

Dr Dorota Karczmarska
Katedra Kryminalistyki i Prawa Dowodowego
UMCS w Lublinie

Dowody w znowelizowanej procedurze karnej – zagadnienia wybrane
Evidence in amended criminal procedure – selected issues

Streszczenie

Artykuł zawiera rozważania poświęcone niektórym unormowaniom wprowadzonym nowelą k.p.k. z 2016. Jednym z nich jest z 168a k.p.k., który przewiduje dopuszczalność nielegalnie uzyskanego dowodu. Ani naruszenie przepisów postępowania, ani popełnienie czynu zabronionego w celu zdobycia nie stanowią obecnie przeszkód uniemożliwiających przeprowadzenie dowodu. Wyjątek stanowi jedynie dowód uzyskany w wyniku popełnienia przez funkcjonariusza publicznego zabójstwa, umyślnego uszkodzenia ciała lub pozbawienia wolności. Przepis ten jest trudny do zaakceptowania z punktu widzenia założeń państwa prawnego (legalizuje dowód pochodzący z czynu zabronionego) i niefunkcjonalny z punktu widzenia praktyki. Powinien zostać uchylony lub zmieniony.

Art. 168b przewiduje uprawnienie prokuratora do wydania decyzji w kwestii korzystania w procesie karnym wyników kontroli operacyjnej, zawierających informacje o przestępstwie innym niż objęte zarządzeniem kontroli. Na tle tego unormowania pojawia problem dopuszczalności wykorzystania materiałów dotyczących przestępstw, które nie mogą być zwalczane w drodze stosowania kontroli operacyjnej.

Ponadto artykuł podejmuje tematykę związaną z dopuszczeniem dowodów przed rozprawą główną (art. 352 k.p.k.) oraz postępowaniem w przedmiocie zastosowania środków zabezpieczających (art 354a k.p.k.).

Summary

This study deals with some provisions adopted with Amendment of 2016. One of them is amended art. 168a Code of CP, which provides for admissibility of illegally obtained evidence. Neither violation of criminal law, nor breaching provisions of criminal procedure are obstacles preventing taking evidence in proceedings. The Article provides for one exception, i.e. inadmissibility of evidence obtained as a result of homicide, intentional causing bodily harm or deprivation of liberty

committed by a public official. This provision is difficult to accept in view of the rule of law (as it validates evidence obtained with committing an prohibited act) and nonfunctional in practice, so it should be eliminated or amended.

Article 168b provides for public prosecutor's right to settle the issue of using the results of operational control in criminal proceedings, when these results do not relate to the crime covered by judicial order of operational control. Against this background there is a problem of results related to crimes which cannot be combated with operational control at all.

Furthermore the study discusses issues of admitting evidence before trial (art. 352 CCP) and proceedings for applying protective measures (art. 354a CCP).

Słowa kluczowe: dowód, dowód uzyskany nielegalnie, kontrola operacyjna, opinia biegłego, posiedzenie przed rozprawą, środki zabezpieczające, przesłuchanie biegłego

Key words: evidence, evidence illegally obtained, operational control, expert's opinion, session before main hearing, protective measures, examination of an expert.

I. Ustawa z marca 2016 r. zmieniająca kodeks postępowania karnego¹ wprowadza model postępowania dowodowego odmienny niż ten, który został ukształtowany w wyniku nowelizacji z września 2013 r.², przywracając zniesione wcześniej gwarancje prawdy materialnej. Dawne brzmienie odzyskały więc np. przepisy, których treść w wersji przyjętej w 2013 r., wskazywała na to, że zasada prawdy materialnej pozostanie raczej w sferze deklaracji, niż konsekwentnego procesowego urzeczywistnienia. Trudno bowiem o inny wniosek w kontekście zmodyfikowanych nowelą z 2013 r. art. 2 §1 pkt 1 k.p.k. i art. 5 §2 k.p.k., z których pierwszy był wyrazem minimalistycznych dążeń ustawodawcy, skoro stanowił, że uniknięcie odpowiedzialności karnej powinno być atrybutem osoby, której nie udowodniono winy, nie zaś atrybutem osoby niewinnej, zaś drugi przewidywał, że na korzyść oskarżonego należy rozstrzygać wątpliwości co prawda możliwe do usunięcia, ale utrzymujące się dlatego, że strony nie wykazały wystarczającej aktywności dowodowej, a sąd nie znalazł przesłanek dopuszczenia dowodu z urzędu. W myśl obecnie obowiązującego art. 2 §1 pkt 1 k.p.k. - celem postępowania karnego jest, jak dawniej, uwolnienie od odpowiedzialności karnej osoby niewinnej, natomiast zgodnie z art. 5 §2 k.p.k. na korzyść oskarżonego rozstrzyga się wątpliwości nieusuwalne. Istota zmian proceduralnych tkwi jednak w tym, że sąd przestał być jedynie „arbitrem” rozstrzygającym spór pomiędzy stronami,

1 Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 poz. 437).

2 Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2013, poz. 1247).

uprawnionym do inicjatywy dowodowej tylko w wyjątkowych sytuacjach, lecz ponownie stał się podmiotem formalnego obowiązku dowodzenia (art. 167 k.p.k.)³.

Odejście od w pełni kontradiktoryjnego modelu postępowania dowodowego należy ocenić pozytywnie, ale warto zwrócić uwagę, że nowelizacja z 2016 r. wprowadziła lub utrzymała także unormowania dyskusyjne i niełatwe w interpretacji.

II. Jedno z takich unormowań przewiduje zmieniony art. 352 k.p.k., który w pierwotnej wersji przyznawał prawo inicjatywy dowodowej prezesowi sądu, a następnie – w sposób spójny z ideą rozszerzania kontradiktoryjności procesu – nowela z 2013 r. wyeliminowała działanie organu z urzędu i wprowadziła rozwiązanie, w myśl którego przewodniczący składu orzekającego po rozpoznaniu wniosków dowodowych dopuszczał dowody i zarządzał ich sprowadzenie na rozprawę. W świetle aktualnej redakcji art. 352 k.p.k. dowody przed rozprawą dopuszcza przewodniczący składu orzekającego na wniosek strony albo sąd, działając z urzędu. Przepis ten odsyła do art. 368 k.p.k., nakazując jego odpowiednie stosowanie. Oznacza to, że w sferze decyzji przewodniczącego składu jest tylko pozytywne rozstrzygnięcie wniosku dowodowego strony i tylko pod warunkiem, że inna strona nie sprzeciwiła się wnioskowi. Dopuszczenie dowodu mimo sprzeciwu innej strony oraz oddalenie wniosku dowodowego przekracza uprawnienia przewodniczącego składu, o czym stanowi art. 368 k.p.k., stosowany „odpowiednio”.

Na marginesie warto zwrócić uwagę, że obecnie art. 352 k.p.k. normuje aktywność dowodową tych samych podmiotów, co art. 368 k.p.k. (przewodniczącego składu orzekającego oraz sądu), stosowanie drugiego z wymienionych uregulowań nie wymaga więc modyfikacji niezbędnej na gruncie poprzednich stanów prawnych⁴, a tym samym przepis ten stosuje się do rozstrzygnięć dowodowych przed rozprawą „wprost”, nie zaś „odpowiednio”.

