

Uniwersytet Jagielloński
Wydział Prawa i Administracji



Jakub Kret

Aksjologia zakazów dowodowych w polskim procesie karnym

Praca doktorska napisana pod kierunkiem
prof. dr hab. Andrzeja Grabowskiego

Kraków 2023

Spis treści

Wstęp	6
Rozdział I. Wybrane zagadnienia aksjologii norm prawnych	
I.1 Ontologia wartości.....	12
I.2 Rola wartości w prawie	15
I.2.1 Aksjologiczna podstawa prawa	17
I.2.2 Słuszność relacyjna.....	18
I.2.3 Socjologiczny charakter wartości	21
I.2.4 Socjologiczne uzasadnienie obowiązywania norm	22
I.3 Rodzaje ocen	25
I.3.1 Oceny pierwotne	25
I.3.2 Ocena zrelatywizowana instrumentalnie	26
I.3.3 Ocena zrelatywizowana systemowo	30
I.3.4 Optatywy.....	33
I.3.5 Aprobata ocen.....	34
I.4 Systemowość wartości.....	35
I.4.1 Kolizyjność wartości	40
I.4.2 Struktury aksjologiczne	43
I.4.3 Relacja dominacji generalnej.....	46
I.5 Rola aksjologii w wykładni prawa	49
I.5.1 Rozumowania oparte na założeniu konsekwentności ocen prawodawcy... 52	
I.5.2 Rozumowania ważeńiowe i topiczne.....	55
Rozdział II. Specyfika norm prawnych wyrażających zakazy dowodowe	
II.1 Ogólna charakterystyka zakazów dowodowych	58
II.1.1 Historia zakazów dowodowych.....	58
II.1.2 Istota zakazów dowodowych.....	59
II.1.3 Typologia zakazów dowodowych	65
II.1.4 Cechy zakazów dowodowych	66
II.2 Związek zakazów dowodowych z określonymi rodzajami racjonalności	70
II.2.1 Teoria działań komunikacyjnych Habermasa	70
II.2.2 Typologia dowodów ze względu na określone rodzaje racjonalności	71

II.3. Procedura sądowa jako model poznania rzeczywistości.....	73
II.3.1 Procedura sądowa jako model komunikacyjny	75
II.3.2 Rodzaje reguł komunikacyjnych	76
II.3.3 Reguły dyskursu obowiązujące w proceduralnym modelu komunikacyjnym	77
II.4 Konwencjonalny charakter czynności dowodowych i rządzących nimi norm	80
II.4.1 Czynności dowodowe w postępowaniu karnym jako czynności konwencjonalne	80
II.4.2 Zakazy dowodowe jako normy postępowania	82
II.4.3 Normy proceduralne jako normy kreujące sposób poznania rzeczywistości	83
II.5 Wpływ zakazów dowodowych na postępowanie karne.....	86
II.5.1 Spór o charakter zakazów dowodowych jako norm stanowiących wyjątek od zasady prawdy materialnej.....	86
II.5.2 Konstytucjonalizacja zakazów dowodowych.....	89

Rozdział III. Aksjologiczna charakterystyka zakazów dowodowych

III.1 Metodologia charakterystyki zakazów dowodowych.....	91
III.2. <i>Nemo se ipsum accusare tenetur</i>	92
III.2.1 Istota.....	92
III.2.2 Uzasadnienie	94
III.2.3 Rodowód i ewolucja.....	96
III.2.4 Przykłady zastosowania	99
III.2.5 Charakterystyka	111
III.2.6 Krytyka.....	113
III.3 Zakaz przesłuchania obrońcy co do faktów, o których dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę.....	117
III.3.1 Istota.....	117
III.3.2 Uzasadnienie	120
III.3.3 Rodowód i ewolucja.....	121
III.3.4 Przykłady zastosowania	125
III.3.5 Charakterystyka	129
III.3.6 Krytyka.....	130
III.4 Zakaz dowodzenia treści narady sędziowskiej	133

III.4.1 Istota.....	133
III.4.2 Uzasadnienie	134
III.4.3 Rodowód i ewolucja.....	135
III.4.4 Przykłady zastosowania	137
III.4.5 Charakterystyka	144
III.4.6 Krytyka.....	145
III.5 Zakaz przesłuchania duchownego co do faktów, których dowiedział się podczas spowiedzi	147
III.5.1 Istota.....	147
III.5.2 Uzasadnienie	149
III.5.3 Rodowód i ewolucja.....	150
III.5.4 Przykłady zastosowania	152
III.5.5 Charakterystyka	153
III.5.6 Krytyka.....	154
III.6 Zakaz przesłuchania lekarza i lekarza psychiatry co do oświadczeń złożonych przez oskarżonego	155
III.6.1 Istota.....	155
III.6.2 Uzasadnienie	156
III.6.3 Rodowód i ewolucja.....	159
III.6.4 Przykłady zastosowania	162
III.6.5 Charakterystyka	163
III.6.6 Krytyka.....	164
III.7 Zakaz przesłuchania osoby, która odmówiła złożenia zeznań jako osoba najbliższa	168
III.7.1 Istota.....	169
III.7.2 Uzasadnienie	170
III.7.3 Rodowód i ewolucja.....	172
III.7.4 Przykłady zastosowania	174
III.7.5 Charakterystyka	176
III.7.6 Krytyka.....	177
III.8 Zakaz przesłuchania osoby zobowiązanej do zachowania tajemnicy państwowej albo związanej z wykonywaną funkcją lub zawodem	181
III.8.1 Istota.....	181
III.8.2 Uzasadnienie	186

III.8.3 Rodowód i ewolucja.....	188
III.8.4 Przykłady zastosowania	196
III.8.5 Charakterystyka	204
III.8.6 Krytyka.....	205
III.9 Zakazy wykorzystania dowodów.....	208
III.9.1 Skutki naruszenia zakazów dowodowych – ujęcie historyczne i współczesne	208
III.9.2.1 Sankcja za naruszenie zakazów dowodowych.....	212
III.9.2.2 Uzasadnienie zakazów wykorzystania dowodów	214
III.9.3 Nieważność czynności jako ewentualny skutek naruszenia zakazów dowodowych	216
III.9.4.1 Dopuszczalność wykorzystania dowodu uzyskanego z naruszeniem zakazu dowodowego	219
III.9.4.2 Próby tworzenia abstrakcyjnego modelu oceny skutków naruszeń zakazów dowodowych	221
III.9.4.3 Zakaz wykorzystania owoców zatrutego drzewa.....	228
Rozdział IV. Rezultaty analizy aksjologicznej zakazów dowodowych	
IV. 1 Aksjologiczne uzasadnienie zakazów dowodowych.....	234
IV.2 Postulaty dotyczące interpretacji zakazów dowodowych..	244
IV.2.1 Wykładnia zwężająca czy rozszerzająca?.....	245
IV.2.2 Dopuszczalność uchylecia zakazu dowodowego przez beneficjenta	252
IV.3 Postulaty <i>de lege ferenda</i>	255
IV.4 Oceny relatywne zakazów dowodowych i dotyczące ich struktury aksjologiczne	259
IV.5 Ważenie dóbr prawnych a ocena skutków naruszeń zakazów dowodowych.....	264
Zakończenie	269
Bibliografia	273

Wstęp

„Proces karny – to walka o dowody. O ich zdobycie, utrwalenie i zaprezentowanie przed tym, który będzie rozstrzygał o losie oskarżonego”¹. Nieodłącznym ograniczeniem pola tej walki są zakazy dowodowe. Naturalne dla każdego postępowania karnego dążenie do ustalenia prawdy wiąże się bowiem z pytaniem, czy osiągnięcie tego celu powinno być dopuszczalne za wszelką cenę, a jeśli nie, to jak wytyczyć w procesie dowodzenia granice między tym, co dozwolone a zakazane. Zagadnienie to jest szczególnie doniosłe współcześnie. Uznaje się bowiem, że na rozwój debaty nad problemem nielegalnie pozyskanych dowodów wpływ miały: rozwinięty po II wojnie światowej dyskurs praw człowieka oraz rewolucja technologiczna, umożliwiająca coraz swobodniejsze zdobywanie i utrwalenie informacji bez zgody osób, których one dotyczą². Postęp techniczny ułatwia komunikowanie się z wykorzystaniem coraz to nowszych technologii. Chociaż w żaden sposób nie dezawuuje to prawa do prywatności, to jednocześnie może rodzić coraz większą pokusę uzyskania dostępu do tak wymienianych informacji przez osoby niebiorące udziału w procesie komunikacji. Tym samym „interesowi państwa i innych organizacji, które dążą do tego, by posiadać jak najwięcej i jak najbardziej dokładnych informacji o życiu obywateli po to, by móc sprawnie kontrolować procesy społeczne i zarazem skutecznie oddziaływać na nie, przeciwstawia się interes obywateli pragnących zachować swoje prywatne życie oraz możliwość swobodnego porozumiewania się z innymi ludźmi”³. Wyzwania, z którymi współcześnie mierzy się prawo – nowość stanów faktycznych wymagających kwalifikacji prawnej, jak i kontekstów, w jakich dokonuje się kwalifikacji już znanych zachowań i sytuacji – coraz częściej wymagają dokonywania wyborów aksjologicznych w kwestiach dotychczas nierozstrzyganych prawnie.

Podczas zorganizowanej w czerwcu 2014 roku w Poznaniu konferencji dla uczczenia jubileuszu pracy naukowej Profesor Sławomiry Wronkowskiej swoim marzeniem o polskiej konstytucji podzielił się Profesor Maciej Zieliński. Wedle jego słów ustrojodawca powinien nie tylko wskazywać wartości konstytucyjne, ale również porządkować je hierarchicznie. Taką postulowaną konstytucję Zieliński nazwał

¹ S. Waltoś, *Owoce zatrutego drzewa*, Kraków 2010, s. 231.

² W. Jasiński, *Nielegalnie uzyskane dowody w procesie karnym. W poszukiwaniu optymalnego rozwiązania*, Warszawa 2019, s. 309-310.

³ L. Morawski, *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*, Toruń 1988, s. 230.

metaforycznie „wzorcem zbudowanym z najszlachetniejszej stali”, zaś aktualnie obowiązującą określił jako przypominającą „plastelinę lub glinę”. Po krytyce, z którą spotkało się to stwierdzenie, skorygował swój pogląd, przyznając, że nie ma gotowych pomysłów na rozwiązywanie konfliktów między wartościami, jednak pragnąłby, aby hierarchia wartości, przypisywana racjonalnemu prawodawcy, nie zależała od poszczególnych przypadków stosowania prawa, ale była trwała „jak stal chromowana lub niklowana”⁴.

Twierdzenia Zielińskiego dobrze oddają potrzebę położenia większego nacisku na aksjologię interpretacji prawniczej. Stwarza to pole do dyskusji na temat roli wartości w prawie i dokonywanej w oparciu o nie jego wykładni. Pojęcie wartości jest wieloznaczne, zaś dla zapewnienia precyzji analizy konieczne jest dokładne określenie znaczenia, do jakiego się odwołujemy, gdy mówimy o wartościach⁵.

Uważam, że uwzględnienie roli wartości w prawie może być odpowiedzią na wyzwania, z którymi przychodzi współcześnie mierzyć się na gruncie problematyki zakazów dowodowych. System prawa ze swej istoty obarczony jest pewną inercją. Zjawisko to odczuwalne jest zwłaszcza w dzisiejszych czasach. Wobec dynamicznie zmieniającej się rzeczywistości nie sposób oczekiwać, by prawodawca dostatecznie szybko reagował na pojawiające się potrzeby i wyzwania. Nowelizowanie obowiązujących już aktów normatywnych, bądź ustanawianie nowych, jest ze swej istoty czasochłonne. Problemem nie jest tu wyłącznie tempo prac legislacyjnych, ale również konieczność wypracowania siatki pojęciowej adekwatnej dla natury regulowanych zjawisk. Wszystko to pochłania sporo czasu, a w trakcie stosowania prawa konieczne jest nieraz mierzenie się z kwestiami, które muszą zostać rozstrzygnięte „tu i teraz”, bez oczekiwania na efektywną, szybką interwencję prawodawcy. Mierzący się z nowymi wyzwaniami prawnicy nie powinni działać w sposób dowolny, lecz zgodny z normami prawa obowiązującego. W jego adekwatnej interpretacji pomocne może być odwołanie się do aksjologii aktów prawnych.

Na gruncie ideologii marksistowskiej, przez lata oficjalnie obowiązującej w polskim prawoznawstwie, prowadzenie badań na płaszczyźnie aksjologicznej budziło zastrzeżenia⁶. W dodatku ówczesny aparat pojęciowy nauk prawnych był ściśle

⁴ M. Zajęcki, Dwa paradoksy esencjalizmu aksjologicznego, [w:] M. Dudek, M. Stępień (red.), *Aksjologiczny wymiar prawa*, Kraków 2015, s. 79-80.

⁵ M. Kordela, Systemowość aksjologiczna prawa, *Acta Universitatis Wratislaviensis* 104/2016, s. 93.

⁶ J. Wróblewski, *Wartości a decyzja sądowa*, Wrocław 1973, s. 184. Mimo to wraz z upływem również u polskich badaczy z kręgu filozofii marksistowskiej, choćby w poglądach Seidlera, pojawiały się postulaty

powiązany z założeniami Marksa dotyczącymi klasowości. Filozof ten definiował wartości jako to, co odpowiada ocenom jednostki, żywionym przez wyidealizowanego przedstawiciela pewnej klasy społecznej, mającego należyłą wiedzę i dokonującego ocen w pełni odpowiadających interesom danej klasy w zakresie optymalnego zaspokojenia jej potrzeb i dążeń⁷. Z tego powodu przez lata obszar analiz aksjologicznych nie cieszył się w prawoznawstwie polskim szczególnym zainteresowaniem.

Obecnie, wraz z rosnącym znaczeniem odwoływania się do wartości w procesie interpretacji prawniczej, należy rozważyć postulaty wyodrębnienia pozajęzykowego typu wykładni aksjologicznej⁸. Warto podkreślić, że samo oparcie wykładni prawa na wartościach nie determinuje opowiedzenia się za konkretnym paradygmatem teorii prawa. W szczególności nie może ono przesądzać o odejściu od pozytywizmu prawniczego i wyborze stanowiska niepozytywistycznego albo prawnonaturalnego. Wartości istotne z perspektywy wykładni aksjologicznej mają bowiem zasadniczo charakter wartości prawnych, choćby dlatego, że zostały one inkorporowane do systemu prawnego jako przynależące do wartości właściwych prawodawcy⁹.

Poczynione spostrzeżenia stanowią swoiste uzasadnienie dla uczynienia przedmiotem rozprawy aksjologicznego wymiaru zakazów dowodowych w procesie karnym. Uważam, że nie można ograniczać się wyłącznie do analizy formalno-dogmatycznej przepisów prawa karnego procesowego, bowiem nieraz konieczne jest rozstrzygnięcie problemów praktycznych zanim nastąpi ewentualna interwencja sądu konstytucyjnego lub ustawodawcy, rozstrzygająca wątpliwości co do interpretacji i stosowania przepisów. Przy czym właśnie analiza zakazów dowodowych w procesie karnym powinna być prowadzona ze szczególnym uwzględnieniem leżących u ich podstaw wartości. Postępowanie karne stanowi bowiem pewną formę zastosowania zinstytucjonalizowanego, państwowego przymusu, koniecznego do wyjaśnienia kwestii związanych z popełnieniem czynu zabronionego i pociągnięciem sprawcy do odpowiedzialności. Natura działań organów postępowania karnego powoduje, że kolidują one nieraz z konstytucyjnymi prawami i wolnościami jednostki. Ich ochronie służą zaś zakazy dowodowe. W związku z tym prawidłowa rekonstrukcja leżących u ich

wprowadzenia do filozofii prawa dociekań o charakterze aksjologicznym, pytań o idee przenikające system prawa i jego miejsce w systemie wartości. Tak P. Dutkiewicz, *Problem aksjologicznych podstaw prawa we współczesnej polskiej filozofii i teorii prawa*, Kraków 1996, s. 15.

⁷ L. Nowak, *U podstaw marksistowskiej aksjologii*, Warszawa 1974, s. 8-10.

⁸ M. Kordela, Aksjologiczna wykładnia prawa, *Acta Universitatis Wratislaviensis* 110/2017, s. 154.

⁹ *Ibidem*, s. 157.

podstaw wartości gwarantuje należyte poszanowanie wskazanych praw i wolności, co stanowi jeden z wyznaczników humanitaryzmu, którym powinno cechować się postępowanie karne we współczesnym państwie prawa.

W prowadzonych zwykle analizach dogmatycznych nie poświęca się zbyt wiele miejsca zgłębieniu *ratio legis* poszczególnych zakazów dowodowych. Celem tej pracy jest wypełnienie tej luki, istotnej z perspektywy zadań, których realizacji służy ustanowienie zakazów dowodowych. Nie można też tracić z pola widzenia, że normy te zasadniczo ograniczają możliwość poczynienia prawdziwych ustaleń faktycznych. W odniesieniu do orzeczeń sądowych wskazuje się, że „uzasadnienie danej decyzji polega na wykazaniu, że zostały spełnione warunki niezbędne do uznania tej decyzji za trafną ze względu na przyjmowany system ocen”¹⁰. Twierdzenie to można odnieść również do norm prawnych, uznając je za rezultat decyzji prawodawcy. Należy więc zrekonstruować przyjęty przez niego system ocen, by stwierdzić, czy wprowadzenie określonych zakazów dowodowych jest rzeczywiście aksjologicznie uzasadnione. Odpowiedź na to pytanie będzie również pomocna przy rozstrzyganiu ewentualnych wątpliwości dotyczących kierunku wykładni tego rodzaju norm, zwłaszcza w sytuacji ich konfliktu z innymi zasadami procesu karnego, np. wynikającym z art. 2 § 2 k.p.k. obowiązkiem oparcia wszelkich rozstrzygnięć na prawdziwych ustaleniach faktycznych, a zakazami dowodowymi.

Opisane zagadnienie dotyczy kwestii walidacyjnych. Jakkolwiek aspekt ten ma znaczenie podstawowe dla obowiązywania norm prawnych, to jednak za szczególnie istotne uważam położenie akcentu na kwestie interpretacyjne, związane ze stosowaniem w praktyce obowiązujących regulacji prawnych. Zakazy dowodowe w procesie mają bowiem na tyle ugruntowany rodowód, że raczej nie dyskutuje się nad ich obowiązywaniem jako takim, ale głównie nad ich zakresem normowania, który wynika z kolei z interpretacji obowiązujących w tej kwestii przepisów.

* * *

Praca ma charakter interdyscyplinarny, polegający na połączeniu analiz teoretycznoprawnych, dogmatycznoprawnych i historycznoprawnych, a więc realizuje postulat integracji wewnętrznej prawoznawstwa. W moich rozważaniach posługiwać się

¹⁰ M. Kordela, Uzasadnienia aksjologiczne w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, *RPEiS* 3/2000, s. 26.

będę przede wszystkim metodami filozofii analitycznej, służącymi identyfikacji wartości oraz aksjologicznej wykładni przepisów prawa obowiązującego. Korzystać będę również z rezultatów analizy historycznej i formalno-dogmatycznej norm i regulacji ustanawiających zakazy dowodowe. Uważam, że dzięki zastosowaniu tych metod możliwe będzie zrekonstruowanie głównych i powtarzalnych w czasie wartości, stojących za przyjęciem tego rodzaju norm na różnych etapach rozwoju systemów prawa, co pozwoli określić ich pewną bazę aksjologiczną.

W rozdziale pierwszym omówię podstaw aksjologicznej analizy prawa. Objąsniła zostanie w nim rola wartości w systemie prawnym. Opisana będzie problematyka ocen w prawoznawstwie, które mogą być dokonywane właśnie ze względu na wartości przyjmowane przez prawodawcę i interpretatorów prawa. Wskazane zostaną również ewentualne możliwości rekonstrukcji abstrakcyjnej hierarchii wartości i związane z tym trudności.

Drugi rozdział poświęcony będzie teoretycznoprawnej charakterystyce norm ustanawiających zakazy dowodowe w procesie karnym. Do przeprowadzenia ich analizy wykorzystane zostaną narzędzia zaproponowane przez Jürgena Habermasa w jego teorii działań i racjonalności komunikacyjnej. Wskazane zostaną również możliwe sposoby podejścia do postępowania karnego, które można zasadnie traktować jako model poznania rzeczywistości, rządzący się zasadami ustanowionymi przez prawodawcę. W takim ujęciu czynności przeprowadzania dowodów mają charakter czynności konwencjonalnych, a naruszenie reguł ich dokonywania rodzi określone w przepisach konsekwencje. Przeanalizowane zostanie również znaczenie zakazów dowodowych z perspektywy konstytucyjnej.

W najobszerniejszym rozdziale trzecim pracy omówione będą poszczególne zakazy dowodowe, a ich analiza zostanie przeprowadzona z wykorzystaniem narzędzi opisanych we wcześniejszych rozdziałach. Przy czym przedstawienie i objaśnienie każdego zakazu dowodowego dotyczyć będzie jego:

- 1) istoty;
- 2) uzasadnienia;
- 3) rodowodu i ewolucji;
- 4) przykładów zastosowania;
- 5) charakterystyki;
- 6) ewentualnej krytyki.

W tym rozdziale omówione zostaną również konsekwencje naruszenia zakazów wykorzystania bezprawnie uzyskanych dowodów, ze szczególnym uwzględnieniem teorii owoców zatrutego drzewa.

Wreszcie w ostatnim rozdziale czwartym sformułowane zostaną postulaty dotyczące kierunków wykładni zakazów dowodowych, opartej o rozumowania aksjologiczne. Podjęta też zostanie kwestia dopuszczalności niezastosowania zakazu dowodowego w przypadku wyrażenia takiej woli przez podmiot, w którego interesie dany zakaz został ustanowiony. Ponadto sformułowane zostaną postulaty *de lege ferenda*, jak również podjęta zostanie próba przedstawienia możliwej hierarchii wartości istotnych przy ustalaniu zakresu normowania zakazów dowodowych. Poddane one zostaną ocenie pod kątem realizacji celów, które legły u podstaw ich ustanowienia.

Należy podkreślić, że uwzględnienie roli aksjologii w wykładni prawa bynajmniej nie oznacza zwiększenia zakresu sędziowskiej dyskrecjonalności, czy stawiania władzy sądowniczej nad ustawodawczą. Wręcz przeciwnie, poprawna rekonstrukcja *ratio legis* określonych norm pozwala trafniej oddać intencje ustawodawcy co do wprowadzania poszczególnych rozwiązań prawnych¹¹. Tym samym, przynajmniej częściowo spełnione zostałyby marzenie Profesora Macieja Zielińskiego o ograniczeniu kazuistyki podczas rozstrzygania spraw, w których występuje kolizja wartości.

¹¹ O ile, rzecz jasna, deklarowane intencje pokrywają się z rzeczywistymi, a ustawodawca jest w stanie prawidłowo realizować przyświecające mu cele przy pomocy ustanawianego prawa.

Rozdział I.

Wybrane zagadnienia aksjologii norm prawnych

1. Ontologia wartości

Za pierwszy traktat z dziedziny aksjologii uznaje się *System der Werttheorie* Christiana von Ehrenfelsa z 1893 roku¹². Termin „aksjologia” zostaje wprowadzony niecałe dziesięć lat później, bo w 1902 roku, przez Paula Lapiego w wydanym przez niego dziele *Logique de la volonté*, zaś upowszechniony kolejne sześć lat później dzięki Eduardowi von Hartmannowi i jego pracy *Grundriss der Axiologie*¹³. Jednak już wcześniej filozofowie dyskutowali na temat roli wartości. Immanuel Kant uważał, że powinność – jako taka – stanowi fundament wartości. Przeciwny pogląd głosił Max Scheler, uważający że to wartości są fundamentem wszelkiej powinności. Na doniosłą rolę wartości wskazywał też Roman Ingarden, który wymagał, by w naukach normatywnych przyjmowano wpieryw kryteria oceny, mające charakter fundamentu nie normatywnego, lecz teoretycznego. Zdaniem tego filozofa możliwość teoretycznego uzasadnienia słuszności norm warunkowała uznanie danej dziedziny normatywnej za naukę¹⁴.

Wysoce sporna jest ontologia wartości. Z jednej strony wyróżnić można ujęcie subiektywistyczne, zgodnie z którym wartości istnieją wyłącznie w subiektywnym doświadczeniu, nie mając w sobie nic obiektywnego. Istnieją natomiast akty oceniania, a wartości to wyrażenie ludzkich procesów oceniania. Na gruncie emotywizmu (subiektywizmu) obiektywność wartości sprowadza się wyłącznie do realności przeżyć psychicznych wyrażających emocje, do których wartości są redukowane. Natomiast zgodnie z socjologizmem wartości to zjawiska społeczne wyrażane przez ludzką interakcję i przez nią uwarunkowane¹⁵.

Na drugim biegunie znajduje się stanowisko idealistyczne, przyznające wartościom charakter realnie istniejących bytów¹⁶. W jego ramach wyróżnić można m.in. naturalizm i intuicjonizm. Na gruncie tych kierunków przyjmuje się, że wartość jest poznawalną właściwością stanów rzeczy, z tym że w przypadku naturalizmu jest

¹² P. Dutkiewicz, *Problem aksjologicznych...*, s. 27.

¹³ A. Kojder, Prawo jako przedmiot analiz aksjologicznych, [w:] H. Rot (red.), *Problemy metodologii i filozofii prawa. Materiały VIII Ogólnopolskiego Zjazdu Teoretyków Państwa i Prawa, Bierutowice 26-28 IX 1985*, Wrocław 1985, s. 73.

¹⁴ P. Dutkiewicz, *Problem aksjologicznych...*, s. 34.

¹⁵ J. Wróblewski, Analityczne podejście do aksjologii prawa, *Studia Filozoficzne* 2-3/85, s. 81.

¹⁶ P. Dutkiewicz, *Problem aksjologicznych...*, s. 34.

poznawalna za pomocą pewnych obserwowalnych cech naturalnych, zaś w przypadku intuicjonizmu – dzięki pewnej właściwości ludzkiej psychiki, jaką ma być intuicja moralna. W ramach naturalizmu wartość sprowadzono więc do tego, czy stan rzeczy za nią uznawany wiąże się z dobrem, czyli pozytywnie ocenianymi konsekwencjami, np. zapewnieniem jak największego szczęścia bądź zminimalizowaniem nieszczęścia u największej liczby ludzi. Koncepcja ta spotkała się z krytyką twórcy intuicjonizmu G.E. Moore'a, który wskazywał, że naturalizm nie udziela odpowiedzi na bynajmniej nietrywialne pytanie, dlaczego wskazane na jego gruncie pozytywne konsekwencje należy utożsamiać z dobrem moralnym. Zdaniem intuicjonistów o tym, czy coś jest wartością, powinna decydować płynąca z głębi ludzkiego sumienia intuicja moralna. Na gruncie tej koncepcji nie wyjaśniono jednak problemu odmienności, a nieraz wręcz sprzeczności ocen moralnych dokonywanych przez poszczególne osoby. Intuicjonizm nie udziela też odpowiedzi na pytanie, jak taki konflikt należy rozstrzygać i którym ocenom przyznać charakter wartości¹⁷.

Pośrednią propozycję opracował Roman Ingarden w ramach swej filozofii czystej intencjonalności. Zgodnie z zaproponowanym stanowiskiem wartości są przedmiotami intencjonalnych przeżyć podmiotowych, pochodnymi względem podmiotów i niesamoistnymi. Są więc bytami pochodnymi, powołanymi do istnienia przez podmiotowy akt odkrycia w konkretnym przedmiocie jego wartościowości. W ten sposób wartości istnieją dzięki ich nośnikom oraz relacji przedmiotowo-podmiotowej, w ramach której dokonuje się wartościowania. W takim ujęciu wartości nie można zredukować wyłącznie do składnika myśli, do czego dążyły skrajne stanowiska subiektywistyczne¹⁸.

Uważam, że tak zarysowany pogląd co do ontologicznego statusu wartości otwiera możliwość przyjęcia stanowiska nonkognitywistycznego, w zgodzie z założeniami którego będę prowadzić analizę wartości¹⁹. Oznacza to akceptację następujących tez, wskazanych przez Jerzego Wróblewskiego:

- 1) wartości nie są bytami istniejącymi w sposób analogiczny do tego, w jaki istnieje materialna rzeczywistość;

¹⁷ Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Warszawa 1990, s. 63-66.

¹⁸ *Ibidem*, s. 29-30.

¹⁹ Dla pogłębienia wywodu w niektórych fragmentach odniosę się jednak również do stanowiska kognitywistycznego.

- 2) oceny bądź normy odwołujące się do wartości nie są zdaniami w sensie logicznym, którym można by przypisać właściwość prawdy albo fałszu²⁰;
- 3) reguły logiki nie uprawomocniają wnioskowań, w których ze zdań w sensie logicznym wynikać miałyby ocena bądź norma;
- 4) mimo to powszechnie przyjmowane w prawie reguły wnioskowań pozwalają na łączenie za pomocą funktorów logicznych zdań, ocen i norm;
- 5) powszechnie przyjmowane w prawie reguły inferencyjne pozwalają prowadzić wnioskowania, w których z połączeń zdań, ocen i norm wywnioskowuje się wypowiedź należącą do jednej z tych grup²¹.

Należy dodać, że stanowisko nonkognitywistyczne zakłada relacyjne postrzeganie wartości, co oznacza, że są one emocjonalnymi projekcjami względem obiektu lub stanu rzeczy, albo powstają w procesie oceniania i są kryteriami pozwalającymi ustalić wynik tego procesu (rodzaj oceny). Całość przekonań konkretnej jednostki na temat wartości stanowi jej świadomość aksjologiczną. Natomiast zbiór tego rodzaju przekonań wspólny dla większości członków danego społeczeństwa można określić jako trzon aksjologicznej świadomości społecznej. Na gruncie stanowiska nonkognitywistycznego wartości nie istnieją poza określonymi stanami psychiki pewnych osób, a ich obiektywizacja dokonuje się w procesach komunikowania, w trakcie których przeżycia ustanawiające wartości są formułowane w sposób językowy bądź pozajęzykowy. Takie wypowiedzi, służące wyrażeniu wartości, podlegają zaś interpretacji²². W przypadku wartości prawnych będzie ona prowadzona zgodnie z uznanymi w danej kulturze prawnej kanonami interpretacji prawniczej.

Warto jeszcze zwrócić uwagę, że zróżnicowanie ontologicznego podejścia do wartości pociąga za sobą położenie nacisku na różne aspekty wartościowania. Dla przykładu można wskazać, że empiryzm akcentuje psychologiczne cechy opisywanego przedmiotu, natomiast psychologizm podkreśla subiektywne aspekty wartości.

²⁰ Należy zauważyć, że zdanie wyrażające oceny żywione przez konkretny, realnie istniejący podmiot można interpretować w sposób pozwalający oceniać je w kategorii prawdziwości, odnosząc ją do tego, czy autor oceny rzeczywiście takową żywi. Gdy prezydent Ukrainy stwierdzi „Rosja nie jest najbardziej przyjaznym z naszych sąsiadów” to wypowiedź tę możemy oceniać wyłącznie w kategoriach szczerości, a jednocześnie nadać jej interpretację prowadzącą do sformułowania zdania „Prezydent Ukrainy twierdzi, że Rosja nie jest najbardziej przyjaznym z naszych sąsiadów”. Kwestie z tym związane nie mają jednak istotnego znaczenia na gruncie prawoznawstwa, gdyż formułowane w jego ramach oceny rzadko mają charakter ocen powiązanych z realnymi przeżyciami emocjonalnymi konkretnych osób.

²¹ J. Wróblewski, *Wartości...*, s. 27-28.

²² K. Pałeczki, O aksjologicznych zmianach w prawie, [w:] L. Leszczyński (red.), *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia, konstytucja, integracja europejska*, Lublin 1999, s. 15-17.

Fenomenologia i transcendentalizm podkreślają immanentność przeżycia wartości, zaś metoda analityczna skupia się na językowej warstwie problemów aksjologicznych²³.

2. Rola wartości w prawie

Przyjmuje się, że prawo ma charakter aksjologiczny, bo opiera się na założeniu pewnych wartości, którym służy²⁴. Wychodząc z tego założenia, można twierdzić, że uzasadniona decyzja prawodawcza przybiera postać formuły: „Norma prawna N jest ustanowiona w postaci przepisów P₁, P₂... P_n jako środek do osiągnięcia celów G₁, G₂... G_n wybrany zgodnie z celowościowymi lub nie-celowościowymi wartościami W₁, W₂... W_n wyznaczonymi przez aksjologiczny system AS, biorąc pod uwagę naukowe twierdzenia S₁, S₂... S_n opisujące prawidłowości zjawisk empirycznych doniosłe dla regulacji prawnej”²⁵. Rzecz jasna kwestiami potencjalnie spornymi są w tym ujęciu wszystkie elementy wartościujące: cele G, instrumentalna oraz nie-instrumentalna ocena przepisów oraz odniesienie do systemu aksjologicznego AS.

Podkreśla się normotwórczą funkcję wartości²⁶. Istotnie, proces racjonalnego tworzenia prawa powinien rozpoczynać się od ustalenia, jakie wartości ustawodawca ma zamiar realizować. Przyjmuję bowiem, zgodnie z założeniem racjonalności prawodawcy, że stawia on sobie określone cele, realizowane za pomocą wprowadzanego prawa, które powinno być instrumentalnie racjonalne, czyli być odpowiednim narzędziem do realizacji zamierzonego przez prawodawcę celu²⁷. Mimo to aksjologię uznaję za istotny, ale nie konstytutywny, element decyzji prawodawczej. Istotną rolę wartości, a więc również aksjologii, upatruję przede wszystkim w płaszczyźnie interpretacyjnej, w mniejszym stopniu w walidacyjnej. Jej prawidłowe odczytanie służyć ma podejmowaniu jak najtrafniejszych decyzji stosowania prawa. Racjonalność interpretatora prawa jest bowiem wewnętrzna w stosunku do kultury prawnej oraz oparta na kryterium

²³ M. Zirk-Sadowski, *Rozumienie ocen w języku prawnym*, Łódź 1984, s. 56-57.

²⁴ J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, Wrocław 1985, s. 23. Należy przy tym zdawać sobie sprawę, że wartości w prawie formułowane są na wysokim poziomie ogólności, co może utrudniać dokonywanie w oparciu o nie interpretacji prawa. Co więcej mogą być one odbierane jako kontrowersyjne i motywowane względami głównie politycznymi, gdyż są ustanawiane przez prawodawcę. Tym bardziej, że za pomocą pojęcia wartość najczęściej oddajemy pozytywną ocenę danego stanu rzeczy albo podkreślamy rolę tego obiektu przez dokonanie jego stanowczej, najczęściej aprobującej oceny. Tak P. Dutkiewicz, *Problem aksjologicznych...*, s. 46.

²⁵ J. Wróblewski, *Analityczne podejście...*, s. 54.

²⁶ K. Pałeczki, *Redukcja aksjologiczna jako sposób objaśniania porządku społecznego*, [w:] M. Dudek, M. Stępień (red.), *Aksjologiczny wymiar prawa*, Kraków 2015, s. 45.

²⁷ „Na głębszym poziomie można powiedzieć, że każda norma prawna (obowiązek formułowany przez prawodawcę) presuponuje istnienie pewnych preferencji – takich oto, że prawodawca dąży poprzez prawo do zmiany stosunków społecznych na bardziej preferowane” (M. Zajęcki, *Dwa paradoksy...*, s. 79).

wnioskowania ze środka na cel²⁸. Tym samym uzasadnione tożsamą aksjologią decyzje stosowania prawa będą uznawane za najtrafniejsze, bo w najlepszy sposób prowadzące do realizacji zidentyfikowanego celu. Z tego rozumowania nie wynika jednak wniosek o uznaniu nieobowiązywania normy, co do której stwierdzi się, że nie realizuje ona należycie deklarowanych wartości.

Wartości, rozumiane jako pożądane obiekty bądź stany rzeczy, mogą natomiast stać się celami²⁹, jeśli towarzyszy im choćby ogólny zamiar ich realizacji. Ten ich rodzaj można określić jako wartości-cele. W takim ujęciu ustanowienie norm prawnych można uznać za działanie w myśl strategii służącej do realizacji przyjętych wartości-celów³⁰. Dodatkowo należy przyjąć, że funkcja walidacyjna nie odgrywa większej roli w analizie zakazów dowodowych, przynajmniej rozumianej formalnie, i służącej odpowiedzi na pytanie, czy dana norma obowiązuje. Powszechnie aprobuje się w procesie karnym zasadę swobody dowodzenia, a wyjątki od niej przyjmują postać zakazów dowodowych, których katalog również cieszy się powszechną akceptacją. W tym przypadku problemem nie jest ustalenie, jakie przepisy obowiązują, lecz jaki jest ich zakres zastosowania – czy uprawniona jest interpretacja obejmująca konkretną sytuację faktyczną zakresem zastosowania zakazu dowodowego?

W tym miejscu warto odnotować zarzut, że w prawoznawstwie wartości utożsamia się z ocenami. Stanowisko to uzasadnia się przez odwołanie do formułowanych w teorii prawa twierdzeń o wartościach jako ocenach prawodawcy, które najpierw należy odczytać, aby następnie na ich podstawie skonstruować system ocen uzasadnionych aksjologicznie. W konsekwencji wskazuje się, że aksjologiczne aspekty prawoznawstwa mają z aksjologią związek co najwyżej pośredni³¹. Jak jednak już zauważyłem, na gruncie stanowiska nonkognitywistycznego wartość, rozumiana relacyjnie, może powstać w procesie oceniania.

Zaprezentowany zarzut opiera się ponadto na pewnym uproszczeniu. Rzeczywiście, prawoznawstwo posługuje się często pojęciem oceny. Nie oznacza to jednak, że na jego gruncie utożsamia się ją z wartością. Aby dana wartość została inkorporowana do systemu prawa, musi zostać aprobowana przez prawodawcę. Następnie w procesie stosowania prawa podjęcie decyzji interpretacyjnej opartej na

²⁸ M. Zirk-Sadowski, *Rozumienie ocen...*, s. 178.

²⁹ Natomiast cele, w prakseologicznym rozumieniu, zawsze są wartościami, skoro stanowią przyszłe, pożądane stany rzeczy.

³⁰ K. Pałeczki, *O aksjologicznych...*, s. 16-17.

³¹ A. Kojder, *Prawo jako...*, s. 77-78.

wartościach uzależnione jest od ponownego sformułowania ich aprobującej oceny, tym razem przez interpretatora. Oceny mogą być bowiem formułowane właśnie ze względu na wartości. Ocenie podlegać może bądź sama wartość, bądź przedmiot będący jej nośnikiem³². Należy więc stwierdzić, że na gruncie prawoznawstwa nie tyle utożsamia się wartości z ocenami, co za ich pośrednictwem wprowadza się kryteria aksjologiczne do systemu prawa. Pojęcie oceny odnosi się zaś do „wypowiedzi, które orzekają o cechach danego stanu rzeczy odpowiadających określonym kryteriom aprobowania czy dezaprobowania pewnego stanu rzeczy z określonego punktu widzenia, przyjmowanego w jakimś kręgu społecznym”³³.

2.1 Aksjologiczna podstawa prawa

Przyjęcie, że wartości mają ze swojej istoty charakter relacyjny, nie są zaś bytami obiektywnie istniejącymi, oznacza, że należy określić, jakim obiektom nadaje się przymiot wartości. By odpowiedzieć na to pytanie, można posłużyć się pojęciem aksjologicznej podstawy prawa, będącej zbiorem wszystkich wartości-celów sformułowanych wyraźnie w tekstach normatywnych pewnego systemu prawa. Tak skonstruowana aksjologiczna podstawa prawa nie może jednak zostać uznana za wystarczającą, bowiem wartości rekonstruowane są również na podstawie interpretacji tekstów normatywnych. W wyniku uzupełnienia aksjologicznej podstawy prawa o wyinterpretowane wartości-cele konstruuje się pragmatyczną podstawę aksjologiczną prawa. Trzeba zauważyć, że proces jej budowania stanowi odwrotność racjonalnego modelu tworzenia prawa. Zgodnie z nim najpierw należy określić cele, a potem dobrać odpowiednie, prawne środki ich realizacji³⁴. Natomiast pragmatyczna podstawa aksjologiczna prawa tworzona jest w ten sposób, że na podstawie analizy przyjętych środków prawnych wnioskuje się, jakie cele są przy ich pomocy realizowane. Rozumowanie takie, z istoty swej indukcyjne, prowadzi jedynie do przyjęcia wniosków z natury podważalnych. W związku z tym poszczególni interpretatorzy mogą tworzyć

³² P. Dutkiewicz, *Problem aksjologicznych...*, s. 33.

³³ Z. Ziemiński, *Wstęp...*, s. 32.

³⁴ Przyjmuję tutaj model zaproponowany przez Wróblewskiego, w którym czynności prawodawcze przyjmują następującą kolejność: 1) określenie celów sprecyzowanych na tyle, by dało się wybrać środki służące ich realizacji; 2) ustalenie prawidłowości określających powiązania między celami a zjawiskami prowadzącymi do ich realizacji (potencjalnymi środkami do celu); 3) ustalenie, które z potencjalnych środków realizacji celu mogą być prawnymi środkami realizacji celu; 4) wybór określonego prawnego środka realizacji celu; 5) ustanowienie określonych przepisów realizujących wyznaczony środek prawny. Tak J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego...*, s. 134-135.

własne pragmatyczne podstawy aksjologiczne prawa³⁵. Trzeba przy tym mieć świadomość, że w trakcie oceny skutków regulacji prawnych należy dostrzegać nie tylko zamierzone rezultaty ich wprowadzenia, ale również niezamierzone i nieoczekiwane skutki uboczne (tzw. funkcja ukryta unormowań). Może bowiem dojść do sytuacji, gdy dana regulacja w pełni realizuje oczekiwaną funkcję, jednak jej skutki uboczne są tak negatywnie oceniane, że globalna ocena ma charakter dezaprobującej. Ryzyko zaistnienia takiej sytuacji jest o tyle istotne, że w dziedzinie prawodawstwa możliwości prowadzenia eksperymentów są mocno ograniczone³⁶.

2.2 Słuszność relacyjna

Wpływ ustalonej aksjologii na system prawa i decyzji jego stosowania może nastąpić przez odwołanie się do słuszności relacyjnej. Ten rodzaj słuszności określa się jako zgodność normy lub decyzji z inną normą lub decyzją, której wartość ocenia się dodatnio³⁷. Przy tym norma³⁸ może zostać uznana za słuszną w ujęciu relacyjnym, gdy należy do systemu norm słusznych (S_1) lub gdy jest zgodna z normą należącą do systemu norm słusznych (S_2)³⁹. Odnosząc te uwagi do analizy aksjologicznej, należy stwierdzić, że pierwszym jej krokiem jest identyfikacja wartości prawnie relewantnych i budowa ich systemu. Tym samym kryterium słuszności w rozumieniu S_1 będą spełniać normy aksjologiczne, należące do określonego systemu wartości. Natomiast za słuszną w rozumieniu S_2 uznaje się normę prawną zgodną z dowolną normą aksjologiczną spełniającą warunek S_1 . Tym samym normy prawne mogą być oceniane pod kątem słuszności, ale nie jest to słuszność rozumiana samoistnie⁴⁰, lecz relacyjnie odniesiona do ustalonego systemu wartości. Jednocześnie norma nie jest oceniana bezpośrednio pod

³⁵ K. Pałeczki, *O aksjologicznych...*, s. 18-19.

³⁶ Z. Ziemiński, *Wstęp...*, s. 80-81.

³⁷ Odwołuję się przy tym do wskazanego wcześniej powszechnego stosowania reguł inferencyjnych w prawie, mimo że na gruncie logiki jest to zagadnienie wielce kontrowersyjne.

³⁸ Każde twierdzenie w tym akapicie, odnoszące się do norm, można odnieść także do decyzji stosowania prawa.

³⁹ J. Wróblewski, *Wartości...*, s. 206-207.

⁴⁰ Słuszność samoistna nie podaje się generalizacji, nie przyjmuje postaci ogólnych norm tworzących pewien system. Polega zaś na ocenianiu konkretnych decyzji jako słusznych bądź w oparciu o nieskonkretyzowane względy słuszności. Przykładem jest powoływanie się na zasady współżycia społecznego, służące uelastycznianiu prawa przez łagodzenie konfliktów mogących powstać między ogólną i abstrakcyjną regulacją prawną a konkretnymi przypadkami i żywionymi względem nich ocenami społecznymi – J. Wróblewski, *Wartości...*, s. 205, 226. Nie wdając się w charakteryzowanie zasad współżycia społecznego, które, jako pojęcie prawne, podlegają również interpretacji prowadzonej zgodnie z kanonami wykładni prawa, należy stwierdzić, że aksjologia prawnicza nie pełni roli doń analogicznej. Nie służy ona bowiem korygowania rezultatów wykładni, ale wskazuje, jakie jej efekty można uznać za najtrafniejsze z punktu widzenia wartości uzasadniających obowiązywanie norm o określonej treści.

kątem jej zgodności z systemem aksjologicznym jako takim, ale wyłącznie z dowolną normą należącą do tego systemu.

Podmiotami istotnymi z perspektywy dokonywanych ocen prawnych są nie tylko prawodawca i organy stosujące prawo, ale również osoby będące uczestnikami obrotu prawnego, a przez to podmiotami praw i obowiązków wynikających z norm prawnych. Przedstawiciele tej ostatniej grupy mogą dokonywać ocen norm dotyczących ich indywidualnej sytuacji prawnej, bądź też takich, które bezpośrednio na nich nie oddziałują. Do tej kategorii należą też podmioty fachowo oceniające prawo, choćby autorzy komentarzy do ustaw i innych opracowań naukowych. Przedstawiciele tej kategorii osób mogą pozwolić sobie na największą swobodę w ocenie norm prawnych, choćby dlatego, że nie są związani żadną procedurą, w ramach której miałyby ona następować. Z drugiej strony dokonywane przez nich oceny nigdy nie mają charakteru wiążącego i mogą oddziaływać jedynie siłą argumentów lub autorytetu.

Nie wdając się w szerszą charakterystykę sposobu oceny prawa przez organy je stosujące (temat ten może, z racji swojej obszerności, być przedmiotem osobnego opracowania), należy zauważyć, że osoby w nich zasiadające zasłaniają się nieraz ocenami dokonanymi przez prawodawcę, stwierdzając, że w ramach działalności orzeczniczej jedynie je „odkrywają”. Przy tym ten ostatni podmiot – prawodawca – jest w zasadzie jedynie konstruktem myślowym, pewną pożyteczną fikcją metodologiczną. Oczywiście w procesie prawodawczym konkretne osoby mają wpływ na przyjęcie określonych aktów prawnych, jednak dla interpretacji norm prawnych nie ma w praktyce większego znaczenia określenie ocen rzeczywiście żywionych przez tę niejednorodną zbiorowość, złożoną choćby z niemających zwykle fachowego przygotowania prawniczego decydentów i osób odpowiedzialnych za techniczną stronę legislacji, wyłącznie wykonujących polecenia tych pierwszych. Dochodzi więc do sytuacji, w której najdonioślejszą rolę przypisuje się ocenom dokonywanym przez realnie istniejący podmiot, który na potrzeby rozumowań prawniczych, dokonywanych choćby przez wspomniane organy stosujące prawo, zastępowany jest pewnym konstruktem myśli prawniczej, a którego oceny mają być wyrazem wartości przyjmowanych przez społeczeństwo, a przynajmniej jego większą część⁴¹.

W prawoznawstwie formułowane są twierdzenia dogmatyczne (D-dogmatyczne), będące w istocie zdaniem deontycznymi o charakterze opisowym, które charakteryzują

⁴¹ Z. Ziemiński, *Wstęp...*, s. 85-87.

jakiś czyn ze względu na określone normy. Twierdzenia D-dogmatyczne podzielić można na twierdzenia DN-dogmatyczne, gdzie ocena czynu relatywizowana jest do wybranej normy systemu prawnego oraz twierdzenia DS-dogmatyczne, w których czyn oceniany jest przez pryzmat wszystkich norm tego systemu. Różnica między tymi dwoma rodzajami twierdzeń uwidacznia się szczególnie podczas ich uzasadniania. Dla wykazania poprawności twierdzenia DN-dogmatycznego wystarczy wykazać, że obowiązuje taka norma N, która dotyczy zachowania Z osoby X. Znacznie bardziej złożone jest uzasadnienie poprawności twierdzenia DS-dogmatycznego. Na etapie stwierdzenia obowiązywania nie wystarczy bowiem wykazać istnienia pojedynczej normy N. Wpierw trzeba wykazać obowiązywanie norm N_1 - N_n , tworzących system prawny S. Dopiero taka operacja pozwala przystąpić do dalszej części uzasadniania twierdzenia DS-dogmatycznego. Polega ona na wykazaniu, że jakaś norma N opisuje zachowanie Z osoby X. O ile zabieg taki jest wciąż stosunkowo nieskomplikowany w przypadku norm zakazujących, o tyle sprawa nabiera znacznie większej złożoności w przypadku próby wykazania indyferentności czynu C. Zabieg taki wymaga bowiem wykazania, że do systemu S nie należy ani żadna taka norma, która zakazywałaby zachowania Z osobie X, ani żadna taka norma, która nakazywałaby zachowanie Z osobie X. W związku z praktycznymi trudnościami uzasadnienia takiego twierdzenia (wymagałoby ono analizy całego systemu prawnego S), ciężar jego udowodnienia spoczywa na podmiocie zaprzeczającym jego prawidłowości⁴².

Twierdzenia DN-dogmatyczne, z racji ich niewielkiej złożoności, nie są szczególnie przydatne dla oceny rezultatów interpretacji prawniczej. W większości dotyczą one sytuacji o niewielkim stopniu skomplikowania. Z kolei budowa pełnego twierdzenia DS-dogmatycznego, jakkolwiek dająca jednoznaczną odpowiedź na pytanie o ocenę prawną zachowania Z, byłaby działaniem nieefektywnym, z racji proporcji między nakładem pracy a jej rezultatem. Za najbardziej przydatną do oceny rezultatu procesu wykładni prawa można natomiast uznać próbę skonstruowania twierdzenia sprzecznego z hipotezą twierdzenia DS-dogmatycznego. Jeśli zabieg taki się powiedzie, oznacza to, że rezultaty wykładni nie powinny być aprobowane. W przeciwnym wypadku efekt interpretacji nie zostanie zakwestionowany, a zatem powinien on być dalej uznawany za prawidłowy. Rzecz jasna metoda ta nie pozwala na pełne potwierdzenie

⁴² M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnienie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988, s. 197-199.

trafności wykładni, jednak za istotne należy uznać już samą niemożliwość jej zdyskwalifikowania, z powodu niewykazania jej wewnątrzsystemowej sprzeczności.

2.3 Socjologiczny charakter wartości

Z perspektywy socjologicznej przyjmuje się, że aksjologia zjawisk prawnych pełni dwie funkcje: poznawczo-heurystyczną oraz praktyczno-socjotechniczną. Pierwsza z nich służy określeniu celów realizowanych przez prawo oraz skutków ich spełniania. Natomiast druga z funkcji jest szczególnie przydatna przy tworzeniu prawa, bowiem wskazuje, jakiej treści prawo powinno być stanowione, by uwzględniać wartości ogólnospołeczne⁴³. Z jednej strony uznaje się, że normy prawne mają za zadanie oddziaływać motywacyjnie na swoich adresatów, co powinno przekładać się na ich skuteczność motywacyjną (skuteczność psychologiczna). Z drugiej zaś strony normy prawne powinny realizować leżące u ich podstaw cele, stanowiące rację ich obowiązywania, a tym samym regulować stosunki społeczne (skuteczność socjologiczna). Analogiczne wymiary skuteczności można rzecz jasna przypisać aktom stosowania prawa. Skuteczność decyzji aplikacyjnych zależy więc od tego, czy ich adresaci, tworzący przecież społeczeństwo, co najmniej wyrobią w sobie nawyk posłuszeństwa względem norm prawnych, a najlepiej, jeśli przyjmą wobec nich postawę konformistyczną, co może wpłynąć na utrwalenie jej w stosunku do całego systemu prawa⁴⁴. Nie można bowiem ocenić prawa wyłącznie przez pryzmat stopnia jego przestrzegania. Przepisy przestrzegane wyłącznie z powodu zagrożenia bardzo surowymi sankcjami nie powinny być uznane za bardziej wartościowe od regulacji, nawet dość często omijanych, jednak pozbawionych elementów paraliżującej represji⁴⁵. Jakość prawa nie zależy więc wyłącznie od stopnia okazywania mu posłuszeństwa. W dużej jednak mierze skuteczność prawa zależy od internalizacji leżących u jego podstaw wartości i postaw w obrębie określonej zbiorowości⁴⁶. Przyjmuje się, że internalizacja to „proces uwewnętrznienia kontroli społecznej, polegający na przekształcaniu się motywów zewnętrznych postępowania zgodnego z normą w motywy wewnętrzne”⁴⁷.

⁴³ A. Kojder, *Prawo jako...*, s. 79.

⁴⁴ J. Wróblewski, *Wartości...*, s. 173-175.

⁴⁵ A. Kojder, *Prawo jako...*, s. 80.

⁴⁶ T. Burdzik, Socjalizacja prawna – nastawienie wobec prawa a jego skuteczność, *Normy, Dewiacje i Kontrola Społeczna 2013 (XIV)*, s. 156.

⁴⁷ J. Czapska, Na czym polega internalizacja normy prawnej?, [w:] M. Dudek, M. Stępień (red.), *Aksjologiczny wymiar prawa*, Kraków 2015, s. 147.

Oprócz wspomnianego posłuszeństwa przepisom wywołanego zagrożeniem surowymi sankcjami, należy zwrócić uwagę, że jego źródłem może być również należyte uzasadnienie obowiązywania normy prawnej. Decyzja walidacyjna, stwierdzająca obowiązywanie normy, przyjmuje zdaniem Wróblewskiego formę: „Norma prawna N obowiązuje w systemie LS zgodnie z regułami uznawania $RU_1, RU_2 \dots RU_n$ i ocenami $WU_1, WU_2 \dots WU_3$ zakładanymi w użyciu tych reguł”⁴⁸. Jak widać, także w tej decyzji wartości znajdują swój wyraz, wyrażony w zawartych w niej ocenach.

2.4 Socjologiczne uzasadnienie obowiązywania norm

Można wyróżnić tetyczne i aksjologiczne uzasadnienie obowiązywania prawa. To pierwsze wynika z ustanowienia normy przez podmiot, któremu przypisuje się pozycję społeczną upoważniającą do dokonywania aktów stanowienia prawa. Może ona wynikać ze społecznego autorytetu tego podmiotu albo opierać się na efektywnym funkcjonowaniu instytucji odpowiedzialnych za egzekucję norm prawnych. Norma jest zaś uzasadniona aksjologicznie wtedy, gdy stany rzeczy następujące wskutek obowiązywania określonej normy są przedmiotem aprobaty, a stany do nich przeciwne – dezaprobaty. Przy tym w ramach uzasadnienia aksjologicznego można wyróżnić uzasadnienie autonomiczne i heteronomiczne. To pierwsze opiera się na ocenach żywionych przez osobę, która danej normie takie uzasadnienie przypisuje, natomiast uzasadnienie heteronomiczne bazuje na ocenach przypisywanych jakiejś innej osobie – przede wszystkim prawodawcy⁴⁹.

Adresat norm prawnych powinien poznać ich treść. Odbywa się to w drodze socjalizacji prawnej. W procesie tym osoba socjalizowana przyswaja sobie przyjęte w danej kulturze, określone wzorce postępowania (skrypty), prowadzące do osiągnięcia pewnego rezultatu. Generalnie osoba poznająca przepisy za pomocą tak ujmowanych skryptów nie musi zdawać sobie sprawy z prawnego charakteru wzorców postępowania. Wskazuje się jednak na istotny wyłom od tej zasady, bowiem do przyswojenia norm proceduralnych konieczne jest uświadomienie sobie ich prawnego charakteru. Wynika to z faktu, że skrypty procesowe znajdują zastosowanie wyłącznie w toku postępowań przed

⁴⁸ J. Wróblewski, *Analityczne podejście...*, s. 55.

⁴⁹ Z. Ziemiński, *Wstęp...*, s. 121-124.

sądami albo organami, w związku z czym ich uczestnicy muszą zdawać sobie sprawę, że reguły dotyczące ich zachowań mają charakter prawny⁵⁰.

Z przedstawionej definicji internalizacji wynika, że oznacza ona wyzwolenie się spod kontroli zewnętrznej. Ta przestaje być potrzebna, skoro podmiot przestrzega normy jako należącej do systemu jego osobistych przekonań i reguł postępowania. Internalizacja jest więc najwyższym stopniem aprobaty normy, a jej naruszenie wywołuje poczucie wewnętrznego dyskomfortu jednostki. Zinternalizowana norma staje się elementem jej moralności. W przypadku powszechnej internalizacji norm prawnych dochodzi do ugruntowania w świadomości społecznej poczucia sprawiedliwości i słuszności prawa. Tym samym maleją koszty egzekucji rozstrzygnięć na takim prawie opartych, bowiem powinny być one wykonywane dobrowolnie przez ich adresatów⁵¹.

Mimo wcześniejszego odwołania się wyłącznie do internalizacji, należy stwierdzić, że posłuszeństwo wobec regulacji prawnych może być kształtowane również przez ich odpowiednią legitymizację. O ile w przypadku internalizacji adresat normy czuje się dobrowolnie, wewnątrznie zobowiązany do jej przestrzegania, o tyle legitymizacja „odzwierciedla gotowość do rezygnacji z osobistych rozważań o własnym interesie i do ignorowania osobistych wartości moralnych, ponieważ jednostka uważa, że norma (władza, autorytet) ma prawo do wyznaczania właściwego zachowania w określonych sytuacjach”⁵². Przy czym ocena pewnych norm prawnych jako słusznych przez określone środowisko społeczne podnosi prestiż całego systemu prawnego jako takiego, a szacunek dla danego systemu prawnego skłania do dopatrywania się aprobowanego uzasadnienia poszczególnych norm obowiązujących w tym systemie. Analogicznie, ocena norm jako niesłusznych powoduje obniżenie prestiżu systemu prawa, co zwiększa nieufność wobec racji stojących za obowiązywaniem poszczególnych norm⁵³.

Na przeciwnym do internalizacji i legitymizacji biegunie znajduje się zjawisko *desuetudo*. Polega ono na powszechnym niestosowaniu konkretnej normy w

⁵⁰ *Ibidem*, s. 152. Należy też zwrócić uwagę na pewną właściwość norm procesowych: jeśli realizują one określone wartości, to bardzo mało prawdopodobna jest sytuacja, w której normy prawne deklarują ochronę pewnych wartości, jednocześnie nie ustanawiając środków prawnych służących ich realizacji, która to sytuacja może znacznie częściej wystąpić w przypadku norm prawa materialnego, bowiem do jego materii nie należy zwykle ustanawianie konkretnych sposobów działania.

⁵¹ *Ibidem*, s. 158-160.

⁵² *Ibidem*, s. 156. Za szczególnie istotną należy uznać legitymizację instytucjonalną, bazującą na poczuciu zobowiązania do zachowania zgodnego z normami i decyzjami organów stosujących prawo.

⁵³ *Ibidem*, s. 245. Dochodzi tym samym do specyficznego sprzężenia zwrotnego między aprobatą odnoszącą się do poszczególnych norm prawnych i do całego systemu prawa.

społeczeństwie z powodu odmówienia jej waloru należytego uzasadnienia. Instytucja *desuetudo* może być sposobem rozwiązania niezgodności prakseologicznej między normą wcześniej ustanowioną a normą współcześnie uznawaną za należyte uzasadnioną aksjologicznie. Przy tym, aby mówić o *desuetudo*, zwykle długotrwałe nieposłuszeństwo wobec formalnie obowiązującej normy prawnej powinno zostać zaaprobowane przez doktrynę. Same więc fakty społeczne są w tym względzie niewystarczające, konieczna jest jeszcze ich aprobatą przez odpowiedni podmiot oceniający⁵⁴.

Można więc sformułować dwie wersje relacji między normami prawnymi a wartościami pozaprawnymi. Zgodnie z wersją radykalną te pierwsze obowiązują tylko wtedy, gdy są zgodne, a przynajmniej niesprzeczne z normami lub ocenami pozaprawnymi. Natomiast wersja umiarkowana traktuje tę zgodność albo niesprzeczność wyłącznie jako dodatkowe kryterium oceny, której sformułowanie jest jednak niezbędne do posługiwania się pojęciem obowiązującego systemowego⁵⁵.

Skoro zakazy dowodowe są normami procesowymi, to jak wynika z przedstawionych argumentów, ich adresaci⁵⁶ uświadamiają sobie, że reguły te mają charakter prawny. Z istoty zakazów dowodowych wynika, że strzegą one wartości uznanych przez prawodawcę za tak cenne, że ograniczają one realizację jednego z podstawowych celów postępowania karnego – ustalenia prawdy. W związku z tym zakazy dowodowe powinny być w wysokim stopniu zinternalizowane przez ich adresatów, bądź przynajmniej uznane z uwagi na ich legitymizację⁵⁷. Pozostaje jednak jeszcze wpływ rozstrzygnięć, formułowanych w zgodzie również z tymi regułami postępowania, na kształtowanie świadomości prawnej społeczeństwa⁵⁸. Jeśli orzeczenie spotka się z generalną aprobatą, to wpłynie to pozytywnie na skłonność ludzi do internalizacji norm prawnych, a przynajmniej do ich legitymizacji przez przyznanie roli

⁵⁴ *Ibidem*, s. 135, 198. Jakkolwiek na tej płaszczyźnie można by rozpatrywać związek aksjologii z walidacją norm prawnych, to jednak *desuetudo* w praktyce nie występuje w odniesieniu do zakazów dowodowych w procesie karnym, w związku z czym nie będzie mu poświęcona większa uwaga.

⁵⁵ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 99.

⁵⁶ Jest to również o tyle oczywiste, że adresatami zakazów dowodowych są organy procesowe, których piastunami zasadniczo są osoby legitymujące się wykształceniem prawniczym.

⁵⁷ W ostateczności przedstawiciel organu procesowego może nie podzielać powszechnie przyjmowanych wartości, jednak ma świadomość, że na ich straży stoi instancyjna struktura sądownictwa.

⁵⁸ Kojder wyróżnił jako jeden z rodzajów ogólnej aksjologii zjawisk prawnych tzw. aksjologię świadomości prawnej, dzielącą się na aksjologię świadomości prawnej adresatów prawa i tzw. kontrolerów prawa (A. Kojder, *Prawo jako...*, s. 79-80). Do tej ostatniej kategorii autor zalicza osoby o profesjonalnej wiedzy prawnej i zawodowo dokonujące ocen prawa. Należy jednak zauważyć, że w kontekście zakazów dowodowych adresatami prawa są właśnie podmioty profesjonalne, w dodatku należące do kategorii podmiotów prowadzących postępowania karne. W tym samym kontekście można zaś przyjąć, że kontrolerami prawa są również osoby niebędące prawnikami, a oceniające w ramach społecznej dyskusji słuszność rozstrzygnięć wydanych w oparciu o określone normy procesowe.

autorytetów sędziom stosującym przepisy, w tym te, które dotyczą zakazów dowodowych. Skoro więc normy tego rodzaju służą zabezpieczeniu istotnych społecznie wartości, to prowadzenie wykładni z ich należyty uwzględnieniem powinno zwiększyć szanse na aprobatywną ocenę rezultatów interpretacji prawniczej. W związku z tym poprawna identyfikacja wartości leżących u podstaw zakazów dowodowych może pozwolić ocenić, czy postulowane kierunki ich wykładni są zgodne aksjologicznie z racjami obowiązywania tych norm, dzięki czemu możliwe będzie oszacowanie stopnia ich skuteczności psychologicznej, przekładającego się na skuteczność socjologiczną nie tylko tych konkretnych norm, ale również całego systemu prawnego.

3. Rodzaje ocen

Rozumowania odwołujące się do aksjologii bazują na klasyfikacji określonych sytuacji przez pryzmat ocen uznanych za istotne w konkretnym przypadku. Oceny takie mają istotne znaczenie zarówno przy podejmowaniu decyzji prawotwórczej, jak i interpretacyjnej. Przy czym właściwości ocen jako określonego typu wypowiedzi nie zależą od kontekstu, w jakim są one formułowane, ale od typu oceny i jej uzasadnienia. Można wyróżnić ich cztery formy podstawowe:

- 1) X oceniane bez jakiegokolwiek uzasadnienia (ocena pierwotna (zasadnicza)),
- 2) X oceniane ze względu na empiryczny stosunek do Y albo ze względu na stosunek uwarunkowania (ocena zrelatywizowana empirycznie)⁵⁹,
- 3) X oceniane ze względu na stosunek instrumentalny⁶⁰ (ocena zrelatywizowana instrumentalnie),
- 4) X oceniane w odniesieniu do jakiegoś systemu aksjologicznego (ocena zrelatywizowana systemowo)⁶¹.

3.1 Oceny pierwotne (zasadnicze)

Ocena pierwotna sprowadza się do twierdzenia „X jest *a*-wartościowe”, co znaczy, że wartość jest przypisana obiektowi X bez żadnego uzasadnienia. Zgodnie z podejściem kognitywistycznym formuła ta odzwierciedla prawdziwość oceny, wynikającą z kryteriów przyjmowanych w danej filozofii, np. kryteriów intuicyjnych,

⁵⁹ Ten rodzaj ocen nie zostanie przedstawiony w pracy z racji jej teoretycznego charakteru.

⁶⁰ W przypadku tego rodzaju oceny, podobnie jak przy ocenie zrelatywizowanej empirycznie, ocena X może być uzasadniona ze względu na Y, które samo jest wartościowe albo aksjologicznie neutralne.

⁶¹ J. Wróblewski, *Analityczne podejście...*, s. 57.

esencjalistycznych czy egzystencjalistycznych. Natomiast dla nonkognitywistów oceny pierwotne wynikają z wartości podstawowych dla danej jednostki albo grupy społecznej. W tym przypadku kluczowe jest ustalenie, czy deklarowane wartości mają rzeczywiście charakter podstawowy. Niezależnie od przyjmowanego stanowiska można stwierdzić, że w uporządkowanym systemie ocen oceny pierwotne mają charakter aksjomatyczny. W prawie oceny tego rodzaju dokonywane są przez odwołanie do podstawowych, a przy tym zazwyczaj niezdefiniowanych wartości, takich jak sprawiedliwość, pewność, słuszność i skuteczność. Można przyjąć, że wartość ma charakter podstawowy, gdy nie jest możliwe jej dalsze, nietautologiczne uzasadnienie⁶².

3.2 Ocena zrelatywizowana instrumentalnie

Zgodnie ze stanowiskiem nonkognitywistycznym, samo dokonanie aprobującej oceny określonej wartości niewiele wnosi do dyskursu prawniczego. Stwierdzenie, że pewien stan rzeczy jest dobry, a zatem powinien zostać uznany za wartość, nie dostarcza bowiem żadnego konkretnego uzasadnienia. Tak zbudowaną ocenę określa się jako ocenę niezrelatywizowaną. Sytuacja przeciwna występuje w przypadku oceny zrelatywizowanej instrumentalnie. Jest ona dokonywana w odniesieniu do pewnego celu i polega na stwierdzeniu tego, czy określone środki są przydatne do jego realizacji. Wartość przypisuje się więc temu, że konkretna norma prawna wywołuje określone – aprobowane bądź dezaprobowane – skutki prawne⁶³. Tym samym ocena zrelatywizowana instrumentalnie przyjmuje postać stwierdzenia „środek *S* należy uznać za *w*-wartościowy jako (skuteczny) środek do osiągnięcia celu *C*”. Zdanie takie można wartościować pod kątem prawdziwości, gdy odniesiemy się wyłącznie do tego, czy wartość prawdziwościową możemy przypisać powiązanemu z nim zdaniu anankastycznemu, przyjmującemu postać „przyczyna *S* wywołuje skutek *C*”. Sprowadzające się do tego uzasadnienie można określić jako słabą wersję relatywizacji instrumentalnej⁶⁴. Jednakże przypisanie wartości prawdy wyraża jedynie intelektualny osąd, sprowadzający się do stwierdzenia przyczynowości między zastosowaniem środka *S*, a spowodowaniem realizacji celu *C*. Tym samym nie można takiemu stwierdzeniu przypisać charakteru oceny. Aby było to możliwe, należy dokonać oceny celu *C*, do którego realizacji służy środek *S*. Wtedy możliwa staje się jego ocena w zasadniczym znaczeniu tego pojęcia,

⁶² *Ibidem*, s. 58-59.

⁶³ Z. Ziemiński, *Wstęp...*, s. 79.

⁶⁴ K. Pałeczki, *Redukcja aksjologiczna...*, s. 29-30.

bowiem podlega on aprobachie bądź dezaprobachie nie jako coś samoistnie ocenianego dodatnie bądź ujemnie, lecz jako środek do powodowania celów ocenianych w ten sposób. Sam wybór sposobu działania efektywnie prowadzącego do realizacji zamierzonego celu można uznać za racjonalny wyłącznie w sensie prakseologicznym, gdyż polega na działaniu według żywionych ocen i posiadanej wiedzy⁶⁵. Dopiero wzbogacenie dokonanej oceny o ocenę tego celu może nadać racjonalności instrumentalnej walor racjonalności aksjologicznej.

Dążeniu do osiągnięcia stanu racjonalności aksjologicznej służyć może również wersja mocna relatywizacji instrumentalnej, wymagająca dokonania oceny celu C. Jak wskazano, może ona przybrać postać oceny niezrelatywizowanej, przez ograniczenie się do stwierdzenia, że cel ten jest dobry, tym samym odwołując się do oceny pierwotnej. Można jednak przedstawić uzasadnienie dla celu C. Wtedy formuła uzasadnienia przyjmuje postać „środek \dot{S} należy uznać za w -wartościowy jako (skuteczny) środek do osiągnięcia celu C, które jest x -wartościowe”⁶⁶.

Z filozoficznego punktu widzenia ocena zrelatywizowana instrumentalnie może przybrać postać konstrukcji zdaniowej bądź nie-zdaniowej. Rozróżnienie to istotne jest głównie z perspektywy nonkognitywizmu. Zgodnie bowiem ze stanowiskami kognitywistycznymi, każda ocena zrelatywizowana instrumentalnie jest zdaniem. Nonkognitywizm głosi natomiast, że zdaniem nie jest żadna ocena w mocnej wersji relatywizacji instrumentalnej. Stanowisko to ulega zmianie w przypadku słabej wersji relatywizacji instrumentalnej. Zgodnie z konstrukcją zdaniową relacja środek-cel ma charakter empiryczny. Skoro jest ona wyrażona w zdaniach, to ich prawdziwość można zweryfikować przez odwołanie się do empirycznie sprawdzalnej, pozajęzykowej rzeczywistości, albo do odpowiednich zdań o związkach przyczynowych. Tym samym konstrukcja zdaniowa sprowadza oceny zrelatywizowane instrumentalnie do ocen prostych. Natomiast przyjęcie stanowiska o konstrukcji nie-zdaniowej uzasadnione jest twierdzeniem o braku inferencyjnej relacji między empirycznym zdaniem o związku przyczynowym a oceną zrelatywizowaną instrumentalnie. Wskazuje się bowiem, że między tymi wypowiedziami istnieje jedynie związek natury perswazyjnej, służący przekonaniu każdego racjonalnie działającego człowieka, który dobiera środki do realizacji zamierzonego celu. Tutaj pojawiają się już jednak idee zabarwione oceniająco, a dotyczące właśnie racjonalności człowieka i sposobów pojmowania tej racjonalności.

⁶⁵ Z. Ziemiński, *Wstęp...*, s. 14, 168.

⁶⁶ J. Wróblewski, *Analityczne podejście...*, s. 59.

Przez to, zgodnie z założeniami konstrukcji nie-zdaniowej, nie mają charakteru zdań wszystkie oceny zrelatywizowane instrumentalnie, również w wersji słabej⁶⁷.

Jakkolwiek relatywizacja instrumentalna może wydawać się stosunkowo nieskomplikowana, to należy zauważyć, że wysławiająca ją wypowiedź instrumentalna zazwyczaj wyraża bardzo złożoną ocenę globalną, opartą na milcząco przyjmowanych twierdzeniach, które w sytuacji sporu mogą stać się przedmiotem kontrowersji. Dla zobrazowania tej zależności warto przytoczyć odpowiedni fragment analiz Zygmunta Ziemińskiego: „mówiąc, że A jest dobre do czegoś (a nie – dobre samo przez się), wyrażamy nasze przeżycie oceny, która aprobuje stan rzeczy A przy domyślnym założeniu, że stan A powoduje z określonym, odpowiednio wysokim prawdopodobieństwem stan rzeczy B, że ten stan rzeczy B jest przez nas globalnie biorąc aprobowany, że aprobata globalna stanu rzeczy B jest na tyle intensywna, iż skłania również do dodatniej oceny globalnej osiągnięcia stanu rzeczy B poprzez stan A, niezależnie od negatywnie ocenianych aspektów stanu rzeczy A, a nawet przy założeniu, że jeśli określone stany rzeczy A_1 , A_2 , $A_3\dots$, również powodują z odpowiednim prawdopodobieństwem osiągnięcie stanu B, to preferujemy osiągnięcie stanu B poprzez A, zamiast przez A_1 , A_2 czy A_3 ”⁶⁸.

Rozważania te prowadzą do wniosku, że neutralna ocena zrelatywizowana instrumentalnie ogranicza się do stwierdzenia, jakie środki powinny zostać wybrane dla realizacji konkretnej wartości. Ten rodzaj oceny nie doprowadzi jednak do udzielania odpowiedzi na pytanie, jakie wartości w prawie powinny zostać uznane za nadrzędne względem innych. Konstrukcja oceny zrelatywizowanej instrumentalnie wymaga każdorazowego określenia celu, który ma być realizowany, co pozwoli ocenić efektywność tego procesu. Natomiast dla wskazania tych nadrzędnych wartości-celów model relatywizacji instrumentalnej nie będzie przydatny.

W odniesieniu do ocen moralnych za odpowiedniki wersji słabej i mocnej relatywizacji instrumentalnej można odpowiednio uznać oceny I i II stopnia. Ocena I stopnia polega na wyrażeniu aprobaty wobec konkretnej wartości W z perspektywy określonego systemu ocen So ⁶⁹. Taka ocena nie jest jednak jeszcze oceną moralną,

⁶⁷ *Ibidem*, s. 60.

⁶⁸ Z. Ziemiński, *Wstęp...*, s. 34-35.

⁶⁹ Przykładowo prawdomówność może zostać oceniona pozytywnie z perspektywy utilitarnej, przynajmniej w określonym jej rozumieniu, przez uznanie, że dzięki niej społeczeństwo ponosi mniejsze koszty związane z zapobieganiem i ściganiem oszustw.

bowiem dana wartość oceniana jest wyłącznie z perspektywy przyjętego systemu ocen⁷⁰. Waler oceny moralnej przysługuje dopiero ocenie II stopnia. Sprowadza się ona do wzbogacenia oceny I stopnia o ocenę sytuacji wynikłej z realizacji konkretnej wartości jako złej albo dobrej. Tym samym wartość taka, jak np. prawdomówność, może zostać oceniona jako zła bądź dobra, bo prowadzi do sytuacji w taki sposób wartościowanych. Tak zarysowana charakterystyka ocen moralnych różnych stopni pozwala przyjąć, że stosunkowo łatwo jest formułować oceny I stopnia, wystarczy bowiem stwierdzić, że wartość W jest aprobowana ze względu na system ocen So. Znacznie trudniejsze jest natomiast sformułowanie oceny II stopnia. Pomijając niebagatelną i prawdopodobnie nierozstrzygalną kwestię, jaką treścią wypełnić pojęcia dobra i zła, należy zauważyć, że ocena moralna może mieć bardzo złożony charakter, wymagający odpowiedzi na pytania zabarwione intelektualnie i emocjonalnie, jak choćby: jakimi środkami można posłużyć się dla zapewnienia danego rodzaju dobra, jakiego rodzaju i czyje dobra można poświęcić w imię realizowanej wartości, jakie są skutki uboczne i koszty dążenia do jej realizacji⁷¹.

Uważam, że istnieje pewna analogia między rozróżnieniem stopni ocen a problematyką wartości leżących u podstaw zakazów dowodowych. Większych trudności nie powinno nastęrczać bowiem powiązanie określonych regulacji procesowych z celem, jakiemu powinny służyć; podobnie jak dokonanie oceny I stopnia. Natomiast rozstrzygnięcie, której z kolidujących ze sobą wartości – ustaleniu prawdy czy *ratio legis* zakazu dowodowego – należy przyznać pierwszeństwo w konkretnym przypadku, może być znacznie bardziej skomplikowanym zagadnieniem. Wybór taki nie powinien wszak być dokonywany w sposób dowolny, ale stwarzający jak największe szanse na uznanie go za słuszny z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania karnego. Przypomina to więc trudności związane ze sformułowaniem oceny II stopnia.

Przede wszystkim jednak to rozumowanie unaocznia, że nie sposób sformułować abstrakcyjnej hierarchii wartości. Jej uporządkowany charakter musiałby wynikać z odniesienia do pewnego kryterium zewnętrznego. W prawoznawstwie nie byłaby nim zapewne moralność, a to z racji dość powszechnie przyjmowanego rozdziału między nią a prawem. Podstawowa trudność tkwiłaby więc we wskazaniu powszechnie akceptowanego analogonu moralności, którym mogłaby być zgodność z podstawowymi

⁷⁰ Ze wskazanej perspektywy użytecznej podobnie pozytywnie jak prawdomówność mogłaby zostać oceniona troskliwość okazywana wyłącznie tym członkom społeczności, którzy są w stanie wspomóc społeczeństwo w zwiększaniu istotnego zasobu np. pieniądza.

⁷¹ Z. Ziemiński, *Wstęp...*, s. 20-22.

normami ustrojowymi lub tradycją prawną, społeczną akceptacją bądź ekonomiczną efektywnością. Nawet gdyby hipotetycznie udało się osiągnąć co do tego konsensus, to nie usunęłyby to kluczowej trudności. Tkwi ona bowiem nie w tym, jak przyporządkować określone normy do wartości, które powinny one realizować – co odpowiadałoby dokonaniu oceny I stopnia. Kluczowym elementem jest dokonanie wyboru w sytuacji kolizji takich wartości. Decyzja co do preferencji jednej z nich powinna być przy tym aprobowana z perspektywy wskazanego analogonu moralności – co odpowiadałoby dokonaniu oceny II stopnia, wzbogaconej o komponent oceny zewnętrznej.

O ile zatem stosunkowo łatwo abstrakcyjnie połączyć normy z wartościami, o tyle nie sposób dokonać podobnego zabiegu w przedmiocie abstrakcyjnego ustalenia tego, jaki sposób rozstrzygnięcia kolizji wartości zostanie uznany za zasadny, nawet w przypadku konsensu co do tego, wobec jakiej wartości zewnętrznej należy tę zasadność oceniać. W przypadku dokonywania takiego wyboru występuje bowiem zbyt wiele zmiennych czynników, by dało się je wszystkie uwzględnić na poziomie abstrakcyjnych rozważań. Przy tym te zmienne okoliczności, podobnie jak przy ocenie II stopnia, wymagają odpowiedzi na pytania zarówno o zabarwieniu intelektualnym, jak i emocjonalnym.

3.3 Ocena zrelatywizowana systemowo

Oceny zrelatywizowane systemowo wyraża formuła „X jest *s*-wartościowe ze względu na system aksjologiczny AS”. Również w odniesieniu do nich występuje wersja słaba i mocna oceny, podobnie jak przy ocenach zrelatywizowanych instrumentalnie. Różnica polega na tym, czy ocenie podlega system AS. Tak dzieje się w przypadku wersji mocnej oceny zrelatywizowanej systemowo, która przyjmuje postać „X jest *s*-wartościowe ze względu na aksjologiczny system AS, który jest *x*-wartościowy”. Podobnie jak w przypadku ocen zrelatywizowanych instrumentalnie, także w przypadku relatywizacji systemowej można wyróżnić konstrukcje zdaniowe i nie-zdaniowe, przy czym to rozróżnienie nie jest istotne z perspektywy kognitywistycznej. Stanowisko nonkognitywistyczne ponownie zaś wprowadza rozróżnienie wyłącznie co do wersji słabej relatywizacji systemowej, odmawiając wersji mocnej charakteru zdaniowego. Konstrukcja zdaniowa wersji słabej uzasadniona jest tym, że:

- 1) zwrot „zgodnie z AS” oznacza, że X jest *s*-wartościowe na podstawie definicji *s*-wartości w języku AS, czyli ma empirycznie stwierdzalne cechy ujęte w tej definicji;
- 2) zwrot „zgodnie z AS” oznacza, że stwierdzenie „X jest *s*-wartościowe” stanowi element AS, można więc opisowo i empirycznie stwierdzić, czy zwrot ten występuje w AS;
- 3) zwrot „zgodnie z AS” oznacza, że stwierdzenie „X jest *s*-wartościowe” da się inferencyjnie wywieść z AS przy pomocy przyjętej logiki ocen.

Wobec wskazanych argumentów w ramach koncepcji nie-zdaniowej formułuje się następujące zarzuty:

- 1) wartości nie są redukowane do empirii, a przeciwne stanowisko obarczone jest błędem naturalistycznym;
- 2) w praktycznie funkcjonujących systemach AS nie sposób ustalić tego rodzaju izomorfii co do kwestii dyskusyjnych;
- 3) nie sposób zbudować niekontrowersyjnej logiki ocen⁷².

Przy tym ocena celu C może zostać dokonana pod kątem zgodności z wyraźnie określonym systemem wartości (ocen i norm) SW. To rozwiązanie prowadzi do sformułowania oceny zrelatywizowanej systemowo, przybierającej postać zdania „środek S jest *w*-wartościowy ze względu na system wartości SW”⁷³. Przypisanie ocenie zrelatywizowanej systemowo byłoby więc możliwe tylko wtedy, gdyby system wartości SW składał się ze zdań, które można ocenić jako prawdziwe bądź fałszywe, co w systemie prawa należy uznać za niemożliwe, przynajmniej na gruncie zakładanego tu stanowiska nonkognitywistycznego⁷⁴.

Pozostaje jednak kwestia aksjologicznego uwikłania ocen zrelatywizowanych systemowo. Teoretycznie możliwe jest formułowanie ocen aksjologicznie neutralnych, kiedy podmiot ich dokonujący ogranicza się wyłącznie do stwierdzenia, czy dana decyzja stosowania prawa jest zgodna z wewnętrznymi wartościami prawa, nie dokonując ich oceny z perspektywy zewnętrznej. Podstawowa trudność tkwi jednak już w tym, że nieraz trudno o zgodność ustaleń choćby co do *ratio legis* określonych instytucji prawnych, nie

⁷² J. Wróblewski, *Analityczne podejście...*, s. 63.

⁷³ Dokonanie oceny celu C przez pryzmat systemu wartości SW oznacza *de facto* odniesienie środka *Ś* do systemu wartości SW.

⁷⁴ J. Wróblewski, *Wartości...*, s. 30-31.

mówiąc o konsensie w określeniu wewnętrznych wartości prawa⁷⁵. Bez tego zaś nie sposób dokonać neutralnej aksjologicznie oceny opartej wyłącznie o nie, choć należy zauważyć, że sformułowanie oceny zrelatywizowanej systemowo nie musi zakładać akceptacji tego systemu przez podmiot oceniający⁷⁶.

Wspomnieć wypada w tym miejscu o koncepcji wewnętrznej moralności prawa Lona L. Fullera. Na jej gruncie wewnętrznymi wartościami prawa są: ogólność, jasność i trwałość prawa, obowiązek promulgacji aktów prawnych, zakaz stanowienia prawa tak z mocą wsteczną, jak również niemożliwego do spełnienia, unikanie sprzeczności w systemie prawa oraz zgodność między działaniami urzędowymi a ogłoszonymi regułami (rządy prawa). Dla tego filozofa elementy wewnętrznej moralności prawa stanowią formalną odmianę prawa natury. Jak wyjaśnia, „termin «formalny» jest nader dogodny, gdyż wskazuje, iż nie interesują nas cele materialne reguł prawnych, lecz sposób, w jaki system reguł, mających kierować ludzkim postępowaniem ma być budowany i stosowany, aby był skuteczny i pozostawał tym, za co chce uchodzić”⁷⁷.

W ten sposób Fuller włącza do pojęcia prawa kryteria prawnonaturalne, chociaż tylko w rozumieniu formalnym. Rozważanie trafności przyjętych kryteriów wewnętrznej moralności prawa pozostaje poza zakresem pracy. Na gruncie paradygmatów związanych z pozytywizmem prawniczym zastrzeżenia budzi również samo odniesienie do elementów prawnonaturalnych. Należy jednak zwrócić uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze przynajmniej niektóre przyjęte przez Fullera wyznaczniki wewnętrznej moralności prawa stanowią niekwestionowane zasady konstytucyjnego państwa prawa. Ich ugruntowane obowiązywanie w systemach prawnych oddziałuje pozytywnie na skuteczność realizacji celów przez normy prawne pozostające w zgodzie z tymi zasadami. Po drugie zaakcentowanie formalnego wymiaru norm prawnonaturalnych, które na gruncie paradygmatów pozytywistycznych mogą zostać uznane za kryteria zewnętrznej oceny prawa, wskazuje na szczególną doniosłość norm proceduralnych, do których wszak należą zakazy dowodowe. Jeśli zostaną one ustanowiony w sposób należycie odzwierciedlający wartości uznane za istotne w danym społeczeństwie, to możliwe będzie rozstrzygnięcie dylematów uwikłanych aksjologicznie głównie w oparciu o te

⁷⁵ *Ibidem*, s. 77.

