Internetowy Przegląd
Prawniczy TBSP UJ 2015/3
ISSN 1689-9601

Jakub Bojke*

Odpowiedzialność karna za pozyskiwanie dowodów za pomocą czynu zabronionego dla celów postępowań represyjnych

Bardzo problematyczny jest charakter odpowiedzialność karnej osób, które naruszają zakaz przeprowadzania i wykorzystywania dowodu uzyskanego za pomocą czynu zabronionego (art. 168a k.p.k.). Problematyka ta omawiana jest najczęściej z przez przedstawicieli doktryny postępowania karnego, natomiast brakuje opracowań dotyczących materialnoprawne aspekty związane z art. 168a k.p.k. Dotyczy to w szczególności podstaw odpowiedzialności za różne rodzaje czynów zabronionych popełnianych przez organy państwowe i osoby prywatne naruszające ten zakaz. Wątpliwości budzi przede wszystkim znaczenie normatywnego odesłania do art. 1 k.k. dla rekonstrukcji terminu „czyn zabroniony" oraz związanych z tym skutków. Dokładna interpretacja pojęcia „czynu zabronionego" użytego przez ustawodawcę w art. 168a k.p.k. pozwala na stwierdzenie, że użyto terminu właściwego, bowiem błędem byłoby wykorzystanie zwrotu „przestępstwo". Należy udzielić odpowiedzi także na pytanie: jaki jest status dowodów uzyskanych w rezultacie W przyszłości należy rozważyć dodanego zakazu wprowadzania do procesu dowodów uzyskanych za pomocą deliktów dyscyplinarnych niebędących jednocześnie czynami zabronionymi o znamionach opisanych w ustawie czy też wykroczeń. Warto jednak wcześniej dokładnie przemyśleć konsekwencje tych ewentualnych zmian legislacyjnych.

* Absolwent prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

1. Wprowadzenie

Wraz z uchwaleniem ustawy nowelizacyjnej z dnia 27 września 2013 r. w nauce prawa karnego procesowego zaprezentowano szereg wypowiedzi omawiających zmiany w Kodeksie postępowania karnego. Jakkolwiek szczególnie dużym zainteresowaniem cieszy się nowy przepis art. 168a k.p.k., który zabrania przeprowadzania i wykorzystywania dowodu uzyskanego za pomocą czynu zabronionego, to do tej pory poświęcano tej regulacji uwagę głównie w zakresie procesowych konsekwencji wprowadzenia takiego bezwzględnego niezupełnego zakazu dowodowego[1]. Oprócz analizy zakresu zakazu, omawiano go do tej pory najczęściej w kontekście jego związków ze znaną systemom *common law* doktryną *fruits of the poisoned tree*[2], a także jego wpływu na realizację zasady swobody dowodzenia[3], równości stron procesu, prawa do obrony oraz prawdy materialnej.

Jak się wydaje, głębszej analizy wymagają natomiast materialnoprawne aspekty związane z art. 168a k.p.k.. Z tego względu celem przedmiotowego opracowania jest z jednej strony wyjaśnienie znaczenia normatywnego odesłania do art. 1 k.k. dla rekonstrukcji terminu „czyn zabroniony" oraz omówienie związanych z tym konsekwencji, z drugiej zaś wskazanie konkretnych typów czynów zabronionych, które mogą stanowić podstawę odpowiedzialności karnej za uzyskanie dowodów z naruszeniem norm prawa karnego materialnego.

Uwagi te odnosić się będą zbiorczo do wszystkich postępowań represyjnych, w których znajduje zastosowanie art. 168a k.p.k. (tak postępowania zwyczajnego, jak i wszystkich postępowań szczególnych oraz postępowania karnego skarbowego), ponieważ brak jest podstaw do dokonywania jakiegokolwiek rozróżnienia w tym zakresie.

---

1 Użyta w tym tekście klasyfikacja jest tylko jedną z możliwych. Tak np. A. Lach, *Dopuszczalność dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa w postępowaniu karnym*, PiP 2014, nr 10, s. 43. Na temat możliwych w tym zakresie podziałów zob. Z. Kwiatkowski, *Zakaz wykorzystania dowodu w ujęciu art. 168a projektu zmian kodeksu postępowanie karnego* [w:] P. Wiliński (red.), *Kontradyktoryjność w polskim procesie karnym*, Warszawa 2013 oraz K., Marszał, *Proces karny*, Katowice 1997, s. 308.

2 Zob. Z. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 203 i n.

3 Por. P. Kardas, *Pozaprocesowe czynności obrońcy a tzw. dowody prywatne w świetle nowelizacji procedury karnej*, Pal. 9/2014, s. 126 i n.