Ponadto wątpliwości nasuwa użycie w treści art. 352 k.p.k. spójnika „albo”, który jest funktorem alternatywy rozłącznej, a to oznacza, że może zostać zrealizowana tylko jedna z dwu możliwości będących członami wyrażenia, tzn. aktywność przewodniczącego albo aktywność sądu, ponieważ przepis ten interpretowany dosłownie i zgodnie ze wskazaniem logiki nie przewiduje ich kumulacji. W praktyce oznaczałoby to, że jeśli przewodniczący dopuści dowód na wniosek strony przed rozprawą główną, to na tym etapie sąd nie będzie mógł działać z urzędu, zatem dopuszczenie dowodu, o który żadna ze stron nie wnioskowała nastąpi już na rozprawie, a dowód zostanie

3 Jak jednak trafnie zauważa R. Kmieciak instrukcyjność sądowa ma charakter subsydiarny w stosunku do inicjatywy dowodowej stron jako podmiotów zainteresowanych konkretnym rozstrzygnięciem w sprawie. Zob. *O prawdzie i prawdziwości ustaleń faktycznych (z rozważań o roli kryminalistyki w przyszłym procesie karnym)*, w: B. Sygít (red.) *Złota księga jubileuszowa Profesora Brunona Hołysty*, Łódź 2015, s. 307

4 Wbrew twierdzeniu Projektodawcy, nowela z 2016 r. nie przywraca pierwotnej treści unormowania z art. 352 k.p.k., lecz kształtuje je w sposób dotychczas nieznanemu kodeksowi. Zob. *Uzasadnienie Projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw* (druk nr 207) <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/0DCDFBC92E81FB4CC1257F47004B0C7D/%24File/207.pdf>

sprowadzony dopiero na kolejny jej termin, co w sposób oczywisty przyczyni się do wydłużenia postępowania. Trudno zakładać, aby tego rodzaju konsekwencje były objęte zamiarem ustawodawcy, raczej należałoby potraktować obecną redakcję art. 352 k.p.k. w kategoriach usterki legislacyjnej niemającej decydującego znaczenia w toku wykładni tego przepisu.

Niezależnie od tych zastrzeżeń trzeba bowiem podkreślić, że z treści art. 352 k.p.k. pośrednio wynika konieczność kierowania każdej sprawy na posiedzenie, jest to bowiem jedyne - poza rozprawą – znane k.p.k. forum wydawania orzeczeń, w tym postanowień dowodowych, przez sąd (art. 95 §1 k.p.k.). Przepis art. 352 k.p.k. stanowi w ten sposób samodzielną podstawę wyznaczania posiedzeń przed rozprawą, odrębną w stosunku do art. 349 k.p.k. dotyczącego jedynie tych spraw, co do których prognozuje się długotrwałość rozprawy (co najmniej 5 terminów)⁵. O ile jednak przepisy art. 349 §4-7 normują udział stron w posiedzeniu przygotowawczym oraz jego przebieg, o tyle posiedzenie wyznaczone na podstawie art. 352 k.p.k. podlega jedynie ogólnym regulacjom dotyczącym tego forum orzekania (art. 95-96 k.p.k.).

III. Nowelą z 2016 r. zmodyfikowany został art. 168a k.p.k. - jeden z najbardziej dyskusyjnych przepisów, które wprowadziła zmieniająca k.p.k. z 2013 r. W pierwotnej wersji przepis ten zakazywał przeprowadzenia i wykorzystania dowodu uzyskanego dla celów procesowych za pomocą czynu zabronionego przewidzianego w art. 1 §1 k.k. Obecnie art. 168a k.p.k. stanowi natomiast, że dowód w ten sposób zdobyty nie jest niedopuszczalny, *chyba że (...)* *został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności*⁶. W ten sposób ustawodawca przyjął skądinąd kontrowersyjny w państwie prawa rozwiązanie wprost „legalizujące” – choć tylko w sferze procesowej - przestępny sposób uzyskiwania dowodów, wprowadzając jedynie wąsko ujęty wyjątek nawiązujący do trzech typów czynów zabronionych⁷.

W doktrynie procesu karnego problem trybu dyskwalifikacji dowodu nie jest nowy, pojawił się już bowiem w związku z ustanowionymi w art. 171 k.p.k. zakazami stosowania określonych

5 Na ten temat zob. M. Klejnowska, *Posiedzenie przygotowawcze sądu karnego przed rozprawą*, „Prokuratura i Prawo” 2014 nr 7-8, s. 20 i n.; D. Drązewicz, *Posiedzenie przygotowawcze w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2016 nr 6, s. 99 i n.

6 Aktualne brzmienie przepisu skłania do jego nadinterpretacji, w świetle której niedopuszczalny jest dowód uzyskany np. w wyniku zatrzymania osoby podejrzanej, będącego w istocie pozbawieniem wolności w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych przez funkcjonariusza publicznego (policjanta).

7 Projekt nowelizacji k.p.k. z 23 grudnia 2015 r. przewidywał uchylenie art. 168a k.p.k. w redakcji z 2013 i powrót do sytuacji *ex ante*, co spotkało się z pozytywną opinią R. Kmiecika o Projekcie, przekazaną Ministrowi Sprawiedliwości w lutym 2016 r. Autor zaproponował ewentualne wprowadzenie przepisu o treści następującej: *Jeżeli istnieje podejrzenie, że dowód rzeczowy lub dokument uzyskany został w sposób naruszający prawo, sąd oceni wstępnie jego przydatność dowodową, uwzględniając znaczenie dowodu dla ustalenia istotnych okoliczności sprawy oraz wagę uchybień popełnionych podczas uzyskiwania tego dowodu. Przepisu nie stosuje się do dowodu z dokumentu, którego przeprowadzenie jest zabronione*. Jednak ani ta propozycja, ani pierwotny zamysł uchylenia art. 168a k.p.k. nie zostały zrealizowane.

sposobów przesłuchania. Wskazywano brak regulacji dotyczących wyłączenia dowodu z zeznań lub wyjaśnień uzyskanych z naruszeniem warunków prawidłowości przesłuchania np. wymuszonych groźbą bezprawną lub przemocą, przede wszystkim brak jednoznacznego wskazania, czy w ramach aposteriorycznej oceny niezbędne jest wydanie odrębnej incydentalnej decyzji stwierdzającej, że uzyskane oświadczenia nie mogą stanowić dowodu i jaki poziom poznania powinny reprezentować ustalenia stanowiące przesłanki tej decyzji⁸. Podobne kwestie wyłaniają się na tle problematyki art. 168a k.p.k., jednak o ile przewidziana w art. 171 §7 k.p.k. dyskwalifikacja dowodu jest konsekwencją nierespektowania określonych w tym przepisie negatywnych warunków prawidłowości czynności procesowej (przesłuchania), o tyle wyłączenie dowodu na podstawie art. 168a k.p.k. następuje w ze względu na naruszenie zakazu prawnokarnego, a więc normy nieprocesowej.

Art. 168a k.p.k. nie przewidywał w wersji pierwotnej i nie przewiduje obecnie wymagania, aby, na wzór wznowienia postępowania sądowego *propter crimen*, popełnienie czynu zabronionego zostało stwierdzone w prawomocnym wyroku (por. art. 540 §1 w zw. z art. 541 §1 k.p.k.). Sprzyja to formułowaniu poglądów, w myśl których sąd lub prokurator rozstrzygają w przedmiocie dopuszczalności dowodu na podstawie samodzielnie dokonanych ustaleń w tym zakresie⁹. Oznacza to konieczność zainicjowania ubocznego nurtu dowodzenia, obok nurtu głównego obejmującego okoliczności przestępstwa zarzuconego w akcie oskarżenia lub wskazanego w postanowieniu o wszczęciu postępowania. W opozycji do tego poglądu pozostaje stanowisko R. Kmiecika¹⁰, który nie uznaje za możliwe zweryfikowanie w ramach „procesu w procesie” podniesionego przez oskarżonego zarzutu, że dowody zgromadzone przeciwko niemu zasługują na wyłączenie w oparciu o art. 168a k.p.k.

