

Przyczynek do konstytucyjnej teorii dowodów, czyli kiedy nagranie magnetofonowe jest dowodem z dokumentu, a kiedy dowodem rzeczowym

GLOSA APROBUJĄCA

DO POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 7 LUTEGO 2007 R., III KK 237/06

WALDEMAR GONTARSKI

ZARÓWNO teza wyodrębniona z uzasadnienia glosowanego orzeczenia, jak i jego sentencja – zasługują na aprobatę. Tym bardziej, że eliminuje zamęt poznawczy powstały po wydaniu dwóch orzeczeń Sądu Najwyższego, których tezy oparte były na zasadzie tzw. swobody dowodzenia, polegającej m.in. na wprowadzaniu do procesu bez ograniczeń i zakazów prawnych dowodów gromadzonych prywatnie: „Nagranie... treści dwóch prywatnych rozmów w których zawarto propozycję korupcyjną, nie odbywało się w trybie przepisów rozdziału 26 k.p.k., wobec czego nie było poprzedzone procedurą przewidzianą w art. 237 i następnych tego kodeksu. Stąd też mowy być nie może o naruszeniu art. 241 Kodeksu postępowania karnego. Nagrania te nie były objęte żadnym z zakazów dowodowych przewidzianych w k.p.k. (...) Obowiązująca procedura karna nie wprowadza żadnego zamkniętego katalogu dowodów, uznając za takie w zasadzie wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia prawdy, o ile nie jest objęte ściśle określonym zakazem dowodowym. Nieznany jest też tej procedurze zakaz wykorzystania dowodów określanych w literaturze procesowej jako «owoce z zatrutego drzewa»” – teza postanowienia SN z 14 listopada 2006 r., V KK 52/06.¹

Jest to powielenie, chociaż przy pomocy innych środków wyrazu, tezy wyroku

SN z 5 października 2002 r., WA 22/02²: „Przepisy rozdziału 26 Kodeksu postępowania karnego, odnoszące się do kontroli i utrwalania rozmów przy użyciu środków technicznych, nie dotyczą prywatnego gromadzenia w ten sposób dowodów. Dlatego taśma magnetofonowa z utrwaloną na niej przez pokrzywdzonego (oskarżyciela posiłkowego) rozmową z oskarżonym może stanowić dowód w sprawie karnej, który podlega ocenie na zasadach ogólnych” – tutaj Sąd Najwyższy odrzucił odpowiadający prawu pogląd o zakazie dowodu prywatnego sformułowany w wyroku SN z 24 października 2000 r., WA 37/00, niepublikowany. Ten ostatni wyrok dotyczył prywatnego podsłuchu telefonicznego przeprowadzonego w warunkach zakazanych przepisem zawartym w art. 267 § 2 k.k., tzn. przez osobę nieuprawnioną, czyli przez osobę, która nie była uczestnikiem rozmowy.

Zarówno do rozmów odbywanych bezpośrednio (nie przy pomocy urządzeń telekomunikacyjnych), jak i przy pomocy telefonu, należy odnieść następującą uwagę o braku naruszenia prawa do prywatności, wyrażoną w kontekście art. 267 § 2 k.k.: „...taśmy magnetofonowej z utrwaloną rozmową, której nagrywający był uczestnikiem, nie można utożsamiać z podsłuchem, ponieważ podmiotem dokonującym nagrania była osoba uprawniona do pozyskania informacji”³.

1.

Ujawnianie okoliczności faktycznych w toku postępowania dowodowego wiąże się z możliwością naruszenia praw podstawowych chronionych przepisami ustawy zasadniczej. W pierwszej kolejności atakowana jest prawda procesowa (art. 2 § 2 k.p.k.) i związana z nim swobodna ocena dowodów (art. 7 k.p.k.), na poziomie ustrojowym zakodowane w prawie każdego do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy przez sąd (art. 45 ust. 1 Konstytucji). Zagrożone jest też prawo do prywatności (art. 47 Konstytucji) i powiązane z nim merytorycznie prawo do tajemnicy komunikowania się (artykuł 49 Konstytucji).

Zgodnie z ideą ochrony praw fundamentalnych, zasadą jest swoboda jednostki w korzystaniu z tych praw/wolności (art. 31 ust. 1 Konstytucji) i obowiązek ich poszanowania przez wszystkich (ust. 2 art. 30 Konstytucji), a wyjątkiem, który jako taki podlega odpowiedniemu (konstytucyjnie określone) uzasadnieniu – ograniczenie w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności (art. 31 ust. 3 Konstytucji). Jest więc odwrotnie niż w przypadku uzasadnienia tzw. swobody dowodzenia.