⁷⁶ P. Dutkiewicz, *Problem aksjologicznych...*, s. 68.

⁷⁷ L. L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 2004, s. 82.

normy. Pozwoli to uniknąć prowadzenia sporu na poziomie światopoglądowym, który może znacząco utrudniać dyskusję⁷⁸.

3.4 Optatywy

Obok ocen w języku wyróżnia się również optatywy. Są to wypowiedzi przyjmujące postać „oby⁷⁹ p”. Podobnie jak dyrektywy, mają one charakter „celowo-prospektywny”⁸⁰, bowiem odnoszą się do przyszłych stanów rzeczy, a nie ograniczają się do wyrażenia pragnienia, by zachodziło to, co aktualnie ma miejsce⁸¹. W odróżnieniu jednak od dyrektyw, optatywy nie służą wpłynięciu na adresata, by dążył do osiągnięcia pożądanego stanu rzeczy lub uniknięcia stanu niepożądanego. W ich przypadku nie sposób bowiem wskazać choćby ogólnie wskazanego adresata; nie wyznaczają one również stosunku między ich autorem a odbiorcą. Optatywy wyrażają wyłącznie chęć, żeby stało się *p*, nie wskazując sposobu osiągnięcia tego stanu rzeczy. Wypowiedzi te pozbawione są aspektu wolicjonalnego, polegającego na zamierzonym wpłynięciu na czyjeś zachowanie, ukierunkowanego na ziszczenie się *p*. W związku z tym optatywy mogą odnosić się zarówno do ludzkich zachowań, jak i niezależnych od nich zdarzeń⁸². Co za tym idzie, w przypadku ziszczenia się stanu rzeczy opisanego w optatywie nie

⁷⁸ W podobnym duchu Fuller komentuje orzeczenie Sądu Najwyższego USA z 1962 r. w sprawie *Robinson v. California*. W orzeczeniu tym stwierdzono, że ustawa wprowadzająca przestępność uzależnienia narkotykowego i sankcjonującą ten czyn karą sześciu miesięcy pozbawienia wolności jest sprzeczna z ósmą poprawką do Konstytucji, zakazującą stosowania „kar okrutnych lub wymyślnych”. Stwierdzono bowiem, że skoro udowodniono naukowo, że uzależnienie nie musi wynikać z winy osoby nim dotkniętej, to karanie za nie byłoby wymierzaniem okrutnej, niezwykłej kary. Fuller krytykuje zaprezentowaną argumentację, wskazując, że tym samym sąd niepotrzebnie podjął się oceny, czy przepis karny pozostaje w sprzeczności z poprawką do Konstytucji. Zdaniem filozofa należało poprzestać na mniej kontrowersyjnym stwierdzeniu, że celem prawa karnego jest kształtowanie postępowania jego adresatów, o czym pośrednio świadczy zakaz stanowiący prawo z mocą wsteczną i wymóg jego dostatecznej jasności. W związku z tym niezamierzone znalezienie się w stanie uzależnienia narkotykowego nie może być potraktowane jako akt nieposłuszeństwa, bowiem osoba uzależniona nie jest w stanie w pełni kształtować swojego zachowania. Tym samym wprowadzenie penalizacji uzależnienia jest niezgodne z samą istotą prawa karnego. L. L. Fuller *Moralność...*, s. 89-90.

⁷⁹ Opałek opisuje optatywy, posługując się formułą Carnapa, zgodnie z którą optatyw przyjmuje postać „Utinam p”. Ponieważ jednak Opałek sam wskazuje, że terminowi temu odpowiada w języku polskim słowo „oby”, to nim właśnie będę się posługiwać. K. Opałek, *Z teorii dyrektyw i norm*, Warszawa 1974, s. 95.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*, s. 116-119. Jak wskazano w tej publikacji, „stosunek (semantyczny stosunek spełniania, SS, i niespełniania, S-S) nie zachodzi pomiędzy wypowiedziami dyrektywnymi i optatywnymi, a aktualnie zachodzącym zachowaniem się lub zdarzeniem. Dyrektywy i optatywy nie orzekają, że takie stany rzecz zachodzą, lecz że «żeby (ut)», «oby (utinam)» zachodziły. SS(S-S) wypowiedzi dyrektywnych i optatywnych przez wzmiankowane stany rzeczy (zachowania się, zdarzenia) mogłoby być ustalone tylko wtedy, gdyby istniały «żeby będące» (dyrektywne) czy «oby będące» (optatywne) stany rzeczy, zdolne semantycznie spełniać omawiane wypowiedzi. Jednakże trudno przyjąć istnienia takich stanów rzeczy obok empirycznych”.

⁸² *Ibidem*, s. 105-106.

można mówić o jakimkolwiek stopniu skuteczności i wpływu tej wypowiedzi na rzeczywistość pozajęzykową, a stosunek spełnienia ma charakter wyłącznie pragmatyczny, niemający charakteru logicznego wynikania; również kwalifikowanie elementów pozajęzykowej rzeczywistości z punktu widzenia dyrektyw i optatywów ma charakter praktyczno-pragmatyczny, a nie logiczny⁸³. Dla przykładu w odniesieniu do obowiązku stawienia świadka w sądzie można sformułować zarówno dyrektywę „świadek powinien stawić się na wezwanie i złożyć zeznania”, jak i optatyw „oby świadek stawił się na wezwanie i złożył zeznanie”. Możliwe jest również sformułowanie optatywu „oby świadkowi dachówka na głowę spadła”⁸⁴, podczas gdy nie sposób wypowiedzieć analogicznej dyrektywy. Wobec każdej z tych wypowiedzi można natomiast sformułować ocenę opartą o przyjęte kryteria.

Wskazuje się na semantyczne podobieństwo optatywów do *quasi*-ocen. O ile bowiem oceny właściwe sformułowane są w trybie oznajmującym i odnoszą się do sytuacji mających miejsce, o tyle *quasi*-oceny wyrażają wartościowanie potencjalnych wydarzeń, mają więc charakter celowo-prospektywny. Do pierwszej z tych grup zaliczy się wypowiedź „dobrze, że świadek zeznaje prawdę”, a do drugiej „dobrze, żeby świadek zeznawał prawdę”⁸⁵.

3.5 Aprobata ocen

Wzbogacenie oceny o element zewnętrzny może przybrać dwojaką postać – aprobaty ogólnej bądź szczególnej. Pierwsza polega na aprobacie każdej decyzji potwierdzającej legalność stosowania obowiązującego prawa. Uzasadnieniem nie jest jednak aprobata wewnętrznych wartości porządku prawnego, ale pozytywna ocena dążenia do utrzymania ładu prawnego, nadając temu charakter samoistnej wartości. Natomiast aprobata szczegółowa polega na dokonaniu aprobującej oceny wewnętrznych wartości prawa z perspektywy kryteriów pozaprawnych⁸⁶.

Tak zarysowany podział sposobów oceny stosowania prawa pozwala stwierdzić, że dla realizacji celów niniejszej pracy ocena zewnętrzna w wersji zakładającej aprobatę

⁸³ *Ibidem*, s. 120-123.

⁸⁴ Można sobie wyobrazić sytuację, w której optatyw ten nabiera charakteru dyrektywy np. gdy słowa te wypowiedzi szef grupy przestępczej do jej członka w odniesieniu do świadka mającego złożyć obciążające zeznanie. Wtedy jednak dyrektywność wypowiedzi wynika z określonego kontekstu sytuacyjnego, w którym słowa te są wyłącznie stylizowane na optatyw, a intencją ich autora jest wskazanie określonej powinności.

⁸⁵ K. Opalek, *Z teorii...*, s. 100-102.

⁸⁶ J. Wróblewski, *Wartości...*, s. 78.

ogólną jest nieprzydatna. Sprowadzałaby się ona bowiem do pozytywnej oceny każdej decyzji zgodnej z dotychczas podejmowanymi w systemie prawa. Natomiast wersja zakładająca jedynie aprobatę szczegółową może być stosowana posiłkowo na gruncie założeń niniejszej pracy. Głównym jej celem jest bowiem ustalenie, jakie wewnętrzne wartości prawa przemawiają za określoną wykładnią zakazów dowodowych. Jak jednak już sygnalizowałem, na gruncie samych ocen wewnętrznych nie sposób rozstrzygnąć kolizji między wartościami, które powinien realizować proces karny. W związku z tym ocena zewnętrzna w wersji aprobaty szczegółowej będzie przydatna dla stwierdzenia, którym wartościom powinno się przyznać istotniejszą rolę w przypadku ich kolizji. Utopią byłoby formułowanie wymogu każdorazowej akceptacji wszystkich norm prawnych przez podmiot je stosujący. Jednak pogodzenie się z nierealnością takiego stanu rzeczy i uczynienie z niego wyłącznie postulatu, może odegrać pozytywną rolę przez wskazanie, w jakim kierunku należy prowadzić interpretację norm prawnych przy jednoczesnej akceptacji ich niedoskonałości i niemożliwości jednoznacznego rozstrzygnięcia wszystkich wątpliwości⁸⁷. Należy wręcz zgodzić się, że istnieją takie rozstrzygnięcia moralne, dla których uzasadnienia nie jesteśmy w stanie przywołać żadnych logicznych racji. Wystarczające jest jednak powszechne przekonanie o ich słuszności i takowy sprzeciw wobec próby zanegowania tych wartości. W uzasadnieniu humanizmu nie przeszkadza wszak brak logicznych racji za nim stojących, za wystarczającą uznaje się powszechną akceptację jego podstawowych idei i zaadaptowanie ich w życiu społecznym⁸⁸.

4. Systemowość wartości

Wstępnie należy zauważyć, że w odniesieniu do wartości etycznych podaje się w wątpliwość możliwość uporządkowania ich w ramach spójnego systemu. Jako argumenty przeciwko tej możliwości wymienia się:

- 1) założenie, że subiektywna pewność jednostki nie może zostać przekazana drugiej osobie, bo w sytuacji uzewnętrznienia pewności staje się ona jedynie możliwością;
- 2) twórczy charakter człowieka, tworzącego własne hierarchie reguł etycznych;
- 3) niewspółmierność wartości;

⁸⁷ *Ibidem*, s. 82.

⁸⁸ P. Dutkiewicz, *Problem aksjologicznych...*, s. 110. Widać tu echa opisanego stanowiska intuicjonistycznego, którego, mimo jego uzasadnionej krytyki, nie sposób całkowicie pominąć.

4) ich otwartość argumentacyjną⁸⁹.

W stosunku do wartości prawnych w większym stopniu kładzie się nacisk na ich obiektywny charakter, wynikający z powszechności obowiązywania w danym społeczeństwie norm prawnych, które są z ich pomocą uzasadniane. Uznając więc za ugruntowaną tezę, że systemowość prawa ma charakter co najmniej realnego postulatu interpretacyjnego, należy wskazać na co najmniej trzy możliwe typy systemu aksjologicznego: aksjomatyczny, przedaksjomatyczny i *quasi*-system.

W tym pierwszym wyróżnić można zbiory: terminów pierwotnych, aksjomatów oraz reguł inferencyjnych⁹⁰. System aksjomatyczny powinien przy tym spełniać wymogi: niesprzeczności, zupełności i niezależności aksjomatów, co znaczy, że żaden z nich nie może być logiczną konsekwencją pozostałych. Systemowość ta może występować w naukach empirycznych i dedukcyjnych, których twierdzenia są zdaniem w sensie logicznym. Już z tej przyczyny należy odrzucić traktowanie systemu prawa jako aksjomatycznego. System ten może natomiast przybrać postać systemu przedaksjomatycznego, bowiem w jego ramach związki inferencyjne konstruowane są z pomocą zdań oczywistych albo wcześniej udowodnionych, z pomocą których wyprowadza się zdania dowodzone. Tym samym reguły inferencyjne nie mają postaci reguł logicznych, co w przypadku norm prawnych byłoby niemożliwe, z uwagi na przyjmowaną na gruncie nonkognitywizmu niemożność przypisania im wartości prawdy albo fałszu. System aksjomatyczny powinien przy tym cechować się niesprzecznością, zupełnością i hierarchicznym uporządkowaniem norm. Natomiast w przypadku *quasi*-systemu można mówić wyłącznie o zespole nieskoordynowanych dyrektyw i obserwacji, połączonych jakimś wspólnym hasłem⁹¹.

W odniesieniu do prawa Leszek Nowak zaproponował następującą definicję wartości: „rodzina zbiorów równocennych stanów rzeczy należących do zbioru W jest wartością wtedy i tylko wtedy, gdy jest ona uporządkowana przez relację preferencji generalnej P ”⁹². Relacja preferencji generalnej cechuje się asymetrycznością⁹³,

⁸⁹ M. Zirk-Sadowski, *Rozumienie ocen...*, s. 130-131.

⁹⁰ Ten ostatni zbiór dotyczy wyłącznie systemów sformalizowanych, natomiast w niesformalizowanych wnioskowania opierają się na tzw. poczuciu oczywistości.

⁹¹ M. Zirk-Sadowski, *Rozumienie ocen...*, s. 141-144.

⁹² L. Nowak, *U podstaw...*, s. 14.

⁹³ Jeśli między wartością W_1 a wartością W_2 zachodzi określona relacja R , to taka sama relacja R nie zachodzi jednocześnie między wartością W_2 a wartością W_1 .

przechodnością⁹⁴ i spójnością⁹⁵. Dzięki tym cechom możliwe jest stworzenie systemu wartości⁹⁶. Powiązania występujące między wartościami mogą mieć charakter treściowy bądź formalny. Te pierwsze pozwalają stawiać systemowi prawa wymóg spójności aksjologicznej rozumianej jako konsekwentne preferowanie przez ustawodawcę określonych stanów rzeczy względem innych. Oznacza to, że nie powinno dochodzić do sytuacji, w której przeciwstawnie oceniano by ten sam stan rzeczy oraz że należy dokonywać ocen uznawanych za konsekwencje ocen dokonanych wcześniej.

Mimo zwięzłości wskazanego postulatu, jego treść nie jest prosta, ponieważ pojęcia niezgodności ocen i konsekwencji określonej oceny nie należą do jasnych. Ta pierwsza wszak może mieć charakter wyłącznie pozorny, gdy w sposób niezgodny oceniane są różne aspekty tego samego stanu rzeczy, a jednocześnie podmiot oceniający nie dokonuje jego globalnej oceny właściwej. Dopiero ustalenie, że w danej sytuacji nie dochodzi do tak rozumianej niezgodności pozornej, pozwala zasadnie postawić zarzut braku spójności systemu ocen. Przy tym niezgodność może mieć charakter niezgodności logicznej bądź prakseologicznej. Ta pierwsza, występująca stosunkowo rzadko, polega na sprzeczności między niezgodnymi normami. Natomiast niezgodność prakseologiczna występuje, gdy niezgodne ze sobą normy mogą być co prawda zrealizowane, jednak skutek spełnienia jednej z nich niweczy skutek spełnienia innej. Tym samym wystąpienie niezgodności logicznej odbiera porządkowi prawnemu cechę systemu z powodu zaistnienia sprzeczności, zaś przy niezgodności wyłącznie prakseologicznej system pozostaje systemem, którego jednak nie można uznać za racjonalny⁹⁷.

Z kolei w przypadku ocen zrelatywizowanych instrumentalnie niezgodność taka może wynikać z niedostatków wiedzy co do związków przyczynowych między elementami wchodzącymi w skład konkretnej relacji instrumentalnej. Źródłem niezgodności może być również błędne porównanie ze sobą bliższych i dalszych następstw danego stanu rzeczy⁹⁸, bądź rozbieżność założeń co do jego właściwości. Natomiast podstawowa trudność związana z rozumowaniami opartymi o konsekwencje

⁹⁴ Podmiot P preferujący wartość W_1 względem wartości W_2 , a wartość W_2 względem wartości W_3 , preferuje tym samym wartość W_1 względem wartości W_3 .

⁹⁵ O każdej parze wartości W_1 i W_2 można powiedzieć, że zachodzi między nimi relacja R.

⁹⁶ M. Kordela, *Systemowość aksjologiczna...*, s. 100.

⁹⁷ Z. Ziemiński, *Wstęp...*, Warszawa 1990, s. 198.

⁹⁸ Refleksja aksjologiczna dotyczy bowiem zwykle stanów rzeczy, które są oceniane przez stosunkowo bliski związek instrumentalny ze stanami rzeczy ocenianymi samoistnie. Gdy związek taki jest natomiast dość odległy, a szczególnie wobec braku wyraźnie zarysowanych związków przyczynowych, to uwaga koncentruje się zwykle na problemach intelektualnych, zaś problemy ściśle ocenne schodzą na dalszy plan. Tak Z. Ziemiński, *Wstęp...*, s. 109.

w przypadku ocen dotyczy sformułowania kryteriów pozwalających uznać, że dokonywana ocena jest konsekwencją wcześniejszej. Jednym ze sposobów jest dokonanie swego rodzaju subsumpcji ocennej, gdy pewną ocenę indywidualną uznaje się za konsekwencję oceny rodzajowej. W takiej sytuacji kontrowersje może oczywiście budzić trafność zakwalifikowania konkretnego stanu rzeczy jako należącego do szerszego ich rodzaju. Konsekwencję można również wyprowadzić z mechanizmu relatywizacji instrumentalnej, wskazując, że gdy pozytywnie ocenia się pewien stan rzeczy S, a inny stan rzeczy:

- (i) w przypadku oceny aprobującej jest stanem rzeczy koniecznym do realizacji stanu S – nazwijmy go stanem S_k ,
- (ii) w przypadku oceny dezaprobującej jest stanem rzeczy wystarczającym do realizacji stanu S – nazwijmy go stanem S_w ,

to stan rzeczy S_k należy również ocenić aprobująco, a stan S_w należy ocenić dezaprobująco.

Taki schemat rozumowania należy jednak uzupełnić o jeszcze jeden element, aktualizujący się w konkretnej sytuacji. Mianowicie stan S_k nie może wywoływać szczególnie silnej dezaprobaty, a z kolei stan S_w nie może wywoływać istotnie pozytywnych skutków. Należy więc każdorazowo zważyć, czy ocena środka prowadzącego do realizacji konkretnego celu nie jest intensywniejsza niż ocena jego samego⁹⁹.

Natomiast powiązania formalne związane są z analitycznie rozumianą systemowością, a jej przejawami są: spójność, zupełność, hierarchiczność, stabilność, zmienność, kolizyjność wartości oraz procedura ich ważenia¹⁰⁰. Jeśli zaś możliwe jest uznanie, że dokonane przez prawodawcę oceny oparte są na najlepszej dostępnej wiedzy, a przy tym mają charakter moralnie słusznych, to racjonalny prawodawca przekształca się w prawodawcę doskonałego¹⁰¹. Należy przy tym pamiętać, że ustalanie, jakimi wartościami kierował się prawodawca, powinno mieć wyłącznie poznawczy charakter, bowiem obowiązkiem interpretatora jest odkodowywanie wartości na podstawie tekstów aktów prawnych, a nie samodzielne ich tworzenie¹⁰².

⁹⁹ *Ibidem*, s. 25-27.

¹⁰⁰ M. Kordela, *Systemowość aksjologiczna...*, s. 92.

¹⁰¹ M. Kordela, *Aksjologiczna wykładnia...*, s. 154. Zabieg przekształcenia prawodawcy racjonalnego w doskonałego przypomina zastąpienie ocen I stopnia ocenami II stopnia.

¹⁰² *Ibidem*, s. 157.

Hierarchiczność wartości zapewnia zaproponowane przez Nowaka kryterium relacji preferencji generalnej. Zbiór wartości prawnych można bowiem usystematyzować, wyróżniając poszczególne ich kategorie, np. wartości konstytucyjne, ustawowe i podustawowe. O każdym zestawieniu tych kategorii można powiedzieć, że któreś z nich są hierarchicznie nadrzędne nad innymi (spójność relacji), jeśli jedna z kategorii wartości jest nadrzędna względem innej – np. konstytucyjna względem ustawowej – to ta druga nie może być jednocześnie nadrzędna wobec tej pierwszej (asymetryczność relacji). Zaś uznanie, że wartości ustawowe są nadrzędne nad podustawowymi, a konstytucyjne nad ustawowymi, skutkuje stwierdzeniem, że wartości konstytucyjne są nadrzędne nad podustawowymi (przechodność relacji). Hierarchiczność wartości ma charakter analogiczny do hierarchiczności norm prawnych. Decyzja ustawodawcy o preferowaniu jednej wartości względem innej jest aktem preferowania, nadającym jej charakter wartości prawnej; analogicznie akt stanowienia prawa skutkuje nadaniem normie charakteru normy prawnej. Skoro więc ustawodawca stanowczo wyraża swoje stanowisko co do żywionych wartości, to możliwe jest ich odkodowanie z norm prawnych¹⁰³ – analogicznie jak z przepisów dekoduje się normy prawne. Dochodzi tym samym do wyodrębnienia pewnej wartości albo ich grupy, którym nadaje się charakter wartości naczelnych, wyrażanych często za pomocą zasad prawnych. Przy czym nie należy zapominać o tym, że każda gałąź prawa ma własną aksjologię¹⁰⁴.

Wspomnianej wcześniej świadomości aksjologicznej, czyli zbiorowi przekonania jednostki o wartościach, nie sposób stawiać wymogu zupełności ani koherencji (czy wężiej: niesprzeczności), choćby dlatego, że nie istnieją co do niego żadne reguły inkluzji, zapewniające zupełność, ani ekskluzji, odnoszące się do wyłączenia określonych wartości ze zbioru składającego się na świadomość aksjologiczną. Sytuacja ma się jednak inaczej w odniesieniu do wartości-celów. W tym bowiem przypadku koherencja oceniania jest ze względu na skuteczność realizowania założonych celów. Również ze względu na nią mogą być więc tworzone reguły inkluzji bądź ekskluzji, w zależności od tego, czy dla skutecznej realizacji zamierzonego celu wymagane jest włączenie czy wyłączenie określonych norm ze zbioru strategii służącej do realizacji wartości-celów¹⁰⁵.

Można odnotować systemową racjonalność norm porządkowanych względem określonych wartości. Skoro formułowane na ich podstawie oceny stanowią istotę

¹⁰³ M. Kordela, *Systemowość aksjologiczna...*, s. 95.

¹⁰⁴ *Ibidem*, s. 99.

¹⁰⁵ K. Pałeczki, *O aksjologicznych...*, s. 18.

związków treściowych między porządkiem prawnym a porządkiem wartości, to za racjonalne aksjologicznie należy uznać tylko te normy, o których możemy powiedzieć, że realizują określony porządek wartości. Legitymizacja i racjonalizacja norm prawnych dokonuje się więc w oparciu o wartości formułowane poza treścią aktów prawnych¹⁰⁶. Tym samym aksjologia zewnętrzna stanowi nie tylko kryterium preferencji interpretacyjnych, ale również słusznościowej legitymizacji norm prawnych. Społeczna legitymizacja prawa polega na istnieniu powszechnego przekonania, że przestrzeganie norm prawnych doprowadzi do realizacji wartości-celów oczekiwanych społecznie. Natomiast społeczna racjonalizacja prawa sprowadza się do przypisywania normom prawnym i praktyce ich stosowania skuteczności w osiągnięciu tych norm-celów¹⁰⁷.

4.1 Kolizyjność wartości

Wartości są elementami składowymi pewnego systemu, czego nieuniknioną konsekwencją jest ich kolizyjność w jego ramach. Nie można bowiem pogodzić ze sobą wszystkich budujących system wartości. W związku z tym realizacja jednej z nich prowadzić musi do ograniczenia lub uniemożliwienia realizacji innej. Wybór ważniejszej wartości byłby stosunkowo prosty, gdyby wśród stanów rzeczy, do których prowadzi realizacja kolidujących ze sobą wartości, jeden był oceniany pozytywnie, a drugi negatywnie. Sytuacja jest znacznie trudniejsza, gdy wybór ma dotyczyć dwóch aprobowanych stanów rzeczy. Co więcej, w prawoznawstwie większość sporów dotyczy nie tego, co samo w sobie uznajemy za dobre, ale tego, z pomocą jakich środków należy dążyć do realizacji tych pożądaných stanów rzeczy¹⁰⁸. Z tego wynika, że w odniesieniu do zakazów dowodowych sprawa jest szczególnie skomplikowana. Jak już wspomniano, w tym przypadku, ogólnie rzecz biorąc, konflikt występuje między powinnością dojścia do prawdy a wartościami chronionymi przez poszczególne zakazy. Wszystkie te normy prowadzą do realizacji aprobowanych stanów rzeczy, które jednak często wzajemnie się wykluczają. Co więcej, spór nie dotyczy tego, jak najlepiej do nich dążyć, ale tego, która z kolidujących ze sobą wartości jest istotniejsza.

W przypadku systemu hierarchicznego konflikty wartości można rozstrzygnąć odgórnie, wskazując, które wartości mają charakter nadrzędny, albo formułując wyraźne

¹⁰⁶ K.J. Kaleta, Rola i znaczenie wartości we współczesnym dyskursie konstytucyjnym, [w:] M. Dudek, M. Stępień (red.), *Aksjologiczny wymiar prawa*, Kraków 2015, s. 125, 127.

¹⁰⁷ K. Pałeczki, *O aksjologicznych...*, s. 22.

¹⁰⁸ Z. Ziemiński, *Wstęp...*, s. 11-12.

zakazy wkraczania w określone sfery. W systemie prawnym rozwiązanie to przybiera postać ustanowienia przez ustawodawcę określonych norm prawnych. Możliwe jest jednak również pozostawienie decyzji o sposobie rozstrzygnięcia kolizji uznaniu co najmniej niektórych uczestników systemu wartości – w przypadku wartości prawnych są nimi organy stosujące prawo. Za drugim z tych rozwiązań przemawia to, że w momencie ustanawiania systemu prawa ustawodawca nie dysponuje pełną wiedzą ani co do tego, które wartości będzie preferował względem innych, ani jakie kolizje między nimi ujawnią się w praktyce działania systemu prawnego, a ponadto to podmiot stosujący prawo będzie miał lepsze rozeznanie, której wartości należy w tej konkretnej sytuacji nadać pierwszeństwo, niż ustawodawca, mogący jedynie bardziej lub mniej trafnie przewidywać szczegóły sytuacji kolizyjnych¹⁰⁹. Przy tym działalność podmiotów stosujących prawo nie ma przecież charakteru arbitralnego; nie jest ona dowolna. Podlega ograniczeniom wynikającym nie tylko z ustanowionych norm prawnych, ale również z tworzących system prawny norm kolizyjnych, stanowiących dorobek przede wszystkim nauki prawa. Skoro więc wyłącznie na poziomie tworzenia norm abstrakcyjno-generalnych nie można ustalić sposobu rozstrzygania konfliktów wartości, to zwiększenie stopnia spójności aksjologicznej systemu prawnego zależy również od podejmowania prawidłowych decyzji co do transformacji tego rodzaju norm w normy indywidualno-konkretne¹¹⁰.

Co więcej, nieunikniona jest nie tylko kolizyjność wartości, ale również zmienność relacji, w jakich pozostają one względem siebie. Jest to konsekwencja dynamiki ocen społecznych, wynikającej z dynamiki samego podłoża społecznego, co jest właściwe każdej kulturze, nie tylko prawnej. Do tego dochodzą jeszcze czynniki związane ze zmianami ustawodawstwa czy praktyki stosowania prawa, na podstawie których wyinterpretowuje się wartości prawne¹¹¹.

Dzięki wspomnianemu dorobkowi doktryny i jego wpływowi na kulturę prawną można zaś osiągnąć przynajmniej dolną granicę poprawności decyzji konkretyzującej normę prawną. Gwarantuje to pewien poziom ich co najmniej negatywnej przewidywalności i pewności, a to przez eliminację rozstrzygnięć nieprzekraczających wspomnianej dolnej granicy, wynikającej zresztą z przeciętnego poziomu kultury prawnej, zwłaszcza sędziowskiej. Im on wyższy, a kultura bardziej rozwinięta, tym

¹⁰⁹ M. Kordela, *Systemowość aksjologiczna...*, s. 100-101.

¹¹⁰ *Ibidem*, s. 103-104.

¹¹¹ K.J. Kaleta, *Rola i znaczenie...*, s. 128.

większy stopień przewidywalności rozstrzygnięć¹¹². Nabiera ona wtedy również wymiaru pozytywnego – co oznacza możliwość trafnego przewidywania treści rozstrzygnięcia, zamiast jedynie wymiaru negatywnego, pozwalającego wyłącznie przypuszczać, jaka nie będzie jego treść. Przy czym sądy nie są odizolowane od reszty społeczeństwa, którego członkami są sędziowie. Poziom kultury sędziowskiej zależy też od rodzaju kultury danego społeczeństwa, a w szczególności od stopnia jego integracji kulturowej, wynikającej ze stałości i stabilności stosunków społecznych oraz podzielanych przekonań. Im bardziej społeczeństwo jest zintegrowane kulturowo, tym wyższa przewidywalność rozstrzygnięć sędziów. Z jednej strony wywodzą się oni z tego społeczeństwa, dobrze więc, gdy mogą podzielać, internalizować dominujące w nim odczucia. Z drugiej zaś strony wyraźna dominacja określonych ocen w społeczeństwie może wpływać na sędziowskie decyzje przez to, że podczas orzekania mogą oni z dużym stopniem prawdopodobieństwa przewidywać, z jakim odbiorem społecznym spotka się ich orzeczenie. Taka jednolitość społeczna wynika zaś m. in. z powszechnego podzielania określonej aksjologii, przekonań o istotności pewnych wartości. W tym sensie pewność prawa zależy od pewności społecznej¹¹³.

Korzystając zaś z dorobku teorii pluralizmu wartości, można zauważyć, że rozstrzygnięcie sporu o wartości nie musi mieć charakteru ostatecznego werdyktu światopoglądowego, a może być jedynie pragmatycznym kompromisem, nieprowadzącym do zakwestionowania którejkolwiek z wartości albo formalnego ich uwspółmiernienia¹¹⁴. Rzecz jasna dopuszczalne są koncepcje, wiązane na gruncie etyki z poglądem o obiektywnym charakterze wartości, które głoszą, że istnieje tylko jedno poprawne rozwiązanie dylematu aksjologicznego. Na gruncie filozofii prawa odpowiada temu dworkinowska teza o jedynym słusznym rozstrzygnięciu konfliktu praw lub uprawnień. Za bardziej przekonujące uważam jednak stanowisko pluralizmu wartości, zgodnie z którym w przypadku sporu dotyczącego wartości dopuszczalne są różne rozwiązania, w zależności od tego, którą z kolidujących wartości uzna się za istotniejszą, bowiem nie ma jednej prawidłowej, abstrakcyjnej hierarchii aksjologicznej. Niemożliwe jest bowiem opracowanie niepodważalnej metody porównywania wartości. A to dlatego, że „niejasność pojęć i wielość kryteriów, które należy uwzględnić to cechy samego

¹¹² J. Wróblewski, *Wartości...*, s. 114-115.

¹¹³ *Ibidem*, s. 123.

¹¹⁴ K.J. Kaleta, *Rola i znaczenie...*, s. 142.

przedmiotu, a nie skutek naszych niedoskonałych metod pomiaru czy też nieumiejętności precyzyjnego myślenia”¹¹⁵.

Wartości bywają więc niewspółmierne¹¹⁶, przez co nie podają się hierarchizacji, a konflikty między nimi są nieuchronne. Dla uzasadnienia każdego z przeciwstawnych stanowisk, również dotyczących napięcia między zasadą prawdy a zakazami dowodowymi, można podać racjonalne argumenty. Nie sposób więc wypracować jednego, słusznego rozstrzygnięcia, które satysfakcjonowałoby wszystkich rozsądnych ludzi. W związku z tym w ramach pluralizmu wartości dąży się do uzyskania pragmatycznego kompromisu, w ramach którego przynajmniej niektóre z kolidujących ze sobą wartości są w pewnym stopniu realizowane, jednak żadna z nich nie jest całkowicie poświęcana¹¹⁷. Na gruncie pluralizmu wartości sformułowano nawet pogląd, że nie powinny być poddawane jurysdykcji sądów sprawy, co do których nie sposób uzyskać społecznego porozumienia z racji niewspółmierności kolidujących ze sobą dóbr. Opisane kompromisy możliwe są bowiem do osiągnięcia wyłącznie w drodze politycznych kompromisów, które mogą być zawierane w toku prac ustawodawczych¹¹⁸.

4.2 Struktury aksjologiczne

Wspomniany już Leszek Nowak opracował również procedurę balansowania kolidujących ze sobą wartości poprzez zbudowanie struktury aksjologicznej. Jego koncepcja aksjologii opiera się na następujących postulatach definicyjnych:

- 1) wartości to klasy skończone i co najmniej dwuelementowe – każda wartość musi posiadać więc element pierwszy i ostatni;
- 2) każda wartość posiada element wyróżniony grupujący stany rzeczy aksjologicznie indyferentne;
- 3) uniwersum aksjologiczne może być porządkowane różnymi relacjami preferencji – mogą istnieć w nim różne wartości;

¹¹⁵ I. Berlin, *Cztery eseje o wolności*, Warszawa 1994, s. 191.

¹¹⁶ Jako niewspółmierne rozumie się wartości, które nie posiadają wspólnej miary pozwalającej na ich porównanie, a uznanie, że w danym zbiorze występują wartości niewspółmierne skutkuje niemożnością utworzenia hierarchicznie uporządkowanego systemu. Tak M. Zirk-Sadowski, *Rozumienie ocen...*, s. 146-147.

¹¹⁷ Można też oddać to nieco pesymistycznym stwierdzeniem, że „zderzenie w danej sytuacji wartości niewspółmiernych zawsze prowadzi do ich konfliktu, w którym każdy wybór jest tylko wyborem mniejszego zła”. *Ibidem*, s. 150-151.

¹¹⁸ B. Polanowska-Sygulska, Spór o krzyż w świetle pluralizmu wartości, [w:] J. Czapska, M. Dudek, M. Stępień (red.), *Wielowymiarowość prawa*, Toruń 2014, s. 53-56.

- 4) wartości w uniwersum aksjologicznym można uporządkować relacją dominacji jednej wartości nad inną;
- 5) wartości równoistotne – ze względu na konkretną relację dominacji – składają się w jedną wartość superpozycyjną¹¹⁹.

Spełnienie tylko dwóch pierwszy warunków powoduje powstanie stanu, w którym każda wartość może zostać zrealizowana w sposób aksjologicznie indyferentny; w sposób minimalny – gdy dochodzi do realizacji elementu znajdującego się między elementem minimalnym a stanem indyferentnym, bądź w sposób maksymalny – dochodzi wtedy do realizacji elementu znajdującego się między stanem indyferentnym a elementem maksymalnym¹²⁰.

Konsekwencją spełnienia trzech kolejnych warunków jest przyjęcie, że konkretne uniwersum aksjologiczne może zostać uporządkowane za pomocą różnych kryteriów ocennych, prowadząc tym samym do skonstruowania różnych, wykluczających się wartości – rozumianych jako uporządkowane i skończone klasy¹²¹. Przy tym jesteśmy w stanie tak zbudowane wartości porządkować z pomocą relacji preferencji, wskazując, które z nich uznajemy za istotniejsze dla danego stanu rzeczy. Porządkowanie takie prowadzi do budowy struktur aksjologicznych, w których wartości dominujące nazywane są wartościami głównymi, zaś wartości zdominowane to wartości uboczne. Wreszcie może też dojść do sytuacji, w której relacja preferencji nie doprowadzi do hierarchicznego uporządkowania wszystkich wartości, przyjmujących postać wartości głównych. Wtedy wartości główne znajdujące się na tym samym poziomie, określanym jako poziom dominacji, zostają złożone w jedną wartość superpozycyjną¹²². Jej konstruowanie jest sposobem dokonywania oceny globalnej dotyczącej kolidujących ze sobą wartości¹²³.

Pierwszym krokiem budowania wspomnianej struktury aksjologicznej jest ustalenie zbioru wszystkich wartości istotnych dla rozstrzygnięcia konkretnego przypadku. Konieczne jest przy tym sformułowanie wypowiedzi oceniającej,

¹¹⁹ M. Zajęcki, *Dwa paradoksy...*, s. 67.

¹²⁰ *Ibidem*, s. 67-68.

¹²¹ Pełny zestaw realizacji konkretnego stanu rzeczy, od negatywnych do pozytywnych, określa się jako przestrzeń aksjologiczną.

¹²² M. Zajęcki, *Dwa paradoksy...*, s. 68-69.

¹²³ Na ocenę globalną składają się poszczególne oceny składowe, w tym podbudowane instrumentalnie, wzbogacone o oceny preferencyjne. Dokonanie oceny globalnej jest konieczne dla podjęcia racjonalnej decyzji, przy uwzględnieniu wszystkich wad i zalet danego rozwiązania. Jeśli zaś nie mamy możliwości dokonania oceny globalnej, to przestajemy być zdolni do konsekwentnego działania w danej dziedzinie. Tak Z. Ziemiński, *Wstęp...*, s. 17.

ujawniającej system preferencji określonego podmiotu aksjologicznego¹²⁴. Następnie konstruuje się powierzchowny poziom dominacji, w ramach którego wspomniany zbiór wszystkich wartości istotnych dzielony jest na wartości główne – mające charakter równocennych, jednakowo dominujących, oraz wartości uboczne, które nie dość, że są ściśle podporządkowane wartościom głównym (każda wartość główna dominuje nad każdą wartością uboczną), to jeszcze posiadają wewnętrzną hierarchię – są uporządkowane ściśle preferencyjnie. Dzięki temu można dokładnie określić, która wartość uboczna jest najmniej, a która najbardziej istotna. Proces ustalania hierarchii wartości ubocznych polega na każdorazowym identyfikowaniu wartości najmniej istotnej dla rozstrzyganego przypadku. Po jej wskazaniu zostaje ona wyeliminowana ze zbioru wartości istotnych dla rozstrzygnięcia danego przypadku. Tym sposobem, dzięki opisanemu aktowi abstrahowania od najmniej istotnej wartości ubocznej, tworzony jest kolejny poziom dominacji. W jego ramach po raz kolejny ustalany jest zbiór wartości głównych i ubocznych, a ze zbioru tych ostatnich eliminowana jest wartość zidentyfikowana jako najmniej istotna. Procedura ta powinna doprowadzić do sytuacji, w której w zbiorze wartości istotnych dla rozstrzygnięcia przypadku pozostaną wyłącznie wartości główne, tworząc wewnętrzną dominację. W jego ramach nie jest już możliwa dalsza eliminacja wartości, bowiem wartości główne, jak wskazano, są równocenne, czyli jednakowo dominujące. Możliwe jest natomiast przeprowadzenie superpozycji („składania”) wartości, która to czynność prowadzi do podjęcia wiążącej, opartej na konkretnej strukturze aksjologicznej, decyzji interpretacyjnej, na której kierunek mają wpływ wszystkie ustalone wartości główne. Przy tym dla oceny konkretnego przypadku możliwe jest zbudowanie więcej niż jednej struktury aksjologicznej. Opisana procedura nie determinuje więc decyzji interpretatora, natomiast wskazuje, spośród jakich dopuszczalnych aksjologicznie rozstrzygnięć powinien on wybierać. Praktyczny wymiar koncepcji struktur aksjologicznych polega więc głównie na zapewnieniu negatywnej przewidywalności rozstrzygnięć, bowiem umożliwia ona ustalenie, które z nich należy uznać za niedopuszczalne¹²⁵.

Dzięki opisanej koncepcji możliwy jest podział wartości na główne i uboczne. Ustalenie, które wartości mają charakter głównych, a które ubocznych, polega więc na udzieleniu odpowiedzi na pytanie, czy interpretator jest w stanie wskazać miejsce konkretnej wartości w hierarchii preferencji z innymi konkurencyjnymi wartościami. Jeśli

¹²⁴ M. Zajęcki, *Dwa paradoksy...*, s. 69.

¹²⁵ M. Kordela, *Systemowość aksjologiczna...*, s. 101-103.

tak, to ma ona charakter uboczny, a zatem, w przypadku osiągnięcia wewnętrznego poziomu dominacji, nie będzie ona miała wpływu na podjętą decyzję interpretacyjną. W przeciwnym wypadku ma ona charakter wartości głównej. Koncepcja struktur aksjologicznych nie daje jednak narzędzi do rozstrzygnięcia kolizji w ramach zbioru wartości głównych, dopuszcza jedynie przeprowadzenie ich superpozycji.

4.3 Relacja dominacji generalnej

Zgodnie z koncepcją Nowaka możliwe jest także stworzenie relacji dominacji generalnej. Zachodzi ona między dwoma klasami wartości X i Y, jeśli każda z wartości W ze zbioru X dominuje nad każdą wartością W' ze zbioru Y. Jeśli w danym uniwersum spełniona będzie relacja preferencji generalnej, to doprowadzi to do wyłonienia wartości naczelnej, przy czym musi to już być zbiór jednoelementowy, składający się z tylko jednej wartości naczelnej. Ustalenie takiej wartości naczelnej świadczy o istnieniu wysoce ustabilizowanego systemu wartości podmiotu oceniającego. Ułatwia ono dokonywanie ocen, bowiem usuwa wymóg każdorazowego ustalania relacji między wartościami głównymi a ubocznymi oraz budowania poziomów dominacji. Relacja dominacji generalnej wyznacza bowiem całokształt struktury wartości danego podmiotu¹²⁶. Gdyby więc udało się ustalić relację dominacji generalnej wśród wartości uzasadniających obowiązywanie konkretnego zakazu dowodowego, znacząco uprościłoby to dokonywanie rozstrzygnięć aksjologicznych między kolidującymi ze sobą wartościami. Przy czym za podmiot oceniający należałoby uznać doktrynę prawniczą¹²⁷, idealizacyjnie przyjmując, że interpretatorzy będą gotowi zaakceptować powszechnie podzielane przekonania.

Taki sposób tworzenia hierarchii wartości prowadzić może do pytań o esencjalizm aksjologiczny. Sam esencjalizm to pogląd, że zrozumienie bądź wyjaśnienie rzeczywistości uzyskuje się przez poznanie tego, co naprawdę jest istotne. Natomiast pojęcie esencjalizmu aksjologicznego służy wyjaśnianiu zachowań motywowanych wartościami. Konieczne jest do tego stworzenie stałej hierarchii wartości, abstrahującej od konkretnych przypadków. Oznacza to, że podmiot dzielący tę strukturę wartości

¹²⁶ M. Zajęcki, *Dwa paradoksy...*, s. 73.

¹²⁷ Słusznie bowiem wskazuje się, że często najbardziej doniosłe są wartości skonstruowane przez doktrynę prawniczą, wyrażającą wielopokoleniowy dorobek prawników, nie zaś oceny poszczególnych przedstawicieli grup społecznych. Tak Z. Ziemiński, *Wstęp...*, s. 69.

jest w stanie udzielić *in abstracto* odpowiedzi na pytanie, jak rozstrzygać ewentualne ich kolizje, nie znając przy tym szczegółów konkretnego przypadku ich konfliktu.

Warto odnotować, że esencjonalizmu nie podważa zmienność preferencji w czasie. Jest ona raczej jego naturalną konsekwencją, wynikającą z konfrontowania abstrakcyjnie żywionych przekonań z rzeczywistością. Zdarza się bowiem, że weryfikuje ona słuszność przyjętej hierarchii wartości i prowadzi do jej zmiany, która przebiegać może w sposób stopniowy przez tzw. wyjątki potwierdzające regułę. Esencjonalista pozostaje esencjonalistą tak długo, jak długo jest w stanie z góry udzielić odpowiedzi na pytanie, które wartości są istotniejsze od pozostałych, nie twierdząc, że zależy to od konkretnego przypadku¹²⁸.

Zrekonstruowany model Nowaka opiera się na relacji większej istotności. Może ona zostać zinterpretowana na dwa sposoby – dokładnościowy i zakresowy. Zgodnie z interpretacją dokładnościową czynnik C_1 jest istotniejszy od czynnika C_2 , gdy przewidywania oparte o czynnik C_1 pozwalają trafniej przewidzieć przebieg danego zjawiska, z mniejszym odchyleniem od wartości oczekiwanej teoretycznie, niż przy przewidywaniach opartych o czynnik C_2 ¹²⁹. Natomiast interpretacja zakresowa większej istotności polega na ustaleniu czynnika C , który ma większy wpływ od innych czynników C' na przebieg danego zjawiska w pełnym zakresie jego występowania. Zakres oddziaływania czynnika C to zbiór wszystkich sytuacji, gdy czynnik ten wpływa na rozpatrywane zjawisko. Zatem istotność w rozumieniu dokładnościowym ma odzwierciedlać różny wpływ czynników na dokładność zbliżania się w procesie budowania teorii do wyników otrzymywanych empirycznie. Natomiast podejście zakresowe ma odzwierciedlać ilościową istotę badanych zjawisk¹³⁰.

Odnosząc powyższe uwagi, dotyczące esencjonalizmu aksjologicznego i interpretacji pojęcia istotności, do wartości w prawie, należy zauważyć, że na gruncie różnych paradygmatów prawniczych możliwa jest obrona stanowiska esencjonalistycznego, powiązanego z odmiennymi interpretacjami istotności. Jej zakresowe rozumienie prowadzi do esencjonalizmu na gruncie realizmu prawnego. Pozwala to na budowę stałej hierarchii wartości opartej o analizę orzecznictwa, prowadzącej do

¹²⁸ M. Zajęcki, Dwa paradoksy..., s. 63, 76-77.

¹²⁹ Dokładnościową interpretację istotności można odnieść do relacji dominacji, bowiem w obu przypadkach pewnym jest, że kierowanie się czynnikiem C_1 (wartością główną) gwarantuje, że nawet modyfikacja rozumowania, przez włączenie do niego czynnika C_2 (wartości ubocznej) nie zmieni dokonanej w ten sposób oceny.

¹³⁰ M. Zajęcki, Dwa paradoksy..., s. 82-83.

ustalenia, jakimi wartościami przede wszystkim kierują się sędziowie. Natomiast na gruncie koncepcji akcentujących rolę wartości w prawie, np. neokonstytucjonalizmu czy prawnonaturalizmu, esencjalizm będzie powiązany z interpretacją dokładnościową. Hierarchia wartości powinna bowiem być budowana na podstawie teoretycznej analizy istotności poszczególnych wartości, a ich konfrontowanie z orzecznictwem może mieć charakter wyłącznie pomocniczy, nieprzesądzający o prawidłowości dokonanych ocen. Przy czym szczególnie cenne powinno być zestawienie ze sobą obu tych sposobów rozumienia esencjalizmu, ich swoista triangulacja. Interpretacja dokładnościowa zakazów dowodowych prowadzić będzie do budowy abstrakcyjnej hierarchii wartości, ocenianych pod kątem ich zgodności z założeniami systemu prawa. Natomiast interpretacja zakresowa pozwoli odpowiedzieć na pytanie, czy tak ustalona istotność znajduje odzwierciedlenie w praktyce orzeczniczej. Dzięki temu zabiegowi wywody teoretycznoprawne nie pozostaną domeną wyłącznie teoretyczną, ale zostaną one skonfrontowane z praktyką prawniczą konkretnego systemu prawa. Przy tym uprzednia ocena, oparta o interpretację dokładnościową, pozwoli sformułować wnioski *de lege ferenda*, nie zaś jedynie porzekać na realistycznej ocenie dorobku orzecznictwa.

Należy jednak zwrócić uwagę na pewien paradoks, który można określić efektem kaskady. Odnosząc go do interpretacji dokładnościowej, należy stwierdzić, że może zdarzyć się sytuacja, w której czynnik C_1 , jakkolwiek istotniejszy w tym rozumieniu, a więc mający większy wpływ na dokonaną ocenę, niż osobno uwzględniane czynniki C_2 i C_3 , to jednak ustępuje im w sytuacji, gdy wystąpią one łącznie w konkretnym przypadku. Tym samym może dojść do sytuacji, w której, posługując się terminologią Nowaka, wartość uboczna (czynnik C_3) będzie miała decydujący wpływ na rozstrzygnięcie konkretnego przypadku, bowiem wartość dominująca (czynnik C_1) będzie pozostawała w nierozstrzygalnym konflikcie z inną wartością uboczną (czynnik C_2), a to właśnie czynnik C_3 przeważa na korzyść wartości reprezentowanej przez czynnik C_2 . Natomiast co do interpretacji zakresowej zakres występowania czynnika C_1 jest szerszy niż poszczególnych czynników C_2 i C_3 , jednak zsumowany zakres ich występowania jest szerszy niż czynnika C_1 . Tutaj przykładem jest sytuacja, gdy pewna zasada doznaje tak wielu wyjątków, że statystycznie zachodzą one częściej niż realizowana jest sama zasada, jakkolwiek aksjologicznie od nich istotniejsza¹³¹. Paradoks ten dobitnie wskazuje, że

¹³¹ Za przykład może służyć zasada ustności postępowania, kluczowa dla wydania wyroku, jednak dotycząca mniejszej liczby czynności procesowych niż zasada pisemności, będąca od niej wyjątkiem.

nawet zaakceptowanie abstrakcyjnie sformułowanej hierarchii wartości nie zagwarantuje pełnej przewidywalności rozstrzygnięć, zaś wykładnia funkcjonalna, bazująca na aksjologicznej racjonalności prawodawcy, nigdy nie będzie w pełni zautomatyzowana, bowiem w samą jej istotę wpisana jest ta właśnie paradoksalność¹³².

5. Rola aksjologii w wykładni prawa

W polskiej nauce prawa nie wyróżniono wykładni aksjologicznej jako odrębnego typu wykładni¹³³. Należy przy tym dostrzec, że uzasadnienie aksjologiczne norm bazuje na wypracowanych systemach aksjologicznych, będących zbiorami wartości m. in. moralnych, socjologicznych, ekonomicznych, politycznych. Tym samym uzasadnienie to może być wykorzystywane w ramach wykładni funkcjonalnej. Natomiast do uzasadnienia aksjologicznego zbliżone jest wykorzystywane w wykładni systemowej uzasadnienie systemowe normy, jeśli kładzie się w nim nacisk na zgodność z innymi normami obowiązującymi w systemie z racji spełnienia wymogów formalnej czy materialnej praworządności¹³⁴.

Odwołanie się do wartości można dostrzec w formule decyzji interpretacyjnej, podanej przez Jerzego Wróblewskiego, zgodnie z którą „norma N ma znaczenie M w języku prawnym JP lub/i w sytuacji S zgodnie z dyrektywami interpretacyjnymi DI₁, DI₂... DI_n oraz ocenami WI₁, WI₂... WI_n”¹³⁵. W tym modelu wartości mieszczą się zasadniczo w ramach ocen WI. Istnieją jednak takie typy wykładni, w których wartości przybierają postać dyrektyw interpretacyjnych DI, zaliczanych w szczególności do dwóch zasadniczych kanonów wykładni – systemowej i funkcjonalnej. Przy tym w każdym z nich odniesienie do wartości pełni inną funkcję. W ramach wykładni systemowej wartości odgrywają rolę uzupełniająco-korygującą, służą rozstrzygnięciu kolizji, natomiast w wykładni funkcjonalnej odwoływanie się do nich ma znaczenie zasadnicze.

Wartości te mogą mieć charakter wewnętrznych bądź zewnętrznych wobec systemu prawa. Te pierwsze odgrywają choćby kluczowe znaczenie w trafnie je opisującej, a przywołanej już koncepcji wewnętrznej moralności prawa autorstwa

Można też przywołać zasadę wolności gospodarczej, w praktyce statystycznie ograniczanej wieloma regulacjami, stanowiącymi jednak wciąż jedynie wyjątki na płaszczyźnie aksjologicznej.

¹³² M. Zajęcki, *Dwa paradoksy...*, s. 87-93.

¹³³ M. Kordela, *Aksjologiczna wykładnia...*, s. 149.

¹³⁴ J. Wróblewski, *Analityczne podejście...*, s. 64.

¹³⁵ *Ibidem*, s. 55.

Fullera. Te drugie odwołują się do pozaprawnych kryteriów moralnych, politycznych bądź gospodarczych. Można je również określić jako rezultat oceny obowiązującego prawa z perspektywy kryteriów pozaprawnych¹³⁶.

Stworzona w oparciu o zewnętrzne wartości aksjologia zewnętrzna może pełnić funkcję reguł (II stopnia) preferencji interpretacyjnych między wynikami zastosowania różnych reguł wykładni (I stopnia)¹³⁷. Nadto uchwycenie zewnętrznych wartości, leżących u podstaw poszczególnych zakazów dowodowych, powinno być pomocne w prowadzeniu uporządkowanej, krytycznej analizy interpretacji tego rodzaju norm i orzeczeń zapadłych w sprawach, w których zastosowano normy tego rodzaju¹³⁸.

Jak już zauważono, odwołanie się do wewnętrznej aksjologii systemu prawa zbliża wykładnię funkcjonalną do wykładni systemowej. Opiera się ona bowiem na wartościach leżących u podstaw racjonalnego systemu prawa, a przy tym dających się zrekonstruować na podstawie samej analizy tekstów prawnych. Budowana w odniesieniu do wartości wewnętrznych argumentacja ma charakter systemowo-aksjologiczny. Wskazuje się, że wykładnia systemowo-aksjologiczna odgrywa kluczową rolę w wykładni walidacyjnej, służącej ustaleniu źródła normatywnej podstawy decyzji¹³⁹. Nie sposób jednak zbagatelizować znaczenia tego rodzaju wykładni dla prawidłowej interpretacji norm prawnych. Odwołuje się ona do założenia o aksjologicznej racjonalności prawodawcy. Cechę tę przypisuje się podmiotowi konsekwentnie dokonującemu określonych ocen i tworzącego ich spójny system, w którym zachodzą relacje cechujące się asymetrycznością, przechodnością i spójnością. Tym samym racjonalny prawodawca powinien być w stanie stworzyć system, uporządkowany relacją preferencji generalnej, w której zachodzą te same relacje. Przy czym system ocen żywionych przez racjonalnego prawodawcę musi być przez pewien czas stabilny. Rzecz jasna nie wyklucza to jego zmienności, która, jak już wskazano, jest immanentną cechą systemu bazującego na dynamicznych ocenach społecznych. Natomiast przeczyłaby racjonalności sytuacja, w której każde działanie mogłoby być usprawiedliwione tym, że

¹³⁶ J. Wróblewski, *Wartości...*, s. 47.

¹³⁷ L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa, doktryna i tezy orzecznictwa*, Zakamycze 2001, s. 134, 138.

¹³⁸ Z. Ziemiński, *Wstęp...*, s. 234. Autor ten odnosi te uwagi wprost do analizy pojęcia zasad współzycia społecznego, uważam jednak, że spostrzeżenia takie są aktualne również w odniesieniu do zakazów dowodowych.

¹³⁹ L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii...*, s. 138. W przypadku zakazów dowodowych jest to tyle utrudnione, że ustawodawca nie posłużył się przy ich konstruowaniu wyrażonym wprost odniesieniem do wartości pozaprawnych.

podejmujący je podmiot, w tym przypadku prawodawca, chwilowo zmienił swój system wartości, co nie przeszkadzałoby mu po chwili wrócić do poprzedniego¹⁴⁰.

Dzięki tym cechom racjonalnego prawodawcy możliwe jest rekonstruowanie opartych na aksjologii zależności strukturalnych systemu prawa z wykorzystaniem określonych kontekstów uzasadnień. Decyzja interpretacyjna podejmowana jest zatem w oparciu o zasady prawa wyrażone w różnych jego źródłach i o dyrektywy preferencji poszczególnych norm. Rozumowanie prawnicze sprowadza się więc do zestawiania analizowanych przepisów z argumentami aksjologicznymi wyprowadzonymi z zasad prawa albo konsekwentnego wyrażania w przepisach preferencji szczegółowych. W ten sposób wewnętrzna aksjologia prawa wpływa na podejmowanie decyzji interpretacyjnych¹⁴¹.

Formułowane są również postulaty określenia wykładni aksjologicznej jako osobnego kanonu interpretacji. Jak podaje Marzena Kordela, taka koncepcja wykładni aksjologicznej powinna odnosić się do następujących zagadnień:

- 1) pojęcia wartości;
- 2) typów wartości;
- 3) systemu wartości (jego spójności, zupełności hierarchiczności, stabilności/zmienności);
- 4) nieuchronnej kolizyjności wartości;
- 5) możliwości budowy struktur aksjologicznych w celu rozstrzygnięcia konkretnych niezgodności wartości¹⁴².

Kordela proponuje również następujący katalog dyrektyw wykładni aksjologicznej:

- 1) jeżeli norma prawna formułuje nakaz określonego postępowania, to ma ono charakter wartości pozytywnej w systemie aksjologicznym prawodawcy;

¹⁴⁰ Z. Ziemiński, *Wstęp...*, s. 165, 167. Założenie racjonalności prawodawcy nie ma jednorodnego charakteru. Można w jego ramach wyróżnić wspomnianą już racjonalność aksjologiczną, jak również prakseologiczną i językową. Dwa pierwsze rodzaje racjonalności powiązać można z mocną i słabą wersją racjonalizacji instrumentalnej. Przy tym składające się na domniemanie racjonalnego ustawodawcy wskazane rodzaje racjonalności różnią się stopniem istotności. W sytuacji, gdy rezultaty wykładni językowej prowadziłyby do rezultatów niedających się pogodzić z racjonalnością prakseologiczną, a zwłaszcza aksjologiczną, skłonni jesteśmy podważyć założenie racjonalności językowej w imię realizacji pozostałych rodzajów racjonalności.

¹⁴¹ L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii...*, s. 129-130

¹⁴² M. Kordela, *Aksjologiczna wykładnia...*, s. 157.

2) jeżeli norma prawna formułuje zakaz określonego postępowania, to ma ono charakter wartości negatywnej w systemie aksjologicznym prawodawcy;

3) jeżeli tekst prawny zawiera wyrażenia o postaci „prawo...”, „wolność...”, to dopełnienia tych wyrażen pełnią funkcję nazw wartości pozytywnych prawodawcy;

4) norma prawna mająca niewątpliwy status zasady prawnej systemu prawa w swojej nazwie „zasada Z”, w części oznaczonej „Z” wyraża nazwę chronionej wartości;

5) norma prawna mająca status normy programowej i w swojej strukturze wyrażająca cele polityki państwa, przesądza o tym, że stan rzeczy objęty celem normy staje się wartością pozytywną¹⁴³.

5.1 Rozumowania oparte na założeniu konsekwentności ocen prawodawcy

Szczególnie przydatne do oceny aksjologicznej zakazów dowodowych są uzasadnienia odwołujące się do wnioskowań opartych na założeniu¹⁴⁴ konsekwentności ocen prawodawcy, do których należą przede wszystkim wnioskowania *analogia iuris* oraz prowadzone według argumentacji *a fortiori*, spośród których wyróżnia się *argumentum a minori ad maius* oraz *argumentum a maiori ad minus*. Rozumowania oparte o argument *a fortiori* zaliczane są do bardziej ogólnej kategorii wnioskowań preferencyjnych. Zasadniczo dotyczą one norm występujących jako przesłanki wnioskowania z racji istnienia ich uzasadnienia aksjologicznego. Przyjmuje się bowiem, że jeśli w systemie prawa obowiązuje norma posiadająca określone uzasadnienie aksjologiczne, to należy również uznać za obowiązującą normę mającą jeszcze silniejsze uzasadnienie aksjologiczne w ocenach tego rodzaju. Spostrzeżenia poczynione co do norm można odnieść również do ocen. W związku z tym prawidłowe jest dokonywanie z perspektywy prawodawcy ocen polegających na przyjmowaniu, że jeśli ceni on jakiś stan rzeczy ze względu na występowanie w nim określonej cechy, ocenianej aprobowo (wartości), to tym bardziej powinien cenić sytuację, w której cecha ta będzie występowała intensywniej¹⁴⁵. Grupa uzasadnień odwołujących się do wnioskowań preferencyjnych bazuje na założeniu racjonalności prawodawcy, działającego racjonalnie również w

¹⁴³ *Ibidem*, s. 156.

¹⁴⁴ Przyjęcie, że konsekwentność ta ma charakter założenia, pozwala wyznaczyć kierunek prowadzenia interpretacji. O ile więc na aktualności nie tracą zarzuty związane z niejasnością pojęć niezgodności i konsekwencji ocen, o tyle interpretacja powinna być prowadzona w taki sposób, jakby ustawodawca, zdając sobie sprawę z tych trudności, przewyciężył je.

¹⁴⁵ Jest to wariant *argumentum a minori ad maius*. *Argumentum a maiori ad minus* służyć będzie wykazaniu, że jeśli ustawodawca nakazuje znosić określony stan z uwagi na pewien maksymalnie akceptowany stopień uciążliwości, to nakazuje również znosić stan pod tym samym względem mniej uciążliwy. Opis wnioskowań za M. Kordela, *Uzasadnienia aksjologiczne...*, s. 32-34.

sferze aksjologicznej, a więc żywiącego określone wartości, przy czym przyjmującego i porządkującego je zgodnie z zasadą racjonalności, np. przez stanowienie tylko takich norm, wśród których normy-nakazy strzegą wartości uznanych za dodatnie, zaś normy-zakazy ograniczają realizację wartości ujemnie ocenianych¹⁴⁶.

Jednakże tego rodzaju rozumowania budzą również pewne kontrowersje, co dobrze widać na przykładzie argumentacji *a maiori ad minus* i *a minori ad maius*. Przede wszystkim dla prawidłowego stosowania takich wnioskowań konieczne jest precyzyjne określenie ocen preferencyjnych; wskazanie, co uważa się za mniejsze lub większe zło bądź dobro. Nadto należy uzasadnić, że różnica między nasileniem wskazanego zła albo dobra jest na tyle istotna, by zasadne było odwołanie się do wskazanych wnioskowań. Konieczne jest również ustalenie celu ustanowienia normy wyjściowej, bez tego bowiem klasyfikowanie określonych stanów faktycznych jako bardziej lub mniej złych może być znacznie utrudnione¹⁴⁷. Taka ocena nie ma bowiem charakteru samoistnego, ale relacyjny, odniesiony właśnie do uzasadnienia obowiązywania normy.

Wnioskowania preferencyjne są wyrazem dążenia do usystematyzowania systemu prawnego przez ustalenie przechodniego i uporządkowanego systemu ocen. Kwestią dyskusyjną jest rodzaj tego uporządkowania. Przyjęcie relacji silnie porządkującej spotkać się musi z zarzutami odwołującymi się do trudności w stworzeniu abstrakcyjnej hierarchii dóbr. Z kolei relacja wyłącznie słabo porządkująca może nie prowadzić do interesujących wniosków, bowiem w praktyce będzie oznaczać konieczność każdorazowego rozstrzygnięcia kolizji norm. Sens odwołania się do uznanych kanonów uzasadnień i wnioskowań prawniczych tkwi w tym, że cechują się one racjonalnością – odwołują się do stwierdzalnych wartości i relacji między nimi – oraz obiektywnością, bo sposób ich budowania zapewnia możliwość ich kontroli¹⁴⁸.

Również rozumowania oparte na analogii oparte są na założeniu racjonalności prawodawcy. Do tej metody wykładni należą *analogia legis* i *analogia iuris*. Ta pierwsza znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy norma N_1 odnosi się do zachowania Z_1 , a na tej podstawie stwierdza się:

- 1) że norma N znajduje zastosowanie do zachowania Z_2 ,
- 2) obowiązywanie normy N_2 na podobieństwo obowiązywania normy N_1 .

¹⁴⁶ M. Kordela, Systemowość aksjologiczna..., s. 94, 97.

¹⁴⁷ Z. Ziemiński, *Wstęp...*, s. 193.

¹⁴⁸ M. Kordela, Uzasadnienia aksjologiczne..., s. 35.

Pierwszą z tych wersji określa się w prawoznawstwie mianem rozumowania *a simili*, którego przeciwieństwo stanowi wnioskowanie *a contrario*. Natomiast drugi z tych wariantów stanowi odzwierciedlenie właściwej *analogii legis*. Natomiast *analogia iuris* jest stosunkowo rzadko stosowana. Polega ona na tym, że brak jest konkretnej normy regulującej daną sytuację, natomiast wzór powinnego zachowania wyinterpretowany zostaje z odpowiednio ustalonego zespołu norm, adekwatnych dla przypadku wprost nieunormowanego. Uzasadnienie zastosowania tej metody opiera się na ustaleniu wspólnej bazy aksjologicznej dla przypadków unormowanych wprost i dla przypadku, wobec którego stosowana jest *analogia iuris*¹⁴⁹. Mechanizm *analogia iuris* przypomina formułowanie twierdzenia DS-dogmatycznego. Dla uzasadnienia tego rodzaju analogii konieczne jest wykazanie istnienia w systemie prawa szeregu norm, które są związane z ocenianym przypadkiem.

W polskim systemie prawnym dopuszcza się ostrożne korzystanie z tego rodzaju wykładni. Ostrożność wynika z wątpliwości związanych w istotą rozumowań analogicznych, w szczególności *analogii iuris*. Aby odpowiednio ustalić bazę aksjologiczną, należy najpierw prawidłowo zrekonstruować uzasadnienie aksjologiczne normy wprost wysłowionej w systemie prawa, będącym prawną podstawą analogii. Następnie trzeba dokonać generalizacji ocen przyjmowanych jako to uzasadnienie, by możliwe było jego rozciągnięcie do sytuacji wprost nieunormowanej. Oba te procesy mogą budzić zrozumiałe kontrowersje, wszak kwestie aksjologiczne należą do jednych z bardziej spornych.

Sprawą dyskusyjną jest również ustalenie, czy w danym przypadku w ogóle dopuszcza się stosowanie analogii. Powinna ona bowiem znajdować zastosowanie wyłącznie w sytuacji istnienia luki w prawie. Przy czym wyróżnić można luki konstrukcyjne i aksjologiczne. Z tymi pierwszymi mamy do czynienia, gdy dostatecznie nie unormowano sposobu dokonywania jakiejś czynności konwencjonalnej, o której mowa w przepisach. W tej sytuacji najczęściej znajduje zastosowanie metoda *analogii legis*. Natomiast *analogia iuris* jest odpowiedniejsza w przypadku luki aksjologicznej. Zachodzi ona w sytuacji, gdy uważa się, że jakaś sytuacja powinna być przedmiotem unormowania, ale przepisy milczą co do tego. Kontrowersje rzecz jasna dotyczą tego, czy nieunormowanie danej sytuacji było przeoczeniem prawodawcy, czy jego świadomą decyzją o nadaniu jej charakteru prawnie indyferentnego¹⁵⁰. Istotne również, czyje oceny

¹⁴⁹ M. Zieliński, Z. Radwański, Wykładnia prawa cywilnego, *Studia Prawa Prywatnego* 1/2006, s. 9, 13.

¹⁵⁰ Z. Ziemiński, *Wstęp...*, Warszawa 1990, s. 194-196.

miałyby mieć charakter wiążący co do oceny danej sytuacji jako luki aksjologicznej, co uzasadniałoby odwołanie się do metody *analogia iuris*.

5.2 Rozumowania ważeń i topiczne

Zaprezentowana, wywodząca się z pozytywistycznego paradygmatu metoda rozumowania opartego o wartości nie jest wszakże jedyną dopuszczalną. Możliwe jest również prowadzenie interpretacji zgodnej z założeniami postpozytywistycznego konstytucjonalizmu. W kwestiach aksjologicznych zajmuje on stanowisko umiarkowanego obiektywizmu moralnego, co oznacza, że możliwe jest prowadzenie racjonalnej dyskusji o wartościach, przy czym jej rozstrzygnięcie nie ma charakteru jedynej, poprawnej odpowiedzi. Tym samym stanowisko to jest zbieżne ze wskazaną wyżej teorią pluralizmu wartości. Akcentowanie roli wartości nie oznacza, że za główną funkcję prawa uznaje się ochronę oficjalnie wspieranej moralności, albo wymuszanie jej akceptacji. Zamiast tego w konstytucjonalizmie nacisk kładzie się na ochronę praw jednostki i zapewnienie jak najszerszego wachlarza możliwych do podjęcia indywidualnych wyborów. Na gruncie postpozytywistycznego konstytucjonalizmu podkreśla się też argumentacyjny charakter prawa. Argumentacja budowana jest w oparciu o toposy prawnicze, rozumiane jako powszechnie przyjmowane argumenty, w oparciu o które prowadzona jest m. in. interpretacja prawnicza. Przy czym rozumowanie prawnicze bazujące na toposach ma charakter niekonkluzywy, a jego wynik nie daje pewności (wykluczonej zresztą z uwagi na wskazane już założenia pluralizmu wartości), a jedynie prawdopodobieństwo. Topika – pojmowana jako *ars inveniendi* – uczy bowiem, jak znajdować przesłanki, a ocena poprawności ich zastosowania pozostaje domeną logiki. Warto podkreślić, że toposy nie tworzą systemu hierarchicznego. Ich wykorzystanie służy natomiast konstruowaniu hierarchii wartości prawnych w oparciu o toposy interpretacyjne. Hierarchia wartości zbudowana na bazie topiki nie ma jednak charakteru definitywnego, abstrakcyjnego i generalnego, ale każdorazowo tworzona jest w celu rozstrzygnięcia konkretnego konfliktu. Takie konstruowanie hierarchii *in concreto* jest jak najbardziej dopuszczalne, a tworzona jest ona w oparciu o argumentację ważeń, bazującą na założeniu o istnieniu więcej niż jednej poprawnej odpowiedzi i kładącej nacisk głównie na wszechstronną analizę problemu¹⁵¹.

¹⁵¹ J. Holocher, Teoria konstytucyjnego państwa prawa a topiczny model argumentacji prawniczej, [w:] M. Florczak-Wątor, A. Grabowski (red.), *Argumenty i rozumowania prawnicze w konstytucyjnym państwie prawa. Komentarz*, Kraków 2021, s. 35, 41, 46-47, 50-54.

Samo rozumowanie ważeńowe wynika z koncepcji proporcjonalności Roberta Alexy'ego. Składa się ona z trzech dyrektyw: konieczności, celowości i proporcjonalności *sensu stricto*. Zgodnie z tą pierwszą naruszenie zasady prawnej, rozumianej jako norma szczególnie istotna w systemie prawa, dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy wymaga tego realizacja zasady kolidującej. Z dyrektywy celowości wynika obowiązek adekwatności środka, jakim jest naruszenie zasady, do celu, który stanowi realizacja innej, kolidującej zasady. Natomiast dyrektywa proporcjonalności *sensu stricto*, najsilniej związana z argumentacją ważeńową, głosi, że im bardziej jedna z kolidujących zasad zostaje naruszona, tym większy powinien być stopień ważności realizacji drugiej zasady.

Sam proces ważenia przebiega trój etapowo. Na początku należy ustalić, że konkretny stan faktyczny kwalifikuje się do przeprowadzenia rozumowania ważeńowego, czyli czy przy jego rozstrzygnięciu występuje kolizja między zasadami prawnymi; a jeśli tak, to jaki jest względny stopień ich realizacji albo naruszenia. Następnie, w celu porównania stopnia realizacji prawnie relewantnych wartości, powinno się zrekonstruować wszystkie hipotetyczne stany faktyczne, które mogą nastąpić na skutek podjęcia określonych decyzji interpretacyjnych, a później uporządkować je ze względu na stopień realizacji porównywanych prawnie relewantnych wartości, przy czym możliwa jest sytuacja identycznej oceny niektórych spośród tych stanów faktycznych. Wreszcie należy podjąć decyzję, który z hipotetycznych stanów faktycznych doprowadzi do najkorzystniejszych rezultatów z perspektywy realizacji prawnie istotnych wartości¹⁵². Za Michałem Araszkiwiczem można powtórzyć, że „każdy model rozumowania ważeńowego powinien udzielać odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Jakiego rodzaju obiekty są ze sobą porównywane w procesie ważenia?
- 2) Według jakich parametrów te obiekty są ze sobą porównywane?
- 3) Jakie wartości mogą przyjmować parametry służące do porównywania obiektów?

¹⁵² M. Araszkiwicz, Rozumowania prawnicze i schematy argumentacyjne w sądowym stosowaniu prawa, [w:] M. Florczak-Wątor, A. Grabowski (red.), *Argumenty i rozumowania prawnicze w konstytucyjnym państwie prawa. Komentarz*, Kraków 2021 s. 134, 137-141, 146-147. Kwestią dyskusyjną jest przy tym, czy powinno się wybrać strategię zmierzającą do jak najpełniejszej realizacji jak największej liczby wartości bądź wartości uznanych za najistotniejsze, czy też do jak najmniejszego naruszenia jak największej liczby wartości bądź wartości uznanych za bardziej istotne. Kryterium ilościowe konkuruje więc tu z jakościowym.

- 4) Jakie warunki winny być spełnione, by proces ważenia mógł zostać uznany w danej sytuacji za zakończony i uzasadniający daną konkluzję?¹⁵³.

Zaprezentowany model może spotkać się z zarzutem braku obiektywnych kryteriów oceny istotności wartości oraz porównywania poszczególnych stanów faktycznych ze względu na stopień ich względnej realizacji. Rzecz jasna nie sposób wskazać takich obiektywnych kryteriów. Mimo to zupełność decyzyjna systemu prawa wymaga, by każda sprawa przedstawiona do oceny właściwemu organowi została przez niego rozstrzygnięta. Dotyczy to również sporu odwołującego się do wartości wyrażonych w zasadach prawnych. Właściwy organ nie może odmówić rozpoznania sprawy tego typu, argumentując, że w nauce prawa nie opracowano dotychczas obiektywnej metody rozstrzygania kolizji wartości. Natomiast odwołanie się do uznanych kanonów argumentacji prawniczej prowadzi w wielu sprawach do akceptowalnych rezultatów interpretacyjnych. Należy przy tym podkreślić, że model ważenia wymaga, by podmiot rozstrzygający kolizję wartości wyraźnie uzasadnił nie tylko wybór określonego sposobu jej rozwiązania, ale również odrzucenie pozostałych możliwości. Taki sposób prowadzenia interpretacji i podejmowania decyzji nie tylko sprzyja jego przejrzystości, ale umożliwia również poddanie go krytycznej refleksji, mogącej być źródłem dalszej dyskusji co do możliwych do podjęcia środków służących pełniejszej realizacji istotnych zasad. Krytyczna refleksja nad przyjętym rezultatem interpretacyjnym stanowi zaś sedno tzw. interpretacji ważeniowej¹⁵⁴.

¹⁵³ M. Araszkiewicz, *Argument Structures in Legal Interpretation: Balancing and Thresholds*, [w:] T. Bustamante, C. Dahlman(red.), *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation*, Cham 2015, s. 138.

¹⁵⁴ M. Araszkiewicz, *Rozumowania prawnicze...*, s. 145-149.

Rozdział II.

Specyfika norm prawnych wyrażających zakazy dowodowe

1. Ogólna charakterystyka zakazów dowodowych

1.1 Historia zakazów dowodowych

Koncepcja zakazów dowodowych została przejęta z niemieckiej doktryny procesu karnego, zaś sam termin „zakaz dowodowy” jest dosłownym tłumaczeniem niemieckiego słowa *Beweisverbote*, użytego po raz pierwszy w 1902 roku przez Ernsta von Belinga podczas jego wykładu inauguracyjnego na uniwersytecie w Tybindze¹⁵⁵. Prawnik ten po raz pierwszy w nauce niemieckiej wyraźnie rozgraniczył pojęcia reguł dowodowych (*Beweisregel*) i zakazów dowodowych (*Beweisverbote*). Do tej bowiem pory zakazy dowodowe traktowano jako relikty legalnej teorii dowodowej. Beling wykazał, że reguły dowodowe uzasadnione są obawą przed błędnym ustaleniem stanu faktycznego w oparciu o dowody z założenia uznawane za niepewne lub niezdatne do wykazania istotnych okoliczności. W przeciwieństwie do nich zakazy dowodowe dotyczą dowodów, których przydatności w postępowaniu ustawodawca nie kwestionuje. Uznaje jednak inne doniosłe racje, które wykluczają przeprowadzenie konkretnego dowodu¹⁵⁶.

Beling dalej rozróżnił absolutne zakazy dowodowe (*absolute Beweisverbote*), zakazujące w ogóle dowodzenia pewnych okoliczności, oraz relatywne zakazy dowodowe (*relative Beweisverbote*), które zakazują jedynie posłużenia się określonymi środkami dowodzenia. Koncepcję Belinga rozwinął na przełomie lat 20. i 30. XX wieku Max Alsberg, przyporządkowując zakazy dowodowe do wskazanych kategorii¹⁵⁷.

Chociaż koncepcja zakazów dowodowych ma ponad stuletnią historię, to należy zauważyć, że została ona po wojnie zaniedbana w państwach socjalistycznych. Zgodnie z założeniami ówczesnego ustawodawstwa i ukształtowanego na jego podstawie orzecznictwa, postępowanie dowodowe było przede wszystkim podporządkowane ustaleniu prawdy i realizacji prawa materialnego¹⁵⁸. Z czasem zaczęto jednak zwracać uwagę na mankamenty tego podejścia. Przede wszystkim każda reguła prawa

¹⁵⁵ D. Gruszecka, *Zarys problematyki systemu zakazów dowodowych w procesie niemieckim*, [w:] J. Skorupka, A. Drozd (red.), *Nowe spojrzenie na model zakazów dowodowych w procesie karnym*, Warszawa 2015, s. 42. Koncepcja zakazów dowodowych została przez niego rozwinięta w pracy z 1903 roku.

¹⁵⁶ K. Łojewski, *Instytucja odmowy zeznań w polskim procesie karnym*, Warszawa 1970, s. 75-76.

¹⁵⁷ Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Zakamycze 2005, s. 21-22.

¹⁵⁸ L. Morawski, *Argumentacje...*, s. 269.

materialnego może okazać się w pewnych sytuacjach niesłuszna, zaś żadna procedura nie jest w stanie zapewnić absolutnej zgodności wszystkich rozstrzygnięć z prawem materialnym. A realizacja za wszelką cenę nawet najbardziej słusznych reguł prawa materialnego może w pewnych sytuacjach prowadzić do niehumanitarnych procedur¹⁵⁹. Dylematy te idealnie obrazuje stwierdzenie, że „prawo materialne nie zawsze może być urzeczywistnione za pomocą fair procedury, a fair procedura nie zawsze gwarantuje zgodny z prawem materialnym rezultat”¹⁶⁰.

1.2 Istota zakazów dowodowych

Jednym z fundamentów prawa karnego procesowego jest zasada „nie wszystko, co moglibyśmy, powinniśmy także czynić”¹⁶¹. Istotą zakazu dowodowego jest zaś ograniczenie możliwości dotarcia do prawdy¹⁶² o zdarzeniu będącym przedmiotem danego postępowania karnego, co jest przecież jednym z jego naczelných celów. W związku z tym należy za każdym razem zidentyfikować wartość, którą chroni zakaz dowodowy, a którą tym samym traktuje się jako istotniejszą niż poznanie prawdy obiektywnej i prawidłowe ustalenie stanu faktycznego¹⁶³. Jak twierdził Marian Cieślak, „należy od razu wyjaśnić, dlaczego prawo przyznaje niekiedy jednostce takie gwarancje, które – wprawdzie nie zawsze – mogą się znaleźć wyjątkowo w kolizji z zasadą trafnej represji, wyrażającą materialny cel procesu. Prawo czyni to w imię wyższych interesów i zasad, których zachowanie uznaje się za tak istotne, że w porównaniu z nimi interes sprawiedliwego ukarania musi ustąpić na plan dalszy. Rzecz w tym, że prawo chce i powinno karać przestępców, natomiast nie chce i nie powinno karać ich za wszelką cenę”¹⁶⁴. Wspomniane racje mogą mieć charakter interesów indywidualnych, jak choćby swoboda wyznania i praktyk religijnych, albo interesów ogólnych, jak np. ochrona informacji niejawnych czy immunitet dyplomatyczny. Najczęściej jednak wartości strzeżone przez zakazy dowodowe mają charakter mieszany, bowiem ich ochrona leży w

¹⁵⁹ *Ibidem*, s. 174.

¹⁶⁰ *Ibidem*, s. 180.

¹⁶¹ S. Steinborn, Aksjologiczne uwarunkowania ograniczeń w dochodzeniu do prawdy materialnej w procesie karnym, [w:] K. Kremens, J. Skorupka (red.), *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim procesie karnym*, Wrocław 2013, s. 78. Przy czym przywołany cytat autor ten powtarza za nieżyjącym już wiceprezydentem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego Winfriedem Hassemmerem.

¹⁶² Należy przy tym podkreślić, że „[r]ygory dowodzenia zostały wprowadzone do k.p.k. nie jako środki polepszenia losu oskarżonego. Ich skutki mogą być dla niego niekiedy wprost tragiczne (...) Polepszenie sytuacji procesowej oskarżonego jest zawsze tylko wynikiem, a nie celem działania tych norm” (K. Łojewski, W obronie instytucji odmowy zeznań, *Palestra* 5/1966, s. 64).

¹⁶³ K. Łojewski, W obronie..., s. 53-54.

¹⁶⁴ M. Cieślak, Problem gwarancji karno-procesowych na tle nowej kodyfikacji, *Palestra* 7/1969, s. 31.

interesie zarówno jednostki, jak i państwa (np. ochrona relacji między osobami najbliższymi lub tajemnicy zawodowej)¹⁶⁵. W większości zakazy dowodowe chronią konstytucyjnie gwarantowane wolności, jednak nie jest to reguła bezwyjątkowa¹⁶⁶. Wartości strzeżone przez tego rodzaju normy procesowe są przy tym bardzo różnicowane¹⁶⁷. W literaturze wskazuje się, że nie da się zidentyfikować kryterium decydującego o objęciu ochroną akurat tych, a nie innych wartości¹⁶⁸.

We współczesnym państwie prawa nie można jednak przyjąć takiego modelu procesu karnego, w którym nie ustanowiono by pewnych ograniczeń w zakresie kompletnego ustalenia wszystkich okoliczności stanu faktycznego. Zawsze może bowiem dojść do sytuacji, w której realizacja nawet najbardziej słusznych zasad wymagałaby sięgnięcia po metody totalitarne, niedające się w istocie pogodzić z zasadami, które miałyby być urzeczywistniane za ich pomocą. Brak ograniczeń proceduralnych w ustalaniu stanu faktycznego prowadziłby więc do paradoksu, bowiem najlepszym sposobem ustalenia prawdy, co jest warunkiem prawidłowej kwalifikacji faktów i skutecznego oddziaływania na nie, okazywałyby się procedury oparte na totalitarnej inwigilacji obywateli, wykorzystujące represję i przemoc. Tym samym absolutne podporządkowanie procesu zasadzie prawdy obiektywnej prowadziłoby do radykalnego ograniczenia jego funkcji gwarancyjnych, co rodziłoby poważne zagrożenie dla podstawowych praw i wolności obywatelskich¹⁶⁹. Wskazuje się również, że maksymalizacja dochodzenia do prawdy nie byłaby tożsama z optymalizacją procesu karnego¹⁷⁰.

Wreszcie zakazy dowodowe stanowią odstępstwo od dążenia do pełnej realizacji zasady trafnej reakcji karnej. W wyniku działania wskazanych już czynników – ograniczenia zasady swobody dowodzenia i wprowadzenia wyjątków od zasady prawdy – utrudnione może być przełamanie domniemania niewinności sprawcy, a możliwe staje się skazanie osoby niewinnej¹⁷¹. W stosunku do zasady swobody dowodzenia należy zauważyć, że brak jest przepisu wprost regulującego tę kwestię. W procedurze karnej nie

¹⁶⁵ M. Rusinek, *Z problematyki zakazów dowodowych w postępowaniu karnym*, Warszawa 2019, s. 30.

¹⁶⁶ Przykładem jest choćby zakaz dowodzenia przebiegu narady sędziowskiej.

¹⁶⁷ Spotkać można przy tym pogląd, że „rodzaj dobra chronionego przesądza zakres i intensywność zakazu dowodowego”, jak i komentarz, że „stanowisko to jest dyskusyjne, ponieważ rodzaj dobra chronionego wpływa na przedmiot ochrony, a ten z kolei decyduje m. in. o istocie zakazów dowodowych” (S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2003, s. 353).

¹⁶⁸ M. Rusinek, *Z problematyki zakazów...*, s. 31-32.

¹⁶⁹ L. Morawski, *Argumentacje...*, s. 172, 224.

¹⁷⁰ S. Steinborn, *Aksjologiczne...*, s. 78.

¹⁷¹ M. Rusinek, *Z problematyki zakazów...*, s. 35-36.

ustanowiono jednak również normy, zgodnie z którą generalną zasadą byłby zakaz przeprowadzania dowodów. Z obowiązywania przepisów ustanawiających zakazy dowodowe należy natomiast wnioskować, że wskazano w nich wyjątki od generalnej zasady swobody dowodzenia. Co więcej, gdyby zaprzeczyć jej obowiązywaniu, to proces karny zamknięto by przed postępowaniem naukowym i technicznym, dzięki któremu możliwe jest uzyskiwanie dowodów nieznanymi wcześniej ustawodawcy¹⁷². Nie należy jednak postrzegać w kategoriach prostego przeciwieństwa relacji między interesem wymiaru sprawiedliwości a innymi interesami społecznymi, reprezentowanymi przez zakazy dowodowe. Interes wymiaru sprawiedliwości nie sprowadza się bowiem wyłącznie do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego i osiągnięcia trafnej reakcji prawnokarnej. Cele te powinny bowiem zostać osiągnięte z poszanowaniem zasad praworządności i humanizmu, w tym praw i wolności uczestników procesu¹⁷³. Wypada się zatem zgodzić z tezą, że „organy ścigania oraz orzekające w sprawach karnych nakładają więc na swoje działania ograniczenia, które legitymizują wymiar sprawiedliwości, dając mu moralny mandat do sądenia oskarżonych o popełnione przestępstwa”¹⁷⁴. Tym samym zakazy dowodowe mogą służyć interesowi wymiaru sprawiedliwości, rozumianemu jako budowanie społecznej akceptacji dla podejmowanych przezeń działań. Należy bowiem zauważyć, że legitymacja działań organów państwa nie zależy wyłącznie od słuszności norm materialnoprawnych i skuteczności środków procesowych, ustanowionych w celu realizacji tych pierwszych. Legitymacja może opierać się na samej tylko procedurze, ukształtowanej w taki sposób, by rezultat zbierania informacji, wymiany argumentów i podejmowania decyzji mógł być uznany za rezultat uczciwej gry. Zaakcentowanie samoistnej roli norm proceduralnych, zamiast koncentrowania się na ich funkcji służebnej wobec regulacji materialnoprawnych, wynika z następujących spostrzeżeń:

¹⁷² Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 51.