Przedstawione poglądy zostały sformułowane w odniesieniu do pierwotnej treści omawianego przepisu, niemniej jego nowelizacja również nie spowodowała ostatecznego usunięcia wątpliwości dotyczących postępowania w przedmiocie wyłączenia dowodu pochodzącego z czynu zabronionego. Jeżeli jednak na gruncie pierwotnej wersji art. 168a k.p.k. istniały racje przemawiające przeciwko samodzielnemu ustalaniu czynu zabronionego przez sąd lub inny organ procesowy, który orzeka o wyłączeniu dowodu, to na gruncie aktualnego stanu prawnego racje te przemawiają tym bardziej przeciwko takiemu rozwiązaniu. Pierwotnie bowiem sankcja eliminacji dowodu oddziaływała bez żadnych ograniczeń przedmiotowych lub podmiotowych, natomiast

8 Zob. Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Kraków 2005, s. 364-369 i powoływana tam literatura.

9 A. Lach, *Dopuszczalność dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa w postępowaniu karnym*, „Państwo i Prawo” 2014 z. 10, s. 51; K. Federowicz, *Zakaz dowodowy z art. 168a Kodeksu postępowania karnego (część III)*, „Przeгляд Sądowy”, 2015 nr 10, s. 94.

10 R. Kmiecik, *Kontrowersyjne unormowania w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2015 nr 1-2, s. 19-20.

obecnie prawnomaterialna klauzula wyłączenia funkcjonuje tylko w stosunku do dowodów uzyskanych w wyniku wybranych rodzajów czynów zabronionych, mających, w granicach art. 168a k.p.k., charakter indywidualny. O ile więc np. umyślność sprawcy uszkodzenia ciała nie miała – z punktu widzenia dawnego art. 168a k.p.k. – znaczenia prawnego, o tyle teraz ustalenie zamiaru popełnienia tego czynu jest konieczne, jako że spowodowanie uszkodzenia ciała w sposób nieumyślny nie stanowi czynu dyskwalifikującego dowód.

Wynikiem aktywności poznawczej w realizowanej w trybie incydentalnym może być co najwyżej ustalenie istotnych okoliczności na poziomie uprawdopodobnienia, nie zaś udowodnienia. Trudno bowiem, aby organ mógł w incydentalnym trybie ustalić w sposób niebudzący wątpliwości wszystkie fakty odpowiadające przedmiotowej i podmiotowej stronie czynu i przypisać ten czyn konkretnemu funkcjonariuszowi publicznemu. Sąd lub prokurator nie dysponują uprawnieniami do uzyskania od niego np. materiału w postaci odcisków lub próbek biologicznych niezbędnych do przeprowadzenia ekspertyz, skoro nie ma on w postępowaniu statusu oskarżonego (podejrzanego) i tym samym obowiązku poddania się dla celów dowodowych badaniom lub czynnościom przewidzianym w art. 74 §2 k.p.k.

Nie można więc wykluczyć, że po rozpoznaniu sprawy w nowym postępowaniu zapadnie odmienne rozstrzygnięcie niż to, które legło u podstaw decyzji dowodowej¹¹. Chodzi o sytuację gdy po uprawomocnieniu się orzeczenia w sprawie okaże się, iż dopuszczony i wykorzystany w tej sprawie dowód został uzyskany w wyniku przestępstwa, a zatem zasługiwał na dyskwalifikację. Wówczas ustalony w prawomocnym wyroku skazującym wydanym w innym postępowaniu czyn funkcjonariusza publicznego dyskwalifikujący dowód będzie stanowił podstawę *propter crimen* wznowienia prawomocnie zakończonego postępowania *sądowego* (art. 540 §1 w zw. z art. 541 §1 k.p.k.). Jeżeli jednak funkcjonariusz publiczny zostałby uniewinniony od zarzuczonego mu czynu, np. zabójstwa na tej podstawie, że działał w obronie koniecznej, a tym samym jego zachowanie nie stanowiło czynu zabronionego w rozumieniu art. 1§1 k.k., to odrzucony, mimo braku przesłanek określonych w art. 168a k.p.k., dowód zostanie uznany za „nowy” w rozumieniu art. 540 §2 k.p.k.¹² i zaistnieje podstawa wznowienia postępowania *propter nova*, ale tylko w przypadku

11 O tym zob. A. Lach, *Dopuszczalność...*, s. 52.

12 Należy jednak odnotować wyraźny, choć niekoniecznie dominujący w orzecznictwie Sądu Najwyższego, kierunek wykładni tego przepisu, zgodnie z którym dowód który był znany sądowi podczas trwania procesu, lecz nie został włączony do podstawy ustaleń faktycznych, nie może być podstawą wznowienia *propter nova*. Zob. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 1139 oraz S. Zabłocki w: Z. Gostyński (red.) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. II*, Dom Wydawniczy ABC 1998, s. 723 i przytoczona przez autora teza postanowienia z 31 października 1975 r., (II KO 19/75): *Dowody, których istnienie znane było sądowi, ale które ze względów proceduralnych nie podlegały ujawnieniu na rozprawie (...) i nie mogły stanowić podstawy wyroku (...) nie są w rozumieniu art. 474 §1 pkt 2 (obecnie art. 540 §1 pkt 2) k.p.k. dowodami nowymi, ujawnionymi po wydaniu orzeczenia i nieznanymi przedtem sądowi. W myśl powyższej tezy wznowienie propter nova nie byłoby dopuszczalne w oparciu o dowód odrzucony przez sąd z powodów wskazanych w art. 168a k.p.k.,*

wyroku skazującego oraz umarzającego lub warunkowo umarzającego postępowanie, o ile błędnie przyjęto w nim popełnienie przez oskarżonego zarzuczonego czynu (art. 540 §1 pkt 2 lit. a-c k.p.k.). Jedyny możliwy kierunek wzruszenia prawomocnego orzeczenia w drodze wznowienia postępowania sądowego to kierunek „na korzyść” skazanego lub oskarżonego.

Ponadto, przy założeniu, że sąd samodzielnie ustala popełnienie czynu zabronionego wymienionego w art. 168a k.p.k. można wątpić, czy niezasadne – w świetle ustaleń dokonanych później w ramach innego postępowania - wyłączenie dowodu, będzie można uznać za uchybienie procesowe i podnosić jako zarzut apelacyjny. Jeśli bowiem w chwili rozstrzygnięcia w przedmiocie dopuszczalności dowodu sąd lub prokurator dysponował wiarygodnymi (uprawdopodobnionymi) danymi wskazującymi na to, że dowód został uzyskany za pomocą czynu zabronionego, to odrzucenie dowodu nie było bezpodstawne¹³. Wprost przeciwnie, gdyby sąd, pominał okoliczności wskazujące na to, że dowód może pochodzić z czynu zabronionego i włączył go do podstawy dowodowej wyroku, dopuściłby się obrazy art. 168a k.p.k.

Aby uniknąć sytuacji polegających na tym, że ustalenia dotyczące czynu zabronionego dokonane przez organ rozstrzygający w przedmiocie dopuszczalności dowodu zostaną zakwestionowane w prawomocnym wyroku sądu wydanym w innym postępowaniu, należałoby skorzystać z rozwiązania, które A. Lach¹⁴ odrzuca, słusznie akcentując jego dysfunkcjonalność. Tak więc, jeśli ujawnią się okoliczności wskazujące na to, że dowód został uzyskany w warunkach określonych w art. 168a k.p.k., sąd lub prokurator zawiesza postępowanie karne do czasu prawomocnego wyroku rozstrzygającego kwestię odpowiedzialności karnej funkcjonariusza publicznego za zarzuczone mu zabójstwo, umyślne uszkodzenie ciała lub pozbawienie wolności.