2. Czyn zabroniony w rozumieniu art. 168a k.p.k.

Od dnia 1 lipca 2015 r. w polskim procesie karnym, w myśl art. 168a k.p.k., istnieje zakaz przeprowadzania i wykorzystywania dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k.. Takie odesłanie nie było przewidziane w projekcie rządowym ustawy, a dodane zostało dopiero na etapie prac parlamentarnych, co ma niewątpliwie fundamentalne znaczenie dla rozumienia tego terminu. Chodzi bowiem *de lege lata* jedynie o takie czyny zabronione, za które można ponieść „odpowiedzialność karną" w rozumieniu Kodeksu karnego, co z kolei wyłącza poza nawias wszystkie inne czyny zabronione, w szczególności takie, które niosą za sobą moc pociągania sprawcy do odpowiedzialności za wykroczenie", o której mowa w art. 1 § 1 KW.

Tego rodzaju dookreślenie, ograniczające rozumienie czynu zabronionego wyłącznie do kategorii zbrodni i występków, z jednej strony czyni przepis bardziej precyzyjnym i eliminuje potencjalnie mogące się pojawić wątpliwości w zakresie wykroczeń, jednak budzić może wątpliwości natury funkcjonalnej. Można wszak zapytać dlaczego np. kradzież listu (art. 126 KW) mającego znaczenie dla sprawy ma być z punktu widzenia procesu traktowana odmiennie niż kradzież tej samej fotografii dokonana po uprzednim włamaniu (art. 279 k.k.) i nie nieść za sobą niedopuszczalności odczytania tego listu na podstawie art. 393 § 3 k.p.k.. Udzielenie odpowiedzi na tak postawione pytanie jawi się jako wyjątkowo trudne, przy czym z pomocą nie przychodzi uzasadnienie projektu Nowelizacji z 2013 r.[4] ani żadna z prób ustalenia *ratio legis* omawianej regulacji[5].

Odesłanie do art. 1 § 1 k.k. wyklucza również objęcie zakazem dowodów uzyskanych za pomocą przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych, co jednak ma znaczenie bardziej teoretyczne aniżeli praktyczne, a to ze względu na zupełnie wyjątkowo występujące w prawie karnym skarbowym typu czynów karalnych wykazujące zdatność do uzyskania dowodów (np. art. 67 § 2 k.k.S), a jeszcze trudniej o to, by

[4] Zob. druk sejmowy nr 870. Uzasadnienie, s. 9.
[5] Por. np. A. Lach, *op. cit.*, s. 43-44.

realizować ich znamiona w połączeniu z działaniem dla celów toczącego się postępowania.

Ponadto, co najłatwiejsze do rozstrzygnięcia w tym miejscu, to kwestia przewinień dyscyplinarnych niebędących jednocześnie czynami zabronionymi w ścisłym znaczeniu (w rozumieniu k.k., KW czy k.k.S). Jakkolwiek bywają one niekiedy nazywane w literaturze „czynami zabronionymi w prawie dyscyplinarnym”[6], jednak termin „czyn zabroniony” nie ma zakorzenienia normatywnego w przeciwieństwie do czynów zabronionych, o których mowa w art. 1 § 1 k.k., art. 1 § 1 KW i art. 1 § 1 k.k.S. Oprócz tego, że nie można ich zakwalifikować do kategorii czynów zabronionych, to tym bardziej takie kategorie zachowań się, godzące jedynie w zasady deontologii i etyki zawodowej, nie prowadzą do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej w rozumieniu art. 1 § 1 k.k..

Pominięcie deliktów dyscyplinarnych w art. 168a k.p.k. jawi się jako korzystne z punktu widzenia pewności prawa, wszak polegać ono może często na zupełnie niedookreślonej „sprzeczności z zasadami etyki lub godnością zawodu” (zob. np. art. 80 Prawa o adwokaturze) i z tego powodu ewentualne próby wprowadzenia zmiany normatynwej w tym zakresie powinny być podejmowane niezwykle ostrożnie. Jednocześnie znaleźć można wypadki, w których zachowanie niewypełniające znamion czynu zabronionego jest na tyle ewidentnym przewinieniem dyscyplinarnym, że z punktu widzenia funkcji zakazu zasługiwałoby na uruchomienie jego aktualizacji wobec uzyskanego dowodu (zob. rozdz. 3.5.).

