia do postępowania. W efekcie rozmówca podkreślił, że dowody jawnie wadliwe powinny być z akt sprawy usunięte. Nie mogą być niszczone, powinny natomiast być przechowywane odrębnie, na potrzeby kontroli odwoławczej.

- ” *Dopóki jest dowód w aktach sprawy, to on oddziałuje na sędziego.*

**SĘDZIA SĄDU NAJWYŻSZEGO**

## 6.12 DOWODY „ZAGRANICZNE” A KWESTIE NIEDOPUSZCZALNOŚCI DOWODÓW

Rosnąca rola transgranicznej współpracy sądowej powoduje wzrost liczby sytuacji, w których organy polskiego wymiaru sprawiedliwości stawać będą przed potrzebą oceny dopuszczalności dowodu przeprowadzonego lub zabezpieczonego w innych państwach. Z tego powodu jeden z poruszanych wątków dotyczył doświadczeń rozmówców związanych z dowodami pochodzącymi z państw obcych.

Adwokaci, z którymi rozmawialiśmy w większości nie mieli doświadczeń z dowodami zabezpieczonymi za granicą. Inaczej sytuacja wyglądała w grupie prokuratorów i sędziów, w której niektórzy rozmówcy wskazywali na stosunkowo liczne doświadczenia z tym związane.

- ” *To jest standard dzisiaj, Polacy rozjechali się po świecie, popołniają w różnych miejscach przestępstwa i jest potrzeba przeprowadzania takich dowodów.*

### PROKURATOR PROKURATURY REJONOWEJ

Wśród potencjalnych trudności związanych z pozyskaniem dowodu w ramach współpracy międzynarodowej rozmówcy wskazywali m.in. barierę językową, nieodpowiednią jakość tłumaczeń oraz zbyt długi czas potrzebny na pozyskanie danego dowodu. W dowodach uzyskanych w państwach innych niż państwa członkowskie UE jako dodatkową przeszkodę wskazywano brak znajomości tamtejszego systemu, co może utrudniać stronom procesowym rozeznanie się w potencjalnych naruszeniach i podniesienie stosownego zarzutu. Problemem dla niektórych rozmówców pozostawała także jakość materiału dowodowego uzyskanego z innych państw, jak i brak możliwości prostego transponowania dowodu zagranicznego do polskiego postępowania. Niektórzy z rozmówców wskazywali w tym kontekście na sytuacje, w których organy państw obcych nie pozwalały, aby w czynnościach dowodowych przez nie prowadzonych brali udział przedstawiciele polskiej prokuratury lub sądu.

Inną z poruszanych trudności stanowił, oczekiwany przez organy zagraniczne, wymóg dodatkowe zatwierdzenia czynności, np. przedstawienia postanowienia sądu, gdy polska ustawa wymagała jedynie postanowienia prokuratora.

Zdaniem jednej z prokuratorów, w relacjach z niektórymi państwami istotną przeszkodą jest panująca w nich zasada oportunistycznego ścigania. W oparciu o nią organy innych państw odmawiają udzielenia pomocy prawnej, uznając, że, w ich ocenie, sprawa jest zbyt błaha, żeby się w nią angażować.

Jeden z sędziów zwrócił uwagę, że w postępowaniach tego rodzaju pole do uznania niedopuszczalności dowodu jest trochę mniejsze. Zdaniem tego rozmówcy, sądy wydają się przy tym działać w sposób bardziej elastyczny.