Przed wszystkim jednak na rzecz wszczęcia innego postępowania przed rozstrzygnięciem w przedmiocie dopuszczalności dowodu przemawiają względy gwarancyjne. Przy aktualnym brzmieniu art. 168a k.p.k., utrzymującym zakaz jedynie do dowodów uzyskanych w związku z niektórymi czynami zabronionymi popełnionymi przez funkcjonariusza publicznego, nie jest możliwe zastosowanie dyskusyjnego już na gruncie pierwotnej wersji przepisu rozwiązania, aby organ procesowy podejmując decyzję o wyłączeniu dowodu unikał przypisania winy konkretnej osobie, ze względu na konieczność poszanowania zasady domniemania niewinności¹⁵. Uzasadniając taką decyzję, sąd musi bowiem „spersonalizować” funkcjonariusza publicznego jako sprawcę czynu zabronionego po to, aby wykazać, że zostało spełnione podmiotowe kryterium

13 Podobnie jak nie stanowi obrazy przepisów postępowania oddalenie wniosku strony o odczytanie treści dokumentu, który został zagubiony lub skradziony, a następnie – po zakończeniu postępowania w I instancji – odzyskany. Wydając postanowienie dowodowe sąd wypełnił bowiem dyspozycję art. 170 §1 pkt 4, a późniejsza zmiana sytuacji faktycznej (odnalezienie dokumentu) nie podważa zasadności tej decyzji.

14 A. Lach, *Dopuszczalność...*, s. 51

15 *Ibidem*, s. 52. Autor przyznaje jednak, że w niektórych sytuacjach nie będzie to (...) łatwe.

wyłaczenia dowodu. Tego rodzaju stwierdzenia mogą się znaleźć w uzasadnieniu incydentalnej decyzji dowodowej tylko pod warunkiem, że wcześniej nastąpiło prawomocne rozstrzygnięcie kwestii odpowiedzialności karnej funkcjonariusza za zarzucone mu zabójstwo, umyślne uszkodzenie ciała lub pozbawienie wolności. Niezbędne jest zatem wszczęcie innego postępowania, w którym funkcjonariusz publiczny oskarżony o popełnienie czynu zabronionego w celu zdobycia dowodu korzysta z prawa do obrony i gwarancji wynikających z domniemania niewinności.

O tym, że nowelizacja art. 168a k.p.k. znacznie złagodziła kryteria legalności dowodu świadczy nie tylko zniesienie zakazu korzystania z dowodów zdobytych w wyniku czynu zabronionego, ale także ustanowienie w tym przepisie reguły, zgodnie z którą „nie można uznać dowodu za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania (...)”.

O ile jednak popełnianie przez funkcjonariuszy publicznych umyślnych przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności należy traktować jako rzadko spotykane przejawy patologii w działalności służb publicznych i mieć nadzieję, że sądy sporadycznie będą korzystać z art. 168a k.p.k. w zakresie, w jakim przepis odnosi się do dowodów tą drogą uzyskanych, o tyle przypadki naruszenia przepisów postępowania w toku przeprowadzania czynności dowodowych trudno byłoby uznać za wyjątkowe w praktyce procesowej. Nie powodują one jednak – co podkreśla się w piśmiennictwie - bezskuteczności czynności dowodowej i niedopuszczalności środka dowodowego, aczkolwiek wadliwość czynności, o ile nie nastąpi jej usunięcie w drodze konwalidacji, może stanowić podstawę zarzutu odwoławczego i prowadzić do uchylecia wyroku¹⁶.

Sankcja niedopuszczalności dotyka natomiast tych dowodów, które zgromadzono w związku z przekroczeniem bezwzględnego zakazu dowodowego lub przełamaniem gwarancji wynikających z prawa oskarżonego do obrony. Tymczasem z treści art. 168a k.p.k. wynika, że każdy wadliwy dowód może kształtować podstawę faktyczną orzeczenia, niezależnie od rangi uchybienia, które zostało popełnione w toku jego przeprowadzania. Trudno bowiem inaczej zinterpretować sformułowanie, że *dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania*, skoro przepisy zakazujące dokonywania określonych czynności (art. 178 k.p.k.) lub stosowania określonych metod (art. 171 §5 k.p.k.) są „przepisami postępowania” w rozumieniu art. 168a k.p.k.

Ta regulacja ma zapewne przeciwdziałać stosowaniu w praktyce reguły „owoców zatrutego drzewa”, pozwalającej eliminować każdy dowód uzyskany w wyniku czynności przeprowadzonej w warunkach naruszenia przepisów procesowych, choćby nawet związek pomiędzy dowodem a wadliwą czynnością był tylko pośredni. Dążenie do powstrzymania rygoryzmu prawnego w

¹⁶ Tak R. Kmiecik, *Konwalidacja i konwersja wadliwych dowodów w procesie karnym*, PiP 1989 z. 5, s. 98.

odniesieniu do dowodów zasługuje wprowadzić na akceptację¹⁷, ale musi budzić zastrzeżenia unormowanie, którego treść stoi w sprzeczności z regulacjami k.p.k. przewidującymi bezwzględne zakazy dowodowe oraz niedopuszczalność dowodu uzyskanego w drodze ich naruszenia.

Ocena art. 168a k.p.k. w aktualnej postaci wypada więc negatywnie i należałoby postulować jego uchylenie. W odniesieniu do kwestii dowodów uzyskanych w wyniku czynu zabronionego wydaje się, że warto rozważyć legislacyjną realizację propozycji R. Kmiecika, opartej na konstrukcji *skuteczności zawieszanej, tj. uzależnionej od pociągnięcia do odpowiedzialności karnej funkcjonariusza publicznego, który dopuścił się działań przestępnych w związku z postępowaniem dowodowym*¹⁸. Rozwiązanie to pozwala zachować dowód niezależnie od rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności karnej tej osoby, a jedynie oportunistyczna beczynność organów ścigania powodowałaby niedopuszczalność dowodu.

V. Dodany nowelą z marca 2016 r. art. 168b k.p.k. wdraża nieznane dotychczas rozwiązanie dotyczące wykorzystania wyników pozaprosesowej kontroli operacyjnej, czyniąc tym samym wyłom w porządku normatywnym, zgodnie z którym przedmiotem regulacji kodeksowych są środki dowodowe uzyskane w wyniku procesowych czynności dowodowych. Tymczasem kontrola operacyjna jest prowadzona na podstawie art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia o Policji¹⁹ oraz innych ustaw normujących funkcjonowanie służb policyjnych i specjalnych²⁰. Obejmuje ona działania polegające m.in. na niejawnym uzyskiwaniu i utrwalaniu treści rozmów telefonicznych oraz obrazu i dźwięku osób z miejsc innych niż miejsca publiczne, dostępie do treści korespondencji i zawartości przesyłek. Stosowanie kontroli przez Policję jest podporządkowane celom w postaci zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców oraz uzyskania i utrwalenia dowodów przestępstw

17 Przeciwnikiem restrykcyjnego podejścia do dowodów wadliwych, tj. uzyskanych w warunkach uchybień proceduralnych, innych niż przekroczenie bezwzględnych zakazów dowodowych, był Z. Sobolewski. Zob. *Wartość nielegalnie uzyskanego dowodu w postępowaniu karnym*, Annales UMCS, sectio G Ius, vol. XXIII, 1976, s. 45-46. Autor jednocześnie opowiadał się za możliwością procesowego wykorzystania dowodów „pośrednio nielegalnych”, zgromadzonych np. dzięki wymuszonym - w wyniku zastosowania niedopuszczalnych metod przesłuchania - wyjaśnieniom oskarżonego, gdyż *doprowadzenie oskarżonego do przyznania się, nawet w sposób brutalny, nie podważa wiarygodności tzw. obiektywnych dowodów, odnalezionych dzięki wskazówkom zawartym w wymuszonych wyjaśnieniach*, w przeciwnym wypadku należałoby np. *uniewinnić zabójcę, który ulegając przymusowi wskazał miejsce ukrycia zwłok, narzędzi przestępstwa i zrabowanych przedmiotów* (s. 51-53).