Pojęcie czynu zabronionego użyte zostało w treści art. 168a k.p.k. na oznaczenie konkretnego zachowania się należącego do klasy zachowań się karalnych na mocy ustawy karnej (nie zaś typu czynu zabronionego), przy czym nie można utożsamiać go z przestępstwem, którego znaczenie jest zakresowo podrzędne wobec czynu zabronionego. W szczególności z czynem zabronionym niebędącym przestępstwem mamy do czynienia wówczas, gdy jego społeczna szkodliwość jest znikoma (art. 1 § 2 k.k.), a także gdy sprawcy nie można przypisać winy w czasie czynu. Na tym jednak klarowność tego terminu się kończy, ponieważ – pomimo jego

[6] Na temat spotykanych w literaturze definicji przewinienia dyscyplinarnego zob. P. Czarnecki, *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego*, Warszawa 2013, s. 217 i n.

legalnej definicji umieszczonej w art. 115 § 1 k.k. – w polskim piśmiennictwie z zakresu zarówno teorii, jak i dogmatyki prawa karnego spotkać można się z różnym jego rozumieniem. Dzieje się tak z uwagi na ujęcie definiensa poprzez odwołanie się do nieposiadającego własnej definicji pojęcia znamion, których kształt i zakres nie jest ujmowany jednolicie.

Nie wchodząc bliżej w tę problematykę, która opisywana była w szerszych opracowaniach[7], zaznaczyć należy, że większość autorów ujmuje zespół znamion składających się na typ czynu zabronionego w sposób nieodpowiadający bezpośredniemu rozumieniu[8] rodzajowego opisu czynu zabronionego zawartego w przepisie typizującym, na ogół odwołując się przy tym do struktury normy sankcjonowanej. Dzięki takiemu zabiegowi, ujmującemu typ czynu zabronionego jako wzorzec karalnego przekroczenia normy sankcjonowanej, uniwersum zachowań się wypełniających znamiona czynu zabronionego jest węższe aniżeli wynikałoby to *expresis verbis* z treści przepisu typizującego przed jej uadekwatnieniem w wyniku zabiegów wykładniczych. O ile pozwala to na pozostawienie poza zakresem kryminalizacji części zachowań się, które nie odpowiadają celowi ustawodawcy, a często i normom rangi konstytucyjnej (w tym zakazowi nadmiernej ingerencji wynikającemu z zasady proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), to nie prowadzą interpretatorów tekstu prawnego do jednakowych rezultatów.

Najważniejszą kość niezgody stanowią w tym miejscu okoliczności wyłączające bezprawność (tzw. kontratypy) i ich relacja do struktury normy sankcjonowanej. W jednym z prezentowanych ujęć, traktujących kontratypy jako narzędzie uadekwatniające zakres zastosowania normy sankcjonowanej, z wypełnieniem zespołu znamion opisanych w ustawie mamy miejsce wówczas, gdy dane zachowanie się odpowiada cechom rodzajowym wskazanym w przepisie typizującym i umieszczonych w części ogólnej k.k. przepisach przednawiasowych, posiadając jednocześnie przymiot bezprawności, co wyklucza możliwość popełnienia

---

[7] Na temat sposobów rozumienia pojęcia typu czynu zabronionego i sposobów rekonstrukcji jego znamion zob. np. J. Majewski, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu a znamiona subiektywne*, Warszawa 2013, s. 35-39.

[8] Używam pojęcia „bezpośredniego rozumienia" w znaczeniu nadanym mu przez J. Wróblewskiego w jego analizach dotyczących wykładni prawa (por. np. J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1990, s. 106 i n.).

czynu zabronionego w warunkach kontratypu. Z kolei alternatywne rozumienie kontratypów – traktujące je jako okoliczności wtórnie legalizujące przekroczenie normy sankcjonowanej – zakłada, że czynem zabronionym jest zachowanie się odpowiadające rodzajowemu opisowi wyrażonemu wprost w ustawie pod warunkiem, że jest ono bezprawne lub wtórnie legalne z uwagi na wystąpienie okoliczności kontratypowych.

Art. 168a k.p.k. nie tylko nie daje podstaw do odmiennego rozumienia pojęcia czynu zabronionego niż na gruncie Kodeksu karnego, ale wręcz nakazuje przyjęcie tożsamego znaczenia poprzez wyraźne normatywne odesłanie do art. 1 § 1 k.k. i z tego powodu nie można rozstrzygać zarysowanego powyżej sporu w oparciu o funkcję nowo wprowadzonego zakazu. Poszukując rozwiązania na gruncie samego tylko prawa materialnego opowiedzieć należy się za konkluzjami wynikającymi z drugiego z przedstawionych rozwiązań. Celowo wskazuję w tym miejscu na same konkluzje, nie chcąc przesądzać trafności samego rozróżnienia pierwotną legalność.