- ” *W takich postępowaniach o ekstradycję uznawałem za dopuszczalne dowody przeprowadzone w formie przewidzianej przez prawo amerykańskie, a u nas nieprzewidziane, np. affidavit (pisemne oświadczenie złożone pod przysięgą – przyp. aut.) i zostało to uznane w sądach apelacyjnych – nikt tego nie kwestionował [...].*

### SĘDZIA SĄDU OKRĘGOWEGO

W innej ze spraw rozmówca decydował o ekstradycji polskiego obywatela do państwa obcego oskarżonego o zabójstwo. Był on przesłuchiwany przez funkcjonariuszy tamtejszego wymiaru sprawiedliwości poza jakimkolwiek trybem (przesłuchanie odbyło się w hotelu poza trybem pomocy prawnej). Z nagrania przesłuchania, ocenianego przez polski sąd, wynikało, że podejrzany nie był pouczany o swoich prawach przed rozpoczęciem przesłuchania. Biorąc jednak pod uwagę całość zebranych w postępowaniu dowodów, które uprawdopodobniały popełnienie przestępstwa, rozmówca zwrócił się do przedstawicieli państwa obcego, by wydali zapewnienie, że nie wykorzystają danych zebranych w tym przesłuchaniu w dalszym postępowaniu.

Z kolei inna z sędziów podniosła, że w jednym z jej postępowań pojawił się dowód z przesłuchania w postaci notatki służbowej funkcjonariusza. Pomimo tego, że taki dokument w polskim postępowaniu nie może stanowić dowodu, dopuściła go do postępowania.

” *Uznałam, że nie ma sensu tego kwestionować, skoro w tym kraju taka forma obowiązuje.*

**SĘDZIA SĄDU REJONOWEGO**

## 7 KONKLUZJE

Polski Kodeks postępowania karnego opiera się na zasadzie swobodnej oceny dowodów. – Zgodnie z tą zasadą, sąd i prokuratura zobowiązane są do oceny wszystkich dowodów dopuszczonych do postępowania. Ocena ta powinna opierać się na wewnętrznym przekonaniu organów, ograniczonym zakresem dowodów ujawnionych w trakcie postępowania, zasadami zdrowego rozumowania oraz wskazaniem wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego.

Reguły dopuszczalności dowodu są głównie wyprowadzane z przepisów Kodeksu postępowania karnego. Wykluczają one możliwość dopuszczenia do postępowania dowodów zebranych w określony sposób, pochodzących z określonych źródeł lub pobranych w celu udowodnienia określonych faktów.

Doświadczenia ostatnich lat pokazują pewną tendencję sądów do wprowadzania nowych rodzajów zakazów dowodowych w oparciu o postanowienia Konstytucji i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Dzięki temu procesowi stopniowo poszerzał się katalog dowodów niedopuszczalnych, co najlepiej obrazuje przypadek dowodów pochodzących z niedozwolonych tajnych metod śledczych. Procesowi temu sprzyjała reforma Kodeksu postępowania karnego z 2013 r., która weszła w życie 1 lipca 2015 r. i ustanowiła w art. 168a zakaz wykorzystywania dowodów uzyskanych w wyniku czynu zabronionego.

Reforma postępowania karnego, która weszła w życie w kwietniu 2016 r., miała na celu zatrzymanie tego procesu i zastosowanie zakazów dowodowych jedynie do przypadków wprost wskazanych w przepisach Kodeksu postępowania karnego. Nowe brzmienie art. 168a wprowadziło tzw. odwrócony zakaz dowodowy, który obowiązywał sądy do przeprowadzenia dowodu mogącego budzić wątpliwości co do jego legalności, zwłaszcza w kontekście Konstytucji i prawa międzynarodowego.

Niemniej, wbrew intencji ustawodawcy, wprowadzenie nowego brzmienia art. 168a zmotywowało niektóre sądy do podkreślenia w swoim orzecznictwie konieczności uwzględnienia standardu konstytucyjnego i konwencyjnego przy wydawaniu rozstrzygnięć w kwestii dopuszczalności dowodów.

Nie oznacza to jednak, że problem związany z interpretacją art. 168a k.p.k. przestał obowiązywać – wciąż istnieje ryzyko, że niektóre organy procesowe będą stosować art. 168a zgodnie z pierwotnymi intencjami ustawodawcy. Powyższe może doprowadzić do rozstrzygnięć, w wyniku których końcowy wynik postępowania będzie oparty na dowodach uzyskanych z naruszeniem praw i wolności jednostek.