18 Zob. R. Kmiecik, *Konwalidacja...*, s. 97 i tenże, *Dowód ścisły w procesie karnym*, Lublin 1983, s. 90 i n; tenże: *Kontrowersyjne...*, s. 20.

19 Dz.U. 2011, nr 287, poz. 1687 ze zm.

20 Art. 17 ustawy z 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. 2012, poz. 621 ze zm.); art. 27 ustawy z 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu (Dz.U. 2010, nr 29, poz. 154 ze zm.); art. 9e z 12 października 1990 r. ustawy o Straży Granicznej (Dz.U. 2011, nr 116, poz. 675 ze zm.); art. 31 ustawy z 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz.U. Nr 104, poz. 709 ze zm.); art. 31 ustawy z 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz.U. Nr 123, poz. 1353 ze zm.); art. 36c ustawy o kontroli skarbowej (Dz.U. 2011, nr 41, poz. 214 ze zm.).

wymienionych w w zamkniętym katalogu zawartym w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji²¹.

Art. 168b k.p.k. przewiduje, że o wykorzystaniu dowodów²² zgromadzonych w wyniku stosowania kontroli operacyjnej, dotyczących innego przestępstwa niż to, w związku z którym stosowana była ta forma pracy operacyjnej lub przestępstwa popełnionego przez inną osobę niż osoba objęta kontrolą decyduje prokurator.

Przepis ten zastąpił uchylone mocą nowelizacji z 2016 r. unormowania ustawy o Policji (oraz innych ustaw) kształtujące warunki i tryb procesowego wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej dotyczących innego przestępstwa niż objęte zarządzeniem kontroli. W świetle dotychczasowych unormowań o wykorzystaniu tych materiałów rozstrzygał następnie postanowieniem sąd okręgowy, który wcześniej zarządził lub zatwierdził stosowanie kontroli operacyjnej. O ile jednak dawny art. 15a ustawy o Policji nie pozostawiał wątpliwości, że wykorzystane mogą być wyłącznie informacje dotyczące przestępstwa, w stosunku do którego dopuszczalne jest stosowanie kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot, o tyle obowiązujący art. 168b k.p.k. przyznając prokuratorowi prawo decydowania o tym, czy materiały z kontroli operacyjnej dotyczące innego przestępstwa niż objęte kontrolą zostaną wykorzystane w procesie karnym, nie wprowadza ograniczenia, że mogą to być tylko materiały odnoszące się do przestępstw katalogowych. Usunięcie przepisu art. 15a ustawy o Policji oraz jego odpowiedników w innych ustawach, blokujących wykorzystanie materiałów dotyczących przestępstw pozakatalogowych tworzy stan prawny zbliżony do tego, jaki istniał przed czerwcem 2011 r, tj, przed wejściem w życie nowelizacji²³, która wprowadziła te przepisy do ustaw policyjnych. Tym samym odżywiają wątpliwości związane z dopuszczalnością procesowego wykorzystania materiałów uzyskanych niejako „przy okazji” stosowania kontroli operacyjnej, jeśli materiały te dotyczą przestępstwa, którego żadna ze służb nie może zwalczać w drodze stosowania tej formy pracy operacyjnej.

W dyskusji, która toczyła przed wspomnianą datą, wyraźnie zarysowało się – zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie - negatywne stanowisko w tej kwestii. I tak Sąd Najwyższy w

21 W przepisach normujących działanie innych służb cele kontroli operacyjnej zostały określone nieco inaczej niż w ustawie o Policji, np. zgodnie z art. 27 ust. 1 ustawy o ABW i AW kontrola operacyjna może być prowadzona w celu *rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw (...) oraz w celu uzyskiwania i utrwalania dowodów tych przestępstw i ścigania ich sprawców.*

22 Użycie wyrazu „dowód” w odniesieniu do wyników kontroli operacyjnej zarówno w tym przepisie, jak i w przepisach ustawy o Policji nasuwa zastrzeżenia. Materiały tego rodzaju stają się, bowiem dowodami dopiero z chwilą ich przeprowadzenia w procesie karnym (np. poddania oględzinom lub odczytania). Do tego momentu stanowią jedynie „informacje” o przestępstwie, które z mocy decyzji uprawnionego organu (obecnie prokuratora) zostaną lub nie zostaną przekształcone w dowód.

23 Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 53, poz. 273).

postanowieniu z 26 kwietnia 2007 r. (I KZP 6/07)²⁴ zaakceptował wykorzystanie w procesie karnym wyników kontroli operacyjnej dotyczących przestępstwa innego niż to, w związku z którym prowadzona była kontrola, pod warunkiem, że jest to przestępstwo katalogowe. Ustawowe sformułowanie *dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla toczącego się postępowania (...)* należało, zdaniem SN, interpretować wyłącznie jako dowody przestępstw wymienionych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Informacje wskazujące na inne przestępstwa są uzyskane „w sposób sprzeczny z ustawą”.

Poglądy doktryny, także te aprobujące stanowisko SN co do problemu procesowego wykorzystania takich materiałów, akcentowały jednak, że charakter informacji zgromadzonych w wyniku kontroli operacyjnej nie wpływa na jej legalność²⁵. Ocena legalności kontroli operacyjnej dokonywana jest bowiem *ex ante* i zależy tylko od tego, czy zachowano przewidziany w ustawie tryb i warunki zarządzenia i realizowania tej formy działań operacyjnych.

Krytyczny pogląd wobec stanowiska SN wyraził M. G. Węglowski²⁶, wskazując, że jeśli kontrola operacyjna prowadzona była na podstawie decyzji sądu, to wszystkie materiały uzyskano zgodnie z prawem, a pominięcie dowodów jakiegokolwiek przestępstwa stoi w sprzeczności z wymaganiami zasady legalizmu. Ponadto dopuszczalność procesowego wykorzystania informacji dotyczących każdego przestępstwa autor wywodzi z treści art. 19 ust. 15 ustawy o Policji, przewidującego obowiązek przekazania prokuratorowi wszystkich materiałów z kontroli operacyjnej, a nie wyłącznie tych, które dotyczą przestępstw ujętych w zamkniętym katalogu²⁷.

Nie tylko argumenty odwołujące się do zasady legalizmu oraz rezultatów językowej wykładni art. 19 ust. 15 ustawy o Policji przemawiają obecnie na rzecz procesowego wykorzystania materiałów dotyczących przestępstwa nieobjętego zarządzeniem kontroli operacyjnej, ale także historyczny kontekst wprowadzenia art. 168b k.p.k. Trudno bowiem zakładać, że ustawodawca „chciał”, aby funkcję dowodową spełniały tylko informacje dotyczące przestępstw katalogowych, a jednocześnie dodając wymieniony przepis do k.p.k., wyeliminował z innych ustaw przepisy, które tę kwestię jednoznacznie przesądzały. Przeciwnie usunięcie z ustawy o Policji art. 19 ust. 15a oraz odpowiedników tego przepisu z innych ustaw, *expressis verbis*

24 OSNKW 2007 nr 5, poz. 37.

25 Tak A. Lach, B. Sitkiewicz, *Glosa do postanowienia SN z dnia 26 kwietnia 2007r., I KZP 6/07*, „Prokuratura i Prawo” 2007 nr 10, s. 149; D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 195. Autorka trafnie podkreśla, że kryteria legalności (zgodności z ustawą) mogą być odnoszone tylko do samej czynności kontroli operacyjnej, nie zaś do jej wyników (materiałów); Na niedopuszczalność wykorzystania materiałów dotyczących przestępstw „niekatalogowych” wskazywał też m.in. D. Drajewicz, *Dowodowe wykorzystanie wyników kontroli operacyjnej w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2010 nr 7-8, s. 168-169.