Za przyznaniem terminowi „czyn zabroniony" takiego znaczenia przemawia bowiem kilka istotnych regulacji Kodeksu karnego. Mam tu na myśli ujęcie kodeksowych kontratypów (art. 25 § 1 k.k., art. 26 § 1 k.k. i art. 27 § 1 k.k.) poprzez użycie zwrotu „nie popełnia przestępstwa", takiego samego jak przy większości okoliczności wyłączających winę (por. np. art. 1 § 3 k.k. i art. 26 § 2 k.k.), które nie stoją na przeszkodzie popełnieniu czynu zabronionego. Podobnie rzecz ma się w przypadku czynów nieposiadających wystarczającego przymiotu karygodności, aby uznać je za przestępstwo (art. 1 § 2 k.k. mówi o „niestanowieniu przestępstwa"). Jednak podstawowy argument przeciwko uznania okoliczności wyłączających bezprawność za wykluczające popełnienie czynu zabronionego wynika z art. 29 k.k., który reguluję instytucję błędu co do okoliczności faktycznych stanowiących znamiona kontratypu. Biorąc pod uwagę, że błąd co znamion typu czynu zabronionego został uregulowany w art. 28 § 1 k.k. i art. 9 k.k. w sposób odmienny, trudno jest uznać, że na gruncie obecnie obowiązującego stanu prawnego znamiona kontratypu należą do zespołu znamion czynu zabronionego. To zaś prowadzi do wniosku, że zachowanie się, które odpowiada opisowi zrekon-

struowanemu z przepisów typizującego i przednawiasowego, a które objęte jest jednocześnie okolicznością wyłączająca bezprawność, stanowi czyn zabroniony w rozumieniu art. 168a k.p.k.. Nie oznacza to oczywiście uznania zkrekonstruowanego rozwiązania za optymalne z teoretycznoprawnego punktu widzenia ani aprobaty dla problemów, jakie się z nim wiążą (w szczególności dotyczących odróżnienia w wielu wypadkach kontratypu od okoliczności pociągających za sobą brak naruszenia zakazu wynikającego z normy sankcjonowanej).

Zaproponowane znaczenie czynu zabronionego wykazuje zbieżność z niektórymi z dotychczasowych wypowiedzi na ten temat w odniesieniu do art. 168a k.p.k.[9], choć część autorów opisuję tę kwestię odmiennie. Niekiedy spotkać się można zresztą nawet z zupełnie alternatywnym ujęciem, tj. przewidywaniem wymogu dla powstania zakazu dowodowego jednocześnie popełnienia czynu zabronionego i braku zajścia kontratypu[10], co wskazywałoby na odejście od językowego znaczenia treści art. 168a k.p.k..

Co może szczególnie dziwić, to wysławiane wątpliwości dotyczące objęcia zakresem zastosowania nowo dodanej regulacji dowodów uzyskanych przez osobę, której nie można przypisać winy w czasie czynu[11]. Jak wspomniano wyżej, w świetle brzmienia art. 1 § 3 k.k. nie powinno budzić wątpliwości, że okoliczności wyłączające winę nie dekompletują znamion typu czynu zabronionego, co należy ocenić pozytywnie z punktu widzenia założeń regulacji. Z tego względu nieuzasadnione wydają się głosy wskazujące na większą adekwatność terminu „przestępstwo", zamiast którego ustawodawca użył pojęcia „czynu zabronionego" [12].

Kończąc omawianie problematyki czynu zabronionego jako składowej przepisu art. 168a k.p.k., warto wspomnieć o tym, że użycie tego pojęcia zamiast przestępstwa ma jeszcze jedno dodatkowe znaczenie.

---

9 Por. np. A. Bojańczyk, *Jaki jest zakres nowego zakazu dowodowego obejmującego dowody uzyskane za pomocą czynu zabronionego?*, Pal. 10/2014, s. 104.

10 Zob. *Z. Kwiatkowski*, op. cit., Warszawa 2013, s. 488.

11 Por. *tamże* oraz M. Garwol, *Jak legalnie uchronić niewinnego przed skazaniem, czyli o sytuacji obrońcy na styku prawa karnego materialnego i procesowego* [w:] *Uczestnicy postępowania karnego w świetle nowelizacji procedury karnej po 1.7.2015 r. Komentarz praktyczny*, Warszawa 2015, s. 123 i n.

12 Por. Z. Kwiatkowski, *op. cit.*; M. Garwol, *op. cit.*, s. 122.

.

Mianowicie umożliwia to w moim przekonaniu odrzucenie wniosku dowodowego w oparciu o omawianą regulację bez konieczności zawieszenia postępowania do czasu uprawomocnienia się prejudykatu stwierdzającego popełnienie przestępstwa przy uzyskiwaniu dowodów[13]. Gdyby w art. 168a k.p.k. była mowa o przestępstwie, wówczas zawieszenie postępowania byłoby niezbędne z uwagi na mające swe umocowanie konstytucyjne domniemanie niewinności.