¹⁷³ M. Rusinek, *Z problematyki zakazów...*, s. 30.

¹⁷⁴ W. Jasiński, Karnoprocesowa dopuszczalność dowodów uzyskanych w wyniku tortur (standardy strasburskie), *Państwo i Prawo* 5/2011, s. 55. Zacytowana teza została sformułowana co do zakazu tortur. Można odnieść ją do wszelkich regulacji zawężających zakres dopuszczalnych dowodów, a więc również do zakazów dowodowych. Należy jednak odnotować również pogląd, zgodnie z którym argument z utratą legitymacji do karania powinien być odnoszony wyłącznie do sytuacji, gdy do uzyskania dowodu dochodzi wskutek popełnienia przestępstwa przez funkcjonariuszy organów ścigania. Należy bowiem zauważyć, że równie negatywny wpływ na autorytet władzy sądowniczej może mieć uniewinnienie rzeczywistego sprawcy przestępstwa wskutek niemożności wykazania mu winy z powodu naruszenia zakazów dowodowych przez organy ścigania. Tak S. Steinborn, *Aksjologiczne...*, s. 104-105.

- 1) nie w każdej sytuacji przepisy materialnoprawne stanowią najlepszy sposób rozwiązania sytuacji konfliktowej, powstałej na skutek popełnienia przestępstwa;
- 2) każdy proces niesie ryzyko wydania rozstrzygnięć nietrafnych z punktu widzenia prawa materialnego, zatem regulacje procesowe powinny prowadzić do uznawania wydanych orzeczeń za słuszne, niezależnie od ich zgodności z prawem materialnym;
- 3) podstawowym mechanizmem legitymizacji orzeczeń jest taka organizacja procesów rozstrzygania sytuacji konfliktowych, która uwzględnia reguły uczciwej komunikacji zapewnia stronom jak największy udział w procesach zbierania informacji, wymiany argumentów i podejmowania decyzji¹⁷⁵.

Wyrażano także pogląd, w myśl którego zakazy dowodowe nie stanowią odstępstwa od zasady prawdy materialnej. Tezę tę uzasadnia się przez stwierdzenie, że konsekwencją tego rodzaju norm jest jedynie uszczuplenie możliwości dokonania prawdziwych ustaleń faktycznych, nie zaś uszczuplenie zasady prawdy materialnej. W konsekwencji, gdy wskutek skorzystania przez świadka z prawa do odmowy złożenie zeznań wydany zostanie wyrok uniewinniający, to z zasady prawdy materialnej ma wynikać tylko tyle, że nie można wydać wyroku skazującego¹⁷⁶. Nie uważam tego stanowiska za przekonujące. Wobec ustanowienia w art. 2 § 2 k.p.k. wymogu oparcia rozstrzygnięć na prawdziwych ustaleniach faktycznych, wszelkie regulacje utrudniające realizację tego zadania należy traktować jako wyjątki od wyrażonej w przywołanym przepisie zasady prawdy materialnej. Nie dostrzegam przy tym, w przywołanym kontekście, innej niż wyłącznie semantyczna różnicy między „wyjątkiem” a „odstępstwem”. Odnosząc się zaś do opisanego przykładu, należy zauważyć, że niemożność wydania wyroku skazującego może wynikać z zasady prawdy materialnej tylko wtedy, gdy na podstawie ustalonego stanu faktycznego ustalono, że oskarżony nie ponosi odpowiedzialności karnej. Jeśli nie poczyniono kategoriycznych ustaleń, to brak możliwości skazania nie wynika z zasady prawdy materialnej, ale z ustanowionej w art. 5 § 2 k.p.k. zasady *in dubio pro reo*¹⁷⁷.

¹⁷⁵ L. Morawski, *Argumentacje...*, s. 176-177.

¹⁷⁶ B. Kurzępa, *Zakazy dowodowe a zasada prawdy materialnej*, [w:] G. Artymiak, Z. Sobolewski (red.), *Zasada prawdy materialnej. Materiały z konferencji Krasieczyn 15-16 października 2005 r.*, Zakamycze 2006, s. 394.

¹⁷⁷ Art. 5 § 2 k.p.k. głosi, że „Niedające się usunąć wątpliwości rozstrzyga się na korzyść oskarżonego”.

W pełni należy natomiast podzielić pogląd Michała Rusinka, który uważa, że nie należy traktować zakazów dowodowych jako instrumentu ochrony interesów oskarżonych. Jeśli już szukać beneficjentów tego rodzaju norm, to należy uznać, że są nimi osobowe źródła dowodowe, czyli np. świadkowie uprawnieni do odmowy złożenia zeznań. Natomiast wpływ zakazów dowodowych na niewzruszenie w toku procesu domniemania niewinności ma wyłącznie przygodny charakter¹⁷⁸. To stwierdzenie ma bardzo istotne znaczenie w kontekście rozważań nad dopuszczalnością wykorzystania dowodów objętych zakazem, jeśli mają one mieć charakter odciążający dla oskarżonego.

Warto też odnotować pogląd, że pozytywny wpływ zakazów dowodowych na postępowaniu karne wynika z tego, iż normy te motywują organy procesowe do dokładniejszego poszukiwania dowodów pozwalających ustalić stan zgodny z rzeczywistością¹⁷⁹. Z wpływaniem na działania prowadzących postępowania karne związany jest również pogląd dotyczący normy zakazującej wykorzystania zeznań, wyjaśnień czy oświadczeń złożonych w stanie wyłączającym swobodę wypowiedzi, zgodnie z którym eliminacji podlegają takie dowody tylko w sytuacji, gdy warunki wyłączające swobodę wypowiedzi zostały wytworzone albo świadomie wykorzystane przez prowadzącego czynność. Wskazano przy tym, że wskazany zakaz „ma na celu przede wszystkim zniechęcenie organów procesowych do stosowania niedozwolonych praktyk, a dopiero na drugim planie zmierza do eliminacji dowodu o wątpliwej wiarygodności”¹⁸⁰.

Należy ponadto zauważyć, że zakazy dowodowe zasadniczo dotyczą następstw działań organów procesowych. Przepisy procedury karnej generalnie nie normują sytuacji gromadzenia dowodów przez osoby prywatne¹⁸¹. Pomocne może tu być odwołanie się do podziału zakazów wykorzystania dowodów ze względu na cel, w jakim zostały ustanowione. Wyróżnia się zakazy służące ochronie prawdziwości zbieranych informacji (powiązane z apriorycznie ocenianą wiarygodnością dowodów), ochronie prawa do nieujawniania informacji oraz zachowania legitymacji państwa do karania. Ta ostatnia grupa norm dotyczy zakazów stosowania metod, których zastosowanie odebrałoby państwu moralny mandat do karania. Normy takie zasadniczo zakazują korzystania z

¹⁷⁸ M. Rusinek, *Z problematyki zakazów...*, s. 34-35.

¹⁷⁹ A. Gaberle, *Dowody w sądowym procesie karnym. Teoria i praktyka*, Warszawa 2010, s. 310.

¹⁸⁰ Z. Sobolewski, *Samooskarżenie w świetle prawa karnego (nemo se ipsum accusare tenetur)*, Warszawa 1982, s. 121.

¹⁸¹ *Ibidem*, s. 129. Nie stanowi przy tym szczególnie istotnego, przynajmniej z perspektywy pracy, wyłomu art. 393 § 3 k.p.k., zgodnie z którym mogą być odczytywane na rozprawie wszelkie dokumenty prywatne, powstałe poza postępowaniem karnym, w szczególności oświadczenia, publikacje, listy oraz notatki.

metod, które godziłyby w godność człowieka, prowadziłyby do naruszenia podstawowych norm ludzkiego współżycia, np. przez stosowanie tortur. W związku z tym twierdzi się, że organy państwa w ogóle nie powinny korzystać z dowodów powstałych wskutek naruszenia tego rodzaju zakazów dowodowych, choćby taki stan rzeczy był skutkiem działania innych osób niż funkcjonariusze państwa. Podobnie za bezskuteczną należałoby uznać zgodę osoby, wobec której zastosowano metody dowodowe godzące w omawiane zakazy. Nie stoją one bowiem wyłącznie na straży jej interesu, ale również wcześniej wspomnianej legitymacji państwa do karania. Z kolei zakazów dotyczących prawa do nieujawniania informacji nie można naruszyć poprzez działania innych osób niż funkcjonariusze państwa, bowiem to właśnie dla ochrony przed bezprawną ingerencją jego organów zostały ustanowione tego rodzaju zakazy. Natomiast zakazy wynikające z ochrony prawdziwości zbieranych informacji nie są zasadniczo ustanowione w interesie konkretnych osób, ale wymiaru sprawiedliwości, którego jednym z celów w postępowaniu karnym jest realizacja zasady prawdy materialnej i prawidłowe ustalenie stanu faktycznego¹⁸². W związku z tym również trudno byłoby mówić o naruszeniu takich zakazów poza postępowaniem karnym, bowiem organ procesowy powinien samodzielnie ocenić zgromadzony materiał dowodowy, w związku z czym mógłby również poniekąd powielić przekonanie ustawodawcy o niewiarygodności konkretnego dowodu, choć tym razem ocenionej już aposteriorycznie. Uważam jednak, że oparcie się na tych założeniach powinno prowadzić do stwierdzenia, że gdyby poza postępowaniem karnym wytworzono dowód z relacji osoby znajdującej się w stanie wyłączającym swobodę wypowiedzi, np. nagranie rozmowy z osobą znajdującą się z powodu swojego dobrowolnego zachowania w stanie upojenia alkoholowego, to brak jest podstaw do objęcia takiego dowodu zakresem jakiegokolwiek zakazu dowodowego, a jedyną istotną kwestią byłaby ocena jego wiarygodności. Uważam bowiem, że tego rodzaju naruszenie swobody wypowiedzi nie byłoby analogiczne do stosowania tortur, ponieważ nie godziłoby w godność osoby.

¹⁸² K. Amelung, *Zasady rządzące zakazami wykorzystania dowodów*, [w:] P. Hofmański, K. Zgryzek (red.), *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości*, Katowice 2003, s. 32-34. Wskazuje się przy tym, że oskarżony mógłby zasadnie zaskarżyć wyrok wydany z naruszeniem tego rodzaju norm w sytuacji, gdyby uprawnienie do nieujawniania informacji przez inne osoby wynikało z ochrony jego interesu, którą rozciągano by z uzasadnionych powodów na inne osoby. Z tej przyczyny zasadne byłoby zaskarżenie wyroku z powodu niepouczenia osoby najbliższej o prawie do odmowy złożenia zeznań, zaś za chybione należałoby uznać podniesienie zarzutu przesłuchania osoby zobowiązanej do ochrony tajemnicy prawnie chronionej, z wyjątkiem tajemnicy obrończej, bez zwolnienia jej z tej tajemnicy przez uprawniony organ. W pierwszym przypadku zakaz dowodowy ustanowiony jest z racji relacji między świadkiem a oskarżonym, a w drugim z powodu ochrony tajemnicy prawnie chronionej.

Tego zagadnienia dotyczy także koncepcja samodzielnych zakazów wykorzystania dowodów, wśród których wyróżnić można zakazy odnoszące się do dowodów pozyskanych przez osoby niezwiązane z organami procesowymi, jak również do dowodów pozyskanych przez te ostatnie zgodnie z prawem. Zgodnie z tą koncepcją spełnienie przesłanek zastosowania samodzielnych zakazów wykorzystania dowodów ustala się indywidualnie w każdym przypadku. Po pierwsze należy zbadać, czy przeprowadzenie dowodu ingeruje w godność ludzką rozumianą jako najintymniejsza sfera człowieka. Jeśli tak, dochodzi do aktualizacji zakazu. Jeśli nie, to należy dokonać testu proporcjonalności dóbr. W przypadku bowiem najpoważniejszych przestępstw powinno się uznać, że możliwe jest wykorzystanie zgromadzonych dowodów¹⁸³.

1.3 Typologia zakazów dowodowych

Chociaż w literaturze występuje wiele typologii zakazów dowodowych, to zwrócić uwagę wypada przede wszystkim na podział tego rodzaju norm na:

- 1) zakazy dowodzenia faktów (*Beweistatsachenverbote*);
- 2) zakazy środków dowodowych (*Beweismittelverbote*);
- 3) zakazy metod dowodowych (*Beweismethodenverbote*).

Typologia to jest głównie interesująca z tego powodu, że poszczególne typy norm powiązane ze specyficznymi dla nich zagadnieniami związanymi z ochroną dóbr prawnych:

- 1) zakazy dowodzenia faktów chronią sfery życia uznane za szczególnie istotne;
- 2) zakazy środków dowodowych chronią pewne typy ról i więzi społecznych;
- 3) zakazy metod dowodowych stanowią ochronę przed pewnymi sposobami działania (w tym przypadku wyróżnienie nastąpiło nie z uwagi na przedmiot ochrony, ale rodzaj działań, przed którymi udziela się ochrony)¹⁸⁴.

Z kolei Romuald Kmiecik wyróżnił: zakazy dowodowe *sensu stricto*, relatywne reguły dowodowe i reguły gwarantujące realizację lub ochronę praw oskarżonego¹⁸⁵. Normy te rozróżniane są ze względu na cele, dla których zostały ustanowione. Zakazy dowodowe *sensu stricto* nie mają służyć racjonalizacji procesu dowodzenia, ale ochronie innych dóbr prawnych, a tym samym mogą utrudniać ustalenie prawdy materialnej.

¹⁸³ Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 112.

¹⁸⁴ L. Morawski, *Argumentacje...*, s. 262-263.

¹⁸⁵ R. Kmiecik, *Dowód ścisły w procesie karnym*, Lublin 1983, s. 104.

Relatywne reguły dowodowe mają natomiast na celu eliminację środków dowodowych, co do których wiarygodności istnieją uzasadnione wątpliwości, czego przykładem jest choćby art. 174 k.p.k.¹⁸⁶. Normy związane z gwarancją praw oskarżonego ustanowiono zaś wyłącznie w celu ochrony jego interesów¹⁸⁷.

Przedstawione typologie zakazów dowodowych zostaną wykorzystane w kolejnych rozdziałach w celu analizy uzasadnień poszczególnych norm zaliczanych do tej grupy. Ich zastosowanie posłuży przede wszystkim określeniu, jakiego rodzaju przedmiot ochrony strzeżony jest za sprawą określonego zakazu dowodowego.

1.4 Cechy zakazów dowodowych

Przez lata zakazy dowodowe były silnie związane z wiarygodnością dowodów. W kodeksie postępowania karnego z 1928 roku nie istniał przepis uznający za niedopuszczalne uzyskanie zeznań albo wyjaśnień w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi, w szczególności związanych z zastosowaniem przymusu lub groźby bezprawnej. W doktrynie podkreślano, że *de lege lata* tak uzyskanym dowodom należy jedynie odmówić wiarygodności, choć pojawiały się głosy *de lege ferenda* o zasadności wprowadzenia przepisu uznającego taki dowód za niedopuszczalny¹⁸⁸. Na gruncie kodeksu z 1969 roku Zbigniew Sobolewski argumentował, że nielegalność i niewiarygodność to dwie odrębne podstawy do odrzucenia dowodu. Przy czym uznał, że naruszenie zakazów dowodowych należy oceniać tak samo, jak każde inne naruszenie prawa procesowego, a więc powinno ono skutkować uchYLENIEM orzeczenia tylko wtedy, gdy mogło mieć wpływ na treść wyroku albo doprowadziło do błędnych ustaleń faktycznych. Wspomniany autor pogląd ten odnosił również do dowodów uzyskanych w wyniku przestępstwa, chyba że sposób ich zdobycia jest etycznie nie do zaakceptowania¹⁸⁹. Dla Sobolewskiego priorytetem było ustalenie prawdy materialnej, co uzasadniało zwiężającą wykładnię zakazów dowodowych, bowiem ostatecznie kryterium ich stosowania powinien być wpływ na wiarygodność przeprowadzonych dowodów. Należy przy tym podkreślić, że autor ten różnicował swoje stanowisko co do dowodów obciążających i odciążających oskarżonego. W końcu Sobolewski odrzucał podejście nakazujące dyskwalifikację dowodów uzyskanych nawet wbrew wyraźnym

¹⁸⁶ Art. 174 k.p.k. Dowodu z wyjaśnień oskarżonego lub z zeznań świadka nie wolno zastępować treścią pism, zapisków lub notatek urzędowych.

¹⁸⁷ R. Kmiecik, *Dowód ścisły...*, s. 104-109.

¹⁸⁸ Tak W. Jasiński, *Nielegalnie uzyskane...*, s. 310 i przywołana tam literatura.

¹⁸⁹ *Ibidem*, s. 351.

zakazom. Optował za wykładnią pozwalającą na wykorzystanie dowodu objętego zakazem, jeśli był on istotny, wiarygodny i świadczył na korzyść oskarżonego. Autor ten sformułował interesujący argument, że nie należy ustawodawcy przypisywać niegodziwych intencji. Za sprzeczną z pojęciem sprawiedliwości niegodziwość uznawał przy tym rozwiązanie nakazujące pominąć wiarygodny dowód odciążający oskarżonego. Ostatecznie jego odrzucenie uzależnił więc od wiarygodności, wskazując, że przeciwnie stanowisko byłoby sprzeczne z ideami humanizmu i praworządności, które legły przecież u podstaw koncepcji zakazów dowodowych¹⁹⁰. Jednakże w nowszej literaturze wskazuje się, że „zakazy dowodowe pozostają – co do zasady – mechanizmem ślepych na procesowe dyrektywy celowościowe”¹⁹¹. Stanowisko to zdaje się dominować, nakazując eliminację dowodów objętych zakazem niezależnie od ich kierunku¹⁹².

Z powiązaniem zakazu dowodowego z wiarygodnością dowodu wyraźnie zerwał Kmiecik, argumentując, że nie istnieje konieczna relacja pojęciowa między formą przeprowadzenia dowodu a jego wiarygodnością¹⁹³. Dowód ścisły¹⁹⁴ jest natomiast związany z pojęciem praworządności, którą autor ten rozumiał w „formalnym sensie”, z którego „wynika postulat ścisłego przestrzegania prawa dowodowego we wszystkich stadiach (etapach) procesu karnego”¹⁹⁵. Kmiecik deklarował, że „wypadki kolizji jakiegokolwiek innej dyrektywy z zasadą praworządności muszą być rozstrzygane na

¹⁹⁰Z. Sobolewski, Wartość nielegalnie uzyskanego dowodu w postępowaniu karnym, *AUMCS* 1/1976, s. 49-50. Podejście to spotkało się ze zdecydowaną krytyką, wyrażoną choćby przez Kaftala, który w recenzji pierwszego wydania monografii Sobolewskiego, poświęconej zasadzie *nemo se ipsum accusare tenetur*, stwierdził, że „pozbawione sensu są poglądy dopuszczające możliwość korzystania z dowodu uzyskanego pod wpływem przestępstwa, gdyż prowadzą nas na manowce procesu inkwizycyjnego (...) z jednym stwierdzeniem autora recenzowanej pracy można się bez zastrzeżeń zgodzić, a mianowicie z tym, że «z pewnością nie każda z postawionych w tej pracy tez wytrzyma ogień krytyki»”. A. Kaftal, Recenzja książki Z. Sobolewskiego „Zasada *nemo se ipsum tenetur* w polskim procesie karnym”, *Palestra* 4-5/1980, s. 209.

¹⁹¹M. Rusinek, *Z problematyki...*, s. 38.

¹⁹²*Ibidem*, s. 39. Autor ten stawia hipotezę, że „wyraźna niechęć do relatywizacji zakazów dowodowych z powodu kierunku dowodu również jest uzasadniona funkcją prakseologiczną zakazów dowodowych”. Nie uzasadnia jednak tego stanowiska. W dalszej części pracy wyjaśniam, dlaczego nie uznaję funkcji prakseologicznej za szczególnie istotną. Uważam, że źródeł tego dominującego poglądu można doszukiwać się raczej w procesowej zasadzie równości broni oskarżyciela i oskarżonego.

¹⁹³W. Jasiński, *Nielegalnie uzyskane...*, s. 354.

¹⁹⁴Sam autor pojęcie to definiuje jako „czynności sądowe dokonywane w określonym przez ustawę trybie, czasie i miejscu, słowem – z zachowaniem wszelkich form procesowych”, przy czym różnicuje je od koncepcji legalnej teorii dowodowej, bo „według koncepcji dowodu ścisłego forma dowodu nie decyduje już o ocenie wartości dowodu, lecz stanowi jedynie gwarancję prawidłowości (legalności) postępowania dowodowego w zakresie dowodzenia «faktu głównego» (...) Ocena środka dowodowego dokonywana pod kątem wymagań dowodzenia ścisłego wykazuje co prawda charakter oceny «prawnej», niemniej ocena ta z reguły nie zastępuje i nie eliminuje oceny «swobodnej» uwzględniającej wartość («moc dowodową») tego środka dowodowego” (R. Kmiecik, *Dowód ścisły...*, s. 13, 19-20).

¹⁹⁵R. Kmiecik, Konvalidacja i konwersja wadliwych dowodów w procesie karnym, *Państwo i Prawo* 5/1989, s. 92. Na gruncie takiego rozumienia praworządności i uprzywilejowania tej zasady względem innych, naruszenie formalnych reguł postępowania dowodowego skutkowało wadliwością orzeczenia sądu również w sytuacji, gdy było ono merytorycznie poprawne.

korzystać tej ostatniej, bo inaczej samo pojęcie praworządności uległoby zrelatywizowaniu i utraciło swój istotny sens”¹⁹⁶. W związku z tym nie dopuszczał on możliwości oparcia ustaleń faktycznych na dowodzie wprost objętym zakazem dowodowym. Takie dowody traktował on jako niedopuszczalne (nielegalne). Było to najdalej idące¹⁹⁷ naruszenie norm prawa procesowego, bowiem polegało na przeprowadzeniu czynności zakazanej. Gdy natomiast przeprowadzenie dowodu narusza normy innego rodzaju, to należy je traktować wyłącznie jako wadliwe¹⁹⁸, przy czym jednym z rodzajów wadliwości czynności dowodowej była jej nieważność. Jest to doniosła różnica, a jej praktyczne konsekwencje polegają na tym, że dowód niedopuszczalny (nielegalny) podlega automatycznej dyskwalifikacji bez względu na jego wiarygodność i korzystność dla oskarżonego (aprioryczna ocena zawsze skutkująca eliminacją z podstawy dowodowej)¹⁹⁹, natomiast dowód dotknięty innym rodzajem wadliwości, choćby nieważny, podlega każdorazowo swobodnej ocenie pod kątem jego wiarygodności, przy uwzględnieniu zasad i doświadczenia życiowego (aposterioryczna ocena skutkująca ewentualną eliminacją z podstawy dowodowej)²⁰⁰.

¹⁹⁶ R. Kmieciak, *Dowód ścisły...* s. 9.

¹⁹⁷ W swojej późniejszej publikacji autor ten stwierdza wręcz, na przykładzie przesłuchania duchownego co do faktów, o których dowiedział się w trakcie spowiedzi, że przeprowadzenie czynności objętej zakazem dowodowym nie jest w ogóle czynnością prawną, uzasadniając to stanowisko teorią czynności konwencjonalnych – R. Kmieciak, *Konwalidacja i konwersja...*, s. 96-97. Stopień ogólności odwołania do teorii czynności konwencjonalnych utrudnia ocenę takiego stanowiska. Uważam jednak, że stwierdzenie Kmiecika w tym zakresie jest zbyt daleko idące. Nie kwestionując zakwalifikowania czynności dowodowych do kategorii czynności konwencjonalnych, zauważam, że zakaz dowodowy jest tylko jedną z norm regulujących przebieg tych czynności. Mimo doniosłego jej charakteru i daleko idących konsekwencji jego naruszenia, nie sposób uznać, że, trzymając się przywołanego przykładu, takie przesłuchanie duchownego nie jest w ogóle czynnością prawną. Jest ono bowiem prowadzone przez uprawniony organ, w toku określonego postępowania i ma sformalizowany przebieg. Co więcej, świadkowi przysługują pewne uprawnienie z racji przeprowadzenia takiej czynności np. zwrot kosztów stawiennictwa (art. 618a k.p.k.). Stwierdzenie, że naruszające zakaz dowodowy przesłuchanie nie jest w ogóle czynnością prawną powinno w konsekwencji skutkować niemożnością skorzystania przez świadka z takich uprawnień, a teza ta, wynikająca z przyjętego przez Kmiecika założenia, wydaje się błędna. Również z tego powodu samo założenie o niemożliwości zakwalifikowania takiej czynności jako czynności prawnej uznaje za nietrafne.

¹⁹⁸ Była to konsekwencja przywołanego już odróżnienia reguł dowodowych (*Beweisregel*) od zakazów dowodowych (*Beweisverbote*) autorstwa Belinga. Te pierwsze, nazwane przez Kmiecika „relatywnymi regułami dowodowymi”, były wyrazem przekonania ustawodawcy o niewiarygodności niektórych dowodów, jednak osąd ten mógł być korygowany przez sędziego, dopuszczającego dowód wadliwy, czyli naruszający wyłącznie regułę dowodową (R. Kmieciak, *Dowód ścisły...*, s. 108).

¹⁹⁹ R. Kmieciak, *Konwalidacja i konwersja...*, s. 95.

²⁰⁰ W. Jasiński, *Nielegalnie uzyskane...*, s. 354-355. Zbliżone stanowisko wyraził S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1985, s. 429. W orzecznictwie można zaś wskazać wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymostku z 21 kwietnia 1998 roku, w którym stwierdzono, że „Z całą pewnością przy tym niedopuszczalność przeprowadzenia dowodu, sformułowana w art. 155 § 1 pkt 1 k.p.k. [aktualnie art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. – *dop. J.K.*], obejmuje jedynie niemożność przeprowadzenia czynności, objętych zakazami dowodowymi, a więc normami prawnymi zabraniającymi przeprowadzenia dowodu w określonych warunkach lub stwarzającymi ograniczenia w uzyskiwaniu dowodów”. Aktualność tego rozróżnienia potwierdza znowelizowany 15 kwietnia 2016 roku art. 168a k.p.k.: „Dowodu nie można uznać za

Koncepcje wiążące zakazy dowodowe z wiarygodnością dowodów nie przeminęły bezpowrotnie. W najnowszej literaturze można spotkać pogląd, że tego rodzaju normy spełniają również funkcję prakseologiczną, chroniąc postępowanie karne przed wprowadzeniem do niego dowodów budzących szczególne wątpliwości (zeznania, wyjaśnienia lub oświadczenia złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi) lub szczególnie podatnych na manipulację, np. przesłuchania obrońcy co do prowadzenia obrony albo duchownego co do przebiegu spowiedzi²⁰¹. Podnosi się, że tego rodzaju norm nie można uznawać za relikty legalnej teorii dowodowej, bowiem ta dotyczyła aposteriorycznej oceny dowodów, zaś zakazy dowodowe wpływają wyłącznie na ich ocenę dokonywaną *a priori*²⁰². Wniosek taki jest jednak nieuprawniony. Aprioryczna eliminacja dowodu rodzi tożsame konsekwencje co hipotetyczny nakaz aposteriorycznej oceny danego dowodu jako *ex lege* niewiarygodnego. Nawet jeśli taki zabieg wydaje się statystycznie uzasadniony, przez przyjęcie, że najczęściej określony rodzaj dowodu jest niewiarygodny, to jednak przyznanie zakazom dowodowym takiej funkcji oznaczałoby, że jednym z celów tego rodzaju regulacji jest ograniczenie zasady swobodnej oceny dowodów. Należy przy tym przypomnieć przywołane już odróżnienie zakazów dowodowych od reguł dowodzenia, autorstwa Belinga i bazującego na nim, a opracowanego przez Kmiecika, podziału norm ograniczających swobodę dowodzenia. Nadto trafnie wskazuje się, że gdyby intencją ustawodawcy była ochrona postępowania karnego przed wprowadzeniem do niego niewiarygodnych informacji, to nie powinien on

niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego, chyba że dowód został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności”. Argument ten nie przesądza przy tym o trafności tego rozwiązania, bowiem zakres wskazanej normy budzi uzasadnione wątpliwości co do niebezpieczeństwa naruszenia gwarancji procesowych oskarżonego.

²⁰¹ Tak A. Bojańczyk, Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności niektórych dowodów prywatnych w postępowaniu karnym, *Palestra* 9-10/2004, s. 52-53. Zdaniem autora zakazy dowodowe zbliżone są w swej funkcji do reguł legalnej teorii dowodowej, a przy tym zwiększają możliwość poznania prawdy w postępowaniu karnym, nie zaś ją ograniczają, bowiem chronią je przed wprowadzaniem doń informacji, których wiarygodność budzi poważne wątpliwości. Tym samym są one nakierowane na wyeliminowanie dowodów, „z którymi wiąże się ponadprzeciętne ryzyko poczynienia fałszywych ustaleń, jak również „intencja ochrony pewnych wartości lub praw konstytucyjnie chronionych”. O ile z drugim z zacytowanych poglądów należy się zgodzić, o tyle pierwszego nie sposób zaakceptować, a to z uwagi na to, że w postępowaniu karnym, rządzącym się zasadą swobodnej oceny dowodów, zasadniczo nie należy eliminować dowodów jako niewiarygodnych bez dokonania oceny ich wiarygodności.

²⁰² M. Rusinek, *Z problematyki zakazów...*, s. 33-34. Autor ten wskazuje, że stopień realizacji przez zakaz dowodowy funkcji gwarancyjnej w stosunku do interesu wymiaru sprawiedliwości jest wprost proporcjonalny do stopnia realizacji funkcji prakseologicznej. Podzielał to stanowisko z istotnym zastrzeżeniem, że realizacja funkcji prakseologicznej jest jedynie cechą przygodną, żadną miarą niedefiniującą pojęcia zakazu dowodowego. Przywołany autor stawia z kolei dyskusyjną tezę, że istnieją zakazy dowodowe pozbawione funkcji gwarancyjnej, co nie jest powszechnie uznawanym stanowiskiem (Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 58).

ustanawiać zakazów dowodowych, tym samym pozostawiając ocenę dopuszczalności dowodu sądowi, który dokonywałby jej przez pryzmat potencjalnej wiarygodności dowodu²⁰³.

Należy przy tym podkreślić, że dowód objęty zakazem dowodowym nie jest tożsamy z dowodem nielegalnym, bowiem między tymi pojęciami zachodzi stosunek krzyżowania się ich zakresów²⁰⁴. Celem pracy nie jest dogmatyczna analiza zakazów dowodowych, ani też szczegółowe porównanie definicji tego pojęcia, których wiele zaproponowano w nauce prawa. Należy jednak wyeksponować niektóre cechy zakazów dowodowych, istotne z uwagi na charakter rozprawy. Marian Cieślak wskazywał, że zakazy dowodowe są wynikiem kolizji interesów społecznych²⁰⁵. Z kolei Stanisław Śliwiński podkreślał, że korzyść z ustalenia prawdy „może okazać się mniejsza niż niekorzyść, jaka może się łączyć z przeprowadzeniem dowodu”²⁰⁶.

2. Związek zakazów dowodowych z określonymi rodzajami racjonalności

2.1 Teoria działań komunikacyjnych Jürgena Habermasa

Dla analizy zakazów dowodowych użyteczne jest odniesienie do postępowania karnego uwag Jürgena Habermasa dotyczących działań komunikacyjnych. Frankfurcki filozof odróżniał je bowiem od działań celowo-racjonalnych (instrumentalnych, technicznych). Te drugie oparte są na wiedzy empirycznej, która jest jednocześnie podstawowym kryterium wyboru i działań. Podejmowane w ten sposób działania powinny zmierzać do skutecznej kontroli rzeczywistości. Natomiast działania komunikacyjne nakierowane są na osiągnięcie porozumienia uczestników społecznych interakcji. Aby osiągnąć ten cel, nacisk kładzie się na przestrzeganie intersubiektywnie uznanych norm społecznych, a nie na realizację dyrektyw instrumentalnych, jak ma to miejsce w przypadku działań celowo-racjonalnych. O ile więc one rządzą się regułami racjonalności technologicznej, o tyle działania komunikacyjne powinny być prowadzone zgodnie z wymogami racjonalności komunikacyjnej. Pojęcie to oznacza racjonalność w moralno-praktycznym aspekcie odpowiedzialności działających podmiotów i uzasadnialności ich norm działania, przy

²⁰³ S. Steinborn, *Aksjologiczne...*, s. 80-81.

²⁰⁴ W. Jasiński, *Nielegalnie uzyskane...*, s. 318.

²⁰⁵ M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym, t. I*, Warszawa 1955, s. 264.

²⁰⁶ S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 608.

czym podstawą tak rozumianej racjonalności jest szczerść intencji i słuszność norm działania, nie zaś skuteczność zastosowanych dyrektyw działania²⁰⁷. Jeśli więc uznać, że w postępowaniu karnym istotne znaczenie ma nie tylko racjonalność technologiczna, ale również komunikacyjna, to wtedy zakazy dowodowe powinny zostać uznane za normy kształtujące ramy działań komunikacyjnych. Powinno to w pewnym stopniu niwelować rozdźwięk między obowiązkiem ustalenia prawdziwego stanu faktycznego a niemożnością korzystania z pewnych rodzajów dowodów. Z perspektywy racjonalności komunikacyjnej należy bowiem stwierdzić, że równie ważne, jak ustalenie prawdy, jest dotarcie do niej zgodnie z ustanowionymi regułami, których sensem obowiązywania nie musi, a wręcz nie powinno być, maksymalizowanie szans na ustalenie prawdziwego stanu faktycznego.

2.2 Typologia dowodów ze względu na określone rodzaje racjonalności

Do opisanych już modeli racjonalności retorycznej, technologicznej i komunikacyjnej nawiązuje analogiczna charakterystyka dowodów. Nie należy jej traktować jako podziału logicznego, zupełnego i rozłącznego, ale wyłącznie jako typologię, bowiem w praktyce określone dowody odznaczają się cechami typowymi dla więcej niż jednego z zaprezentowanych tu rodzajów. Przy tym co do każdego z nich można sformułować dwie interpretacje opisującej ich formuły. Typologia ta prezentuje się następująco²⁰⁸:

1) dowód retoryczny:

- a. S powinien uznać p wtedy i tylko wtedy, gdy S jest przekonany, że p (wersja silna)
- b. S powinien uznać p wtedy i tylko wtedy, gdy S jest przekonany, że p i p jest uzasadnione ze względu na dostępną S wiedzą empiryczną i logiczną (wersja słaba)

2) dowód technologiczny:

- a. S powinien uznać p wtedy i tylko wtedy, gdy p jest uzasadnione ze względu na dostępną S wiedzą empiryczną i logiczną, a dotyczącą rekonstrukcji faktów (wersja historyczna)
- b. S powinien uznać p wtedy i tylko wtedy, gdy p jest uzasadnione ze względu na dostępną S wiedzą empiryczną i logiczną, a dotyczącą

²⁰⁷ L. Morawski, *Argumentacje...*, s. 80-81.

²⁰⁸ Została ona zaczerpnięta z przywoływanej w tym fragmencie pracy L. Morawskiego, *Argumentacje...*, s. 112 i n.

rekonstrukcji faktów i przewidywania następstw podjętych decyzji (wersja prognostyczna)²⁰⁹

3) dowód komunikacyjny:

- a. S powinien uznać p wtedy i tylko wtedy, gdy p zostało uznane przez proponenta i oponenta, a uznanie p jest zgodne ze społecznie akceptowanym systemem reguł komunikacji (wersja silna)
- b. S powinien uznać p wtedy i tylko wtedy, gdy uznanie p jest zgodne ze społecznie akceptowanym systemem reguł komunikacji (wersja słaba)

Przy czym każdy z opisanych rodzajów dowodu odwołuje się do innego usprawiedliwienia niepewności faktów i niedającej się wykluczyć możliwości błędów i pomyłek w postępowaniu dowodowym. Uzasadnienia dowodu technologicznego nie stanowią niczyje przekonania ani intencje, czy też zgodność działań z normami etycznymi. Dowód retoryczny odwołuje się do psychologicznej koncepcji uzasadnienia i bierze pod uwagę przekonania uzasadniającego podmiotu. Natomiast uzasadnienie dowodu komunikacyjnego oparte jest na kontekście instytucji społecznych i związanych z nimi regułach komunikacji, niezależnie od tego, czy kogokolwiek one przekonały. Przy tym argumentami perswazyjnie skutecznymi mogą być dyrektywy logiczne i empiryczne, mogą one również być wykorzystywane w dowodzie komunikacyjnym, bowiem roszczenie prawdziwości jest jednym z roszczeń etyki dyskursu. Prawda jest bowiem nie tylko warunkiem racjonalności epistemicznej zdań i skuteczności dyrektyw działania, ale też podstawowym warunkiem racjonalności komunikacyjnej instytucji i stosunków społecznych. Elementarność tego warunku nie oznacza jednak jego niepodważalności, bowiem roszczenie prawdziwości może pozostawać w konflikcie z innymi zasadami uczciwego porozumiewania się. Jakkolwiek może się zdarzyć, że rezultat uzasadnienia będzie identyczny w kontekście każdego rodzaju dowodu, to jednak taka sytuacja będzie mieć charakter wyłącznie przypadkowy w tym znaczeniu, że niewynikający z żadnej reguły zgodności uzasadnień²¹⁰.

²⁰⁹ Rozróżnienie to ma związek z koncepcją łagodzenia klasycznej koncepcji prawa procesowego, zgodnie z którą za sprawiedliwą uznaje się procedurę zapewniającą zgodność rozstrzygnięć z normami prawa materialnego. Przy takim rozumieniu prawa procesowego najbardziej adekwatne było pojęcie dowodu technologicznego w wersji historycznej. W ramach ewolucji roli prawa procesowego zaczęto twierdzić, że nie może ono ograniczać się do ustalenia faktów z przeszłości, ale powinno również wpływać na rzeczywistość społeczną przez przewidywanie faktów przyszłych, czego konsekwencją jest koncepcja prognostycznej wersji dowodu technologicznego. Tak L. Morawski, *Argumentacje...*, s. 169-170.

²¹⁰ L. Morawski, *Argumentacje...*, s. 117-127, 276.

Analizując dokładniej dowód komunikacyjny, mający największe znaczenie w kontekście tematu pracy, należy zauważyć, że ten typ dowodu może być uznany za użyteczny z perspektywy procesu sądowego. Charakterystyczne dla wersji silnej tego dowodu wymogi wypracowania przez strony konsensu odpowiadającego społecznie akceptowanym regułom komunikacji zostały w interpretacji słabej zastąpione wymogiem uznania, że podjęta decyzja jest zgodna z akceptowanymi społecznie regułami komunikacji. Nie obowiązuje więc wymóg faktycznego konsensu, którego osiągnięcie może być niemożliwe z uwagi na immanentnie sprzeczne interesy stron. W tej sytuacji normy etyki dyskursu i idealnej sytuacji mowy mogą służyć ocenie, czy uczyniono zadość wspomnianym regułom komunikacji. Dowód komunikacyjny może więc być kwestionowany z powodu naruszenia przy jego przeprowadzeniu obowiązujących reguł komunikacji, np. w sytuacji, gdy podczas przesłuchania przed sądem świadek przyznaje, że złożył w postępowaniu przygotowawczym zeznania określonej treści, kwestionując jednocześnie prawidłowość przesłuchania z powodu niepouczenia o przysługującym mu prawie do odmowy złożenia zeznań²¹¹.

3. Procedura sądowa jako model poznania rzeczywistości

Postępowanie karne może być traktowane jako sposób przetwarzania informacji, służący zasadniczo do wydania orzeczenia o popełnieniu czynu zabronionego i odpowiedzialności karnej. W takim ujęciu przetwarzanie to obejmuje trzy fazy; fazę *input*, fazę przetwarzania w ścisłym tego słowa znaczeniu, oraz fazę *output*.

Zakazy dowodowe rzutują na czynności poprzedzające fazę *input*, zaś zakazy wykorzystania dowodów są skuteczne przy przejściu w fazę przetwarzania²¹². Przyjmuję, że normy określane jako zakazy dowodowe ustanawiają specyficzne dla danej procedury zasady dowodzenia, wyznaczające rygory sądowego poznania rzeczywistości²¹³. Odbywa się ono w ramach postępowania istotnie sformalizowanego. Poznania sądowe i

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² K. Amelung, *Zasady rządzące...*, s. 17.

²¹³ K. Łojewski, *W obronie...*, s. 53-54. Należy tu zwrócić uwagę na interesujący, choć kontrowersyjny pogląd tego autora, że pojęcie zakazu dowodowego nie ma racji bytu. Teza ta uzasadniona jest tym, że zasadniczo żaden przepis nie zakazuje poznania określonych faktów, a jedynie dyskwalifikuje pewno sposoby ich poznania. Łojewski, w ślad za Horoszowskim, definiuje dowód jako „ostateczny efekt pracy myślowej sędziego, dający mu podstawę do stwierdzenia prawdziwości lub nieprawdziwości tezy, której udowodnienie jest celem procesu karnego” (P. Horoszowski, *Nazwa i pojęcie dowodu w teorii i praktyce prawa sądowego*, *Państwo i Prawo* 10/1956). Nie wdając się w pozostającą poza zakresem pracy polemikę z zaprezentowanym poglądem, należy zauważyć, że jego odrzucenie bynajmniej nie czyni nietrafnym stanowiska nakazującego traktować zakazy dowodowe jako rygory sądowego poznania rzeczywistości.

naukowe mają pewne cechy wspólne, a do najważniejszych, z perspektywy prowadzonych tu analiz, zaliczam to, że celem działalności poznawczej jest uzyskanie prawidłowej odpowiedzi na pytanie sformułowane w zadaniu poznawczym, polegającym na ustaleniu tego, jaki był rzeczywisty przebieg zdarzeń. Ponadto w obu modelach wykorzystanie źródeł poznawczych polega na przeprowadzeniu wniosku z twierdzeń dotyczących faktów wynikających ze źródeł o prawdziwości twierdzenia historycznego, dającego odpowiedź na sformułowane wcześniej pytanie wynikające z konkretnego zadania poznawczego. Choć między modelem naukowym a sądowym poznania rzeczywistości występuje również wiele różnic, to istotne z perspektywy tej pracy jest przede wszystkim ograniczenie przez zakazy dowodowe zakresu dopuszczalnych źródeł poznawczych²¹⁴. Ograniczenie to nakładane jest przez ustawodawcę na podmiot poznający, który nie ma żadnej normatywnej możliwości zmiany tej decyzji. Należy przy tym podkreślić, że wskazane ograniczenia powinny być wyraźnie wyartykułowane w przepisach i to co najmniej rangi ustawowej. Wypada się bowiem zgodzić z twierdzeniem, że „zakaz wymaga materialnej podstawy, którą można byłoby przeciwstawić posiadanemu przez sąd «roszczeniu» do wyczerpujących informacji, które to roszczenie wynika z jego kompetencji do poszukiwania prawdy”²¹⁵.

Należy przy tym krytycznie odnieść się do poglądu Cieślaka, zgodnie z którym „dowodząc istnienia lub nieistnienia faktów, dowodzimy jednocześnie prawdziwości lub fałszywości zdań o tych faktach (twierdzeń) i odwrotnie, co wynika wprost z istoty sądów jako odpowiedników obiektywnej rzeczywistości świadomości ludzkiej. Twierdzenie jest wtedy prawdziwe, gdy w rzeczywistości istnieje odpowiadające mu zjawisko”²¹⁶. Sformułowanie to odnosi się do klasycznej teorii prawdy, dla której kluczowe jest, czy dany osąd koresponduje z pozajęzykową rzeczywistością. Jak wskazano, w naukach empirycznych kryterium to może być kluczowe. W postępowaniu sądowym istotne jest jednak przeprowadzanie czynności poznawczych zgodnie z ustalonymi regułami postępowania dowodowego. Oznacza to, że twierdzenie może być prawdziwe, tym razem w rozumieniu pragmatycznym, wtedy, gdy zostało sformułowane zgodnie z ustanowionymi rygorami; nie jest zatem kluczowe, czy odpowiada ono pozajęzykowej rzeczywistości. W tym znaczeniu za prawdziwe, w rozumieniu pragmatycznym, zostanie uznane sformułowane w toku postępowania stwierdzenie o niezataśnieniu danego faktu,

²¹⁴ M. Zieliński, *Poznanie sądowe a poznanie naukowe*, Poznań 1979, s. 188-190.

²¹⁵ S. Steinborn, *Aksjologiczne...*, s. 105.

²¹⁶ M. Cieślak, *Zagadnienia...*, s. 43.

gdy zakazy dowodowe eliminują co do niego możliwości poznawcze, niezależnie od tego, czy fakt ten w rzeczywistości miał miejsce.

3.1 Procedura sądowa jako model komunikacyjny

Mając na względzie poczynione spostrzeżenia, należy uznać, że normy procesowe tworzą określony model komunikacyjny²¹⁷. Charakterystyczne dla niego jest przyjęcie, że uzasadnienie twierdzenia stanowi relację między aktami mowy, a warunki ich ważności uznaje się za warunki prawomocności argumentów. Oznacza to, że prawidłowość wniosku może zostać zakwestionowana wyłącznie na tej podstawie, że nie odpowiadało ono normom stanowiącym reguły komunikacji, wyrażone w tym przypadku w normach procesowych. Odróżnia to model komunikacyjny zarówno od modelu epistemiczno-technologicznego, w którym o prawomocności argumentu przesądza odniesienie go do reguł logiki i twierdzeń empirycznych, jak i od modelu retoryczno-topicznego, w którym kluczowym zagadnieniem jest perswazyjna skuteczność argumentów. Odwołując się do pojęć wypracowanych w teorii aktów mowy, można stwierdzić, że w modelu retoryczno-topicznym argumenty rozpatrywane są jako akty perlokucyjne, których dokonuje się, aby wpłynąć na czyjeś przekonania lub postawy. Natomiast w modelu komunikacyjnym argumenty należy traktować jako akty illokucyjne, za pomocą których osiąga się określone rezultaty, a powodzenie tych działań zależy od tego, czy akt illokucyjny został dokonany zgodnie z ustanowionymi dla niego regułami²¹⁸.

Spojrzenie na postępowanie karne jako na model komunikacyjny pociąga za sobą ujęcie zakazów dowodowych jako norm ustanawiających reguły tego specyficznego dyskursu, decydujące tym samym o ważności argumentów formułowanych w jego toku. Oznacza to, że zakaz dowodowy nie wpływa jedynie na sposób, w jaki w postępowaniu karnym podmiot poznający może rekonstruować obraz rzeczywistości. Tego rodzaju norma określa po prostu, jakie argumenty w tym specyficznym dyskursie są dopuszczalne. Stanowi to kolejną rację dla uzasadnienia oderwania zakazów

²¹⁷ Pojęcie to wiąże się z zaproponowaną przez Habermasa komunikacyjną wizją prawa, zgodnie z którą system prawa powinien być tak ukształtowany, by zasadność aktów tworzenia i stosowania norm prawnych była oceniana przez pryzmat uzasadnienia tych czynności, co pozwoliłoby oprzeć funkcjonowanie systemu prawa na konsensualnie uznanych normach, a nie na groźbie bezpośredniego użycia przymusu, co powinno zapewnić opartą na wzajemnym zaufaniu stabilność systemu prawa. Należy zauważyć, że takie rozumienie prawa wzmacnia znaczenie norm pozbawionych sankcji, bowiem to nie one mają decydujący wpływ na przestrzeganie norm, ale należyte uzasadnienie ich obowiązywania, oparte na wartościach uznanych w społeczeństwie za istotne i pozytywnie ocenianych.

²¹⁸ L. Morawski, *Argumentacje...*, s. 95-97, 99.

dowodowych od kwestii wiarygodności dowodów, czy też oceniania samych zakazów dowodowych z perspektywy ich wpływu na prawidłowe ustalenie stanu faktycznego sprawy. Tym istotniejsza staje się zatem potrzeba właściwego wskazania racji przemawiających za obowiązywaniem konkretnego zakazu dowodowego, bowiem to właśnie one mają kluczowy wpływ na nadanie dyskursowi postępowania karnego określonych ram poznawczych.

Wskazuje się również, że proces sądowy może być bardziej racjonalną komunikacyjnie i w większym stopniu uwzględniającą zasady uczciwego porozumiewania się formą rozstrzygnięcia sporów niż alternatywne metody rozwiązywania sporów. W praktyce bowiem występowanie nierówności między partnerami interakcji społecznych skutkuje wypaczeniem idei mechanizmów konsensualnych, które stają się instrumentem dominacji silniejszych nad słabszymi, skutkując pogłębieniem ich podporządkowania²¹⁹.

3.2 Rodzaje reguł komunikacyjnych

Regulowane przepisami właściwej procedury postępowanie jest również prawnie ustanowionym sposobem komunikacji między stronami danego stosunku prawnego i organem powołanym do jego oceny. Z tej perspektywy reguły komunikacji można podzielić na internalne i eksternalne. Te pierwsze regulują procedury wymiany argumentów przed organem procesowym oraz podejmowania przez niego decyzji. Zaliczyć do nich można specyficzne dla każdej procedury reguły rozkładu ciężaru dowodu. Natomiast reguły eksternalne regulują procesy zdobywania i przekazywania informacji, mających służyć jako argument w sprawie, przez wszystkich uczestników postępowania. Do nich z kolei można zaliczyć zakazy dowodowe, traktowane jako zobowiązanie organów procesowych do nienaruszania określonych sfer życia, nieingerowania w pewne typy stosunków i więzi społecznych oraz nieposługiwania się pewnymi metodami działania²²⁰. Należy zauważyć, że zarzuty związane z naruszeniem zakazów dowodowych nie zmierzają do zakwestionowania prawdziwości sformułowanych w ten sposób twierdzeń. Tego rodzaju zastrzeżenia właściwe są dla założeń racjonalności technologicznej. Natomiast zarzuty naruszenia zakazów dowodowych związane są z racjonalnością komunikacyjną i niespełnieniem reguł uczciwej komunikacji. W związku z tym można stwierdzić, że ustalenia faktyczne w

²¹⁹ *Ibidem*, s. 112.

²²⁰ *Ibidem*, s. 243, 271-272.

dowodzie komunikacyjnym mają charakter nie tyle deskryptywny, co askryptywny. W tym modelu ustalenia faktyczne nie wynikają bowiem wyłącznie z wykazania zaistnienia określonych faktów (charakter deskryptywny), ale również ze stwierdzenia spełnienia reguł uczciwości komunikacyjnej. Zatem nieuwzględnienie dowodu może być skutkiem przypisania odpowiedzialności za ewentualne naruszenie reguł uczciwej komunikacji (charakter askryptywny)²²¹.

3.3 Reguły dyskursu obowiązujące w proceduralnym modelu komunikacyjnym

W kontekście ustanowienia w procedurze karnej specyficznych dla niej reguł poznania rzeczywistości, uznaję również, że uprawnione jest potraktowanie postępowania karnego jako dyskursu, który powinien być prowadzony według określonych reguł. Na wstępie należy przywołać postulat sformułowania adekwatnej etyki dyskursu. Zgodnie z nią każdorazowe formułowanie aktu mowy powinno dążyć do realizacji czterech roszczeń: zrozumiałości, prawdziwości, szczerości i słuszności²²². Wymiana wypowiedzi spełniających te wymagania prowadzi do zaistnienia sytuacji dyskursu. Służyć on powinien osiągnięciu rzeczywistego konsensu. By do tego doszło, komunikacja w ramach dyskursu powinna być wolna od nacisku i przymusu. Ponadto wyklucza się wszelkie formy systemowo zniekształconej komunikacji. Dyskurs powinien zapewnić swobodę krytyki i weryfikacji wszelkich przyjętych założeń, by żadne z nich nie zostało narzucone bądź przyjęte w sposób dogmatyczny. Wynika to z innej naczelnej zasady dyskursu – odwoływania się do przymusu lepszego argumentu, a nie do argumentu przymusu. Uczestnicy tej formy komunikacji powinni przy tym przyjmować postawę kooperacyjną, a nie strategiczną, co znaczy, że winni oni, w sposób szczerzy i wolny od nacisków czy manipulacji, dążyć do wspólnego rozwiązania problemu, a nie narzucenia swojego punktu widzenia czy zwycięstwa w sporze. Aby wszystkie te założenia mogły zostać spełnione, należy ustanowić odpowiednie ramy proceduralne. Gdyby udało się spełnić wszystkie te postulaty, doprowadziłoby to do zaistnienia idealnej sytuacji mowy, w której spełnione byłyby następujące warunki:

- 1) potencjalni uczestnicy dyskursu mieliby równe szanse jego otwarcia i kontynuacji;

²²¹ *Ibidem*, s. 273-274.

²²² *Ibidem*, s. 90-91.

- 2) mieli бы oni równe szanse wysuwania, obrony i kwestionowania wszelkich twierdzeń, wyjaśnień i interpretacji;
- 3) mieli by równe szanse szczerego wyrażania swoich intencji, uczuć i postaw;
- 4) mieli by równe szanse wysuwania roszczeń.

Tak skonstruowany dyskurs, stanowiący w gruncie rzeczy pewien konsensualny sposób uzasadniania norm i zdań, nie może być jednak, z racji swej kontrfaktyczności, uznany za opis realnie istniejącego zjawiska. Wymogi dyskursu mogą być jednak traktowane jako założenie, jakie powinni przyjąć uczestnicy procesu komunikacji, jeśli chcą go zracjonalizować komunikacyjnie²²³.

Rozstrzygnięcia formułowane w toku postępowania nie są jednak uzależnione od osiągnięcia porozumienia przez strony, i w tym znaczeniu są to decyzje autorytatywne. Świadom tego Habermas wskazywał, że działania stron postępowania mają zwykle charakter strategiczny i są nakierowane na osiągnięcie korzystnego rozstrzygnięcia, a nie na wspólne dochodzenie do wzajemnie akceptowanego rozwiązania sporu. Cechy te odróżniają postępowanie sądowe od opisanej sytuacji dyskursu, nakierowanego na kooperacyjne poszukiwanie prawdy lub słuszności w ramach nieograniczonej i wolnej od przymusu komunikacji. Jakkolwiek nie sposób w prosty sposób zrealizować dyskursywnych postulatów dotyczących komunikacji, to jednak można dążyć do tego, by normy procesowe w jak największym stopniu realizowały ideał racjonalności komunikacyjnej. Jako środki do osiągnięcia tego rezultatu wskazuje się przyznanie stronom uprawnienia do wyboru nie tylko procedury rozstrzygnięcia konfliktu i instytucji, która dokona tego rozstrzygnięcia, ale również norm, według których zostanie podjęta decyzja merytorycznie rozstrzygająca spór. Istotne dla realizacji postulatów racjonalności komunikacyjnej jest również to, w jakim zakresie rozstrzygnięcie ma dla stron charakter wiążący, a także w jakim stopniu procesy porozumiewania i podejmowania decyzji w toku postępowania odpowiadały regułom etyki dyskursu i idealnej sytuacji komunikacyjnej²²⁴.

Zwłaszcza co do postępowania karnego trzeba by uznać za utopijne założenie, że jego strony będą zachowywać się zgodnie z przywołanymi regułami dyskursu. Nie trzeba przy tym odwoływać się do zarzutów natury faktycznej, zgodnie z którymi trudno byłoby uznać za wiarygodną osobę dopuszczającą się przestępstw. Wystarczy zauważyć, jak

²²³ *Ibidem*, s. 93-95.

²²⁴ *Ibidem*, s. 104-105.

nierównomiernie rozłożone są w procesie karnym prawa i obowiązki jego uczestników. Konsekwencją zasady domniemania niewinności jest obciążenie ciężarem dowodu oskarżyciela, który musi udowodnić winę oskarżonego, podczas gdy ten ostatni nie musi podejmować żadnych działań, by dowieść swojej niewinności. Co więcej, ewentualne kłamstwa oskarżonego pozostają bezkarne, podczas gdy świadkowie podlegają odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań. Nie znaczy to jednak, że postulaty dążenia do osiągnięcia sytuacji dyskursu, nie mogą mieć zastosowania w odniesieniu do postępowania karnego. Należy bowiem zauważyć, że wskazane dysproporcje w traktowaniu uczestników postępowania wynikają z konieczności realizacji zasad uznanych za szczególnie doniosłe, jak choćby domniemanie niewinności czy prawo do obrony. W zakresie pozostałych czynności postępowania dążenie do realizacji postulatów dyskursu jest natomiast jak najbardziej możliwe, a nawet pożądane.

Przyjmuje się, że standardy współczesnego państwa prawa wymagają, by pociągnięcie kogoś do odpowiedzialności karnej było wynikiem rzetelnego procesu, co zresztą znajduje odzwierciedlenie w koncepcji *fair trial*. Dążenie do jak najpełniejszego spełnienia przedstawionych wyżej postulatów prowadzi zaś do tego, że nie sposób zakwestionować przebiegu takiego postępowania jako stronniczego, czy nawet ograniczającego realizację przywołanych już zasad gwarancyjnych, jak choćby domniemania niewinności czy prawa do obrony. Jednym z aspektów zasady *fair trail* jest bowiem lojalność państwa i jego organów, w tym prowadzących postępowanie karne, wobec jednostki, mającej prawo oczekiwać, że podejmowane wobec niej działania będą zgodne z gwarancjami rzetelnego procesu²²⁵. W orzecznictwie przekonanie to wyrażone zostało w stwierdzeniu, że „z istoty pojęcia rzetelnego procesu karnego w państwie prawa wynika nakaz, aby organy procesowe – rzecz prosta w najwyższym stopniu dotyczyć to ma sądu – procedowały tak, aby dla wszystkich uczestników procesu (także dla społeczeństwa, które w różny sposób uzyskuje informacje o toczącym się procesie) było widoczne, że z pełnym obiektywizmem dążą one do ustalenia prawdy materialnej i wydania sprawiedliwego orzeczenia przy pełnym przestrzeganiu gwarancji procesowych

²²⁵ W. Kręcisz, O wykładni ustaw w sposób zgodny z Konstytucją na tle stosowania art. 182 § 3 k.p.k., *Prokuratura i Prawo* 4/2000, s. 9. W kontekście istotnej z perspektywy tej pracy problematyki prawa dowodowego za istotny element zasady *fair trail* uznaje się przede wszystkim prawo stron do aktywnego udziału w postępowaniu dowodowym, prowadzonego z poszanowaniem zasady bezpośredniości – tak P. Hofmański, *Ochrona praw procesowych w prawie karnym procesowym. Zasada fair trail*, [w:] J. Skupiński (red.), *Standardy praw człowieka a polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 44-45.

uczestników procesu, w tym prawa oskarżonego do obrony (sprawiedliwość proceduralna)”²²⁶.

4. Konwencjonalny charakter czynności dowodowych i rządzących nimi norm

4.1 Czynności dowodowe w postępowaniu karnym jako czynności konwencjonalne

Czynności dowodowe w procesie karnym są czynnościami konwencjonalnymi. Zakazy dowodowe należy więc traktować jako reguły konwencjonalizacji albo reguły formalizacji postępowania dowodowego²²⁷. Podejmowane w toku postępowania czynności, z uwagi na normy regulujące jego przebieg, mają charakter czynności konwencjonalnych. Normy ustanawiające warunki uznania czynności konwencjonalnej za ważną można określić mianem reguł konwencjonalizacji lub reguł konstytutywnych – od ich spełnienia zależy, czy konkretna czynność C zostanie uznana za czynność konwencjonalną Ck. Ich naruszenie rodzi najpoważniejsze skutki. „Najbardziej drastyczne konsekwencje rodzi przekroczenie reguł konstytutywnych, bowiem czynność dokonana wbrew nim nie zostaje rozpoznana jako czynność określonego typu, nie jest zdalna do wygenerowania wytworu korzystającego z przymiotu ważności”²²⁸.

Natomiast formalizacja może przybrać dwojaką postać, przy czym dla objaśnienia każdej z nich posłużmy się przykładem czynności C, której dokonaniu, na mocy określonych reguł konwencjonalizacji, ma być przypisany sens dokonania czynności konwencjonalnej Ck. Pierwszy rodzaj formalizacji to formalizacja przez wyznaczenie obowiązku. Zgodnie z nią formalizacja czynności C polega na wyróżnieniu określonego sposobu wykonania czynności C za pomocą norm nakazujących i zakazujących. Przy tym czynność C wykonana inaczej niż przewidują to wskazane normy pozostaje nadal czynnością C, której, na mocy obowiązującej reguły konwencjonalizacji, przypisujemy sens czynności konwencjonalnej Ck²²⁹. Natomiast drugi rodzaj formalizacji to

²²⁶ Wyrok SA w Lublinie z 5.03.1999 r., II AKa 123/98, Apel.-Lub. 1999, nr 2, poz. 14.

²²⁷ B. Janusz-Pohl, Zakazy dowodowe w ujęciu dyrektywalnym – zarys problematyki, [w:] J. Skorupka, A. Drozd (red.), *Nowe spojrzenie na model zakazów dowodowych w procesie karnym*, Warszawa 2015, s. 118.

²²⁸ *Ibidem*, s. 121. Przy tym, jak jeszcze postaram się wykazać, konsekwencje te na płaszczyźnie sankcji ustawowej mogą być zrównane z pociągającymi za sobą, w teorii, łagodniejsze skutki, naruszeniami reguł formalizacji. Nieważność o której mowa w cytowanym fragmencie nie może być zrównywana z sankcją nieważności czynności procesowych.

²²⁹ Taka norma ma więc charakter *lex imperfecta*. W procedurze karnej jej specyficznym przykładem jest norma wyinterpretowana z art. 122 § 1 k.p.k. (Czynność procesowa dokonana po upływie terminu zawitego jest bezskuteczna) i art. 125 k.p.k. (Pismo omyłkowo wniesione przed upływem terminu do niewłaściwego

formalizacja przez wyznaczenie konsekwencji. W tym przypadku normy ustalają, że wykonanie czynności C w sposób z nimi niezgodny, jakkolwiek nie pozbawi jej charakteru ważnej czynności konwencjonalnej Ck, to pociągnie za sobą określone konsekwencje będące częściowo albo całkowicie niezgodne z intencją wykonawcy czynności²³⁰.

Uważam, że możliwe jest naruszenie reguł konwencjonalizacji, skutkujące nienadaniem czynności C znaczenia czynności konwencjonalnej Ck. Dochodzi do tego wtedy, gdy zgodnie z przepisami danej procedury, nigdy nie istniało uprawnienie do wykonania określonej czynności. Przy tym odróżnienie naruszenia reguł konwencjonalizacji od naruszenia reguł formalizacji przez wyznaczenie obowiązków może nie być możliwe na podstawie analizy samego tylko brzmienia przepisów. Za przykład może służyć art. 429 § 1 k.p.k., ustanawiający sytuacje, w których prezes sądu odmawia przyjęcia wniesionego środka odwoławczego²³¹. Mimo że we wszystkich sytuacjach sankcja procesowa jest ta sama – odmowa przyjęcia środka odwoławczego – to uważam, że dochodzi do naruszenia różnego rodzaju reguł. Wniesienie środka odwoławczego po terminie to naruszenie reguł formalizacji wyznaczających obowiązek dokonywania czynności procesowych w określonym ustawowo terminie. Ustawodawca przyznał więc uprawnienie, by dokonanie czynności C traktować jako czynność konwencjonalną Ck, ograniczając przy tym czasowo możliwość skorzystania z tego uprawnienia. Natomiast wniesienie środka odwoławczego niedopuszczalnego z mocy ustawy albo przez osobę nieuprawnioną stanowi według mnie naruszenie reguły konwencjonalizacji. W obu tych sytuacjach nigdy nie istniało odpowiadające tym działaniom uprawnienie do zaskarżenia określonego rozstrzygnięcia. Nigdy nie istniała więc możliwość, by na podstawie jakiegokolwiek reguły konwencjonalnej, potraktować

sądu, prokuratora, organu Policji albo innego organu postępowania przygotowawczego uważa się za wniesione z zachowaniem terminu), zgodnie z którą czynność procesowa polegająca na wniesieniu pisma do właściwego sądu po upływie terminu zawitego z powodu wniesienia go w trakcie biegu terminu zawitego do niewłaściwego sądu nie jest bezskuteczna.

²³⁰ B. Janusz-Pohl, *Zakazy dowodowe...*, s. 116-117. Przy tym należy zauważyć, że niekoniecznie musi tu chodzić o niezgodność z intencją, ale raczej z wyrażonym wprost znaczeniem czynności. Przykładem może być wniesienie przez obrońcę środka odwoławczego, którego uwzględnienie skutkowałoby pogorszeniem sytuacji oskarżonego. Gdyby zachowanie takie było intencjonalne, to rodziłoby odpowiedzialność dyscyplinarną obrońcy. Niemniej środek taki nie powinien być uwzględniony przez sąd z uwagi na art. 85 § 1 k.p.k., zgodnie z którym obrońca może przedsięwziąć czynności procesowe jedynie na korzyść oskarżonego. Wniosek ten znajduje potwierdzenie w orzecznictwie np. postanowieniu SN z 7.10.2020 r., IV KS 24/20, LEX nr 3152855 – „Niedopuszczalny z mocy ustawy i nie podlega rozpoznaniu wniesiony przez obrońcę zwykły środek odwoławczy, względnie nadzwyczajny środek zaskarżenia, werbalnie deklarujący zaskarżenie orzeczenia na korzyść oskarżonego, to o innym w istocie kierunku”.

²³¹ Prezes sądu pierwszej instancji odmawia przyjęcia środka odwoławczego, jeżeli wniesiony został po terminie lub przez osobę nieuprawnioną albo jest niedopuszczalny z mocy ustawy.

czynność C (wniesienie pisma oznaczonego jako środek odwoławczy) jako czynność konwencjonalną C_k (wniesienie środka odwoławczego inicjującego kontrolę rozstrzygnięcia). Posłużenie się przez ustawodawcę tożsamą sankcją procesową²³² w obu tych sytuacjach nie może według mnie przesądzać, że dochodzi również do naruszenia reguł tego samego rodzaju. Sensem takiej regulacji jest bowiem ustanowienie określonego sposobu reagowania organu procesowego na dokonanie nieprawidłowej czynności procesowej, nie zaś rozstrzygnięcie, na czym dokładnie ta nieprawidłowość polega.

4.2 Zakazy dowodowe jako normy postępowania

Nie należy zgodzić się z twierdzeniem, że zakazy dowodowe nie są normami postępowania²³³. Charakter reguł konwencjonalnych albo reguł formalizacji nie pozbawia zakazów dowodowych podstawowej cechy pragmatycznej normowania postępowania, czyli wpływania na zachowanie jej adresatów. Skutek ten może być wszak wywierany pośrednio, w tym przypadku przez taki sposób ustanowienia granic procesowego poznania rzeczywistości, że ich przekroczenie, w postaci naruszenia zakazu, wywoływałoby konsekwencje przeciwne do zamierzonych, bowiem skutkowałoby niemożnością wykorzystania tak uzyskanych dowodów.

Co więcej, jasno wskazuje się, że niektóre normy postępowania zawierają upoważnienie do dokonania przez kogoś w przewidziany przez nie sposób określonych czynności konwencjonalnych, z takim skutkiem, że ich dokonanie zaktualizuje określony obowiązek adresata takiej normy²³⁴. Taka sytuacja zachodzi w odniesieniu do normy wyrażonej w art. 186 § 1 k.p.k.²³⁵. Daje ona świadkowi uprawnionemu do odmowy złożenia zeznań uprawnienie do skorzystania z tego prawa do rozpoczęcia pierwszego przesłuchania w toku postępowania sądowego. Skorzystanie przez świadka z tego uprawnienia aktualizuje po stronie sądu zakaz traktowania wcześniej złożonych zeznań

²³² Tym samym nie podzielam stanowiska, że o nastąpieniu konsekwencji czynności procesowej, w znaczeniu jej następstw, można mówić „dopiero po stwierdzeniu, iż dana czynność spełnia jej właściwe reguły konwencjonalizacji (reguły konstytucyjne)” (B. Janusz-Pohl, *Zakazy dowodowe...*, s. 123). Uważam bowiem, że również czynność naruszająca reguły konwencjonalne może mieć procesowe następstwa w postaci orzeczenia o nienastąpieniu skutku, którego zamiar wywołania deklarował jej wykonawca.

²³³ *Ibidem*, s. 122.

²³⁴ Z. Ziemiński, *Wstęp...*, s. 200.

²³⁵ Art. 186 § 1 k.p.k. Osoba uprawniona do odmowy złożenia zeznań albo zwolniona na podstawie art. 185 może oświadczyć, że chce z tego prawa skorzystać, nie później jednak niż przed rozpoczęciem pierwszego zeznania w postępowaniu sądowym; poprzednio złożone zeznanie tej osoby nie może wówczas służyć za dowód ani być odtworzone.

jako dowodu, co można również określić jako nakaz powstrzymania się od zaliczenia tych zeznań w poczet materiału dowodowego.

Proces sądowy pozbawiony formalizujących regulacji, określających choćby wspomniane już czas i sposób dokonywania czynności procesowych, nie byłby w stanie realizować swojej funkcji z racji skrajnej nieefektywności. Formalizacja postępowania, w tym czynności dowodowych, nie jest wartością samą w sobie, ale powinna służyć realizacji sprawiedliwości materialnej, której podstawę stanowi dokonanie prawdziwych ustaleń faktycznych, a także sprawiedliwości proceduralnej, w istotnym stopniu związanej w procesie karnym z poszanowaniem praw oskarżonego. W związku z tym nadmierna formalizacja postępowania może, zdaniem Kmiecika, niweczyć dążenie do osiągnięcia stanu sprawiedliwości proceduralnej i materialnej. Autor ten postulował ostrożne rozluźnienie formalizmu procesowego, deklarując potrzebę sformułowania zasady ograniczonego formalizmu, mającej służyć pogodzeniu sędziowskiej swobody poznawczej z gwarancyjną funkcją prawa karnego. Wskazanie granic tego procesu jest konieczne z uwagi na zasadę praworządności, a w tym aspekcie pomocna okazać się może identyfikacja celu ustanowionych norm dotyczących przebiegu postępowania²³⁶. Niewątpliwie jednak w postępowaniu karnym zasadą jest swoboda dowodzenia, bowiem za dowód może służyć wszystko, co jest przydatne do rozstrzygnięcia sprawy i nie zostało zabronione przez prawo. Z pewnością więc zakazy dowodowe są wyjątkiem od tej zasady²³⁷.

4.3 Normy proceduralne jako normy kreujące sposób poznania rzeczywistości

Odwołując się raz jeszcze do porównania modeli poznania sądowego i poznania naukowego, należy podkreślić, że nie można ich uznawać za wyłącznie normatywne²³⁸, lecz za modele normatywno-teleologiczne²³⁹. Zgodnie z założeniami modelu poznania

²³⁶ R. Kmiecik, *Dowód ścisły...*, s. 10, 13, 15, 19. Wynika stąd, że autor nie dostrzegał możliwości pełnego pogodzenia zasady prawdy materialnej z gwarancjami procesowymi oskarżonego. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że formalizm postrzegał on w dużej mierze przez pryzmat reliktyw legalnej teorii dowodowej – o czym świadczy cytowany fragment rumuńskiej i bułgarskiej ustawy karnoprosesowej „dowody nie mogą mieć wartości ustalonej z góry”, oraz jako przeciwwagę dla postrzeganej przez niego jako „antyformalistycznej” kryminalistyki. Nie sposób pozbyć się przy tym wrażenia, że takie ujmowanie problemu wynikało z ówczesnej metody dialektycznej, której konieczność stosowania wynikała z marksistowskich zasad naukowych.

²³⁷ M. Rusinek, *Z problematyki...*, s. 35.

²³⁸ Uwzględnia on wyłącznie zgodność badanego zjawiska z wymaganiami nałożonymi na niego przez określone normy lub dyrektywy.

²³⁹ Uwzględnia on nie tylko zgodność badanego zjawiska z wymaganiami nałożonymi na niego przez określone normy lub dyrektywy, ale służy rozważeniu również innego sposobu ukształtowania tych norm lub dyrektyw.

naukowego możliwa jest ocena metodologii danego sposobu poznania rzeczywistości. W modelu tym jedynym celem, którego realizacji mają służyć reguły metodologiczne, jest uzyskanie prawdziwych twierdzeń o rzeczywistości. Natomiast proces poznania sądowego, w przeciwieństwie do naukowego, nie ma charakteru samoistnego, ale stanowi istotną część postępowania sądowego. W związku z tym poznanie sądowe nie opiera się wyłącznie na własnych celach metodologicznych, ale powinno służyć realizacji celów całego postępowania sądowego. Jego bezpośrednim celem jest natomiast praworządne wydanie wyroku rozstrzygającego sprawę. Dla jego realizacji niezwykle doniosłe jest ustalenie prawdziwego stanu faktycznego. Nie stanowi to jednak jedynej wartości, którą powinno się uwzględniać w postępowaniu sądowym. Realizacji innych wartości, których rekonstrukcja jest jednym z celów pracy, służą ograniczenia zasady prawdy obiektywnej, do których zalicza się zakazy dowodowe. Podporządkowanie się im traktuje się więc jako jedno z kryteriów zasadności twierdzeń formułowanych w ramach poznania sądowego. Aksjologiczna zasadność takich twierdzeń jest bowiem jednym z wyznaczników prawidłowości ich formułowania, skoro następuje to w toku postępowania sądowego, realizującego zróżnicowane wartości.

Przeprowadzane w toku postępowania karnego czynności poznawcze – dowodowe – mają charakter czynności konwencjonalnych, a zatem powinny być zrealizowane w określony sposób, w określonym trybie i przez określone podmioty. Zresztą całe postępowanie sądowe jest zespołem wzajemnie powiązanych czynności konwencjonalnych. To właśnie ten konwencjonalny charakter czynności poznawczych powoduje, że przestrzeganie norm rządzących postępowaniem sądowym jest elementem kreującym te czynności. Jeśli bowiem zostaną one przeprowadzone wbrew tym normom, to w zależności od rodzaju sankcji, mogą zostać pozbawione waloru dowodu, choćby były przydatne do ustalenia prawdziwego stanu faktycznego. Tym samym metodologiczny paradygmat poznania sądowego ma charakter konwencjonalny, w przeciwieństwie do paradygmatu poznania naukowego. Natomiast pojęcie zasadności twierdzenia w poznaniu sądowym nie jest równoznaczne z zasadnością w rozumieniu naukowym. Zatem przyznanie waloru zasadności stwierdzeniu sformułowanemu w postępowaniu sądowym nie oznacza uznania go tym samym za prawdziwe. Zasadność takiego stwierdzenia świadczy wyłącznie o tym, że w sposób wiążący wchodzi w skład twierdzeń służących ustaleniu podstawy faktycznej wyroku. Wypada wreszcie podkreślić, że spełnienie reguł zasadności metodologicznej nie jest warunkiem wystarczającym do stwierdzenia zasadności w postępowaniu sądowym, a nadto

zasadność metodologiczna nie jest warunkiem niezbędnym do stwierdzenia zasadności twierdzenia sformułowanego w postępowaniu sądowym, a to ze względu na obowiązywanie norm procesowych modyfikujących reguły zasadności metodologicznej oraz dotyczących prawomocności rozstrzygnięć²⁴⁰.

Należy zauważyć, że działania ustawodawcy nie zawsze prowadzą do ograniczenia możliwości dowodowych. Ustanowienie domniemań prawnych albo bezdowodowych reguł postępowania rozpoznawczego²⁴¹ może służyć uproszczeniu dowodzenia²⁴². Domniemania prawne mogą jednak służyć również przełamaniu obowiązku poznania prawdy na rzecz innych, społecznie doniosłych wartości, np. w przypadku domniemania ojcostwa, które zabezpiecza dobra dziecka²⁴³. Należy zauważyć, że przypisywanie takiej funkcji domniemaniom prawnym czyni je podobnymi do zakazów dowodowych, których sensem jest właśnie ograniczenie możliwości dotarcia do prawdy w imię innych, doniosłych wartości. Znamienne natomiast jest to, że zaprezentowane przykłady domniemań prawnych dotyczą postępowania cywilnego, podczas gdy zasadniczo nie występują one w procesie karnym²⁴⁴. Można stąd wywieść wniosek, że w procesie karnym nie ustanowiono reguł pozwalających uprościć postępowanie dowodowe przez zwolnienie z wymogu udowodnienia wszystkich istotnych dla sprawy faktów. Wynika to zapewne z odmienności przedmiotu procesu i różnicy w istotności orzeczeń sądów karnych z perspektywy praw człowieka. Ustanowione w procesie karnym reguły dowodzenia w postaci zakazów dowodowych mogą jedynie uniemożliwić sięgnięcie po niektóre środki dowodowe, nie zezwalają

²⁴⁰ M. Zieliński, *Poznanie sądowe...*, s. 192-197.

²⁴¹ Przykładem może być art. 29 § 1 k.c.: Zaginiony może być uznany za zmarłego, jeżeli upłynęło lat dziesięć od końca roku kalendarzowego, w którym według istniejących wiadomości jeszcze żył; jednakże gdyby w chwili uznania za zmarłego zaginiony ukończył lat siedemdziesiąt, wystarcza upływ lat pięciu.

²⁴² Tu za przykład może służyć art. 32 k.c.: Jeżeli kilka osób utraciło życie podczas grożącego im wspólnie niebezpieczeństwa, domniemywa się, że zmarły jednocześnie.

²⁴³ Art. 85 § k.r.o. Domniemywa się, że ojcem dziecka jest ten, kto obcował z matką dziecka nie dawniej niż w trzechsetnym, a nie później niż w sto osiemdziesiątym pierwszym dniu przed urodzeniem się dziecka, albo ten, kto był dawcą komórki rozrodczej w przypadku dziecka urodzonego w wyniku dawstwa partnerskiego w procedurze medycznie wspomaganey prokreacji. Tak J. Jaśkiewicz, *Poznanie faktów w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2013, s. 153-154.

²⁴⁴ Najdonioślejszym wyjątkiem jest chyba art. 258 § 2 k.p.k., zgodnie z którym: „Jeżeli oskarżonemu zarzuca się popełnienie zbrodni lub występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat, albo gdy sąd pierwszej instancji skazał go na karę pozbawienia wolności nie niższą niż 3 lata, potrzeba zastosowania tymczasowego aresztowania w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania może być uzasadniona grożącą oskarżonemu surową karą”. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się bowiem, że obawa wymierzenia podejrzanemu surowej kary rodzi samoistne domniemanie podejmowania z jego strony prób bezprawnego utrudniania postępowania, czego w tym przypadku nie trzeba już dowodzić.

jednak na zwolnienie z powinności dowiedzenia faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Analizując normy dotyczące postępowania dowodowego, trzeba zdawać sobie sprawę z istnienia związanych z nim dylematów. Co powinno zostać uznane za decydujący czynnik w procesie rozstrzygania kolizji między konkurującymi ze sobą regułami i sprzecznymi faktami – przekonania sędziego, empiryczne doświadczenia, względy moralne – jeśli żaden z tych czynników nie jest w stanie zupełnie wyeliminować ryzyka błędów i niepodważalnie zagwarantować prawdziwości dokonanych ustaleń? Kto powinien ponosić ryzyko wynikającej z tego niepewności w ustalaniu faktów? Wreszcie, w jaki sposób rozwiązać dylemat między koniecznością ustalenia prawdy a koniecznością przestrzegania norm moralnych w trakcie zbierania informacji niezbędnych do podjęcia decyzji?²⁴⁵

5. Wpływ zakazów dowodowych na postępowanie karne

5.1 Spór o charakter zakazów dowodowych jako norm ustanawiających wyjątek od zasady prawdy materialnej

Dotychczasowe analizy wskazują na trafność charakterystyki zakazów dowodowych jako reguł o charakterze wyjątków w modelu procesu karnego. Skutkowałoby to stosowaniem do tego rodzaju norm dyrektywy zakazującej ich rozszerzającej wykładni (*exceptiones non sunt extendendae*). Wniosek taki jest jednak uprawniony tylko do pewnego stopnia, co głównie wynika z relacji między zakazami dowodowymi a zasadą swobody dowodzenia. Te same normy, które ograniczają swobodę dowodzenia, strzegą jednocześnie określonych gwarancji uczestników postępowania karnego, nieraz mających źródło w ich konstytucyjnych prawach i wolnościach. Biorąc to pod uwagę, należałoby uznać za uzasadnioną wykładnię rozszerzającą tego rodzaju norm, pełniących funkcję gwarancyjną. Tym bardziej, że od pewnego czasu obserwuje się konstytucjonalizację postępowania dowodowego, co służyć ma ochronie wspomnianej już uczciwości komunikacyjnej w interakcjach społecznych²⁴⁶. Jakkolwiek proces karny intuicyjnie kojarzony jest z dążeniem do ustalenia prawdy co do faktów będących przedmiotem postępowania, to trzeba zdawać sobie sprawę, że dochodzenie przez organy

²⁴⁵ L. Morawski, *Argumentacje...*, s. 116.

²⁴⁶ *Ibidem*, s. 239.

państwa przebiegu wydarzeń dotyczących jednostek stanowi wyjątek od zasady autonomii informacyjnej wyrażonej w art. 51 ust. 1-2 Konstytucji RP²⁴⁷. Oczywiście proces karny prowadzony jest na podstawie ustawy, spełnia więc wymóg z art. 51 ust. 1 Konstytucji RP, co jednak tylko potwierdza jego wyjątkowy charakter w odniesieniu do zakazu gromadzenia informacji przez władze publiczne. Uświadomienie sobie tego otoczenia normatywnego pozwala odwrócić perspektywę i nie ujmować zakazów dowodowych jako wyjątków od generalnie obowiązującej zasady prawdy, ale uznać je za normy służące pierwotnej na gruncie Konstytucji RP zasadzie autonomii informacyjnej²⁴⁸. W tym kontekście zwraca się uwagę na to, że postrzeganie zakazów dowodowych na przestrzeni lat uległo istotnej zmianie. W tle nakazu nieograniczonego dążenia do prawdy początkowo akcentowano przede wszystkim wyjątkowy charakter zakazów dowodowych, by obecnie traktować je jako ograniczenie wpisujące się w samą istotę obowiązku wyjaśniania i zasady prawdy²⁴⁹.

Wskazuje się więc, że zakazy dowodowe stoją na straży prawa do nieujawniania informacji. Są one czymś innym niż ściśle rozumiane normy dotyczące ochrony informacji, bowiem one dotyczą informacji, które są w jakimś sensie niejawne. Natomiast prawo do nieujawniania informacji dotyczy również takich spośród nich, które nie są objęte prawnie chronioną tajemnicą, ale które, mimo z założenia jawnego charakteru, mogą nie być ujawniane w konkretnych okolicznościach, np. w toku postępowania karnego. Na gruncie orzecznictwa niemieckiego FTK z prawem do nieujawniania informacji powiązane jest prawo do samostanowienia, upoważniające dysponenta informacji nie tylko do zabronienia zbierania informacji, ale również dalszego ich przetwarzania. Przyjmuje się, że prawo do nieujawniania informacji zalicza się do kategorii praw obrony, i odpowiada mu roszczenie obrony. Występuje ono w dwóch postaciach. Roszczenie pierwotne polega na żądaniu zaniechania naruszenia dobra prawnego. W przypadku, gdy do naruszenia już doszło, roszczenie pierwotne zamienia się w roszczenie wtórne, nakierowane na usunięcie skutków naruszenia. W realiach procesu karnego polegałoby ono na żądaniu usunięcia informacji zgromadzonych przez organy ścigania i zaniechaniu wykorzystania ich w orzekaniu²⁵⁰.

²⁴⁷ Art. 52. 1. Nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawniania informacji dotyczących jego osoby. 2. Władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym.

²⁴⁸ M. Rusinek, *Z problematyki zakazów...*, s. 36-37.

²⁴⁹ D. Gruszecka, *Zarys problematyki...*, s. 45.

²⁵⁰ K. Amelung, *Zasady rządzące...*, s. 24-25.

Gdyby więc skupić się na aspekcie gwarancyjnym tego rodzaju norm, należałoby stosować ich wykładnię rozszerzającą²⁵¹. Jeśli jednak położymy nacisk na to, że zakaz dowodowy utrudnia realizację podstawowych zasad procesu karnego, to uzasadniony będzie wniosek nakazujący stosowanie w ich interpretacji zasady *exceptiones non sunt extendendae*. Wobec konkurencyjności tych stanowisk, konieczne jest wybranie jednego z nich. Przy tym żadnego z zakazów dowodowych nie da się traktować wyłącznie jako normy gwarancyjnej albo ograniczającej realizację celów procesu karnego. Cechy te wzajemnie się przenikają, w związku z czym zasadnym jest przeanalizowanie w odniesieniu do poszczególnych zakazów, który z tych aspektów ma donioślejsze znaczenie²⁵². O ile jednak w tego rodzaju wnioskach można, a nawet należy, wskazać do jakiego stopnia dana norma ma charakter gwarancyjny, do jakiego zaś ograniczający, o tyle decyzja co do przyjęcia jednej z dwóch wspomnianych dyrektyw interpretacji musi mieć charakter jednoznaczny, nie da się ich bowiem ze sobą pogodzić. W związku z tym jednym z celów pracy będzie określenie, jaki charakter powinna mieć wykładnia poszczególnych zakazów dowodowych: rozszerzający czy zwężający.