26 M. G. Węglowski, *Glosa do postanowienia SN z dnia 26 kwietnia 2007r., I KZP 6/07*, „Prokuratura i Prawo” 2009 nr 2, s. 158.

27 *Ibidem*, s. 157; Podobnie A. Herzog, *Wykorzystanie materiałów operacyjnych w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów*, „Prokuratura i Prawo” 2007 nr 2, s. 92-93.

uniemożliwiających wykorzystanie w procesie karnym informacji dotyczących przestępstw spoza katalogu, świadczy o woli ustawodawcy, aby tego rodzaju informacje mogły być wykorzystane.

Nie przekonują również pesymistyczne prognozy wskazujące na niebezpieczeństwo nadużyć w praktyce, polegających *na stosowaniu kontroli operacyjnej wobec osoby, co której istnieją podejrzenia, że popełniła przestępstwo pozakatalogowe pod pozorem bezzasadnych podejrzeń o popełnienie przestępstwa wymienionego w art. 19 ust.1*²⁸. Obawy takie są uzasadnione tylko przy założeniu, że prokuratorzy będą bezkrytycznie akceptować wszystkie policyjne wnioski o zastosowanie kontroli, a sądy pochopnie ją zarządzać, nie bacząc, czy przytoczony we wniosku opis czynu obejmuje okoliczności stanowiące znamiona przestępstwa katalogowego (zob. art. 19 ust. 7 pkt 1 ustawy o Policji)²⁹.

Postulat procesowej eliminacji materiałów dotyczących przestępstwa niekatalogowego nie zasługuje na akceptację również w świetle zmienionego art. 168a k.p.k., który *expressis verbis* uznaje za dopuszczalne dowody zgromadzone w wyniku popełnienia czynu zabronionego. Wskazane w treści tego przepisu wyjątki nie obejmują czynu polegającego na posługiwaniu się urządzeniem podsłuchowym (lub innym) w celu uzyskania informacji, do której sprawca nie jest uprawniony. Jeśli więc materiały pochodzące z nielegalnego, tj. wypełniającego znamiona przestępstwa przewidzianego w art. 267 § 3 k.k., podsłuchu mogą stanowić podstawę ustaleń faktycznych, to tym bardziej jako procesowo wartościowe należałoby potraktować informacje zdobyte w związku z legalnie prowadzoną kontrolą operacyjną, nawet jeśli zakres informacji zdobytych w wyniku tej czynności *in concreto* wykracza poza ograniczenia przedmiotowe warunkujące legalność zarządzenia tej czynności.

V. Nowelą z września 2013 r. wprowadzony został przepis kształtujący postępowanie dowodowe w przedmiocie zastosowania środka zabezpieczającego. Tak więc dodany art. 354a k.p.k. i zmodyfikowany wyniku nowelizacji z 2016r. obliguje sąd do odebrania oświadczeń od psychologa, seksuologa lub psychiatrów przed zastosowaniem tego środka lub zaniechaniem jego stosowania. Wcześniej czynności te, stanowiące przecież materię procesową, przewidywał uchylony już art. 93 k.k., dlatego trafne jest stanowisko P. Rogozińskiego, że należy pozytywnie ocenić zmianę polegającą na zastąpieniu tego przepisu przepisem karnoprosesowym³⁰. Niemniej niejasne są motywy, dla których ustawodawca zrezygnował z utrwalonego na gruncie k.p.k. terminu „przesłuchanie” i powtórzył występujący w treści art. 93 k.k. wyraz „wysłuchanie” na oznaczenie

28 Postanowienie 26 kwietnia 2007 r. (I KZP 6/07), OSNKW2007 n5 5, poz. 37.

29 M. G. Węglowski twierdzi, że takie stanowisko SN świadczy o skrajnym braku zaufania zwłaszcza do sądów podejmujących decyzję o zgodzie na kontrolę operacyjną, op. cit., s. 160; natomiast obawy SN podzielają A. Lach i B. Sitkiewicz, *Glosa...*, s. 147.

30 P. Rogoziński, w: S. Steinborn (red.), J. Grajewski, P. Rogoziński, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, Lex nr 494032

czynności odbierania oświadczeń od wymienionych lekarzy lub psychologa.

Wychodząc z założenia racjonalności ustawodawcy należałoby uznać, że „wysłuchanie” w przedmiocie środków zabezpieczających jest odrębną czynnością dowodową w stosunku „przesłuchania” i nie podlega przewidzianym w k.p.k. rygorom tej właściwym dla tej czynności (por. art. 171 k.p.k.). Regulacja z art. 354a k.p.k. nie dostarcza jednak obecnie przesłanek pozwalających stwierdzić prawnoprocesową odrębność „wysłuchania”.

Treść unormowań zawartych w dawnym art. 93 k.k. lub w art. 354a w pierwotnej wersji, tj. sprzed nowelizacji w 2016 r. mogła jeszcze sugerować, że dokonywanie ustaleń stanowiących podstawę faktyczną rozstrzygnięcia w przedmiocie środków zabezpieczających nie musi respektować reguł dowodzenia ścisłego przewidzianych dla czynności odbierania oświadczeń dowodowych, skoro ustalanie okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia w przedmiocie środka zabezpieczającego nie następuje w drodze sformalizowanego przesłuchania, lecz bliżej nieokreślonego „wysłuchania”. Nazwa „wysłuchanie” podkreślałaby zatem odejście od formalizmu procesowego właściwego dla ustaleń związanych z przedmiotem procesu karnego, czyli kwestią odpowiedzialności karnej oskarżonego³¹. Teza taka, aczkolwiek uzasadniona w świetle rezultatów wykładni językowej byłaby jednak nie do zaakceptowania z uwagi na charakter prawny postępowania w przedmiocie środka zabezpieczającego oraz podjętego w tej kwestii rozstrzygnięcia. Orzekanie o środkach zabezpieczających następuje przecież albo w konsekwencji wyroku skazującego lub umarzającego postępowanie karne³², albo po rozpoznaniu wniosku prokuratora przewidzianego w art. 324 k.p.k. Nawet w tym ostatnim wypadku sąd nie może zaniechać merytorycznych ustaleń dotyczących sprawstwa osoby, której dotyczy wnioski. Ustalenia te warunkują bowiem nie tylko dopuszczalność zastosowania środka, ale także stanowią podstawę rozstrzygnięcia w przedmiocie kontynuowania procesu.

Rozwiązanie przyjęte w obowiązującym k.p.k. różni się pod tym względem w stosunku do unormowań k.p.k. 1969r. W dawnym stanie prawnym umorzenie postępowania wskutek niepoczytalności sprawcy pozostawało w sferze decyzji prokuratora, który następnie wnosił do sądu o orzeczenie środka zabezpieczającego. Sąd zaś, rozpoznając wniosek prokuratora, dokonywał zarówno ustaleń potwierdzających, że przebywanie niepoczytalnego sprawcy na wolności stanowi *poważne niebezpieczeństwo dla porządku prawnego*, jak i ustaleń „co do istoty”. Decyzja o

31 Jednak Sąd Najwyższy jeszcze na gruncie art. 93 k.k. wyraził jednoznaczny pogląd, że „wysłuchanie” psychologa w rozumieniu tego przepisu oznacza przeprowadzenie dowodu z ustnej opinii psychologicznej na podstawie art. 193 §1 k.p.k., Zob. Postanowienie SN z dnia 22 września 2003 r., IV KK 288/03, Lex nr 81208.