W przypadku oddalenia wniosku dowodowego lub pominięcia dowodu na etapie orzekania z uwagi na treść art. 168a k.p.k. pojawić może się perspektywa wznowienia postępowania na podstawie art. 540 § 1 pkt 2 k.p.k.[14], jeśli ów dowód wskazywałby na to, że wydano nieprawidłowe orzeczenie na niekorzyść oskarżonego, a jednocześnie w odrębnym postępowaniu zapadło prawomocne orzeczenie stwierdzające, że nie popełniono czynu stwierdzonego w postanowieniu oddalającym wniosek dowodowy, albo że czyn ten nie zawiera znamion czynu zabronionego (na podstawie art. 17 § 1 pkt 1 lub 2 k.p.k. bądź art. 414 § 1 k.p.k.).

Dopuszczalna wydaje się taka interpretacja art. 540 § 1 pkt 2, w myśl której nieprzeprowadzony lub niewykorzystany jako podstawa dokonywania ustaleń faktycznych[15] dowód jawić się będzie jako „nowy" w tym sensie, że wcześniej, wobec stosowania wobec niego normy art. 168a KPK, traktowany był jako niemożliwy do wykorzystania w procesie. W przypadku umorzenia postępowania lub uniewinnienia oskarżonego z uwagi na okoliczność wyłączającą ściganie z art. 17 § 1 pkt 2 KPK ważną rolę pełnić będzie oczywiście uzasadnienie, ponieważ tylko brak znamion powodować będzie w tym ujęciu podstawę wznowienia, nie zaś stanowienie przez ustawodawcę, że sprawca „nie popełnia przestępstwa" (zob. uwagi dotyczące przyjętego rozumienia pojęcia czynu

---

13 Por. D. Drajewicz, *Kontradyktoryjność procesu przed sądem I instancji w znowelizowanym KPK*, MoP 21/2014, s. 1126; Ł. Jagiełłowicz, *Dowody nielegalne w kontradyktoryjnym procesie karnym* [w:] P. Wiliński (red.), *op. cit.*, s. 336.

14 Rozwiązanie takie, jako potencjalnie możliwe, zaproponowała M. Garwol (taż, *op. cit.*, s. 124).

15 Na użytek prowadzonych rozważań konsekwentnie stoję na stanowisku, że „wykorzystanie dowodu" na kanwie art. 168a KPK należy rozumieć ściśle, ograniczając je wyłącznie do wykorzystania na użytek ustalania stanu faktycznego. Tak również np. A. Bojańczyk, *op. cit.*, s. 105-106.

zabronionego w rozdz. 2.1.). Po wznowieniu postępowania uwzględnienie wcześniej oddalone wniosku dowodowego nie stwarza żadnych problemów w świetle brzmienia art. 170 § 4 KPK.

Pewną alternatywą wobec wznowienia postępowania mogłoby być wzięcie pod uwagę istnienia podstaw do złożenia kasacji z powodu rażącego naruszenia prawa, jeżeli mogło ono mieć istotny wpływ na treść orzeczenia (art. 523 § 1 k.p.k.)[16]. Takie rozwiązanie wydaje się jednak mniej atrakcyjne z uwagi na bardziej obostrzone przesłanki dopuszczalności złożenia kasacji niż wniosku o wznowienie, a tam, gdzie stwarzałoby to dalej idącą perspektywę, czyli w przypadku pominięcia dowodów wskazujących na niezgodne z prawdą materialną uniewinnienie oskarżonego, uwzględnienie kasacji mogłoby nastąpić jedynie w terminie 6 miesięcy od uprawomocnienia się orzeczenia (art. 524 § 3 k.p.k.).

3. Przyczynek do poszukiwania konkretnych typów czynów zabronionych jako podstawa odpowiedzialności za nielegalne gromadzenie dowodów

Mając za sobą wyjaśnienie użytego w art. 168a k.p.k. terminu „czyn zabroniony, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k." i zasygnalizowanie podstawowych rysujących się na jego tle wątpliwości, ważką kwestię stanowi poszukiwanie potencjalnych podstaw prawnych do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za uzyskanie dowodów w sposób, który skutkować będzie aktualizacją nowego dla polskiej procedury karnej zakazu dowodowego. Choćby pobieżne umówienie tej kwestii wymaga spojrzenia na ustawowe ujęcie zakresu zakazu.