Uważam ponadto, że nie można poprzestać na postulatach stosowania wykładni *secundum legem*, które mogą być formułowane zwłaszcza przez zwolenników wykładni literalnej. Zakazy dowodowe dotyczą nieraz bardzo istotnych sfer życia. Może to skutkować żywymi dyskusjami dotyczącymi objęcia nimi sytuacji, które mogą nie mieścić się w zakresie normowania wyznaczonym na gruncie wykładni językowej. Zatem formułowane w tej pracy postulaty interpretacyjne należy rozumieć jako sugestie dotyczące kierunku rozstrzygnięcia takich właśnie spornych przypadków, w których ograniczenie się do wykładni językowej może prowadzić do kontrowersyjnych rezultatów.

²⁵¹ Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 61-62.

²⁵² Wskazuje się również na przeciwieństwo między funkcją gwarancyjną a prakseologiczną zakazów dowodowych. Ta ostatnia ma związek z aprioryczną oceną wiarygodności poszczególnych dowodów i nakazuje eliminację tych z nich, które z góry można uznać za niewiarygodne. „W takim ujęciu nie ma wątpliwości, że dopuszczalna i uzasadniona jest progwarancyjna funkcjonalna wykładnia rozszerzająca przepisów statuujących zakazy dowodowe. Inaczej by się natomiast rzecz przedstawiała, gdyby wykładnia funkcjonalna bazować miała na funkcji prakseologicznej zakazu dowodowego, czyli odwołującej się do trudności z oceną jego wiarygodności (...) wyklucza to rozszerzającą wykładnię uzasadnianą potrzebą realizacji funkcji prakseologicznej zakazów” – M. Rusinek, *Z problematyki zakazów...*, s. 38. Uważam, że bardziej operatywne jest zestawienie ze sobą względów gwarancyjnych oraz ograniczających realizację zasad procesu karnego. Uznaję bowiem, że funkcja prakseologiczna zakazów dowodowych ma charakter wyłącznie przygodny i nie jest elementem ich definicji. Oznacza to, że istnieją zakazy dowodowe pozbawione funkcji prakseologicznej, brak jest zaś zakazów dowodowych pozbawionych funkcji gwarancyjnej. Wszystkie one zaś w pewnym stopniu ograniczają realizację wskazanych już naczelných zasad procesu karnego.

II.5.2 Konstytucjonalizacja zakazów dowodowych

Powiązanie interpretacji zakazów dowodowych z normami konstytucyjnymi jest jednym z przejawów prokonstytucyjnej wykładni przepisów. Przez pojęcie to należy rozumieć dyrektywę wyboru w trakcie wykładni takiego znaczenia normy, które będzie jak najściślej odpowiadać treści relewantnej regulacji konstytucyjnej. Konsekwencją zastosowania tego rodzaju wykładni jest konieczność ustalenia wartości wyrażanych przez normy konstytucyjne i skonfrontowanie ich z rezultatami wykładni przepisów rangi ustawowej, których interpretacja powinna być ostatecznie podporządkowana treści norm konstytucyjnych. Co ważne, wykładnia prokonstytucyjna jest użyteczna nie tylko w przypadku konfliktu wartości konstytucyjnych i ustawowych. Można z niej korzystać również wtedy, gdy ustawodawca niedostatecznie uregulował określone zagadnienia. Wtedy wykładnia prokonstytucyjna służy dookreśleniu czy modyfikacji treści normy, przy czym jej granicą jest zakaz dokonywania wykładni *contra legem*. W takim ujęciu główną funkcją zakazów dowodowych jest ochrona praw jednostki w postępowaniu karnym²⁵³.

Niektórzy autorzy wyróżniają zakazy dowodowe *sensu largo*, którymi są wyinterpretowane z Konstytucji RP normy zakazujące wykorzystania dowodów naruszających przepisy postępowania określające cel, przesłanki, właściwość organów i tryb przeprowadzania czynności dowodowych. Jako przykłady wskazuje się: brak pouczenia o prawie do odmowy udzielenia informacji albo uzyskanie ich poza granicami podsłuchu telefonicznego bądź przeszukanie pomieszczeń mieszkalnych albo niemieszkalnych. Pojęcia zakazów dowodowych *sensu largo* używa się też na gruncie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i dotyczącego jej dorobku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W jego orzecznictwie często podkreśla się, że dane prawo albo wolność jest jedną z głównych podstaw demokratycznego społeczeństwa lub jednym z podstawowych warunków jego rozwoju i samorealizacji każdej jednostki. Takie argumenty mają charakter aksjologiczno-polityczny, zaś odwoływanie się do nich wynika z tego, że ETPC stoi na straży wartości, które powinny być podzielane przez wszystkie demokratyczne społeczeństwa. Do nich zalicza się akceptację *rule of law* i poszanowanie

²⁵³ J. Skorupka, Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym, [w:] T. Grzegorzczak, R. Olszewski (red.), *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015-2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, Warszawa 2017, s. 351-355.

praw człowieka, co z kolei uzasadnia gotowość państw Rady Europy do rezygnacji z części ich suwerenności i uznawanie jurysdykcji ETPC, a także obowiązywanie EKPC²⁵⁴.

Konwencyjnych zakazów dowodowych *sensu largo*, opartych na treści art. 3, art. 6 i art. 8 EKPC, nie sposób uznać za klasyczne zakazy dowodowe, a należy je raczej traktować jako wskazówki co do poziomu respektowania standardu rzetelnego procesu karnego. Kluczowa jest bowiem waga wadliwego dowodu dla dokonania ustaleń faktycznych będących podstawą rozstrzygnięcia o odpowiedzialności karnej. Przyjmuje się bowiem, że proces może być uznany za nierzetelny, gdy wadliwy bądź nielegalny dowód był głównym lub jedynym dowodem obciążającym. Przy tym stwierdzenie wskazanych nieprawidłowości w przeprowadzeniu dowodów zasadniczo rodzi jedynie poważne domniemanie nierzetelności procesu, które może zostać obalone, gdy dojdzie do zerwania związku przyczynowego między nieprawidłowo przeprowadzonym dowodem a wydanym orzeczeniem²⁵⁵.

²⁵⁴ A. Kalisz, Multicentryczność systemu prawa polskiego a działalność orzecznicza Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, *RPEiS* 4/2007, s. 48.

²⁵⁵ J. Skorupka, Prokonstytucyjna wykładnia..., s. 356-361. Dodajmy, że w przypadku uzyskania dowodu w wyniku stosowania tortur, postępowanie zawsze powinno zostać uznane za nierzetelne, bez konieczności badania wpływu dowodu na treść orzeczenia.

Rozdział III.

Aksjologiczna charakterystyka zakazów dowodowych

1. Metodologia charakteryzowania zakazów dowodowych

W pracy tej nie przyjąłem żadnej z wielu systematyk zakazów dowodowych, prezentowanych w literaturze postępowania karnego. Celem opracowania nie jest bowiem analiza dogmatyczna. W związku z tym proponowane kryteria podziałów zakazów dowodowych nie są istotne z perspektywy założeń tej pracy. Nie proponuję również własnej ich systematyki, bowiem traktuję je przede wszystkim jako nośnik wartości, których próbę zidentyfikowania podejmuję. Z tego też powodu w tej części pracy przeanalizuję normy uznane przeze mnie za wyrażające najistotniejsze wartości konkurujące w procesie karnym z dążeniem do poczynienia prawdziwych ustaleń faktycznych. Znajdą się więc tu analizy norm: *nemo se ipsum accusare tenetur*, zakazu przesłuchania obrońcy co do faktów, o których dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę, zakazu dowodzenia treści narady sędziowskiej, zakazu przesłuchania duchownego co do faktów, których dowiedział się podczas spowiedzi, zakazu przesłuchania lekarza i lekarza psychiatry co do oświadczeń złożonych przez oskarżonego, zakaz przesłuchania osoby, która odmówiła złożenia zeznań jako osoba najbliższa dla oskarżonego, zakazu przesłuchania osoby zobowiązanej do zachowania tajemnicy państwowej albo związanej z wykonywaną funkcją lub zawodem.

Pierwsza z tych norm nie została ujęta jako jeden konkretny zakaz. Uważam bowiem, że nie można by w taki konkretny sposób wyrazić sensu tej naczelnej zasady gwarancyjnej procesu karnego. Norma ta, mająca w istocie postać toposu prawnego, jest bowiem źródłem szeregu konkretnych regulacji procesowych. Nie będę wymieniać ani opisywać ich wszystkich, skupiając się na próbie uchwycenia głównych elementów prawa do nieobciążania się. Z kolei ostatni z omawianych zakazów ma najszerszy zakres. Wynika to również z tego, że w ramach jednego punktu omawiam tajemnice, do których odnoszą się dwa różne przepisy kodeksu postępowania karnego – art. 179 i art. 180. Uważam bowiem, że zostały one ustanowione w celu ochrony pewnych rodzajów tajemnic, których zakres jest jednak tak szeroki i zróżnicowany, że na poziomie kodeksu postępowania karnego posłużono się ogólnymi stwierdzeniami o tajemnicy państwowej, służbowej i zawodowej. Co prawda niektórym z nich została zapewniona ściślejsza ochrona, a one same zostały wprost wskazane w analizowanych przepisach, jednak nie

zmienia to ich charakteru jako tajemnic, których dochowanie uzasadnione jest zwykle wartościami istotnymi dla danej dziedziny życia społecznego, przygodnie tylko związanego z postępowaniem karnym. Tym właśnie odróżniają się one choćby od tajemnicy obrończej, która poza procedurą karną *sensu largo* nie występuje, a to z racji specyficzności funkcji obrońcy. Z tych też przyczyn we wskazanym punkcie opisałem również pokrótce zakaz dowodowy związany z immunitetem dyplomatycznym.

Każdy podrozdział służący opisowi i analizie poszczególnych zakazów dowodowych został podzielony na sześć kategorii: istota, uzasadnienie, rodowód i ewolucja, przykłady zastosowania, charakterystyka oraz krytyka. Przyjęcie takiej metody analizy służy wyłącznie uporządkowaniu wywodu, a kategorii tych nie należy traktować jako posiadających wyraźnie wyznaczone granice pojęciowe. Wręcz przeciwnie, elementy analizy zawarte w tych kategoriach przenikają się nieraz ze sobą, a dopiero ich łączne odczytania pozwala w pełni przedstawić omawiany zakaz dowodowy.

2. *Nemo se ipsum accusare tenetur*

2.1 Istota

Art. 74 § 1 k.p.k.²⁵⁶ stanowi normatywną podstawę zasady *nemo se ipsum accusare tenetur*, rozumianej jako prawo do nieobciążania się. Zasada ta wyraża zakaz nakładania na oskarżonego dwóch obowiązków: dowodzenia swej niewinności i dostarczania dowodów obciążających samego siebie. Z perspektywy problematyki zakazów dowodowych interesująca jest zwłaszcza druga z tych norm. Wyrażający ją przepis został w kodeksie postępowania karnego dopełniony zakazem stosowania niedozwolonych metod przesłuchania, w trakcie którego korzystano by z przymusu, groźby bezprawnej, hipnozy, określonych środków chemicznych albo technicznych²⁵⁷, a także zakazem odczytywania zeznań złożonych przez podejrzanego w charakterze świadka²⁵⁸. Uważam,

²⁵⁶ Oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swej niewinności ani obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść.

²⁵⁷ Art. 171 § 5 k.p.k. Niedopuszczalne jest: 1) wpływanie na wypowiedzi osoby przesłuchiwanej za pomocą przymusu lub groźby bezprawnej; 2) stosowanie hipnozy albo środków chemicznych lub technicznych wpływających na procesy psychiczne osoby przesłuchiwanej albo mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji jej organizmu w związku z przesłuchaniem.

²⁵⁸ Art. 389 § 1 k.p.k. Jeżeli oskarżony nie stawił się na rozprawę, odmawia wyjaśnień lub wyjaśnia odmiennie niż poprzednio albo oświadcza, że pewnych okoliczności nie pamięta, wolno na rozprawie odczytywać tylko w odpowiednim zakresie protokoły jego wyjaśnień złożonych poprzednio w charakterze oskarżonego w tej lub innej sprawie w postępowaniu przygotowawczym lub przed sądem albo w innym postępowaniu przewidzianym przez ustawę.

że z perspektywy aksjologicznej zakazy te stanowią odzwierciedlenie tej samej zasady, wykluczającej korzystanie z takich rozwiązań, które prowadziłyby do mimowolnego dostarczenia przez oskarżonego obciążających go dowodów.

Zakaz zmuszania oskarżonego do dostarczania dowodów przeciwko samemu sobie uzasadniony jest obawą przed stosowaniem wobec niego środków przymusu przez organy państwa. Odwołując się do stanowiska sędziego ETPC Boštjana Zupančič'a, wyrażonego w jego zdaniu odrębnym do wyroku trybunału w sprawie Jalloh przeciwko Niemcom²⁵⁹, należy stwierdzić, że postępowanie karne prowadzone na podstawie przepisów prawa powszechnie obowiązującego stanowi w istocie przeciwieństwo stosowania zinstytucjonalizowanej przemocy²⁶⁰.

Z drugiej strony należy pamiętać, że omawiana zasada nie daje oskarżonemu prawa do podejmowania sprzecznych z prawem działań dla uniknięcia odpowiedzialności karnej. Jak lapidarnie ujął to Andrzej Wąsek, „z tego, że oskarżony ma prawo nie być zmuszany do działania przeciwko sobie, nie można wyciągać w sposób poprawny wniosku, że tym samym jest on uprawniony do bezkarnego przeciwdziałania możliwościom pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej, do atakowania dóbr prawnie chronionych”²⁶¹.

Ochronie sprawcy przed dostarczaniem dowodów przeciwko sobie samemu służy również art. 183 § 1 k.p.k.²⁶², który nadaje mu uprawnienie do uchylenia się od odpowiedzi na pytanie, które mogłoby go narazić na odpowiedzialność karną.

Art. 391 § 2 k.p.k. W warunkach określonych w § 1 [Jeżeli świadek bezpodstawnie odmawia zeznań, zeznaje odmiennie niż poprzednio albo oświadczy, że pewnych okoliczności nie pamięta, albo przebywa za granicą lub nie można mu było doręczyć wezwania, albo nie stawił się z powodu niedających się usunąć przeszkód lub przewodniczący zaniechał wezwania świadka na podstawie art. 350a, a także wtedy, gdy świadek zmarł, wolno odczytywać w odpowiednim zakresie protokoły złożonych poprzednio przez niego zeznań w postępowaniu przygotowawczym lub przed sądem w tej lub innej sprawie albo w innym postępowaniu przewidzianym przez ustawę – *dop. J.K.*], a także w wypadku określonym w art. 182 § 3 [Prawo odmowy zeznań przysługuje także świadkowi, który w innej toczącej się sprawie jest oskarżony o współudział w przestępstwie objętym postępowaniem – *dop. J.K.*], wolno również odczytywać na rozprawie protokoły złożonych poprzednio przez świadka wyjaśnień w charakterze oskarżonego.

²⁵⁹ Wyrok ETPC z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie Jalloh przeciwko Niemcom, skarga nr 54810/00. Trybunał uznał, że naruszeniem omawianej zasady było podanie osobie podejrzanej o handel narkotykami środków wymiotnych, dzięki czemu wydalila ona z organizmu połknięty wcześniej woreczek z kokainą.

²⁶⁰ W. Jasiński, *Karnoprocesowa dopuszczalność...*, s. 50. W przywołanym zdaniu odrębnym sędziego B. Zupančič stwierdził: „Legal process is a civilised replacement of the resolution of conflicts by uncivilised physical prevalence, and the abandonment of violence is its foremost purpose. Indeed, it is its constitutive component. It is no accident that under different similar dictions the formula «“nemo tenetur seipsum prodere»” goes back to the very origins of Western legal tradition”.

²⁶¹ A. Wąsek, O kilku aspektach reguły „Nemo se ipsum accusare tenetur” de lege lata i de lege ferenda, [w:] J. Skupiński (red.), *Standardy praw człowieka a polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 247.

²⁶² Art. 183 § 1 k.p.k. Świadek może uchylić się od odpowiedzi na pytanie, jeżeli udzielenie odpowiedzi mogłoby narazić jego lub osobę dla niego najbliższą na odpowiedzialność za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe.

2.2 Uzasadnienie

Wskazuje się, że prawo do nieobciążania się wynika z poszanowania praw jednostki, zainteresowanej uniknięciem odpowiedzialności karnej, którym przyznany zostaje prymat nad interesem społeczności, leżącym w ustaleniu prawdy o przestępstwie i ukaraniu winnego²⁶³. Przy czym uzasadnieniem tej zasady nie są wyłącznie względy gwarancyjne, ale również dążenie do uzyskania jak najbardziej wiarygodnych dowodów. Co prawda właśnie oskarżony najlepiej wie, czy jest winny, lecz to właśnie chęć uzyskania od niego tej informacji może nieraz prowadzić do pozyskiwania od niego przez organy ścigania informacji niemających nic wspólnego z rzeczywistością. Tym samym zasada *nemo se ipsum* mobilizuje śledczych do poszukiwania bardziej obiektywnych źródeł dowodowych, a także do większej staranności przy gromadzeniu i zabezpieczaniu dowodów²⁶⁴. Jak trafnie wskazano w orzeczeniu ETPC wydanym w sprawie Söylemez przeciwko Turcji, wyjaśnienia uzyskane z naruszeniem art. 3 EKPC²⁶⁵ nie mogą stanowić dowodu obciążającego, zaś ich wykorzystanie jest dopuszczalne jedynie w ewentualnym procesie przeciwko osobom, które naruszyły ten przepis²⁶⁶.

Jednym z przepisów wyrażających istotę omawianej zasady jest art. 239 § 1 k.k.²⁶⁷. Jak powszechnie przyjmuje się w orzecznictwie, „[z]awarty w dyspozycji normy

²⁶³ Przy tym istotę tego rozgraniczenia dobrze oddaje art. 74 § 2 k.p.k., zgodnie z którym wolno wykonać z oskarżonym, nawet używając w określonych granicach przymusu, takie czynności dowodowe, w których przeprowadzeniu nie jest konieczny jego aktywny udział, a wymaga się jedynie znoszenia pewnych działań podejmowanych przez uprawnione osoby (Art. 74 § 2 k.p.k. Oskarżony jest jednak obowiązany poddać się: 1) oględzinom zewnętrznym ciała oraz innym badaniom niepołączonym z naruszeniem integralności ciała; wolno także w szczególności od oskarżonego pobrać odciski, fotografować go oraz okazać w celach rozpoznawczych innym osobom; 2) badaniom psychologicznym i psychiatrycznym oraz badaniom połączonym z dokonaniem zabiegów na jego ciele, z wyjątkiem chirurgicznych, pod warunkiem że dokonywane są przez uprawnionego do tego pracownika służby zdrowia z zachowaniem wskazań wiedzy lekarskiej i nie zagrażają zdrowiu oskarżonego, jeżeli przeprowadzenie tych badań jest nieodzowne; w szczególności oskarżony jest obowiązany przy zachowaniu tych warunków poddać się pobraniu krwi, włosów lub wydzielin organizmu, z zastrzeżeniem pkt 3; 3) pobraniu przez funkcjonariusza Policji wymazu ze śluzówki policzków, jeżeli jest to nieodzowne i nie zachodzi obawa, że zagrażałoby to zdrowiu oskarżonego lub innych osób).

²⁶⁴ M. Rusinek, O „prawie do kłamstwa” artykuł polemiczny, *Prokuratura i Prawo* 4/2008, s. 88-89. Należy więc zgodzić się ze stanowiskiem Sobolewskiego, że „zasada «nemo tenetur» (...) zapobiega bowiem nie tylko prawdopodobnym pomyłkom, które zdarzają się w rezultacie wymuszenia przyznania się do winy, lecz chroni także człowieka przed upokarzającym wyznaniem swej winy pod przymusem. O ile przyznanie się dobrowolne, jako akt wewnętrzznego oczyszczenia, napawa optymizmem, o tyle wymuszone przyznanie rodzi niepokój, ponieważ jest przejawem pogardy silniejszego względem słabszego, dowodząc nieposzanowania godności człowieka i arogancji organów państwowych. Szczerze, publiczne pokajanie się jest wyrazem bohaterstwa lub rozpacz, a więc niezwykłego stanu ducha. Natomiast skłonność do ukrywania swego przestępstwa, czynu z reguły hańbiącego, za który można spodziewać się kary i potępienia społecznego, jest u człowieka czymś naturalnym” (Z. Sobolewski, *Samooskarżenie...*, s. 13).

²⁶⁵ Art. 3 EKPC. Nikt nie może być poddany torturom ani nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu.

²⁶⁶ W. Jasiński, *Karnoprocesowa dopuszczalność...*, s. 47.

²⁶⁷ Kto utrudnia lub udaremnia postępowanie karne, pomagając sprawcy przestępstwa, w tym i przestępstwa skarbowego uniknąć odpowiedzialności karnej, w szczególności kto sprawcę ukrywa, zaciera ślady

wyrażonej w art. 239 § 1 kk zwrot: «pomagając sprawcy przestępstwa» stanowi o ograniczeniu kręgu podmiotów tego czynu zabronionego. W konsekwencji, choć jest to przestępstwo tzw. powszechne, to jednak podmiotem tego przestępstwa nie może być osoba, którą w dyspozycji tej normy określono jako «sprawcę przestępstwa» poprzedzającego. W doktrynie i orzecznictwie – także w stanie prawnym wyznaczonym przepisami art. 148 § 1 kk z 1932 r. i art. 252 § 1 kk z 1969 r. – niezmiennie wyrażano pogląd, że odpowiedzialności karnej za czynności wymienione w tym przepisie nie podlegają zarówno sprawca i współsprawca, jak i podżegacz i pomocnik – ponieważ są osobami, które dopuściły się poprzednio własnego przestępstwa w określonej ustawowo postaci zjawiskowej. Nie chodzi przy tym o konstrukcję zmniejszenia odpowiedzialności karnej tych osób (jak w wypadku podmiotów przestępstw określonych w dalszych przepisach art. 239 kk), lecz o wyłączenie odpowiedzialności – a zatem o stan, który nie uprawnia w ogóle rozważań w płaszczyźnie granic odpowiedzialności, a więc i w kwestii stosowania reguł wyłączania ocen w prawie karnym”²⁶⁸. Różne może być natomiast uzasadnienie wyłączenia odpowiedzialności karnej sprawcy podejmującego zachowania zmierzające do utrudnienia albo udaremnienia postępowania karnego. Sobolewski twierdził, że wynika to z braku bezprawności takiego czynu²⁶⁹. Pogląd ten nie jest jednak powszechnie podzielany²⁷⁰. Uważam, że samopolecznictwo jest zachowaniem bezprawnym, jednak sprawcy nie można przypisać winy, rozumianej jako zarzut uzasadnionej wadliwości procesu decyzyjnego sprawcy. Moim zdaniem wynika to właśnie z istoty zasady *nemo se ipsum accusare tenetur*. Nie traktuję jej bowiem jako normy prawnej, której obowiązywanie świadczyłoby o pierwotnej legalności zachowania sprawcy. Natomiast paremia ta jest w istocie toposem prawnym. Wynika stąd, że nie sposób zarzucić takiej osobie podjęcia zachowań, które stanowią odzwierciedlenie prawa do nieobciążania się. Skoro jest ono powszechnie przyjmowanym elementem systemu prawnego, rozumianego nie tylko jak całokształt obowiązujących przepisów, ale również dorobek doktryny prawniczej, to nie można uznać, że podjęcie czynności wskazanych w art. 239 § 1 k.k. nastąpiło wskutek powzięcia decyzji, którą należałoby zasadnie ocenić

przestępstwa, w tym i przestępstwa skarbowego albo odbywa za skazanego karę, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

²⁶⁸ Wyrok SN z 4.03.2002 r., IV KKN 65/01, LEX nr 54414.

²⁶⁹ Z. Sobolewski, *Samooskarżenie...*, s. 97.

²⁷⁰ „Zachowanie takie pozostaje jednak nadal bezprawne, w związku z czym osoby takie mogą podlegać w toku postępowania karnego reżimowi środków zapobiegawczych, których celem jest zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania” (M. Szewczyk, A. Wojtaszczyk, W. Zontek, Komentarz do art. 239, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część II. Komentarz do art. 212-277d*, Warszawa 2017).

jako wadliwą z perspektywy ocen żywionych przez przedstawicieli naszej kultury prawnej. Tym samym uważam, że w prawie do nieobciążania się wyróżnić można jego aspekt bierny – czyli brak możliwości stosowania przymusu w celu dostarczenia przez sprawcę dowodów przeciwko sobie²⁷¹, jak i czynny, z którego wynika niekaralność podjęcia przez niego działań zmierzających do utrudnienia albo udaremnienia postępowania karnego.

2.3 Rodowód i ewolucja

Omawiana zasada nie była znana prawu rzymskiemu. Jej najwcześniejszych śladów można się doszukać w prawie talmudycznym, które zabraniało dopuszczania jako dowodu przed sądem jakiegokolwiek przyznania się do winy, nawet dobrowolnego. W XIII wieku św. Tomasz z Akwinu, powołując się na św. Jana Chryzostoma, wyraził pogląd, że nikt nie jest zobowiązany dobrowolnie donosić o przestępstwie, które popełnił. Dopiero w latach 40. XVII wieku w Anglii oskarżonego zwolniono z obowiązku składania zeznań pod przysięgą. W procesie kanonicznym papież Benedykt XIII w 1725 roku zabronił przesłuchiwania oskarżonego pod przysięgą prawdomówności, której złamanie skutkowało ukaraniem go za kłamstwo²⁷². Natomiast po raz pierwszy prawo do nieobciążania się zostało wprost wyrażone w akcie prawnym dopiero 15 grudnia 1791 roku, kiedy to weszła w życie piąta poprawka do Konstytucji Stanów Zjednoczonych, zgodnie z którą „nikt nie może być zmuszony do zeznawania w sprawie karnej na swoją niekorzyść”²⁷³. Za to w najpełniejszym chyba stopniu zasadę tę wyrażono w 1950 roku w niemieckim kodeksie procedury karnej, kiedy to dodano do niego § 136a. Zgodnie z tym przepisem: „Nie wolno wpływać na wolność decyzji i realizację woli podejrzanego przez maltretowanie, przemęczenie, zabiegi cielesne, podawanie rozmaitych środków, dręczenie, wprowadzanie w błąd lub w stan hipnozy. Przymus można stosować tylko wówczas, gdy zezwalają na to przepisy postępowania karnego. Zabroniona jest groźba spowodowania decyzji niedozwolonych przez prawo oraz przyrzekanie nieprzewidzianych ustawą korzyści. Niedozwolone są środki, które wpływają na pamięć

²⁷¹ Z tego aspektu wynika również brak obowiązku podania przyczyny, dla której świadek korzysta z przysługującego mu prawa do odmowy udzielenia odpowiedzi na zadane mu pytanie – tak wyrok SN z 28.01.1975 r., IV KR 313/74, LEX nr 20889 („W sytuacji przewidzianej w przepisie art. 166 § 1 k.p.k. świadek nie ma obowiązku wyjaśnienia, dlaczego odmawia odpowiedzi. Myślą bowiem przewodnią art. 166 § 1 k.p.k. jest to, że nie należy nikogo stawiać w położeniu przymusowym, w którym musi albo kłamać, albo zeznając prawdę obciążyć siebie lub osobę najbliższą”).

²⁷² Z. Sobolewski, *Samooskarżenie...*, s. 7.

²⁷³ A. Lach, *Granice badań oskarżonego w celach dowodowych. Studium w świetle reguły nemo se ipsum accusare tenetur i prawa do prywatności*, Toruń 2010, s. 49-52.

ludzką lub na zdolność pojmowania podejrzanego. Zakaz przewidziany w ust. 1 i 2 obowiązuje bez względu na zgodę podejrzanego. Wypowiedzi uzyskane z naruszeniem tego zakazu nie mogą być wykorzystane nawet wówczas, gdy podejrzany zgodzi się na ich wykorzystanie”²⁷⁴.

Zmianom podlegało również podejście do obowiązku poinformowania podejrzanego o przysługujących mu prawach. Prawdopodobnie najbardziej znane orzeczenie dotyczące tej kwestii zostało wydane 13 czerwca 1966 roku przez Sąd Najwyższy USA w sprawie *Miranda v. Arizona*. Wyrokiem tym uchylono wcześniejsze orzeczenia sądów, uznające Ernesto Mirandę winnym porwania i zgwałcenia, przy czym oparte one zostały wyłącznie na przyznaniu się podejrzanego, który nie został wcześniej pouczony o prawie do zachowania milczenia. Uznano to zostało za tak poważne naruszenie gwarancji procesowych podejrzanego, że eliminowało z materiału dowodowego złożone przez niego wyjaśnienia²⁷⁵.

Natomiast w ówczesnym prawie polskim przeważało podejście przeciwne do tej kwestii. W uchwalonym niecałe trzy lata później kodeksie postępowania karnego prawo podejrzanego do zachowania milczenia uregulowano w art. 63, zgodnie z którym oskarżony miał prawo składać wyjaśnienia, mógł jednak bez podania powodów odmówić odpowiedzi na poszczególne pytania lub odmówić ich składania. W przepisie tym nie ustanowiono obowiązku pouczenia oskarżonego o wynikających z tego przepisu uprawnieniach. W orzecznictwie uznano to za celowy zabieg ustawodawcy, stwierdzając wręcz, że „przepis art. 63 k.p.k. nie ustanawia obowiązku pouczenia podejrzanego o prawie do odmowy wyjaśnień, a praktyka uznaje nawet, iż byłoby to niesłusznym zachęceniem do uchylania się od składania wyjaśnień”²⁷⁶. Co istotne, art. 173 § 2 ówczesnego kodeksu²⁷⁷ ustanawiał obowiązek pouczenia świadka o przysługującym mu

²⁷⁴ Tłumaczenie za: R. Jaworski, Aprobata niemieckiego Sądu Najwyższego dla użycia poligrafu w postępowaniu karnym, *Prokuratura i Prawo* 2/2009, s. 107.

²⁷⁵ Reakcją amerykańskich organów ścigania na wydanie tego orzeczenia było przygotowanie formuły pouczeń udzielanych podczas zatrzymania: „Masz prawo do zachowania milczenia. Jeśli rezygnujesz z tego prawa, wszystko, co od tej pory powiesz, może zostać użyte w sądzie przeciwko tobie. Masz prawo do adwokata i do jego obecności podczas przesłuchania. Jeśli nie stać cię na prawnika, przysługuje ci obrońca z urzędu. Podczas przesłuchania, w każdym momencie możesz skorzystać z tego prawa, nie udzielając odpowiedzi na pytania i nie składając oświadczeń. Czy rozumiesz swoje prawa, które ci przedstawiłem?”.

²⁷⁶ Wyrok SN(7) z 15.07.1979 r., V KRN 102/79, OSP 1981, nr 7-8, poz. 141. Przy tym w literaturze aprobowano prawidłowość takiej wykładni art. 63 k.p.k., stwierdzając jednak, że „przyjęte przez kodeks postępowania karnego rozwiązanie w tej kwestii jest – jak się wydaje – nieuczciwe (Z. Sobolewski, *Samooskarżenie...*, s. 100).

²⁷⁷ „Świadka należy uprzedzić o treści art. 165 [§ 1. Osoba najbliższa dla oskarżonego może odmówić zeznań. § 2. Prawo odmowy zeznań trwa mimo ustania małżeństwa lub przysposobienia – *dop. J.K.*], a o treści art. 166 [§ 1. Świadek może uchylić się od odpowiedzi na pytanie, jeżeli udzielenie odpowiedzi

prawie do odmowy złożenia zeznań i uchylenia się od odpowiedzi na dane pytania²⁷⁸. Wynikało z tego, że z perspektywy obowiązku udzielania odpowiednich pouczeń, podejrzany, który powinien być objęty najszerszymi gwarancjami procesowymi i ma prawo odmówić złożenia wyjaśnień, znajdował się w mniej korzystnej pozycji niż świadek, który co do zasady ma obowiązek złożenia zeznań. Wskazywano również, że taki kształt regulacji prowadzi do nieuzasadnionego zróżnicowania pozycji samych podejrzanych, wśród których w uprzywilejowanej sytuacji mogły się znaleźć nie tylko osoby korzystające z pomocy obrońcy, a także pouczone z inicjatywy prowadzącego przesłuchanie, ale również recydywiści, którzy wiedzę o przysługujących im prawach czerpali z własnego doświadczenia²⁷⁹. Mogło to prowadzić do paradoksalnej sytuacji, w której korzystniejszą procesowo pozycję miały osoby wcześniej karane niż sprawcy pierwszorazowi. Dopiero w aktualnie obowiązującej ustawie karnoprocesowej ustanowiono obowiązek pouczenia podejrzanego o prawie do milczenia²⁸⁰.

Zmianom nie podlegała za to treść normatywna przepisu uprawniającego do odmowy odpowiedzi na pytanie. W kodeksie postępowania karnego z 1928 roku prawo to gwarantowano w art. 106²⁸¹, natomiast w kodyfikacji z 1969 roku w art. 166 § 1²⁸². W obecnie obowiązującym kodeksie postępowania karnego art. 183 § 1 k.p.k. pierwotnie

mogłoby narazić na odpowiedzialność karną tego świadka lub osobę dla niego najbliższą. § 2. Świadek może żądać, aby przesłuchano go na rozprawie z wyłączeniem jawności, jeżeli treść zeznań mogłaby narazić na hańbę jego lub osobę dla niego najbliższą – *dop. J.K.*] i 167 [Można zwolnić od złożenia zeznania lub odpowiedzi na pytanie osobę pozostającą z oskarżonym w szczególnie bliskim stosunku osobistym, jeżeli osoba taka wnosi o zwolnienie – *dop. J.K.*], jeżeli ujawnią się okoliczności objęte tymi przepisami.

²⁷⁸ Na gruncie wcześniej obowiązujących przepisów przyjmowano w orzecznictwie, że brak takiego pouczenia nie ma bezpośredniego wpływu na treść wyroku, a powinno być jedynie brane pod uwagę jako jeden z czynników swobodnej oceny dowodów – Stwierdzić trzeba, że sąd nie ma obowiązku uprzedzenia świadka o treści art. 96 k.p.k. [Świadek ma prawo nie odpowiadać na pytania co do okoliczności, których ujawnienie mogłoby narazić na odpowiedzialność za przestępstwo jego samego lub osobę pozostającą z nim w stosunku wskazanym w art. 94 – *dop. J.K.*]. Trudno byłoby uznać nawet w wypadkach uzasadnionego stosowania art. 96 k.p.k. nieuprzedzenia świadka o treści art. 96 k.p.k. za uchybienie mogące mieć wpływ na treść wyroku, skoro się zważy, że wiarygodność i wartość dowodowa zeznań świadka zawsze podlega ocenie sądu” (Wyrok SN z 27.09.1957 r., I K 544/57, OSNPG 1958, nr 1, poz. 37).

²⁷⁹ Z. Sobolewski, *Samooskarżenie...*, s. 100.

²⁸⁰ Art. 175 § 1 k.p.k. Oskarżony ma prawo składać wyjaśnienia; może jednak bez podania powodów odmówić odpowiedzi na poszczególne pytania lub odmówić składania wyjaśnień. O prawie tym należy go pouczyć.

²⁸¹ Art. 106 k.p.k. z 1928 r. „Świadek ma prawo nie odpowiadać na pytania co do okoliczności, których ujawnienie mogłoby narazić na odpowiedzialność za przestępstwo jego samego lub osobę pozostającą z nim w stosunku wskazanym w art. 104”. Wspomniany w przepisie art. 104 określał krąg osób uprawnionych do skorzystania z prawa odmowy złożenia zeznań. Po nowelizacji z 1950 roku art. 106 znalazł swój odpowiednik w art. 96.

²⁸² Art. 166 § 1 k.p.k. z 1969 r. „Świadek może uchylić się od odpowiedzi na pytanie, jeżeli udzielenie odpowiedzi mogłoby narazić na odpowiedzialność karną tego świadka lub osobę dla niego najbliższą”. Należy zauważyć zmianę sposobu wskazania osób, co do których obawa o narażenie ich na odpowiedzialność karną uzasadniała przyznanie prawa do odmowy odpowiedzi na pytanie – tym razem posłużono się pojęciem osoby najbliższej, zdefiniowanym w art. 120 § 5 ówczesnie obowiązującego kodeksu karnego.

ustanawiał szerszy krąg przesłanek umożliwiających skorzystanie z prawa do odmowy udzielenia odpowiedzi na pytanie²⁸³. Na podstawie nowelizacji z 1 lipca 2003 roku katalog ten został zawężony przez wykreślenie przesłanek narażenia na odpowiedzialność za wykroczenie albo wykroczenie skarbowe, ograniczając go do przestępstw albo przestępstw skarbowych.

2.4 Przykłady zastosowania

Odnosząc się do kwestii samopopolecznictwa, jako jednego z aspektów omawianej zasady, należy odnotować zmiany w orzecznictwie, stanowiące wyraz ewolucji poglądów dotyczących fałszywego obciążenia przez sprawcę innej osoby popełnieniem zarzucanego mu przestępstwa. Powszechnie przyjmuje się co prawda, że wyłączenie odpowiedzialności za przestępstwo z art. 239 § 1 k.k. nie oznacza rozszerzenia tej bezkarności na popełnienie innych przestępstw²⁸⁴, np. fałszowaniu dokumentów. Specyficzniej należy jednak ocenić sytuację dotyczącą czynu z art. 234 k.k.²⁸⁵, bowiem obciążenie przez sprawcę innej osoby może być elementem uwiarygodnienia prezentowanej przez niego wersji zdarzeń, której przedstawienie służy realizacji przysługującego mu prawa do obrony. Początkowo przyjmowano, że zachowanie takie stanowi przestępstwo²⁸⁶, jednak aktualnie twierdzi się, że nie realizuje ono znamion fałszywego oskarżenia, jeśli jest podjęte wyłącznie w celu uchronienia siebie przed odpowiedzialnością karną²⁸⁷, nie zaś motywowane innymi względami, np. chęcią ukrycia

²⁸³ Art. 183 § 1 k.p.k. z 1997 r. w pierwotnym brzmieniu: „Świadek może uchylić się od odpowiedzi na pytanie, jeżeli udzielenie odpowiedzi mogłoby narazić jego lub osobę dla niego najbliższą na odpowiedzialność za przestępstwo, przestępstwo skarbowe, wykroczenie lub wykroczenie skarbowe”.

²⁸⁴ „Prawo do obrony, o którym stanowi art. 6 k.p.k., zapewniające oskarżonemu (podejrzanemu) swobodę wypowiedzi co do zarzucanego mu czynu zabronionego, chroniące zarazem przed poniesieniem odpowiedzialności karnej z powodu ich treści, nie legalizuje innych zachowań oskarżonego o znamionach czynu zabronionego, choćby zmierzały one do uniknięcia bądź złagodzenia odpowiedzialności za czyn zarzucony” (Wyrok SN z 9.02.2004 r., V KK 194/03, OSNKW 2004, nr 4, poz. 42).

²⁸⁵ Kto, przed organem powołanym do ścigania lub orzekania w sprawach o przestępstwo, w tym i przestępstwo skarbowe, wykroczenie, wykroczenie skarbowe lub przewinienie dyscyplinarne, fałszywie oskarża inną osobę o popełnienie tych czynów zabronionych lub przewinienia dyscyplinarnego, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

²⁸⁶ Jak wskazano w odniesieniu do analogicznego przepisu kodeksu karnego z 1932 roku, „Złożone przez oskarżonego przed władzą lub urzędem, powołanymi do ścigania przestępstw, świadomie fałszywe oskarżenie innej osoby o popełnienie zarzucanego mu lub innego przestępstwa albo o współudział w nim, stanowi przekroczenie prawa do obrony i jest występkiem z art. 143 k.k.” (Uchwała SN(CI) z 18.02.1961 r., VI KO 29/59, OSNCK 1961, nr 2, poz. 20).

²⁸⁷ „Oskarżony, który składając wyjaśnienia w związku z toczącym się przeciwko niemu postępowaniem karnym, fałszywie pomawia inną osobę o współudział w tym przestępstwie w celu ukrycia tożsamości rzeczywistych współuczestników tego przestępstwa, a nie w celu własnej obrony, wykracza poza granice przysługującego mu prawa do obrony i może ponosić odpowiedzialność karną z art. 234 k.k. (Uchwała SN z 11.01.2006 r., I KZP 49/05, OSNKW 2006, nr 2, poz. 12). Jak trafnie w glosie do tego orzeczenia, „[z] cytowanej uchwały wynika jasno, że oskarżony nie ponosi odpowiedzialności karnej za stwierdzenia, które

tożsamości rzeczywistych współsprawców przestępstwa skierowania przeciwko konkretnej osobie postępowania karnego, co mogłoby w szczególności wynikać z negatywnej relacji między tymi osobami.

W orzeczeniu Weh przeciwko Austrii²⁸⁸ ETPC stwierdził, że nałożenie na właściciela pojazdu obowiązku wskazania kierującego pojazdem, który popełnił wykroczenie, nie narusza zasady *nemo se ipsum accusare tenetur*. Trybunał bowiem uznał, że związek między podaniem danych osoby prowadzącej pojazd a potencjalnym postępowaniem karnym przeciwko niej jest daleki i hipotetyczny. Orzeczenie to zapadło większością głosów cztery do trzech, a w zdaniach odrębnych przegłosowanych sędziów wskazano, że ujawnienie danych kierującego pojazdem i przyszłe postępowanie wykroczeniowe są ze sobą ściśle związane. Ponadto stwierdzono, że w rzeczywistości dochodzi tu do sytuacji, w której stawia się niewątpliwy interes społeczny w ściganiu sprawców przestępstw drogowych ponad prawem jednostki do nieobciążania się²⁸⁹. Orzeczenie to wzbudziło istotne wątpliwości²⁹⁰, bowiem we wcześniejszych judykatach konsekwentnie przyjmowano, że brak obowiązku dostarczania dowodów przeciwko samemu sobie występuje niezależnie od faktu formalnego prowadzenia postępowania karnego. Natomiast we wspomnianej już sprawie Jalloh przeciwko Niemcom ETPC stwierdził wprost, że naruszenie zasady *nemo se ipsum accusare tenetur* wynikało z tego, że zastosowano środki nieproporcjonalne do wagi przestępstwa, o którego popełnienie podejrzewanego skarżącego. Tym samym trybunał przyjął, że można rozważać odstępianie od prawa do nieobciążania siebie, jeśli jest to uzasadnione interesem publicznym²⁹¹.

wynikają z jego złożonych fałszywych wyjaśnień, jeżeli służą one realizowaniu jego prawa do obrony. Tak więc oskarżony, który fałszywie oskarża inną osobę o popełnienie zarzucanego mu czynu zabronionego, ale czyni to wyłącznie z chęci uniknięcia odpowiedzialności karnej – nigdy nie odpowiada za przestępstwo fałszywego oskarżenia. Takie stanowisko Sądu Najwyższego jest jednoznacznym wyrazem znaczącej roli gwarancyjnego prawa do obrony” (M. Kucharczyk, Głosa do uchwały SN z 11 stycznia 2006 r., I KZP 49/05, *Monitor Prawniczy* 14/2007, s. 802).

²⁸⁸ Wyrok ETPC z dnia 8 kwietnia 2004 r. w sprawie Weh przeciwko Austrii, skarga nr 38544/97. Trybunał stwierdził, że nie narusza prawa do nieobciążania się ciężący na właścicielu pojazdu obowiązek wskazania osoby, która nim kierowała w momencie popełnienia wykroczenia zarejestrowanego przez radar.

²⁸⁹ W. Jasiński, Prawo do nieobciążania się w procesie karnym w świetle standardów strasburskich, *Prokuratura i Prawo* 7-8/2015, s. 20.

²⁹⁰ W. Jasiński, Prawo do nieobciążania się a interes publiczny w sprawach karnych (w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka), *Państwo i Prawo*, 11/2015, s. 90. Wskazano tu również orzeczenie w podobnej sprawie – O’Halloran and Francis przeciwko Zjednoczonemu Królestwu – wyrok ETPC z dnia 29 czerwca 2007 roku, skargi nr 15809/02, 25624/02. W wyroku tym uzasadniono obowiązek wskazania sprawcy wykroczenia szczególnym reżimem, któremu poddani są właściciele pojazdów.

²⁹¹ W. Jasiński, Prawo do nieobciążania się a interes..., s. 84-87.

Początkowo na gruncie aktualnie obowiązującego kodeksu karnego powszechnie przyjmowano, że „nie popełnia przestępstwa fałszywych zeznań (art. 233 § 1 k.k.), kto umyślnie składa nieprawdziwe zeznania dotyczące okoliczności mających znaczenie dla realizacji jego prawa do obrony (art. 6 k.p.k.)”²⁹². Pogląd ten stanowi rozwinięcie stanowiska wyrażonego we wcześniejszych orzeczeniach SN²⁹³, dzięki czemu ostatecznie poszerzono zakres dekryminalizacji składania fałszywych zeznań przez faktycznego sprawcę przestępstwa. W ostatnich latach rozgorzała jednak dyskusja co do możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej świadka, który składa fałszywe zeznania z obawy przed grożącą mu odpowiedzialnością karną. Związane to było z wprowadzeniem 15 kwietnia 2016 roku do kodeksu karnego art. 233 § 1a k.k.²⁹⁴. Rozbieżności co do jego stosowania wystąpiły również w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Prezentowane poglądy dotyczące tej kwestii zostały dość dokładnie omówione w uzasadnieniu jego niedawnej uchwały, z dnia 9 listopada 2021 r., w której stwierdzono, że świadek taki nie może ponosić odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywych zeznań;

Jak podnosi Prezes Sądu Najwyższego, w orzecznictwie tego Sądu, dokonując wykładni tego przepisu, zajęto dwa odmienne stanowiska. W pierwszym z nich, wyrażonym w postanowieniu z dnia 15 stycznia 2020 r., I KZP 10/19 (ze zdaniem odrębnym zgłoszonym do uzasadnienia przez sędziego Michała Laskowskiego), Sąd Najwyższy przyjął, że od dnia 15 kwietnia 2016 r., daty wejścia w życie ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, zachowanie sprawcy składającego fałszywe zeznania (art. 233 § 1 k.k.)

²⁹² Uchwała SN z 20.09.2007 r., I KZP 26/07, OSNKW 2007, nr 10, poz. 71.

²⁹³ „1. Nie jest dopuszczalne skazanie sprawcy fałszywych zeznań za przestępstwo określone w art. 247 § 1 k.k., jeżeli w postępowaniu karnym, w którym występował jako oskarżony, złożył je uprzednio w charakterze świadka co do okoliczności związanych z zarzucanym mu czynem. 2. Dopuszczalne jest odczytanie na rozprawie protokołu zeznań złożonych przez oskarżonego w charakterze świadka – jako «innego dokumentu», o którym mowa w art. 339 § 2 k.p.k. – ale tylko w tych fragmentach, w których zawiera treść fałszywych zeznań, o który to czyn toczy się wobec niego postępowanie karne; wykorzystanie treści zawartych w tym dokumencie jest dopuszczalne tylko w odniesieniu do zarzutu fałszywych zeznań” – Uchwała SN z 20.06.1991 r., I KZP 12/91, OSNKW 1991, nr 10-12, poz. 46. „Nie ponosi odpowiedzialności karnej na podstawie art. 233 § 1 k.k. osoba, która przesłuchana została w charakterze świadka wbrew wynikającemu z art. 313 § 1 k.p.k. nakazowi przesłuchania jej jako podejrzanego” – Uchwała SN z 26.04.2007 r., I KZP 4/07, OSNKW 2007, nr 6, poz. 45.

²⁹⁴ Art. 233 § 1a k.k. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 [Kto, składając zeznanie mające służyć za dowód w postępowaniu sądowym lub w innym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy, zeznaje nieprawdę lub zataja prawdę, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8 – *dop. J.K.*] zeznaje nieprawdę lub zataja prawdę z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą jemu samemu lub jego najbliższemu, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

w obawie przed grożącą mu odpowiedzialnością karną, które do tej chwili traktowane było jako kontratyp działania w ramach prawa do obrony, zostało stypizowane jako uprzywilejowany typ przestępstwa określony w art. 233 § 1a k.k. W uzasadnieniu tego orzeczenia wskazano, że do czasu wejścia w życie zmiany brzmienia art. 233 k.k. dokonanej nowelą z 2016 r. w orzecznictwie przyjmowano, że nie może ponosić odpowiedzialności karnej za ten typ przestępstwa osoba, która została wprawdzie przesłuchana w charakterze świadka, ale z uwagi na fakt, że jest ona sprawcą czynu, powinna być przesłuchana w charakterze podejrzanego (w tym zakresie przywołano uchwały Sądu Najwyższego: z dnia 20 czerwca 1991 r., I KZP 12/91; z dnia 26 kwietnia 2007 r., I KZP 4/07; z dnia 20 września 2007 r., I KZP 26/07). Sąd Najwyższy w prezentowanym postanowieniu uznał, że dodanie nowelą z 2016 r. § 1a do art. 233 k.k., przewidującego złagodzoną w stosunku do § 1 odpowiedzialność karną za zeznanie nieprawdy lub zatajenie prawdy z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą świadkowi lub jego najbliższemu, doprowadziło do «przemodelowania» zasady odpowiedzialności karnej za przestępstwo składania fałszywych zeznań. Z kolei, odwołując się do intencji ustawodawcy podniesiono, że z uzasadnienia projektu noweli z 2016 r. wprost wynika, iż za priorytetowe uznano potrzebę zapewnienia prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości i realizację celów procesu, w tym wykrycie i ujęcie sprawcy przestępstwa, a wystarczającą ochronę z punktu widzenia prawa do obrony w kontekście wymogów określonych w art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm. – dalej EKPC) i w art. 42 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, stanowią przewidziane w Kodeksie postępowania karnego uprawnienia świadka: do odmowy składania zeznań i uchylenia się od odpowiedzi na pytanie (art. 182 k.p.k. i art. 183 k.p.k.), składające się na prawo do milczenia. W pisemnych motywach postanowienia dostrzeżono, że przewidziane w art. 183 § 1 k.p.k. prawo odmowy odpowiedzi na pytanie może co prawda okazać się niewystarczające dla uniknięcia skierowania podejrzeń organów ścigania wobec przesłuchiwanego świadka jako potencjalnego sprawcy przestępstwa, to jednak odmowa taka nie stanowi dostarczenia dowodów przeciwko zeznającemu, a zatem gwarancja ta - w powiązaniu z art. 233 § 1a k.k. – nie

może stanowić o naruszeniu prawa do obrony. Sąd Najwyższy wywiódł również, że prawo do obrony i stanowiąca jego element zasada *nemo se ipsum accusare tenetur*, nie może być wykonywane w taki sposób, aby unicestwić fundamentalny cel procesu karnego, tj. pociągnięcie osoby winnej do odpowiedzialności, a uwolnienie osoby niewinnej²⁹⁵.

W tym fragmencie SN odniósł się do stanowiska wyrażonego poprzednio przez jeden z jego składów orzekających. Z wydanego przezeń orzeczenia wynikało, że zaakceptowano kompetencję ustawodawcy do kształtowania prawa do obrony, nawet wtedy, gdy oceniano je jako potencjalnie nieefektywne. Do pewnego stopnia uznano więc prymat dążenia do ustalenia prawdziwego stanu faktycznego, które nie powinno doznawać zbyt daleko idących ograniczeń, nawet czynionych na rzecz prawa do obrony.

Prezes Sądu Najwyższego odwołał się również do treści uzasadnienia zdania odrębnego do uzasadnienia przywołanego orzeczenia, w którym wskazano, że to organy państwa decydować będą o tym, w jakim charakterze dojdzie do przesłuchania osoby, która podejrzewana będzie o popełnienie przestępstwa. Jeżeli osoba taka, po stosownym pouczeniu, przesłuchana będzie w charakterze świadka, jest zobowiązana do mówienia prawdy i za składanie fałszywych zeznań lub zatajanie prawdy ponosić będzie odpowiedzialność karną, przy czym wypełnienie dyspozycji z art. 233 § 1a k.p.k. polegać może na podaniu – «nic nie wiem na temat tego zdarzenia» lub «nie było mnie tam». Ta sama osoba, przesłuchiwana w charakterze podejrzanego, wyjaśniając w ten sposób – nie naraża się na dodatkową odpowiedzialność karną. Z jej punktu widzenia natomiast, sytuacja jest identyczna, korzysta ona ze swego prawa do obrony i próbuje nie narazić na odpowiedzialność karną siebie samej lub osoby dla niej najbliższej. Zasadnicza różnica wynika zatem z decyzji funkcjonariusza co do tego, w jakim charakterze przesłucha daną osobę. Tymczasem nie można przecież wymagać od niej, aby sama się obciążała. W zdaniu odrębnym podkreślono, że obawiać się można, iż praktyka organów ścigania pójdzie w kierunku przesiewowego przesłuchiwania potencjalnych sprawców w charakterze świadków. Jeżeli po pouczeniu, ktoś z wytypowanej grupy zdecyduje się na skorzystanie z prawa do odmowy składania zeznań, skieruje tym samym działania organów

²⁹⁵ Uchwała SN z 9.11.2021 r., I KZP 5/21, OSNK 2022, nr 1, poz. 1.

ścigania na siebie lub swoich bliskich. Osoba przesłuchiwana zostanie postawiona przed dylematem, czy złożyć zeznanie (choćby o treści «nic nie wiem na temat zdarzenia»), narażając się na dodatkową karę za zatajanie prawdy, czy odmówić składania zeznań, ogniskując tym samym zainteresowanie organów ścigania wokół siebie lub najbliższych, co skutkować będzie ograniczeniem prawa do obrony. Osoba taka działać bowiem będzie w przekonaniu, że realizuje to prawo, bez względu na to, czy wyjaśnia jako podejrzany (oskarżony), czy składa zeznania jako świadek²⁹⁶.

W przywołanym zdaniu odrębnym wskazano na praktyczne, negatywne konsekwencje karalności świadka, który składa fałszywe zeznania z obawy przed grożącą mu odpowiedzialnością karną. Argumenty dotyczące swobody prowadzącego postępowanie przygotowawcze w kształtowaniu pozycji procesowej przesłuchiwanego – występującego jako świadek albo podejrzany – odnoszą się do tego, co w punkcie dotyczącym krytyki tego zakazu dowodowego określe traktowaniem statusu oskarżonego jako pojęcia o charakterze deklaratoryjnym, a nie konstytutywnym.

W drugim ze wskazanych we wniosku orzeczeń, a to postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2020 r., I KK 58/19, przyjęto, że nie popełnia przestępstwa z art. 233 § 1 ani § 1a k.k. osoba przesłuchiwana w charakterze świadka, gdy składa fałszywe zeznania z obawy przed narażeniem siebie na odpowiedzialność karną, w granicach własnej odpowiedzialności karnej. Dopuszczalność pociągnięcia do odpowiedzialności karnej na podstawie art. 233 § 1a k.k. osoby, która z obawy o narażenie siebie na odpowiedzialność karną przesłuchiwana jest w charakterze świadka i zeznaje nieprawdę obejmować może wyłącznie zeznania, których treść zawiera pomówienie innej osoby lub nieprawdziwe okoliczności niezwiązane ze sprawstwem czynu i potencjalną własną odpowiedzialnością karną przesłuchiwanego. Odpowiedzialność takiej osoby w pozostałym zakresie wyłączona jest także w razie składania nieprawdziwych zeznań celem ochrony osób najbliższych, jeżeli składając zeznania nie została pouczona o prawie do odmowy zeznań i prawie do odmowy odpowiedzi na pytania (art. 233 § 3 k.k.). Ponadto, w układzie procesowym, w którym w wyniku zaistniałej kolizji roli procesowej podejrzanego i świadka, nastąpi ostateczna i prawidłowa identyfikacja osoby

²⁹⁶ *Ibidem*.

jako podejrzanego powstaje konieczność eliminacji z procesu środka dowodowego uzyskanego od tej osoby, tj. złożonych przez nią uprzednio zeznań. Z chwilą przesłuchania osoby w charakterze podejrzanego jej wcześniejsze zeznania nie mogą być podstawą dokonywanych ustaleń faktycznych w zakresie jej własnej odpowiedzialności karnej.

Prezes Sądu Najwyższego stwierdził, że w uzasadnieniu powyższego orzeczenia wskazano, że krąg podmiotów przestępstwa określonego w art. 233 § 1a k.k. wyznaczony został przez zakres podmiotowy określony w art. 233 § 1 k.k. (z powodu użycia formuły: «jeżeli sprawca czynu określonego w § 1», choć zawężono go w końcowej części § 1a), a ten nie obejmował i nadal nie obejmuje swoim zakresem świadka, który składa fałszywe zeznania z obawy przed grożącą mu odpowiedzialnością karną i w granicach jego własnego czynu zabronionego. Skoro więc zakres podmiotów odpowiedzialnych i pociąganych do odpowiedzialności karnej na podstawie art. 233 § 1 k.k. nie zawiera w sposób oczywisty takiego świadka, a zakres ten wyznacza – poprzez bezpośrednie odwołanie w treści – również maksymalny krąg odpowiedzialnych za przestępstwo z art. 233 § 1a k.k., to tym samym jego odpowiedzialność na podstawie tego ostatniego przepisu jest również wykluczona. Nie można też przyjąć, że to cel działania sprawcy czynu, o którym mowa w art. 233 § 1a k.k. (tj. «z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą jemu samemu lub najbliższemu») oznacza samoistnie rozszerzenie zakresu podmiotowego, albowiem zakres ten został jednoznacznie określony przez sposób odwołania. Takie przełamanie dotychczasowej wykładni przepisu art. 233 § 1 k.k. oraz przepisów art. 233 § 1 i § 1a k.k. we wzajemnej ich relacji wymagałoby istnienia silnych argumentów wynikających z rezultatów wykładni celowościowej, systemowej i prokonstytucyjnej, których w tym przypadku zupełnie brak (...). Autor wniosku wskazał, że wedle Sądu Najwyższego źródłem prawa do obrony, do którego istoty należy także wolność od samooskarżenia, jest przede wszystkim art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, który w połączeniu z zasadami wynikającymi z przepisów jej art. 2, art. 7 i art. 31 ust. 3 musi być odczytywany nie tylko jako prawo do bronięcia się od chwili formalnego przedstawienia zarzutów, lecz w każdym procesowym układzie, w którym odpowiedzialność karna osoby jawi się jako realna (z pewnością dotyczy to

już chwili podjęcia pierwszej czynności przez organy procesowe, skierowanej przeciwko osobie i zmierzającej do jej ścigania). To w ich kontekście musi być postrzegana gwarancja *nemo se ipsum accusare tenetur*. Prawo do odmowy odpowiedzi na pytanie z powołaniem się na art. 183 § 1 k.p.k. z całą pewnością, zdaniem Sądu Najwyższego, nie wystarczy dla ochrony przed zmuszeniem do samooskarżenia. Odmowa odpowiedzi może stanowić jednoznaczną podpowiedź, która w konkretnej sprawie przyniesienie efekt bliski albo równy samooskarżeniu. Określone w art. 183 § 1 k.p.k. uprawnienie świadka nie niweluje więc braku swobody korzystania z wolności od samooskarżenia w granicach sprawstwa własnego czynu. Jak wywodzi dalej Prezes Sądu Najwyższego, w uzasadnieniu postanowienia podkreślono także, że konstytucyjne prawo do obrony przesłuchiwanego w charakterze świadka sprawcy przestępstwa nie może być ograniczone przez ustawę zwykłą jedynie do dwóch aktywności: mówienia prawdy albo powołania się na art. 183 § 1 k.p.k. i uchylenia się od odpowiedzi na konkretne pytanie. Stanowiąca element konstytucyjnego prawa do obrony swoboda wyboru sposobów i form obrony mieści bowiem w swym zakresie także wolność wyboru innych form obrony. Obejmuje przecież zarówno prawo do złożenia wyjaśnień i udzielenia odpowiedzi na pytania, odmowy depozycji czy odpowiedzi na pytania, a wreszcie także wolność od samooskarżania, tj. wolność od kierowania przeciwko sobie podejrzenia popełnienia przestępstwa (czynu zabronionego). Wybór należy do sprawcy czynu, a pozbawienie go tego wyboru oznacza naruszenie prawa do obrony w kształcie, w jakim jest on dekodowany z Konstytucji. Sprawca przestępstwa nie musi kierować się w tym wyborze interesem wymiaru sprawiedliwości ani dążeniem do wykrycia prawdy²⁹⁷.

W tym fragmencie przywołano argument dogmatyczny, związany z redakcją art. 233 k.k. Wskazano bowiem, że zakres podmiotowy normy wyrażonej w § 1a tego przepisu odnosi się wyłącznie do zakresu podmiotowego wcześniejszego § 1. Skoro uznaje się, że nie mieści się w nim świadek zeznający nieprawdę z obawy przed odpowiedzialnością karną, to konsekwentnie należy uznać, że nie dotyczy go również § 1a. Z teoretycznego punktu widzenia należy podkreślić, że przełamanie tego wniosku mogłoby być uzasadnione

²⁹⁷ *Ibidem*.

silnymi względami celowościowymi, w szczególności związanymi z wykładnią prokonstytucyjną, które w tej sytuacji wspierają jednak wniosek wynikający z przywołanego argumentu dogmatycznego.

Prezes Sądu Najwyższego wskazał ponadto, że w uzasadnieniu omawianego postanowienia zwrócono również uwagę na kolizję ról procesowych świadka i oskarżonego, a także wynikające z niej konsekwencje procesowe, które mają znaczenie dla określenia granic i sposobu korzystania z prawa do obrony. Sąd Najwyższy krytycznie odniósł się do argumentu o unicestwieniu przez tak szeroko rozumiane prawo do obrony fundamentalnego celu procesu karnego, jakim jest pociągnięcie do odpowiedzialności karnej osoby winnej, a uwolnienie od niej osoby niewinnej. Wywiódł mianowicie, że rozstrzygnięcie procesu to rozstrzygnięcie konfliktu wynikłego z czynu zabronionego, w którym interesy i gwarancje jednostek pozostają najczęściej w konflikcie z interesami i zadaniami organów procesowych. Dopóki więc jednostka korzysta z gwarancji i praw w zakresie, w jakim one jej przysługują, dopóty nie można jej racjonalnie stawiać zarzutu, że unicestwia cel procesu. Z tego wynika, że jak długo w demokratycznym państwie prawa celem procesu nie będzie skazanie każdego, komu oskarżyciel publiczny przedstawi zarzuty, tak długo kolizja uprawnień i działań stron procesowych będzie nieunikniona, a korzystanie z prawa do obrony zawsze będzie mogło potencjalnie utrudnić zadanie organom procesowym, w tym to wyznaczone w przepisie art. 2 § 2 k.p.k. (...) Sąd Najwyższy daleki jest od negowania czy też pomniejszania znaczenia wyrażanych w procesie legislacyjnym intencji ustawodawcy, oczywistym jest jednak, że nie jest on władny w sposób pozanormatywny – a takim byłoby przecież odwoływanie się do treści uzasadnienia projektu ustawy – narzucić organom stosującym prawo określone rozumienie jej tekstu. Co więcej, wyrażona w uzasadnieniu projektu ustawy wola projektodawcy, nie stanowi wiążącego kontekstu wykładniczego dla jej przepisów. Taki kontekst tworzy ich otoczenie normatywne, które w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia przedstawionego Sądowi Najwyższemu zagadnienia nie uległo zmianie²⁹⁸.

²⁹⁸ *Ibidem*.

Z argumentów tych wynika natomiast, że SN przyznaje prymat wykładni dynamicznej względem statycznej. Uznaje bowiem, że uzasadnienie zmian legislacyjnych nie może stanowić wystarczających racji do przyjęcia wynikających z nich rezultatów wykładni. Większy nacisk kładzie się na wartości, które interpretator uznaje w sposób uzasadniony za istotne.

Niezależnie od tego, zauważyć trzeba, że uzasadnienie projektu noweli z 2016 r. (Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, VIII kadencja, druk sejm. nr 207) nie niesie ze sobą argumentów, do których można byłoby się odwołać, kontestując trafność dotychczasowej wykładni przepisu art. 233 § 1 k.k. i uzasadnić konieczność odczytywania jego aktualnej treści w sposób zgodny z intencjami projektodawcy.

Wskazując w nim na potrzebę zwiększenia stopnia ochrony wymiaru sprawiedliwości przed wprowadzaniem w błąd organów procesowych (...). Podniesiono, że takie ukształtowanie zakresu prawa do obrony występuje również w innych systemach prawnych, które ratyfikowały Europejską Konwencję Praw Człowieka. Stwierdzono, że w polskiej doktrynie pojawiły się poglądy odmienne, zgodnie z którymi szerokie prawo do obrony wynika bezpośrednio z Konstytucji i przyznaje potencjalnemu oskarżonemu nielimitowane prawo do kłamstwa. Poglądy te są nieuzasadnione i prowadzą do uznania, że zarówno art. 233 § 3 k.k., jak i art. 183 k.p.k. są pozbawione wartości normatywnej. Efektem takich poglądów jest obecność w judykaturze wypowiedzi utożsamiających prawo do obrony z prawem do wprowadzenia w błąd organów procesowych w zakresie wykraczającym poza stosowanie instytucji procesowych. Na koniec zaś stwierdzono, że w celu rozstrzygnięcia tego rodzaju wątpliwości i interpretacji, mających negatywne konsekwencje dla pewności prawnej i skuteczności wymiaru sprawiedliwości, projektodawca zdecydował się jednoznacznie uznać zachowanie uczestnika postępowania, polegające na świadomym składaniu fałszywych zeznań i wprowadzaniu w błąd organu procesowego pomimo pouczenia go o prawie do odmowy składania zeznań lub odpowiedzi na pytania, za czyn zabroniony jako przestępstwo.

Odnosząc się kolejno do tych kwestii, stwierdzić trzeba, że patrząc na proces karny z perspektywy przepisów konwencyjnych (art. 6 EKPC i art. 14 ust. 3 lit. g Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych ONZ), konstytucyjnych (art. 42 ust. 2 Konstytucji RP) i regulacji kodeksowych, nieuprawnionym jest redukcja pojęcia interesu wymiaru sprawiedliwości do jednego z celów postępowania karnego – nawet, jeżeli jest to cel pierwszoplanowy. W demokratycznym państwie prawa aktywność jego organów w dążeniu do wykrycia sprawcy przestępstwa i pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej musi być prowadzona z uwzględnieniem pozostałych celów postępowania karnego i respektowaniem praw jego uczestników. Sprawiedliwość materialna musi realizować się z zachowaniem sprawiedliwości proceduralnej. Tak zatem, jak wydanie wyroku uniewinniającego, stanowiące wyraz respektowania konstytucyjnego prawa, gwarantującego każdemu, że będzie uważany za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie stwierdzona w sprawiedliwym procesie przez niezależny, bezstronny i niezawisły sąd – wbrew ferowanym niekiedy w przekazach medialnych ocenom – nie może być postrzegane wyłącznie w kategoriach «porażki wymiaru sprawiedliwości», tak też nie jest sprzeczne z interesem wymiaru sprawiedliwości dochodzenie prawdy w procesie karnym w sposób zapewniający realizację praw jednostki, gwarantowanych ustawowo i konstytucyjnie (...). Argumentu przekonującego do odczytywania relacji zachodzących obecnie między przepisami art. 233 § 1 i § 1a k.k. zgodnie z intencjami wyrażonym w uzasadnieniu projektu noweli z 2016 r. nie stanowi zapewnienie projektodawcy, że unormowania zawarte w art. 182 i 183 k.p.k. oraz w art. 233 § 3 k.k. spełniają standard określonego w art. 6 EKPC prawa do obrony. Prawdą jest, że Konwencja ta nie wymienia wśród warunków, które musi spełniać rzetelny proces sądowy zasady *nemo tenetur*, a orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, które w tej kwestii nie jest do końca konsekwentne, dopuszcza możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprawcę czynu zabronionego za złożenie fałszywych zeznań, o ile zagwarantowano mu prawo do odmowy odpowiedzi na pytanie w zakresie, w jakim groziłoby to samodenuncjacją. W orzecznictwie tym przyjmuje się jednocześnie, że wyinterpretowane z art. 6 EKPC prawo do milczenia przysługuje nie tylko osobie posiadającej status

oskarżonego według prawa krajowego, ale chroni również osobę znajdującą się w sytuacji prawnej wskazującej na realne ryzyko postawienia zarzutu popełnienia przestępstwa. Ochrona przed przymuszeniem do samooskarżenia przysługuje także osobom, wobec których użyto przymusu prawnego poza postępowaniem karnym w celu uzyskania informacji, które mogą być następnie wykorzystane w postępowaniu karnym (por. M. Wąsek-Wiaderek, «Nemo se ipsum accusare tenetur» w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (w:) Orzecznictwo sądowe w sprawach karnych. Aspekty europejskie i unijne, red. L. Gardocki, J. Godyń, M. Hudzik, L.K. Paprzycki, Warszawa 2008 s. 181-198; M. Bielski, Wyłączenie przestępności składania fałszywych zeznań w związku z przysługującym sprawcy czynu zabronionego prawem do obrony, CzPKiNP 2011, z. 3, s. 73-75).

Mając powyższe na uwadze, nie można zapominać o tym, że przepisy EKPC wyznaczają minimalne standardy ochrony praw człowieka i jeżeli Konstytucja RP przewiduje pełniejsze zabezpieczenie ich realizacji, to w tym zakresie jej postanowienia są w systemie prawa krajowego normatywnie i wykładniczo wiążące. Jest też rzeczą oczywistą, że o treści ustaw zasadniczych przyjmowanych w poszczególnych państwach decyduje szereg różnicujących ich sytuacje czynników – m.in. tradycja prawna, uwarunkowania historyczne, kultura polityczna. Dotyczy to również Konstytucji RP (...). W tym zakresie podzielić też trzeba argumentację Sądu Najwyższego przedstawioną w uzasadnieniu postanowienia z dnia 10 grudnia 2020 r., I KK 58/19, w której wykazano, że prawo do odmowy odpowiedzi na pytanie z powołaniem się na art. 183 § 1 k.p.k. nie wystarczy dla ochrony przed zmuszeniem do samooskarżenia. Zaznaczono w niej, że nie tylko w złożonych, wielowątkowych sprawach, ale także w wielu innych, zależnie od układu okoliczności, przesłuchiwany nie ma możliwości pełnej oceny, na które pytanie nie może odpowiedzieć bez narażenia się na samooskarżenie. Odmowa odpowiedzi będzie zaś jednoznaczną podpowiedzią, która w konkretnej sprawie, przyniesie efekt bliski albo równy samooskarżeniu. Zatem prawo do milczenia z powołaniem się na art. 183 § 1 k.p.k. nie

niweluje braku swobody korzystania z wolności od samooskarżenia w granicach sprawstwa własnego czynu²⁹⁹.

Z przywołanego wyroku wynika więc, że ustalanie prawdy o zdarzeniu objętym postępowaniem karnym nie może odbywać się kosztem innych, podstawowych zasad postępowania karnego, do którego zalicza się prawo do obrony. Wskazano, że niekaralność składania fałszywych zeznań z obawy przed grożącą świadkowi odpowiedzialności karną, co prawda nie wynika z przepisów europejskich; wyznaczają one jednak minimalny standard prawa do obrony, które w polskiej kulturze prawnej przyjmuje kształt korzystniejszy dla takiego świadka.

2.5 Charakterystyka

Opisywany zakaz dowodowy w świetle teoretycznoprawnego podziału norm na zasady i reguły, ma charakter zasady prawnej. Jej stosowanie może polegać na wazeniu jej z innymi zasadami w celu znalezienia kompromisu między realizowanymi przez nie wartościami. Jakkolwiek zasada *nemo se ipsum accusare tenetur* ma fundamentalny charakter w postępowaniu karnym, to jednak doznaje ona pewnych ograniczeń. Przy czym ich rodzaj może być jasno określony, jak choćby w art. 74 k.p.k. Dopuszczalne jest jednak również wskazanie ogólnych kryteriów, jak choćby czyni to ETPC, którego poglądy w tym zakresie zreferowano w obszernie przywołanym orzeczeniu SN. Nie sposób więc przeprowadzić rozumowania subsumpcyjnego, którego efektem byłoby wskazanie, czy dana sytuacja jest zgodna z zasadą *nemo se ipsum accusare tenetur*.

Omawiana zasada, mimo swego fundamentalnego znaczenia dla współczesnego procesu karnego, nie ma w Polsce charakteru konstytucyjnego, mimo że latach 80. formułowano takie postulaty. Jak wspomniano, norma ta wyrażona została w piątej poprawce do Konstytucji USA. Analogiczną rangę nadano jej w systemie prawnym Japonii, gdzie ustanowiono ją w art. 38 Konstytucji, który wręcz zabrania skazania, gdy jedynym dowodem winy jest przyznanie się oskarżonego³⁰⁰. Z kolei w Niemczech zasada ta nie została wprost wyrażona w niemieckiej Ustawie Zasadniczej, jednak wyinterpretowuje się ją z zawartych w niej: zasady nienaruszalności godności człowieka

²⁹⁹ *Ibidem*.

³⁰⁰ „Art. 38. Nikt nie może być zmuszany do składania zeznań obciążających jego samego. Zeznanie albo przyznanie się do winy złożone pod przymusem, pod wpływem tortur lub groźby, bądź na skutek przedłużania aresztu lub uwięzienia nie może być użyte jako środek dowodowy. Nikt nie może być skazany ani ukarany w sprawach, w których jedynym dowodem obciążającym jest jego przyznanie się” (cytat za: *Konstytucje świata. Konstytucja Japonii*, tłum. T. Suzuki, Warszawa 2014, s. 65-66).

i prawa do swobodnego rozwoju osobowości³⁰¹. Należy jednak zwrócić uwagę, że zasada *nemo se ipsum accusare tenetur* została wyrażona wprost w art. 14 ust. 3 lit. g ratyfikowanego przez Polskę w 1977 roku Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, uchwalonego w 1966 roku przez Zgromadzenie Ogólne ONZ³⁰². Natomiast w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności nie wyrażono wprost omawianej zasady. Mimo to w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wyinterpretowuje się ją z art. 6 ust. 1 tej konwencji³⁰³. Jako przełomowe w tej kwestii wskazuje się orzeczenie w sprawie Funke przeciwko Francja z 1993 roku. Stwierdzono w nim, że nie sposób uznać za usprawiedliwione takiego naruszenia prawa oskarżonego do milczenia, które oznaczałoby ukaranie go za niedostarczenie obciążających go dokumentów³⁰⁴. Tym samym zasadę *nemo se ipsum accusare tenetur* uznano za element prawa do uczciwego procesu, wynikającego z przywołanego przepisu konwencji.

Pozostawienie tej kwestii do uregulowania ustawodawcy jest związane z założeniem, że „reguły gry procesowej”, do których zalicza się przysługujące oskarżonemu gwarancje, konstruowane są na płaszczyźnie stanowienia prawa. W procesie karnym uwzględnia się dążenie do jak najsprawniejszego poczynienia prawdziwych ustaleń faktycznych i rozstrzygnięcia o odpowiedzialności karnej. Kiedy reguły te zostaną już ustanowione, dążenie do osiągnięcia sprawiedliwości materialnej musi być spójne z realizacją sprawiedliwości proceduralnej³⁰⁵. Tym samym ważenie tych

³⁰¹ A. Wąsek, O kilku..., s. 239.

³⁰² Każda osoba oskarżona o popełnienie przestępstwa ma prawo, na zasadach pełnej równości, co najmniej do następujących gwarancji: nieprzymuszania do zeznawania przeciwko sobie lub do przyznania się do winy.

³⁰³ Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzygnięciu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej. Postępowanie przed sądem jest jawne, jednak prasa i publiczność mogą być wyłączone z całości lub części rozprawy sądowej ze względów obyczajowych, z uwagi na porządek publiczny lub bezpieczeństwo państwowe w społeczeństwie demokratycznym, gdy wymaga tego dobro małoletnich lub gdy służy to ochronie życia prywatnego stron albo też w okolicznościach szczególnych, w granicach uznanych przez sąd za bezwzględnie konieczne, kiedy jawność mogłaby przynieść szkodę interesom wymiaru sprawiedliwości.

³⁰⁴ „The Court notes that the customs secured Mr Funke's conviction in order to obtain certain documents which they believed must exist, although they were not certain of the fact. Being unable or unwilling to procure them by some other means, they attempted to compel the applicant himself to provide the evidence of offences he had allegedly committed. The special features of customs law (...) cannot justify such an infringement of the right of anyone "charged with a criminal offence", within the autonomous meaning of this expression in Article 6 (art. 6), to remain silent and not to contribute to incriminating himself” – Funke przeciwko Francji, orzeczenie z dnia 23 lutego 1993 r., sprawa 10828/84.

³⁰⁵ M. Rusinek, O „prawie do kłamstwa”..., s. 85-86.

konkurujących nieraz ze sobą wartości odbywa się na płaszczyźnie stanowienia prawa, ograniczone jest zaś na etapie jego stosowania.

2.6 Krytyka

Mimo szerokiego zakresu normowania art. 74 § 1 k.p.k. formułowane są postulaty dotyczące pełniejszej realizacji omawianej zasady. Wskazano choćby, że osoba zatrzymana, która nie ma statusu podejrzanego, powinna być pouczana o prawie do zachowania milczenia, które winno mieć kształt analogiczny do przysługującego podejrzanemu na podstawie art. 175 § 1 k.p.k. Przyjęcie takiego rozwiązania z jednej strony służyłoby urzeczywistnieniu funkcji gwarancyjnej postępowania karnego. Z drugiej jednak strony twierdzi się, że wprowadzenie takiego pouczenia nie musiałoby skutkować rzeczywistym poprawieniem sytuacji procesowej oskarżonego, bowiem wtedy miałyby być dopuszczalne odczytanie, w trybie art. 389 § 1 k.p.k., oświadczeń złożonych przez niego podczas zatrzymania, w trakcie którego nie miał on jeszcze statusu podejrzanego, co chroniłoby tak złożone oświadczenia przed utratą waloru wiarygodności w sytuacji wycofania się z nich w trakcie składania wyjaśnień³⁰⁶.

Znacznie częściej można jednak spotkać głosy, że omawiana zasada nie powinna być interpretowana w sposób rozszerzający. Granice jej stosowania powinny wyznaczać więc regulacje kodeksowe. Zwolennicy tego poglądu wskazują bowiem, że zbyt szerokie stosowanie omawianej normy mogłoby uczynić nieefektywnym ściganie sprawców przestępstw³⁰⁷. Stanowisko to należy uznać za nakierowane przede wszystkim na jak

³⁰⁶ R. Kmiecik, Prawo do milczenia zatrzymanej osoby podejrzanego (w świetle reguły *nemo tenetur*), *Prokuratura i Prawo* 7-8/2000, s. 21-22. Nie jestem jednak przekonany, czy samo wprowadzenie obowiązku udzielenia stosownego pouczenia skutkowałoby uznaniem oświadczeń złożonych przez zatrzymanego jako wyjaśnień, co z kolei skutkowałoby możliwością ich odczytania na podstawie art. 389 § 1 k.p.k.

³⁰⁷ We wstępie drugiego wydania przywołanej już monografii Sobolewskiego, autor ten stwierdził, mimo krytyki wysuniętej wobec sformułowanych przez niego tez, że „celem gwarancji procesowych oskarżonego nie powinno być stwarzanie dodatkowych trudności w udowadnianiu winy rzeczywistemu sprawcy, lecz przede wszystkim chronienie go przed niesprawiedliwym osądzeniem. Tam, gdzie takie niebezpieczeństwo się rysuje, nie powinno być mowy o wyłomach od zasady «*nemo tenetur*», podobnie jak i wówczas, gdy dla uzyskania dowodu od oskarżonego trzeba by mu zadawać cierpienia fizyczne lub psychiczne. Te dwie sytuacje wytyczają minimalne, lecz zarazem nienaruszalne granice zasady. W pozostałym zakresie, w sytuacjach wyjątkowych, charakteryzujących się zwłaszcza szczególnie ostrym konfliktem interesów oskarżonego (sprawcy przestępstwa) i pokrzywdzonego, dopuszczalne jest – jak się wydaje – rozważanie celowości pewnych odstępstw od tej zasady (...). Proces karny nie jest grą sportową, w której dżentelmeński sposób walki jest ważniejszy niż jej wynik. Wymiar sprawiedliwości ocenie się przede wszystkim przez pryzmat wyroku. Poczucie sprawiedliwości obraża zarówno wyrok skazujący wtedy, gdy jest oparty na słabych dowodach, jak i wyrok uniewinniający, wydawany na przekór wiarygodnym dowodom, z powodu jedynie uchybień procesowych (...). Chcę przez to powiedzieć, że byłoby mi trudno proponować rozwiązania, w wyniku których zbyt często należałoby przekonywać pokrzywdzonego, że

najpełniejszą realizację zasady prawdy materialnej, rozumianej jako ustalenie rzeczywistego przebiegu zdarzeń, na dalszy plan odsuwające zaś postulaty takiego ukształtowania postępowania karnego, by w jego trakcie zapewniona była jak najpełniejsza realizacja gwarancji przysługujących oskarżonemu³⁰⁸. Wskazuje się przy tym, że prawo do obrony, jakkolwiek mające umocowanie konstytucyjne³⁰⁹, jest prawem wyłącznie instrumentalnym w stosunku do podstawowego celu procesu karnego, jakim jest poniesienie odpowiedzialności przez osobę winną, a uniknięcie jej przez osobę niewinną. Według tego ujęcia prawo do obrony nakierowane jest właśnie na zapobieganie skazaniu osób niewinnych i poczynienie prawidłowych ustaleń co do winy faktycznych sprawców. Jakkolwiek podkreśla się, że elementem prawa do obrony jest prawo do milczenia, to jednocześnie wyznaczenie jego granic stanowi kwestię sporną, której uregulowanie pozostawiono do decyzji ustawodawcy. Konstytucja nie przesądza bowiem o kształcie prawa do nieobciążania się³¹⁰.

Głosi się ponadto, że sama zasada *nemo se ipsum accusare tenetur* ma głównie uzasadnienie historyczne, związane choćby z zapobieganiem stosowaniu tortur, aktualnie zaś trudniej znaleźć racje przemawiające za jej obowiązywaniem. W szczególności kwestionuje się jej powiązanie z zasadą domniemania niewinności, wskazując, że ta ostatnia ma służyć ochronieniu osoby niewinnej od skazania, a nie utrudnieniu skazania osoby winnej. W związku z tym prawo do nieobciążania się ma swoje uzasadnienie, gdy brak jest innych dowodów winy niż te, które mógłby dostarczyć sam oskarżony, zaś traci to uzasadnienie, gdy pojawiają się takie przekonujące dowody winy nie pochodzące od tej osoby³¹¹.

Należy jednak zauważyć, że w ostatnich latach dyskusja na temat stosowania tortur odżyła, a to za sprawą walki z ogólnoswiatowym terroryzmem i też głoszonych

sprawiedliwość wymaga uniewinnienia jego prześladowcy z powodu uchybień procesowych, mimo że nikt rozsądny nie wątpi w winę oskarżonego” (Z. Sobolewski, *Samooskarżenie...*, s. 4).

³⁰⁸ Zacytowany już autor twierdzi wręcz, że „nie ma potrzeby faworyzować oskarżonego ani w porównaniu z pozostałymi stronami procesowymi, ani też w porównaniu z osobami niebiorącymi udziału w procesie karnym, gdy nie wynika to z potrzeby ochrony oskarżonego przed skutkami niesłusznego oskarżenia. Fakt postawienia kogoś w stan oskarżenia nie jest sam przez się tytułem do korzystania z nadzwyczajnych uprawnień (...) Jeżeli jakieś przywileje przyznaje się oskarżonemu lub jeżeli stosuje się wobec niego pewną dyskryminację, to powinno być podyktowane realną potrzebą zapewnienia prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości” (Z. Sobolewski, *Samooskarżenie...*, s. 15-16).

³⁰⁹ Art. 42 ust. 2 Konstytucji RP. Każdy, przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może on w szczególności wybrać obrońcę lub na zasadach określonych w ustawie korzystać z obrońcy z urzędu.

³¹⁰ J. Czabański, M. Warchoń, Prawo do milczenia czy prawo do kłamstwa, *Prokuratura i Prawo* 12/2007, s. 36, 48.

³¹¹ *Ibidem*, s. 38.

przez amerykańskiego profesora prawa Alana Dershowitza. Postulował on dopuszczalność stosowania tortur, a więc odejście od zasady *nemo se ipsum accusare tenetur*, uzasadniając to koniecznością odniesienia zwycięstwa przez społeczeństwa demokratyczne zwycięstwa w walce z terroryzmem. Zjawisko to powoduje bowiem wyjątkowe zagrożenie dla całego społeczeństwa, a konieczność efektywnej walki z terroryzmem uzasadnia, zdaniem tego uczonego, dopuszczalność stosowania tortur wobec osób podejrzanych o działalność terrorystyczną. Oznaczałoby to odrzucenie hipokryzji polegającej na tym, że służby wielu państw demokratycznych stosują tortury, oficjalnie się do tego nie przyznając i będąc stronami międzynarodowych aktów prawnych zakazujących stosowania tortur. Ich zalegalizowanie doprowadziłoby do jasnego określenia dopuszczalności sięgania po tę metodę dowodową, co każdorazowo znajdowałoby odpowiednią podstawę prawną. Doszłoby również do poddania stosowania tortur kontroli władzy sądowniczej, co znacząco ograniczyłoby ewentualne nadużycia władzy wykonawczej, jak również zwiększyłoby ich humanitaryzm przez odpowiednie dozowanie okrucieństwa, by nie zagrażało ono zdrowiu podejrzanego, a także nie przekroczyło odpowiedniego stopnia bólu³¹².