32 R. Kmiecik wskazywał błąd legislacyjny w redakcji art. 414 k.p.k., polegający na pominięciu środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia niepoczytalnego sprawcy czynu zabronionego w szpitalu psychiatrycznym w związku z umorzeniem postępowania przeciwko niemu. Przepis ten przewiduje wyłącznie środki o charakterze administracyjnym. Zob. R. Kmiecik, *Pokrzywdzony w postępowaniu przeciwko osobie niepoczytalnej (art. 31 §1 k.k.)*, w: *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego*, pod red. Z. Cwiąkalskiego i G. Artymiak, Warszawa 2009, s. 488, przypis 15.

odmowie zastosowania środka zabezpieczającego nie miała jednak żadnego wpływu na prawomocne postanowienie prokuratora o umorzeniu postępowania z powodu niepoczytalności sprawcy, nawet wtedy, gdy sąd stwierdził, że osoba, której dotyczył wniosek prokuratora nie popełniła zarzuconego jej przestępstwa lub nie miała zniesionej poczytalności³³.

Obowiązujący k.p.k. pozbawił – jak wiadomo - prokuratora uprawnień do umorzenia procesu z powodu niepoczytalności sprawcy, w wypadku, gdy istnieją przesłanki do zastosowania środków zabezpieczających (art. 324 §1 k.p.k.). O umorzeniu i zastosowaniu środka rozstrzyga teraz sąd po rozpoznaniu wniosku prokuratora, a w razie niezasadności wniosku przekazuje mu sprawę do dalszego prowadzenia. Wniosek prokuratora obejmuje bowiem *umorzenie i zastosowanie środka zabezpieczającego, a brak podstaw do uwzględnienia wniosku* (umieszczenia sprawcy w szpitalu psychiatrycznym) zachodzi nie tylko wówczas, gdy nie istnieją okoliczności wskazujące na *wysokie prawdopodobieństwo* popełnienia przez niepoczytalnego sprawcę kolejnego czynu zabronionego *o znacznej społecznej szkodliwości* (zob. art. 93g §1 k.k.), ale także gdy w świetle dokonanych ustaleń osoba wymieniona we wniosku w ogóle nie jest sprawcą zarzuconego jej czynu lub nie miała *tempore criminis* zniesionej poczytalności. W każdym z tych wypadków nastąpi powrót sprawy do postępowania przygotowawczego (art. 324 §3 k.p.k.). Ponadto w przeciwieństwie do dawnych unormowań obecnie wnioski o umorzenie postępowania powinien odpowiadać wymogom formalnym właściwym dla aktu oskarżenia, (art. 324 §1a k.p.k.), a orzekanie co do zasady następuje na rozprawie. Z tych powodów, ale przede wszystkim w związku z faktem, że orzekanie o środkach zabezpieczających toczy się w warunkach, gdy kwestia odpowiedzialności karnej podejrzanego nie została jeszcze rozstrzygnięta, redukcja formalizmu dowodowego – dopuszczalna na gruncie k.p.k. z 1969 r. przy rozstrzyganiu o środkach zabezpieczających na posiedzeniu³⁴ - nie wchodzi w grę.

Jakiegokolwiek wątpliwości w kwestii trybu ustalania okoliczności istotnych dla decyzji w przedmiocie środka zabezpieczającego usunęła nowelizacja z 2016 r. Obecnie art. 354a k.p.k. *expressis verbis* stanowi, że lekarze lub psycholog „wysłuchiwani” w tym trybie występują w roli biegłych, a zatem składane przez nich oświadczenia stanowią opinię w rozumieniu art. 193 k.p.k., ponieważ innych – poza opinią – oświadczeń dowodowych pochodzących od biegłych prawo karne procesowe nie przewiduje³⁵. Przewiduje natomiast, że ustne opiniowanie, niezależnie jego, przedmiotu zawsze pozostaje w reżimie przesłuchania (por. art. 200 §3 k.p.k.). Nie istnieją więc żadne powody przemawiające za tym, że omawiana regulacja tworzy odrębną w czynność z udziałem lekarzy lub psychologa.

33 R. Kmiecik, *Dowód ścisły...*, s. 192.

34 Tak R. Kmiecik, *Dowód ścisły...*, s. 192.

35 Zob. R. Kmiecik, w: R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny część ogólna*, Kraków 2006, s. 390.

Trudno byłoby też przypisać temu terminowi znaczenie, jakie przyjmował w języku prawnym i prawniczym na pod rządami k.p.k. z 1969 r., w którym wyraz „wysłuchanie” występował w odniesieniu do czynności odbierania wyjaśnień od oskarżonego na rozprawie (art. 332 § 3) dla podkreślenia szczególnego charakteru tej czynności opartej na przysługującej oskarżonemu dobrowolności składania wyjaśnień, nie zaś na procesowym przymusie, charakterystycznym dla przesłuchania świadka³⁶. Dawny k.p.k. określał też tym terminem odbieranie oświadczeń od podejrzanego w toku postępowania w przedmiocie środka zabezpieczającego (art. 282 §2 k.p.k. z 1969 r.) w celu – jak twierdził K. Zgryzek – zaakcentowania różnicy pomiędzy tą czynnością a przesłuchaniem podejrzanego „w trybie zwykłym”. Jako źródło tej odrębności autor wskazywał szczególną sytuację osoby dotkniętej zaburzeniami psychicznymi³⁷. Z oczywistych powodów żadna z wymienionych racji nie może przemawiać na rzecz utrzymania nazwy „wysłuchanie” w stosunku do czynności przyjmowania ustnej opinii biegłego.

Podstawę faktyczną zastosowania środka zabezpieczającego polegającego na umieszczeniu sprawcy w szpitalu psychiatrycznym stanowi – jak wspomniano - wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu o znacznej społecznej szkodliwości w związku z chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym. Na tle unormowania zawartego w art. 354a k.p.k. można postawić pytanie, czy wymienione okoliczności mogą i powinny być przedmiotem opiniowania specjalistycznego. Kwestia ta zarysowała się na gruncie uregulowań k.k. z 1969 r., w świetle których przesłankę umieszczenia niepoczytalnego sprawcy w szpitalu stanowiło istniejące z jego strony poważne zagrożenie dla porządku prawnego. K. Zgryzek³⁸, trafnie zauważył, że sąd, przewidując to zagrożenie, powinien uwzględnić nie tylko stan psychiczny sprawcy, ale także – pozostające poza zakresem opiniowania psychiatrycznego - właściwości i warunki osobiste oraz rodzaj czynu, który może być w przyszłości popełniony. Biegli psychiatrzy mogą prognozować przyszłe zachowanie sprawcy czynu, wskazując ryzyko pojawienia się z jego strony aktów agresji lub autoagresji, ale ocena, czy i w jakim stopniu zachowanie takie zagrozi porządkowi prawnemu należy do sądu.

Uwagi autora, formułowane w związku z dawnymi unormowaniami, nie tylko nie straciły aktualności na gruncie obowiązującego stanu prawnego, ale ich trafność rysuje się jeszcze wyraźniej, w związku z tym, że obecnie warunek umieszczenia sprawcy w szpitalu

36 Zob. R. Kmiecik, w: R. Kmiecik (red.) *Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2008, s. 147; S. Kalinowski natomiast akcentował bardziej bierną, niż w wypadku przesłuchania, postawę sądu, którego zadaniem jest przyjęcie spontanicznych wyjaśnień oskarżonego. (*Rozprawa główna w polskim procesie karnym*, Warszawa 1975, s. 121).