W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, że z punktu widzenia omawianego unormowania pozostaje bez znaczenia tożsamość osoby bezpośrednio uzyskującej dowód. Może to być zarówno strona postępo-

[16] W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego o rażącym charakterze naruszenia decyduje nie tylko zarzut możliwy do postawienia sądowi, ale i naruszenie interesów strony. Por. wyr. SN z 6 września 1996 r., II k.k. N 71/96, OSNKW 1-2/1997, poz. 14

wania, jak i osoba niebędąca stroną, przy czym w tym ostatnim przypadku, z uwagi objęcie zakazem jedynie dowodów uzyskanych „do celów" postępowania", zachodzić będzie musiało powiązanie ze stroną. Powiązanie to zresztą nieść będzie za sobą często konieczność pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osoby fizycznej występującej w charakterze strony z uwagi na wystąpienie konstrukcji podżegania, względnie sprawstwa polecającego lub kierowniczego. Wyjątkowo uzyskujący dowód niebędący stroną będzie jedyną osobą popełniającą czyn zabroniony, tj. wtedy, gdy działa w interesie strony, która w chwili uzyskiwania dowodu nie ma zamiaru popełnienia czynu zabronionego przez uzyskującego bezpośrednio dowód. Bez znaczenia pozostanie w tym przypadku fakt, że sama strona nie popełniła czynu zabronionego uzyskując dowód od osoby trzeciej.

Jak zostało powyżej zastało zasygnalizowane powyżej, art. 168a k.p.k. kierowany jest do wszystkich stron postępowania, mimo że łączony bywa często głównie z oskarżonym i jego obrońcą w kontekście wyraźnego dopuszczenia w art. 393 § 3 k.p.k. tzw. dowodów prywatnych. Ma znaczenie przede wszystkim w przypadku oskarżyciela publicznego, który może wypełniać znamiona przestępstw indywidualnych chroniących inne dobra prawne aniżeli pozostałe strony i ich przedstawiciele.

Warto wreszcie wskazać na wyraźną sekwencję zdarzeń przewidzianą w art. 168a k.p.k.. Po pierwsze, zgodnie z tą regulacją uzyskanie dowodu musi nastąpić do celów postępowania, a zatem nastąpić musi wówczas, gdy toczy się postępowanie, którego celom ma służyć, nie zaś na przed jego wszczęciem (wydaje się, że nie ma przy tym przeszkód, by za wystarczające uznać wszczęcie postępowania w fazie *in rem*). Po drugie, uzyskanie dowodu ujęte zostało jako poprzedzające jego przeprowadzenie i – tym bardziej – wykorzystanie, sytuując tym samym, przynajmniej w sytuacjach typowych, popełnienie czynu zabronionego na etapie poprzedzającym pojawienie się danego dowodu w procesie.

W odniesieniu do ostatniej uwagi pojawia się pytanie czy możliwe jest ujawnienie dowodu w rozumieniu art. 168a k.p.k. przy okazji przeprowadzania czynności dowodowych w procesie. Wydaje się, że taka sytuacja również nie jest wykluczona, z tym że wówczas zastosowanie,

z oczywistych powodów, znaleźć będzie mógł jedynie zakaz wykorzystania dowodu, a nie już nie zakaz jego przeprowadzenia.

Taka sytuacja w szczególności dotyczyć może przestępstw zgrupowanych w art. 265 k.k. i 266 k.k., w sytuacji, gdy osoba przesłuchiwana ujawni określonego rodzaju tajemnicę bez uprzedniego zwolnienia przez odpowiedni organ przełożony (w odniesieniu do informacji niejawnych o klauzuli „tajne" lub „ściśle tajne"), sąd (w przypadku pozostałych regulacji dotyczących informacji objętych tajemnicą) lub prokuratora (w odniesieniu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone" lub „poufne").

W takiej szczególnej konfiguracji procesowej należy moim zdaniem przyjąć, że aktualizuje się zakaz wykorzystania przy ustalaniu stanu faktycznego ujawnionych w trakcie przesłuchania informacji, ponieważ doszło przy okazji uzyskania tego dowodu do popełnienia czynu zabronionego. Poza obszarem zainteresowania sądu powinien być w tym wypadku zakaz przeprowadzania dowodu, który się nie mógł zaktualizować, ponieważ samo przeprowadzenie przesłuchania nie było objęte zakazem wobec braku uprzedniego ujawnienia dowodu.

Pozostając w rozdziale XXXIII k.k. wskazać należy na znacznie bardziej typowe czyny zabronione, umieszczone przez ustawodawcę w art. 267 k.k.. Chodzi mianowicie o uzyskanie informacji (stanowiącej jednocześnie dowód uzyskany do celów postępowania) bez uprawnienia za pomocą przełamania elektronicznego, magnetycznego, informatycznego lub innego o szczególnym charakterze (§ 1), albo też o posłużenie się urządzeniem podsłuchowym umożliwiającym uzyskanie takiej informacji (§ 3).