W praktyce nieraz występuje sytuacja, gdy podejrzany na wcześniejszym etapie postępowania miał jedynie statut świadka i w takim to charakterze został przesłuchany. Jedną z różnic między tymi rolami procesowymi polega na tym, że świadek ma obowiązek złożyć zeznania³¹³, zaś podejrzany, tak samo jak oskarżony, ma prawo składać wyjaśnienia, co wynika z przywołanego już art. 175 § 1 k.p.k. Swego rodzaju uzupełnieniem tej regulacji jest art. 183 § 1 k.p.k., zgodnie z którym świadek może uchylić się od odpowiedzi na pytanie, jeżeli udzielenie odpowiedzi mogłoby narazić jego lub osobę dla niego najbliższą na odpowiedzialność za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe. Wskazuje się przy tym, w odniesieniu do świadka, który jest przesłuchiwany w sprawie popełnionego przez niego przestępstwa, że przywołany przepis nie gwarantuje mu prawa do milczenia, to jeszcze stawia go przed dylematem: odmówić odpowiedzi na pytanie, w ten sposób zwracając uwagę organu procesowego na okoliczności, o istnieniu których wolałby nie wspominać, czy też zeznawać i narazić się na odpowiedzialność

³¹² M. Niełacznna, Wolność bezwarunkowa – wokół problemu tortur. Polemika z argumentami Alana Dershowitza, zwolennika stosowania przemocy przez państwo, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, 2/2008, s. 243-244, 271.

³¹³ Art. 177 § 1 k.p.k. stanowi, że „Każda osoba wezwana w charakterze świadka ma obowiązek stawić się i złożyć zeznania”. Co więcej, świadek ma obowiązek mówienia prawdy, co wynika z art. 233 § 1 k.k., ustanawiającego odpowiedzialność karną za składanie fałszywych zeznań.

karną. Ta, leżąca u podstaw instytucji uchylania się od odpowiedzi na pytanie przez świadka zagrożonego odpowiedzialnością karną, wewnętrzna sprzeczność³¹⁴. Można się jednak spotkać z krytyką zacytowanego poglądu, zgodnie z którą opisany przez Sąd Najwyższy dylemat nie może być uznany za naruszający konstytucyjne prawo do obrony, zaś chęć uniknięcia przez sprawcę przestępstwa odpowiedzialności karnej nie zasługuje w tym zakresie na ochronę prawną³¹⁵.

Przyjmuje się, że niedopuszczalne jest odczytanie zeznań złożonych uprzednio przez podejrzanego. Wprawdzie brak ściśle wyrażonego zakazu dowodowego, ale decyduje o tym konieczność realizacji gwarancji procesowych oskarżonego. Wyrażono jednak pogląd, że „nie zawsze będziemy mieli do czynienia z nielegalnie uzyskanym dowodem. Gdy przesłuchanie świadka zostało przeprowadzone w sytuacji, w które w stosunku do podejrzanego nie aktualizowały się przesłanki z art. 313 § 1 k.p.k.³¹⁶, dowód nie został pozyskany sprzecznie z prawem³¹⁷. Z zapatrywaniem tym nie sposób się zgodzić, wypacza ono bowiem istotę gwarancji procesowej, jaką jest prawo, a nie obowiązek, składania wyjaśnień. Zacytowany pogląd nie znajduje też oparcia w przepisach, co wyraził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 lutego 1995 roku, sygnatura I KZP 37/94, stwierdzając, że niedopuszczalne było odczytanie na rozprawie protokołów wcześniejszych zeznań oskarżonego złożonych w charakterze świadka nawet na jego wniospek³¹⁸, bowiem stosowny przepis zezwala jedynie na odczytanie wyjaśnień, nie ma

³¹⁴ Uchwała SN z 20.09.2007 r., I KZP 26/07, OSNKW 2007, nr 10, poz. 71.

³¹⁵ J. Czabański, M. Warchoń, Prawo..., s. 50.

³¹⁶ Art. 313 § 1 k.p.k. Jeżeli dane istniejące w chwili wszczęcia śledztwa lub zebrane w jego toku uzasadniają dostatecznie podejrzenie, że czyn popełniła określona osoba, sporządza się postanowienie o przedstawieniu zarzutów, ogłasza je niezwłocznie podejrzanemu i przesłuchuje się go, chyba że ogłoszenie postanowienia lub przesłuchanie podejrzanego nie jest możliwe z powodu jego ukrywania się lub nieobecności w kraju.

³¹⁷ W. Jasiński, *Nielegalnie uzyskane...*, s. 358.

³¹⁸ Uchwała SN z 8.02.1995 r., I KZP 37/94, OSNKW 1995, nr 3-4, poz. 15: „Odczytanie protokołu zeznań, jakie oskarżony złożył w postępowaniu przygotowawczym w danej sprawie w charakterze świadka, nie jest dopuszczalne nawet wtedy, gdy oskarżony o to wnosi, albowiem uwzględnieniu takiego wniosku stoi na przeszkodzie zakaz wyrażony w art. 334 § 1 k.p.k.”. Obecnie tożsamą pod istotnymi względami normę wyraża zacytowany już art. 389 § 1 k.p.k. Teza taka wybrzmiewa również we wcześniejszym wyroku Sądu Najwyższego z 22 listopada 1974 roku, IV KR 426/73. Nie sposób jednak podzielić zaprezentowanego tam argumentu, że „przepisu art. 334 § 1 k.p.k. (...) ze względu na jego charakter wyjątkowy nie można ani interpretować rozszerzająco, ani uzależniać jego wykładni od tego, czy w konkretnym wypadku wychodzi ona na korzyść, czy na niekorzyść oskarżonego. Wykładnia bowiem każdego przepisu powinna być jednolita i mieć walor ogólnie obowiązujący, a nie zmienna i dostosowana każdorazowo do indywidualnego interesu danej strony”. Żadna z dyrektyw wykładni nie zabrania rekonstruowania normy różniącej się co do treści w przypadku istotnej różnicy stanu faktycznego, a za taką, ze względów gwarancyjnych, należy uznać kierunek czynności dowodowej – obciążający lub odciążający dla oskarżonego. Nie sposób zwłaszcza twierdzić, by takie różnicowanie godziło w jednolitość i „ogólne obowiązywanie” wykładni, czymkolwiek to „ogólne obowiązywanie” miałyby być, bowiem pojęcia obowiązywania zastrzeżone jest dla przepisów i norm, a nie wykładni.

w nim mowy o zeznaniach. Uważam ponadto, że wniosek przeciwny do zacytowanego znajduje uzasadnienie w samej istocie gwarancji procesowych oskarżonego, nakazujących traktować status oskarżonego, pod kątem przysługujących mu praw, jako pojęcie o charakterze deklaratoryjnym, a nie konstytutywnym. Rozumiem przez to, że uznanie kogoś za podejrzanego w postępowaniu karnym powinno nastąpić od razu po zgromadzeniu danych uzasadniających dostatecznie podejrzenie, że czyn popełniła określona osoba. Jeśli mimo to organ prowadzący postępowanie przygotowawcze nie uzna jej za podejrzanego, powinna ona wciąż korzystać jednak z gwarancji procesowych przysługujących podejrzanemu. W tym znaczeniu decyzja organu procesowego ma charakter deklaratoryjny, bo powinna w sposób adekwatny odpowiadać rzeczywistości, a zatem pod tym kątem można oceniać jej trafność, nie zaś konstytutywny, co oznaczałoby, że traktowanie kogoś jako podejrzanego byłoby uzasadnione wyłącznie tym, czy osobie tej przedstawiono już zarzuty. W związku z tym niedopuszczalne jest procesowe wykorzystanie przeciwko podejrzanemu dowodów, których był obowiązany dostarczyć jako świadek³¹⁹.

3. Zakaz przesłuchania obrońcy co do faktów, o których dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę

3.1 Istota

³¹⁹ Istotne dla falsyfikacji tego poglądu jest zestawienie art. 74 § 2 i § 3 k.p.k. z art. 192a k.p.k. Pierwszy z tych przepisów nakłada na podejrzanego obowiązek dostarczenia pewnych kategorii dowodów, drugi zaś wyraża podobny obowiązek co do świadków (w znaczeniu procesowym, niekoniecznie więc faktycznych świadków), przy czym odnosi się do fazy postępowania *in rem*, gdy nikt nie ma jeszcze charakteru podejrzanego. Obowiązki ciążące na świadkach mają nieco szerszy zakres niż dotyczące oskarżonego. Pojawia się więc pytanie, co zrobić z materiałem uzyskanym od podejrzanego, który pobrano od niego, gdy miał jeszcze status świadka, bowiem sytuacji tej nie normuje żaden przepis. Sąd Najwyższy w postanowieniu z 9 lutego 2010 roku, II KK 198/09, stwierdził: „Dyskusyjne może być natomiast to, czy dopuszczalne jest przeprowadzenie ekspertyzy z wykorzystaniem materiału pochodzącego z badań przesiewowych albo wykorzystanie jako dowodu dotychczasowej quasi-ekspertyzy, zawierającej w odniesieniu do osoby podejrzanego tezy stanowcze, a nie tylko o charakterze eliminacyjnym, wówczas gdy zachowany został taki materiał, którego oskarżony nie byłby zobowiązany dostarczyć, występując w charakterze podejrzanego, z uwagi na rodzaj badań objętych treścią art. 74 § 2 k.p.k., a przy którego pobraniu w trybie art. 192a § 1 k.p.k. nie jest wymagana zgoda osoby objętej badaniem eliminacyjnym. Zdaniem Sądu Najwyższego w niniejszym składzie należy uznać, że w odniesieniu do takiego materiału wykorzystanie go w celach dowodowych, bez wyraźnej zgody oskarżonego, nie jest dopuszczalne”. Ze stanowiskiem tym co do zasady należy się zgodzić. Można by się jednak zastanawiać, czy materiał taki nie powinien w ogóle zostać zniszczony, tak bowiem robi się z materiałami pobranymi w trybie art. 192a § 1 k.p.k. od pozostałych osób. Skoro jednak nie niszczy się protokołów wcześniejszych przesłuchań oskarżonego w charakterze świadka, to brak wymogu niszczenia materiałów pobranych do badań eliminacyjnych należy ocenić jako systemowo spójny.

Zgodnie z art. 178 pkt 1 k.p.k. „Nie wolno przesłuchiwać jako świadków: 1) obrońcy albo adwokata lub radcy prawnego działającego na podstawie art. 245 § 1, co do faktów, o których dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę”. W związku z tym skrótowo będę posługiwać się określeniem „zakaz przesłuchania obrońcy”, bowiem raczej uzasadniające zakaz przesłuchania adwokata albo radcy prawnego w opisanych warunkach są tożsame z dotyczącymi normy odnoszącej się do obrońcy. Sam zakaz wynika przede wszystkim z istoty tajemnicy adwokackiej³²⁰. Tajemnicę tę można analizować na trzech płaszczyznach, których, mimo wzajemnych powiązań, nie powinno się rozpatrywać łącznie:

- 1) etycznej – niedopełnienie obowiązku zachowania tajemnicy pozostaje w sprzeczności z zasadami etyki i rodzi odpowiedzialność dyscyplinarną;
- 2) karno-materialnej – niedochowanie tajemnicy może stanowić przestępstwo z art. 266 § 1 k.k.³²¹;
- 3) procesowej – tajemnica adwokacka, a w szczególności tajemnica obrończa, chroniona jest przez odpowiednie zakazy dowodowe³²².

Na ukształtowanie zasad i zakresu tajemnicy adwokackiej w polskim prawie wpływ miała doktryna francuska, w której dąży się do jak najszerszej ochrony tej tajemnicy³²³. Jak wskazywano we francuskim piśmiennictwie, „dawne przepisy mówią, że klient «powinien móc pokładać w swoim adwokacie bezgraniczne zaufanie». Powinien wobec niego «lekceważyć ostrożności, jakie się przedsięwzię przy załatwianiu zwykłych spraw. Trzeba, ażeby mógł bez obawy otworzyć duszę przed swoim obrońcą i zaufać jego dobrej woli» (...). Pod tym względem adwokat i jego klient są jakby złączeni węzłem spowiednika i penitenta. Dlatego też istotnie mówiono niegdyś o «religijnym prawie tajemnicy»»³²⁴. Pewnym odzwierciedleniem tej refleksji jest normatywny kształt

³²⁰ Od 1 lipca 2015 roku również radcowie prawni mogą występować w procesie karnym jako obrońcy, a już wcześniej mogli pełnić funkcję pełnomocników. Z tych przyczyn w rozdziale tym na równi z tajemnicą adwokacką należy traktować tajemnicę radcowską. W trosce o zwięzłość wywodu pisać będę wyłącznie o tajemnicy adwokackiej, za każdym razem odnosząc formułowane co do niej spostrzeżenia również do tajemnicy radcowskiej.

³²¹ Kto, wbrew przepisom ustawy lub przyjętemu na siebie zobowiązaniu, ujawnia lub wykorzystuje informację, z którą zapoznał się w związku z pełnioną funkcją, wykonywaną pracą, działalnością publiczną, społeczną, gospodarczą lub naukową podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

³²² M. Cieślak, Glosa do uchwały S.N. z 29 XI 1962, VI KO 61/62, *Państwo i Prawo* 7/1963, s. 170.

³²³ R. Łyczewek, Tajemnica zawodowa obrońcy, *Państwo i Prawo* 1/1962, s. 107-108. Ten sam autor twierdzi, że analogiczne poglądy przyjęła przed I wojną światową adwokatura rosyjska, a za jej pośrednictwem polska na terenie Królestwa Kongresowego.

³²⁴ F. Payen, *O powołaniu adwokatury i sztuce obrończej*, Warszawa-Kraków 1935, s. 158.

omawianego zakazu dowodowego, który w każdej polskiej, dwudziestowiecznej kodyfikacji karnoprocesowej był łączony z zakazem przesłuchania duchownego co do faktów, o których dowiedział się podczas spowiedzi³²⁵. Trzeba jednak podkreślić, że odwołanie się do samej tylko tajemnicy adwokackiej byłoby niewystarczające. Jej bowiem strzeże zakaz dowodowy z art. 180 § 2 k.p.k.³²⁶. Do istoty omawianego w tym rozdziale zakazu dowodowego należy również ochrona praw oskarżonego. Dopiero połączenie tych wartości dwojakiego rodzaju – zasad etyki adwokackiej i gwarancji procesowych oskarżonego – stanowi o istocie omawianego zakazu. Wypada przy tym zauważyć, że posłużenie się w art. 178 pkt 1 k.p.k. pojęciem obrońcy skutkuje stosowaniem tego zakazu również do osób pełniących te funkcje w innych postępowaniach niż karne, np. w postępowaniach dyscyplinarnych, w których brak jest wymogu podejmowania obrony wyłącznie przez adwokata albo radcę prawnego. Uważam, że w takich sytuacjach, rekonstruując wartości odnoszące się do omawianego zakazu dowodowego, należy w drodze analogii odnieść się do zasad etyki adwokackiej.

Można uznać, że stanowczość tego zakazu dowodowego pociąga za sobą niedopuszczalność samego wezwania na przesłuchanie w charakterze świadka obrońcy w tym postępowaniu, w którym występuje on w tej roli. Według mnie nie ma przy tym znaczenia, że przesłuchanie miałooby nie dotyczyć okoliczności związanych z pełnieniem funkcji obrońcy. Ta bowiem rola procesowa ma charakter zrelatywizowany wyłącznie do konkretnego postępowania, poza którym osoba nie występuje już w tej roli. W związku z tym, jeśli w postępowaniu nadano obrońcy taki właśnie status, to nie powinno być dopuszczone wezwanie go na przesłuchanie w charakterze świadka³²⁷. Tym zakaz ten różni się choćby od ustanowionej w tym samym przepisie normy dotyczącej niedopuszczalności przesłuchania spowiednika. Co do takiej osoby nie sposób bowiem ustalić, przed rozpoczęciem przesłuchania, czy posiadane przez nią informacje pochodzą właśnie ze spowiedzi. Obrońca pełni swoją rolę na podstawie upoważnienie udzielonego

³²⁵ W kodeksie z 19 marca 1928 r. art. 101 stanowił: „Nie wolno przesłuchiwać jako świadka: a) duchownego co do faktów, o których dowiedział się na spowiedzi; b) obrońcy oskarżonego co do faktów, o których się od niego dowiedział przy udzielaniu porady prawnej lub prowadzeniu sprawy”. Obowiązującą od 13 września 1950 r. nowelizacją takie samo brzmienie nadano art. 91.

³²⁶ Art. 180 § 2 k.p.k. Osoby obowiązane do zachowania tajemnicy notarialnej, adwokackiej, radcy prawnego, doradcy podatkowego, lekarskiej, dziennikarskiej lub statystycznej oraz tajemnicy Prokuraturii Generalnej, mogą być przesłuchiwane co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. W postępowaniu przygotowawczym w przedmiocie przesłuchania lub zezwolenia na przesłuchanie decyduje sąd, na posiedzeniu bez udziału stron, w terminie nie dłuższym niż 7 dni od daty doręczenia wniosku prokuratora. Na postanowienie sądu przysługuje zażalenie.

³²⁷ Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 168.

do występowania w konkretnym postępowaniu. Zatem na podstawie samego tylko pisemnego albo ustnie złożonego do protokołu upoważnienia³²⁸ można stwierdzić, że dana osoba w określonym postępowaniu karnym występuje w roli obrońcy. Analogicznych uwag nie można odnieść do spowiednika. Zasadniczo więc ustalenie, czy duchowny spowiadał oskarżonego, możliwe będzie przede wszystkim na podstawie jego oświadczenia złożonego przed przystąpieniem do przesłuchania, na które zostałyby wezwany przez organ procesowy.

3.2 Uzasadnienie

Zakaz przesłuchania obrońcy co do faktów, o których dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę, uzasadnia się przez wzgląd na ochronę stosunku zaufania między oskarżonym a jego obrońcą. Przyjmuje się bowiem, że wobec rozbudowania i skomplikowania systemu prawa potrzebne są porady specjalisty, zdolnego do udzielenia profesjonalnej porady i reprezentowania swego mocodawcy. Zagwarantowanie poufności relacji obrońcy z jego klientem zapewnia realizację indywidualnych praw człowieka, do których zalicza się właśnie możliwość korzystania z pomocy prawnej³²⁹. Nadto zagwarantowanie ochrony prawnej wynika z zasady domniemania niewinności. Skoro oskarżonego uznaje się za niewinnego do momentu stwierdzenia jego winy prawomocnym wyrokiem, to należy również zagwarantować mu możliwość swobodnego omówienia własnej sprawy z obrońcą, bez ryzyka, że inne osoby dowiedzą się o treści prowadzonych między nimi rozmów. Wskazuje się, że brak ochrony tajemnicy obrończej prowadziłby do paradoksalnej sytuacji, w której broniący się samodzielnie oskarżony mógłby znajdować się w korzystniejszej sytuacji niż oskarżony korzystający z pomocy obrońcy, bowiem ten mógłby zostać przesłuchany co do porad udzielanych swojemu klientowi³³⁰.

Sformułowano w doktrynie pogląd, że adwokat nie powinien nawet komentować tego, co zostało ujawnione w toku jawnej rozprawy, a to z tej przyczyny, że może przy tym przypadkowo zdradzić informacje pozyskane wyłącznie od klienta, zapominając, czy zostały one ujawnione w toku rozprawy. Ponadto zauważono, że takie komentowanie

³²⁸ Art. 83 § 2 k.p.k. „Upoważnienie do obrony może być udzielone na piśmie albo przez oświadczenie do protokołu organu prowadzącego postępowanie karne”.

³²⁹ M. Jurzyk, Tajemnica zawodowa adwokatów w systemie prawnym Stanów Zjednoczonych, *Palestra* 5-6/1998, s. 173-174.

³³⁰ R. Łyczywek, Tajemnica..., s. 106.

sprawy nie przyczyniłoby się do zachowania powagi funkcji obrońcy³³¹. Nie oceniając trafności tego poglądu, uznaję, że tego rodzaju informacje powinny zostać objęte zakazem dowodowym dotyczącym tajemnicy obrończej. Uzasadniając tę tezę, przedstawiłam zaprezentowane wyżej argumenty. Co więcej, próba przesłuchania obrońcy co do informacji ujawnionych w toku rozprawy głównej godziłoby w zasadę bezpośredniości, bowiem mógłby on zeznawać co do okoliczności ustalonych na podstawie przeprowadzonych dowodów, które organ procesowy mógłby przecież ponownie przeprowadzić w innym postępowaniu.

Wskazuje się również, że obowiązek zachowania tajemnicy obrończej, którego pochodną jest omawiany zakaz dowodowy, zabezpiecza społeczny sens adwokatury. Może również dojść do sytuacji, gdy omawiany zakaz chroni interesy innych osób niż oskarżony, nawet nieuczestniczących w postępowaniu karnym, bowiem dotyczy on również informacji uzyskanych od takich osób przy prowadzeniu sprawy³³². Zakaz ten nie został natomiast ustanowiony w interesie państwa rozumianym jako ochrona dobra prawnego chronionego przez art. 241 k.k.³³³. Przepis ten nie dotyczy bowiem sytuacji przekazywania informacji w toku postępowania karnego, a tylko w jego obrębie aktualizuje się analizowany tu zakaz dowodowy.

Można również argumentować, że norma ta może służyć ustaleniu prawdy o czynie objętym postępowaniem³³⁴. Nie sposób bowiem wykluczyć sytuacji, w której oskarżony zataja znane sobie okoliczności sprawy, pozostając w błędnym przekonaniu, że świadczą one na jego niekorzyść. Wtedy rozmowa z obrońcą, co do której oskarżony jest przekonany, że nie zostanie ujawniona w toku postępowania, może przekonać go do zmiany zdania, co jednocześnie doprowadzi do polepszenia jego sytuacji prawnej, jak i pełniejszego wyjaśnienia okoliczności sprawy. Przy tym przypadek ten potwierdza sformułowaną już tezę, że wpływ zakazu dowodowego na ustalenie prawdy ma wyłącznie charakter przygodny.

3.3 Rodowód i ewolucja

³³¹ M. Cieślak, *Glosa...*, s. 171.

³³² R. Łyczywek, *Tajemnica...*, s. 106-107.

³³³ Art. 241 § 1. Kto bez zezwolenia rozpowszechnia publicznie wiadomości z postępowania przygotowawczego, zanim zostały ujawnione w postępowaniu sądowym, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. § 2. Tej samej karze podlega, kto rozpowszechnia publicznie wiadomości z rozprawy sądowej prowadzonej z wyłączeniem jawności.

³³⁴ R. Łyczywek, *Tajemnica...*, s. 107.

Art. 59 II Statutu Litewskiego z 1566 roku przewidywał karę infamii dla prokuratora (obecnie adwokata) za wyjawienie wiadomości uzyskanych od klienta. Sankcję tę złagodzano w III Statucie Litewskim z 1588 roku, który za taki czyn przewidywał karę pozbawienia prawa do wykonywania zawodu. W XVIII wieku następowało dalsze złagodzenie kar. Choć dalej przewidywano sankcję wykluczenia z palestry, to katalog możliwych kar obejmował również: napomnienie, grzywnę bądź więź (pozbawienie wolności wykonywane w tej budowli)³³⁵.

Rozwój tajemnicy adwokackiej na ziemiach zaboru rosyjskiego prawa został zreferowany w glosie Zdzisława Krzemińskiego do uchwały Sądu Najwyższego z 16 czerwca 1994 roku. W glosie tej podano, że „już w roku 1822 znany warszawski adwokat D. Torosiewicz, pisząc swe «Myśli o powołaniu obrońców sądowych» (...) i formułując w nich podstawowe obowiązki adwokata, podkreślał, że «obrońca winien jak najskrupulatniej objawione sobie przez strony do sprawy należące wiadomości i tajemnice w sekrecie zachować». W kilkadziesiąt lat później adwokat A. Suligowski, publikując w 1886 r. w «Gazecie Sądowej Warszawskiej» tak zwany «Kwestionariusz do etyki obrończej» wypowiada się w sposób zdecydowany za wprowadzeniem obowiązku bezwzględnego dochowania przez adwokata tajemnicy zawodowej (...). Do tego poglądu nawiązuje w roku 1911 H. Cederbaum w pracy pt. «Adwokatura w Królestwie Polskim», pisząc między innymi, że «dochowanie tajemnicy jest jednym z głównych obowiązków etycznych adwokata»³³⁶. Wskazane poglądy odpowiadały treści art. 93 ust. 3 ustawy postępowania karnego z 1864 roku, który przewidywał zakaz przesłuchiwania pełnomocnika lub obrońcy oskarżonego, co do przyznania uczynionego przez mocodawcę, nie przewidując żadnej możliwości zwolnienia ich od takiej tajemnicy. Natomiast w zaborze pruskim § 52 ustawy postępowania karnego z 1877 roku przyznawał obrońcy podsądnego prawo odmowy złożenia zeznań co do tego, co mu powierzono przy sprawowaniu przez niego urzędu. Natomiast adwokat mógł zasłonić się tajemnicą co do tego, co powierzono mu przy sprawowaniu przez niego zawodu, chyba że został zwolniony co do tego obowiązku. Przy tym nie było jasne, kto może takiego zwolnienia dokonać. Przyjmowano, że mogło to nastąpić wyłącznie w wyniku decyzji klienta. Z kolei w zaborze austriackim § 152 ustawy postępowania karnego z 1873 roku stanowił, że obrońca uwolniony jest od obowiązku składania świadectwa względem tego, z czym

³³⁵ A. Kaftal, Procesowe zagadnienia tajemnicy adwokackiej, *Palestra* 1/1970, s. 47.

³³⁶ Z. Krzemiński, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 16.6.1994 r, I KZP 5/94, *Monitor Prawniczy* 10/1994, s. 302.

się obwiniony przed nim, jako obrońcą, zwierzył. Tajemnicy takiej nie rozciągnięto jednak na adwokatów pełniących inną rolę niż obrońcy³³⁷.

Norma ustanawiająca omawiany zakaz dowodowy przez długi czas nie uległa zmianie w dwudziestowiecznych, polskich kodyfikacjach karnoprosesowych, a jedynie, jak już zauważono, wyrażana była w różnych jednostkach redakcyjnych kodeksu postępowania karnego. Istotna zmiana nastąpiła po wojnie, wraz z uchwaleniem kolejnej kodyfikacji: w art. 161 k.p.k. z 1969 r.³³⁸ zakres tajemnicy obrończej poszerzono podmiotowo i przedmiotowo. Rozciągnięto ją na wszystkie fakty, o których dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę, każdy obrońca, a nie wyłącznie obrońca oskarżonego, jak stanowiło poprzednie ustawodawstwo. Tym samym zakazem dowodowym objęto obrońcę biorącego udział już nie tylko w postępowaniu karnym, bo wyłącznie w nim występuje oskarżony, ale w każdym postępowaniu, w którym podejmowana jest obrona, np. postępowaniu wykroczeniowym albo dyscyplinarnym. W takim kształcie zakaz ten został sformułowany również w aktualnie obowiązującym kodeksie.

Warto odnotować, że w toku prac nad ustawą mającą zastąpić kodeks postępowania karnego z 1928 roku zgłaszano postulaty jeszcze dalej idącego poszerzenia zakresu omawianego zakazu dowodowego. W opracowanym przez Stanisława Śliwińskiego projekcie z 1959 roku proponowano ustanowić w art. 175 zakaz przesłuchiwania jako świadka m. in. obrońcy obwinionego, co do faktów, o których dowiedział się przy sprawowaniu obowiązków obrończych lub udzieleniu porady prawnej (zakaz bezwzględny), a także adwokatów oraz ich personelu pomocniczego, jeżeli nie zostaną zwolnione od obowiązku zachowania tajemnicy przez właściwą władzę. Natomiast w projekcie z lipca 1967 roku proponowano wprowadzenie jednolitego rozwiązania dotyczącego adwokata, zarówno pełniącego rolę obrońcy, jak i pełnomocnika. W projekcie tym bezwzględnie nie przewidywano możliwości przesłuchania w charakterze świadka adwokata co do okoliczności, o których dowiedział się przy sprawowaniu swych czynności zawodowych³³⁹.

O ile zakres tajemnicy obrończej z czasem poszerzono, o tyle kierunek zmian zakresu tajemnicy adwokackiej nie wykazywał podobnie stałej tendencji. Art. 8 dekretu

³³⁷ A. Kaftal, *Procesowe zagadnienia...*, s. 47-48.

³³⁸ Art. 161 k.p.k. z 1969 r.: Nie wolno przesłuchiwać jako świadków: 1) obrońcy co do faktów, o których dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę, 2) duchownego co do faktów, o których dowiedział się przy spowiedzi.

³³⁹ A. Kaftal, *Procesowe zagadnienia...*, s. 48-49.

w przedmiocie statutu tymczasowego Palestry Państwa Polskiego z 24 grudnia 1918 roku³⁴⁰ stanowił, że „advokat winien zachować tajemnicę co do wiadomości, otrzymanych z tytułu wykonywania swego zawodu, i nie może być zmuszony do ich wyjawienia przed sądem lub jakąkolwiek władzą”. W zasadzie tożsamy zakres tajemnicy adwokackiej wynikał z art. 20 Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 7 października 1932 roku – Prawo o ustroju adwokatury³⁴¹, zgodnie z którym „advokat obowiązany jest zachować w tajemnicy wiadomości, udzielone mu z tytułu wykonywanego przezeń zawodu”. Główna różnica tkwiła w usunięciu zastrzeżenia o niemożności zmuszenia przez jakąkolwiek władzę państwową do wyjawienia przez adwokata wskazanych wiadomości. Następnie art. 71 ustawy z 4 maja 1938 roku – Prawo o ustroju adwokatury³⁴² stanowił, że „advokat jest obowiązany zachować w tajemnicy wiadomości, udzielone mu z tytułu wykonywania przezeń zawodu”, co stanowiło w zasadzie powtórzenie wcześniejszej regulacji. Taka sama regulacja miała miejsce w ustawie z 27 czerwca 1950 roku o ustroju adwokatury³⁴³. Obowiązek zachowania tajemnicy adwokackiej ustanowiono w jej art. 53, zgodnie z którym „advokat jest obowiązany zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się z tytułu wykonywania zawodu adwokackiego”³⁴⁴. Pewna zmiana nastąpiła natomiast w art. 7 ustawy z 19 grudnia 1963 roku o ustroju adwokatury³⁴⁵, który stanowił, że „advokat jest obowiązany zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem porady prawnej lub prowadzeniem sprawy”. W ustawie tej zakres tajemnicy nie był już odnoszony do wykonywania zawodu adwokackiego, ale do związku informacji z udzielaniem porady prawnej lub prowadzeniem sprawy.

Należy też zwrócić uwagę na omówioną już zmianę zakresu tajemnicy obrończej w kodeksie postępowania karnego. W opisanym art. 161 k.p.k. z 1969 r. posłużono się tożsamymi pojęciami, co w ówczesnie obowiązującej ustawie o ustroju adwokatury. Tym samym w okresie obowiązywania tych przepisów zakres tajemnicy adwokackiej, w przypadku występowania adwokata w charakterze obrońcy, i omawianego zakazu dowodowego były tożsame, bowiem został on uregulowany w sposób analogiczny do tajemnicy adwokackiej. Sytuacja zmieniła się po nowelizacji przepisów dotyczących

³⁴⁰ Dz. Praw P. Pol. 1918.22.75 z dnia 30 grudnia 1918 roku.

³⁴¹ Dz.U.1932.86.733 z dnia 12 października 1932 roku.

³⁴² Dz.U.1938.33.289 z dnia 12 maja 1938 roku.

³⁴³ Dz.U.1950.30.275 z dnia 1950.07.27.

³⁴⁴ W wyniku nowelizacji ustawy norma ta była wyrażana w różnych jednostkach redakcyjnych, jednak bez zmiany jej treści.

³⁴⁵ Dz.U.1963.57.309 z dnia 1963.12.21.

adwokatów, bowiem zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy z 26 maja 1982 roku – Prawo o adwokaturze, adwokat obowiązany jest zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej. Tym samym doszło do ponownego zróżnicowania terminologicznego zakazu dowodowego i tajemnicy adwokackiej. Zgodność pojęciowa występuje natomiast między kodeksem postępowania karnego a ustawą z 6 lipca 1982 roku o radcach prawnych. Jej art. 3 ust. 5 brzmi bowiem: „Radca prawny nie może być zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę”.

W polskiej nauce prawa nie kwestionowano poglądu, że przyznanie się do winy sformułowane przez oskarżonego wobec jego obrońcy nie może zostać przez niego ujawnione. Wskazywano przy tym, że pogląd taki częściowo kwestionowała jedynie hitlerowska adwokatura, w ramach której nakazywano obrońcom sporządzanie protokołów przyznania się oskarżonego do winy i przesyłanie ich sądowi³⁴⁶. Natomiast w radzieckiej nauce prawa deklarowano, przynajmniej oficjalnie, poszanowanie tajemnicy adwokackiej. Świadczy o tym opublikowana w Moskwie w 1972 roku praca radzieckiego prawnika A. D. Bojkowa. Podano w niej, że stosunek klienta do adwokata opiera się na wzajemnym zaufaniu, czego gwarancją jest dochowanie przez tego ostatniego tajemnicy, co wywodzi się z konstytucyjnie zagwarantowanego prawa do obrony³⁴⁷.

3.4 Przykłady zastosowania

W orzeczeniu Sądy Najwyższego z 29 listopada 1963 roku stwierdzono, że „ustanowionym w art. 53 ustawy z dnia 27 czerwca 1950 roku o ustroju adwokatury (Tekst jednolity: Dz. U. 1959 r. Nr 8 poz. 41) obowiązkiem adwokata zachowania w tajemnicy wszystkiego, o czym dowiedział się z tytułu wykonywania swego zawodu, objęta jest całość jego rozmów z klientem pozostających w związku z omawianiem obrony w konkretnej sprawie”³⁴⁸. W orzeczeniu tym posłużono się argumentem historycznym. Jakkolwiek treść przepisu procedury karnej zakazującego przesłuchania obrońcy nie uległa zmianie w wyniku gruntowej nowelizacji kodeksu postępowania karnego z 13 listopada 1950 roku, a jedynie norma ta została wyrażona w innej jednostce

³⁴⁶ *Ibidem*, s. 111.

³⁴⁷ Tak Z. Krzemiński, *Glosa...*, s. 302.

³⁴⁸ Uchwała SN z 29.11.1963 r., VI KO 61/62, LEX nr 1634715.

redakcyjnej³⁴⁹, to zmiana normatywna nastąpiła w Prawie o adwokaturze, co zostało już opisane w poprzednim akapicie. W zacytowanym orzeczeniu wskazano, że ta zmiana stanu prawnego świadczy o rozszerzeniu zakresu tajemnicy obrończej. Odtąd bowiem „ramy pojęcia obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej nie pozwalają na przyjęcie, że tajemnicą jest tylko to, o czym dowiedział się od swego klienta. Tajemnicę tę stanowią wszelkie informacje skądkolwiek otrzymane (w tym również własne spostrzeżenia adwokata), i to nie tylko co do wiadomości dotyczących jego klienta w danej sprawie, lecz także innych osób, w szczególności współoskarżonego. Podobny zakres pojmowania obowiązku tajemnicy zawodowej obrońcy tłumaczy się koniecznością utrwalenia zaufania do dyskrecji adwokatów, co z kolei umożliwia im należyte wykonywanie ich zadań”.

Na gruncie wskazanej już ustawy z 27 czerwca 1950 roku o ustroju adwokatury, której art. 53 stanowił, że adwokat był obowiązany zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się z tytułu wykonywania zawodu adwokackiego, sformułowano nietrafny pogląd, który można by odnieść również do współcześnie obowiązujących przepisów. Uznano bowiem, że przepis ustanawiający tajemnicę adwokacką stanowi *lex specialis* wobec dotyczącego tajemnicy obrończej zakazu dowodowego, tym samym rozszerzając jego zakres normowania³⁵⁰. W czasach PRL-u pogląd ten początkowo spotkał się z aprobatą samorządu adwokackiego³⁵¹, jednak w kolejnych latach doszło do zmiany stanowiska tego gremium³⁵², co wiązano z przyczynami politycznymi. W pierwszych latach III RP Plenum Naczelnej Rady Adwokackiej w jednogłośnie uchwale z 12 grudnia 1993 roku przyjęło zasadę, że tajemnica adwokacka jest tajemnicą

³⁴⁹ Omówiono to w przypisie nr 325.

³⁵⁰ R. Łyczywek, *Tajemnica...*, s. 109.

³⁵¹ Już 21 listopada 1958 roku Wydział Wykonawczy Naczelnej Rady Adwokackiej podjął uchwałę, z której wynikało, że „adwokat zobowiązany jest zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się z tytułu wykonywania zawodu adwokackiego” (*Palestra* 2-3/1959, s. 121), jednak uchwała ta dotyczyła kwestii żądania wydania akt podręcznych sprawy prowadzonej przez adwokata, a nie jego przesłuchania. Do kwestii tej odniesiono się wprost w uchwale Wydziału Wykonawczego Naczelnej Rady Adwokackiej z 22 stycznia 1960 roku, w której stwierdzono „że przepis art. 92 § 1 k.p.k. [poza wypadkami, wskazanymi w art. 91, sąd lub prokurator może przesłuchać świadka, który odmawia zeznań z powodu tajemnicy zawodowej, tylko wtedy, jeżeli nie uzna za możliwe zwolnić go od zeznań – *dop. J.K.*] nie odnosi się do adwokata, który jest przesłuchiwany w charakterze świadka i który odmawia zeznań z powodu tajemnicy zawodowej” (*Palestra* 3/1960, s. 88)

³⁵² W uchwale Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z 10 listopada 1966 roku stwierdzono bowiem, że „adwokat obowiązany jest zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem porady prawnej lub prowadzeniem sprawy. Powyższą zasadę należą stosować w wypadkach unormowanych przepisami szczególnymi tylko w takim zakresie, w jakim nie stoi ona w sprzeczności z przepisami szczególnymi” (*Palestra* 12/1966, s. 137), przy czym uznano, że w postępowaniu karnym bezwzględnie chroniona jest tylko tajemnica obrończa, podczas gdy od zachowania tajemnicy adwokackiej można zostać zwolnionym przez uprawnione organy.

bezwzględnie obowiązującą na podstawie przywołanego już art. 6 ustawy Prawo o adwokaturze, a więc nie może być uchylana decyzją władz państwowych, w tym prokuratury czy sądu. Na kanwie tego stanowiska Sąd Najwyższy wydał 16 czerwca 1994 roku uchwałę w sprawie o sygnaturze I KZP 5/94, w której stwierdzono, że „adwokata nie wolno przesłuchiwać jako świadka co do faktów, o których dowiedział się jako obrońca udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę (arg. ex art. 161 pkt 1 k.p.k.). W innych wypadkach adwokat może odmówić zeznań co do okoliczności, na które rozciąga się obowiązek tajemnicy określony w art. 6 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. — Prawo o adwokaturze (Dz. U. Nr 16, poz. 124 z późn. zm.), chyba że sąd lub prokurator zwolni go na podstawie art. 163 k.p.k.³⁵³ od obowiązku zachowania tajemnicy. Zwolnienie to może nastąpić tylko wtedy, gdy ujawnienie okoliczności objętych tajemnicą – w drodze przesłuchania adwokata jako świadka – jest nieodzowne dla prawidłowego wyrokowania w sprawie”³⁵⁴. W obszernym uzasadnieniu tej uchwały przekonująco powołano się przede wszystkim na argumenty historyczne. Podkreślono, że o ile ochrona tajemnicy obrończej podlegała stopniowej intensyfikacji³⁵⁵, o tyle na zabieg taki nie zdecydowano się w odniesieniu do tajemnicy adwokackiej, mimo zgłaszania takich postulatów³⁵⁶. Wskazywano wręcz, że jej zakres, na gruncie ustawy

³⁵³ Art. 163 k.p.k. z 1969 r.: „Osoby obowiązane do zachowania tajemnicy służbowej lub tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji mogą odmówić zeznań co do okoliczności, na które rozciąga się ten obowiązek, chyba że sąd lub prokurator zwolni te osoby od obowiązku zachowania tajemnicy”.

³⁵⁴ Uchwała SN(7) z 16.06.1994 r., I KZP 5/94, OSNKW 1994, nr 7-8, poz. 41. Wskazano w niej, że „we wszecch miar właściwe jest wprowadzenie w tym zakresie bezwzględnego zakazu dowodowego, a więc wyłącznie w ogóle możliwości przesłuchiwania obrońcy w charakterze świadka. Godzi się przypomnieć, że przyjmując takie rozwiązanie w kodeksie postępowania karnego z 1928 r. Komisja Kodyfikacyjna przekonująco wykazała jego niewątpliwe walory, podkreślając przy tym celnie, iż na tle innego sposobu ochrony tajemnicy obrończej, a mianowicie przyznania obrońcy uprawnienia do odmowy zeznań, «często sam fakt odmowy byłby już odpowiedzią bardzo wymowną» (Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej: Projekt ustawy postępowania karnego z uzasadnieniem, Warszawa-Lwów 1926-1927, s. 192)”.

³⁵⁵ *Ibidem*: „Istotny jest fakt, że art. 161 pkt 1 k.p.k. określa ten zakres w sposób harmonizujący z granicami tajemnicy obrończej. Na gruncie kodeksu postępowania karnego z 1928 r. odpowiedni zakaz dowodowy obejmował jedynie fakty, o których obrońca dowiedział się od oskarżonego (art. 91 lit. b d.k.p.k.). Jasne jest, że takie ujęcie nie chroniło w pełni tajemnicy obrończej. Z uznaniem zatem i pełną aprobatą należy oceniać wydatne rozszerzenie zakresu ochrony tajemnicy obrończej i objęcie zakresem przewidzianego w art. 161 pkt 1 k.p.k. zakazu dowodowego wszystkiego, o czym obrońca dowiedział się w związku z udzielaniem porady prawnej lub prowadzeniem sprawy”.

³⁵⁶ *Ibidem*: „W toku prac nad kodyfikacją prawa karnego procesowego pojawiły się różne wersje rozwiązania zakładającego wyłączenie możliwości przesłuchania «adwokata» w charakterze świadka (art. 175 lit. d projektu k.p.k. z 1959 r. i art. 169 projektu k.p.k. z lipca 1967 r. - patrz: «Palestra» 1968, nr 1, s. 80; 1970, nr 1, s. 48-49; 1982, nr 1-3, s. 24). Ma więc jasną wymowę fakt, że ustawodawca opowiedział się jednak za rozwiązaniem zbieżnym z regulacją zawartą w art. 91 lit. b d.k.p.k. (Projekt k.p.k. oraz wprowadzenie, Warszawa 1967, s. 157; Projekt k.p.k., Warszawa 1968, s. 161). Godzi się wyraźnie zaznaczyć, że kształtując treść art. 161 pkt 1 i art. 163 k.p.k. ustawodawca nie uwzględnił – skierowanych w końcowej fazie prac legislacyjnych nad projektem k.p.k. do Sejmowej Komisji Wymiaru Sprawiedliwości – postulatów zmierzających do tego, by zakresem art. 161 pkt 1 k.p.k. objęta została tajemnica adwokacka i by wyraźnie została wyłączona możliwość stosowania dyspozycji art. 163 k.p.k. do

korporacyjnej, najszerszy był u zarania II Rzeczypospolitej, a następnie uległ zawężeniu – najpierw w przepisach kodeksu postępowania karnego, a potem prawa o ustroju adwokatury³⁵⁷.

W krytyce tej uchwały podniesiono zarzut, że decydujące znaczenie dla oceny zakresu omawianego zakazu dowodowego powinny mieć przepisy Prawa o adwokaturze, bowiem „od ich treści zależy to, czy obywatel będzie mógł skorzystać z autentycznej obrony, czy też pozostawiony zostanie samemu sobie, a zagwarantowana ustawowa obrona będzie obroną pozorną (...). Tak jak nie ma pół sprawy, tak nie może być pół czy ćwierć tajemnicy adwokackiej. Albo ona jest i obowiązuje wszystkich, albo traktuje się tajemnicę z przymrużeniem oka, godząc się na jej uchYLENIE, ale wówczas przestałoby mówić o istnieniu tajemnicy adwokackiej”³⁵⁸. Zarzucono również, że przyjęcie poglądu sformułowanego przez Sąd Najwyższy prowadzi do podzielenia adwokatów na dwie kategorie – z jednej strony obrońców, chronionych bezwzględnym zakazem dowodowym, a z drugiej „zwykłych” adwokatów, którzy mogą zostać zwolnieni z tajemnicy przez odpowiednie organy³⁵⁹.

adwokata (patrz uchwała Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 7 listopada 1968 r., «Palestra» 1969, nr 1, s. 107 i n.)”.

³⁵⁷ *Ibidem*: „Godzi się mianowicie przypomnieć, że art. 8 dekretu z dnia 24 grudnia 1918 r. w przedmiocie Statutu tymczasowego palestry Państwa Polskiego (Dziennik Praw Państwa Polskiego Nr 22, poz. 75) zawierał przepis o następującym brzmieniu: «Adwokat winien zachować tajemnicę co do wiadomości otrzymanych z tytułu wykonywania swego zawodu i nie może być zmuszony do ich wyjawiania przed sądem lub jakąkolwiek władzą». Istotne są w związku z tym dwie rzeczy. Najpierw chodzi o to, że w kodeksie postępowania karnego z 1928 r. przyjęto jednak inne rozwiązanie, a mianowicie zakresem bezwzględnego zakazu dowodowego objęto jedynie tajemnicę obrończą, natomiast tajemnicę adwokacką (w zakresie wykraczającym poza tajemnicę obrończą) potraktowano na równi z innymi tajemnicami zawodowymi i objęto względnym zakazem dowodowym. Należy zaznaczyć, że Komisja Kodyfikacyjna przytoczyła rozmaite argumenty na rzecz takiego rozwiązania (Projekt ustawy postępowania karnego z uzasadnieniem, Warszawa-Lwów 1926-1927, s. 191 i 194-195). Następnie chodzi o to, że poczynając od prawa o ustroju adwokatury z 1932 r. w przepisach dotyczących tajemnicy adwokackiej nigdy już nie pojawiła się norma wyłączająca w sposób wyraźny możliwość «zmuszania» adwokata do ujawnienia okoliczności objętych tajemnicą zawodową (...). Istotna jest wyraźna preferencja na rzecz ochrony tajemnicy zawodowej, przebijająca z treści art. 163 k.p.k. Na gruncie art. 92 § 1 k.p.k. z 1928 r. do przełamania obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej dochodziło wtedy, gdy sąd (a od 1949 r. – także prokurator) «nie uznał za możliwe zwolnić» świadka od zeznań. Oznaczało to, że w zasadzie osoba obowiązana do zachowania tajemnicy zawodowej miała obowiązek złożenia zeznań i ujawnienia okoliczności objętych tą tajemnicą, odmowa bowiem zeznań z powodu tajemnicy zawodowej była skuteczna tylko wtedy, gdy organ procesowy zwolnił świadka od obowiązku złożenia zeznań”.

³⁵⁸ Z. Krzemiński, *Glosa...*, s. 304-305.

³⁵⁹ *Ibidem*. Należy przy tym podkreślić, że pogląd, który stał się podstawą sformułowania przez Sąd Najwyższy wskazanej uchwały, a następnie podnoszonej wobec niej krytyki, wynikał z treści obowiązujących wówczas przepisów. Art. 163 k.p.k. z 1969 r. nie różnicował kategorii osób, których dotyczył obowiązek zachowania tajemnicy służbowej lub tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji. W związku z tym dopuszczalne było traktowanie przepisów Prawa o adwokaturze jako *lex specialis* wobec norm procedury karnej. Obecnie pogląd ten należy uznać z gruntu za nietrafny, bowiem aktualnie obowiązujący art. 180 § 2 k.p.k. odnosi się wprost do tajemnicy adwokackiej.

Należy też zwrócić uwagę na bardzo istotne orzeczenie krakowskiego Sądu Apelacyjnego, w którym wskazano, że „słusznie sąd wojewódzki odmówił przeprowadzenia dowodu z zeznań osoby delegowanej przez prokuratora do obecności przy widzeniu oskarżonego z obrońcą na okoliczność treści rozmowy. Przeprowadzenie takiego dowodu naruszałoby prawo oskarżonego do obrony i stanowiłoby obejście zakazu przesłuchiwania obrońcy co do faktów, o których dowiedział się przy pełnieniu swej funkcji”³⁶⁰. W wyroku tym sąd posłużył się wykładnią rozszerzającą analizowanego zakazu dowodowego, który literalnie dotyczy tylko obrońcy. Tym samym w zacytowanym orzeczeniu stwierdzono, że omawiany zakaz dowodowy dotyczy nie tyle eliminacji określonego środka dowodowego – przesłuchania obrońcy – co samej okoliczności, którą jest treść rozmowy oskarżonego z obrońcą.

3.5 Charakterystyka

Konstytucyjne uzasadnienie omawianego zakazu dowodowego wywodzi się przede wszystkim z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, ustanawiającego prawo do obrony. Wskazuje się również, że relewantnymi konstytucyjnie chronionymi dobrami są w tym przypadku: prawo do prywatności³⁶¹ i wolność komunikowania się³⁶².

W związku ze stanowczym sformułowaniem art. 178 k.p.k., zakaz ten ma charakter bezwzględnie wiążący i nie jest dopuszczalne jego uchylenie wskutek decyzji obrońcy bądź jego klienta. Obowiązek zachowania tajemnicy nie wynika z umowy między obrońcą a jego klientem, ale z przywołanych już przepisów Prawa o adwokaturze, co uzasadnia stwierdzenie, że obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej stanowi *ius cogens*, a nie *ius dispositivum*³⁶³. Wyrażono przy tym pogląd, że zgoda uprawnionego, a więc klienta obrońcy, może mieć prawnie doniosły charakter, jednak wyłącznie z perspektywy prawa karnego materialnego: „zgoda zainteresowanej osoby, jako swoisty kontratyp, wyłączy przestępczość czynu i jego karalność”³⁶⁴. W obowiązującym kodeksie karnym nie wprowadzono jednak kontratypu działania w zgodzie z wolą dysponenta dobra prawnego. Jeśli przyjmuje się koncepcję wykluczającą obowiązywanie

³⁶⁰ Wyrok SA w Krakowie z 25.11.1993 r., II AKr 144/93, KZS 1994, nr 1, poz. 25.

³⁶¹ Art. 47 Konstytucji RP. Każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym.

³⁶² Art. 49 Konstytucji RP. Zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. Ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony.

³⁶³ R. Łyczywek, *Tajemnica...*, s. 105. Przy tym trafnie twierdzi się, że obowiązek zachowania tajemnicy obejmuje także fakty, o których obrońca dowiedział się od swojego klienta jeszcze przed udzieleniem mu pełnomocnictwa do obrony – Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 164.

³⁶⁴ M. Cieślak, *Głosa...*, s. 171.

kontratypów pozaustawowych, to nie można zgodzić się z zacytowanym poglądem. Za trafne należy natomiast uznać kolejne stwierdzenie Cieślaka, że okoliczność ta „na gruncie naszego prawa ma znaczenie minimalne z uwagi na to, że przestępstwo z art. 254³⁶⁵ jest ścigane przecież na wniosek pokrzywdzonego”³⁶⁶. Należy jednak zauważyć, że brak jest podstaw do uznania, że wcześniejsze wyrażenie zgody na naruszenie dobra prawnego odbiera jego dysponentowi przymiot pokrzywdzenia przestępstwem.

W doktrynie wskazuje się jednak, że „[n]ie dochodzi do realizacji znamion z art. 266 § 1, jeżeli ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę następuje za zgodą samego dysponenta informacji”³⁶⁷. Wobec niesformułowania argumentów za przywołaną tezę można pokusić się o dwojakie jej uzasadnienie. Można przyjąć, że dekompletacja znamion czynu zabronionego następuje w płaszczyźnie jego bezprawności, bowiem wyłącznym dysponentem tajemnicy adwokackiej jest mocodawca adwokata³⁶⁸. Jeśli jednak przyjąć, że wskazana tajemnica nie została ustanowiona w wyłącznym interesie klienta adwokata³⁶⁹, to wtedy należałoby wyłączyć odpowiedzialność karną z uwagi na brak zawinienia, a to z uwagi na działanie w zgodzie z wolą osoby, której interesów tajemnica ta przede wszystkim strzeże. Z powodów opisanych w tym rozdziale opowiadam się za drugim z tych stanowisk.

3.6 Krytyka

Co najmniej od lat 60. uznawano w doktrynie, że zakaz przesłuchania obrońcy co do okoliczności objętych tajemnicą obrońcą nie ma charakteru absolutnego, ustępując

³⁶⁵ Aktualnie odpowiednikiem tego przepisu jest przywołany już art. 266 § 1 k.k., który również obejmuje swoim zakresem ujawnienie przez adwokata okoliczności objętych tajemnicą adwokacką. Zgodnie z § 3 tego artykułu przestępstwo to ścigane jest na wniosek pokrzywdzonego, zatem uwaga Cieślaka zachowała aktualność mimo zmiany stanu prawnego.

³⁶⁶ M. Cieślak, *Glosa...*, s. 171.

³⁶⁷ W. Wróbel, D. Zając, *Komentarz do art. 266, [w:] A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część II. Komentarz do art. art. 212-277d*, Warszawa 2017.

³⁶⁸ Odzwierciedlenie tego stanowiska wyrażono w dosadnym twierdzeniu: „Nie można nakazywać milczenia, jeżeli milczenie to niczemu już nie służy, jeżeli straciło swą rację bytu. Nie można stać na straży czegoś, co istnieć przestało, nie można egzekwować obowiązku w imię abstrakcji i mitu. W szczególności tę zasadę odrzuca prawo pozytywne, które nie znosi fikcji i które jest zawsze w służbie logiki” – K. Łojewski, *Jeszcze o tajemnicy zawodowej adwokata, Palestra* 12/1964, s. 28.

³⁶⁹ Łojewski określił bezwzględność obowiązku zachowania tajemnicy adwokackiej, nawet wbrew zgodzie klienta, jako „teorię francuską”, zaś pogląd, że „tajemnica prywatna danej osoby przekazana adwokatowi w toku wykonywania przez niego czynności zawodowych jest wyłączną własnością tej osoby” autor ten wiązał z doktryną niemiecką. Łojewski sam opowiadał się za drugą z tych teorii, podnosząc, że przeciwny pogląd prowadziłby w gruncie rzeczy do ochrony adwokata, a nie klienta, zaś opisane w tym rozdziale pozostałe dobra strzeżone przez tajemnicę adwokacką, uznawał za interesy pochodne „w stosunku do dobra pierwotnego, tj. osoby zainteresowanej w nieujawnianiu tajemnicy” – K. Łojewski, *Problematyka tajemnicy zawodowej adwokata (na marginesie uchwały Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 10 listopada 1966 r.)*, *Palestra* 3/1967, s. 52-55.

przede wszystkim przed prawem do obrony adwokata³⁷⁰. Twierdzono bowiem, że gdyby został on oskarżony bądź obwiniony w postępowaniu dyscyplinarnym o czyny związane z udzielanymi swojemu klientowi poradami, to może zostać przesłuchany co do okoliczności objętych tajemnicą obrończą³⁷¹. Pogląd ten spotkał się z krytyką, w której podnoszono, że przepisy o tajemnicy adwokackiej nie przewidują możliwości zwolnienia z jej zachowania z powodów uzasadnionych prawem adwokata do obrony, w związku z czym naruszenie jej nawet w takiej specyficznej sytuacji powinno rodzić odpowiedzialność dyscyplinarną. Natomiast co do ustanowionego w procedurze karnej zakazu dowodowego zauważono, że dotyczy on tylko składania przez obrońcę zeznań, nie zaś wyjaśnień. Co prawda samo postawienie go w stan oskarżenia nie powinno uzasadniać wypytywania go co do faktów, których dowiedział się od klienta, bo podważałoby to konstytucyjnie zagwarantowane obywatelom prawo do obrony. Dostrzeżono jednak, że przy przesłuchaniu oskarżonego obrońcy mogłoby dochodzić do nadużyć wynikających z chęci skorzystania ze sposobności poznania udzielanych przez adwokata porad i treści jego rozmów z klientami. Postulowano więc rozszerzenie w nowej kodyfikacji postępowania karnego omawianego zakazu dowodowego na wszelkie przesłuchania obrońcy³⁷², do czego jednak nie doszło. Natomiast w przywołanej już uchwale Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z 10 listopada 1966 roku zaaprobowano pogląd sformułowany w przedstawionym wyżej orzeczeniu³⁷³.

Pogląd wynikający z przywołanego orzeczenia Sądu Najwyższego zachowuje swoją aktualność, bowiem jego normatywne uzasadnienie wynika z tego, że opisywany

³⁷⁰ Twierdzono wręcz, że „wymaganie od oskarżonego, by pozwolił się skazać niewinnie dlatego tylko, że odpowiednie fakty świadczące na jego korzyść są z tych czy innych względów objęte tajemnicą, graniczyłyby wprost z niedorzecznością” (M. Cieślak, *Głosa...*, s. 173). Inny autor dodaje, że przyjęcie przeciwnego poglądu prowadziłoby do zupełnej bezradności obrońcy w sytuacji oskarżenia go wskutek pomówienia przez dawnego klienta (R. Łyczywek, *Jeszcze o tajemnicy zawodowej adwokata*, *Palestra* 11/1963, s. 51).

³⁷¹ Pogląd taki został wyrażony w uchwale SN z 9.01.1964 r., VI KO 25/63, OSNKW 1964, nr 4, poz. 52, w której stwierdzono, że „w wypadku, gdy adwokat – z przekroczeniem granic prawa obrony – nakłania swego mocodawcę-oskarżonego do mówienia nieprawdy na korzyść współoskarżonego (w tej samej sprawie), którego obrońcą nie jest, i działa w bezpośrednim zamiarze doprowadzenia w danym postępowaniu do rozstrzygnięcia korzystnego dla tegoż współoskarżonego, dopuszcza się on występku z art. 148 k.k. [Art. 148 § 1 ówczesnego kodeksu karnego: Kto utrudnia lub udaremnia postępowanie karne, pomagając sprawcy przestępstwa uniknąć odpowiedzialności karnej, w szczególności kto sprawcę ukrywa, zacierając ślady przestępstwa, uszkadza, ukrywa, podrabia lub przerabia środki dowodowe, albo odbywa za skazanego karę pozbawienia wolności, podlega karze więzienia do lat 5 lub aresztu]”.

³⁷² A. Kaftal, O niektórych zagadnieniach przestrzegania tajemnicy zawodowej przez adwokata-podejrzanego w procesie karnym, *Palestra* 4/1963, s. 12-13.

³⁷³ *Palestra* 12/1966, s. 137. Przy tym nawet osoby aprobujące to stanowisko zarzucały, chyba zasadnie, że najistotniejszy zarzut wobec tej uchwały „to zbyt daleko posunięta lakoniczność uzasadnienia i brak wyczerpujących przesłanek rozumowania, co odbiera uchwale najcenniejszy chyba walor: walor przekonywania” – K. Łojewski, *Problematyka tajemnicy...*, s. 43.

zakaz zawsze dotyczył przesłuchania obrońcy w charakterze świadka. Natomiast złożenie wyjaśnień w charakterze oskarżonego czy obwinionego nie mieści się w zakresie zastosowania tak sformułowanej normy. Przy czym uważam, że rozwiązanie takie nie godzi w interesy klienta niegdysiejszego obrońcy, pociągniętego do odpowiedzialności karnej, bowiem postępowanie nie jest już prowadzone przeciwko niemu. Ponadto interesy te są chronione przez normę wynikającą z art. 391 § 2 k.p.k. Wynikające z niej uprawnienie do odczytania wyjaśnień uprzednio złożonych przez osobę występującą w bieżącym postępowaniu w charakterze świadka jasno potwierdza tezę, że osobie tej właśnie przysługuje status świadka. Oznacza to, że w tej sytuacji aktualizuje się zakaz dowodowy przesłuchania obrońcy w charakterze świadka. Tym samym nie wolno ujawnić w toku innego postępowania, również dotyczącego klienta oskarżonego bądź obwinionego wcześniej obrońcy, złożonych przez niego wyjaśnień, a to z tej przyczyny, że jedynym sposobem na przeprowadzenie takiego dowodu byłoby przesłuchanie go w charakterze świadka. Należy przy tym wykluczyć możliwość wprowadzenia takiego dowodu do procesu w inny sposób, w szczególności w drodze oględzin akt sprawy prowadzonej przeciwko obrońcy. Stanowiłoby to nie tylko obejście zakazu dowodowego, ale również godziło w zasadę bezpośredniości postępowania.

Nie można także podzielić przytoczonego w polskim piśmiennictwie poglądu Fritza Haferlanda z 1929 roku, zgodnie z którym w sytuacji, gdy dochowanie tajemnicy obrończej będzie skutkować skazaniem w innym postępowaniu osoby niewinnej, to świadomy tego adwokat powinien wyjawiać okoliczności objęte tą tajemnicą, po uprzednim bezskutecznym nakłanianiu oskarżonego do przyznania się i przy równoczesnej rezygnacji z funkcji obrońcy³⁷⁴. Przy tym opisany już sposób ukształtowania omawianego zakazu dowodowego uniemożliwiłby obrońcy podjęcie takich działań, nie może on bowiem zostać przesłuchany co do okoliczności objętych tajemnicą obrończą również na swój wniosek.

Nieco przewrotnie można zauważyć, że z samej zasady domniemania niewinności nie wynika wprost obowiązek zachowania tajemnicy adwokackiej ani zakaz dowodowy dotyczący tajemnicy obrończej. Nie da się bowiem uzasadnić tezy, że samo uznawanie oskarżonego za niewinnego do momentu wydania prawomocnego wyroku skazującego powinno skutkować objęciem tajemnicą treści udzielanych mu porad. Skoro uznaje się oskarżonego za niewinnego, to należy uznać, że brak jest podstaw do szczególnej ochrony

³⁷⁴ R. Łyczywek, *Tajemnica...*, s. 111.

jego relacji z obrońcą, bowiem oskarżony – do momentu prawomocnego skazania – nie powinien się niczego obawiać. Jakkolwiek wniosek ten jest rażąco sprzeczny z zasadami współczesnego procesu karnego, to do jego obalenia konieczne jest odwołanie się również do norm gwarancyjnych postępowania karnego, a nie samej tylko zasady domniemania niewinności.

4. Zakaz dowodzenia treści narady sędziowskiej

4.1 Istota

Kolejny zakaz dowodowy, stanowiący odzwierciedlenie podejścia do procesowego ukształtowania narady sędziowskiej jako czynności niejawnej dla osób niebiorących udziału w wydaniu orzeczenia, stanowi istotny wyłom względem konstytucyjnej zasady jawności postępowania sądowego³⁷⁵. W odniesieniu do tej zasady przyjmuje się, że nie jest ona celem samym w sobie, lecz ma służyć wykryciu prawdy materialnej³⁷⁶. Jeśli zaś jej ustaleniu bardziej służy tajność pewnego aspektu postępowania, to należy jej dochować, uzasadnienie dla odejścia od zasady jawności znajdując właśnie w potrzebie dociekania prawdy³⁷⁷.

Zgodnie z art. 408 k.p.k. narada jest obligatoryjnym elementem postępowania, poprzedzającym wydanie wyroku³⁷⁸. Przepisy procesowe nie wprowadzają żadnego wyjątku w przypadku orzekania przez sąd w składzie jednoosobowym, co jest obecnie regułą w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, zwłaszcza w sądach rejonowych, w których rozpoznawana jest większość spraw karnych³⁷⁹. Siłą rzeczy w takiej sytuacji nie przeprowadza się narady rozumianej jako dyskusja nad wydawanym orzeczeniem.

³⁷⁵ Art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd.

³⁷⁶ Jakkolwiek obecnie kładzie się większy nacisk na samoistny charakter zasady kontrydiktoryjności, to jednak przywołany wygląd nie straci aktualności, jeśli podkreśli się większe znaczenie prawdy sądowej, niż prawdy materialnej. Skoro w tym pierwszym sensie prawdziwość polega na zgodności poczynionych ustaleń z normami procesowymi, dotyczącymi dopuszczalnego sposobu poznania rzeczywistości. Tym samym dokonaniu, w tym sensie, prawdziwych ustaleń faktycznych służy tajna narada sędziowska, w trakcie której członkowie składu orzekającego mogą w zupełnie swobodny sposób ocenić całość materiału dowodowego zgromadzonego w ramach kontrydiktoryjnego postępowania.

³⁷⁷ J. Bratoszewski, *Zdanie odrębne w procesie karnym*, Warszawa 1973, s. 31.

³⁷⁸ Art. 408 k.p.k. Po wysłuchaniu głosów końcowych sąd niezwłocznie przystępuje do narady.

³⁷⁹ Zgodnie z art. 28 § 1 § 2 k.p.k. sąd orzeka w składzie jednego sędziego, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, zaś w sprawach o zbrodnie w składzie sędziego i dwóch ławników. Natomiast art. 24 § 1 k.p.k. stanowi, że sąd rejonowy orzeka w pierwszej instancji we wszystkich sprawach, z wyjątkiem spraw przekazanych ustawą do właściwości innego sądu, a zgodnie z art. 25 § 1 pkt 1 k.p.k. sąd okręgowy orzeka w pierwszej instancji w sprawach o zbrodnie.

Należy jednak podkreślić, że zgodnie z art. 108 § 2 k.p.k.³⁸⁰ zasadą jest obecność w trakcie narady i głosowania protokolanta, a więc osoby niepodjemującej decyzji sądowej. Od strony technicznej orzeczenie jest sporządzane w ten sposób, że sędzia, dyktując jego treść, kontroluje jednocześnie prawidłowość zapisu dokonywanego przez protokolanta. Taki sposób procedowania staje się też okazją do ponownej refleksji sędziego nad zgodnością z prawem i trafnością wydawanego orzeczenia. Prowadzi to do wniosku, że jedną z funkcji narady jest zapewnienie prawidłowej redakcji orzeczenia, a także przeprowadzenie specyficznej autokontroli decyzji sędziowskiej przed jej ostatecznym sporządzeniem i późniejszym ogłoszeniem. Tym samym tajemnica narady sędziowskiej może chronić również autorytet sądu, który mógłby ucierpieć, gdyby wyszły na jaw ewentualne pomyłki sędziego, nawet jeśli zostałyby one przez niego samego wyeliminowane przed podpisaniem orzeczenia, przed wykonaniem której to czynności tekst wyroku można uznać jedynie za jego projekt, a nie ostateczną decyzję.

4.2 Uzasadnienie

Celem narady sędziowskiej powinno być przedyskutowanie przez członków składu orzekającego występujących w danej sprawie zagadnień natury faktycznej i prawnej. Przeprowadzenie tej czynności ma służyć wyjaśnieniu ewentualnych wątpliwości dotyczących sprawy, a także odpowiedniemu przygotowaniu i przeprowadzeniu głosowania³⁸¹, którego przebieg również objęty jest tajemnicą ustanowioną w art. 108 § 1 k.p.k. Tajność narady traktowana jest jako zabezpieczenie zasady niezawisłości sędziowskiej³⁸², przy czym zalicza się ją do grupy gwarancji procesowych³⁸³.

Jak wskazałem, przy naradzie i głosowaniu z reguły obecny jest także protokolant, mimo że nie wykonuje on czynności orzeczniczych. Uzasadnieniem tego rozwiązania jest jednak troska o prawidłowe zredagowanie wydanego orzeczenia. Członkami składów orzekających bywają też ławnicy, a więc osoby, których nie dotyczą wprost gwarancje niezawisłości wynikające z art. 178 ust. 1 Konstytucji RP³⁸⁴. Trafne jest jednak stanowisko, że skoro ustrojodawca w art. 182 Konstytucji RP³⁸⁵ dopuścił obywateli do

³⁸⁰ Art. 108 § 2 k.p.k. Podczas narady i głosowania oprócz członków składu orzekającego może być obecny jedynie protokolant, chyba że przewodniczący uzna jego obecność za zbędną.

³⁸¹ H. Kempisty, *Metodyka pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 1955, s. 140.

³⁸² J. Bratoszewski, *Zdanie odrębne...*, s. 31.

³⁸³ P. Karlik, P. Wiliński, Komentarz do art. 178 Konstytucji RP, [w:] L. Bosek, M. Safjan (red.), *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87-243*, Warszawa 2016, s. 19.

³⁸⁴ Art. 178 ust. 1 Konstytucji RP. Sędziowie w sprawowaniu swojego urzędu są niezawisli i podlegają tylko Konstytucji oraz ustawom.

³⁸⁵ Art. 182 Konstytucji RP. Udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości określa ustawa.

sprawowania wymiaru sprawiedliwości, to należy przyznać im również gwarancje niezawisłości w zakresie sprawowania tych samych funkcji, które wykonują sędziowie³⁸⁶. Tym samym należy stwierdzić, że w odniesieniu do ławników sędziowskich uzasadnieniem tajemnicy narady sędziowskiej jest realizacja konstytucyjnej zasady niezawisłości.

4.3 Rodowód i ewolucja

W każdej z polskich ustaw o ustroju sądów powszechnych ustanowiono regulację ustanawiającą zarówno obowiązek dochowania przez sędziów tajemnicy służbowej, jak i przesłanki zwolnienia z niego, do czego upoważniony był zawsze Minister Sprawiedliwości³⁸⁷. Natomiast analizowany tu zakaz dowodowy został ustanowiony dopiero w Kodeksie postępowania karnego z 1969 roku. Z pierwszej kodyfikacji karnoprosesowej wynikało wyłącznie, że narada i głosowanie sędziów są tajne³⁸⁸. W kolejnym kodeksie regulację tę uzupełniono zastrzeżeniem, że nie jest dopuszczalne zwolnienie z tajemnicy narady sędziowskiej³⁸⁹. Norma ta została identycznie sformułowana w aktualnie obowiązującym kodeksie.

Należy jednak zauważyć, że tylko w ustawie karnoprosesowej z 1969 roku wyrażono wprost zakaz protokołowania przebiegu narady³⁹⁰. Uważam, że wprowadzenie tego przepisu miało przesądzić o kształcie tajemnicy narady i głosowania, który budził kontrowersje nie tylko co do możliwości zwolnienia z tej tajemnicy przez Ministra Sprawiedliwości. Podczas opracowywania projektu kodeksu z 1928 roku zaproponowano bowiem, by art. 373 stanowił, że jeżeli wyrok zapada niejednomyślnie, to z głosowania

³⁸⁶ P. Karlik, P. Wiliński, *Komentarz...*, s. 8. Stanowisko to jest spójne z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego, w którym stwierdzono, że odstępstwa od wyłączności sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez sędziów „są jednak dopuszczalne, jeżeli zostaną spełnione łącznie dwa warunki. Po pierwsze, wyjątki muszą być uzasadnione konstytucyjnie legitymowanym celem i mieścić się w granicach realizacji tego celu. Instytucja powierzenia pełnienia czynności sędziowskich osobom niebędącym sędziami służyć powinna przede wszystkim lepszej realizacji podmiotowego prawa określonego w art. 45 Konstytucji. Po drugie, muszą być spełnione wszystkie istotne «materialnie» warunki, od których uzależniona jest bezstronność, niezawisłość i niezależność sądu. Inaczej mówiąc, niezależnie od nazwy stanowiska służbowego status osoby, której powierzono pełnienie czynności sędziowskich, musi odpowiadać wzorowi niezawisłości, wynikającemu z konstytucyjnych przepisów dotyczących statusu sędziego” (Wyrok TK z 24.10.2007 r., SK 7/06, OTK-A 2007, nr 9, poz. 108).

³⁸⁷ Na gruncie każdej regulacji przesłanką zwolnienia z tajemnicy było składanie przez sędziego zeznań jako świadek przez sądem, chyba że ujawnienie tajemnicy zagraża dobru państwa albo takiemu ważnemu interesowi prywatnemu, który nie jest sprzeczny z celami wymiaru sprawiedliwości.

³⁸⁸ Tak stanowił art. 359 k.p.k. z 1928 roku, a po nowelizacji z 1950 r. analogiczną treść wyrażono w art. 319.

³⁸⁹ Art. 95 § 1 k.p.k. z 1969 roku: „Przebieg narady i głosowania nad orzeczeniem jest tajny, a zwolnienie od zachowania w tym względzie tajemnicy nie jest dopuszczalne”.

³⁹⁰ Art. 95 § 3 k.p.k. z 1969 roku: „Z przebiegu narady i głosowania nie sporządza się protokołu”.

sędziów sporządza się protokół, który dołącza się do akt w zapieczętowanej kopercie, a protokół ten nie jest dostępny dla stron³⁹¹. Natomiast brak analogicznego przepisu w aktualnie obowiązującym kodeksie może wynikać z tego, że zagadnienie to nie budziło już żadnych kontrowersji³⁹².

Kodeks postępowania karnego z 1969 roku przyniósł też zmianę pod względem systematyki przepisów dotyczących narady sędziowskiej. W pierwszej kodyfikacji karnoprosesowej przepis ją ustanawiający znajdował się w części dotyczącej postępowania przed sądem pierwszej instancji, w rozdziale zatytułowanym „Wyrokowanie”. Natomiast w kolejnym kodeksie przepisy o naradzie umieszczono w dziale o czynnościach procesowych, a w aktualnie obowiązującej ustawie to umiejscowienie pozostawiono. Zmiana ta była o tyle istotna, że na gruncie kodeksu z 1928 roku Leon Peiper wyraził pogląd, że dopuszczalny jest udział prokuratora w naradzie poprzedzającej wydanie postanowienia na posiedzeniu niejawnym. Zmiana systematyki przepisów o naradzie przesądziła, że jej tajność dotyczy wydawania wszelkich orzeczeń, w tym postanowień³⁹³.

Dość istotny wyjątek od zasady tajności narady sędziowskiej obowiązywał na gruncie Regulaminu Sądu Najwyższego z 1962 roku. Obligował on prokuratora do udziału w naradzie i głosowaniu sędziów podczas posiedzeń zgromadzenia ogólnego oraz w posiedzeniach zwołanych w sprawie uchwalenia wytycznych wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej. Natomiast w posiedzeniach połączonych izb lub całej izby, zwołanych w innym celu, a także w posiedzeniach sądu w składzie siedmiu sędziów, dopuszczalny był udział prokuratora w samej naradzie, jednak musiał on opuścić posiedzenie przed głosowaniem³⁹⁴.

³⁹¹ Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja Postępowania Karnego, *Projekt ustawy...*, s. 60, 480-481. Wskazywano przy tym, że kodeks austriacki i węgierski nakazują sporządzenie z każdej narady odrębnego protokołu, zaś projektowany przepis miał stanowić odpowiednik art. 157 hiszpańskiej ustawy karnoprosesowej.

³⁹² Zgodnie z art. 143 § 2 k.p.k. z innych, niż wymienione w § 1, czynności spisuje się protokół, jeżeli przepis szczególny tego wymaga albo przeprowadzający czynność uzna to za potrzebne. Przy tym ta sama norma została wyrażona w art. 129 § 2 k.p.k. z 1969 roku. Uważam więc, że na etapie ustanawiania obecnie obowiązujących przepisów było jasne, że sporządzenie protokołu z narady lub głosowania nie tylko nie jest potrzebne, ale byłoby wręcz działaniem niedopuszczalnym.

³⁹³ J. Bratoszewski, *Zdanie odrębne...*, s. 33-34.

³⁹⁴ § 18 uchwały Rady Państwa z 22 maja 1962 roku w sprawie regulaminu Sądu Najwyższego (M.P.1962.45.210 z dnia 31 maja 1962 r.): „W posiedzeniach zgromadzenia ogólnego oraz w posiedzeniach zwołanych w sprawie uchwalenia wytycznych wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej bierze udział Prokurator Generalny Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej lub jego zastępca. Minister Sprawiedliwości lub zastępujący go podsekretarz stanu może brać udział w tych posiedzeniach.

Na posiedzeniach dwóch połączonych izb lub całej izby, jeżeli nie są zwołane w sprawie uchwalenia wytycznych, oraz na posiedzeniach składu siedmiu sędziów prokurator może brać udział w naradzie, lecz opuszcza posiedzenie przed przystąpieniem do głosowania”.

Niemiecka ustawa karnoprosesowa z 1877 roku ustanawiała dość istotny wyjątek od zasady tajności narady sędziowskiej. Jej § 195 zezwalał bowiem na obecność w czasie narady i głosowania osobom zatrudnionym w tym samym sądzie, w celu nabycia wykształcenia prawniczego, jeśli przewodniczący wyraził zgodę na ich obecność. Również polski Sąd Najwyższy w jednym z orzeczeń z początku lat dwudziestych stwierdził, że obecność aplikantów sądowych przy naradach nie stanowi przyczyny rewizyjnej³⁹⁵.

Rozwiązania ograniczające zasadę tajności narady sędziowskiej obowiązywały w kodeksach postępowania karnego: Czechosłowacji z 1961 roku, Węgier z 1962 roku i Jugosławii z 1968 roku. Zgodnie z przepisami obowiązującymi w Czechosłowacji z głosowania sędziowskiego sporządzano protokół, w którym wskazywano porządek głosowania co do każdego zagadnienia i jego wynik, a także zdanie odrębne wraz z krótkim uzasadnieniem. Protokół opieczętowywano i załączano do protokołu posiedzenia, zaś otworzyć go mógł wyłącznie przewodniczący sądu wyższej instancji przy rozpoznawaniu apelacji, przewodniczący kolegium Sądu Najwyższego lub jego przewodniczący, rozpoznając skargę na naruszenie prawa, a także sędzia, któremu polecono przygotowanie rozstrzygnięcia, przy czym po zaznajomieniu się ze zdaniem odrębnym ponownie je zapieczętowywano, podpisem stwierdzając fakt jego otwarcia. W Jugosławii z narady i głosowania sporządzano osobny protokół, który podpisywali wszyscy członkowie sądu i protokolant. Jeśli zdania odrębnego nie zamieszczano w protokole, to dołączano je do niego. Protokół z narady i głosowania zamieszczano w osobnej teczce, zaś zapoznać się z nim mógł tylko sąd wyższej instancji, również umieszczając go w oddzielnej teczce i czyniąc wzmiankę o zapoznaniu się. Natomiast na Węgrzech z narady i głosowania sporządzano odrębny protokół, jeśli orzeczenie nie zapadało jednomyślnie. Taki protokół przechowywano w zamkniętej kopercie³⁹⁶.

4.4 Przykłady zastosowania

W orzecznictwie trafnie wskazano, wyjaśniając zakres tajemnicy narady sędziowskiej, że „sposób prowadzenia narady nad wyrokiem jest wyłączną domeną składu orzekającego i jakakolwiek ingerencja zewnętrzna dopuszczalna nie jest – art. 108 § 1 k.p.k. Takie okoliczności jak: ile razy skład się spotykał, ile czasu trwało naradzanie się, w jaki sposób dochodzono do ostatecznego merytorycznego rozstrzygnięcia, którego wyrazem był

³⁹⁵ J. Bratoszewski, *Zdanie odrębne...*, s. 35-36.

³⁹⁶ *Ibidem*, s. 25-27.

wyrok, w całości objęte są bezwzględny zakazem tajności, wynikającym z art. 108 § 1 k.p.k.”³⁹⁷.

W jednym z orzeczeń Trybunał Konstytucyjny rozważał dopuszczalność sytuacji, w której w orzecznictwie występują różne wyroki dotyczące tych samych lub podobnych zagadnień. Uznając dopuszczalność takiej sytuacji, podniesiono argument „o tym, że w danej sprawie lub w sprawach podobnych mogą zapadać różne orzeczenia, a różnice zdań mogą pojawiać się także wśród osób wchodzących w skład organu jurysdykcyjnego, świadczą ponadto reguły orzekania w składach kolegialnych. Sąd orzeka w takim wypadku po naradzie, która obejmuje m.in. dyskusję, głosowanie nad wyrokiem i zasadniczymi powodami rozstrzygnięcia, z możliwością zgłoszenia zdania odrębnego przez sędziego, który nie zgodził się z opinią większości członków składu”³⁹⁸. Tym samym tajną naradę sędziowską uznano za jeden z elementów wpływających z jednej strony na stabilność i jednolitość orzecznictwa, z drugiej zaś za rozwiązanie pozwalające pogodzić niezawisłość poszczególnych sędziów z koniecznością wydania przez nich jednego, wspólnego orzeczenia.

Do omawianego zakazu dowodowego Sąd Najwyższy stosunkowo często odwoływał się w orzeczeniach dyscyplinarnych. Jedno z nich dotyczyło sytuacji, w której doszło do wyłączenia do odrębnego prowadzenia postępowania dotyczącego żyjącego oskarżonego w sytuacji, gdy inni oskarżeni zmarli. W efekcie spowodowało to konieczność ponownego przeprowadzenia postępowania co do żyjącego oskarżonego. Obwiniona sędzia wskazała, że orzeczenie o wyłączeniu sprawy żyjącego oskarżonego do odrębnego postępowania zostało wydane przez skład kolegialny, a zatem przypisanie jej odpowiedzialności za ewentualne naruszenie prawa podczas takiego procedowania stanowiłoby naruszenie zakazu dowodzenia przebiegu narady sędziowskiej. Argumentacja ta została zaaprobowana przez sąd, który stwierdził, że:

w tej materii trzeba zgodzić się z Sądem Najwyższym – Sądem Dyscyplinarnym, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 listopada 2013 r., SNO 31/13, (zapadłym wobec H. P. – przewodniczącej składu orzekającego w sprawie toczącej się z udziałem obwinionej przed Sądem Okręgowym w (...) pod sygn. akt (...) wyraził pogląd, iż nie można sędziemu przypisać przewinienia polegającego na uczestnictwie w wydaniu orzeczenia, choćby

³⁹⁷ Postanowienie SN z 7.10.2008 r., II KK 142/08, OSNwSK 2008, nr 1, poz. 1975.

³⁹⁸ Wyrok TK z 27.09.2012 r., SK 4/11, OTK-A 2012, nr 8, poz. 97.

mającego charakter procesowy, przez sąd orzekający w składzie kolegiальnym, ponieważ odpowiedzialność dyscyplinarna jest odpowiedzialnością zindywidualizowaną (sędzia odpowiada wyłącznie za popełniony przez siebie delikt), narada nad orzeczeniem jest objęta całkowitą tajemnicą, sędzia przegłosowany nie ma obowiązku złożenia zdania odrębnego, a sama decyzja wyrażona w orzeczeniu sądu uwarunkowana jest przesłankami o charakterze ocennym. Sędzia nie może zaś pozostawać w przeświadczeniu, że głosowanie nad orzeczeniem, którego wydanie poprzedza kolegiальna ocena istniejących okoliczności, spowoduje jego odpowiedzialność dyscyplinarną, gdy na skutek kontroli (nadzorczej czy instancyjnej) podjęta decyzja uznana zostanie za nietrafną. Takie rozumienie pojęcia «oczywista i rażąca obraza przepisów prawa» stanowiłoby bowiem ograniczenie niezawisłości sędziowskiej. Warto przy tym dodać, że objęty z mocy art. 108 § 1 k.p.k. tajemnicą przebieg narady i głosowania nad orzeczeniem nie powinien być w ogóle przedmiotem dociekań i ustaleń sądu dyscyplinarnego, zarówno w drodze postępowania dowodowego bezpośrednio ukierunkowanego na wyjaśnienie tych kwestii, jak i w drodze pośrednich wnioskowań, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie³⁹⁹.

Specyficzne konsekwencje omawianego zakazu dowodowego zostały ustalone przez Sąd Najwyższy w innej sprawie dyscyplinarnej, dotyczącej sędziego, który wydał w czasie stanu wojennego wyrok zakwalifikowany w toku sprawy dyscyplinarnej jako akt bezprawnego pozbawienia skazanego wolności.

Odnosząc się do problematyki tajności narady (...) Sąd Najwyższy podkreśla, że nie ulega wątpliwości, iż jest ona objęta bezwzględnym zakazem dowodowym, będąc gwarancją niezawisłości sędziów i niezależności sądów (...) Niemożliwe jest zatem dokonywanie ustaleń faktycznych na tej podstawie. Dokonywanie takich ustaleń nie miało także miejsce w niniejszej sprawie, bowiem sąd nie ustalał stanu faktycznego w oparciu o okoliczności objęte tajemnicą narady. Zauważyć jednak należy instytucję zdania odrębnego. Instrument ten pełni funkcję gwarancyjną, która jest wyrazem indywidualnego podejścia danego sędziego, orzekającego niezawisłe, zgodnie ze swoim sumieniem, do zapadłego w sprawie rozstrzygnięcia. W

³⁹⁹ Wyrok SN z 22.01.2014 r., SNO 40/13, LEX nr 1430401.

literaturze przedmiotu podnosi się, że w przypadku zgłoszenia zdania odrębnego, ujawnienie za zgodą sędziego zgłaszającego jego danych w postaci imienia i nazwiska nie może być rozpatrywane w kategoriach naruszenia tajności narady (zob. M. Kurowski (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz aktualizowany, red. D. Świecki, LEX 2019). W przypadku braku zgłoszenia zdania odrębnego przez członka kolegiального składu orzekającego, w świecie zewnętrznym powstaje swego rodzaju domniemanie, że rozstrzygnięcie zapadło jednomyślnie. Tożsame stanowisko wyrażane jest w literaturze przedmiotu. H. Paluszkiewicz podkreśla, że «orzeczenie, nawet jeśli zapada niejednomyślnie, jest na zewnątrz zawsze jednorodne jako orzeczenie sądu» (H. Paluszkiewicz (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz, red. K. Dudka, Warszawa 2020, art. 114). Zgłaszając zdanie odrębne następuje zerwanie z fikcją jednomyślności (zob. m.in. M. Szerer, *Votum separatum*, NP 1956, Nr 7-8, s. 128-129)⁴⁰⁰.