37 K. K. Zgryzek, *Postępowanie w przedmiocie zastosowania środków zabezpieczających w polskim procesie karnym*, Katowice 1989, s. 173-174. Autor mylił się jednak, twierdząc, że w k.p.k. z 1969 r. termin „wysłuchanie” wystąpił tylko raz, pominął bowiem wyżej wspomniany art. 332 § 3 dotyczący wysłuchania oskarżonego na rozprawie (s. 173).

38 K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 180-181.

psychiatrycznym jest w większym stopniu skonkretyzowany. Skoro istnienie *poważnego niebezpieczeństwa dla porządku prawnego* nie stanowiło przedmiotu opinii biegłego, to tym bardziej nie jest jego rolą wypowiedzanie się co do stopnia prawdopodobieństwa popełnienia przez sprawcę kolejnego czynu zabronionego lub stopnia społecznej szkodliwości tego czynu. Dowód z opinii biegłych psychologa lub lekarzy jest przydatny dla stwierdzenia tych okoliczności tylko w zakresie, w jakim odnosi się do stanu psychicznego osoby, wobec której sąd rozważa zastosowanie środka zabezpieczającego. Natomiast ustalenia, że istnieje wysokie prawdopodobieństwo popełnienia kolejnego czynu zabronionego dokonuje sąd w rezultacie swobodnej oceny całokształtu dowodów zgromadzonych w danej sprawie. O ile bowiem stwierdzenie stanu psychicznego sprawcy w dacie orzekania o środku zabezpieczającym z pewnością wymaga wiadomości specjalnych, o tyle prognozowanie jego przyszłych zachowań może nastąpić także na podstawie innych, „niespecjalistycznych” dowodów. Dopuszczalne jest zatem umieszczenie sprawcy w szpitalu psychiatrycznym wbrew opinii biegłych, która, choć potwierdza chorobę psychiczną sprawcy, wyklucza jednak lub uznaje za mało prawdopodobne wystąpienie aktów agresji na podłożu tej choroby, gdy równocześnie na wysokie prawdopodobieństwo popełnienia kolejnego czynu zabronionego przez sprawcę wskazują przesłuchiwani świadkowie zeznający, że stali się ofiarami napaści lub gróźb ze strony tegoż sprawcy³⁹.

Nowelizacja art. 354a k.p.k. z 2016 r. jakkolwiek doprecyzowała charakter dowodu z „wysłuchania” biegłych w sposób niepozostawiający wątpliwości, że chodzi o formalny dowód z opinii specjalistycznej, nie usunęła niespójności pomiędzy unormowaniami dotyczącymi postępowania w przedmiocie środków zabezpieczających na wniosek prokuratora (art. 324 k.p.k.)

Nowy art. 354a k.p.k., a wcześniej art. 93 k.k. nakazuje sądowi zasięgnięcie dowodu z opinii biegłych, nie przewidując żadnych odstępstw w tym zakresie. Na tej podstawie Sąd Najwyższy postanowieniem z dnia 22 września 2003 r. uchylił zaskarżone kasacją Rzecznika Praw Obywatelskich postanowienie sądu okręgowego o umorzeniu postępowania i umieszczeniu sprawcy czynu zabronionego w szpitalu psychiatrycznym, jako wadliwe z tego powodu, że w toku rozpoznawania wniosku prokuratora na posiedzeniu sąd okręgowy nie przeprowadził dowodu z ustnej opinii psychiatrycznej i psychologicznej. SN podkreślił, że wysłuchanie psychologa oraz

39 Sąd i prokurator nie muszą podzielać stanowiska biegłych również w sytuacji odwrotnej, tj, wtedy gdy stwierdzają, że sprawca czynu jest niepoczytalny i będzie w przyszłości stanowił zagrożenie. J. Gurgul opisuje przypadek bezkrytycznego podejścia sądu do opinii psychiatrów, dotyczącej podejrzanego, któremu zarzucono popełnienie przestępstwa z art. 234 k.k., po tym, gdy złożył zawiadomienie o nadużyciach, jakich mieli się dopuszczać przedstawiciele miejscowej „elity”. Po jednokrotnym i bardzo krótkim badaniu biegli zdiagnozowali u podejrzanego zespół urojeniowy i stwierdzili, że pozostając na wolności będzie zagrażał porządkowi prawnemu. Powołali się dodatkowo na wywiady środowiskowe, choć w aktach sprawy znajdowała się jedynie notatka sporządzona przez policjanta *zainteresowanego wynikiem sprawy*. Podejrzanego usiłował przedstawić materiały wskazujące – jego zdaniem - na prawdziwość złożonych oskarżeń, ale *nikogo (...) to nie obchodziło*. Sąd wydał postanowienie o umieszczeniu podejrzanego w szpitalu psychiatrycznym. Zob. J. Gurgul, *O realizacji celów procesu karnego z udziałem znawców nauk pomostowych*, „Prokuratura i Prawo” 2009 nr 2, s. 127-128

lekarzy psychiatrów jest obligatoryjne niezależnie od tego, czy rozstrzygnięcie w przedmiocie środków zabezpieczających następuje na rozprawie, czy na posiedzeniu sądu⁴⁰.

Stanowisko SN zostało sformułowane na gruncie stanu prawnego sprzed nowelizacji ustawodawstwa prawnokarnego z 2013 r., niewątpliwie jednak znajduje oparcie również w treści obecnie obowiązującego art. 354a pkt 2 k.p.k. Z drugiej strony jednak przewidziana w art. 354 k.p.k. dowodowa przesłanka orzekania poza rozprawą została tak określona, że można odnieść wrażenie, iż przepis ten dopuszcza rozstrzygnięcie w przedmiocie umorzenia i zastosowania środka zabezpieczającego na posiedzeniu wyłącznie w oparciu o dowody przedstawione przez prokuratora. Zgodnie z tym unormowaniem bowiem sprawę kieruje się na posiedzenie, gdy światło materiałów postępowania przygotowawczego popełnienie czynu przez osobę, której wniosek dotyczy oraz jej niepoczytalność nie budzą wątpliwości. Brak wątpliwości co do istotnych faktów oznacza, że fakty te zostały ustalone na poziomie wystarczającym do wydania stosownej decyzji i nie wymagają potwierdzenia innymi dowodami. Mogłoby się zatem wydawać, że sąd rozpoznający sprawę na posiedzeniu ogranicza się do badania dowodów zgromadzonych w postępowaniu przygotowawczym i w oparciu o nie dokonuje własnych ustaleń faktycznych. Dopiero w razie pojawienia się zastrzeżeń co do wiarygodności tych dowodów podejmuje sprawdzenie faktów w zakresie niezbędnym do wydania postanowienia, nie jest bowiem związany stanowiskiem prokuratora. W tym ujęciu opinie biegłego psychologa i biegłych lekarzy stanowią fragment postępowania sprawdzającego w rozumieniu art. 97 k.p.k., nie zaś warunek *sine qua non* orzekania o środkach zabezpieczających, niezależny od stanu dowodów i poziomu ustaleń. Zaproponowana interpretacja odzwierciedla specyfikę posiedzenia jako wyjątkowej w stosunku do rozprawy i uproszczonej formy postępowania, jednak wiąże się z uznaniem przepisu art. 354 pkt 2 k.p.k. za *lex specialis* stosunku do art. 354a k.p.k., a taki pogląd nie znajduje akceptacji, ani w odczytanej dosłownie treści drugiego z tych przepisów, ani w orzecznictwie Sądu Najwyższego.

40 Zob. Postanowienie SN z dnia 22 września 2003 r. IV KK 288/03, Lex nr 81208