Wskazanie na te regulacje nie wymaga szerszego komentarza, jednak warto przypomnieć, że korzystanie z podsłuchu stanowi czyn zabroniony wyłącznie wtedy, kiedy informacje mające zostać zarejestrowane nie są kierowane do osoby nagrywającej. Z tego względu art. 168a k.p.k. nie obejmuje swoimi zakazami dowodów uzyskanych za pomocą podsłuchu użytego przez stronę w jej własnej rozmowie, ponieważ wówczas rejestrowane informacje są do niej kierowane (to samo dotyczy rzecz jasna rozmów przedstawicieli strony i korzystania przez nich z podsłuchów).

Podstawowymi czynami zabronionymi, które mogą służyć do gromadzenia dowodów do celów postępowania są kradzieże w ich wszystkich

kodeksowych odmianach, a także wymuszenie rozbójnicze. Pojawią się w tym miejscu jednak dostrzeżony już wyżej problem związany z kontrawencjonalizacją kradzieży w typie zasadniczym i swoistym wypchnięciem „poza nawias" art. 168a k.p.k. kategorii wykroczeń (zob. rozdz. 2.1.).

Do pomyślenia jest też uzyskanie dowodu do celów postępowania za pomocą oszustwa (art. 286 k.k.) z uwagi na wyjątkowo pojemne znaczenie „korzyści majątkowej". Podobnie może dojść do uzyskania dowodu w wyniku umyślnego paserstwa w postaci nabycia rzeczy lub programu komputerowego (art. 291 § 1 k.k.), choć ten ostatni przypadek podpadałby pod zakres zastosowania zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. również w braku kryminalizacji paserstwa, a to z uwagi na umieszczenie w zespole znamion paserstwa wymogu uprzedniego uzyskania rzeczy (względnie programu komputerowego) za pomocą czynu zabronionego.

Alternatywę dla przestępstw z rozdziału XXXV stanowić mogą przestępstwa przeciwko wolności i przestępstwo naruszenia nietykalności cielesnej. W przypadku zaboru rzeczy bez celu przywłaszczenia, a jedynie w celu wykorzystania tej rzeczy w postępowaniu jako dowód, nie można mówić o realizacji znamion żadnego typu kradzieży z uwagi na dekompletację znamion na poziomie strony podmiotowej.

W takich przypadkach, zamiast skazania za rozbój, pojawia się możliwość użycia jako podstawy prawnej art. 190 k.k. (groźba karalna), art. 191 k.k. (zmuszanie) lub art. 217 k.k.. Z kolei w przypadku zaboru rzeczy z włamaniem bez celu przywłaszczenia, w grę wchodzić może wykorzystanie typu naruszenia miru domowego (art. 193 k.k.).

Jak łatwo zauważyć, podobnej operacji nie można przeprowadzić wobec zaboru rzeczy bez celu przywłaszczenia, gdy nie łączy się on z użyciem groźby, naruszenie nietykalności cielesnej lub naruszeniem miru domowego. Zabór „w celu krótkotrwałego użycia" jest bowiem penalizowany jedynie w odniesieniu do pojazdów mechanicznych, nie zaś do innych rzeczy. W takim przypadku samowolny zabór, ewidentnie sprzeczny z przepisami prawa cywilnego o ochronie posiadania, a w przypadku adwokata i radcy prawnego (występującego w roli obrońcy lub pełnomocnika w procesie karnym) stanowiący niewątpliwie przewinienie dyscyplinarne, nie pociągnie za sobą uruchomienia zakazu

dowodowego z art. 168a k.p.k., co wydawać się może nieintuicyjne i stać się podstawą postulowania rozszerzenia zakazu na inne zachowania się.

Uniwersum zachowań się, które można by zakwalifikować jako typowe uzyskiwanie dowodów za pomocą czynu zabronionego, wypełniają działania funkcjonariuszy publicznych polegające na przekroczeniu uprawnień (art. 231 § 1 lub 3 k.k.). Kwalifikacja ta może odnosić się do żądania wydania rzeczy przez Policję w sytuacjach, których nie można określić jako „niecierpiące zwłoki" w rozumieniu art. 217 § 1 k.p.k.. W takim przypadku mielibyśmy do czynienia z wyjściem poza zakres kompetencji w podejmowaniu czynności służbowych[17], co przy jednoczesnym działaniu na szkodę interesu publicznego (w przypadku działania nieumyślnego powstałby wymóg wyrządzenia istotnej szkody) lub prywatnego i odpowiednim nastawieniu intelektualno-wolicjonalnym stanowiłoby realizację znamion czynu zabronionego.

Podobnie będzie można ocenić inne sytuacje opisane w rozdziale 25. k.p.k., w tym przede wszystkim przeszukania i zatrzymania rzeczy dokonanego bez zachowania umiaru wymaganego przez art. 227 k.p.k., a także w przypadku niektórych czynności operacyjno-rozpoznawczych takich jak przejęcie rzeczy, jeśli nie zostały zachowane wymogi ustawowe.