Nie sposób zgodzić się z zaproponowanym domniemaniem jednomyślności wydania orzeczenia. Zgodnie z kodeksem postępowania karnego można co najwyżej mówić o domniemaniu wydania orzeczenia zgodnego ze zdaniem większości sędziów. Na gruncie obowiązujących przepisów nie można w żaden sposób odróżnić orzeczenia zapadłego jednomyślnie od sformułowanego w wyniku głosowania.

Votum separatum jest instrumentem przy wykorzystaniu którego dochodzi do uzewnętrznienia braku jednomyślności stanowiska sędziów orzekających w danej sprawie (...). Jest to jego [sędziego – *dop. J.K.*] uprawnienie, będące jednocześnie obowiązkiem moralnym. W przeciwnym wypadku, co zostało już zasygnalizowane, w świecie zewnętrznym, wyrok będzie traktowany jako rozstrzygnięcie jednomyślne (...). W doktrynie podkreśla się, w odniesieniu do *votum separatum*, że «ma ono również wymiar moralny. Można je interpretować jako wyraz autonomicznego aktu mądrości praktycznej (*foresis*) przedstawiającego pogląd sędziego co do tego, jak powinien kształtować się sprawiedliwy wyrok. Ujawnienie zdania odrębnego to także przejaw odwagi sędziowskiej wobec stanowiska sądów wyższych instancji czy oczekiwań społecznych» (P. Mazur, *Ujawnienie zdania odrębnego z perspektywy filozoficzno-prawnej*, *Acta Universitatis Lodzensis, Folia*

⁴⁰⁰ Uchwała SN z 27.01.2021 r., II DIZ 1/21, LEX nr 3119804.

Iuridica 79, 2017, s. 84-85). Zauważa się ponadto, że akt sędziego w postaci zdania odrębnego jest «wyrazem dążenia do sprawiedliwego wyroku» (R. Pankiewicz, *Votum separatum w prawie kanonicznym i prawie polskim*, *Kościół i Prawo* 5 (18)/2016, nr 2, s. 108). Zdaniem Sądu Najwyższego sędzia, niezawisły i orzekający zgodnie z własnym sumieniem, powinien w każdym przypadku swojego sprzeciwu wobec stanowiska zawartego w rozstrzygnięciu, przedstawić zdanie odrębne (...) W przeciwnym wypadku uzasadnione jest przyjęcie, nie naruszając tajemnicy narady, że sędzia opowiadał się za rozstrzygnięciem, którego odzwierciedlenie zawarte jest w określonej decyzji⁴⁰¹.

Nie budzi wątpliwości twierdzenie, że w aktualnym stanie prawnym sporządzenie zdania odrębnego to powinność o wyłącznie moralnym charakterze. Nie sposób więc zgodzić się z wnioskiem, że z tego rodzaju powinności miałyby wynikać obowiązki prawne, w dodatku obwarowany surowym rygorem uznania, że sędzia niesporządzający zdania odrębnego przychyła się do stanowiska wyrażonego w wydanym orzeczeniu. Jak już wskazano, za nieuzasadnione należy uznać twierdzenia o obowiązywaniu domniemania jednomyślności orzeczenia.

Podkreślenia wymaga także to, że instytucja zdania odrębnego spełnia funkcję gwarancyjną. Jest ona wyrazem indywidualnego podejścia danego sędziego, orzekającego niezawisłe, zgodnie ze swoim sumieniem, do zapadłego w sprawie rozstrzygnięcia. W ocenie Sądu Najwyższego, nie ulega przy tym wątpliwości, że sędzia, orzekający także w składzie kolegiальnym, jak to miało miejsce w analizowanych sprawach, może wyrazić swój stosunek do zapadłego rozstrzygnięcia w formie zgłoszenia zdania odrębnego. Co więcej – w doktrynie podkreśla się, że «złożenie przez sędziego jawnego zdania odrębnego (i to nawet jawnego wyłącznie dla sędziów) umożliwi mu zwolnienie się od ewentualnej odpowiedzialności karnej bądź dyscyplinarnej za wydane kolegiальnie orzeczenie. Ta funkcja zdania odrębnego była eksponowana w motywach ustawodawczych do projektu kodeksu postępowania karnego z 1928 r., które podają jeden przykład takiego orzeczenia: «w Sądzie Najwyższym toczyło się w r. 1925 postępowanie dyscyplinarne przeciwko dwom sędziom, oskarżonym o to, że świadomie,

⁴⁰¹ *Ibidem*.

wbrew wyraźnemu brzmieniu ustawy, wydali wyrok w sprawie, nie należącej do właściwości sądów polskich ze względu na przepisy o zakrajowości, ([t]rzeci sędzieja, który zaznaczył swoje odrębne zdanie, uzasadniając je tem, że sprawa nie należy do właściwości sądów polskich – nie był pociągnięty do odpowiedzialności. Może się więc zdarzyć, aczkolwiek bardzo rzadko, że sędzia może mieć nie tylko moralny, ale nawet realny interes w zaznaczeniu swego odrębnego zdania» (A. Mogilnicki, E.S. Rappaport, Kodeks postępowania karnego. Cz. II. Motywy ustawodawcze, Warszawa 1929, s. 450), (A. Bojańczyk, Zdanie odrębne w postępowaniu karnym, Forum Prawnicze 2012, Nr 3, s. 7-8)⁴⁰².

Doceniając historyczny walor przywołania opisanej sytuacji, należy jednoznacznie stwierdzić, że w żaden sposób nie powinna ona rzutować na ocenę aktualnych problemów prawnych. Odwoływanie się do wykładni historycznej powinno mieć charakter posiłkowy. W dodatku ten rodzaj interpretacji powinien się odnosić do ewolucji w czasie prawa stanowionego, nie zaś orzecznictwa. W jego ramach wyroki wydawane przed laty mogą być powoływane wyłącznie z uwagi na doniosłość argumentów w nich wyrażonych, nie zaś jako precedensy, nieznanne polskiemu prawu.

Zwrócić trzeba też uwagę na pogląd wyrażony przez A. Strzembosza, że – mimo, że co od zasady złożenie zdania odrębnego jest prawem, nie obowiązkiem sędziego, jednak sędzia ma taki obowiązek, «jeżeli wyrok jest w sposób oczywisty krzywdzący dla oskarżonego» (A. Strzembosz, M. Stanowska, Sędziowie warszawscy w czasie próby 1981-1988, Warszawa 2005, s. 274-275). Z faktu, że w sprawach opisanych w zaskarżonych uchwałach, J. R. nie złożył votum separatum, w kontekście obowiązującego ówczesnie przepisu art. 95 § 1 kodeksu postępowania karnego z 1969 r. i obowiązującego aktualnie art. 108 § 1 k.p.k., które to przepisy zakazywały i zakazują bezwzględnie dokonywania ustaleń przebiegu narady i głosowania sędziowskiego nad orzeczeniem (...) wynika stanowiące *preasumptio iuris ac de iure* (niewzruszalne domniemanie), że wskazane we wniosku prokuratora IPN orzeczenia, w którego wydaniu brał udział J. R., zapadło jednomyślnie. Jakikolwiek kwestionowanie owej jednomyślności przy wydaniu wskazanych we wniosku prokuratora IPN wyroków, nawet przez samego J.

⁴⁰² *Ibidem*.

R., jest w myśl obowiązujących obecnie przepisów dowodowo irrelewantne (red. D. Świecki, *ibidem*, teza 3, str. 491). Zgodzić się bowiem należy z poglądem doktryny, że «jedyną sytuacją, gdy może nastąpić ujawnienie tajemnicy narady i głosowania, bez naruszania przepisu art. 108 § 1, jest zaznaczenie zdania odrębnego i treść jego uzasadnienia» (J. Grajewski, L.K. Paprzycki, Art. 108, teza 4, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Tom I, Zakamycze 2003)⁴⁰³.

Opisane orzeczenie w całości należy uznać za nietrafne. Z jego uzasadnienia wynika bowiem, że z powinności moralnej sporządzenie uzasadnienia wywodzi się doniosłe konsekwencje prawne, co jest rozumowaniem błędnym. Błędnie przyjęto również obowiązywanie domniemania, do tego niewzruszalnego, które powinno być przyjmowane zupełnie wyjątkowo, że z niesporządzenia zdania odrębnego wynika jednomyslność podjęcia wyroku. Jakkolwiek przytoczone poglądy zostały przywołane w kolejnych orzeczeniach dyscyplinarnych Sądu Najwyższego, to jednak nie zostały one jednoznacznie zaaprobowane. W uzasadnieniu zdania odrębnego sędziego Sądu Najwyższego Adama Rocha do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 2 lipca 2021 roku w sprawie o sygnaturze akt I DI 3/21 wskazał on, że:

zdanie odrębne, tak na gruncie art. 114 k.p.k., jak i art. 101 k.p.k. z 1969 r., było uprawnieniem przegłosowanego sędziego, a nie obowiązkiem przedstawienia swojego innego poglądu, na co wskazuje sformułowanie, że ma on prawo zaznaczyć na orzeczeniu swoje zdanie odrębne. Nie można z nieskorzystania z przyznanego ustawą uprawnienia czynić sędziemu zarzutu, a tym bardziej formułować na podstawie tej okoliczności sprzecznego z ustawą domniemania odnośnie do sposobu głosowania. Z wyłączeniem opisanego wyżej wyjątku dotyczącego złożenia zdania odrębnego, objęty z mocy art. 108 § 1 k.p.k. tajemnicą przebieg narady i głosowania nad orzeczeniem nie powinien być w ogóle przedmiotem dociekań i ustaleń sądu dyscyplinarnego, zarówno w drodze postępowania dowodowego bezpośrednio ukierunkowanego na wyjaśnienie tych kwestii, jak i w drodze pośrednich wnioskowań (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2014 r., sygn. SNO 40/13, Lex nr 1430401). Również słowa zawarte w publikacji Adama Strzembosza, wskazujące na konieczność sporządzania

⁴⁰³ *Ibidem*.

zdań odrębnych, na które powołuje się Sąd Najwyższy w niniejszej uchwale, nie znajdują podstawy prawnej. Odczytywać je należy moim zdaniem jako obowiązek wyłącznie moralny, wynikający z postawy etycznej sędziego. Nie jest przy tym rzeczą Sądu Najwyższego odgadywanie intencji ustawodawcy (tym bardziej wbrew jego wyraźnej woli wyrażonej w ustawie), zauważyć jednak należy, że gdyby prawodawca za zasadne uznał dopuszczenie wyjątków od reguły wynikającej z art. 108 § 1 k.p.k., mógłby i powinien normę taką ustanowić (...). Przyjęty więc w uzasadnieniu przedmiotowej uchwały pogląd, że każde orzeczenie wydane przez sąd w składzie kolegiальnym, w którym sędzia nie złożył zdania odrębnego, musi być potraktowane jako orzeczenie wydane jednomyślnie przez wszystkich członków składu orzekającego – jest w sposób oczywisty sprzeczne z podstawowymi zasadami orzekania (w tym określonymi aktualnie treścią art. 111-112 k.p.k., odpowiadającym art. 98-99 d.k.p.k.), w szczególności ustawowym nakazem orzekania w oparciu o większość głosów⁴⁰⁴.

4.5 Charakterystyka

Omawiany zakaz dowodowy ma charakter bezwzględny, bowiem wyraźnie zaznaczono, że zwolnienie od obowiązku zachowania tajemnicy narady sędziowskiej nie jest dopuszczalne. Zakaz ten ma charakter reguły prawnej, stosowanej subsumpcyjnie, bo w każdej sytuacji możliwe jest stwierdzenie, czy mamy do czynienia z naruszeniem tajemnicy przebiegu narady sędziowskiej. Norma ta ma uzasadnienie konstytucyjne, służy bowiem realizacji konstytucyjnej zasady niezawisłości sędziowskiej.

Zakaz dowodzenie przebiegu treści narady sędziowskiej jest również uznawany w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W sprawie *Seckerson i The Times Newspapers Limited przeciwko Wielkiej Brytanii* wskazano, że „1. Regulacje wprowadzające wymóg poufności narad sędziowskich pełnią ważną rolę w zachowaniu autorytetu i bezstronności sądownictwa, zachęcając do swobodnej i szczerzej dyskusji osoby, które muszą podejmować decyzje w sprawach przedstawionych im do rozstrzygnięcia. W przypadku sędziów reguły te przyczyniają się do zagwarantowania niezawisłości sędziowskiej – kluczowego wymagania we wszystkich systemach prawnych państw Konwencji – przez zapewnienie, że każdy członek składu orzekającego

⁴⁰⁴ Uchwała SN z 2.07.2021 r., I DI 3/21, LEX nr 3193582

może uczestniczyć w podejmowaniu decyzji z pełnym przekonaniem, iż jego głos nie zostanie upubliczniony z wyjątkiem sytuacji, w której – jeśli w danym systemie prawnym istnieje taka możliwość – złoży zdanie odrębne. 2. Członkowie ławy przysięgłych, których prawny obowiązek udziału w ławie przysięgłych jest często częścią zobowiązań cywilnych, muszą mieć możliwość swobodnego przedstawiania swoich stanowisk i opinii o wszystkich aspektach sprawy i przedstawionych dowodach, bez autocenzury spowodowanej obawą ujawnienia ich prasie i wystąpienia w niej krytyki ich ogólnych poglądów czy konkretnych uwag”⁴⁰⁵. Kanwą tego wyroku stały się wypowiedzi Michaela Alexandra Seckersona, przewodniczącego ławy przysięgłych podczas procesu pielęgniarki, uznanej za winną śmierci dziecka pozostającego pod jej opieką, który w prasie wyraził swoje wątpliwości co do przebiegu procesu i samego skazania oskarżonej, opisując przy tym naradę ławy przysięgłych. Gazeta *The Times*, która opisała tę sprawę, została ukarana przez sąd brytyjski za ujawnienie i publikowanie szczegółów narady ławy przysięgłych.

4.6 Krytyka

Na gruncie kodeksu postępowania karnego z 1928 roku Henryk Kempisty sformułował pogląd, że Minister Sprawiedliwości może zwolnić członka składu orzekającego od zachowania tajemnicy narady sędziowskiej⁴⁰⁶. Natomiast na gruncie kolejnej kodyfikacji karnoprosesowej ten sam autor stwierdził, że niedopuszczalne byłoby ujawnienie informacji objętych tajemnicą narady i głosowania, które obwarowane były generalnym zakazem dowodowym. Kempisty uznawał jednak, że odstępstwo od niego mogłoby być uzasadnione podejrzeniem popełnienia przestępstwa lub przewinienia służbowego w związku z wydawaniem wyroku. Autor ten twierdził bowiem, że takie zachowania członka składu orzekającego nie może być objęte ochroną wynikającą z gwarancji niezawisłości sędziowskiej⁴⁰⁷. To zastrzeżenie dotyczy bardzo istotnej kwestii relacji między tajemnicą narady sędziowskiej a popełnieniem przestępstwa podczas jej

⁴⁰⁵ M. A. Nowicki, Seckerson i The Times Newspapers Limited przeciwko Wielkiej Brytanii – decyzja ETPC z dnia 24 stycznia 2012 r., skargi nr 32844/10 i 33510/10, [w:] M.A. Nowicki (red.), *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2012*, LEX 2013, s. 248.

⁴⁰⁶ H. Kempisty, *Metodyka pracy...*, s. 138.

⁴⁰⁷ H. Kempisty, *Metodyka pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 1974, s. 131. Jak wskazałem, zacytowane wydania tej pracy zostały opracowane na podstawie różnych kodeksów postępowania karnego. Zastanawiające jednak, że sam autor nie uzasadnił zmiany swojego poglądu argumentem z ustanowienia nowej ustawy, ale tym, że uznanie dopuszczalności zwolnienia przez Ministra Sprawiedliwości z tajemnicy narady sędziowskiej „byłoby w każdym wypadku obchodzeniem gwarancji niezawisłości sędziowskiego orzekania”.

odbywania i przeprowadzania głosowania. Można bowiem twierdzić, że wszelkie przestępstwa popełnione w trakcie narady nie są *de facto* związane z jej przebiegiem, mimo że są z nią powiązane czasowo⁴⁰⁸.

Twierdzono także, że omawiany zakaz dowodowy dotyczy jedynie postępowania, również przed sądem wyższej instancji, odnoszącego się do sprawy, nad rozstrzygnięciem której przeprowadzono naradę i głosowanie. Tajemnica ta nie obowiązuje zaś w postępowaniu dotyczącym rozstrzygnięcia o odpowiedzialności karnej członka składu orzekającego. Pogląd ten uzasadniano tym, że przyjęcie przeciwnego stanowiska, z jednej strony doprowadziłoby do faktycznej bezkarności takich osób, z drugiej zaś uniemożliwiłoby im realizację prawa do obrony w przypadku zarzucenia im czynu związanego z przebiegiem narady sędziowskiej lub głosowania nad orzeczeniem⁴⁰⁹.

Kolejna istotna kwestia to możliwość poddania kontroli instancyjnej twierdzeń formułowanych w trakcie narady sędziowskiej i przebiegu samego głosowania. W procedurze karnej ustanowiono zasadę, że orzeczenia zapadają większością głosów, zaś w przypadku niemożności jej utworzenia dochodzi do podjęcia decyzji na podstawie tzw. sztucznej większości⁴¹⁰. Tym samym w trakcie głosowania może dojść do nieprawidłowości co do formułowania pytań⁴¹¹, która będzie rzutować na treść orzeczenia zapadłego w procedurze wyłaniania sztucznej większości. Niektórzy dogmatycy wyrazili pogląd, że sposób głosowania nie jest objęty omawianym zakazem dowodowym, jeśli nie doprowadzi do ujawnienia stanowisk poszczególnych sędziów, a zatem ujawnione okoliczności będą dotyczyć np. wyłącznie zadania poszczególnych

⁴⁰⁸ J. Bratoszewski, *Zdanie odrębne...*, s. 39-40. Autor ten, mimo że dla poparcia swojego stanowiska przytacza pogląd S. Śliwińskiego – to, co nie stanowi żadnego rozstrzygnięcia, nie jest przedmiotem narady i głosowania – sam przyznaje, że „interpretacja taka, choć przemawiają za nią względy słuszności, nie znajduje wystarczającego uzasadnienia w tekście ustawy”.

⁴⁰⁹ Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 151-152. W przywołanej już uchwale SN wskazano, że „w doktrynie nie ma jednolitego stanowiska w przedmiocie możliwości ujawnienia przez sędziego okoliczności objętych tajemnicą narady, w sytuacji gdy stanie się on oskarżonym w procesie karnym. W myśl jednej z zasad w sytuacji, gdy sędzia staje się oskarżonym, w celu realizacji swojego prawa do obrony może ujawnić okoliczności objęte tajemnicą narady (zob. m.in. Z. Sobolewski, *Zasada nemo se ipsum accusare tenetur*, Lublin 1979, s. 135-136; T. Grzegorzczak (w:) *Kodeks postępowania karnego*. Tom I. Artykuły 1-467. Komentarz, Warszawa 2014, art. 108). Z kolei odwołanie w tym aspekcie do stanu wyższej konieczności, jako okoliczności uzasadniającej uchylenie tajemnicy narady prezentowane jest między innymi przez E. Skrętowicz i Z. Kwiatkowskiego” (Uchwała SN z 27.01.2021 r., II DIZ 1/21, LEX nr 3119804).

⁴¹⁰ Art. 111 § 2 k.p.k. Jeżeli zdania tak się podzielą, że żadne z nich nie uzyska większości, zdanie najmniej korzystne dla oskarżonego przyłącza się do zdania najbardziej doń zbliżonego, aż do uzyskania większości.

⁴¹¹ Art. 110 k.p.k. Narada i głosowanie nad wyrokiem odbywają się osobno co do winy i kwalifikacji prawnej czynu, co do kary, co do środków karnych, co do przepadku, co do środków kompensacyjnych oraz co do pozostałych kwestii.

pytań z art. 110 k.p.k. i kolejności ich zadawania. Wskazywano także, że zakaz dowodowy wyklucza jedynie dopuszczalność przeprowadzenia dowodu ścisłego, a więc przesłuchania w charakterze świadka sędziego biorącego udział w wydaniu orzeczenia poddanego kontroli instancyjnej. Możliwe byłoby zaś przeprowadzenie dowodu swobodnego, opartego choćby o złożenie urzędowych wyjaśnień. Podnoszono również, że nie należy absolutyzować tajemnicy narady, polegającej w istocie na wykluczeniu możliwości ujawnienia poglądów poszczególnych sędziów co rozstrzyganej przez nich sprawy. Może bowiem dojść do sytuacji, w której każdy z członków wieloosobowego składu sądu sporządzi zdanie odrębne wraz z uzasadnieniem, co doprowadzi w istocie do ujawnienia stanowisk wyrażonych przez wszystkich członków składu orzekającego. Twierdzono przy tym, że każdorazowo przy wydawaniu orzeczenia przez skład jednoosobowy, co obecnie stanowi zasadę w większości postępowań przed sądem I instancji, dochodzi do ujawnienia indywidualnego stanowiska sędziego⁴¹².

Należy jednak podkreślić, że celem instytucji tajemnicy narady sędziowskiej jest nie tylko nieujawnienie zdania poszczególnych sędziów, ale również kulisów formułowania orzeczenia wydawanego przez jedną osobę, która może kilkakrotnie zmieniać zdanie lub modyfikować szczegóły projektu orzeczenia. Uznaje się, że takie informacje również nie powinny być upubliczniane. Natomiast sytuacja, w której każdy z sędziów zdecyduje się ujawnić własne stanowisko, w formie zgłoszonego zdania odrębnego, jest prawnie dopuszczalna, odbywa się w określonym przepisami trybie, a zatem nie powinna być uznawana jako kontrargument przeciwko tajemnicy narady sędziowskiej. Tym bardziej, że sam jej przebieg w dalszym ciągu nie podlega ujawnieniu, a nie sposób wykluczyć sytuacji, gdy w trakcie narady każdy z sędziów zmieni zdanie. Ujawnieniu w zdaniu odrębnym podlegać zaś będzie wyłącznie ostateczna decyzja poszczególnych członków składu orzekającego. Natomiast kwestie dopuszczalności ujawnienia samego tylko przebiegu procedury głosowania i wyłaniania tzw. sztucznej większości powinny być przedmiotem ewentualnych postulatów *de lege ferenda*.

5. Zakaz przesłuchania duchownego co do faktów, których dowiedział się podczas spowiedzi

5.1 Istota

⁴¹² J. Bratoszewski, *Zdanie odrębne...*, s. 39-42.

Omawiany zakaz dowodowy dotyczy tych Kościołów i związków wyznaniowych, w których występuje spowiedź indywidualna (konfesyjna). Spośród reprezentowanych w Polsce wyznań indywidualna spowiedź występuje między innymi w Kościele Katolickim, Polskim Autokefalicznym Kościele Prawosławnym, Kościele Starokatolickim Mariawitów i Kościele Polskokatolickim. Spowiedź indywidualna dopuszczalna jest również w Kościele Ewangelicko-Augsburskim i Kościele Anglikańskim⁴¹³.

Tajemnica spowiedzi ma wymiar dualistyczny – jest instytucją wywodzącą się z prawa kanonicznego, której znaczenie w systemie prawa powszechnie obowiązującego wynika przede wszystkim z odwołania się do niej w zakazach dowodowych ustanowionych w poszczególnych ustawach procesowych. Wnosząc z zakresu normowania, najmniejsze znaczenie nadano jej na gruncie procedury cywilnej, zrównując je natomiast w postępowaniu administracyjnym i karnym⁴¹⁴. Natomiast spowiedź ma charakter wyłącznie kanoniczny i nie jest regulowana przepisami prawa powszechnego⁴¹⁵. Jednakże analiza tego pojęcia jest istotna o tyle, że, skoro zakaz dowodowy odnosi się dosłownie co do faktów, o których duchowny⁴¹⁶ dowiedział się na spowiedzi⁴¹⁷, to należy sprecyzować, czym ona jest. W Kodeksie Prawa Kanonicznego opisano, na czym sakrament ten polega⁴¹⁸, ustanawiając jednocześnie surową odpowiedzialność duchownego, który dopuściłby się jej naruszenia⁴¹⁹. Religia prawosławna nie ma tak rozbudowanej doktryny dotyczącej spowiedzi, którą traktuje przede wszystkim jako sposób leczenia duszy. W wyznaniu tym również przyjmuje się,

⁴¹³ M. Tomkiewicz, „Tajemnica spowiedzi” i „tajemnica duszpasterska” w procesie karnym, *Prokuratura i Prawo* 2/2012, s. 51-52.

⁴¹⁴ Art. 261 § 2 k.p.c. ustanawia prawo duchownego do odmowy złożenia zeznań co do faktów powierzonych mu na spowiedzi, natomiast odpowiednie przepisy procedury karnej i administracyjnej – art. 178 pkt 2 k.p.k. i art. 82 k.p.a. – nie zezwalają na przesłuchiwanie duchownego w charakterze świadka co do faktów, o których, odpowiednio, dowiedział się na spowiedzi lub objętych tajemnicą spowiedzi.

⁴¹⁵ M. Wielec, *Zakaz dowodowy tajemnicy spowiedzi w postępowaniu karnym*, Warszawa 2012, s. 17.

⁴¹⁶ W Kościele katolickim wyłącznie uprawnionymi do przyjęcia spowiedzi są kapłani ze święczeniami prezbiteratu lub episkopatu.

⁴¹⁷ Art. 178 pkt 2 k.p.k. Nie wolno przesłuchiwać jako świadków: duchownego co do faktów, o których dowiedział się przy spowiedzi.

⁴¹⁸ Kanon 959. W sakramencie pokuty, wierni wyznający uprawnionemu szafarzowi grzechy, wyrażający za nie żal i mający postanowienie poprawy, przez rozgrzeszenie udzielone przez tegoż szafarza otrzymują od Boga odpuszczenie grzechów po chrzcie popełnionych i jednocześnie dostępują pojednania z Kościołem, któremu grzesząc zadali ranę.

⁴¹⁹ Kanon 1388 § 1. Spowiednik, który narusza bezpośrednio tajemnicę sakramentalną, podlega ekskomunice wiążącej mocą samego prawa, zastrzeżonej Stolicy Apostolskiej. Gdy zaś naruszają tylko pośrednio, powinni być ukarani stosownie do ciężkości przestępstwa. § 2. Tłumacz i inni, o których w kan. 983 § 2 [Obowiązek zachowania tajemnicy ma także tłumacz, jeśli występuje, jak również wszyscy inni, którzy w jakikolwiek sposób zdobyli ze spowiedzi wiadomości o grzechach – *dop. J.K.*], którzy naruszają tajemnicę, powinni być ukarani sprawiedliwą karą, nie wyłączając ekskomuniki.

że tajemnica spowiedzi ma charakter absolutny, a jej ujawnienie usankcjonowane jest karą ekskomuniki⁴²⁰. W polskim Kościele Ewangelicko-Augsburskim również ustanowiono odpowiedzialność duchownego za naruszenie tajemnicy spowiedzi, jednak jest ona o tyle łagodniejsza, że przewiduje wyłącznie sankcję złożenia z urzędu⁴²¹, nie zaś ekskomuniki, czyli wyłączenia ze wspólnoty wiernych. W Kościele Katolickim prawna tajemnica spowiedzi nie wiąże penitenta, który do jej zachowania może być jedynie zobowiązany moralnie⁴²².

Co istotne, prawo kanoniczne Kościoła Katolickiego dopuszcza możliwość spowiadania się przez tłumacza, którego również obowiązuje tajemnica spowiedzi⁴²³, obwarowana jednak, zgodnie z kanonem 1388 § 2, łagodniejszą sankcją. Z art. 178 pkt 2 k.p.k. nie wynika natomiast, by omawiany zakaz dowodowy obejmował również tłumacza.

5.2 Uzasadnienie

Co do samej tajemnicy spowiedzi uznaje się, że jej ujawnienie mogłoby doprowadzić do rozpoznania penitenta i negatywnych konsekwencji społecznych przez naruszenie jego dobrego imienia i prywatności. Wskazuje się, że w centrum nauki Kościoła znajduje się człowiek, jego godność i podstawowe wolności. Przywołuje się również stwierdzenie św. Tomasza z Akwinu, że „spowiednik winien w każdym przypadku zachować w tajemnicy grzechy znane mu ze spowiedzi, ponieważ sam Bóg ukrywa grzechy, które są mu wyznawane na spowiedzi”⁴²⁴. Na gruncie prawa kanonicznego spowiednik nie może ujawnić informacji objętych tajemnicą spowiedzi nawet wobec niebezpieczeństwa

⁴²⁰ P. Kutynia, Tajemnica i sekret spowiedzi. Perspektywa ekumeniczno-kanoniczna, *Studia Oecumenica*, 15/ 2015, s. 385.

⁴²¹ § 105 Pragmatyki Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego w Rzeczypospolitej Polskiej, tekst jednolity opracowany na 10. sesję XII Synodu Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego w RP, głosi: „Duchowni, zgodnie ze ślubowaniem ordynacyjnym, są zobowiązani do zachowania tajemnicy spowiedzi, a także tajemnicy rozmów duszpasterskich pod rygorem utraty urzędu”.

⁴²² Inaczej sytuacja przedstawia się natomiast w Kościele Ewangelicko-Augsburskim, w którym, zgodnie z § 106 cytowanej Pragmatyki, do zachowania tajemnicy spowiedzi oraz tajemnicy rozmów duszpasterskich zobowiązuje się także spowiadającego się penitenta i szukającego porady duszpasterskiej rozmówcę.

⁴²³ Kanon 990. Nikomu nie zabrania się spowiadać za pośrednictwem tłumacza, z wykluczeniem wszakże nadużyć i zgorzenia i z zachowaniem przepisu kan. 983 § 2 [obowiązek zachowania tajemnicy ma także tłumacz, jeśli występuje, jak również wszyscy inni, którzy w jakikolwiek sposób zdobyli ze spowiedzi wiadomości o grzechach – *dop. J.K.*]. Wskazuje się, że w nauce prawa kanonicznego pojęcie „tajemnica spowiedzi” odnosi się wyłącznie do spowiednika, natomiast pozostałe osoby, w tym tłumacz, związani są „sekretem spowiedzi”. Wskazana zmiana terminologiczna nie prowadzi jednak do ustania obowiązku zachowania dyskrecji – tak. M. Tomkiewicz, „Tajemnica spowiedzi”..., s. 55.

⁴²⁴ Św. Tomasz z Akwinu, *Summa theologicae*, III suppl., q. XI, a. 1 ad 2, cytata za M. Wielec, *Zakaz dowodowy...*, s. 85.

śmierci. Nie dziwi więc, że zakaz ten obejmuje również postępowania prowadzone na podstawie przepisów prawa powszechnego⁴²⁵. Kodeks Prawa Kanonicznego wskazuje nadto na pewne podobieństwo roli spowiednika i lekarza⁴²⁶.

Skoro omawiany zakaz dowodowy stanowi realizację konstytucyjnej wolności sumienia i religii, której tym samym nadano charakter donioślejszy niż zasadzie prawdy materialnej, to jego zakres powinien zostać rozciągnięty na wszelkie osoby, które poznały treść spowiedzi, w tym celowo ją podsłuchując. Jeśli bowiem przyjąć, że omawiany zakaz zapewnia wręcz poszanowanie ludzkiej godności w wymiarze uczuć religijnych człowieka, to niezasadne byłoby ograniczenie normy z art. 178 pkt 2 k.p.k. wyłącznie do duchownego⁴²⁷. Aby wyeliminować potencjalne przypadki powołania się na dowody uzyskane w wyniku podsłuchiwania spowiedzi w art. 151 austriackiej procedury karnej wprowadzono zakaz naruszania tajemnicy osób duchownych przez kontrolę za pomocą środków telekomunikacji lub przez osoby za pomocą stosowania środków technicznych albo przez nadzór konfesjonałów, jak też pomieszczeń przeznaczonych do osobistych rozmów z duchownym⁴²⁸.

5.3 Rodowód i ewolucja

Charakter spowiedzi zmieniał się w czasie, w tym w tym istotnym dla analizowanego zakazu dowodowego aspekcie jej poufności. Początkowo w Kościele nie funkcjonował sakrament spowiedzi, do którego można by przystępować wielokrotnie. Uznawano bowiem, że grzechy mogą zostać człowiekowi odpuszczone tylko raz w życiu. Z czasem stanowisko to uległo zmianie. Od około II do VII wieku pojawiła się pokuta publiczna, która była uciążliwa, a poza tym narażała pokutnika na upokorzenie i wstyd⁴²⁹. Od VIII wieku w spowiedzi zaczęto kłaść nacisk nie na sam akt pokuty, ale na wyznanie grzechów. Na Soborze Laterańskim IV, zwołanym w 1215 roku przez papieża Innocentego III, kompleksowo uporządkowano dotychczasowy dorobek w zakresie spowiedzi. W tym czasie zaszły również zmiany co do rozumienia pokuty. Zasadniczo nie była już ona odbywana publicznie, choć czasem stosowano ją jako formę ukarania

⁴²⁵ M. Wielec, *Zakaz dowodowy...*, s. 69-70.

⁴²⁶ Kanon 978 § 1. Kapłan powinien pamiętać, że słuchając spowiedzi występuje równocześnie w charakterze sędziego i lekarza oraz że został przez Boga ustanowiony jednocześnie szafarzem boskiej sprawiedliwości i miłosierdzia, ażeby przyczynić się do czci Bożej i zbawienia dusz.

⁴²⁷ M. Tomkiewicz, „Tajemnica spowiedzi”..., s. 56-57.

⁴²⁸ Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 176.

⁴²⁹ Pierwszym etapem było przyjęcie do stanu pokutników. Następnie odbywano uciążliwą i skomplikowaną pokutę. Dopiero po jej wypełnieniu następowało pojednanie ze wspólnotą. Z tych powodów ówczesni chrześcijanie odkładali nieraz pokutę do schyłku swojego życia.

grzesznika. Główny nacisk kładziono jednak na pokutę prywatną, do której zaliczano między innymi: dobre uczynki, modlitwy, jałmużny, pielgrzymki. Od tego soboru łączono wyznanie grzechów przed kapłanem z obowiązkiem zachowania przez niego tajemnicy spowiedzi, pod rygorem złożenia z urzędu kapłańskiego i w zamknięcia w surowym klasztorze do śmierci, celem odbycia pokuty⁴³⁰.

Początkowo spowiedź nie odbywała się prywatnie, lecz publicznie. W związku z zachodzącymi zmianami, związanymi z pojawieniem się anonimowej i tajnej spowiedzi indywidualnej, od około XI wieku w krajach anglosaskich drążono w kościele otwór, przy którym zasiadali spowiednik i penitent. W średniowiecznych świątyniach stosowano również krzesła, stalle albo osobne pomieszczenia, gdzie odbywano spowiedź. Konfesjonał w znanej współcześnie formie pojawił się po Soborze Trydenckim, w drugiej połowie XVI wieku, choć po raz pierwszy wspomniano o nim już na synodzie w Sewilli z 1512 roku. Wprowadzenie konfesjonału w takiej formie wyrażało, podkreślony przez św. Karola Boromeusza na synodzie prowincjonalnym w Mediolanie w 1565 roku, publiczny charakter samej spowiedzi, bowiem jawny był fakt przystąpienia do niej, połączony z tajnością przekazu między spowiednikiem a duchownym⁴³¹.

Jeszcze przed ustanowieniem w 1983 roku obecnie obowiązującego Kodeksu Prawa Kanonicznego, Kongregacja Nauki Wiary wydała Deklarację o obronie godności Sakramentu Pokuty, zakazującą utrwalania lub rozpowszechniania przebiegu spowiedzi, pod rygorem zaciągnięcia na siebie ekskomuniki⁴³². Dekretem z 21 stycznia 1988 roku ta sama kongregacja powtórzyła wcześniej wydany zakaz⁴³³.

Co ciekawe w rosyjskiej cerkwi prawosławnej był krótki okres, w którym jawnie zaprzeczono tajemnicy spowiedzi. W 1716 i 1718 roku car Piotr I wydał dekryty (*ukazy*), nakładające obowiązek corocznej spowiedzi pod groźbą kar pieniężnych, których

⁴³⁰ M. Wielec, *Zakaz dowodowy...*, s. 23-25, 58.

⁴³¹ *Ibidem*, 29-30.

⁴³² Święta Kongregacja Nauki Wiary, działając na mocy specjalnego upoważnienia udzielonego jej przez Najwyższy Autorytet Kościoła, wyjaśniając deklaruje, że od dnia dzisiejszego zaciągają na mocy samego prawa ekskomunikę nikomu nie zarezerwowaną, ci, którzy lekceważąc Sakrament Pokuty przy pomocy jakichkolwiek środków technicznych nagrywają, utrwalają na piśmie, ewentualnie w jakikolwiek sposób rozpowszechniają, prawdziwe lub fikcyjne, spowiedzi sakramentalne; dotyczy to także tych, którzy formalnie w tym współdziałają, z zachowaniem przepisów Kan. 889, 890 i 2369. Rzym, w siedzibie Świętej Kongregacji Nauki Wiary, 23 marca 1973 r.

⁴³³ Kongregacja Nauki Wiary w celu ochrony świętości sakramentu pokuty oraz dla obrony praw szafarzy i wiernych chrześcijan związanych z tym sakramentem, dotyczących tajemnicy sakramentalnej i innych tajemnic połączonych ze Spowiedzią, na mocy specjalnej władzy udzielonej przez najwyższą władzę Kościoła (Kan. 20), postanowiła, że: Zachowując przepis Kan. 1388, ktokolwiek nagrywa przy pomocy jakiegokolwiek urządzenia technicznego to, co w Spowiedzi sakramentalnej, prawdziwej lub symulowanej, własnej lub kogoś innego, jest mówione przez spowiednika lub przez penitenta, czy upowszechnia to za pośrednictwem środków masowego przekazu, popada w ekskomunikę *latae sententiae*.

wysokość zależała od przynależności stanowej ukaranego i tego, czy był to pierwszy, czy kolejny przypadek takiego naruszenia prawa. Natomiast dekretem z 17 maja 1722 roku ten sam władca zobowiązał duchownych do donoszenia przedstawicielom państwa o przypadkach naruszenia przez penitentów prawa państwowego, o których dowiedzieli się podczas spowiedzi. Obowiązek ten, usankcjonowany między innymi karą śmierci (sic!), dotyczył w szczególności przestępstw: zdrady, buntu przeciw carowi i jego rodzinie, złodziejstwa i głoszenia fałszywych cudów. Duchowni byli również zobowiązani, pod groźbą kar pieniężnych, do prowadzenia rejestru penitentów. Tym ostatnim zalecano zaś, zwłaszcza w podróży, korzystanie z pisemnych zaświadczeń o odbytej spowiedzi⁴³⁴.

Omawiany zakaz dowodowy ustanowiony był we wszystkich polskich ustawach karnoprosesowych – w kodeksie z 1928 roku wyrażony został w art. 101 (po gruntownej nowelizacji z 1950 roku jego treściowym odpowiednikiem był art. 91), zaś w kodeksie z 1969 roku w art. 161.

5.4 Przykłady zastosowania

Sąd Najwyższy wskazał, że „uznanie określonej osoby za duchownego, w rozumieniu art. 47 ust. 1 omawianej ustawy, wymaga zatem wnikliwego zapoznania się z zasadami funkcjonowania Kościoła lub związku wyznaniowego, one bowiem – w powiązaniu z całokształtem okoliczności konkretnego wypadku – pozwolą na stwierdzenie, czy osoba taka powołana została do organizowania i sprawowania kultu religijnego”⁴³⁵. Stanowisko to należy uznać za trafne. Z perspektywy omawianego zakazu dowodowego ma nie tylko uznanie konkretnej osoby za duchownego, ale także ustalenie, czy w wyznaniu tym istnieje obrzęd spowiedzi, rozumianej jako wyznanie grzechów w celu otrzymania ich odpuszczenia, obwarowanej obowiązkiem zachowania tajemnicy przez duchownego. Nie straciło więc na aktualności stanowisko Sądu Najwyższego z 1937 roku, że „ponieważ przepis lit. a) art. 101 k. p. k. zakazujący przesłuchiwanie jako świadka duchownego, co do faktów i ujawnionych mu na spowiedzi, nie zawiera żadnego wskazania, do jakich wyznań religijnych się odnosi, zaś z drugiej strony przepis ten, jako wyjątkowy, nie może ulegać wykładni rozciąglej (Zb. O. 269/31), oczywistym jest, że zastosowanie jego zależnym być powinno tylko od wewnętrznych przepisów uznanego przez państwo wyznania religijnego, ustanawiających instytucję spowiedzi i duchownych,

⁴³⁴ K. Chojnicka, *Cerkiew prawosławna w reformach Piotra Wielkiego*, *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa* 3/2010, s. 284-285.

⁴³⁵ Uchwała SN(7) z 6.05.1992 r., I KZP 1/92, OSNKW 1992, nr 7-8, poz. 46.

upoważnionych do jej przyjmowania. Nie ulega żadnej wątpliwości, że religia mojżeszowa nie zawiera żadnej czynności religijnej, która by mogła być utożsamiana ze spowiedzią, czyli z wyznaniem przed kapłanem swych grzechów i otrzymaniem rozgrzeszenia udzielonego mocą władzy kapłańskiej, a przeto rozszerzanie wyżej wymienionego przepisu na zwierzenia, dokonane przez wyznawcę tej religii przed rabinem, nie znajduje uzasadnienia⁴³⁶. Należy również podzielić pogląd o nieprawidłowości takiej wykładni rozszerzającej omawianego zakazu, która prowadziłyby do uznania, że jego zakresem objęte jest również przesłuchanie duchownego co do samego wypowiedzania danej osoby, bowiem „nie ma nic wspólnego z tajemnicą spowiedzi ujawnienie samego faktu odbycia spowiedzi przez daną osobę przed duchownym; odmienna interpretacja tego przepisu, zmierzająca do ustanowienia zakazu ujawnienia przez duchownego nawet faktu odbycia spowiedzi nie znajduje żadnego oparcia w ustawie⁴³⁷.

5.5 Charakterystyka

Wskazuje się, że „ustawodawca zdecydował się zaimplementować rozwiązania kanoniczne i tym samym wzmóc ochronę prawną tej instytucji. Racji działania prawodawcy należy szukać w normach prawnych najwyższego rzędu, czyli w normach konstytucyjnych⁴³⁸. Karnoprosesowa ochrona tajemnicy spowiedzi realizuje gwarancje wolności sumienia i wyznania, swobodę komunikacji, a także intymność życia prywatnego⁴³⁹. Należy jednak uznać, że konstytucyjnego uzasadnienia zakazu przesłuchania spowiednika należy przede wszystkim szukać w wyrażonej w art. 53 ust.1 Konstytucji RP zasadzie wolności sumienia i religii⁴⁴⁰. Stanowisko to znajduje również uzasadnienie w orzecznictwie, bowiem w wyroku wrocławskiego WSA wskazano, że „wyłączenie możliwości korzystania w postępowaniu dowodowym z zeznań duchownych, co do faktów objętych tajemnicą spowiedzi stanowi gwarancję konstytucyjnej zasady wolności sumienia i wyznania wyrażonej w art. 53 Konstytucji RP⁴⁴¹.

⁴³⁶ Wyrok SN z 14.06.1937 r., I K 454/37, OSN 1938, nr 1, poz. 11.

⁴³⁷ Wyrok SN z 24.10.1932 r., II K 1048/32, OSN 1932, nr 12, poz. 231.

⁴³⁸ M. Wielec, *Zakaz dowodowy...*, s. 10.

⁴³⁹ *Ibidem*, s. 126.

⁴⁴⁰ Art. 53 ust. 1 Konstytucji RP: Każdemu zapewnia się wolność sumienia i religii.

⁴⁴¹ Wyrok WSA we Wrocławiu z 10.10.2018 r., I SA/Wr 458/18, LEX nr 2570083. Jakkolwiek wyrokiem NSA z 14.10.2021 r., II FSK 281/19, LEX nr 3355024 uchylono zacytowane orzeczenie WSA, to przyczyną nie było zakwestionowanie rozumowania dotyczącego konstytucyjnego uzasadnienia tajemnicy spowiedzi.

5.6 Krytyka

Wskazuje się, że przedmiotem tajemnicy spowiedzi nie są dobre uczynki penitenta, chyba że zostały one przedstawione wyłącznie dla podkreślenia popełnionych grzechów⁴⁴². Z dosłownego brzmienia art. 178 pkt 2 k.p.k. nie wynika jednak, by informacje te nie były objęte zakresem omawianego zakazu. Należy więc uznać, że pod tym względem norma wynikająca z kodeksu postępowania karnego ma szerszy zakres niż przepisy prawa kanonicznego. Na gruncie żadnego z tych porządków prawnych nie jest istotne, czy ujawnione informacje miałyby charakter obciążający albo odciążający. Natomiast prawo kanoniczne nie obejmuje tajemnicą spowiedzi informacji o pozytywnym wydzwisku etycznym, natomiast ich również dotyczy omawiany zakaz dowodowy.

Spotkać można pogląd o dopuszczalności przesłuchania spowiednika oskarżonego, jeśli wcześniej był on świadkiem popełnienia zarzucanego mu czynu, przy czym wypowiedzenie się u tego właśnie duchownego mogło wynikać ze świadomej decyzji oskarżonego, który chciał w ten sposób uniemożliwić spowiednikowi złożenie zeznań. Stanowisko to uzasadnione zostało tym, że duchowny, w trakcie przesłuchania, relacjonowałby wyłącznie spostrzeżenie poczynione jako świadek samego zdarzenia, nie dzieląc się przy tym wiedzą uzyskaną podczas spowiedzi⁴⁴³. Zgodzić się jednak należy, że w praktyce bardzo trudne byłoby rozdzielenie w pamięci spowiednika informacji pozyskanych przez niego z różnych źródeł, z których jedno objęte jest zakazem dowodowym⁴⁴⁴. W związku z tym należy zauważyć, że ta właśnie okoliczność powinna wykluczyć dopuszczalność przesłuchania takiego duchownego, bowiem nieuzasadniona byłaby redukcja teleologiczna omawianego zakazu, potencjalnie uzasadniona podwójnym źródłem wiedzy świadka. Rozstrzygające znaczenie powinien mieć bowiem fakt wypowiedzenia oskarżonego, co stanowi wystarczającą przesłankę zastosowania omawianego zakazu dowodowego.

Pojawić się może problem przesłuchania człowieka znającego treść spowiedzi, a niebędącego jednocześnie duchownym – wspomnianego już tłumacza albo przypadkowej osoby trzeciej. Wyrażono pogląd, że „jeśli osoba trzecia jest wyznawcą religii katolickiej, czyli jest podmiotem prawa kanonicznego, to podobnie jak w przypadku tłumacza uzasadnione jest powołanie się na normy konstytucyjne i w drodze analogii przywołanie

⁴⁴² M. Wielec, *Zakaz dowodowy...*, s. 79.

⁴⁴³ P.K. Sowiński, *Prawo świadka do odmowy zeznań w procesie karnym*, Warszawa 2004, s. 29.

⁴⁴⁴ Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 174.

wiążące tę osobę zakazu dowodowego tajemnicy spowiedzi”⁴⁴⁵. Jego trafność zależy w dużej mierze od odpowiedzi na pytanie o *ratio legis* omawianego zakazu dowodowego. Podobnie należy rozważyć dopuszczalność dowodu z podsłuchu umieszczonego w konfesjonale.

W przytoczonych już przepisach Pragmatyki Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego RP odwołano się do pojęcia rozmowy duszpasterskiej. Ich przeprowadzanie nie jest specyficzne wyłącznie dla tej religii, jednak wyłącznie w jej ramach przyznano im tak istotną ochronę, równą tajemnicy spowiedzi. Co istotne, niemiecka ustawa karnoprosesowa stanowi, że duchowni uprawnieni są do odmowy zeznań co do tego, co powierzono im lub czego dowiedzieli się w charakterze duszpasterza. Tym samym w niemieckiej procedurze karnej chroniona jest nie sama tajemnica spowiedzi, ale wykreowana tamtejszymi przepisami tajemnica duszpasterska. Analogiczne rozwiązania wprowadzono w austriackiej procedurze karnej i w przepisach niektórych kantonów szwajcarskich⁴⁴⁶. Spotkać można przy tym postulaty wprowadzenia analogicznych rozwiązań w rodzimych przepisach⁴⁴⁷.

6. Zakaz przesłuchania lekarza i lekarza psychiatry co do oświadczeń złożonych przez oskarżonego

6.1 Istota

Omawiany zakaz dowodowy jest powiązany z tajemnicą lekarską, nie będąc jednak z nią w pełni spójnym. Odwołując się do teorii stosunków zakresowych, należałoby stwierdzić, że tajemnica lekarska pozostaje w relacji nadrzędności zakresowej wobec omawianego zakazu dowodowego. Tajemnicę lekarską można bowiem traktować jako jeden z elementów systemu ochrony dóbr osobistych. Wszak lekarz ma dostęp do najbardziej intymnych informacji dotyczących pacjenta, które z pewnością mieszczą się w sferze jego prywatności. Wstępnie można uznać, że tę samą funkcję realizuje omawiany zakaz.

Jednakże tajemnica lekarska obejmuje informacje uzyskane przez lekarza nie tylko od pacjenta, ale również wskutek prowadzonych działań terapeutycznych lub diagnostycznych, przy czym informacje tego rodzaju mogą być wręcz nieznane

⁴⁴⁵ M. Wielec, *Zakaz dowodowy...*, s. 270.

⁴⁴⁶ Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 176.

⁴⁴⁷ M. Tomkiewicz, „Tajemnica spowiedzi”..., s. 62-63.

pacjentowi, przynajmniej do pewnego momentu⁴⁴⁸. Wiadomości tego rodzaju nie są objęte zakresem normy z art. 199 k.p.k.⁴⁴⁹, bowiem nie zostały przekazane przez pacjenta – podejrzanego. Należy zauważyć, że jedynymi przesłankami objęcia informacji wskazanym zakazem dowodowym jest ich związek z czynem zarzucanym podejrzanemu i zawarcie ich w oświadczeniu złożonym wobec lekarza udzielającego pomocy medycznej. W szczególności zakres normowania nie został ograniczony do informacji związanych ze zdrowiem podejrzanego. Również obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej nie został w taki sposób ograniczony, bowiem objęte są nią wszelkie informacje uzyskane w związku z leczeniem pacjenta, niezależnie od ich rodzaju czy zawartości. Pozwala to uniknąć zarzutów związanych z daleko idącym woluntaryzmem, subiektywizmem i niepewnością ocen, które byłyby nieuchronną konsekwencją wyznaczenia zakresu tajemnicy nie przez odniesienie się wyłącznie do relacji lekarz-pacjent, ale do treści przekazywanych w jej ramach informacji⁴⁵⁰.

W rozważaniach dotyczących tajemnicy lekarskiej pojawia się kwestia jej obowiązywania co do informacji dotyczących osób trzecich, uzyskanych w procesie leczenia. Odnotowując rozbieżność stanowisk dotyczących tej kwestii, należy zauważyć, że kwestia tajemnicy tych informacji nie może być odnoszona do ochrony zaufania do lekarza, który, co do zasady, nie pozostaje z osobą trzecią w żadnym stosunku, który uzasadniałby dochowanie tajemnicy co do informacji jej dotyczących⁴⁵¹. Natomiast omawiany zakaz dowodowy także może dotyczyć sytuacji osób trzecich, a to w sytuacji, gdy informacje o nich zawarte są w oświadczeniach złożonych przez oskarżonego lekarzowi udzielającemu mu pomocy. Uważam, że tak wytyczony zakres ochrony świadczy o tym, że udzielana jest ona pewnym informacjom nie tyle ze względu na interes oskarżonego, co na doniosłość przyznaną tajemnicy lekarskiej jako takiej, o czym mowa będzie w kolejnym punkcie.

7.2 Uzasadnienie

Wspomniano już o powiązaniu omawianego zakazu dowodowego z tajemnicą lekarską. Prawny obowiązek jej dochowania ustanowiony został w art. 40 ust. 1 ustawy z 5 grudnia

⁴⁴⁸ M. Safjan, Problemy prawne tajemnicy lekarskiej, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1/1995, s. 10-12. Safjan dowodzi, że tajemnica lekarska nie wynika z samej tylko ochrony dóbr osobistych pacjenta, ale również z funkcji publicznej zawodu lekarza.

⁴⁴⁹ Art. 199 k.p.k. Złożone wobec biegłego albo wobec lekarza udzielającego pomocy medycznej oświadczenia oskarżonego, dotyczące zarzucanego mu czynu, nie mogą stanowić dowodu.

⁴⁵⁰ M. Safjan, *Problemy...*, s. 11, 13.

⁴⁵¹ *Ibidem*, s. 18.

1996 roku o zawodzie lekarza i lekarza dentystry⁴⁵². Został on również wprost wskazany w Kodeksie Etyki Lekarskiej⁴⁵³, przy czym jest to wyłącznie zbiór zasad deontologicznych, a zatem nie może zostać uznany za źródło prawa powszechnie obowiązującego. Wskazuje się jednak, że obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej wynika z samej istoty tego zawodu. Zgodnie z tym stanowiskiem powinno się uznawać istnienie tego obowiązku, nawet gdyby nie została ona ustanowiona w powszechnie obowiązujących przepisach⁴⁵⁴. Zarówno ustawa o zawodzie lekarza i lekarza dentystry⁴⁵⁵, jak i Kodeks Etyki Lekarskiej⁴⁵⁶ przewidują możliwość zwolnienia od zachowania tajemnicy lekarskiej m. in. na podstawie odrębnych przepisów, nie ustanawiając w tym zakresie żadnych przesłanek, a stosując jedynie bardzo ogólne odesłanie.

Uwagi odnoszące wspomniany zakaz dowodowy do kwestii związanych z tajemnicą lekarską prowadzą do bardziej ogólnego wniosku o jego związku ze dobrami osobistymi, a konkretniej prawem do prywatności⁴⁵⁷, za którego element uznają sferę związaną z informacjami uzyskanymi w związku z leczeniem pacjenta. Podzielając stanowisko o obiektywnej koncepcji dóbr osobistych, rozumianych jako wartości

⁴⁵² Art. 40 ust. 1. Lekarz ma obowiązek zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu.

⁴⁵³ Art. 23. Lekarz ma obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej. Tajemnicą są objęte wiadomości o pacjencie i jego otoczeniu uzyskane przez lekarza w związku z wykonywanymi czynnościami zawodowymi. Śmierć chorego nie zwalnia od obowiązku dochowania tajemnicy lekarskiej. Tak stanowi jednolity tekst uchwały Nadzwyczajnego II Krajowego Zjazdu Lekarzy z dnia 14 grudnia 1991 r. w sprawie Kodeksu Etyki Lekarskiej z uwzględnieniem zmian wprowadzonych uchwałą Nr 5 Nadzwyczajnego VII Krajowego Zjazdu Lekarzy z dnia 20 września 2003 r. zmieniającej uchwałę w sprawie Kodeksu Etyki Lekarskiej, opublikowany w Biuletynie Naczelnej Rady Lekarskiej 1(81)/XIV, Warszawa 2004.

⁴⁵⁴ „Dalsze wreszcie źródło obowiązku zawodowej dyskrecji to społeczna funkcja wykonywanego zawodu. Obowiązek bowiem zachowania tajemnicy zawodowej może wynikać także ze społecznej roli, jaką spełnia dany zawód (...). Tak więc obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej, gdy wynika z innych źródeł niż wyraźny przepis prawny też musi być brany pod uwagę w rozważaniach dotyczących tajemnicy zawodowej” – B. Kunicka-Michalska, *Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim prawie karnym*, Warszawa 1972, s. 43. Pogląd ten spotkał się z aprobatą w literaturze – tak M. Safjan, *Problemy...*, s. 10. Wyrażono również stanowisko, zgodnie z którym „jest bowiem rzeczą jasną, iż taki obowiązek zachowania tajemnicy, którego naruszenie powoduje poważne sankcje karne, może być tylko obowiązkiem prawnym dla pewnych zawodów, a nie np. obowiązkiem zwyczajowym lub moralnym” – tak J. Sawicki, *Tajemnica zawodowa lekarza i dziennikarza*, Warszawa 1960, s. 14. Poglądu tego nie można jednak uznać za przeciwny do wcześniej przytoczonego, został on bowiem sformułowany w publikacji dotyczącej odpowiedzialności karnej za niedochowanie tajemnicy lekarskiej. Z zasad wyłączności ustawy w kształtowaniu zasad odpowiedzialności karnej jasno zaś wynika, że do jej powstania konieczne jest naruszenie obowiązku wskazanego w ustawie. Przy tym nie należy rozciągać tej zasady na pozostałe dziedziny prawa, w związku z czym pogląd Sawickiego nie powinien zostać uznany za konkurencyjny względem stanowiska Kunickiej-Michalskiej.

⁴⁵⁵ Art. 40 ust. 2 pkt 1 przepisu ust. 1 nie stosuje się, gdy: 1) tak stanowią ustawy.

⁴⁵⁶ Art. 25. Zwolnienie z zachowania tajemnicy lekarskiej może nastąpić: (...) jeśli zobowiązują do tego przepisy prawa.

⁴⁵⁷ Podzielałam definiowanie go jako „to wszystko, co ze względu na uzasadnione odosobnienie się jednostki od ogółu społeczeństwa służy do rozwoju jej psychicznej i fizycznej osobowości oraz zachowania osiągniętej pozycji społecznej” – A. Kopff, *Koncepcja praw do intymności i prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne)*, *Studia Cywilistyczne* XX/1972, s. 4 i n.

powszechnie uznane i akceptowane w społeczeństwie oraz systemie prawnym, należy podkreślić, że nie są one postrzegane wyłącznie w kategoriach indywidualnego dobra danej osoby, ale raczej dobra o wymiarze publicznym. Prowadzi to do wniosku, że dobrem chronionym jest nie subiektywnie rozumiany interes konkretnego pacjenta, ale zespół wartości postrzeganych przez społeczeństwo jako składowe instytucji prawnej tajemnicy lekarskiej, choćby odnoszących się do osoby pacjenta, np. jego godność czy prywatność. Może to prowadzić do konfliktu między interesem konkretnego człowieka, zainteresowanego ujawnieniem dotyczącej go tajemnicy lekarskiej, a ochroną jej samej, postrzeganej w sposób zbiektywizowany względem ocen żywionych w danym społeczeństwie.

Co więcej, może dochodzić do konfliktu między różnego rodzaju interesami społecznymi⁴⁵⁸, co znajduje dość wyraźne odzwierciedlenie w postępowaniu karnym. Może bowiem dojść do sytuacji, w której w interesie podejrzanego byłoby ujawnienie informacji go dotyczących, a objętych tajemnicą lekarską. Wspomniana już ustawa o zawodzie lekarza i lekarza dentysty w art. 40 ust. 2 pkt. 4 stanowi, że obowiązku lekarza zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu nie stosuje się, gdy pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy wyraża zgodę na ujawnienie tajemnicy, po uprzednim poinformowaniu o niekorzystnych dla pacjenta skutkach jej ujawnienia. Na gruncie tego przepisu dysponentem tajemnicy jest więc pacjent, który, występując w postępowaniu karnym w roli oskarżonego, może mieć interes procesowy w ujawnieniu objętych nią informacji, gdy świadczą one o jego niewinności. Przywołany przepis świadczy więc o prymacie interesu samego pacjenta nad jakimkolwiek interesem społecznym związanym z tajemnicą lekarską. Rozwiązanie to jest spójne z zasadą prawa cywilnego, stanowiącą, że zgoda dysponenta dobra osobistego wyłącza bezprawność jego naruszenia. Jednakże art. 199 k.p.k. ustanawia stanowczy zakaz dowodowy, niepozwalający uznać za dowód oświadczeń oskarżonego, dotyczących zarzucanego mu czynu, a złożonych wobec lekarza, nie czyniąc wyjątku dla sytuacji, gdy przeprowadzenia takiego dowodu domaga się sam oskarżony. Należy więc uznać, że wspomniany przepis procedury karnej ma donioślejszy charakter niż norma wywodzona z ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty. Tym samym interes społeczny, wyrażony w regulacjach procedury karnej, ma znaczenie istotniejsze nie tylko niż interes indywidualny oskarżonego, ale również niż interes społeczny wyrażony przez

⁴⁵⁸ M. Safjan, Problemy..., s. 14, 16-17.

zakres nadany tajemnicy lekarskiej w normującej ją w sposób generalny ustawie, a istotnie zmodyfikowany przez przepis kodeksu postępowania karnego⁴⁵⁹.

6.3 Rodowód i ewolucja

Już w przysiędze Hipokratesa znalazł się fragment odnoszący się do obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej: „Cokolwiek bym podczas leczenia czy poza nim z życia ludzkiego ujrzał czy usłyszał, czego nie należy na zewnątrz rozgłaszać, będę milczał, zachowując to w tajemnicy”. W innym dziele antycznego autora – *De officiis* Cyserona – zapisano: „Lekarze, którzy przyjmowani są pod dachem i w sypialni drugiego człowieka, powinni ukryć wiele rzeczy, nawet za cenę zniewagi i krzywdy, niezależnie od tego, jak trudno jest milczeć, kiedy się cierpi”. Natomiast w najstarszym zachowanym w Polsce, a wywodzącym się z XV wieku, tekście przysięgi składanej przez licencjatów medycyny na stopień doktora medycyny zawarto sformułowanie: „O tym, co słyse w trakcie leczenia, nikomu tego nie wyjawię, lecz zachowam całkowite milczenie, jeśli będę rozumiał, że należy o tym zamilczeć”.

Mimo tak dawnych odniesień do obowiązku zachowania przez lekarzy tajemnicy, tajemnica lekarska, we współczesnym jej rozumieniu, ukształtowała się na przełomie XVIII i XIX wieku. Dopiero bowiem wtedy doszło do wyraźnego rozróżnienia sfery prywatnej i publicznej. W przedrewolucyjnej Francji nie istniała sfera życia prywatnego, a przeciwstawne względem siebie obowiązki – zachowania dyskrecji i ujawnienia informacji przez medyka – wynikały z tej samej idei, czyli interesu publicznego. Dopiero w następnych latach doszło do oddzielenia sfery publicznej i prywatnej aktywności człowieka, będącego co prawda członkiem społeczności, ale jednocześnie osobą prywatną, z której to przyczyny mógł on oczekiwać ochrony przed ingerencją innych jednostek w jego sferę prywatną. Spostrzeżenia te znalazły swoje odzwierciedlenie w XIX-wiecznym ustawodawstwie i doktrynie prawniczej⁴⁶⁰. Wreszcie 8 maja 1947 roku francuski Trybunał Kasacyjny wydał orzeczenie, zgodnie z którym lekarz miał prawo

⁴⁵⁹ Co do zakresu obowiązywania tajemnicy lekarskiej Sośniak sformułował pogląd, że „od strony podmiotowej granice te wyznaczałby interes osoby, której dotyczy tajemnica (...). Toteż zainteresowany może zawsze, przynajmniej w zasadzie, uchylić wspomniany obowiązek. Granice przedmiotowe wytycza interes osób trzecich oraz interes publiczny” (M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1977, s. 174). Jakkolwiek teza ta została wyrażona w odniesieniu do kwestii cywilnej odpowiedzialności za naruszenie tajemnicy lekarskiej, to nie traci ona na aktualności co do postępowania karnego. Posługując się tą siatką pojęciową, należy więc stwierdzić, że interes publiczny, strzeżony przez art. 199 k.p.k., jest w zasadzie nieograniczony w tym znaczeniu, że nie dozwala on nigdy na uchylenie tajemnicy lekarskiej co do oświadczeń złożonych przez oskarżonego co do popełnienia zarzucanego mu czynu.

⁴⁶⁰ M. Safjan, *Problemy...*, s. 5-6.

odmówić złożenia jakichkolwiek przed sądem, zasłaniając się tajemnicą lekarską, również w sytuacji, gdy wcześniej zeznawał w tej sprawie w prokuraturze z uwagi na to, że wydał zaświadczenie lekarskie rodzicom dziewczynki, która padła ofiarą nieobyczajnego zamachu. W orzeczeniu tym stwierdzono bowiem, że zachowanie tajemnicy lekarskiej jest wpisane w istotę zawodu lekarza, co nadaje jej charakter absolutny i generalny, a nikt nie ma prawa jej naruszyć⁴⁶¹.

Odmienne podejście do problematyki tajemnicy lekarskiej w postępowaniu sądowym wykształciło się w systemie *common law*. Przełomowym orzeczeniem, dotyczącym tego zagadnienia, było rozstrzygnięcie brytyjskiej Izby Lordów z 1776 roku. Zapadło ono w procesie Elizabeth Pierrepont z domu Chudleigh, Księżnej Kingston-upon-Hull. W 1744 roku poślubiła ona Augustusa Johna Herveya, przy czym małżeństwo to zostało zawarte w sposób tajny. Elizabeth Chudleigh nigdy nie przyjęła nazwiska Hervey. 2 listopada 1747 roku w małżeństwie urodziło się dziecko – Henry Augustus Hervey. Obecny przy porodzie był lekarz Caesar Hawkins. Dziecko zmarło jednak 21 stycznia 1748 roku. W 1751 roku Elizabeth nawiązała romans z Evelyn Pierrepont, Księżniczką Kingston-upon-Hull. W 1768 roku Augustus John Hervey chciał rozwieść się z żoną, jednak ona, nie chcąc brać udziału w upokarzającym procesie rozwodowym, zaprzysięgła, że jest niezamężna. W następnym roku, 8 marca, poślubiła ona Evelynę Pierrepont, Księżniczkę Kingston-upon-Hull. Zmarł on w 1773, a dziedzicem jego fortuny została małżonka. Jednakże Evelyn Meadows, krewny z rodziny siostry księżniczki, oskarżył Elizabeth o bigamię. W trakcie procesu na świadka powołano lekarza Caesara Hawkinsa, obecnego przy narodzinach dziecka z jej pierwszego małżeństwa. Zadano mu pytanie, czy wiadomo mu coś na temat małżeństwa Elizabeth Pierrepont z Augustusem Johnem Herveym. Lekarz odmówił odpowiedzi na to pytanie, stwierdzając, że może ono narazić na szwank jego zawodowy honor, bowiem musiałby ujawnić tajemnicę związaną z wykonywaniem jego zawodu. Jednakże sąd, pod przewodnictwem Lorda Mansfielda, stwierdził, że w postępowaniu karnym albo cywilnym lekarz nie ma możliwości zasłonięcia się tajemnicą zawodową, nie przekazując tym samym sądowi żądanej przez niego informacji. Ostatecznie Elizabeth Pierrepont została uznana winną bigamii⁴⁶².

⁴⁶¹ J. Sawicki, *Tajemnica zawodowa...*, s. 34-35. Autor ten wskazał, że opisane orzeczenie spotkało się z ostrą krytyką nie tylko prawników, ale również przedstawicieli świata medycznego, podkreślających, że tajemnica lekarska nie może być uznana za cel sam w sobie. Należy przy tym zauważyć, że art. 199 k.p.k. nie może być uznany za proste odzwierciedlenie stanowiska wyrażonego w tym orzeczeniu, bowiem strzeże on nie tylko tajemnicy lekarskiej, ale również przestrzegania zasad procedury karnej.

⁴⁶² D. Mendelson, *The Duchess of Kingston's Case, the rulling of Lord Mansfield and duty of medical confidentiality in court*, *International Journal of Law and Psychiatry*, October 2012, s. 1-4.

Wyrok ten spotkał się z aprobatą anglosaskiego orzecznictwa, co skutkowało stwierdzeniem, że w postępowaniu sądowym lekarz ma obowiązek zeznawania o okolicznościach i faktach, o których powziął wiadomość w czasie wykonywania zawodu. Tym samym uznano prymat interesu wymiaru sprawiedliwości w poznaniu prawdy względem zasady poszanowania tajemnicy lekarskiej⁴⁶³.

Zakaz dowodowy z art. 199 k.p.k. został w Polsce po raz pierwszy ustanowiony w kodeksie postępowania karnego z 1997 roku. Rozwiązanie to do pewnego stopnia realizowało postulat ustanowienia normy wyłączającej, poza ściśle określonymi wyjątkami, możliwość przesłuchania lekarza co do okoliczności objętych tajemnicą. Wskazywano bowiem, że na gruncie wcześniej obowiązującego kodeksu postępowania karnego sformułowane zostały dwie odmienne interpretacje. Według pierwszej z nich przepisy dotyczące tajemnicy lekarskiej stanowiły *lex specialis* względem art. 163 ówczesnego kodeksu⁴⁶⁴. Zgodnie z drugim poglądem należało przyjąć, że relacja ta ma charakter przeciwny, czyli wspomniana norma procedury karnej stanowi *lex specialis* wobec przepisów o tajemnicy lekarskiej. Jakkolwiek teoretycznie oba te poglądy były dopuszczalne, a względy funkcjonalne, nakierowane na ochronę tajemnicy zawodowej wskazywało na zasadność pierwszego z przywołanych poglądów, to jednak zdecydowanie dominował drugi z nich⁴⁶⁵. Również orzecznictwo Sądu Najwyższego dopuszczało przeprowadzanie dowodów z oświadczeń oskarżonego co do zarzucanego mu czynu, złożonych wobec lekarza udzielającego mu pomocy albo wobec biegłego⁴⁶⁶. Co więcej, przyjmowano również, że jeśli lekarz, pełniący obowiązki biegłego, dowie się od oskarżonego, że popełnił on jeszcze inny czyn, niż objęty aktualnie prowadzonym postępowaniem karnym, to powinien o nim zawiadomić organy ścigania. Powinność tę wywodzono z ciężącego na instytucji państwowej obowiązku zawiadomienia o przestępstwie, traktując lekarza pełniącego obowiązki biegłego jako pomocnika władzy, spełniającego funkcję urzędniczą⁴⁶⁷.

⁴⁶³ M. Safjan, Problemy..., s. 7-8.

⁴⁶⁴ Stanowisko to uzasadniano wyczerpującym charakterem regulacji dotyczących tajemnicy lekarskiej. Co prawda przepisy te zawierały blankietowe odesłanie do „przepisów szczególnych”, jednak wskazywano, że za taki nie może być uznany art. 163 k.p.k., bowiem jest to przepis wyłącznie proceduralny, który nie określa zakresu obowiązku zachowania tajemnicy, ale pozwala organom procesowym na zwolnienie z jej zachowania.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, s. 49-51.

⁴⁶⁶ R. Stefański, S. Zabłocki (red.), Komentarz do art. 199 k.p.k., (w:) *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167-296*, Warszawa 2019, s. 523, wraz z przywołanym w punkcie 4. orzecznictwem.

⁴⁶⁷ J. Sawicki, *Tajemnica zawodowa...*, s. 48. Co prawda obowiązek ten wynikał z art. 229 § 2 k.p.k. w ówczesnym brzmieniu, to zważywszy na jego brzmienie [„Instytucje państwowe i społeczne dowiedziawszy się o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu mają obowiązek zawiadomić o tym

W związku z tymi poglądami problem efektywnej ochrony tajemnicy lekarskiej był w pierwszej połowie lat 90. istotną kwestią dla Komisji ds. Reformy Prawa Karnego. Jak wspomina Stanisław Waltoś, „dyskutowaliśmy o tajemnicy psychiatrycznej oraz lekarskiej, szczególnie przez pryzmat skandalicznej praktyki w epoce PRL polegającej na wyciąganiu od lekarzy treści informacji udzielanych im przez pacjentów”⁴⁶⁸. Ostatecznie ustawodawca nie zdecydował się na objęcie bezwzględnym zakazem dowodowym w procesie karnym wszelkich informacji, na które rozciąga się tajemnica lekarska, dzieląc je zakresowo pomiędzy dyspozycję norm z art. 180 § 2 k.p.k. i z art. 199 k.p.k.

6.4 Przykłady zastosowania

Jak trafnie wskazuje się w orzecznictwie i doktrynie, zakaz dowodowy ustanowiony w art. 199 k.p.k., a dotyczący lekarza udzielającego pomocy medycznej oskarżonemu, „sprowadza się do niedopuszczalności wykorzystywania jako dowodu oświadczeń oskarżonego złożonych w warunkach specyficznych, wobec szczególnego rodzaju osób, w sytuacjach, w których szczerowość staje się naturalną koniecznością”⁴⁶⁹, zaś „celem tego zakazu w zakresie dotyczącym lekarza jest ochrona zaufania konkretnego oskarżonego, korzystającego z pomocy lekarskiej, do osób udzielających mu takiej pomocy”⁴⁷⁰. Podkreśla się także, że „zakaz dowodowy uregulowany w art. 199 k.p.k. obejmuje wszelkie oświadczenia oskarżonego dotyczące zarzucanego mu czynu”⁴⁷¹. W orzecznictwie słusznie opowiedziano się za rozszerzającą wykładnią owego zakazu, nie ograniczając jego zastosowania wyłącznie do osób, które formalnie występują już w postępowaniu w charakterze podejrzanego⁴⁷². Stanowisko to spotkało się z aprobatą doktryny. „Zasadnie argumentuje się, że byłoby niekonsekwencją przyjmowanie, iż ochrona ta dotyczy tylko oświadczeń składanych przez oskarżonego (podejrzanego) już po uzyskaniu przez niego statusu strony. Skoro zatem zakaz ten chroni określone relacje między oskarżonym a biegłym lub lekarzem udzielającym mu pomocy medycznej, to

niezwłocznie prokuratora lub Milicję Obywatelską”] – należy uznać, że wyrażał on tę samą normę co obowiązujący dziś 304 § 2 k.p.k.

⁴⁶⁸ S. Waltoś, Dyskusja. Tajemnica statystyczna w procesie karnym, *CzPKiNP* wydanie specjalne/2009, s. 79.

⁴⁶⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 21 sierpnia 2012 r., sygn. akt II AKa 173/12.

⁴⁷⁰ R. Stefański, S. Zabłocki (red.), *Komentarz...*, s. 525. Analogiczne racje stoją za ustanowionym w tym przepisie zakazie dowodowym dotyczącym przesłuchania biegłego.

⁴⁷¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2012 r., sygn. akt III KK 366/11.

⁴⁷² „Oświadczenie złożone wobec lekarza nie może stanowić dowodu także wówczas, gdy złożone zostało przed formalnym postawieniem sprawcy w stan podejrzenia” (Wyrok SN z 24.01.2008 r., V KK 230/07, LEX nr 359261).

konsekwencja wymaga, by chronić je niezależnie od tego, czy oskarżony w chwili składania oświadczenia miał już status strony, czy jeszcze nie, a nadto dopuszczenie możliwości wykorzystania oświadczeń składanych przez taką osobę, zanim został jej postawiony zarzut, stanowiłoby obejście zakazu (...). Ponadto badaniom lekarskim – zgodnie z art. 74 § 3 – może być poddana osoba podejrzana⁴⁷³.

6.5 Charakterystyka

Odwołanie się do opisanego już, a przywołanego choćby w zacytowanym już orzeczeniu Sądu Najwyższego (o sygnaturze akt III KK 366/11) celu ustanowienia omawianych norm, pociąga za sobą rozszerzającą interpretację analizowanego zakazu dowodowego. Może się bowiem tak zdarzyć, że oświadczenia kierowane przez podejrzanego do lekarza słyszą również inne osoby. Trafnie wskazuje się, że przesłuchanie tych osób będzie niedopuszczalne, jeśli oskarżony nie jest świadomy ich obecności, choćby z powodu szoku wywołanego doznanymi obrażeniami, albo nie ma możliwości rozmowy z lekarzem pod ich nieobecność, na przykład gdy wchodzi one w skład personelu asystującego lekarzowi przy pilnych czynnościach albo są członkami służb ratunkowych prowadzących działania na miejscu wypadku lub innego zdarzenia⁴⁷⁴.

W bieżącej sekcji skupiono się na omówieniu aksjologii związanej z zakazem przesłuchania lekarza co do okoliczności wskazanych w art. 199 k.p.k. Przepis ten dotyczy jednak również biegłego. Skoro w tej roli procesowej mogą występować przedstawiciele najróżniejszych zawodów i specjalności, od których wymaga się przede wszystkim dysponowania wiadomościami specjalnymi, to nie można stworzyć wspólnej bazy aksjologicznej, odwołującej się do ich etyki zawodowej. Co do osób pełniących tę rolę w procesie karnym należy więc stwierdzić, że kluczowe dla uzasadnienia objęcia ich dyspozycją art. 199 k.p.k. jest oczekiwanie, że uzyskają one najbardziej miarodajne i pełne informacje, co zaowocuje wydaniem jak najwartościowszej opinii⁴⁷⁵. Byłoby to

⁴⁷³ R. Stefański, S. Zabłocki (red.), *Komentarz...*, s. 523-524.

⁴⁷⁴ M. J. Urbaniak, *Zakres obowiązywania zakazu dowodowego przewidzianego w art. 199 k.p.k., Prokuratura i Prawo* 7-8/2012, s. 133-135.

⁴⁷⁵ Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 346. Trzeba przy tym zauważyć, że w odniesieniu do opinii biegłego w orzecznictwie Sądu Najwyższego jeszcze na gruncie poprzedniej ustawy karnoprocesowej sformułowano pogląd, że zawarte w niej oświadczenia oskarżonego nie mogą stanowić dowodu: „Skarżący błędnie przyjmuje, że wywiad lekarza psychiatry przygotowującego opinię jest przesłuchaniem świadka. Są to wyłącznie czynności lekarza i nic więcej. Na te wypowiedzi sąd nie może powoływać się jako na dowody i, na przykład, ujawniać je w wypadku sprzeczności ze złożonymi zeznaniami. To samo odnosi się do wypowiedzi oskarżonego wobec biegłych. Pamiętać trzeba, że całość opinii biegłego-lekarza objęta jest tajemnicą lekarską i jej udostępnianie jest ograniczone do stron i na użytek konkretnego postępowania” (Wyrok SN z 22.04.1991 r., III KR 161/90, LEX nr 30542).

znacząco utrudnione lub wręcz niemożliwe, gdyby oskarżony nie miał pewności, że oświadczenia, które złoży biegłemu, nie będą wykorzystane przeciwko niemu. Co do braku możliwości powołania się na informacje korzystne dla oskarżonego należy do biegłego odnieść uwagi, które sformułowano w odniesieniu do analogicznego problemu oświadczeń składanych lekarzowi.

6.6 Krytyka

Wyrażone w orzecznictwie argumenty należy poddać krytycznej analizie. Rozpocząć ją wypada od zwrócenia uwagi na szerszy zakres norm ograniczających swobodę dowodzenia na gruncie ustawy z 19 sierpnia 1994 roku o ochronie zdrowia psychicznego. Zgodnie z jej art. 50 ust. 1 do zachowania tajemnicy obowiązane są osoby wykonujące czynności wynikające z niniejszej ustawy, a więc nie tylko lekarze. Zgodnie z art. 52 ust. 1 osób tych nie wolno przesłuchiwać jako świadków na okoliczność wypowiedzi osoby, wobec której podjęto czynności wynikające z niniejszej ustawy, co do popełnienia przez nią czynu zabronionego pod groźbą kary⁴⁷⁶. Jak trafnie wskazano w doktrynie, „ustawa o ochronie zdrowia psychicznego wprowadza więc trzeci wypadek (bezwzględny zakaz dowodowy), kiedy nie wolno jest słuchać określonej osoby w postępowaniu karnym, bowiem art. 178 k.p.k. wymienia obrońcę i duchownego”⁴⁷⁷.

Natomiast na gruncie art. 199 k.p.k. zbliżony zakaz ograniczony jest wyłącznie do lekarza⁴⁷⁸. Może więc dojść do paradoksalnej sytuacji, w której ratownicy medyczni,

⁴⁷⁶ Należy zwrócić uwagę, jak spójne są przepisy ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, nakierowane na zachowanie w rzeczywistej tajemnicy okoliczności objętych zakazem dowodowym wyrażonym w tej ustawie. Art. 51 stanowi, że „w dokumentacji dotyczącej badań lub przebiegu leczenia osoby, wobec której podjęto czynności wynikające z niniejszej ustawy, nie utrwała się oświadczeń obejmujących przyznanie się do popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary. Zasadę tę stosuje się również do dokumentacji dotyczącej badań przeprowadzonych na żądanie uprawnionego organu”. Rozwiązanie to zapewnia realną ochronę informacji uzyskanych od osoby, której udzielono pomocy psychiatrycznej. Nie sposób tego samego powiedzieć o przepisach procedury karnej, które nie zezwalają na odczytanie złożonych przez oskarżonego zeznań, który był wcześniej przesłuchany w charakterze świadka, nie ustanawiając jednocześnie norm, które zakazywałyby dalszego przechowywania w aktach postępowaniach protokołów z takich przesłuchań. Przy tym umieszczenie we wskazanej dokumentacji tych informacji nie skutkuje zakazem ich dowodzenia, które może zostać przeprowadzone z pomocą innych środków dowodowych.

⁴⁷⁷ A. Ważny, Problemy zwolnienia z tajemnicy adwokackiej, dziennikarskiej i lekarskiej w procesie karnym, *Prokuratura i Prawo* 10/1998, s. 119.

⁴⁷⁸ Zawężenie to może budzić tym większe zdziwienie, że na kilka lat przed ustanowieniem obowiązującego kodeksu postępowania karnego, postulując ściślejszą ochronę tajemnicy lekarskiej, powoływano się właśnie na przywołany przepis ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (M. Safjan, *Problemy...*, s. 52). Być może celem ustawodawcy było zapewnienie pełniejszej ochrony osobie, która może cierpieć na zaburzenia psychiczne. Należy jednak zwrócić uwagę, że również osoba niedotknięta takimi schorzeniami, a potrzebująca pomocy lekarskiej, może nie znajdować się w stanie pozwalającym jej trzeźwo ocenić, czy ma do czynienia z lekarzem, czy przedstawicielem innego zawodu medycznego, a w konsekwencji jakie informacje może ujawnić bez obawy poniesienia negatywnych konsekwencji prawno-karnych.

stanowiący załogę karetki pogotowia ratunkowego, zostają wezwani do dwóch następujących po sobie interwencji. Za każdym razem pomocy potrzebują sprawcy przestępstw. W pierwszym przypadku człowiek taki ma wyłącznie obrażenia fizyczne, w drugim zdradza objawy zaburzeń psychicznych. Ci sami ratownicy w pierwszym z tych przypadków mogą zostać zwolnieni od obowiązku zachowania tajemnicy służbowej na podstawie art. 180 § 1 k.p.k.⁴⁷⁹, zaś w drugim aktualizuje się bezwzględny zakaz przesłuchania ich w charakterze świadków co do wypowiedzi osoby, której udzielali pomocy.

Jeśli racją ustanowienia art. 199 k.p.k. rzeczywiście miała być ochrona zaufania oskarżonego w sytuacji, gdy szczerłość wydaje się naturalną koniecznością, to trudno zrozumieć, dlaczego znacząco ograniczono podmiotowo przesłanki tego zakazu, tym bardziej, że w systemie prawa obowiązuje ustawa szczególna, która nie różnicuje pozycji lekarza i innych osób udzielających pomocy medycznej. Nadto działanie omówionego zakazu dowodowego jest niezależne od woli oskarżonego. Oznacza to, że nie można przesłuchać udzielającego mu pomocy lekarza nawet na jego wyraźne życzenie lub w sytuacji, gdy złożyłby on zeznania wyłącznie korzystne dla oskarżonego⁴⁸⁰. Zgłaszane są postulaty zmiany tego przepisu i umożliwienia wykorzystania informacji objętych tym zakazem, jeśli polepszyłyby one sytuację oskarżonego⁴⁸¹. Takie rozwiązanie z pewnością byłoby spójne z wartościami, które stoją za treścią art. 199 k.p.k.⁴⁸².

⁴⁷⁹ Art. 180 § 1 k.p.k. Osoby obowiązane do zachowania w tajemnicy informacji niejawnych o klauzuli tajności „zastrzeżone” lub „poufne” lub tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji mogą odmówić zeznań co do okoliczności, na które rozciąga się ten obowiązek, chyba że sąd lub prokurator dla dobra wymiaru sprawiedliwości zwolni te osoby od obowiązku zachowania tajemnicy, jeżeli ustawy szczególne nie stanowią inaczej. Na postanowienie w tym przedmiocie przysługuje zażalenie.

⁴⁸⁰ Przykładem tego dominującego w doktrynie stanowiska jest argumentacja zawarta w wyroku Sądu Najwyższego z 24 stycznia 2008 r., sygnatura V KK 230/07, z której wynika, że „zgodnie z art. 199 k.p.k. złożone wobec biegłego albo wobec lekarza, udzielającego pomocy medycznej, oświadczenia oskarżonego, dotyczące zarzucanego mu czynu, nie mogą stanowić dowodu. Cytowany przepis obejmuje zakazem dowodowym wszelkie oświadczenia oskarżonego składane wobec lekarza udzielającego pomocy medycznej, dotyczące zarzucanego mu czynu, a więc niezależnie od ich treści”.

⁴⁸¹ K. Sułkowski, Zasada *nemo se ipsum accusare tenetur* jako gwarancja prawa do obrony, *Zeszyt Studencki Kół Naukowych Wydziału Prawa i Administracji UAM* 8/2018, s. 270.