Na bezwzględne przesłanki ingerencji w korzystanie z praw fundamentalnych, zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji, składają się:

- ▶ ● wymóg legalności (ustawowa określoność ingerencji);
- wymóg konieczności w demokratycznym państwie;
- cele – wskazane w formie wyczerpującego katalogu w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Dlatego tylko ustawowo sprecyzowane ingerencje w prawa/wolności podstawowe – a nie ingerencje zrekonstruowane w drodze wykładni – mogą czynić legalnymi dowody uzyskane poprzez ograniczanie korzystania z tych praw/wolności. W ustawie powinno być jasno określone, w jakich okolicznościach i warunkach można po te ingerencje sięgać.

2.

Minimalizować prawdopodobieństwo zniekształcania prawdy materialnej tak, aby prawda procesowa (formalna) była możliwie najbliższą prawdą materialnej. W ten sposób na gruncie kodeksowo określonej procedury dowodowej, realizowany jest wymóg konieczności przy minimalizowaniu prawdopodobieństwa deformowania prawdy procesowej (zakodowanej w art. 45 ust. 1 Konstytucji). Według koncepcji S. Śliwińskiego, dowód z dokumentu nie jest przeprowadzany w celu ustalenia, czy i jakie treści zawiera, bo wtedy wykorzystywany byłby wzrokowo, poprzez oględziny, czyli byłby dokumentem rzeczowym – lecz jest przeprowadzany po to, aby odtworzyć (jawnosc) treści (informacje o przestępstwie) w dokumencie zawarte⁴.

Dla dowodów z dokumentów – będących pośrednim („derejestrowanym” z dokumentu) ujawnieniem oświadczeniem wiedzy – ustawodawca wprowadził szereg zakazów dowodowych i ograniczeń. W szczególności:

- walory dowodowe produktów przesłuchania co do zasady są uzależnione od sporządzenia protokołu – art. 143 § 1 pkt 2 k.p.k., ale także np. art. 393 § 1 zd. drugie k.p.k.;
- zakaz odczytywania notatek dotyczących czynności, z których wymagane jest sporządzenie protoko-

łu – art. 393 § 1 zd. drugie w związku z art. 143 § 1 k.p.k.;

- zakaz substytucji z art. 174 k.p.k. W szczególności ten przepis uniemożliwia zaliczenie oświadczenia wiedzy zarejestrowanego przy pomocy magnetofonu do kategorii dowodów rzeczowych, na co zwrócono uwagę w glosowanym postanowieniu;
- zakaz korzystania z dowodów z dokumentu prywatnego, ale zakaz ten dotyczy jedynie korzystania z dokumentu powstałego intencjonalnie (a nie przypadkowo), gdzie prawdopodobieństwo deformacji prawdy rośnie – art. 393 § 3 Kodeksu postępowania karnego.

Natomiast procedura karna nastawiona jest na stosunkowo łatwe wprowadzanie do procesu dowodów rzeczowych (łatwiejsze niż w przypadku dowodów z dokumentów) i ustanawia tutaj zakazy dowodowe w stosunkowo niewielkim zakresie, np. art. 225 § 3 zd. pierwsze, wchodzący w skład odrębnego rozdziału 25 k.p.k. – poświęconego wyłącznie reglamentacji prawnej dowodów rzeczowych.

W sumie należy mówić o marginalizacji dowodów z dokumentów w procesie karnym, co jest wyrazem troski ustawodawcy o prawdę procesową. Dowody z dokumentów są ujawniane pośrednio. Pośrednictwem są tutaj czynności utrwalenia, czyli np. opisanie lub zapis magnetofonowy, w czasie których rośnie prawdopodobieństwo deformacji prawdy. Mówiąc dokładniej, pośrednictwem są następstwa czynności utrwalania, manifestujące się w momencie odtwarzania przed organem procesowym treści oświadczenia wiedzy utrwalonych w dokumencie, w tym w zapisie magnetofonowym.

Informacje ujawniane pośrednio, pod względem prawdy materialnej mają charakter wtórny (nastąpiło oddzielenie źródła dowodowego jako źródła informacji od nośnika informacji, gdyż źródło informacji nie jest jej nośnikiem) w stosunku do dowodów rzeczowych albo oświadczenia wiedzy ujawnianej bezpośrednio (owoc przesłuchania procesowego). Skoro tak, to powinny mieć adekwatne (wtórne) znaczenie procesowe.