Doświadczenia Polski związane z wprowadzeniem do postępowania karnego art. 168a k.p.k., połączone z brakiem możliwości niezależnej oceny konstytucyjności tego przepisu, powinny być przyczynkiem do debaty nad silniejszym zaakcentowaniem na płaszczyźnie prawa UE zasad dopuszczalności dowodów. Powyższe powinno przyczynić się do zainicjowania debaty nad położeniem większego nacisku na wspólne unijne standardy dotyczące zasad dopuszczalności dowodów w prawie UE. Oczywistym jest, że istnienie takich standardów w prawie unijnym znacznie ułatwiłoby działania mające na celu zakwestionowanie norm wynikających z art. 168a, tworząc sądom krajowym możliwość kwestionowania ich poprzez zadawanie pytań prejudycjalnych do TSUE.

Omawiając krajowe regulacje dotyczące dopuszczalności dowodów należy podkreślić, że charakteryzują się one brakiem skutecznej implementacji dyrektyw unijnych dotyczących dostępu do pomocy obrońcy i domniemania niewinności. Doprowadziło to do sytuacji, w której obie te dyrektywy zostały wdrożone jedynie teoretycznie, a ich wpływ na kształt postępowania karnego w Polsce jest iluzoryczny. Jest to szczególnie widoczne w kontekście prawa jednostki do skutecznego środka odwoławczego, gwarantowanego



zarówno przez dyrektywy, jak i art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej. W rezultacie, na gruncie polskiego postępowania karnego ograniczona została zasada domniemania niewinności podejrzanych, dopóki ich wina nie zostanie udowodniona zgodnie z prawem.

Niemal każdy z obrońców biorących udział w ankiecie zwracał uwagę na niedostatki w zakresie proceduralnych aspektów dotyczących dopuszczania wątpliwych dowodów do postępowania karnego. Rozmówcy wskazywali, że orzeczenia sądów I instancji w przedmiocie dopuszczalności dowodu mogą być kwestionowane jedynie w postępowaniu odwoławczym od wyroku wydanego w sprawie. W takim przypadku przepisy dotyczące procedury odwoławczej wymagają od stron postępowania wykazania wpływu zarzucanego naruszenia prawa procesowego (dopuszczenia dowodu) na ostateczny wynik postępowania.

Choć wyniki przeprowadzonego badania nie dostarczyły jasnych wskazówek, jak według rozmówców powinien wyglądać docelowo mechanizm dopuszczalności dowodów, wynika z niego jednoznacznie potrzeba wzmocnienia obecnych regulacji poprzez wprowadzenie przepisów, które zmusiłyby organy procesowe do fizycznego usunięcia z akt sprawy dowodów uznanych za niedopuszczalne.

Należy również zastanowić się przewartościowaniem krajowych przepisów w zakresie dopuszczalności dowodów. Oczywistym jest przy tym, że konkretny kształt nowych rozwiązań ustawowych będzie niewątpliwie trudny do sprecyzowania. Niemniej, powiązanie go z ochroną praw i wolności jednostki zapisanych w przepisach prawa międzynarodowego oraz krajowych porządkach konstytucyjnych wydaje się naturalnym.

Otwartym pozostaje jednak pytanie, czy w kontekście każdego z praw ochrona ta powinna przysługiwać w takim samym zakresie i jednakowo silnie. Kolejną kwestią do rozstrzygnięcia pozostaje, czy naruszenia tych praw należałoby oceniać samoistnie, czy też badać ich wpływ na końcową rzetelność postępowania. Orzecznictwo ETPC w tej mierze jest niejednorodne i nie dostarcza jednoznacznych odpowiedzi.