⁴⁸² Szeroki zakres normowania przywołanych przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego znalazł potwierdzenie w orzecznictwie. W postanowieniu Sądu Najwyższego z 20 kwietnia 2005 roku wskazano, że „[n]ie oznacza to jednak, że na psychologa nie ciąży obowiązek zachowania w tajemnicy okoliczności, o których dowiedział się w trakcie wykonywania swojego zawodu także, jeżeli wykonywał czynności wynikające z ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Po pierwsze, jak trafnie wskazuje się w piśmiennictwie, źródłem takiego obowiązku są przepisy ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (zob. m.in. S. Dąbrowski, J. Pietrzykowski: *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Komentarz*, Warszawa 1997, s. 218; M. Stepulak: *Tajemnica zawodowa psychologa*, Lublin 2001, s. 217). Warto też zauważyć, że taki obowiązek wynika również z norm o charakterze etycznym – Kodeksu Etyczno-Zawodowego Psychologa, który w punkcie 21 przewiduje obowiązek przestrzegania przez psychologa tajemnicy zawodowej (przyjęty przez Walne Zgromadzenie Delegatów Polskiego Towarzystwa Psychologicznego w 1991 r.). Co istotniejsze jednak, te akty normatywne, a także ustawa o

Wspomniano już, że co do tajemnicy dziennikarskiej ustanowiono wyjątek, który zapewnia spójność tej regulacji z wyrażonym w art. 240 § 1 k.k.⁴⁸³ obowiązkiem denuncjacji. Zakres stosowania omawianego zakazu dowodowego nie został ograniczony w podobny sposób. Jest to o tyle uzasadnione, że:

w przypadku lekarzy podstawy zwolnienia lekarza z zachowania tajemnicy zawodowej w perspektywie art. 240 nie może stanowić art. 40 ust. 2 ustawy z 5.12.1996r. o zawodzie lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. z 2017 r. poz. 125 ze zm.), zgodnie z którym lekarz zwolniony jest z obowiązku zachowania tajemnicy m.in. wtedy, gdy tak stanowi ustawa. Takie ogólne odesłanie do «innych ustaw» nie zwalnia lekarza z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w perspektywie art. 240, gdyż ten ostatni przepis nie zawiera żadnego zastrzeżenia w kontekście tajemnicy lekarskiej (...). Natomiast art. 11 ust. 8 ustawy z 31.01.1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (Dz.U. z 2017r. poz. 912) wyraźnie wskazuje, że w przypadku uzasadnionego podejrzenia, że przyczyną zgonu było przestępstwo, lekarz powinien zawiadomić o tym natychmiast właściwego prokuratora lub najbliższy posterunek Policji, co oznacza, że w takiej perspektywie lekarz zostaje zwolniony z zachowania tajemnicy zawodowej i podlega obowiązkowi opisanemu w art. 240⁴⁸⁴.

Przywołany przepis ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych stanowi, że w przypadku uzasadnionego podejrzenia, że przyczyną zgonu było przestępstwo, lekarz, jak i inne osoby powołane do oględzin zwłok powinni zawiadomić o tym natychmiast właściwego prokuratora lub najbliższy posterunek Policji. Można sobie jednak wyobrazić sytuację, w

zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów w zakresie, w jakim regulują obowiązek zachowania tajemnicy, są tylko realizacją norm wynikających z Konstytucji RP z 1997 r. (art. 30, 31, 47 i 51) i aktów prawa międzynarodowego (zob. M. Stepulak, op. cit., s. 36-43), które stanowią pierwotne źródło obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej przez psychologa. W podsumowaniu stwierdzić należy, że przepis art. 52 ust. 1 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. Nr 111, poz. 535 ze zm.) dotyczy każdej osoby, która wykonuje czynności określone w tej ustawie, ustanawia on bezwzględny zakaz dowodowy, będąc przepisem szczególnym w stosunku do unormowania art. 180 k.p.k., a wobec tego takiej osoby nie można przesłuchać co do okoliczności przewidzianych w art. 52 ust. 1, nawet jeżeli wyrazi ona gotowość ujawnienia tego rodzaju tajemnicy zawodowej” (Postanowienie SN z 20.04.2005 r., I KZP 6/05, OSNKW 2005, nr 4, poz. 39).

⁴⁸³ Kto, mając wiarygodną wiadomość o karalnym przygotowaniu albo usiłowaniu lub dokonaniu czynu zabronionego określonego w art. 118, art. 118a, art. 120-124, art. 127, art. 128, art. 130, art. 134, art. 140, art. 148, art. 156, art. 163, art. 166, art. 189, art. 197 § 3 lub 4, art. 198, art. 200, art. 252 lub przestępstwa o charakterze terrorystycznym, nie zawiadamia niezwłocznie organu powołanego do ścigania przestępstw, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

⁴⁸⁴ M. Szewczyk, A. Wojtaszczyk, W. Zontek, Komentarz do art. 240, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część II. Komentarz do art. 212-277d*, Warszawa 2017, s. 373.

której przybyły na miejsce lekarz zarówno udziela pomocy osobom znajdującym się na miejscu zdarzenia, jak i stwierdza zgon, przeprowadzając przy tej okazji oględziny zwłok. Żadnych problemów interpretacyjnych nie następuje sytuacja, gdy w wyniku tej czynności lekarz podejrzewa, że zgon był wynikiem przestępstwa, a nikt z żyjących nie składa oświadczeń wskazujących na jego przestępczy związek ze śmiercią denata. Sytuacja komplikuje się, gdy lekarz poweźmie takie podejrzenia, a jednocześnie któraś z osób, którym udziela on pomocy, udzieli mu informacji wskazujących na jej związek ze zgonem. W takiej sytuacji należy uznać, że lekarz powinien przekazać odpowiednim organom wiadomość, że śmierć może być wynikiem przestępstwa, ograniczając się wyłącznie do przekazania swoich spostrzeżeń wynikających z przeprowadzonych oględzin, nie wspominając równocześnie o informacjach przekazanych mu przez osobę mającą związek ze śmiercią. Może wreszcie dojść do sytuacji, w której lekarz, w trakcie oględzin zwłok nie ujawni żadnych okoliczności wskazujących, że śmierć nastąpiła w wyniku przestępstwa, jednak osoba, której udzieli on pomocy, powie mu przy tym, że ma związek ze zgonem. Również ta sytuacja nie powinna rodzić większych trudności interpretacyjnych, bowiem lekarz nie powinien procesowo przekazać tej informacji organom ścigania, gdyż inaczej naruszyłby zakaz z art. 199 k.p.k.

Rozwiązanie to może jednak rodzić istotne wątpliwości etyczne. Nie sposób przyjąć, że prostym ich rozwiązaniem byłoby uzyskanie takich informacji od lekarza w drodze czynności operacyjno-rozpoznawczych. Gdyby inicjatywa uzyskania tych wiadomości wyszła od organów ścigania, to czynność taką również należałoby uznać za niedopuszczalną, zgodnie z uwagami Kmiecika o niemożności konwersji czynności procesowej, objętej zakazem dowodowym, w czynność operacyjno-rozpoznawczą. Gdyby zaś lekarz z własnej inicjatywy przekazał taką informację funkcjonariuszom organów ścigania, to wypełniłby znamiona czynu zabronionego z art. 240 § 1 k.k., co miałyby zresztą miejsce również w pierwszej z omawianych sytuacji.

Przykład ten uwidacznia istotne napięcie między omawianym zakazem dowodowym a ustawowym obowiązkiem denuncjacji. Kwestia ta nie jest również jednoznacznie uregulowana w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego. Ten akt prawny także nie ustanawia żadnych szczególnych wyjątków od opisanego obowiązku denuncjacji. W doktrynie wyrażono jednak pogląd, że co do lekarza psychiatry jest on wyłączony, a to z uwagi na zakaz dowodowy ustanowiony we wskazanej ustawie⁴⁸⁵. Nie

⁴⁸⁵ „W świetle art. 52 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 231, poz. 1375 z późn. zm.) istnieje bezwzględny zakaz przesłuchiwania jako świadka osób

wskazano jednak przekonujących racji za przedstawioną tezę, a za takie nie uważam samego tylko szerszego niż w kodeksie postępowania karnego zakazu dowodowego wyrażonego w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego. W związku z czym uważam, że nie tracą na aktualności argumenty sformułowane w odniesieniu do ustawy o zawodzie lekarza, a zatem również co do psychiatrów nie został wyłączony obowiązek denuncjacji.

7. Zakaz przesłuchania osoby, która odmówiła złożenia zeznań jako osoba najbliższa

7.1 Istota

Przepis ten ustanawia wyjątek od wynikającego z art. 177 k.p.k. obowiązku składania zeznań w postępowaniu karnym. Świadek musi się bowiem wywiązać z tej powinności, w przeciwnym razie mogą zostać na niego nałożone przewidziane kodeksem postępowania karnego kary porządkowe. Ustawodawca uznał jednak, że wobec niektórych osób obowiązek składania zeznań byłby zbyt dotkliwy, a to z racji relacji, w której pozostają one z podejrzanym. Aby nie stawiać ich w obliczu istotnego dylematu – narazić się na nałożenie kary porządkowej czy złożyć zeznania, a może zeznać nieprawdę, ale korzystną dla oskarżonego – zwolniono je z obowiązku składania zeznań. Przywilej ten może przysługiwać z mocy prawa, na podstawie art. 182 § 1 k.p.k.⁴⁸⁶, albo na podstawie decyzji organu procesowego, podjętej w przypadku spełnienia przesłanek z art. 185 k.p.k.⁴⁸⁷.

Analizując ten zakaz dowodowy, nie będę osobno omawiać kwestii dotyczących art. 183 § 1 k.p.k. Poczynione uwagi można bowiem odnieść wprost do tego przepisu, gdyż należy podzielić pogląd, że różnica między prawem do odmowy złożenia zeznań a prawem do odmowy odpowiedzi na pytanie ma charakter wyłącznie ilościowy, a nie

zobowiązanych do zachowania tajemnicy w zakresie, o jakim tam mowa. Tak więc w tym zakresie osoby objęte tajemnicą automatycznie nie podlegają obowiązkowi doniesienia z art. 240 § 1 k.k.” (M. Szewczyk, komentarz do art. 240, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k., wyd. IV*, red. A. Zoll, Warszawa 2013). Należy jednak zauważyć, że w kolejnym wydaniu tego Komentarza teza ta nie została powtórzona, a problem obowiązku denuncjacji przez lekarza psychiatrę pominięto milczeniem. Natomiast zacytowany pogląd został również wyrażony w pracy Z. Kwiatkowskiego, *Zakazy dowodowe...*, s. 184-185.

⁴⁸⁶ Art. 182 § 1 k.p.k. Osoba najbliższa dla oskarżonego może odmówić zeznań.

⁴⁸⁷ Art. 185 k.p.k. Można zwolnić od złożenia zeznania lub odpowiedzi na pytania osobę pozostającą z oskarżonym w szczególnie bliskim stosunku osobistym, jeżeli osoba taka wnosi o zwolnienie.

jakościowy, gdyż rodzaj uprawnienia jest (jakościowo) tożsamy⁴⁸⁸. Z kolei art. 182 § 3 k.p.k. stanowi przejaw realizacji zasady *nemo se ipsum accusare tenetur*, należy więc odnieść do niego uwagi sformułowane przy jej omawianiu.

Istnieje natomiast doniosły wyjątek od prawa do odmowy złożenia zeznań. Zgodnie z art. 8 ustawy z 25 czerwca 1997 roku o świadku koronnym⁴⁸⁹, uprawnienie to nie przysługuje świadkowi koronnemu. Uzasadnia się to korzyściami płynącymi dla świadka koronnego ze złożenia zeznań. W zamian za to nie ponosi on odpowiedzialności karnej za zarzucane mu przestępstwa. W związku z tym za usprawiedliwione uznaje się pozbawienie go uprawnień do zatajenia niektórych informacji. Wskazuje się nadto, że współpraca z organami ścigania nie przekreśla tego, że świadkiem koronnym jest osoba, która wcześniej popełniła przestępstwo⁴⁹⁰.

Na pierwszy rzut oka mogłoby się wydawać, że interes państwa w zwalczaniu przestępczości, zwłaszcza tej zorganizowanej, waży w tym wypadku więcej niż opisana wcześniej ochrona świadka przed konfliktem wewnętrznym, albo troska o relacje między najbliższymi osobami. O ile dylemat taki może występować w psychice świadka koronnego, o tyle nie sposób przyjąć istnienia takiego konfliktu na poziomie wartości strzeżonych przez określone normy prawne. Decyzja o podjęciu współpracy w charakterze świadka koronnego jest dla podejrzanego dobrowolna⁴⁹¹. Jeśli nie godzi się on na utratę prawa do nieobciążania najbliższych osób, to nie powinien ubiegać się o nadanie mu wspomnianego statusu. Choć na płaszczyźnie analizy dogmatycznej sytuacja świadka koronnego jest pod tym względem odmienna od „zwykłego” świadka, to nie dochodzi tu konfliktu wartości stojących za obowiązkami świadka koronnego, a zakazem dowodowym związanym z prawem do odmowy złożenia zeznań.

7.2 Uzasadnienie

⁴⁸⁸ P. K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 122. Wyprzedzając nieco dalsze rozważania, należy się bowiem zgodzić, że uprawnienie z art. 183 § 1 k.p.k. zapobiega z jednej strony stawianiu świadka w kłopotliwej sytuacji, gdy musiałby on złożyć fałszywe zeznania, aby chronić siebie lub osobę dla siebie najbliższą, z drugiej zaś zmniejsza ryzyko zeznawania nieprawdy – tak. R. A. Stefański, Uchylenie się świadka od odpowiedzi na pytanie (art. 183 § 1 k.p.k.), *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 3/2022, s. 79.

⁴⁸⁹ W stosunku do świadka koronnego nie stosuje się przepisów art. 182-185 Kodeksu postępowania karnego.

⁴⁹⁰ A. Baj, *Zakazy dowodowe...*, 117-118.

⁴⁹¹ Okoliczność tej nie powinno się nigdy pomijać przy analizowaniu przepisów dotyczących świadka koronnego. Ten podstawowy fakt decyduje według mnie o nietrafności poglądu, zgodnie z którym „świadek koronny staje się swoistego rodzaju zakładnikiem w toczącym się postępowaniu. Chcąc uwolnić się od grożącej mu odpowiedzialności za popełniony czyn, musi pogodzić się z utratą większości praw procesowych, jakie przysługiwałyby mu w razie wezwania w charakterze «normalnego» świadka” (P.K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 237).

Wartości uzasadniające obowiązywanie tego zakazu nie są jednorodne. Świadczy o tym choćby fragment uzasadnienia art. 108 kodeksu postępowania karnego z 1928 roku⁴⁹²: „Z jednej strony obowiązek mówienia prawdy, z drugiej chęć dawania zeznań na korzyść drogiej sercu osoby, stawiają wtedy świadka przed dylematem: zgubić syna, czy brata, albo skłamać? Doświadczenie uczy, że w tym przypadku świadek prawie zawsze skłamię. Żeby nie stwarzać tak drażliwej sytuacji, nie zmuszać uczciwych ludzi do wybierania między dwiema drogami, z których obie są złe, wszystkie nowsze ustawy zezwalają osobom bliskim na odmówienie zeznań”⁴⁹³.

Analiza tej wypowiedzi prowadzi do wniosku, że jej autorzy uzasadniali obowiązywanie omawianego tu zakazu dowodowego co najmniej dwojako. Z jednej strony wskazywano na generalnie niską wiarygodność zeznań osób blisko związanych z oskarżonym, zatem norma ta miała służyć eliminacji zeznań z góry uznawanych za mało wiarygodne. W takim ujęciu można by nieco paradoksalnie uznać ten zakaz dowodowy za spełniający postulat ustalenia w toku procesu prawdy obiektywnej⁴⁹⁴. Z drugiej zaś strony podkreślano, że zakaz ten ma zapobiegać wystąpieniu w psychice uczciwego świadka konfliktu między wewnętrznym zobowiązaniem do mówienia prawdy a troską o interesy osoby najbliższej. Dość intuicyjnie można przyjąć, że zakaz ten chroni świadka przed znalezieniem się w sytuacji, w której jego zachowanie będzie mogło zostać ocenione negatywnie albo z perspektywy jego własnej lub środowiskowej moralności, w sytuacji złożenia prawdziwych zeznań obciążających osobę najbliższą, albo z perspektywy systemu prawa, zakazującego nadto składania fałszywych zeznań pod groźbą sankcji karnej. Należy jednak dostrzec, że omawiany zakaz dowodowy chroni również system prawa przed uznaniem pewnych jego norm za niezgodne z powszechnie uznanymi w społeczeństwie regułami moralnymi. Sytuacja taka mogłaby co najmniej

⁴⁹² Norma wyrażona w projektowanym przepisie została ustanowiona w art. 104 tegoż kodeksu, przy czym ostatecznie poszerzono w nim, względem projektu, krąg osób uprawnionych do odmowy złożenia zeznań o: powinowatych w linii prostej, krewnych w linii bocznej do stopnia między dziećmi rodzeństwa oraz osoby związane z oskarżonym stosunkiem przysposobienia.

⁴⁹³ Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja Postępowania Karnego, *Projekt ustawy postępowania karnego przyjęty przez Komisję Kodyfikacyjną Rzp. Pol. w dniu 26 kwietnia 1926 z uzasadnieniem i tablicą porównawczą*, Warszawa-Lwów, 1926-1927, s. 196.

⁴⁹⁴ Łojewski podaje, że większość dawnych ustawodawstw i niektóre mu współczesne nakazywały eliminację zeznań pochodzących od osoby najbliższej jako *a priori* niewiarygodnych, co miało na celu ochronę prawdy obiektywnej, a jako przykłady podaje francuski *Code d'Instruction Criminelle* z 1808 r. i *Code de Procédure Pénale* z 1958 r. Łojewski słusznie zauważa, że takie rozwiązanie wywodzi się z legalnej teorii dowodowej i jest nie do pogodzenia z zasadą swobodnej oceny dowodów (K. Łojewski, *W obronie...*, s. 56). Zauważa ponadto, że już wspomniany wcześniej Beling jednoznacznie uznał prawo do odmowy złożenia zeznań za zakaz dowodowy, argumentując, że gdyby chodziło o kwestię oceny wiarygodności dowodu, to ustawodawca *ex lege* wykluczyłby możliwość przesłuchania osób uprawnionych do złożenia zeznań, a nie pozostawiał im swobody decyzji (K. Łojewski, *Instytucja odmowy...*, s. 76).

osłabić efektywność przestrzegania kwestionowanych w ten sposób norm prawnych przez ich adresatów⁴⁹⁵. Należy bowiem podzielić pogląd, że wtedy, gdy nie sposób podać uzasadnienia norm prawnych przekonującego dla ich adresata, to z jego punktu widzenia wyznaczony z ich pomocą porządek społeczny powinien zostać zastąpiony przez jakiś inny. Nie da się bowiem w takiej sytuacji efektywnie wymagać od jednostek podporządkowania się prawu obowiązującemu⁴⁹⁶.

W takim ujęciu istnienie ustawowo określonej więzi między świadkiem a oskarżonym miała charakter wyłącznie formalnej przesłanki skorzystania z prawa do odmowy złożenia zeznań. Ochronie podlegała więc nie tyle realna relacja między osobami najbliższymi, ale raczej jej typ idealny, który mógł wykazywać się co najwyżej statystyczną zgodnością z rzeczywistością. Skoro więc dyskusyjna była już sama rzeczywista ochrona określonych więzi międzyludzkich, to tym bardziej niepewna była troska o uniknięcie potencjalnego konfliktu obowiązków w psychice świadka. Jednakże ewolucja kodeksowej regulacji wskazuje, że ustawodawca położył większy nacisk na ochronę tych właśnie wartości. Temu bowiem służy poszerzenie kręgu osób uprawnionych do odmowy złożenia zeznań o osoby pozostające we wspólnym pożyciu. Wbrew zaprezentowanym argumentom o trudnościach związanych z weryfikacją tej okoliczności, ustawodawca zdecydował się nadać jej charakter przesłanki aktualizującej działanie tego zakazu dowodowego. Prawo do odmowy złożenia zeznań trwa mimo ustania małżeństwa⁴⁹⁷, zaś wygasa w przypadku zaprzestania wspólnego pożycia. Mimo położenia większego nacisku na ochronę świadka przed potencjalnym konfliktem powinności, zasadnie można twierdzić, że omawiany zakaz dowodowy w większym stopniu chroni określony idealny typ relacji międzyludzkich, bowiem ochrona ta nie zależy od trwania takiej relacji.

Nie zachodzi związek konieczny między prawem odmowy złożenia zeznań a zasadą domniemania niewinności. Z tej ostatniej rzecz jasna wynika wymóg udowodnienia winy oskarżonemu. Może jednak zdarzyć się sytuacja, gdy działający rzetelnie oskarżyciel zgromadzi materiał dowodowy, który – oceniany zgodnie z zasadami prawidłowego rozumowania oraz wskazaniem wiedzy i doświadczenia

⁴⁹⁵ K. Łojewski, *W obronie...*, s. 56.

⁴⁹⁶ M. Paździora, *Neutralizacja wartości a legitymizacja prawa w demokracji*, [w:] M. Dudek, M. Stępień (red.), *Aksjologiczny wymiar prawa*, Kraków 2015, s. 114.

⁴⁹⁷ Art. 165 § 2 k.p.k. z 14 VV 1969 r. (Dz.U. 1969.13.96), art. 182 § 2 k.p.k. W przepisach tych mowa jest również o ustaniu przysposobienia, jednak nie zajmuje się tą przesłanką z powodu braku unormowania przypadków ewentualnych relacji wyłącznie faktycznego przysposobienia (na potrzeby zaprezentowanej analizy za analogiczne do małżeństwa uznaję bowiem pozostawanie we wspólnym pożyciu).

życiowego – będzie wystarczający do wydania wyroku skazującego, przełamującego to domniemanie. A informacje korzystne dla oskarżonego, choćby uwiarygadniające jego alibi, może mieć wyłącznie ten jedyny świadek, który (z jakiś powodów) z pełną świadomością konsekwencji prawnych skorzysta z przysługującego mu prawa do odmowy złożenia zeznań⁴⁹⁸. Doprowadzenie przez takiego świadka do opisanej sytuacji procesowej nie jest rzecz jasna etycznie ani prawnie pożądane, nie wynika bowiem z założeń aksjologicznych prawa do odmowy złożenia zeznań.

7.3 Rodowód i ewolucja

W 1568 r. ukazało się dzieło *Tractatus di testibus probandis* autorstwa włoskiego prawnika Giovanniego Battisty Zilettiego. Zawarte w nim stwierdzenie: *Parentes et liberii invicem se nec volentes ad testimonium admittendi sunt*⁴⁹⁹ odzwierciedla przysługujące osobie najbliższej, również współcześnie, prawo odmowy złożenia zeznań⁵⁰⁰. Należy dokładniej zastanowić się, czy przez ustanowienie prawa odmowy złożenia zeznań prawodawca chroni również wartość, jaką jest relacja między osobami najbliższymi. Można bowiem twierdzić, że prawodawca decyduje się złagodzić obowiązek dociekania prawdy właśnie ze względu na tę relację, a nie wyeliminowanie potencjalnego konfliktu powinności w psychice świadka. W wyjaśnieniu tej wątpliwości pomocna jest prześledzenie historycznej ewolucji kręgu osób uprawnionych do odmowy złożenia zeznań.

I tak, kodeks postępowania karnego z 1928 roku zarówno w swym pierwotnym brzmieniu⁵⁰¹, jak i w wersji obowiązującej od 13 września 1950 r.⁵⁰², stanowił, że prawo odmowy złożenia zeznań przysługuje wyłącznie: małżonkowi oskarżonego, krewnym i powinowatym oskarżonego w linii prostej, a krewnym w linii bocznej aż do stopnia między dziećmi rodzeństwa, bratu i siostrze małżonka oskarżonego oraz osobom związana z oskarżonym z tytułu przysposobienia. Doniosła zmiana normatywna nastąpiła w kodeksie postępowania karnego z 1969 roku, w którym prawo to nadano osobie

⁴⁹⁸ Należy nadto zauważyć, że zachowanie takie nie jest objęte penalizacją na gruncie art. 236 § 1 k.k. (Kto zataja dowody niewinności osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa, w tym i przestępstwa skarbowego, wykroczenia, wykroczenia skarbowego lub przewinienia dyscyplinarnego, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2), bowiem nie można uznać za bezprawne zachowania polegającego na realizacji ustawowego uprawnienia do odmowy złożenia zeznań.

⁴⁹⁹ Rodzice i dzieci nie mogą być dopuszczeni do składania zeznań, nawet wtedy, gdy chcą.

⁵⁰⁰ K. Łojewski, *W obronie...*, s. 55.

⁵⁰¹ Art. 104 § 1 k.p.k. z 20 III 1928 r. (Dz.U. 1928.33.313).

⁵⁰² Art. 94 § 1 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym od 13 IX 1950 r. (Dz.U. 1950.40.364 t.j.).

najbliższej dla oskarżonego⁵⁰³, a pojęcie to należało rozumieć zgodnie z definicją ustanowioną w art. 120 ówczesnego kodeksu karnego⁵⁰⁴. Istotność tej zmiany polegała przede wszystkim na przyznaniu prawa do odmowy złożenia zeznań osobie pozostającej faktycznie we wspólnym pożyciu⁵⁰⁵. Dopiero w kodyfikacji z 1969 roku przyznano prowadzącemu postępowanie kompetencję do zwolnienia od złożenia zeznania lub odpowiedzi na pytanie osoby pozostającej z oskarżonym w szczególnie bliskim stosunku osobistym⁵⁰⁶.

Na gruncie regulacji obowiązującej w 1950 roku Łojewski wyraził zdecydowane stanowisko, twierdząc, że „przedmiotem (...) ochrony są nie jakiegokolwiek uczucia, konflikty, czy rozterki duchowe świadków, lecz związek rodzinny w takim zakresie, jaki w przepisie został sprecyzowany, a konkretnie – świadek legitymujący się istnieniem między osobą a oskarżonym lub podejrzanym takiego związku (...), ustawodawca dlatego otacza opieką związek rodzinny i jego członków, że w jego mniemaniu, opartym na obserwacji życia, kryje się za nim typowy model uczuć rodzinnych, tzw. uczuć pozytywnych, wyrażających się we wzajemnej miłości i przywiązaniu. Węzeł małżeństwa, pokrewieństwa, powinowactwa i przysposobienia jest jedynym ustawowym kryterium tych uczuć. Właściwy zatem w sensie prawnym jest nie rzeczywisty stan przeżyć duchowych świadka, ale stan, jaki ustawa w stosunku do niego zakłada, jakiego się po nim spodziewa”⁵⁰⁷. Zdaniem autora ustawodawca uświadamia sobie, że życie rodzinne może być dalekie od ideału. Co więcej, zdaje sobie również sprawę, że ludzie niepozostający w relacji rodzinnej lub małżeńskiej mogą być sobie znacznie bliżsi niż osoby połączone taką relacją. Dla Łojewskiego rozstrzygające jest jednak, że badanie realnych więzów emocjonalnych między oskarżonym a świadkiem uprawnionym do odmowy złożenia zeznań oznaczałoby uzależnienie dopuszczalności skorzystania z tego prawa od kryteriów trudnych do zweryfikowania w toku procesu. Przy czym w ogóle

⁵⁰³ Art. 165 § 1 k.p.k. z 14 V 1969 r. (Dz.U. 1969.13.96).

⁵⁰⁴ Art. 120 k.k. z 14 V 1969 r. (Dz.U. 1969.13.94): „Najbliższy jest to małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca faktycznie we wspólnym pożyciu”.

⁵⁰⁵ Rozwiązanie to zostało utrzymane w aktualnie obowiązujących kodeksie postępowania karnego (art. 182 § 1 k.p.k.) i kodeksie karnym (art. 115 § 11 k.k.). Dalsza ewolucja kręgu osób uprawnionych nastąpiła już w drodze uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z 25 II 2016 r., I KZP 20/15, w której stwierdzono, że „Odmienność płci osób pozostających w takiej relacji nie jest warunkiem uznania ich za pozostających we wspólnym pożyciu w rozumieniu art. 115 § 11 k.k.”.

⁵⁰⁶ Art. 167 k.p.k. z 1969 r.: „Można zwolnić od złożenia zeznania lub odpowiedzi na pytanie osobę pozostającą z oskarżonym w szczególnie bliskim stosunku osobistym, jeżeli osoba taka wnosi o zwolnienie”. W aktualnie obowiązującym kodeksie przepis ten powtórzono dosłownie w art. 185 k.p.k.

⁵⁰⁷ K. Łojewski, *W obronie...*, s. 61.

podjęcie próby zbadania więzów emocjonalnych mogłoby prowadzić do niepożądanego apriorycznej oceny wiarygodności zeznań świadka, opartej właśnie na charakterze jego rzeczywistej relacji z oskarżonym⁵⁰⁸.

7.4 Przykłady zastosowania

W orzeczeniach Sądu Najwyższego akcentuje się, że zwolnienie od obowiązku składania zeznań ustanowione zostało w interesie świadka, i to właśnie on powinien móc w jak największym stopniu nim dysponować, czyniąc to w możliwie swobodny sposób. Takie wnioski płyną z analizy orzeczeń dotyczących formy złożenia oświadczenia o skorzystaniu z prawa do odmowy złożenia zeznań, a także możliwości swobodnego dysponowania nim przez świadka małoletniego. W jednym z takich orzeczeń, w którym opowiedziano się za możliwością złożenia takiego oświadczenia na piśmie, wskazano że istota i „cel instytucji «prawa odmowy zeznań» (art. 182 k.p.k.), niewątpliwie pomyślanej w interesie świadka, który może z niej skorzystać zarówno w postępowaniu przygotowawczym, jak i w toku rozprawy, podejmując swobodną decyzję, z motywacji niepodlegającej ocenie organu uprawnionego do uzyskania zeznań. Jedyny interes wymiaru sprawiedliwości to pewność, że swobodną decyzję podjęła uprawniona do tego osoba. Forma tej decyzji nie ma żadnego znaczenia zarówno z punktu widzenia uprawnionego świadka, jak i organu państwa prowadzącego postępowanie karne. Z tego powodu nie było żadnego uzasadnienia dla ustawowego określenia szczególnej formy tej czynności, tak jak to uczyniono w art. 116 k.p.k. co do formy «wniosków i innych oświadczeń» stron⁵⁰⁹. Natomiast w innym orzeczeniu wyrażono pogląd następujący:

nie ma więc uzasadnienia dla podejmowania decyzji przez przedstawiciela ustawowego małoletniego świadka. Co więcej, w razie wyrażenia przez przedstawiciela ustawowego woli skorzystania przez małoletniego z prawa odmowy zeznań (w takiej jak w tej sprawie sytuacji), oczywiście konieczne byłoby zwrócenie się do sądu opiekuńczego z powołaniem się na art. 109 § 1 k.r.o., chyba że należy uznać, iż w wypadku, gdy oskarżonym jest jeden z przedstawicieli ustawowych, decyzja sądu opiekuńczego jest konieczna, wobec unormowania art. 98 § 1 pkt 2 *in principio* k.r.o. Tak samo byłoby w innych, możliwych do wyobrażenia, sytuacjach procesowych, gdy

⁵⁰⁸ *Ibidem*, s. 61-63.

⁵⁰⁹ Uchwała SN z 26.10.2006 r., I KZP 22/06, OSNKW 2006, nr 11, poz. 98.

przedstawiciel ustawowy podejmowałby, wbrew woli małoletniego, decyzję o odmowie zeznań. Mając właśnie to na względzie, ustawodawca zdecydował o takiej treści art. 182 § 1 k.p.k. Projektodawca obowiązującego kodeksu postępowania karnego miał świadomość wykładni dokonanej przez Sąd Najwyższy w 1985 r. i propozycji zgłaszanych w piśmiennictwie, dotyczących unormowań wprowadzających obowiązek przedstawiciela ustawowego uczestniczenia w przesłuchaniu małoletniego świadka i wypowiedzenia się co do korzystania albo niekorzystania z prawa odmowy zeznań. Żadne tego rodzaju unormowania w nowym kodeksie postępowania karnego nie zostały zamieszczone, a odpowiednie przepisy obu kodeksów (k.p.k. z 1969 r. i k.p.k. z 1997 r.) mają identyczne brzmienie. Co oczywiste, nie może stanowić żadnego argumentu to, że stosowanie art. 182 § 1 k.p.k. zgodnie z wykładnią przyjętą w uchwale z 1985 r. jest proste, choć w wypadku świadka – małego dziecka czy też świadka z zakłóceniami czynności psychicznych konieczne jest wyjątkowo staranne, także z udziałem np. uczestniczącego w czynności przesłuchania psychologa, wytłumaczenie takiemu świadkowi, na czym polega prawo odmowy zeznań i dlaczego przysługuje osobom najbliższym dla oskarżonego. Jest to jednak na pewno możliwe, co potwierdza praktyka, tyle tylko, że wymaga dużo większej staranności niż w wypadku innych świadków⁵¹⁰.

W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że sąd nie ma prawa ustalać przyczyn i motywów skorzystania przez uprawnionego z przysługującego mu prawa do odmowy złożenia zeznań⁵¹¹. Za nieprzekonujący należy uznać argument, że do organu procesowego należy zweryfikowanie, czy leżące u podstaw odmowy okoliczności wynikają z okoliczności sprawy, czy też znane są wyłącznie świadkowi. W związku z tym nie zasługuje na aprobatę stanowisko, że organ procesowy może wypytywać świadka, by ustalić, czy w danej sytuacji rzeczywiście przysługuje mu prawo do uchylenia się od udzielenia odpowiedzi⁵¹², nawet jeśli w zakres tego uprawnienia nie

⁵¹⁰ Uchwała SN z 19.02.2003 r., I KZP 48/02, OSNKW 2003, nr 3-4, poz. 23.

⁵¹¹ „Sąd nie jest uprawniony do ustalania i oceny przyczyn, motywów, pobudek odmowy zeznań przez osobę do takiej odmowy uprawnioną na podstawie art. 165 § 1 k.p.k., gdyż decyzja o składaniu lub odmowie zeznań należy wyłącznie do osoby, której prawo to przysługuje” (Wyrok SN z 20.01.1981 r., I KR 329/80, OSNKW 1981, nr 6, poz. 37).

⁵¹² Jak wskazałem, uwagi te należy również odnieść do uchylenia się od odpowiedzi na pytanie.

wchodziłoby przeprowadzanie czynności dowodowych na okoliczność odmowy i ewentualnie przedstawionych jej motywów⁵¹³.

Co istotne, na ewentualne naruszenie przepisów dotyczących pouczenia świadka o prawie do uchylenia się od odpowiedzi na pytania może się powołać wyłącznie świadek, który znalazł się przez to w niekorzystnej sytuacji procesowej. Podniesienie takiego zarzutu przez oskarżonego uznaje się natomiast za niezasadne⁵¹⁴. Wynika z tego, że orzecznictwo stoi na stanowisku, że przepis ten chroni wyłącznie interesy świadka znajdującego się w sytuacji wewnętrznego konfliktu interesów, a nie oskarżonego.

7.5 Charakterystyka

Omawiany zakaz dowodowy stanowi z pewnością przejaw humanitaryzmu w postępowaniu karnym. Jak wynika z jego analizy historycznej, normy zwalniające osoby najbliższe dla oskarżonego od obowiązku składania zeznań obowiązują od wieków w europejskim prawodawstwie. Mimo tak długiego rodowodu tego zakazu dowodowego nie sposób stwierdzić, by realizował on jakąś szczególną wartość konstytucyjną, inną niż godność człowieka, która jednak sama w sobie może być wskazana jako źródło większości, jeśli nie wszystkich, praw i wolności jednostki.

Omawianego zakazu dowodowego nie można także wprost wyprowadzić z wiążących Polskę aktów prawa międzynarodowego, co w żaden sposób nie umniejsza istotności opisywanej normy. Należy bowiem zwrócić uwagę, że akty prawne najwyższego rzędu koncentrują się raczej na gwarancjach przysługujących w procesie karnym oskarżonemu, jako osobie najbardziej narażonej na stosowanie środków represji prawnokarnej. W związku z tym mniej uwagi poświęca się pozycji świadków i przysługującym im gwarancjom, co jednak nie oznacza, że tego rodzaju normy nie mają istotnego znaczenia z perspektywy ochrony praw człowieka w postępowaniu karnym.

⁵¹³ R. A. Stefański, *Uchylenie się...*, s. 83. Należy za to podzielić wyrażone w tej publikacji twierdzenie, że co do opisywanych okoliczności „świadka nie można obciążać ciężarem dowodu”.

⁵¹⁴ Tak po raz pierwszy wypowiedziano się na gruncie poprzednio obowiązującego kodeksu, stwierdzając w wyroku SN z 6.04.1977 r., II KR 38/77, LEX nr 16983, że „[p]rzepisy art. 166 i 173 § 2 k.p.k. mają na celu ochronę interesów świadków, wobec czego tylko świadkowie, których sąd nie pouczył o przysługującym im prawie uchylenia się od odpowiedzi na pytania i którzy z uprawnienia tego ze szkodą dla siebie nie skorzystali, mogą się powoływać na naruszenie tych przepisów, oskarżony natomiast uprawnienia takiego nie ma (arg. z art. 374 § 3 k.p.k.)”. O aktualności tego stanowiska świadczy choćby postanowienie SN z 30.06.2021 r., IV KK 216/21, LEX nr 3294594, w którym wskazano, że „[p]odstawowe zadanie, jakie pełni w procesie karnym instytucja zawarta w art. 183 k.p.k., ma na celu ochronę interesów świadków. W związku z powyższym jedynie świadkowie, których na przykład sąd nie pouczył o przysługującym im prawie uchylenia się od odpowiedzi na pytania i którzy z prawa tego ze szkodą dla siebie nie skorzystali, mogą wskazywać naruszenie tego przepisu. Oskarżony natomiast nie ma takiego prawa”.

7.6 Krytyka

Wskazano już na przygodny charakter związku omawianego zakazu dowodowego z zasadą domniemania niewinności. W doktrynie wyrażono jednak również odmienny pogląd. Stwierdzono bowiem, że głównymi zasadami procesu karnego są dążenie do ustalenia prawdy obiektywnej i zasada domniemania niewinności. Wyjątki od jednej podstawowej zasady nie powinny być zaś interpretowane w sposób prowadzący do ustanawiania wyjątków od drugiej zasady. Zatem odstępstwa od dążenia do ustalenia prawdy obiektywnej nie powinny jednocześnie prowadzić do osłabienia domniemania niewinności, co oznacza, że odmowa złożenia zeznań powinna dotyczyć tylko ewentualnego dowodu obciążającego. W związku z tym skorzystanie przez świadka z prawa do odmowy złożenia zeznań w postępowaniu sądowym nie powinno skutkować zakazem odczytania złożonych wcześniej przez tego świadka zeznań korzystnych dla oskarżonego⁵¹⁵.

Łojewski przywołuje w tym kontekście orzeczenie niemieckiego SN, w którym stwierdzono: „Jeżeli przy odmowie zeznań świadek wskazuje sędziemu na motywy, które wykraczają poza podstawę uprawnienia, to motywy te nie mogą być zamieszczone w protokole; w żadnym zaś wypadku nie wolno sędziemu czynić z nich podstawy swych rozstrzygnięć”⁵¹⁶. Nawet gdyby świadek z podziwu zapewne godną szczerością, stwierdził, że odmawia złożenia zeznań by zrobić na złość oskarżonemu, to sędzia nie mógłby z tej tylko przyczyny uznać odmowy zeznawania za niedopuszczalną, co więcej, takie oświadczenie świadka nie mogłoby wpłynąć na ocenę wiarygodności innych dowodów choćby z tej przyczyny, że nie powinno w ogóle zostać zaprotokołowane. Łojewski przeciwstawia się temu stanowisku, podkreślając, że świadkowi przysługuje jedynie prawo do odmowy udzielenia odpowiedzi na pytanie o motywy swojej decyzji⁵¹⁷. Odwołując się zaś do celu regulacji, jakim jest uwolnienie świadka od wewnętrznego konfliktu między lojalnością wobec osoby najbliższej a posłuszeństwem prawu, autor ten stwierdza, że jeśli w konkretnym przypadku świadek nie przeżywa takich rozterek wewnętrznych, to nie przysługuje mu prawo do odmowy złożenia zeznań⁵¹⁸. Zbieżne

⁵¹⁵ J. Dankowski, Kilka uwag na temat wykładni art. 94 i 95 k.p.k., *Państwo i Prawo* 7/1963, s. 269-270. Niezależnie od oceny tego poglądu należy się zgodzić ze stwierdzeniem autora, że „nie do przyjęcia jest również założenie, że w k.p.k. istnieją takie przepisy, których wprawdzie nie wolno nie stosować, lecz których w imię korzystnej dla oskarżonego prawdy obiektywnej jednak niekiedy stosować nie należy, wobec czego wystarcza tylko upozorować ich stosowanie, a w rzeczywistości postąpić właśnie wbrew nim”.

⁵¹⁶ K. Łojewski, *W obronie...*, s. 63-64.

⁵¹⁷ *Ibidem*.

⁵¹⁸ K. Łojewski, *Instytucja odmowy...*, s. 68.

stanowisko zajmuje Sobolewski, zdecydowanie stwierdzając, że skorzystanie z prawa do odmowy złożenia zeznań w celu zaszkodzenia oskarżonemu jest nadużyciem udzielonego świadkowi przywileju, co powinno skutkować niemożnością skorzystania z przywołanego uprawnienia, a złożone przez niego zeznania nie powinny być objęte zakazem dowodowym⁵¹⁹.

Na gruncie omawianego zakazu pojawia się problem niewystępujący w większości innych zakazów; jak należy postąpić z legalnie pozyskanym materiałem dowodowym, który z czasem stał się objęty zakazem w związku z decyzją świadka o skorzystaniu z prawa do odmowy złożenia zeznań. Szczególnie interesująca jest sytuacja, gdy już w momencie pierwszego przesłuchania świadka był on uprawniony do odmowy złożenia zeznań, bowiem oznacza to, że doszło do zmiany decyzji świadka dotyczącej procesowego udzielenia informacji organom postępowania karnego⁵²⁰. Zgodnie z art. 186 § 1 k.p.k. osoba uprawniona do odmowy złożenia zeznań albo zwolniona na podstawie art. 185 k.p.k. może oświadczyć, że chce z tego prawa skorzystać, nie później jednak niż przed rozpoczęciem pierwszego zeznania w postępowaniu sądowym; poprzednio złożone zeznanie tej osoby nie może wówczas służyć za dowód ani być odtworzone. Wątpliwość dotyczy tego, jakie praktyczne konsekwencje pociąga za sobą opisana niemożność służenia za dowód. Już w początkach XX wieku w niemieckiej nauce procesu karnego pojawiła się rozbieżność stanowisk dotycząca tego problemu. Zgodnie z pierwszą z koncepcji analogiczny przepis ówczesnego kodeksu postępowania karnego należało interpretować w ten sposób, że nakazuje on eliminację poprzednio złożonych zeznań ze sfery sędziowskiego poznania rzeczywistości. Zwolennicy drugiego stanowiska uważali natomiast, że konsekwencją jest jedynie zakaz odczytywania zeznań złożonych przez świadka przed skorzystaniem z prawa do odmowy złożenia zeznań, a jego decyzja w żaden sposób nie rzutuje na ograniczenie sędziowskiego zakresu poznania

⁵¹⁹ Z. Sobolewski, *Wartość nielegalnie...*, s. 49. Tym samym autor tworzy konstrukcję nadużycia prawa procesowego, która aktualnie znajduje już odzwierciedlenie w procedurze cywilnej. 7 listopada 2019 roku weszła w życie nowelizacja kodeksu postępowania cywilnego, w wyniku której wprowadzono art. 4¹ k.p.c. stanowiący, że „[z] uprawnienia przewidzianego w przepisach postępowania stronom i uczestnikom postępowania nie wolno czynić użytku niezgodnego z celem, dla którego je ustanowiono (nadużycie prawa procesowego)”. Skoro więc ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie takiej normy do kodeksu postępowania karnego, to można przypuszczać, że nie dopuszcza korzystania z koncepcji nadużycia prawa procesowego na gruncie procesu karnego. Stwierdzenie to nie zamyka rzecz jasna dyskusji *de lege ferenda*.

⁵²⁰ Tym samym nie podzielam stanowiska Łojewskiego, że „[s]tosowność tego przepisu jako środka naprawy wcześniejszych błędów świadka, spotykana najczęściej w praktyce, jest z teoretycznego punktu widzenia zagadnieniem peryferyjnym, ilustrującym zaledwie cząstkę problematyki tego przepisu” (K. Łojewski, *W obronie...*, s. 66.). Uważam bowiem, że to właśnie na tle tego zagadnienia najlepiej uwidacznia się problem wagi wartości stojących za wprowadzeniem określonego zakazu dowodowego.

rzeczywistości. Sędzia bowiem może przeprowadzić inne dowody dla wykazania okoliczności, o których była mowa w zeznaniach wyeliminowanych w ten sposób z materiału dowodowego. Orzecznictwo niemieckiego Sądu Najwyższego opowiedziało się za drugim z tych stanowisk⁵²¹.

Oba zaprezentowane stanowiska budzą istotne wątpliwości. Pierwsze z nich wymaga od sędziego niemożliwego, konsekwentnego udawania, że nie wie tego, czego dowiedział się na podstawie zeznań świadka. Przyjęcie drugiego z nich skutkuje znacznie mniejszą efektywnością ochrony, jaką zakaz dowodowy powinien zapewnić wartościom, które legły u podstaw jego ustanowienia. Prawo odmowy złożenia zeznań powinno chronić więzi między osobami dla siebie najbliższymi, a nadto pozwolić uniknąć sytuacji, gdy spełnienie prawnego wymogu złożenia prawdziwych zeznań prowadzi do naruszenia normy moralnej nakazującej milczenie w określonej sytuacji. Skoro jednak sędzia ma możliwość zapoznania się ze złożonymi zeznaniami, to na ich podstawie może ustalić, jakimi innymi środkami dowodowymi wykazać wynikające z nich okoliczności, nawet gdy świadek w odpowiednim czasie skorzysta z prawa odmowy złożenia zeznań⁵²². Trudno zatem uznać, by w takiej sytuacji efektywnie chroniono deklarowane wartości. Ochrona ta może być zrealizowana wyłącznie w sytuacji, gdy wyeliminowane zeznania były jedynym środkiem dowodowym pozwalającym realnie wykazać opisane w nich okoliczności⁵²³.

Bezkompromisowe rozwiązanie tego problemu zaproponował Juliusz Dankowski, formułując postulat niewprowadzania do projektowanego wówczas nowego kodeksu postępowania karnego odpowiednika ówczesnego art. 95 k.p.k.⁵²⁴. Autor ten uznał bowiem, że żaden zakaz dowodowy nie zmieni tego, że sędziowie są świadomi treści objętych tym przepisem zeznań, które zostały przecież zaprotokołowane w

⁵²¹ *Ibidem*, s. 58-59.

⁵²² *Ibidem*, s. 58-60.

⁵²³ Nie przekonuje przy tym zaprezentowany przez Łojewskiego argument, jakoby istotnym przejawem wiarygodności danego dowodu była możliwość jego zweryfikowania za pomocą innych środków dowodowych. Zgodnie z tym stanowiskiem eliminacja z materiału dowodowego zeznań, których treści nie sposób wykazać za pomocą innych dowodów, miałaby wspierać ustalenie prawdy obiektywnej. Taki tok myślenia rodzi skojarzenia z zarzuconą legalną teorią dowodową. Zasada swobodnej oceny dowodów służy wszak również temu, by do wydania określonego orzeczenia wystarczający był jeden jedyny dowód, jeśli tylko organ procesowy uzna go za dostatecznie wiarygodny. Co więcej, to właśnie w sprawach, w których istnienia pewnych okoliczności nie sposób wykazać za pomocą innych dowodów niż zeznania konkretnego świadka, to właśnie ich eliminacja z materiału dowodowego może uniemożliwić poznanie w toku postępowania prawdy obiektywnej.

⁵²⁴ Art. 95 ówczesnego k.p.k.: „Jeżeli osoba, wymieniona w art. 94 [uprawniona do odmowy złożenia zeznań – *dop. J.K.*], złożyła zeznanie, a następnie przed złożeniem zeznania na przewodzie sądowym pierwszej instancji oświadczy, że chce z prawa odmowy skorzystać, poprzednie jej zeznanie nie może służyć za dowód i nie może być odczytane ani odtworzone”.

postępowaniu przygotowawczym, bowiem „mechanizm funkcjonowania mózgu jest niezależny od woli ustawodawcy”⁵²⁵. Co prawda można sędziemu narzucić określone rygory poznania rzeczywistości, jednak wynik tak przeprowadzonego rozumowania nie będzie odzwierciedleniem obiektywnego stanu świadomości tej osoby. Stwierdzono więc, że dostateczną ochronę osób najbliższych dla oskarżonego stanowi sama tylko możliwość odmowy złożenia zeznań, a zakaz ich odczytania, w razie nieskorzystania z tego prawa, skutkuje tym, że „ograniczenie podstawowej zasady procesowej dążenia do wykrycia prawdy obiektywnej względami – w gruncie rzeczy – wyłącznie kurtuazji wydaje (...) się niedostatecznie uzasadnione”⁵²⁶.

W jednym przypadku polska procedura karna przewiduje zniszczenie dowodów, których wykorzystanie objęte jest zakazem. Zgodnie z art. 6 wspomnianej już ustawy o świadku koronnym⁵²⁷, w przypadku niewystąpienia przez prokuratora z wnioskiem o nadanie podejrzanemu statusu świadka koronnego należy zniszczyć protokoły jego wyjaśnień dotyczących okoliczności popełnienia przestępstw lub działania innych sprawców. Wskazuje się, że norma ta ma chronić niedoszłego świadka koronnego przed zemstą współtowarzyszy. Skoro nie da się zagwarantować podejrzanemu, starającemu się o status świadka koronnego, uzyskania tej roli procesowej, to wskazane rozwiązanie w pewnym stopniu ogranicza ryzyko ujawnienia jego tożsamości⁵²⁸.

Znane jest więc polskiemu ustawodawstwu zniszczenie dowodów objętych zakazem dowodowym. Rozwiązanie to zarezerwowano jednak wyłącznie dla sytuacji, w której dalsze istnienie dowodów mogłoby zagrażać życiu niedoszłego świadka koronnego. Należy jednak zwrócić uwagę, że pośrednio chronione jest również zaufanie do organu państwa, będące podstawą nawiązania przez podejrzanych ewentualnej współpracy w ramach instytucji świadka koronnego. Gdyby państwo nie gwarantowało takim osobom bezpieczeństwa, nie ryzykowałiby oni ujawnienia informacji istotnych dla

⁵²⁵ J. Dankowski, *Kilka uwag...*, s. 276.

⁵²⁶ *Ibidem*. Przy tym autor ten wskazywał, bez żadnego komentarza, że ustawodawstwo Rosyjskiej Federacyjnej Socjalistycznej Republiki Radzieckiej w ogóle nie przyznawało żadnemu świadkowi prawa do odmowy złożenia zeznań. Należy jednak zauważyć, że mimo tej uwagi zaakceptowanie opisanego poglądu bynajmniej nie musiałoby oznaczać aprobaty dla przywołanych regulacji sowieckich.

⁵²⁷ Art. 6. Jeżeli prokurator wydał postanowienie, o którym mowa w art. 5a, albo sąd wydał postanowienie o odmowie dopuszczenia dowodu z zeznań świadka koronnego, wyjaśnienia podejrzanego, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 oraz art. 5 ust. 3, nie mogą stanowić dowodu; w takim wypadku czynności przeprowadzone na zasadach i w trybie określonych niniejszą ustawą uznaje się za niebyłe, a zniszczeniu podlegają następujące dokumenty: 1) postanowienia o przedstawieniu zarzutów wydane w oparciu o wyjaśnienia, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1; 2) protokoły zawierające wyjaśnienia i oświadczenia podejrzanego, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i art. 5 ust. 3; 3) wnioski prokuratora, sporządzone na podstawie art. 5 ust. 1.

⁵²⁸ A. Baj, *Zakazy dowodowe...*, s. 115.

wymiaru sprawiedliwości. Nie negując trafności tego rozwiązania, należy się zastanowić, dlaczego rozwiązania tego nie przyjęto w przypadku protokołów wcześniejszych zeznań świadków korzystających z prawa do odmowy ich złożenia⁵²⁹. Rzecz jasna w grę wchodzi tutaj wartości mniej doniosłe niż ochrona życia. Trudno jednak uzasadnić, dlaczego ta różnica znajduje odzwierciedlenie akurat w efektywności realizacji celu, jakim w obu przypadkach powinno być wyeliminowanie dowodu z procesu karnego. W pełni zrozumiałaby byłaby sytuacja, w której mniejszy ciężar gatunkowy wartości strzeżonych przez prawo do odmowy złożenia zeznań przekłada się na mniejszy stopień ochrony, np. przez przyznanie wyłącznie prawa do odmowy złożenia zeznań, ale już nie do zakazu odczytania zeznań wcześniej złożonych. Negatywnie należy natomiast ocenić sytuację, w której deklarowany poziom ochrony wynikający z zakazu dowodowego jest ten sam, a do jego nieuzasadnionego różnicowania dochodzi na płaszczyźnie jego stosowania.

8. Zakaz przesłuchania osoby zobowiązanej do zachowania tajemnicy państwowej albo związanej z wykonywaną funkcją lub zawodem

8.1 Istota

Zakaz dotyczący składania zeznań co do okoliczności objętych tajemnicą państwową ma na celu chronienie interesów publicznych, których istotność została potwierdzona nadaniem im charakteru tajemnicy prawnie chronionej. Słusznie twierdzi się, że ustanowiony w art. 179 k.p.k. tryb zwolnienia z tajemnicy państwowej dotyczy wyłącznie świadka, a zatem oskarżony, realizując swoje prawo do obrony⁵³⁰, może w toku postępowania ujawnić tajemnicę państwową bez uzyskania zezwolenia odpowiedniego organu⁵³¹.

⁵²⁹ W austriackiej procedurze karnej usunięciu podlega dokument protokołu przesłuchania świadka w sytuacji, gdy jego zeznania zostały uzyskane z naruszeniem przepisów dotyczących przeprowadzania dowodów, np. z racji niepouczenia świadka o przysługującym mu prawie do odmowy złożenia zeznań. Tak Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 114.

⁵³⁰ Wypada przy tym odnotować rozbieżność poglądów co do bezkarności ujawnienia w ten sposób tajemnicy prawnie chronionej. Sformułowano bowiem zarówno twierdzenie, że wynika to bezpośrednio z prawa do obrony, jak również, że niekaralność takiego zachowania wynika z powołania się na stan wyższej konieczności (J. J. Mrozek, *Tajemnica zawodowa dziennikarza i jej ochrona w polskim systemie prawnym*, *Studia Elckie* 11/2009, s. 186-187).

⁵³¹ M. Leciak, *Tajemnica państwowa w zeznaniach świadka w polskim ustawodawstwie*, Toruń 2007, s. 69-74. Wskazano przy tym, że na takim stanowisku stanął Sąd Okręgowy w Warszawie, rozpoznając sprawę tzw. afery FOZZ.

Istotę ochrony tajemnic zawodowej i służbowej upatruje się w dążeniu do jej zachowania przez osobę powierzającą określone informacje przedstawicielowi konkretnej profesji. Człowiek taki decyduje się bowiem powierzyć sekretne z jakiegoś powodu informacje, aby chronić inne istotne dla niego dobro, wynikające choćby z potrzeby dbania o swoje zdrowie, interes majątkowy czy osobisty. Co szczególnie istotne z perspektywy tej pracy, wyrażać się on może również w chęci uniknięcia odpowiedzialności karnej⁵³². Tym samym wyjawienie przez osobę zainteresowaną dotyczącego jej sekretu może być traktowane jako rezultat rozstrzygnięcia kolizji interesów, spośród których wszystkie zasługują na pewną ochronę prawną⁵³³.

Tajemnica dziennikarska cechuje się pewną istotną odmiennością względem innych tajemnic zawodowych. O ile w ich przypadku ochrona zaufania służy niewyjawianiu przekazywanych informacji, co ma zapewnić ich prawdziwość, o tyle tajemnica dziennikarska ma na celu rozpowszechnienie uzyskanych informacji, rękojmnią rzetelności których jest właśnie niewyjawianie ich źródła⁵³⁴.

Tajemnica dziennikarska chroniona jest z różną intensywnością, zależną od tego, jakiego rodzaju informacje są nią objęte. Z pewnością najdalej idąca ochrona, wynikająca z art. 180 § 3 k.p.k.⁵³⁵, dotyczy danych umożliwiających identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o podobnym charakterze, jak również identyfikację osób udzielających informacji opublikowanych lub przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnianie powyższych danych. W orzecznictwie ETPC podkreśla się, że ochrona dziennikarskich źródeł informacji uznawana jest za podstawowy warunek wolności prasy, zaś bez jej zagwarantowania nie jest możliwa efektywna realizacja społecznie doniosłej funkcji kontrolnej prasy. Tym samym ochrona źródeł dziennikarza urasta do rangi „zwornika” wolności prasy⁵³⁶. Należy w tym miejscu zwrócić szczególną uwagę na przywołany już art. 180 § 3 k.p.k.

⁵³² Dla prowadzonej analizy nieistotne jest, czy osoba ta rzeczywiście popełniła przestępstwo, którego popełnienia może zostać uznana winną.

⁵³³ K. Łojewski, *Instytucja odmowy...*, s. 157-158. Bazując na tym spostrzeżeniu, autor ten sformułował następującą analogię: „porównując tajemnicę prywatną do rzeczy, w stosunku do której osobie zainteresowanej przysługuje prawo własności, można zaryzykować dalszą tezę, że wyjawienie tej tajemnicy przedstawicielowi danego zawodu jest *sui generis* umową o przechowanie i że warunki tej umowy wynikają z przepisów o tajemnicy zawodowej”.

⁵³⁴ Z. Gostyński, *Tajemnica dziennikarska a obowiązek składania zeznań w procesie karnym*, Warszawa 1997, s. 27.

⁵³⁵ Art. 180 § 3 k.p.k. Zwolnienie dziennikarza od obowiązku zachowania tajemnicy nie może dotyczyć danych umożliwiających identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o tym charakterze, jak również identyfikację osób udzielających informacji opublikowanych lub przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnianie powyższych danych

⁵³⁶ Z. Brodzisz, *Zakazy dowodowe...*, s. 139-140.

in fine. Wynika z niego, że warunkiem bezwzględności ustanowionego zakazu dowodowego jest zastrzeżenie nieujawniania swoich danych przez autora lub informatora. W Niemczech natomiast dziennikarz nie może zostać zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy dziennikarskiej nie tylko przez organ procesowy, ale też przez autora materiału prasowego lub informatora⁵³⁷.

Art. 180 § 4 k.p.k.⁵³⁸ ustanawia bardzo istotny wyjątek od zasady bezwzględnej ochrony autorów prasowych lub ich informatorów. Zakaz ten nie dotyczy bowiem sytuacji, gdy dziennikarz ma informację o usiłowaniu albo karalnym przygotowaniu wybranych przestępstw. Jest to rozwiązanie spójne z wprowadzonym co do nich obowiązkiem denuncjacji. Należy jednak zauważyć, że wyjątek ten nie występuje w przypadku innych zakazów dowodowych np. zakazie przesłuchania obrońcy albo duchownego. Najwyraźniej ustawodawca uznał, że spośród tego rodzaju tajemnic to właśnie dziennikarska jest najmniej doniosła, skoro można ją ograniczyć w imię bezpieczeństwa innych ludzi.

Art. 180 § 2 k.p.k. ustanawia zakaz dowodowy w odniesieniu do tajemnicy dziennikarskiej w zakresie różnym od dotychczas omówionego. Przepis ten wprowadza klauzulę proporcjonalności i subsydiarności dotyczącą możliwości zwolnienia z zachowania tajemnicy zawodowej lub służbowej. Zgodnie z tym przepisem może do tego dojść „tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu”.

Zwraca się także uwagę na rozbieżność pojęciową między § 1 i § 2 przywołanego artykułu. W tym pierwszym przepisie posłużono się sformułowaniem „dla dobra wymiaru sprawiedliwości zwolni te osoby od obowiązku zachowania tajemnicy”, zaś w drugim „mogą być przesłuchiwane co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości”. Podnosi się, że to drugie z zacytowanych sformułowań powinno być uznane za bardziej adekwatne. Odwołując się nadto do tajemnicy adwokackiej, wyróżnia się jej dwa aspekty. Wewnętrzny, wyznaczony przepisami ustrojowymi adwokatury i jej regułami deontycznymi, ma charakter bezwzględny. Natomiast aspekt zewnętrzny, przejawiający się w przede wszystkim w stosunkach z organami państwa, ma charakter względny, bowiem w tym zakresie tajemnica adwokacka może doznawać ograniczeń określonych w odpowiednich

⁵³⁷ *Ibidem*, s. 141.

⁵³⁸ Art. 180 § 4 k.p.k. Przepisu § 3 nie stosuje się, jeżeli informacja dotyczy przestępstwa, o którym mowa w art. 240 § 1 Kodeksu karnego.

przepisach. Jednocześnie nie rzutują one na aspekt wewnętrzny, bowiem nie mogą na niego wpływać decyzje organów państwowych, zewnętrznych wobec adwokatury. Z tego właśnie powodu postuluje się używania formuły z art. 180 § 2 k.p.k. – wyrażeniem zgody na przesłuchanie co do faktów objętych tajemnicą – nie zaś z § 1 tego przepisu, z racji braku kompetencji do zwolnienia z tajemnicy, o czym decyduje jej aspekt wewnętrzny⁵³⁹.

Tajemnice szczególnych rodzajów wiążą się z działalnością dyplomatów. W związku z tym przysługują im odpowiednie immunitety dyplomatyczne. Ich obowiązywanie uzasadnia się przez odwołanie do trzech rodzajów teorii: funkcji reprezentacji, eksterytorialności i swobody funkcji. Pierwsza z nich powstała w okresie absolutyzmu, gdy posła uważano wprost za reprezentanta władcy, dlatego godzenie w jego dobra oznaczało atak na władcę. W tych czasach uznawano, że osoba ta uosabia całe państwo, a jednocześnie aprobowano obowiązywanie normy wywodzonej z paremii *par in parem non habet imperium (iurisdictionem)*. Skoro więc równy nie mógł sądzić równego sobie, to władza państwa przyjmującego nie miała jurysdykcji nad wysłannikiem drugiego władcy, uosabiającego wszak jego samego, a zatem całe państwo. Teoria eksterytorialności odwołuje się natomiast do opracowanej w XVI w. przez Hugona Grocjusza fikcji prawnej, że przedstawicielstwa dyplomatyczne nie znajdują się na terytorium państwa przyjmującego, ale w eksterytorialnej eksklawie. Historycznie rozwój tej doktryny skutkowałam powstaniem w niektórych stolicach, np. Rzymie, Madrycie, czy Pekinie, nietykalnych dzielnic, gdzie obowiązywało prawo państwa wysyłającego zamieszkujących tam dyplomatów. Natomiast nowsza teoria swobody funkcji odwołuje się do konieczności zapewnienia w państwie przyjmującym takich warunków, które pozwolą dyplomatom na skuteczne wypełnianie ich misji⁵⁴⁰.

Art. 581 § 1 k.p.k.⁵⁴¹ stanowi odzwierciedlenie w krajowym porządku prawnym norm wywodzących się z międzynarodowych konwencji dyplomatycznych, a

⁵³⁹ P. Karlik, Tajemnica adwokacka w postępowaniu przed sejmowymi komisjami śledczymi, *Palestra* 7-8/2019, s. 238. Uważam, że analogiczną argumentacją można przywołać w odniesieniu do pozostałych tajemnic zawodowych lub służbowych.

⁵⁴⁰ D. Czeszkiewicz, *Immunitety międzynarodowe przed polskimi sądami karnymi*, Białystok 2019, s. 14-17. Na marginesie należy odnotować, że w starożytnym Rzymie posłów uważano za świętych i nietykalnych, co było przyczyną sformułowania maksymy *ne impediatur legato* (nie przeszkadzać w posłowaniu).

⁵⁴¹ Art. 581 § 1 k.p.k. Osoby wymienione w art. 578 [Nie podlegają orzecznictwu polskich sądów karnych: 1) uwierzytelnieni w Rzeczypospolitej Polskiej szefowie przedstawicielstw dyplomatycznych państw obcych; 2) osoby należące do personelu dyplomatycznego tych przedstawicielstw; 3) osoby należące do personelu administracyjnego i technicznego tych przedstawicielstw; 4) członkowie rodzin osób wymienionych w pkt 1-3, jeżeli pozostają z nimi we wspólnocie domowej; 5) inne osoby korzystające z immunitetów dyplomatycznych na podstawie ustaw, umów lub powszechnie uznanych zwyczajów międzynarodowych – *dop. J.K.*] nie są obowiązane do składania zeznań w charakterze świadka lub do

dotyczących przedstawicieli dyplomatycznych. Zgodnie bowiem z art. 31 ust. 2 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych z 18 kwietnia 1961 roku (Dz.U.1965.37.232) nie są oni zobowiązani do składania zeznań w charakterze świadka.

Natomiast do członków personelu konsularnego odnosi się art. 582 § k.p.k.⁵⁴². Ten z kolei przepis wprowadza wprost do polskiego porządku prawnego normę z art. 44 ust. 1 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych z 24 kwietnia 1963 roku (Dz.U.1982.13.98) stanowiącego, że „członkowie urzędu konsularnego mogą być wzywani w charakterze świadków w toku postępowania sądowego lub administracyjnego. Pracownicy konsularni oraz członkowie personelu służby nie powinni odmawiać składania zeznań, z wyjątkiem przypadków wymienionych w ustępie 3 niniejszego artykułu [Członkowie urzędu konsularnego nie są obowiązani do składania zeznań co do faktów związanych z wykonywaniem ich funkcji ani do przedstawiania urzędowej korespondencji i dokumentów odnoszących się do ich funkcji. Mają oni również prawo odmowy zeznań w charakterze ekspertów w zakresie prawa państwa wysyłającego – *dop. J.K.*]. Jeżeli urzędnik konsularny odmawia złożenia zeznań, nie można stosować wobec niego żadnego środka przymusu ani sankcji”.

Trzeba podkreślić, że w kodeksie postępowania karnego z 1928 roku w żadnym momencie jego obowiązywania nie znalazł się odpowiednik przywołanych przepisów dotyczących ustanowienia wyjątków od obowiązku składania zeznań w stosunku do przedstawicieli dyplomatycznych i personelu konsularnego. W kodeksie tym odpowiednie przepisy odnosiły się jedynie do kwestii ich niepodlegania orzecznictwu sądów polskich i zakazu przeprowadzania rewizji bez zgody przedstawiciela dyplomatycznego. Normy odpowiadające treściowo tym wysłowionym w obecnie obowiązujących przepisach ustanowiono dopiero w art. 515 § 1⁵⁴³ i art. 516 § 1⁵⁴⁴

występowania w charakterze biegłego lub tłumacza; można jednak zwrócić się o wyrażenie przez te osoby zgody na złożenie zeznań albo na wystąpienie w charakterze biegłego lub tłumacza.

⁵⁴²Art. 582 § 2 k.p.k. Do osób wymienionych w art. 579 [Art. 579 § 1 k.p.k. Nie podlegają orzecznictwu polskich sądów karnych w zakresie czynności pełnionych podczas i w związku z wykonywaniem ich funkcji urzędowych, a na zasadzie wzajemności w pozostałym zakresie: 1) kierownicy urzędów konsularnych i inni urzędnicy konsularni państw obcych; 2) osoby zrównane z nimi na podstawie umów lub powszechnie uznanych zwyczajów międzynarodowych – *dop. J.K.*] stosuje się odpowiednio art. 581, jeżeli okoliczności, których zeznania lub opinie mają dotyczyć, związane są z wykonywaniem przez te osoby funkcji urzędowych lub służbowych, a na zasadzie wzajemności także w zakresie innych okoliczności.

⁵⁴³Art. 515 § 1 k.p.k. z 1969 r.: „Osoby wymienione w art. 512 nie są obowiązane do składania zeznań w charakterze świadka lub do występowania w charakterze biegłych; można jednak zwrócić się o wyrażenie przez te osoby zgody na złożenie zeznań lub na wystąpienie w charakterze biegłych”. Przy tym art. 512 ówczesnego kodeksu ma treść analogiczną do dzisiejszego art. 578 k.p.k.

⁵⁴⁴Art. 516 § 1 k.p.k. z 1969 r.: „Do osób wymienionych w art. 513 stosuje się odpowiednio art. 515, jeżeli okoliczności, których zeznania lub opinie mają dotyczyć, związane są z wykonywaniem przez te osoby

kodeksu z 1969 roku, a więc już po przyjęciu przywołanych konwencji wiedeńskich. Wyraźnie doszło więc do dostosowania ustawodawstwa krajowego do norm prawa międzynarodowego.

8.2 Uzasadnienie

Ochronę tajemnicy zawodowej można uzasadniać przez pryzmat różnych koncepcji. Zgodnie z teorią kontraktową obowiązek zachowania tajemnicy wynika z istoty stosunku zobowiązaniowego łączącego przedstawiciela danego zawodu i jego klienta. Natomiast teoria porządku publicznego uzasadnia nakaz respektowania tajemnicy zawodowej zarówno interesem publicznym, jak i prywatnym, jednak w razie konfliktu między nimi prymat należy przyznać temu pierwszemu. Obie te koncepcje, wywodzące się z francuskiej nauki prawa, kładły nacisk na społeczne uwarunkowanie obowiązku zachowania tajemnicy, w szczególności na interes publiczny i interes danego zawodu.

Do drugiej grupy należą teorie wywodzące się z doktryny niemieckiej, zorientowane przede wszystkim na ochronę prywatności jednostki. Zgodnie z teorią woli obowiązek zachowania dyskrecji co do określonej informacji wynika z woli osoby, której ona dotyczy, a więc prymat przyznaje się czynnikowi subiektywnemu. Natomiast na gruncie teorii interesu akcentuje się, że obowiązek dochowania tajemnicy wynika z ochrony prawnie chronionego interesu, który rozumiany jest w sposób obiektywny, a więc niezależny od uczuć i poglądów osoby zainteresowanej zachowaniem pewnych wiadomości w sekrecie. Połączenie tych teorii stanowi teoria mieszana, uzasadniającej obowiązek zachowania tajemnicy dwoma czynnikami występującymi łącznie: wolą osoby zainteresowanej i istnieniem prawnie chronionego interesu⁵⁴⁵.

Sformułowano także koncepcję, zgodnie z którą charakter i zakres tajemnicy zawodowej wynika ze roli społecznej danego zawodu, wynikającej z zadań i celów konkretnej profesji. Wynika z tego wniosek, że inaczej powinna zostać rozstrzygnięta kolidująca wartości w przypadku adwokata, dla którego kluczowa jest dyskrecja zawodowa, a inaczej kuratora, którego zawód wiąże się z interesem wymiaru sprawiedliwości. Kluczowe znaczenie dla wyznaczenia zakresu tajemnicy w przypadku danego zawodu mają dotyczące go przepisy, zaś przywołane kryteria powinny mieć znaczenie głównie

funkcji urzędowych lub służbowych”. Przy tym art. 512 ówczesnego kodeksu miał treść analogiczną do dzisiejszego art. 579 k.p.k.

⁵⁴⁵ M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Warszawa 2007, s. 25-26, 31.

pomocnicze, których istotność znacząco zwiększa się w sytuacji braku odpowiednich regulacji prawnych⁵⁴⁶.

Wskazuje się także, że nie należy nadmiernie akcentować roli, jaką omawiany zakaz dowodowy ma pełnić w budowaniu autorytetu społecznego danego zawodu. Gdyby był to główny argument przemawiający za obowiązywanie tej normy, to konsekwentnie należałoby twierdzić, że przedstawiciel danego zawodu jest związany tajemnicą również wtedy, gdy zostanie wszczęte przeciwko niemu postępowanie z inicjatywy jego klienta, a zatem również broniąc swoich prawnych interesów nie może ujawnić informacji objętych tajemnicą zawodową, bo może to nadwyrężyć autorytet danego zawodu. Głównym uzasadnieniem zakazu dowodowego z art. 180 k.p.k. jest natomiast ochrona interesu jednostki, która może swobodnie decydować o ujawnieniu informacji objętych tajemnicą zawodową. Przeciwny wniosek byłby bowiem trudny do pogodzenia z zasadą subsydiarności, zgodnie z którą zbiorowość może podejmować decyzję o sprawach jednostki tylko wtedy, gdy samo jej działanie jest niewystarczające do realizacji danego celu. Celu, za który uznaje się ochronę informacji dotyczących jednostki i jej swobody komunikowania się. Natomiast podejście paternalistyczne, odbierające człowiekowi prawo do decydowania o ujawniania dotyczących go informacji, należy raczej uznać za osłabiające autorytet danego zawodu⁵⁴⁷. Z kolei w amerykańskiej nauce prawa, w której sformułowano koncepcję przywileju adwokackiego (*attorney-client privilege*⁵⁴⁸), uznaje się, że klient ma prawo powołać się na jego treść, natomiast adwokat jest do tego zobowiązany. Powinien on również pouczyć klienta, że ma prawo powołać się na ten przywilej, bowiem może on nie wiedzieć dokładnie, jakie konkretnie informacje objęte są jego zakresem⁵⁴⁹.

W niemieckiej nauce prawa uzasadnienie omawianego zakazu dowodowego, w odniesieniu do tajemnicy dziennikarskiej, zostało wyrażone w orzeczeniu Federalnego

⁵⁴⁶ B. Kunicka-Michalska, *Ochrona tajemnicy...*, s. 36-37.

⁵⁴⁷ M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa...*, s. 39-40. Autor ten zasadnie przywołuje trafne spostrzeżenie Łojewskiego, że wola jednostki „jest uwarunkowana interesem indywidualnym danej osoby i że bez tego interesu – niekiedy nawet dziwnego i niezrozumiałego – nie ma również i woli w utrzymaniu wiadomości w tajemnicy (...). Ustawa nie chce zwłaszcza znać lepiej od osoby zainteresowanej motywów osłonięcia pewnych wiadomości tajemnicą. Życie dostarcza przykładów, że motywy obiektywnie śmieszne mogą wypływać z realnego i doniosłego interesu” (K. Łojewski, *Instytucja odmowy...*, s. 159).

⁵⁴⁸ Rozumienie tego pojęcia jest różne w poszczególnych Stanach, dlatego zaproponowano posługiwanie się jego uogólnionym opisem sformułowanym przez J.H. Wigimora, zgodnie z którym klient, szukający jakiegoś rodzaju pomocy prawnej prawnika, przekazał mu informacje związane ze sprawą w tajemnicy, może żądać ich stałej ochrony przed ujawnieniem, chyba że zrzeknie się tego przywileju. Tak M. Jurzyk, *Tajemnica zawodowa...*, s. 164.

⁵⁴⁹ *Ibidem*.

Trybunału Konstytucyjnego z 5 sierpnia 1966 roku, wydanego w sprawie tygodnika *Der Spiegel*. Stwierdzono w nim, że wolna prasa, w szczególności polityczna, jest niezbędna w nowoczesnej demokracji. Skoro bowiem człowiek dokonuje wyborów wpływających na rządzenie państwem, to powinien mieć dostęp do szerokiego zakresu informacji, również dotyczących poglądów innych osób. Prezentująca je prasa ma więc z jednej strony pełnić rolę siły orientującej (*orientierende Kraft*) w publicznej dyskusji. Z drugiej zaś sprawuje ona stałą kontrolę i zapewnia łączność między społeczeństwem a wybranymi przez nie przedstawicielami. W związku z tym organy państwa, ustanawiając normy prawne, są zobowiązane zawsze brać pod uwagę postulat wolności prasy. Warunkiem niezbędnym sprawności jej funkcjonowania jest ochrona stosunku zaufania (*Vertrauensverhältnis*)⁵⁵⁰ między nią a prywatnymi informatorami, którzy muszą wierzyć w to, że tajemnica redakcyjna (*Redaktionsgeheimnis*) pozostanie nienaruszona. W związku z tym prawo dziennikarza do odmowy złożenia zeznań (*Zeugnisverweigerungsrecht*), chroniące zaufanie między nim a informatorem, służy jednocześnie zagwarantowaniu instytucjonalnie niezależnej i funkcjonalnie sprawnej prasy. Tym samym prawo to nie jest traktowane jako przywilej osobisty, ale gwarancja interesu publicznego⁵⁵¹. Przyjmuje się bowiem, że wymóg ujawnienia tożsamości każdego autora informacji prasowej spowodowałby ograniczenie publikacji krytycznych, zawierających nieraz cenne wiadomości. Nie sposób bowiem wymagać od dziennikarzy heroizmu, który mógłby okazać się niezbędny do publikowania materiałów, mogących narazić go na naciski, a nawet odpowiedzialność karną⁵⁵². Akcentuje się, że tajemnica dziennikarska, będąca elementem wolności prasy, nie jest tylko konsekwencją ochrony interesu publicznego, lecz także wolności jednostki, której dziennikarze są tylko depozytariuszami⁵⁵³.

8.3 Rodowód i ewolucja

⁵⁵⁰ W orzecznictwie sądów amerykańskich, odmawiających dziennikarzom prawa do odmowy złożenia zeznań, wskazywano przy tym, że stosunek zaufania między dziennikarzem a jego informatorem nie jest analogiczny do relacji łączącej pacjenta z lekarzem albo prawnika z jego klientem, bowiem los informatora zależy w mniejszym stopniu od dziennikarza niż wskazanych osób od przedstawicieli przywołanych zawodów. Tak Z. Gostyński, *Tajemnica dziennikarska...*, s. 54.

⁵⁵¹ *Ibidem*, s. 22-27. W tej samej publikacji powołano się na badania przeprowadzone przez Cornell University, z których wynikało, że w tych stanach, w których zagwarantowano prawo nieujawniania źródła informacji, nie tylko nie ucierpiało wykonywanie wymiaru sprawiedliwości, ale rozwiązania te stanowią też zachętę do ujawniania i demaskowania przez prasę przypadków korupcji (*ibidem*, s. 81).

⁵⁵² J. Sawicki, *Tajemnica zawodowa...*, s. 59.

⁵⁵³ J. Sobczak, Granice prawne tajemnicy dziennikarskiej, *Ius Novum* 1/2007, s. 69.

Co do tajemnicy urzędniczej, to w § 151 austriackiej procedury karnej z 1873 roku ustanowiono prawo do odmowy złożenia zeznań przez urzędników rządowych co do informacji objętych tajemnicą urzędową, o ile nie zostaną przez przełożonych zwolnieni od jej zachowania. Podobną normę wyrażono w niemieckiej kodyfikacji z 1877 roku. W trakcie prac polskiej komisji kodyfikacyjnej w okresie międzywojennym zarekomendowano przyjęcie rozwiązania, zgodnie z którym to sąd decydował o możliwości zwolnienia świadka z tajemnicy państwowej, a w przypadku braku przesłanek ku temu przesłuchiwał go przy drzwiach zamkniętych⁵⁵⁴. Ostatecznie w przyjętym tekście ustawy zdecydowano się jednak na rozwiązanie znane z procedur austriackiej i niemieckiej, wprowadzając art. 103 k.p.k.⁵⁵⁵. Po nowelizacji z 1950 roku norma o niemal tym samym brzmieniu została wyrażona w art. 93 k.p.k., a jedyna zmiana nastąpiła w § 3 i polegała na nadaniu prokuratorowi uprawnienia do żądania zwolnienia urzędnika z obowiązku zachowania tajemnicy, przy czym po raz pierwszy nastąpiło to już w 1949 roku (wówczas kwestia ta była uregulowana w art. 100). W kodeksie z 1969 roku odpowiednikiem przywołanych przepisów był natomiast art. 162⁵⁵⁶, którego dosłowny odpowiednik stanowi obecnie obowiązujący art. 179 k.p.k.

⁵⁵⁴ „Pogodzenie tajemnicy urzędowej lub zawodowej z obowiązkiem świadczenia przed sądem, zwłaszcza w sprawie karnej, stanowi jeden z najtrudniejszych problemów procesowych. Sprzeczności są tu nie do rozstrzygnięcia. Z jednej strony interes wymiaru sprawiedliwości wymaga, żeby przed sędzią, dążącym do wykrycia prawdy materialnej, można było ujawnić bez osłonek wszystko, co może się przyczynić do ustalenia winy lub niewinności (...). Z drugiej strony są przypadki, gdy możliwość ujawnienia tajemnicy tak zachwiewa porządkiem publicznym, stanowi tak poważne niebezpieczeństwo bądź dla ogółu, bądź choćby nawet dla jednostki, że wszystko musi przed tem ustąpić (...) Komisja Kodyfikacyjna (...) dała przewagę potrzebom wymiaru sprawiedliwości. W zasadzie dla sądu karnego nie powinno być tajemnicy (...). W szczególności ochronę tajemnicy urzędowej projekt przeprowadza o tyle tylko, że, jeżeli świadek odmawia zeznań z powodu tajemnicy urzędowej, a sąd nie uzna za możliwe zwolnić go od odpowiedzi, przesłuchanie odbywa się przy drzwiach zamkniętych. Projekt uzależnia więc ujawnienie lub nieujawnienie tajemnicy urzędowej od uznania sądu (...). Uzależnianie zeznań od zezwolenia zwierzchności świadka (...) nie wydaje się celowe (...). A jakie pole do nadużyć! Wszak zezwolenie zwierzchnika będzie zależało nie tylko już od tego, jaki wynik sprawy będzie dla tego zwierzchnika pożądanym, ale także od tego, jak świadek sprawę przedstawi i jakie wyrazi życzenie co do tego, czy ma zeznawać. Doświadczenie uczy, że niektóre urzędy lubią osłaniać wszystko, co się w nich dzieje, nadzwyczajną tajemniczością, choćby nawet tajemniczość ta nikomu nie była potrzebna” (Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja Postępowania Karnego, *Projekt ustawy...*, s. 194-195).

⁵⁵⁵ Art. 103 k.p.k. z 1928 r.: „§ 1. Urzędników publicznych i wojskowych, chociażby już nie pozostawali w czynnej służbie, wolno słuchać jako świadków co do okoliczności, na które rozciąga się ich obowiązek zachowania tajemnicy urzędowej, jedynie za zezwoleniem ich obecnej lub ostatnio przełożonej władzy służbowej. § 2. Zezwolenia wolno odmówić jedynie wtedy, gdyby złożenie zeznania wyrządzić miało poważną szkodę Państwu. § 3. Sąd może zwrócić się o zwolnienie urzędnika lub wojskowego z obowiązku tajemnicy do władzy naczelnej odpowiedniego działu zarządu państwowego”.

⁵⁵⁶ Art. 162 k.p.k. z 1969 r.: „§ 1. Osoby obowiązane do zachowania tajemnicy państwowej mogą być przesłuchane co do okoliczności, na które rozciąga się ten obowiązek, tylko po zwolnieniu tych osób od obowiązku zachowania tajemnicy przez uprawniony organ przełożony. § 2. Zwolnienia wolno odmówić tylko wtedy, gdyby złożenie zeznania wyrządzić mogło poważną szkodę państwu. § 3. Sąd lub prokurator może zwrócić się do właściwego naczelnego organu administracji państwowej o zwolnienie świadka od obowiązku zachowania tajemnicy”.

W 1769 roku w piśmie *Public Advertiser* wysoki angielski urzędnik Phillip Francis opublikował anonimowo „Listy Juniusa”, w których ostro skrytykował administrację publiczną. Do odpowiedzialności pociągnięto wydawcę – Woodfalla – a wydarzenie to uznano w Anglii za przyznanie prasie przywileju do niepodawania w tekście autora publikacji. Natomiast niecałe 100 lat później – w lipcu 1850 roku – ogłoszono we Francji ustawę nakazującą, pod rygorem sankcji karnej, podpisywanie przez autorów publikowanych w prasie artykułów zawierających treści filozoficzne, religijne lub polityczne. Natomiast z publikacji René Garrauda z 1900 roku wynika, że ustawa ta, chociaż nie została do tej pory formalnie uchylona, przestała faktycznie obowiązywać z powodu jej wielokrotnego i konsekwentnego lekceważenia⁵⁵⁷.