Tutaj wynik myślenia logicznego znajduje odzwierciedlenie w ustawie. Ustawo-

dawca, kierując się wymogiem konieczności, największe zaufanie ma do dowodów rzeczowych. Dlatego najłatwiej je wprowadzić do procesu niż nawet dowody z bezpośrednio ujawnianego oświadczenia wiedzy. Następnie plasują się, ze względu na większe możliwości deformacji prawdy, dowody z przesłuchania, a na końcu dowody z dokumentów, przeprowadzane (w przeciwieństwie do dowodów rzeczowych i dowodów z przesłuchania) bez uwzględnienia zasady bezpośredniości (wtórne ujawnianie oświadczenia wiedzy). Nic więc dziwnego, że te ostatnie nie mogą zastępować dowodów z przesłuchania (zakaz substytucji).

Ze względu na artykuł 7 k.p.k. nie może być jednak mowy o legalnej koncepcji dowodów, pojmowanej jako preferencje dla tzw. dowodów bezpośrednich (w znaczeniu „z pierwszej ręki”), kosztem poszlakowych (od „pośredników”, np. kopia dokumentów czy świadek ze słyszenia). Ustawowo preferowany jest jedynie sposób ujawniania (przeprowadzania) dowodów, określany w prawie procesowym mianem zasady bezpośredniości, co oznacza ograniczenie możliwości korzystania z dowodów wtórnie ujawnianych⁵.

Na przykład świadek ze słuchu, jeśli jest następnie (*nomen omen*) słuchany przez organ procesowy, to przestrzegana jest zasada bezpośredniości, definiowana jako „**przeprowadzanie wszelkich dowodów w sposób zapewniający kontakt sądu i stron z pierwotnym źródłem dowodowym (kontakt werbalny w przypadku dowodów osobowych i zmysłowy, np. wzrokowy, w przypadku dowodów rzeczowych)**”⁶. Jeśli oświadczenie wiedzy *auritus testis* (a więc dowód wtórny) jest odtwarzane z notatki sporządzonej przez takiego świadka albo z wykonanego przez niego nagrania magnetofonowego (dowód ujawniany pośrednio), wówczas organ procesowy nie ma bezpośredniego kontaktu ze źródłem dowodowym.

Zasada bezpośredniości nie oznacza bezpośredniego kontaktu podmiotu poznania z przedmiotem poznania (faktem popełnienia przestępstwa), więc nie jest istotna odległość źródła dowodzenia od dowodzonego faktu, będąca z kolei wyznacznikiem podziału na dowody pier-

wotne i pochodne. Jeśli nie odróżnimy tak pojmowanych dowodów bezpośrednich (pierwotnych) od pośrednie (pochodnych), powstaje zamęt poznawczy skutkujący najpierw tym, że np. protokołów z przesłuchania w porównaniu z bezpośrednim odebraniem zeznań czy wyjaśnień jest uznawany za dowód pośredni (a nie dowód pośrednio ujawniany), a następnie preferuje się dowody bezpośrednie, kosztem pośrednich⁷.

Ratio legis zakazów i ograniczeń dowodowych polega właśnie na tym, że skoro dowody z dokumentów mają charakter wtórny (wtórnie ujawnianych), prawdopodobieństwo deformacji prawdy jest tutaj większe niż w przypadku dowodów bezpośrednio przeprowadzanych, jakimi są dowody rzeczowe i dowody z przesłuchania (ograniczenie zaufania ustawodawcy do dowodów z przesłuchania ma inny charakter niż w przypadku dowodów z dokumentów i dotyczy ułomności ludzkich w rekonstruowaniu prawdy, w tym ułomności wynikających z podatności na wpływy zewnętrzne).

Dowody rzeczowe stanowią rejestrację *tempore criminis* (w tym zarejestrowane np. na taśmie magnetofonowej efekty słowne w przypadkach czynów zabronionych popełnianych werbalnie, np. zniesławienie czy zniewaga) i są przeprowadzane w warunkach zasady bezpośredniości, co w dwójnasób ogranicza możliwość deformowania prawdy materialnej – i stąd ich preferowania przez ustawodawcę.

3.

Wyodrębniona teza główna głosowanego postanowienia, choć prawnie oczywista, może być niezrozumiała w kontekście poglądów tej części przedstawicieli doktryny⁸ oraz powołanych powyżej dwóch judykatów, uznających generalnie za dopuszczalny dowód z zapisu magnetofonowego powstałego w trybie prywatnym, bez zastosowania rozróżnienia na zapis jako dowód z dokumentu i na rejestrację dźwiękową jako dowód rzeczowy (zapis faktu popełnienia przestępstwa).

W sprawie, w której wydano głosowane postanowienie, nagranie magnetofonowe stanowiło dowód z dokumentu, a nie dowód rzeczowy i na dodatek nagranie zostało sporządzone z intencją procesową.

4.