Wśród innych rodzących się pytań naturalnie nasuwają się te odnoszące się do kwestii popełnienia przestępstwa przy uzyskaniu dowodu, w tym tego, czy działanie sprawcy przestępstwa w celu uzyskania dowodu powinno mieć w tej mierze znaczenie. Niejasne jest również to, czy kierunek działania dowodu (pozytywny albo negatywny wpływ na sytuację procesową podejrzanego) powinien wpływać na reguły dotyczące dopuszczalności dowodu. W końcu, należałoby rozstrzygnąć, jak kwestia niedopuszczalności dowodu pierwotnego wpływa na dopuszczalność dowodów pośrednich, uzyskanych wyłącznie dzięki informacjom płynącym z dowodu pierwotnie „skażonego”.

Wreszcie, należałoby rozważyć, czy mechanizm eliminacji dowodów powinien mieć charakter bezwzględny, nie pozostawiający jakiegokolwiek swobody decyzyjnej organom stosującym prawo, czy też powinien zawierać odesłania do wyrażenia o charakterze ocennym, pozostawiając znaczny margines uznania organom stosującym prawo.

Ostatni z problemów wymagających bezpośredniej odpowiedzi odnosi się do konsekwencji procesowych nieobecności obrońcy podczas pierwszego przesłuchania podejrzanego. Mimo że zarówno prawo UE, jak i orzecznictwo ETPCz nie wymagają, by uznawać uzyskane w ten sposób wyjaśnienia oskarżonego za niedopuszczalne, zasadnym wydaje się wprowadzenie takiego wymogu, zwłaszcza w stosunku do podejrzanych należących do grup wrażliwych.

Institucje Unii Europejskiej powinny rozważyć:

- rozwijanie prawodawstwa w obszarze reguł dopuszczalności dowodów, w tym ustalenie wspólnego minimalnego standardu dla dopuszczalności dowodów w postępowaniu karnym.

Polski parlament powinien rozważyć:

- podjęcie działań w celu zagwarantowania skutecznego wdrożenia unijnych dyrektyw dotyczących postępowania karnego, w tym dyrektywy 2016/343/UE w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym oraz dyrektywy 2013/48/UE w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności oraz do komunikowania się z osobami trzecimi oraz z organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności;
- przyjęcie nowelizacji art. 168a k.p.k. i ponowne uznanie za niedopuszczalne dowodów uzyskanych w postępowaniu karnym za pomocą czynu zabronionego;
- uchylene art. 168b i art. 237a k.p.k.;
- zagwarantowanie rozwiązań obligujących do fizycznego usuwania z akt postępowania karnego rezultatów czynności dowodowych uznanych za niedopuszczalne;
- wprowadzenie do k.p.k. obowiązku nagrywania obrazu i dźwięku wszystkich przesłuchań podejrzanych dokonywanych bez obecności obrońcy;
- przyjęcie systemu przyznawania pomocy prawnej ze środków publicznych powiązanego ze zmniejszeniem liczby organów zaangażowanych w powoływanie z urzędu obrońcy, jak również zminimalizowaniem czasu oczekiwania na ustanowienie obrońcy;
- wprowadzenie procedury zrzeczenia się przez podejrzanego prawa do pomocy adwokata, gwarantując tym samym, że decyzja ta będzie miała charakter wyraźny i świadomy. Zmiana ta powinna obejmować m.in. modyfikację formularza pouczenia o prawach podejrzanego, przekazywanego przed przesłuchaniem;
- ustanowienie zakazu wykorzystywania w trakcie postępowania zeznań złożonych podczas przesłuchania, które nie zostało nagrane audio-video, a było prowadzone bez obrońcy, którego obecność była obowiązkowa.

Polskie organy wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych powinny:

- kontynuować bezpośrednio stosowanie Konstytucji i EKPC przy dokonywaniu wykładni art. 168a, 168b i 237a k.p.k.