Możliwy jest wreszcie zbieg art. 231 k.k. z innymi przepisami k.k.. Sytuacja taka może mieć miejsce w wypadku przeprowadzenia przez uprawnione do tego służby tzw. prowokacji lub podsłuchu operacyjnego, lecz bez zachowania wymogów ustawowych. Ocena charakteru takiego zbiegu i możliwości zastosowania w tych sytuacjach reguł wyłączania wielości ocen nie daje się ustalić na poziomie generalnym i wymagałaby odrębnego opracowania.

4. Zakończenie

Poczynione rozważania pozwalają na poczynienie kilku słów podsumowania. Analiza użytego przez ustawodawcę w art. 168a k.p.k. pojęcia

[17] Tak w literaturze rozumiane jest znamię przekroczenia uprawnień. Por. np. *A. Barczak-Oplustil*, w: *A. Zoll* (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k., Warszawa 2013, s. 1207.

„czynu zabronionego" pozwala na stwierdzenie, że użyto terminu właściwego, a przynajmniej bardziej adekwatnego niż proponowane w niektórych wypowiedziach „przestępstwo", tak z punktu widzenia skutków zastosowania omawianej regulacji, jak i procesowego sposobu ustalania, że dowód został uzyskany za pomocą czynu zabronionego.

Jednocześnie za niezbyt udany zabieg uznać należy odwołanie się do treści art. 1 § 1 k.k.., co skutkuje trudnym do wyjaśnienia wyeliminowaniem z zakresu zastosowania nowo dodanego zakazu dowodowego czynów zabronionych o randze wykroczeń, dlatego za bardziej adekwatny od uchwalonego uznać należy kształt art. 168a k.p.k. z projektu rządowego przedłożonego Sejmowi, czyli nieposiadający zwrotu „o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego". W przyszłości być może zasadnym byłoby zastanowienie się nad objęciem zakresem zastosowania nowo dodanego zakazu również dowodów uzyskanych za pomocą deliktów dyscyplinarnych niebędących jednocześnie czynami zabronionymi o znamionach opisanych w ustawie, jednak przy podejmowaniu tego rodzaju prób konieczne wydaje się zachowanie daleko posuniętej ostrożności.

Co zaś tyczy się podstaw pociągania do odpowiedzialności karnej za uzyskiwanie dowodów w warunkach opisanych w art. 168a k.p.k., to pojawia się możliwość ukarania licznych kategorii podmiotów, w tym niebędących stronami postępowania ani ich przedstawicielami, czego podstawowym źródłem jest określenie adresata omawianej regulacji poprzez kwantyfikator i skierowanie jej tym samym do wszystkich stron i ich przedstawicieli w postępowaniu. W wielu sytuacjach możliwa jest odpowiedzialność za popełnienie czynu zabronionego przeciwko mieniu, wolności, nietykalności cielesnej, informacjom i działalności instytucji państwowych. Będą jednak przypadki zachowań się ewidentnie sprzecznych z prawem, które nie stanowić będą jednak stanowić czynu zabronionego z uwagi na brak wypełnienia znamion podmiotowych.

Jakkolwiek typowo czyn taki będzie miał miejsce na etapie poprzedzającym przeprowadzenie czynności procesowych związanych ze zdobytym środkiem dowodowym, to w szczególnych przypadkach jako możliwe jawi się uzyskanie dowodu za pomocą któregoś z czynów zabronionych z rozdziału XXXIII k.k. przy okazji przeprowadzania czynności dowodowych.

Criminal responsibility for gathering evidence by „means prohibited act" for any purpose other repressive proceedings

Extremely complicated is the nature of the criminal responsibility of par who violate the principles for gathering evidence in criminal proceedings (article 168a c.c.p.). This issue is discussed frequently with the representatives of the doctrine of criminal proceedings, whereas the lack of studies on the substantive aspects of Article 168a c.c.p. This applies, in particular on the grounds of responsibility for different types of offenses committed by the Police and the other similar services, authorities or person violating the prohibition. there are doubts according to Article 1 c.c. for the reconstruction of the term "*offense*" and its results. This raises the question: What is the status of the materials obtained by person, who was braking this prohibition. The analysis used by the legislator in Art. 168a c.c.p. the concept of „prohibited act " leads to the conclusion that the term used is appropriate, because it would be wrong to use the term "*crime*". In the future, necessary consider the expand this prohibition on the process of evidence obtained through criminal activity while non-disciplinary criminal acts that has the characteristics described in the act or misdemeanours. In making such attempts should, however, carefully consider the consequences of these possible legislative changes.