W kodeksowych uregulowaniach czynności dowodowych dochodzi do reglamentowania prawdy procesowej i związanej z nią zasady swobodnej oceny dowodów (zakodowanych w art. 45 ust. 1 Konstytucji) oraz do reglamentacji prawa do prywatności (art. 47 Konstytucji) i prawa do tajemnicy komunikowania się (art. 49 Konstytucji). Odbywa to się to – zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji – w oparciu o zasadę konieczności i legalności.

O tym, że ustalanie zakresu reglamentowania prawdy procesowej nie może być pozostawione interpretatorowi, lecz powinno być określone przez prawo (ustawowo określony zakres reglamentacji), przypomina – choć nie wprost – Sąd Najwyższy w głosowanym postanowieniu. Procedura karna określona w oparciu o zasadę konieczności (mającą na celu możliwie maksymalną ochronę przed deformacją prawdy procesowej oraz przed ingerencją w prawo do prywatności i w prawo do tajemnicy komunikowania się), nastawiona jest na stosunkowo łatwe wprowadzenie do procesu dowodu z prywatnego nagrania magnetofonowego, które stanowi utrwalenie momentu popełnienia przestępstwa, chyba że takie nagranie jest niedopuszczalne, bo zarejestrowane w wyniku prywatnego podsłuchu zastosowanego w sposób wypełniający znamiona czynu zabronionego z art. 267 § 2 k.k. (przepis ten chroni konstytucyjne prawo do tajemnicy komunikowania się). Ustawodawca w k.p.k. pozwala ingerować – czyni to z uwzględnieniem wymogu konieczności – w prawo do tajemnicy komunikowania się jedynie organom procesowym (art. 237 – podsłuch procesowy).

Ustawodawca w trosce o zasadę prawdy materialnej (kierując się ustrojowym wymogiem konieczności) chronionej zasadą bezpośredniości, zmarginalizował możliwość korzystania z dowodów z dokumen-

tów (ich istotą jest oświadczenie wiedzy ujawniane w procesie z pominięciem zasady bezpośredniości). Przeto nie można odchodząc od wyników wykładni *a contrario* przepisów k.p.k., dopuszczać takie dowody gromadzone prywatnie, w tym prywatne nagranie magnetofonowe (prywatne przesłuchanie, podsłuch), z naruszeniem zakazów i ograniczeń kodeksowych dotyczących dowodów z dokumentów. Przeciż w przypadku nagrania magnetofonowego zawierającego oświadczenie wiedzy rośnie prawdopodobieństwo deformowania prawdy w trakcie jego rejestracji.

Natomiast jeśli by nie stosować do dowodu z prywatnego nagrania magnetofonowego przepisów procedury karnej regulujących kwestie dowodów publicznych (gromadzonych przez organy procesowe), wtedy brak kodeksowych przepisów reglamentujących dowody prywatne, czyli brak dopuszczalności ustawowo określonego (ustrojowy wymóg legalizmu) ograniczenia praw podstawowych ze względu na prywatne gromadzenie dowodów – oznaczałoby, że **wszystkie dowody prywatne (jako sprzeczne w szczególności z art. 45 ust. 1 w związku z art. 8 i art. 31 oraz ewentualnie z art. 47 czy art. 49 Konstytucji) są w ogóle niedopuszczalne (także w rozumieniu art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k.)**. ■

¹ LEX nr 202271

² OSNKW 2002/9-10/77.

³ K. Dudka, *Dopuszczalność tak zwanych dowodów prywatnych a realizacja zasady prawdy*, (w:) *Zasada prawdy materialnej*, pod red. Z. Sobolewskiego i G. Artymiak, Zakamycze 2006r., s. 352.

⁴ S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948 r., s. 691.

⁵ Tak R. Kmiecik, (w:) *Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, pod red. R. Kmiecika, wydanie drugie, Zakamycze 2005 r., s. 95; tenże *Dokumenty prywatne i ich „prywatne gromadzenie” w sprawach karnych*, Państwo i Prawo nr 5/2004 r.

⁶ R. Kmiecik, (w:) *Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, pod red. R. Kmiecika, wydanie drugie, Zakamycze 2005 r., s. 95.

⁷ Podział na dowody bezpośrednie i pośrednie oraz na dowody bezpośrednio i pośrednio ujawnianie w: tamże, s. 93-95; brak takiego podziału w: T. Grzegorzcyk, (w:) T. Grzegorzcyk, T. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, wydanie trzecie, Warszawa 2001 r., s. 442.

⁸ Brak takiego rozróżnienia np. w T. Grzegorzcyk, (w:) T. Grzegorzcyk, T. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, wydanie trzecie, Warszawa 2001 r., s. 507.