W odniesieniu do tajemnicy dziennikarskiej W ustawodawstwie europejskim prawo dziennikarza do odmowy złożenia zeznań po raz pierwszy wprowadzono w przepisach niektórych kantonów szwajcarskich już w 1831 roku⁵⁵⁸. W niemieckim procesie karnym prawo dziennikarza do odmowy zeznań w procesie karnym ustanowiono w drugiej połowie XIX wieku, jeszcze przed zjednoczeniem poszczególnych państw w Cesarstwo Niemieckie w 1871 roku. Jakkolwiek wolność prasy została zadeklarowana w art. 24 pruskiej Konstytucji, okrojonej 5 grudnia 1848 roku przez króla Prus Fryderyka Wilhelma IV, to w prawie poszczególnych krajów niemieckich podejście do tej kwestii było zróżnicowane. Regulacje najbardziej przychylne wolnej prasie wprowadzono w krajach południowoniemieckich, w tym w kodeksie postępowania karnego Wirtembergii z 17 kwietnia 1868 roku, w którym ustanowiono prawo dziennikarza do odmowy złożenia zeznań w procesie karnym, jednak ograniczając je do publikacji mających charakter przestępny. Generalne prawo odmowy złożenia zeznań przyznano natomiast dziennikarzom w prawie prasowym Badenii z 1868 roku. Mimo to analogiczna regulacja nie została wprowadzona ani do ogólnokrajowego prawa prasowego z 1874 roku ani kodeksu postępowania karnego z 1877 roku. Do kodyfikacji tej odpowiedni przepis został wprowadzony dopiero w 1926 roku, a wszedł w życie 13 stycznia 1927 roku. Na wzór kodeksu wirtemberskiego, prawo do odmowy złożenia zeznań zostało ograniczone do autorów lub nadawców publikacji, za których wydanie groziła redaktorowi odpowiedzialność karna. W czasach III Rzeszy potwierdzono

⁵⁵⁷ J. Sawicki, *Tajemnica zawodowa...*, s. 57-61. Autor ten przywołuje również wygłoszone w 1893 roku na Kongresie w Londynie słowa Emila Zoli, który stwierdził, że chociaż jest zdecydowanym przeciwnikiem publikowania w prasie niepodpisanych tekstów, to jednak uważa, że prasa angielska zawdzięcza anonimatowi swoją potęgę i niezaprzeczalny autorytet.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, s. 68.

ustanowione prawo do odmowy złożenia zeznań, jednak praktyka wyglądała inaczej, zaś korzystający z tego uprawnienia redaktor ryzykował utratę stanowiska. Natomiast po wojnie wolność pracy została zagwarantowana w art. 5 ust. 1 Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec⁵⁵⁹. A następnie reformą procedury karnej z 1953 roku rozszerzono prawo do odmowy złożenia zeznań na dziennikarzy i inne osoby przygotowujące audycje radiowe, uzasadniając to tym, że z racji wypełnianych obowiązków medium to zasługuje na podobną ochronę, co prasa. Jednakże najdalej idąca nowelizacja kodyfikacji karnoprosocowej nastąpiła w 1975 roku i polegała na usunięciu wymogu ponoszenia odpowiedzialności karnej jako przesłanki skorzystania z prawa do odmowy złożenia zeznań. Zmiana ta została zainspirowana orzeczeniami Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z lat 1973 i 1974, w których zakwestionowano zgodność z Ustawą Zasadniczą RFN przepisów prawa prasowego Hesji i Hamburga. W orzeczeniach tych podniesiono, że chociaż kraje związkowe nie są ustrojowo uprawnione do modyfikowania przepisów procedury karnej, to jednak jej unormowań nie sposób uznać za wystarczające⁵⁶⁰.

W Stanach Zjednoczonych kluczowe dla unormowania ochrony tajemnicy dziennikarskiej było orzeczenie Sądu Najwyższego z 29 czerwca 1972 roku, wydane w sprawie *Branzburg v. Hayes*. Wyrok ten zapadł wskutek łącznego rozpoznania spraw trzech dziennikarzy: Paula Branzburga, Paula Pappasa i Earla Caldwell. Wszyscy oni zostali wezwani do złożenia zeznań w sprawie przygotowanych przez nich materiałów, dotyczących odpowiednio: produkcji haszyszu z marihuany i używania narkotyków, a także działalności radykalnej organizacji czarnoskórej mniejszości „Czarne Pantery”. Dziennikarze ci odmówili stawienia na przesłuchania albo złożenia zeznań dotyczących tego, czego dowiedzieli się przy przygotowywaniu swoich materiałów, a w szczególności podania informacji prowadzących do zidentyfikowania ich bohaterów. Powoływali się oni na Pierwszą Poprawkę do Konstytucji USA⁵⁶¹. Ostatecznie sprawy te zostały rozpoznane przez Sąd Najwyższy, który uznał, stosunkiem głosów pięć do czterech, że dziennikarzowi nie przysługuje prawo do odmowy złożenia zeznań,

⁵⁵⁹ Art. 5 ust. 1 GG. Każdy ma prawo do swobodnego wypowiedzania i rozpowszechniania swoich poglądów w słowie, piśmie i obrazie oraz do pozyskiwania bez przeszkód informacji z powszechnie dostępnych źródeł. Zapewnia się wolność prasy oraz wolność informacji za pośrednictwem radia, telewizji i filmu. Nie stosuje się cenzury.

⁵⁶⁰ Z. Gostyński, *Tajemnica dziennikarska...*, s. 16-23.

⁵⁶¹ „Żadna ustawa Kongresu nie może wprowadzić religii ani zabronić swobodnego praktykowania jej, ograniczać wolności słowa lub prasy ani prawa ludu do spokojnych zgromadzeń lub do składania naczelnyim władzom petycji o naprawienie krzywd”.

stwierdzając jednocześnie, że przeciwny pogląd doprowadziłby do wniosku, że lepiej jest pisać o przestępstwie niż coś z nim zrobić. W uzasadnieniu opinii większości argumentowano, że obowiązek złożenia zeznań wynika z prawa społeczeństwa do tego, by każdy dostarczał dowodów niezbędnych dla postępowania karnego, co wiąże się z nałożonym na władze obowiązkiem zapobiegania przestępczości. Co więcej, jedynie oskarżonemu przysługuje, wynikający z prawa do nieobciążania się, przywilej odmowy złożenia wyjaśnień, który zagwarantowano mu na podstawie Piątej Poprawki do Konstytucji USA⁵⁶². Stwierdzono więc, że wyrokiem tym odmówiono przyznania podobnego przywileju prasie. Nałożono na nią natomiast ciężar udowodnienia, że niemożność zachowania przez dziennikarzy w tajemnicy tożsamości informatorów ograniczyłby ilość pozyskiwanych przez prasę informacji⁵⁶³.

W odrębnej wobec zdania większości, choć popierającej je, opinii podniesiono, że dopuszczalność odmowy złożenia zeznań przez dziennikarza powinna być oceniana w realiach konkretnej sprawy (*on a case-by-case basis*). Każdorazowo powinno się dążyć do zachowania równowagi między wolnością prasy a powszechnym obowiązkiem składania zeznań. Natomiast w przeciwnej do sentencji wyroku opinii mniejszości stwierdzono, że orzeczenie to zachęca organy państwa do podważenia historycznej niezależności prasy przez próbę jej zaanektowania jako śledczego ramienia rządu (*an investigative arm of government*). Twierdzono, że interes społeczny przemawia właśnie za zapewnieniem intymności kontaktu między dziennikarzem a jego informatorem, bowiem dzięki temu opinia publiczna może cieszyć się pełnym i swobodnym dostępem do informacji. Posłużono się również argumentem z kolizji dziennikarskich reguł deontycznych i norm prawa powszechnie obowiązującego, bowiem nieprzyznanie dziennikarzowi prawa do odmowy złożenia zeznań zmuszało go do dokonywania wyboru między ukaraniem za niewypełnienie tego obowiązku a złamaniem zasad etyki zawodowej. Co więcej, decydując się na nawiązanie kontaktu z informatorem lub opublikowanie materiału, dziennikarz powinien był spekulować, czy nie narazi go to na wezwanie w charakterze świadka. Skoro w sprawach opisanych dziennikarzy

⁵⁶² „Nikt nie może być pociągnięty do odpowiedzialności za zbrodnię główną lub inne hańbiące przestępstwo bez aktu oskarżenia uchwalonego przez wielką ławę przysięgłych z jej własnej inicjatywy lub na wniosek prokuratora, chyba, że chodzi o sprawę dotyczącą lądowych lub morskich sił zbrojnych albo milicji w czynnej służbie podczas wojny lub niebezpieczeństwa publicznego. Nie wolno też nikomu za to samo przestępstwo wymierzać dwukrotnie kary na życiu lub zdrowiu. Nikt nie może być zmuszony do zeznawania w sprawie karnej na swoją niekorzyść, ani też zostać bez prawidłowego wymiaru sprawiedliwości pozbawiony życia, wolności lub mienia. Własność prywatną można przejąć na użytek publiczny tylko za sprawiedliwym odszkodowaniem”.

⁵⁶³ Z. Gostyński, *Tajemnica dziennikarska...*, s. 46-50.

przedmiotem sporu było nie tylko prawo do odmowy złożenia zeznań, ale również dopuszczalność niestawiennictwa takiej osoby na wezwanie organu procesowego, w opinii mniejszości sformułowano warunki, od których łącznego wykazania należałoby uzależniać możliwość wezwania dziennikarza do złożenia zeznań:

- 1) poszukiwana informacja jest oczywiście istotna dla precyzyjnie określonego przedmiotu prowadzonego postępowania;
- 2) uzasadnione jest przypuszczenie, że dysponuje on poszukiwaną informacją;
- 3) nieistnienie środka dowodowego w mniejszym stopniu naruszającego swobody gwarantowane przez Pierwszą Poprawkę, pozwalające na uzyskanie informacji⁵⁶⁴.

Co istotne, przywołane orzeczenie pozostawiło otwartą możliwość przyjmowania na szczeblu federalnym i stanowym regulacji normujących kwestię przyznania dziennikarzom prawa odmowy złożenia zeznań. Znamienne, że przyjęte wskutek tego przepisy, między innymi federalne reguły dowodowe i zalecenia szefa Departamentu Sprawiedliwości (*Attorney General*), stanowiły odzwierciedlenie przywołanej opinii mniejszości, sformułowanej przez sędziego Pottera Stewarta⁵⁶⁵.

W konstytucji marcowej wolność prasy została zagwarantowana w art. 105⁵⁶⁶. Po przewrocie majowym trzykrotnie podjęta została próba jej ograniczenia mocą rozporządzenia prezydenta, jednak za każdym razem było ono uchylane przez sejm. Natomiast konstytucja kwietniowa nie gwarantowała już wolności prasy⁵⁶⁷. W ówczesnie obowiązującym kodeksie postępowania karnego powołanie się na tajemnicę zawodową mogło skutkować zwolnieniem od złożenia zeznań przez sąd, a jeśli do tego nie doszło,

⁵⁶⁴ *Ibidem*, s. 50-53. Przy tym przywołana opinia mniejszości została sformułowana przez sędziego Pottera Stewarta. Natomiast odrębną opinię mniejszości sformułował sędzia William O. Douglas, ograniczając ją jednak wyłącznie do sprawy Earla Caldwell'a i stwierdzając w niej, że dziennikarz ma prawo zarówno nie stawić się na przesłuchanie, jak i, w przypadku dobrowolnego stawiennictwa, odmówić odpowiedzi na poszczególne pytania z powołaniem się na Pierwszą Poprawkę. W przywołanej publikacji wskazano również, że w orzecznictwie amerykańskich sądów pojawiła się tendencja do zwężającej interpretacji orzeczenia *Branzburg v. Hayes*, zgodnie z którą ma ona zastosowanie wyłącznie do sytuacji, gdy dziennikarz odmówił stawienia się na wezwanie, a nie odmowy złożenia przez niego zeznań w przypadku dobrowolnego stawiennictwa. Co więcej, sądy częściej żądały od dziennikarzy składania zeznań co do tego, co sami zaobserwowali, a nie co do tożsamości ich informatorów.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, s. 59-61.

⁵⁶⁶ Art. 105 Konstytucji RP z 17 marca 1921 roku: „Poręcza się wolność prasy. Nie może być wprowadzona cenzura ani system koncesyjny na wydawanie druków. Nie może być odjęty dziennikom i drukom krajowym debit pocztowy, ani ograniczone ich rozpowszechnianie na obszarze Rzeczypospolitej. Ustawa osobna określi odpowiedzialność za nadużycie tej wolności”.

⁵⁶⁷ Z. Gostyński, *Tajemnica dziennikarska...*, s. 86.

to przesłuchanie przeprowadzano przy drzwiach zamkniętych⁵⁶⁸. Co istotne, w wyniku nowelizacji z 1950 roku również prokuratorowi nadano uprawnienie do zwolnienia od złożenia zeznań, a zatem również do nieuwzględnienia odmowy złożenia zeznań⁵⁶⁹. W Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej nie ustanowiono osobnej wolności prasy, a w art. 71 wspomniano jedynie o wolności druku⁵⁷⁰.

W kodeksie postępowania karnego z 1969 roku kwestię zwolnienia z tajemnicy zawodowej regulował art. 163 k.p.k. Początkowo istniała wątpliwość, czy wymieniona w nim tajemnica służbowa lub tajemnica związana z wykonywaniem zawodu lub funkcji powinna zostać ustanowiona na podstawie odrębnego aktu prawnego. Rozstrzygając tę kwestię, przyjęto że w stosunku do tajemnicy dziennikarskiej jeszcze pod rządami poprzedniego kodeksu organy procesowe zdawały się uznawać moralne prawo dziennikarza do odmowy złożenia zeznań⁵⁷¹. Trafnie stwierdzono więc, że ustawodawca nie może wymagać obowiązywania odrębnych regulacji dotyczącej konkretnej tajemnicy zawodowej lub służbowej, bo w takiej sytuacji uznanie wyłącznie moralnego prawa za przesłankę skorzystania z możliwości odmowy zeznań stanowiłoby działanie *contra legem*. Stwierdzono również, że wymóg istnienia osobnych regulacji dotyczących tej tajemnicy stałoby w sprzeczności ze zjawiskiem dynamicznego rozwoju życia społecznego, czego efektem jest pojawianie się interesu w zachowaniu w tajemnicy okoliczności tego rodzaju, które nie mogły wcześniej zostać przewidziane przez ustawodawcę albo na które nie zdążył on jeszcze zareagować⁵⁷².

W odniesieniu do tajemnicy dziennikarskiej kolejny problem interpretacyjny pojawił się wraz z wejściem w życie⁵⁷³ ustawy z 26 stycznia 1984 roku – Prawo prasowe.

⁵⁶⁸ Art. 102 k.p.k. z 19 marca 1928 roku: „Poza wypadkami wskazanymi w art. 101 [zakaz przesłuchania spowiednika i obrońcy – *dop. J.K.*], jeżeli świadek odmawia zeznań z powodu tajemnicy zawodowej, a sąd nie uzna za możliwe go zwolnić, przesłuchanie odbywa się przy drzwiach zamkniętych”.

⁵⁶⁹ Art. 92 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym od 13 września 1950 roku: „§ 1. Poza wypadkami, wskazanymi w art. 91, sąd lub prokurator może przesłuchać świadka, który odmawia zeznań z powodu tajemnicy zawodowej, tylko wtedy, jeżeli nie uzna za możliwe zwolnić go od zeznań. § 2. Przesłuchanie odbywa się przy drzwiach zamkniętych”.

⁵⁷⁰ Art. 71 Konstytucji PRL. 1. Polska Rzeczpospolita Ludowa zapewnia obywatelom wolność słowa, druku, zgromadzeń i wieców, pochodów i manifestacji. 2. Urzeczywistnieniu tej wolności służy oddanie do użytku ludu pracującego i jego organizacji drukarni, zasobów papieru, gmachów publicznych i sal, środków łączności, radia oraz innych niezbędnych środków materialnych.

⁵⁷¹ J. Sawicki, *Tajemnica zawodowa...*, s. 84.

⁵⁷² B. Kunicka-Michalska, *Ochrona tajemnicy...*, s. 173-174.

⁵⁷³ Już na początku lat 60. w doktrynie podnoszono postulat ustawowego uregulowania kwestii tajemnicy dziennikarskiej, posługując się przy tym górnolotnie wręcz brzmiącą argumentacją – „bez względu na to, czy sami piszą, ukrywając się za zasłoną anonimatu, czy tylko służą informacjami – owym właśnie szarym, niepozornym, a upartym bojownikiem o moralność w sprawach publicznych i budzicielom sumienia społecznego zawdzięczamy niezwykle wiele w walce z nadużyciami osób prywatnych i urzędników, z tępota i bezduszością aparatu administracyjnego. Dlatego im przede wszystkim trzeba ułatwić ochronę,

W art. 15 ust. 2⁵⁷⁴ określono zakres tej tajemnicy, zaś w art. 16 ust. 1⁵⁷⁵ wymieniono okoliczności uzasadniające zwolnienie z jej zachowania. Pojawiła się więc wątpliwość, w jakiej relacji ten przepis pozostaje ze wspomnianym już art. 163 ówczesnie obowiązującego kodeksu postępowania karnego. W dyskusji posługiwano się m. in. regułami kolizyjnymi *lex posteriori derogat legi priori* oraz *lex specialis derogat legi generali*, przy czym nie wypracowano jednomyślnego stanowiska choćby co do tego, który z tych przepisów należy uznać za szczególny. Ostatecznie w sprawie wypowiedział się Sąd Najwyższy, stwierdzając, że w postępowaniu karnym to przepis procedury stanowi *lex specialis* wobec normy wynikającej z Prawa prasowego⁵⁷⁶. Stanowisko to spotkało się z krytyką, uzasadnioną nie tylko argumentami doktrynalnymi, ale przede wszystkim realnym ograniczeniem gwarancji zachowania tajemnicy dziennikarskiej, co miało godzić w wolność mediów. Co istotne, pierwsza inicjatywa ustawodawcza, ukierunkowana na rozwiązanie tego problemu, zainicjowana została przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, który postulował uzupełnienie wspomnianego art. 163 o przepisy wyrażające w istocie normy ustanowione w art. 180 § 2 obecnie obowiązującego kodeksu⁵⁷⁷. Ostatecznie jednak została ona wysłowiona w przywołanym przepisie kodyfikacji z 1997 roku, co należy uznać za pożądaną przez opinię publiczną i przedstawicieli doktryny reakcję na przywołane orzeczenie Sądu Najwyższego⁵⁷⁸.

przez stworzenie dodatkowej gwarancji dla anonimatu w postaci prawa do odmowy zeznań – jeżeli zeznania te mogłyby ujawnić ich tożsamość” (J. Sawicki, *Tajemnica zawodowa...*, s. 87).

⁵⁷⁴ Art. 15 ust. 2. Dziennikarz ma obowiązek zachowania w tajemnicy: 1) danych umożliwiających identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o tym charakterze, jak również innych osób udzielających informacji opublikowanych albo przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnianie powyższych danych; 2) wszelkich informacji, których ujawnienie mogłoby naruszać chronione prawem interesy osób trzecich.

⁵⁷⁵ Art. 16 ust. 1. Dziennikarz jest zwolniony od zachowania tajemnicy zawodowej, o której mowa w art. 15 ust. 2, w razie gdy informacja, materiał prasowy, list do redakcji lub inny materiał o tym charakterze dotyczy przestępstwa określonego w art. 240 § 1 Kodeksu karnego albo autor lub osoba przekazująca taki materiał wyłącznie do wiadomości dziennikarza wyrazi zgodę na ujawnienie jej nazwiska lub tego materiału.

⁵⁷⁶ Uchwała SN(7) z 19.01.1995 r., I KZP 15/94, OSNKW 1995, nr 1-2, poz. 1: „Przepis art. 163 k.p.k. stanowi *lex specialis* do art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. — Prawo prasowe (Dz. U. Nr 5, poz. 24 z późn. zm.), normującego w sposób generalny tajemnicę zawodową dziennikarza. Dziennikarz, w tym także redaktor naczelny, nie może zatem w procesie karnym odmówić zeznań co do okoliczności, na które rozciąga się obowiązek zachowania tajemnicy, jeżeli sąd lub prokurator zwolni go od tego obowiązku na podstawie art. 163 *in fine* k.p.k.”.

⁵⁷⁷ Z. Gostyński, *Tajemnica dziennikarska...*, s. 107.

⁵⁷⁸ Jak stwierdzono w głosie do uchwały, „[u]normowanie członu pierwszego art. 16 ust. 1 pr. pras. należy więc traktować jako *lex specialis* wobec art. 163 k.p.k. Obydwa uregulowania odnoszą się do tej samej kwestii, a mianowicie zwolnienia od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w związku z postępowaniem karnym. Jednakże art. 163 k.p.k. dotyczy każdej tajemnicy służbowej oraz związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji i w tym sensie jest przepisem ogólnym, natomiast człon pierwszy art. 16 ust. 1 pr. pras. odnosi się do konkretnego rodzaju tajemnicy zawodowej, a mianowicie tajemnicy dziennikarskiej. Ten ostatni przepis reguluje odmiennie (w sposób szczególny) w stosunku do art. 163 k.p.k. zarówno zakres, jak i tryb zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej dziennikarza”

W czasie obowiązywania aktualnego kodeksu postępowania karnego stopniowo poszerzano krąg zawodów, których przedstawiciele mogli być przesłuchani wyłącznie za zgodą sądu wyrażoną w trybie art. 180 § 2 k.p.k. Początkowo byli to wyłącznie: adwokaci, lekarze i dziennikarze. W 2000 roku katalog ten rozszerzono o radców prawnych, w 2003 roku o notariuszy, a w 2010 roku o doradców podatkowych. W 2013 roku zakresem normowania tego przepisu objęto osoby zobowiązane do zachowania tajemnicy statystycznej, a w 2017 roku – tajemnicy Prokuratury Generalnej. Była to, jak dotychczas, ostatnia zmiana, przy czym wyraźnie widoczna jest tendencja do poszerzenia kręgu podmiotów, o których przesłuchaniu może decydować wyłącznie sąd, a to z racji tajemnicy zawodowej pozostającej w dyspozycji takich świadków.

8.4 Przykłady zastosowania

W kwestii rozumienia przesłanki „dobra wymiaru sprawiedliwości” Sąd Najwyższy stwierdził, że „przez pojęcie dobra wymiaru sprawiedliwości należy przede wszystkim rozumieć potrzebę ustalenia prawdy obiektywnej”⁵⁷⁹. Zgodnie z art. 2 § 2 k.p.k. podstawę wszelkich rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne, a zatem tak rozumiana przesłanka dobra wymiaru sprawiedliwości aktualizuje się w każdej sprawie. Oznacza to więc, że jedyną przesłanką faktycznie wykluczającą możliwość zwolnienia z tajemnicy zawodowej, służbowej lub dziennikarskiej jest możliwość ustalenia danej okoliczności na podstawie innych dowodów. Takie rozumowanie osłabia efektywność omawianego zakazu dowodowego, bowiem w sytuacji istnienia innych dowodów zbędne jest uchylenie tajemnicy z art. 180 § 2 k.p.k. Jeśli zaś wniosek o jej uchylenie zostanie złożony, powinno to oznaczać, że w sprawie brak jest innych dowodów, co w praktyce stanowi przesłankę zwolnienia z tajemnicy zawodowej, służbowej lub dziennikarskiej⁵⁸⁰.

(Z. Gostyński, Zwolnienie od obowiązku zachowania tajemnicy dziennikarskiej. Glosa do uchwały SN z dnia 19 stycznia 1995 r., I KZP 15/94, *Państwo i Prawo* 1/1996).

⁵⁷⁹ Uchwała Sądu Najwyższego z 22 listopada 2002 roku, sygnatura I KZP 26/02.

⁵⁸⁰ Jak trafnie wskazano: „Aczkolwiek pierwsza przesłanka «dobra wymiaru sprawiedliwości», została w ustawie określona w sposób generalny i nieco niefortunny, gdyż pod tym pojęciem należy przede wszystkim rozumieć potrzebę ustalenia prawdy obiektywnej (vide postanowienie SN z dnia 15 grudnia 2004 r., III KK 278/04, OSNKW 2005/3/28), zaś w każdym przypadku sprawy dobro wymiaru sprawiedliwości wymaga, aby zapadające rozstrzygnięcie oparte było na pełnej podstawie dowodowej, o tyle druga z nich «okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu», wydaje się nieco bardziej wymierna i sprawdzalna. Termin niezbędność oznacza przecież niemożliwość dokonania ustaleń za pomocą innych środków dowodowych przy jednoczesnym wyczerpaniu istniejących w danej sprawie źródeł dowodowych (vide uchwała SN z dnia 19 stycznia 1995 r., I KZP 15/94, OSNKW 1995/1-2/1). Nie wystarczy tu zatem ani istnienie pewnych, możliwych do pokonania przeszkód w dotarciu do istniejącego źródła dowodowego, ani też nieustalenie istnienia takiego źródła, wynikające z niepodjęcia wszystkich koniecznych w danym momencie czynności wykrywczych. Jeśli zatem w przepisie art. 180 § 2 k.p.k. wyłącznie sądowi przyznano uprawnienie do przełamania tajemnicy adwokackiej, a ponadto uzależniono

Zatem sąd w istocie jedynie ustala, czy uzyskanie informacji jest istotne dla rozpoznania sprawy i czy wykorzystano już pozostałe, dostępne środki dowodowe⁵⁸¹.

W orzecznictwie z jednej strony podnosi się, że „powinność zachowania tajemnicy zawodowej nie jest prawem radcy prawnego, ale jest jego powinnością zawodową, zatem bez uzyskania zwolnienia z niej nie można wzywać osób wykonujących zawody przewidziane w art. 180 § 2 k.p.k., by składały zeznania, a osoby te nie mają prawa bez takiego zwolnienia dysponować swoją wiedzą potrzebną organom procesowym”⁵⁸². Z drugiej jednak strony przyjmuje się, że „prokurator powinien w pierwszej kolejności wezwać skarżących na przesłuchanie w charakterze świadków, a dopiero gdy powołają się oni na tajemnicę radcy prawnego, zwrócić się do sądu o zwolnienie ich z tej tajemnicy”⁵⁸³. Wynika z tego, że co prawda zachowanie tajemnicy zawodowej jest obowiązkiem jej dysponenta, jednakże jego realizacja nie zawsze podlega kontroli sądu. Jeśli bowiem osoba zobowiązana do zachowania tajemnicy nie powoła się na nią w trakcie przesłuchania i od razu ujawni objęte nią informacje, sąd w ogóle nie będzie miał możliwości wypowiedzenia się w sprawie zachowania tajemnicy zawodowej, nawet jeśli w tej konkretnej sprawie doszłoby do jej niezasadnego naruszenia. W tej sytuacji osoba, która dozna szkody z powodu ujawnienia informacji objętych tajemnicą, może zapewne dochodzić roszczenia odszkodowawczego, jednak w żaden sposób nie będzie to rzutować na usunięcie ze zgromadzonego materiału dowodów uzyskanych w drodze złamania tajemnicy zawodowej. Dochodzi tym samym do osłabienia ochrony, którą powinien zapewniać omawiany zakaz dowodowy.

Wypada odnotować rozbieżność wyrażonych w orzecznictwie poglądów dotyczących analogicznego problemu w odniesieniu do tajemnicy dziennikarskiej. W postanowieniu dotyczącym głośnej sprawy tzw. afery Rywina wyrażono stanowisko bardziej spójne z istotą zakazu, stwierdzając co następuje:

to od sytuacji «gdy jest to niezbędne dla wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu» (zasada subsydiarności — por. uchwała SN z dnia 16 czerwca 1994 r., I KZP 5/94, OSNKW 1994/7-8/41), to Sąd meriti, procedując w przedmiocie wniosku prokuratora, dysponował już przecież materiałem dowodowym zebrany w śledztwie w sprawie adw. M. K., zatem winien wnikliwie rozważyć i racjonalnie ocenić, czy autor wniosku rzeczywiście wykazał łączne ziszczenie się tych dwóch kryteriów” (Postanowienie SA w Szczecinie z 29.10.2013 r., II AKz 330/13, OSASz 2014, nr 2, poz. 37-73).

⁵⁸¹ W piśmiennictwie sformułowano również przeciwny pogląd, zgodnie z którym „ochrona tajemnicy zawodowej leży również w interesie społecznym, a zatem omawiana tutaj przesłanka powinna być interpretowana zawężająco, to jest w ten sposób, że w razie wątpliwości należy przyjmować, iż dobro wymiaru sprawiedliwości nie wymaga zwolnienia z zachowania tajemnicy” (K. Eichstaedt, *Tajemnica dziennikarska – wybrane zagadnienia*, *Media – Kultura – Społeczeństwo* 14/2019, s. 20).

⁵⁸² Postanowienie SA w Krakowie z 30.03.2009 r., II AKz 110/09, OSA 2012, nr 10, poz. 3-14.

⁵⁸³ Postanowienie SA w Krakowie z 25.03.2014 r., II AKa 68/14, KZS 2014, nr 4, poz. 48.

[w] przepisie art. 180 § 3 k.p.k. wyrażony jest tzw. bezwzględny zakaz dowodowy, a skoro tak, to sam fakt braku powołania się przez dziennikarza na tzw. tajemnicę anonimatów nie może przesądzać o prawidłowości postępowania sądu, który przesłuchuje dziennikarza na okoliczności objęte anonimatem. Zdaniem składu orzekającego w niniejszej sprawie, wbrew pogładowi wyrażonemu przez Sąd Najwyższy w jednym z orzeczeń (por. postanowienie SN z dnia 15 grudnia 2004 r., III KK 278/04⁵⁸⁴, OSNKW 2005, nr 3, poz. 28), dziennikarz de lege lata nie może się „sam zwolnić” z tajemnicy dziennikarskiej („nie zasłaniać się tajemnicą dziennikarską”), co rzekomo miałyby sprawić, że dopuszczalne staje się przesłuchanie takiego świadka na okoliczności objęte tajemnicą dziennikarską. Rzecz bowiem w tym, że zarówno ustawa „profesjonalna”, statuująca instytucję tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu (ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe, Dz. U. z 1984 r., Nr 5, poz. 25 ze zm.), jak też najściślej z nią skorelowana (w zakresie dopuszczalności zwolnienia dziennikarza od obowiązku dochowania tajemnicy dziennikarskiej w postępowaniu karnym, gdy zeznaje on jako świadek) ustawa karna procesowa nie dopuszczają takiej ewentualności, choć kwestie związane z tajemnicą dziennikarską zostały w obu tych aktach prawnych uregulowane nader szczegółowo, enumeratywnie wyliczając sytuacje, w których dopuszczalne jest zwolnienie dziennikarza od obowiązku zachowania w tajemnicy danych umożliwiających identyfikację informatorów prasowych⁵⁸⁵.

Zważywszy na kategoryczne sformułowanie art. 180 § 3 k.p.k., należy podzielić zacytowane stanowisko Sądu Najwyższego, polemiczne wobec wcześniejszego rozstrzygnięcia tego sądu. Rozumiejąc różnice w ustanowionych regulacjach dotyczących tajemnicy zawodowej i dziennikarskiej, z których tylko ta ostatnia nie dopuszcza możliwości zwolnienia z jej zachowania co do pewnych okoliczności, należy

⁵⁸⁴ „Istnieje wprawdzie bezwzględny zakaz zwalniania dziennikarza od obowiązku zachowania tajemnicy dziennikarskiej w zakresie danych, o jakich mowa w art. 180 § 3 k.p.k., ale nie oznacza on, że nie można przesłuchać dziennikarza na te okoliczności, jeżeli on sam nie zasłania się tajemnicą dziennikarską i chce takie zeznania złożyć. Sąd nie może zwolnić dziennikarza z tajemnicy w tym zakresie, może natomiast przesłuchać go na okoliczności objęte tą tajemnicą, jeżeli dziennikarz sam chce złamać wiążącą go tajemnicę dziennikarską” (Postanowienie SN z 15.12.2004 r., III KK 278/04, OSNKW 2005, nr 3, poz. 28).

⁵⁸⁵ Postanowienie SN z 20.10.2005 r., II KK 184/05, OSNKW 2005, nr 12, poz. 120.

postulować wzmocnienie ochrony tajemnicy zawodowej przez każdorazowe wypowiedanie się co do możliwości jej uchylecia przez sąd.

W 2008 roku Rzecznik Praw Obywatelskich wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o zbadanie konstytucyjności art. 180 k.p.k. w odniesieniu do tajemnicy statystycznej. W wydanym na skutek rozpoznania tego wniosku orzeczeniu stwierdzono:

należy zauważyć, że sytuacja pod rządami obecnego k.p.k. zmieniła się w porównaniu z poprzednim stanem prawnym. W obecnym kodeksie postępowania karnego z 1997 r. znajduje się bowiem art. 180 § 2 k.p.k., który zawiera wyraźnie określone warunki zwolnienia z obowiązku zachowania wymienionych w nim tajemnic zawodowych. Może to mianowicie nastąpić «tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu». Taki kształt omawianej regulacji mógłby sugerować, że jedynie w przypadku tajemnic zawodowych wymienionych w art. 180 § 2 k.p.k. konieczne jest spełnienie warunku konieczności zwolnienia z obowiązku przestrzegania tych tajemnic, natomiast decyzja o zwolnieniu z obowiązku przestrzegania pozostałych tajemnic zawodowych mogłaby być podjęta także w innych, niesprecyzowanych sytuacjach. Co prawda rozumowanie a contrario jest zawodne, jednakże różnica między sformułowaniami art. 180 § 1 i 2 k.p.k. stwarza możliwość różnych interpretacji (...). Mając na uwadze powyższe ustalenia, Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że obecny kształt procedury zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy statystycznej nie zapewnia tego, że zwolnienie to następuje wyłącznie w przypadkach koniecznych dla postępowania karnego. Wynika to z braku sformułowania w zaskarżonym przepisie przesłanek wydania postanowień przez sąd lub prokuratora, a także z braku trybu kontroli tych postanowień. Biorąc pod uwagę wyniki powyższej analizy, Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że mechanizm zwalniania z obowiązku przestrzegania tajemnicy statystycznej uregulowany w art. 180 § 1 k.p.k. nie stwarza gwarancji, iż informacje statystyczne będą przekazywane na cele postępowania karnego tylko wtedy, gdy jest to niezbędne i konieczne. Brak określenia w zaskarżonym przepisie przesłanek zwolnienia z obowiązku przestrzegania tajemnicy statystycznej nie wyklucza żądania przekazania na

cele postępowania karnego informacji udzielonych przez jednostki na cele statystyczne także w sytuacjach, gdy istnieje możliwość pozyskania tych informacji z innych źródeł. Z kolei brak procedury kontrolnej wobec postanowień wydanych na podstawie art. 180 § 1 k.p.k. uniemożliwia następczą weryfikację trafności decyzji o zwolnieniu z tajemnicy statystycznej co do określonych informacji. Z tych względów Trybunał Konstytucyjny uznaje, że art. 180 § 1 k.p.k. nie spełnia przesłanki konieczności ograniczeń prawa do prywatności i autonomii informacyjnej, wynikających z art. 51 ust. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji, czyli ograniczenia te są nieproporcjonalne. Z tych względów Trybunał stwierdza, że zaskarżony przepis w zakresie, w jakim dotyczy tajemnicy statystycznej jest niezgodny z art. 47 i art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Należy dodatkowo zauważyć, że brak określenia przesłanek zwolnienia od obowiązku przestrzegania tajemnicy statystycznej oraz brak procedury umożliwiającej weryfikację rozstrzygnięć o zwolnieniu z tego obowiązku stanowi zagrożenie dla istotnego interesu publicznego jakim jest statystyka publiczna. Udzielanie informacji objętych tajemnicą statystyczną na potrzeby postępowania karnego, w sytuacji gdy istnieje możliwość ich pozyskania w inny sposób, może podważyć wiarygodność statystyki publicznej⁵⁸⁶.

Reakcją ustawodawcy było objęcie od 18 lipca 2013 roku zakresem normowania art. 180 § 2 k.p.k. również tajemnicy statystycznej. Natomiast dopiero w wyniku gruntowej nowelizacji kodeksu postępowania karnego, która weszła w życie 1 lipca 2015 roku, wprowadzono zażalenie na postanowienie wydawane w trybie art. 180 § 1 k.p.k. Również wtedy w przepisie tym ustalono, że przesłanką zwolnienia z tajemnicy jest dobro wymiaru sprawiedliwości⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶ Wyrok TK z 13.12.2011 r., K 33/08, OTK-A 2011, nr 10, poz. 116.

⁵⁸⁷ Należy więc zauważyć, że ustawodawca nie usunął zróżnicowania przesłanek zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy, gdyż w art. 180 § 1 k.p.k. nie ustanowiono wskazanej w § 2 przesłanki, że okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Tym samym odrzucony został formułowany w doktrynie postulat, głoszący że „mimo braku wyraźnego wskazania w art. 180 § 1 k.p.k. przesłanek warunkujących skuteczne zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy służbowej lub związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji, jego wykładnia przeprowadzona zgodnie z obowiązującym wzorcem konstytucyjnym, w szczególności zaś przy uwzględnieniu wyrażonej w art. 31 ust. 1 Konstytucji zasady proporcjonalności, prowadzi do wniosku, że zwolnienie nastąpić może jedynie wówczas, gdy zachodzi konieczność uzyskania w ten sposób określonych dowodów, ich uzyskanie jest nieodzowne dla zapewnienia prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy, w tym w szczególności poczynienia zgodnych z prawdą materialną ustaleń faktycznych, a zarazem wcześniej organ prowadzący postępowanie wyczerpał możliwości poczynienia ustaleń dowodowych w tym zakresie za pośrednictwem innych środków dowodowych” (P. Kardas, Kilka uwag o ochronie tajemnicy statystycznej i podstawach prawnych

W orzecznictwie ETPC wagę wolności mediów podkreślono już w orzeczeniu z 29 kwietnia 1976 roku, wydanym w sprawie *Handyside*. Stwierdzono w nim, że „wolność wyrażania opinii stanowi jeden z podstawowych fundamentów takiego społeczeństwa, jeden z najważniejszych warunków rozwoju społeczeństwa jako całości, jak i rozwoju każdej jednostki. Z zastrzeżeniem ust. 2 art. 10 Konwencji⁵⁸⁸, wolność ta odnosi się nie tylko do «informacji» czy «poglądów», które spotykają się z przychylną reakcją lub są uznawane za nieobraźliwe, lub indyferentne, ale również do tych, które obrażają, szokują, czy wzbudzają niepokój Państwa, czy jakiegokolwiek grupy społecznej. Takie są wymogi pluralizmu, tolerancji oraz otwartości światopoglądowej, bez których nie można mówić o «społeczeństwie demokratycznym». To oznacza między innymi, że jakikolwiek wymóg formalny, warunek, ograniczenie i sankcja dotyczący tej sfery powinien być proporcjonalny do realizowanego prawnie uzasadnionego celu”⁵⁸⁹.

Precedensowy charakter miało orzeczenie ETPC z 27 marca 1996 roku, wydane w sprawie Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu. Została ona zainicjowana skargą londyńskiego dziennikarza – Williama Goodwina. 2 listopada 1989 roku został on poinformowany przez swojego informatora o problemach finansowych firmy Tetra Ltd. W związku z tym skarżący skontaktował się telefonicznie 6 i 7 listopada z tym przedsiębiorstwem, aby zweryfikować uzyskaną informację. W międzyczasie okazało się, że 1 listopada zaginął poufny projekt planu firmy, do którego dostęp miało tylko kilka osób. W związku z tym 7 listopada, na wniosek przedsiębiorstwa Tetra, wydany został sądowy zakaz publikacji jakichkolwiek informacji pochodzących z tego planu, a o treści orzeczenia media zostały poinformowane 16 listopada. Niecały tydzień później, 22 listopada, sąd nakazał Williamowi Goodwinowi ujawnić wszystkie jego notatki dotyczące tej sprawy, uzasadniając to interesem wymiaru sprawiedliwości. Uargumentowano to uzasadnionym podejrzeniem kradzieży poufnego planu

jej wykorzystywania w postępowaniu karnym. Obowiązek zachowania poufności danych statystycznych – względny czy bezwzględny zakaz dowodowy?, *CzPKiNP* wydanie specjalne/2009, s. 57).

⁵⁸⁸ Art. 10 EKPC. 1. Każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Niniejszy przepis nie wyklucza prawa Państw do poddania procedurze zezwoleń przedsiębiorstw radiowych, telewizyjnych lub kinematograficznych. 2. Korzystanie z tych wolności pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej.

⁵⁸⁹ Wyrok ETPC z 7.12.1976 r., 5493/72, *Handyside* przeciwko Wielkiej Brytanii, LEX nr 80798.

przedsiębiorstwa, a zatem dziennikarz, jakkolwiek bez swojej wiedzy i winy, został zaangażowany w to bezprawne działanie. Następnego dnia William Goodwin zaskarżył to orzeczenie, podnosząc, że w tej sprawie interes publiczny, leżący w opublikowaniu uzyskanych przez niego informacji, przeważa nad interesem przedsiębiorstwa polegającym na zachowaniu jego tajemnicy⁵⁹⁰.

W dniu 12 grudnia wniesiona apelacja została oddalona. Sąd odwoławczy uznał bowiem, że dostęp osoby nieznanej firmie do jej ściśle chronionych tajemnic stwarza dla niej trwałe zagrożenie, które może zostać wyeliminowane wyłącznie przez ustalenie danych tego człowieka. Tym samym uznano, że sam zakaz publikacji, jakkolwiek zabezpiecza firmę w tej konkretnej sprawie, to jednak nie gwarantuje trwałej ochrony jej prawnie strzeżonych interesów. Przeprowadzono przy tym test równowagi (*a balancing exercise*), podnosząc, że istnieje co prawda interes publiczny w zachowaniu w tajemnicy tożsamości informatora dziennikarza, ale w tej konkretnej sprawie jej ujawnienie leży w ogólnym interesie wymiaru sprawiedliwości. Nie stwierdzono równocześnie żadnej niegodziwości (*iniquity*) w działaniu firmy Tetra, w szczególności w przepływie informacji między zarządzającymi nią a jej akcjonariuszami. Uznano więc, że umożliwienie w istocie publicznego wglądu w kondycję finansową przedsiębiorstwa, będącego w istocie korporacyjnym zbiorem prywatnych jednostek, byłoby nieuzasadnioną ingerencją w sferę prywatności. Rozstrzygnięcie to zostało utrzymane w mocy ostatecznym orzeczeniem Izby Lordów z 4 kwietnia 1990 roku. Podkreślono w nim doniosłość przeprowadzenia testu równowagi, podkreślając, że istotnym czynnikiem brany pod uwagę jest charakter informacji pozyskanej z danego źródła – im większe jej znaczenie, tym intensywniejsza ochrona informatora. Jednakże jeszcze istotniejszym czynnikiem może być sposób uzyskania przez niego informacji, bowiem jego nielegalność zmniejsza stopień udzielanej ochrony⁵⁹¹.

Zaprezentowane rozumowanie zostało zakwestionowane przez ETPC. W wydanym orzeczeniu sąd uznał, że doszło do naruszenia art. 10 ust. 2 EKPC, bowiem ograniczenie wolności wypowiedzi nie spełniło wymienionych w tym przepisie przesłanek jego dopuszczalności. Stwierdzono bowiem, że w tej konkretnej sprawie firma Tetra uzyskała odpowiednią ochronę przez orzeczony zakaz publikacji opartych na pozyskanych informacjach. Jakkolwiek przedsiębiorstwo to ma interes w uzyskaniu

⁵⁹⁰ Z. Gostyński, *Tajemnica dziennikarska...*, s. 70-72.

⁵⁹¹ *Ibidem*, s. 72-73.

odszkodowania i zdemaskowaniu niełojalnego pracownika, to jednak racje te nie są wystarczającym uzasadnieniem ograniczenia wolności wypowiedzi⁵⁹².

Orzeczenie to zapadło stosunkiem jedenaście głosów za do siedmiu przeciw. Zgłoszono do niego trzy zdania odrębne, przy czym autor jednego z nich – sędzia Jan de Meyer – akceptując sentencję orzeczenia, wyraził jednocześnie przekonanie, że do naruszenie art. 10 EKPC doszłoby nawet wtedy, gdyby brytyjski sąd nie wydał zakazu publikacji, bowiem interes firmy Tetra nie stanowił adekwatnego uzasadnienia naruszenia wolności prasy⁵⁹³. W jednej z dwóch przeciwnych opinii stwierdzono zaś, że sądy brytyjskie prawidłowo przeprowadziły test równowagi, bowiem w tej sprawie ujawnienie tożsamości informatora nie byłoby naruszeniem konwencji. Zauważono, że sądy krajowe znajdują się w lepszej pozycji do oceny dowodów zgromadzonych w sprawie⁵⁹⁴. Natomiast w zdaniu odrębnym sędziego Briana Walsha wskazano, że orzeczeniem tym przyznano dziennikarzom przywilej, którym nie cieszą się inne osoby, zaś postępowanie Williama Goodwina powinno zostać ocenione jako polemizowanie z wiążącymi ustaleniami sądu⁵⁹⁵.

⁵⁹² *Ibidem*, s. 76-77. „In sum, there was not, in the Court’s view, a reasonable relationship of proportionality between the legitimate aim pursued by the disclosure order and the means deployed to achieve that aim. The restriction which the disclosure order entailed on the applicant journalist’s exercise of his freedom of expression cannot therefore be regarded as having been necessary in a democratic society, within the meaning of paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), for the protection of Tetra’s rights under English law, notwithstanding the margin of appreciation available to the national authorities” (Wyrok ETPC z 27.03.1996 r., Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, sprawa nr 17488/90).

⁵⁹³ „Even if there had not been such an injunction the disclosure order and the ensuing fine would not have been legitimate. The protection of a journalist’s source is of such a vital importance for the exercise of his right to freedom of expression that it must, as a matter of course, never be allowed to be infringed upon, save perhaps in very exceptional circumstances, which certainly did not exist in the present case”.

⁵⁹⁴ „First, the importance to Tetra of obtaining disclosure lay in the threat of severe damage to their business, and consequentially to the livelihood of their employees, which would arise from disclosure of the information contained in their corporate plan while their refinancing operations were still continuing. This threat could only be defused if they could identify the source as himself the thief of the stolen copy of the plan or as a means to lead to identification of the thief and thus put themselves in a position to institute proceedings for the recovery of the missing document. Secondly, the importance of protecting the source was much diminished by the source’s complicity, at the very least, in a gross breach of confidentiality which was not counterbalanced by any legitimate interest which publication of the information was calculated to serve. In this view of the balance, disclosure in the interests of justice was clearly of preponderating importance so as to override the policy underlying the statutory protection of sources and the test of necessity for disclosure was satisfied (...). The domestic courts were, in any event, better placed to evaluate, on the basis of the evidence before them, the strength of those interests, and in our view the conclusion which they reached as to where, in the light of their evaluation, the corresponding balance should be struck was within the margin of appreciation allowed to the national authorities”.

⁵⁹⁵ „Yet it appears to me that the Court in its decision has decided in effect that under the Convention a journalist is by virtue of his profession to be afforded a privilege not available to other persons. Should not the ordinary citizen writing a letter to the papers for publication be afforded an equal privilege even though he is not by profession a journalist? To distinguish between the journalist and the ordinary citizen must bring into question the provisions of Article 14 (art. 14) of the Convention (...). It is for the national courts to decide whether or not the document in question was stolen. Yet the applicant claims that because he does not believe it was stolen he can justify his refusal to comply with the court order made in his case. His

8.5 Charakterystyka

Omawiany zakaz dowodowy związany jest z konstytucyjnymi gwarancjami swobody komunikowania się oraz autonomią informacyjną, wyrażonymi odpowiednio w art. 49 i 51 ust. 1 Konstytucji RP. Efektywne wykonywanie wielu zawodów wymaga powierzania ich przedstawicielom określonych informacji przez klientów, nieraz o wrażliwym charakterze. Osoby je przekazujące mają więc prawo oczekiwać, że zostaną one zachowane w tajemnicy, o ile jest to prawnie zagwarantowane. Tajemnica zawodowa stanowi więc środek ochrony swobody komunikowania się, a ujawnienie przez jednostkę dotyczącej jej informacji to akt korzystania z tej swobody⁵⁹⁶. Zatem zakaz dowodowy z art. 180 k.p.k. stanowi urzeczywistnienie tych gwarancji w postępowaniu karnym. Przy czym chodzi tu o dobra klienta danego zawodu, co trafnie wyrażono w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Przykładowo w orzeczeniu wydanym w sprawie SK 64/03 stwierdzono:

Trybunał Konstytucyjny podkreśla jednak, że prawo do prywatności i poufności informacji nie przysługuje radcom prawnym, lecz ich klientom. Na radcach ciąży obowiązek respektowania tego prawa. Z ich punktu widzenia należy raczej mówić o konflikcie obowiązków prawnych: obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej i obowiązku wystąpienia w roli świadka. „Zwolnienia z obowiązku” zachowania tajemnicy zawodowej, uregulowanego w zaskarżonym art. 180 § 2 k.p.k., nie można traktować jako przypadku „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw”, do którego odnosi się art. 31 ust. 3 Konstytucji (...). Po drugie, Trybunał Konstytucyjny stoi na stanowisku, że na naruszenie wolności wskazanych w art. 49 i art. 51 ust. 2 Konstytucji – teoretycznie – mogliby powoływać się raczej klienci radców prawnych, aniżeli sami radcowie. Obowiązek zachowania tajemnicy ustanowiono bowiem w interesie klientów, a nie radców. Nie jest on wyrazem uprzywilejowania grupy

attitude and his words give the impression that he would comply if he believed the document in question had been stolen. He is thus setting up his personal belief as to truth of a fact which is exclusively within the domain of the national courts to decide as a justification for not obeying the order of the courts simply because he does not agree with the judicial findings of fact (...). Thus there is a breach of a primary rule of natural justice – no man is to be the judge of his own cause”.

⁵⁹⁶ M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa...*, s. 39.

zawodowej, lecz właśnie obowiązkiem związanym z wykonywaniem zawodu⁵⁹⁷.

8.6 Krytyka

Norma wyrażona w art. 179 k.p.k., podobnie jak sama instytucja tajemnicy państwowej, utrudnia praktyczną realizację konstytucyjnego prawa dostępu do informacji publicznej, wyrażonej w art. 61 ust. 1 Konstytucji RP⁵⁹⁸. Rzecz jasna nie występuje tu sprzeczność z ustawą zasadniczą, choćby z uwagi na ustęp 3 przywołanego przepisu⁵⁹⁹. Prawo do informacji zostało ukształtowane jako gwarancja jawności życia publicznego, od której odstępstwa są czymś naturalnym. Należy jednak zauważyć, że prowadzenie postępowania karnego to sytuacja, w której w grę wchodzi pociągnięcie kogoś do odpowiedzialności karnej, co stanowi kwestię istotniejszą niż samo tylko prawo do uzyskania informacji publicznej. Można sobie bowiem wyobrazić sytuację, w której ważny dowód, w tym o charakterze odciążającym, objęty jest tajemnicą państwową. W interesie oskarżonego leży więc jego ujawnienie, do czego jednak może nie dojść, mimo jego konstytucyjnego prawa żądania udzielenia informacji i istnienia po stronie tej osoby swoistego kwalifikowanego interesu w jej ujawnieniu, co wynika również z konieczności realizacji zasady domniemania niewinności. Krytycznie należy ocenić brak jakiegokolwiek mechanizmu kontroli odmowy zwolnienia z tajemnicy państwowej, który to zarzut był powodem rekomendowania w dwudziestoleciu międzywojennym niewprowadzania w ogóle wymogu zwolnienia przez przełożonego od obowiązku zachowania tajemnicy. Dochodzi bowiem do sytuacji, gdy sąd, a więc organ dysponujący wyłączną kompetencją do sprawowania wymiaru sprawiedliwości, nie ma możliwości

⁵⁹⁷ Wyrok TK z 22.11.2004 r., SK 64/03, OTK-A 2004, nr 10, poz. 107. Należy przy tym zaakcentować i podzielić wyrażone w tym orzeczeniu stanowisko: „Trybunał Konstytucyjny nie znajduje podstaw do zaakceptowania tezy o istnieniu konstytucyjnego prawa do zachowania tajemnicy zawodowej”. Aprobując to orzeczenie, wskazuje się, że uznanie tajemnicy adwokackiej za prawo podmiotowe adwokata skutkowałoby odwróceniem relacji klient-adwokat. W tej sytuacji bowiem nie byłoby istotne źródło uzyskanej informacji – klient – ale jej odbiorca, którym byłby adwokat. Oznaczałoby to oderwanie tajemnicy adwokackiej od jej uzasadnienia, którego upatruje się przede wszystkim w ochronie zaufania klienta do jego prawnika, a więc *de facto* w gwarancjach przyznanych temu pierwszemu. Tak P. Karlik, *Tajemnica adwokacka...*, *Palestra* 7-8/2019, s. 241.

⁵⁹⁸ Art. 61 ust 1 Konstytucji RP. Obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa.

⁵⁹⁹ Art. 61 ust. 3 Konstytucji RP. Ograniczenie prawa, o którym mowa w ust. 1 i 2, może nastąpić wyłącznie ze względu na określone w ustawach ochronę wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych oraz ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa.

nie tyle swobodnego, co jakiegokolwiek decydowania o możliwości przeprowadzenia konkretnego dowodu⁶⁰⁰.

Co więcej, przesłanka odmowy zwolnienia z tajemnicy – wyrządzenie poważnej szkody państwu – ma charakter wysoce oceny. Zważywszy zaś na wspomniany brak kontroli takiej decyzji, ma ona charakter *de facto* uznaniowy. Ocena obowiązującej regulacji jest tym bardziej krytyczna, że pomimo przemian ustrojowych, w aktualnie obowiązujących przepisach dotyczących trybu zwolnienia z tajemnicy państwowej ustawodawca dosłownie powtórzył przepis z kodeksu z 1969 roku. Nie doszło do żadnej zmiany normatywnej, mimo formułowania w doktrynie krytycznych postulatów *de lege ferenda*, zgodnie z którymi o zwolnieniu z tajemnicy państwowej powinien ostatecznie decydować Sąd Najwyższy w składzie jednego sędziego⁶⁰¹. Argumentuje się bowiem, że regulacja w postaci art. 179 § 3 k.p.k., wprowadzająca pewną formę weryfikacji decyzji odmawiającej zwolnienia z tajemnicy państwowej, nie jest wystarczająca, ponieważ sprowadza się do przeniesienia rozstrzygnięcia na najwyższy szczebel hierarchiczny, co nie daje odpowiednich gwarancji wnikliwości i bezstronności oceny. W dalszym ciągu to

⁶⁰⁰ M. Leciak, *Tajemnica państwowa...*, s. 62. Autor ten trafnie przywołuje orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego, które zostało co prawda wydane na gruncie nieobowiązującego już stanu prawnego, to niestety wyrażona we wskazanym postanowieniu argumentacja nie straciła aktualności. „W obowiązującym systemie prawnym nie została określona procedura ujawniania wiadomości, stanowiących tajemnicę państwową. W najbardziej newralgicznym zakresie, a mianowicie postępowania karnego (a przecież sprawy cywilne o ochronę dóbr osobistych mają także bardzo istotne znaczenie), jak to już wcześniej wspomniano, art. 162 kpk dopuszcza możliwość przesłuchania osób obowiązanych do zachowania tajemnicy państwowej «tylko po zwolnieniu tych osób od obowiązku zachowania tajemnicy przez uprawniony organ przełożony», tzn. po podjęciu pozytywnej decyzji przez organ administracji państwowej. Trybunał Konstytucyjny jest zdania, że regulacja pozostawiająca Ministrowi Spraw Wewnętrznych prawo decydowania, bez określenia materialnych przesłanek i procedury, w tym zwłaszcza bez określenia środków odwoławczych, o ujawnieniu sądowi wiadomości stanowiących wprawdzie tajemnicę państwową, ale koniecznych dla rozstrzygnięcia sprawy zawisłej przed sądem, i nasuwa istotne wątpliwości co do spójności z art. 1 i art. 56 pozostawionych w mocy przepisów konstytucyjnych a także art. 1 Ustawy Konstytucyjnej z dnia 17 X 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz. U. Nr 84, poz. 426), zwanej dalej Małą Konstytucją. Zarówno zasada podziału władz (wynikająca *implicite* z art. 1 pozostawionych w mocy przepisów konstytucyjnych i wyrażona ostatecznie w art. 1 Małej Konstytucji), jak i zasada sądowego wymiaru sprawiedliwości (art. 56 ust. 1 pozostawionych w mocy przepisów konstytucyjnych) wymagają, aby w braku szczególnych, odmiennych uregulowań konstytucyjnych (jak np. art. 43 Małej Konstytucji), sądy rozstrzygały wszelkie kwestie konieczne dla należytego przeprowadzenia postępowania sądowego. Skoro bowiem «wymiar sprawiedliwości należy do sądów» (cyt. wyż. art. 56), to sądy nie mogą być pozbawione możliwości swobodnego ustalania faktów koniecznych dla wydania rozstrzygnięcia. W odniesieniu do odpowiedzialności karnej konsekwencje takiego rozumienia zasady sądowego wymiaru sprawiedliwości ulegają dodatkowemu podkreśleniu ze względu na konstytucyjne prawo do obrony (art. 63 ust. 3 pozostawionych w mocy przepisów konstytucyjnych) oraz gwarancje, wynikające z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Tym samym, jeżeli zaznajomienie się z wiadomością stanowiącą tajemnicę państwową jest konieczną przesłanką rozstrzygnięcia sprawy przez sąd, to decyzja o ujawnieniu tej wiadomości nie może być pozostawiona organowi władzy wykonawczej, zwłaszcza w sytuacji, gdy sposób i tryb podejmowania tej decyzji nie są unormowane a podjęta decyzja nie podlega żadnej prawnej kontroli” (Postanowienie TK z 13.06.1994 r., S 1/94, OTK 1994, nr 1, poz. 28).

⁶⁰¹ Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 195.

bowiem przedstawiciele władzy wykonawczej, dążący z zasady do zapewnienia jak najpełniejszej ochrony informacji objętych tajemnicą państwową, mogą wywierać znaczący wpływ, potencjalnie niweczący wręcz możliwość prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, na sprawowanie wymiaru sprawiedliwości, który konstytucyjnie jest zastrzeżony do wyłącznej kompetencji sądów⁶⁰².

Jako uzasadnienie ochrony tajemnicy dziennikarskiej przytoczono słowa dwudziestowiecznego amerykańskiego filozofa prawa Edmonda Cahna: „wolność prasy jest dalece zbyt ważna, aby pozostawić ją w rękach prawników i wydawców. Żadna inna instytucja nie wpływa tak bezpośrednio na kształt i naturę społeczeństwa, żadna inna wolność obywatelska nie wtapia się tak przenikliwie w życie społeczności, a – ponieważ wolność prasy jest w gruncie rzeczy wspólną umową między wszystkimi ludźmi – żadna inna przez nich zawarta umowa nie ukazuje tak precyzyjnie oceny ludzi ich własnej inteligencji, krytycznego sądu i moralnej wartości. Rozważać prawo do wolności prasy to rozważać społeczną wartość i przyszłe nadzieje samej demokracji”⁶⁰³. Słowa te można uznać za reprezentatywne dla dwudziestowiecznego podejścia do prasy i jej wolności. Można jednak zasadnie powątpiewać, czy również aktualnie prasa pełni w życiu społecznym i publicznym tak istotną rolę.

Co do prawa odmowy złożenia zeznań przez dziennikarza krytycznie argumentowano, że obowiązywanie takiej normy osłabi autorytet sądów, a ukrycie w ten sposób dowodów potrzebnych do wyjaśnienia sprawy utrudni funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości. Sensacyjna prasa może wykorzystać ten przywilej do ochrony przestępców, zaś urzędnicy mogą być narażeni bezkarnie na pośmiewisko. Co więcej, dziennikarze mogą wcielić się w rolę detektywów, a to zaowocuje ich niezdrowym kontaktem ze światem przestępczym. Twierdzono, że nie należy również przeszacowywać ilości informacji uzyskiwanych przez dziennikarzy ze źródeł, których tożsamość chcieliby oni zachować w tajemnicy⁶⁰⁴.

Na marginesie należy odnotować, że odmiennie uregulowano kwestię zwolnienia z tajemnicy zawodowej w ustawie z 21 stycznia 1999 roku o sejmowej komisji śledczej

⁶⁰² S. Steinborn, Zwolnienie świadka w procesie karnym z tajemnicy państwowej, *Państwo i Prawo* 2/2008, s. 72. W tej samej publikacji autor ten analizował kwestię zwolnienia z tajemnicy piastunów najwyższych organów państwa np. Prezydenta RP, Prezesa NBP, Marszałka Sejmu, dochodząc do wniosku, że z powodu braku odpowiednich organów, mogących decydować o zwolnieniu ich z tajemnicy, rozstrzygać te kwestie powinien sąd rozpoznający sprawę. Do takiego wniosku prowadzi autora przede wszystkim odrzucenie innych możliwości rozwiązania tego problemu i potraktowanie przyjętej opcji za najbardziej odpowiadającą duchowi ustawy (*ibidem*, s. 69-71).

⁶⁰³ Cytat za: Z. Gostyński, *Tajemnica dziennikarska...*, s. 45.

⁶⁰⁴ J. Sawicki, *Tajemnica zawodowa...*, s. 80.

(Dz.U.1999.35.321). Obowiązujący od 22 lipca 2005 roku art. 11g ust. 1 tej ustawy stanowi, że osoby obowiązane do zachowania tajemnicy notarialnej, adwokackiej, radcy prawnego, lekarskiej lub dziennikarskiej mogą być przesłuchane co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla ochrony ważnych interesów państwa, a zwłaszcza ochrony bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Należy podzielić krytyczną ocenę tej regulacji, bowiem z jednej strony trudno wyobrazić sobie, by w specyficznym ze swej natury postępowaniu przed sejmową komisją śledczą mogło dojść do spełnienia przesłanki ochrony ważnych interesów państwa, a zwłaszcza ochrony bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego. Ponadto dochodzi tu do dosłownego powtórzenia niektórych przesłanek dopuszczalności ograniczeń ochrony konstytucyjnych praw i wolności, wyrażonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP⁶⁰⁵, podczas gdy od regulacji ustawowej należałoby oczekiwać większego stopnia precyzji ustanawianych regulacji⁶⁰⁶. Nie dostrzegam również dostatecznych racji uzasadniających odmienną w tym zakresie względem analogicznych przepisów procedury karnej. Zważywszy na art. 11i⁶⁰⁷ cytowanej ustawy, może to również rodzić trudności interpretacyjne w zakresie prawidłowego sposobu stosowania reguły kolizyjnej *lex specialis derogat legi generali*, choćby w odniesieniu do tajemnicy anonimatu i bezwzględnego zakazu dowodowego z art. 199 k.p.k.

9. Zakazy wykorzystania dowodów

9.1 Skutki naruszenia zakazów dowodowych – ujęcie historyczne i współczesne

Jak słusznie się zauważa, zdobycie dowodu i jego wykorzystanie to dwie samoistne formy ingerencji organów ścigania w dobra chronione ustanowionym zakazem dowodowym⁶⁰⁸. O ile pierwsza kwestia była w przepisach zwykle wyraźnie unormowana, o tyle co do drugiej brak było jednoznacznych regulacji, co przekładało się na znaczną

⁶⁰⁵ Art. 31 Konstytucji RP: Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

⁶⁰⁶ P. Karlik, *Tajemnica adwokacka...*, s. 246.

⁶⁰⁷ Art. 11i. Do postępowania w sprawach wzywania oraz przesłuchiwania osób wezwanych przez komisję oraz zwalniania ich z obowiązku zachowania tajemnicy w zakresie nieuregulowanym w niniejszej ustawie stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego dotyczące w tym zakresie świadków.

⁶⁰⁸ Z. Brodzisz, Zakazy dowodowe związane z ochroną tajemnicy dziennikarskiej w polskiej i niemieckiej procedurze karnej, *Prokuratura i Prawo* 5/2012, s. 142.

rozbieżność stanowisk prezentowanych w doktrynie na przestrzeni wielu lat. W pionierskiej monografii Mariana Cieślaka z 1955 roku, dotyczącej prawa dowodowego, poświęcono cały rozdział zakazom dowodowym, nie omawiając jednak konsekwencji ich naruszenia⁶⁰⁹. Formułowano rozbieżne poglądy, posiłkując się przykładami dotyczącymi naruszeń różnych reguł dowodowych⁶¹⁰. W pracy z 1983 roku Romuald Kmiecik uznał, że zakazy dowodowe jednocześnie zabraniają przeprowadzenia określonego dowodu, jak i pełnią rolę „sankcji procesowych dyskwalifikujących niedopuszczalne czynności dowodowe (skoro czynność niedopuszczalna czyli «zakazana» jest czymś więcej niż «bezwzględnie nieważna»)⁶¹¹.

Na gruncie kodeksu postępowania karnego z 1928 roku generalnie uznawano, że „dowód przeprowadzony wbrew zakazom dowodowym musi być traktowany jako nieprzeprowadzony”⁶¹². Naruszenie zakazu dowodowego skutkowało traktowaniem tak przeprowadzonego dowodu jako nieistniejącego i niemożnością oparcia na nim orzeczenia wydanego w sprawie. Rozumowanie to dotyczyło nie tylko wprost wyrażonych zakazów. W wyroku z 6 października 1958 roku Sąd Najwyższy orzekł, że „badanie podejrzanego w charakterze świadka obraża art. 73 k.p.k. [Oskarżony może nie odpowiadać na zadawane mu pytania – *dop. J.K.*] i narusza poważnie prawo oskarżonego do obrony. Materiały dowodowe, w ten sposób uzyskane w śledztwie, nie mogą być przez Sąd wykorzystane”⁶¹³. Nie był to jednak pogląd jednoznacznie akceptowany. Tadeusz Taras poruszył z kolei problem dopuszczalności przeprowadzenia u oskarżonego narkoanalizy. Choć taka czynność również nie była wprost zakazana, to autor ten stwierdzał, że tak zdobyty dowód należałoby uznać za niedopuszczalny, bowiem jego uzyskanie godziłoby właśnie w obowiązek zapewnienia swobody wypowiedzi⁶¹⁴. Z kolei Stanisław Waltoś, akceptując zacytowane orzeczenie Sądu Najwyższego i opierając się na przykładzie przesłuchania duchownego co do faktów, o których dowiedział się on na spowiedzi, uważał złamanie zakazu dowodowego za takie uchybienie procesowe, którego nie sposób konwalidować, a to z uwagi powstanie stanu nieodwracalnego, którego skutków nie mogą zatrzeć żadne inne czynności. Taka wadliwość skutkowałą

⁶⁰⁹ W. Jasiński, *Nielegalnie uzyskane...*, s. 311.

⁶¹⁰ *Ibidem*, s. 312-313.

⁶¹¹ R. Kmiecik, *Dowód ścisły...* s. 78. Zgodnie z terminologią zaproponowaną przez tego autora zakazy dowodowe łączą w sobie normy I stopnia – zakazujące określonego postępowania – jak i II stopnia, czyli określających konsekwencje naruszenia zakazu wyrażonego przez normę I stopnia.

⁶¹² S. Kalinowski, *Postępowanie karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1966, s. 287.

⁶¹³ Wyrok SN z 6.10.1958 r., III K 238/58, OSNPG 1959, nr 2, poz. 6.

⁶¹⁴ T. Taras, Niedozwolone metody śledcze (narkoanaliza w procesie karnym), *Problemy Kryminalistyki* 59/1966, s. 77-85.

nieważnością dowodu w znaczeniu braku możliwości zaliczenia go w poczet materiału dowodowego. Co prawda autor ten podnosił, że naruszenia reguł dowodowych nie muszą skutkować nieważnością lub niemożnością wykorzystania dowodu w procesie wyrokowania, to jednak ograniczał taki wniosek do wadliwości czynności niezwiązanych bezpośrednio z gwarancjami procesowymi stron postępowania, a zwłaszcza oskarżonego. Waltoś twierdził, że pogląd dopuszczający, w imię dążenia do zbadania prawdy materialnej, skorzystanie z rezultatu tak przeprowadzonych czynności „byłby jednak raczej objawem całkowitego lekceważenia nie tylko form procesowych, ale i gwarancji procesowych”⁶¹⁵.

W polskim ustawodawstwie nadal niełatwo znaleźć odzwierciedlenie refleksji na temat różnicy między zdobyciem dowodu objętego zakazem, a jego wykorzystaniem⁶¹⁶. Formułując ogólne uwagi co do konsekwencji naruszenia zakazu dowodowego, należy zauważyć, że zgodnie z poglądem dominującym zachowanie takie powinno skutkować nieuwzględnieniem przez sąd w podstawie faktycznej orzeczenia dowodów zgromadzonych wbrew zakazom dowodowym. Sąd nie ma bowiem możliwości wydania hipotetycznego orzeczenia o eliminacji lub usunięciu dowodu⁶¹⁷.

Z jednej strony akcentuje się niespójność tego rozwiązania z art. 51 ust. 4 Konstytucji RP⁶¹⁸, bowiem jednostka nie ma możliwości domagania się od prowadzącego postępowanie usunięcia informacji zebranych w sposób sprzeczny z ustawą – w tym przypadku sprzeczny z zakazem dowodowym⁶¹⁹; co oznacza, że w sytuacji tej po stronie jednostki nie powstaje opisane już roszczenie o usunięcie skutków naruszenia prawa do nieujawniania informacji. Nadto, jeśli sąd oprze swoje rozstrzygnięcie na dowodzie przeprowadzonym wbrew obowiązującemu zakazowi, to podstawą apelacji może być

⁶¹⁵ S. Waltoś, *Konwalidacja w procesie karnym*, *Nowe Prawo* 4/1960, s. 501, 506.

⁶¹⁶ Dla porównania niemiecki model zakazu wykorzystania dowodów oparty jest w pewnym stopniu na przepisach ustawy procesowej, jednak w znacznej mierze składa się on z norm wyinterpretowanych z konstytucji. Tak zbudowany model z jednej strony cechuje się daleko idącą kazuistyką, z drugiej zaś stanowi odzwierciedlenie refleksji konstytucyjnoprawnej (D. Gruszecka, *Zarys problematyki...*, s. 60).

⁶¹⁷ J. Skorupka, *Eliminowanie z procesu karnego dowodu zebranego w sposób sprzeczny z ustawą*, *Państwo i Prawo* 3/2011, s. 84-85.

⁶¹⁸ Art. 51 ust. 4. głosi: „Każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą”. Stanowi to odzwierciedlenie prawa jednostki do dysponowania informacjami o sobie, które w niemieckiej doktrynie określa się jako *Informationsbeherrschungsrechte*.

⁶¹⁹ W postanowieniu Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 6/07, a także w wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 18 marca 2010 r., sygn. II AKa 18/10, sądy wskazały, że dowody z nielegalnego podsłuchu nie powinny być podstawą wyrokowania, bowiem sprzeciwia się to m. in. art. 51 Konstytucji RP. Oba judykaty nie dotyczyły co prawda dowodu uzyskanego wbrew zakazowi dowodowemu, jednak odnosiły się do szerszej kategorii dowodów zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. W obu wyrokach próżno jednak szukać choćby postulatów przyznania stronie postępowania prawa do usunięcia takich dowodów.

jedynie zarzut z art. 438 pkt 2 k.p.k., czyli obraza przepisów postępowania, co do której trzeba dodatkowo wykazać, że mogła mieć ona wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia⁶²⁰.

Z drugiej strony podkreśla się, że nie da się sformułować ogólnej zasady, zgodnie z którą naruszenie zakazu dowodowego powinno skutkować aktualizacją zakazu wykorzystania tak uzyskanego dowodu. Wyrażono w tym kontekście dość osobliwy pogląd, że w niektórych przypadkach naruszenie zakazu dowodowego może mieć pozytywny wpływ na treść wydanego orzeczenia, a to przez doprowadzenie do wydania słusznego orzeczenia, które w efekcie nie powinno zostać uchylone. Argumentowano przy tym, że pozytywny charakter wpływu wynika z rozstrzygnięcia *in concreto* konfliktu między zakazem dowodowym a zasadą prawdy materialnej na korzyść tej drugiej⁶²¹. Pogląd taki oceniam krytycznie, prowadziłyby to bowiem do przekreślenia wartości leżących u podstaw opisanej już racjonalności komunikacyjnej i niezasadnym dążeniu do realizacji wyłącznie założeń racjonalności technologicznej.

Za nietrafne należy uznać różnicowanie sankcji naruszenia zakazu dowodowego w zależności od posłużenia się przez ustawodawcę zwrotem „nie stanowi dowodu” albo „nie może służyć za dowód”⁶²². Sankcja w obu tych przypadkach jest taka sama – polega

⁶²⁰ J. Skorupka, *Eliminowanie z procesu...*, s. 83. Autor ten negatywnie ocenia sytuację, w której niekonstytucyjność przeprowadzenia dowodu, a taką przyjmuje konsekwencję naruszenia zakazu dowodowego, skutkuje zaistnieniem jedynie względnej przyczyny odwoławczej. Należy bowiem zauważyć, że dochodziło do sytuacji, w których stwierdzano, że naruszenie zakazu dowodowego nie powinno być skutkować uchYLENIEM orzeczenia wydanego z uwzględnieniem dowodów uzyskanych w tak wadliwy sposób. W sprawie zakończonej wydaniem przez Sąd Najwyższy 10 listopada 1980 wyroku, I KR 259/80, utrzymującego w mocy zaskarżone orzeczenia, sygnatura akt I KR 259/80, stwierdzono, że co prawda sądy rozpoznające sprawę niezasadnie zaliczyły w poczet materiału dowodowego zeznanie świadka, który prawidłowo skorzystał z prawa do odmowy złożenia zeznań, to jednak orzeczenia wydane w tej sprawie nie podlegają uchYLENIU „świadek Janina S. bowiem odeszła znad rzeki w momencie rozpoczęcia się ostatniej, decydującej dla kwestii winy oskarżonego, fazy zajścia i zeznania jej nie miały wpływu na decyzję sądu o uniewinnieniu oskarżonego”. Natomiast w wyroku Sądu Najwyższego z 17 sierpnia 1984 roku, wydanego w sprawie o sygnaturze akt IV KR 180/84, krytycznie oceniono wyrażony w rewizji wniosek o przesłuchanie świadka Jacka P., który skorzystał z przysługującego mu prawa odmowy złożenia zeznań, wskazując nadto, że co prawda „Sąd Wojewódzki ujawnił złożone w postępowaniu przygotowawczym wyjaśnienia Jacka P., jednakże uchybienie to nie miało wpływu na treść wyroku, skoro na te wyjaśnienia nie powołał się, czyniąc ustalenia”.

⁶²¹ Z. Sobolewski, *Samooskarżenie...*, s. 119-120. Można natomiast stwierdzić, że ten sam autor dostrzegł problem niedostatecznego, jego zdaniem, unormowania sytuacji wyeliminowania z materiału dowodowego dowodu uzyskanego wbrew zakazowi dowodowemu. Słusznie odrzucając możliwość fizycznego usunięcia takiego materiału z akt postępowania, postulował wydanie postanowienia o wyłączeniu dowodu – *ibidem*, s. 124. Trzeba jednak zauważyć, że na gruncie zarówno ówczesnego, jak i współczesnego stanu prawnego, wypowiedź tę można traktować wyłącznie jako postulat *de lege ferenda*, brak jest bowiem podstawy prawnej do wydania takiego postanowienia.

⁶²² B. Janusz-Pohl, *Zakazy dowodowe...*, s. 115. Zdaniem autorki zwrot „nie stanowi dowodu” wyraża regułę konstytucyjną nakazującą dyskwalifikację wytworu czynności i samej czynności, zaś sformułowanie „nie może służyć za dowód” należy łączyć z naruszeniem reguł formalizacji czynności procesowej i nie dyskwalifikuje samej czynności dowodowej, a jedynie zakazuje wykorzystania jej wytworu.

na niemożności wykorzystania dowodu w postępowaniu karnym. Drugi z zacytowanych zwrotów występuje jedynie w zacytowanym już art. 186 § 1 k.p.k., odnoszącym się do zakazu wykorzystania dowodu z wcześniejszego zeznania świadka, który następnie skorzystał z przysługującego mu prawa do odmowy złożenia zeznań. Specyfika tej sytuacji procesowej polega na tym, że pierwotnie dowód z przesłuchania świadka był prawidłowo przeprowadzony, a o jego eliminacji decyduje dopiero późniejsza decyzja tej osoby. W związku z tym zwrot „nie może służyć za dowód” lepiej oddaje sytuację, w której zeznania świadka stanowią prawidłowo uzyskany dowód, który nie może zostać wykorzystany jedynie z powodu negatywnej decyzji świadka, późniejszej niż samo przesłuchanie.

9.2.1 Sankcja za naruszenie zakazów dowodowych

Problem niejednoznaczności sankcji w przypadku norm wyrażających zakazy dowodowe może prowadzić do pewnych nieporozumień. W piśmiennictwie wyrażono stanowisko, zgodnie z którym nie sposób traktować zakazów dowodowych jako „norm zakazujących określonego podmiotowi, określonego zachowania się, w określonej sytuacji”⁶²³. Tezę tę uzasadnia się przy pomocy argumentu, że takie ujęcie zakazów dowodowych nadawałoby im charakter norm sankcjonowanych, których obowiązywanie w systemie prawa wymaga jednocześnie obowiązywania odpowiednich norm sankcjonujących. Jeśli takowe nie występują, to norma sankcjonowana może być jedynie określona jako *lex imperfecta*⁶²⁴.

Stanowisko to należy uznać za nietrafne. W istocie bowiem brak w systemie normy sankcjonującej nie czyni z normy sankcjonowanej *lex imperfecta*, lecz w ogóle odbiera jej charakter normy sankcjonowanej. Trzeba uściślić, że nie sposób zaaprobować „poglądu o obowiązywaniu normy sankcjonowanej na skutek obowiązywania normy sankcjonującej”⁶²⁵. Stanowisko to uważam za rezultat pomylenia kwestii obowiązywania normy i klasyfikowania jej jako normy pewnego rodzaju. Otóż w mojej ocenie norma sankcjonowana obowiązuje wskutek spełnienia ogólnie przyjętych kryteriów obowiązywania norm, do których nie można zaliczyć obowiązywania normy sankcjonującej. Ta druga okoliczność decyduje wyłącznie o tym, czy obowiązującą

⁶²³ B. Janusz-Pohl, Zakazy dowodowe..., s. 114.

⁶²⁴ *Ibidem*.

⁶²⁵ Ł. Pohl, W odpowiedzi na uwagi prof. Wojciecha Patryasa o artykule Łukasza Pohla „Norma sankcjonowana w prawie karnym jako przykład normy prawnej nie będącej normą postępowania”, *RPEiS* 4/2006, s. 176.

normę można uznać za normę sankcjonowaną⁶²⁶. Należy także zwrócić uwagę, że pojęć normy sankcjonowanej i normy sankcjonującej używa się zasadniczo na gruncie prawa karnego materialnego, i to głównie w kontekście opisu poszczególnych czynów zabronionych. Nie sposób jednak sprowadzać wszelkich norm zakazujących do norm sankcjonowanych⁶²⁷.

Tym bardziej za bezzasadne należy uznać twierdzenie, że „zakazy dowodowe to nie normy postępowania”⁶²⁸. Ten kategoryczny pogląd wynika z przekonania, że normami postępowania są te normy, które wywierają wpływ na zachowanie ich adresatów za sprawą swej funkcji sugestywnej⁶²⁹. Uważam jednak, że nie sposób twierdzić, by zakazy dowodowe nie wpływały na zachowanie ich adresatów – organów procesowych – dążących przecież do tego, by podejmowane przez nich czynności zostały uznane za przeprowadzone w sposób prawidłowy, a zatem mogły wyrzucić zamierzone skutki procesowe. Rzecz jasna normy tego rodzaju nie są obwarowane sankcją karną, ale przecież sankcje tego rodzaju należą do rzadkości w systemie prawa, w którym prawo karne uznawane jest za *ultima ratio*⁶³⁰. Nie dostrzegam ponadto wystarczających racji dla uznania, że normy o charakterze *leges imperfectae* nie stanowią norm postępowania. Musiałoby to bowiem prowadzić do stwierdzenia, że za normę postępowania można uznać wyłącznie normę opatrzoną sankcją, które to stanowisko należy uznać za oczywiście nietrafne (co najdobitniej unaocznia przykład norm programowych).

Należy wreszcie zauważyć, że chybione jest traktowanie zakazów dowodowych jako norm o charakterze *leges imperfectae*. Nic nie stoi bowiem na przeszkodzie, by treść

⁶²⁶ Wniosek taki wspiera stwierdzenie, że „związek (...) między normami sankcjonującymi a sankcjonowanymi nie jest związkiem logicznym, lecz jedynie związkiem funkcjonalnym” (L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawnoznawstwa*, Warszawa 1973, s. 91).

⁶²⁷ W. Patryas, Na polemikę dra Łukasza Pohla – odpowiedź, *RPEiS* 4/2006, s. 179. W tym artykule autor proponuje posługiwać się pojęciem normy wyjściowej dla normy adresowanej do ogółu, a nie do podmiotów wymierzających karę. Skoro zakazy dowodowe adresowane są do organów procesowych, nie będę posługiwać się zaproponowanym pojęciem, aby uniknąć ewentualnego zarzutu wykorzystywania terminu określającego normę odnoszącą się do ogółu dla określenia normy dotyczącej działań dość wąsko wyznaczonej grupy adresatów.

⁶²⁸ B. Janusz-Pohl, *Zakazy dowodowe...*, s. 122. Przy czym wypada podkreślić, że nieaprobowanie tego poglądu nie pozostaje w sprzeczności z akceptacją stanowiska zacytowanej autorki, zgodnie z którym zakazy dowodowe mają charakter norm kompetencyjnych. Uważam bowiem, że normy kompetencyjne można również uznać za normy postępowania.

⁶²⁹ Ł. Pohl, Norma sankcjonowana w prawie karnym jako przykład normy prawnej nie będącej normą postępowania, *RPEiS* 1/2006, s. 57. Autor ten wskazuje, że „ustanowienie dla kogoś normy jest działaniem zmierzającym właśnie do tego, żeby na czyjąś wolę sugestywnie oddziaływać”.

⁶³⁰ Gdyby konsekwentnie głosić przeciwnie stanowisko, należałoby uznać, że ani art. 174 k.p.k. (Dowodu z wyjaśnień oskarżonego lub z zeznań świadka nie wolno zastępować treścią pism, zapisków lub notatek urzędowych) ani 393 § 1 k.p.k. zdanie drugie (Nie wolno jednak odczytywać notatek dotyczących czynności, z których wymagane jest sporządzenie protokołu) nie stanowią norm postępowania ani też nie mają charakteru zakazującego, a stanowią jedynie normy kompetencyjne.

norm sankcjonujących dekodować z całokształtu systemu prawa⁶³¹. W związku z tym za normę tego typu można uznać choćby normę wysłowioną w art. 438 pkt 2 k.p.k.⁶³², pośrednio nakazującą uchylenie lub zmianę orzeczenia wydanego na skutek obrazy przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia. Nie przesądzając jeszcze charakteru norm wyrażających zakazy dowodowe, należy stwierdzić, że przywołane podstawy nie są wystarczające, by nie klasyfikować norm tego rodzaju jako norm sankcjonowanych, wyrażających zakaz przeprowadzania określonych dowodów, adresowany do organów procesowych. Zresztą również w innych systemach prawnych nie ustanowiono ogólnej normy, zakazującej wykorzystania w procesie dowodu uzyskanego wbrew jakiegokolwiek zakazowi dowodowemu⁶³³. W niemieckiej doktrynie odróżnia się zakazy przedkładania dowodów (*Beweiserhebungsverbote*), generalnie zakazujących ich wprowadzania do postępowania, od zakazów wykorzystania dowodów (*Beweisverwertungsverbote*), które nie pozwalają wykorzystać wyniku dowodowego, jednak po wcześniejszym przeprowadzeniu oceny danego dowodu⁶³⁴.

9.2.2 Uzasadnienie zakazów wykorzystania dowodów

Zasady wykorzystania dowodów wywodzą się z trzech głównych źródeł:

- 1) zasady zabezpieczenia wykrycia prawdy;
- 2) zasady zachowania legitymacji do karania;
- 3) zasady ochrony praw do nieujawniania informacji, które z kolei dzielą się na:
 - a. zakazy samodzielne – będące następstwem praw do nieujawniania informacji, które od początku nakierowane są na ich ochronę przed wykorzystaniem,

⁶³¹ Co ciekawe, dostrzega to również sama autorka, stwierdzając „nie oznacza to wcale, iż ustawodawca musi kwestię «dyskwalifikacji dowodu» (dyskwalifikacja czynności lub dyskwalifikacja jej wytworu) w każdym wypadku uregulować wprost, lecz kodując w przepisach regułę dotyczącą karnoprocesowej czynności konwencjonalnej, zawsze winien mieć w polu widzenia «pożądany» jej status” (*ibidem*, s. 125).

⁶³² Orzeczenie ulega uchyleniu lub zmianie w razie stwierdzenia:

1) obrazy przepisów prawa materialnego w zakresie kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu;

1a) obrazy przepisów prawa materialnego w innym wypadku niż wskazany w pkt 1, chyba że pomimo błędnej podstawy prawnej orzeczenie odpowiada prawu;

2) obrazy przepisów postępowania, jeżeli mogła ona mieć wpływ na treść orzeczenia;

3) błędów w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, jeżeli mógł on mieć wpływ na treść tego orzeczenia;

4) rażącej niewspółmierności kary, środka karnego, nawiązki lub niesłusznego zastosowania albo niezastosowania środka zabezpieczającego, przepadku lub innego środka.

⁶³³ L. Morawski, *Argumentacje...*, s. 269.

⁶³⁴ Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 46.

- b. zakazy niesamodzielne – będące następstwem naruszenia prawa do nieujawniania informacji, które zostały zebrane w sposób sprzeczny z prawem⁶³⁵.

Ustanowienie zakazów wykorzystania dowodów pozyskanych z naruszeniem prawa ma przede wszystkim uzasadnienie prakseologiczne. Błędy popełnione przez organy gromadzące materiał dowodowy mogą nie tylko ograniczyć realizację zasady prawdy materialnej, ale też utrudnić bądź wręcz uniemożliwić przypisanie sprawcy przestępstwa odpowiedzialności karnej. Zakazy wykorzystania dowodów powodują więc, że naruszanie zakazów dowodowych jest nieopłacalne, a przez to działają dyscyplinująco⁶³⁶. Jakkolwiek spotkać można głosy, że założenie o dyscyplinowaniu w ten sposób organów procesowych oparte jest na empirycznie wątpliwych mechanizmach psychologicznych, to trudno zakwestionować argument, że działania śledcze, nastawione na efektywne ściganie sprawców przestępstw, prowadzone są w sposób pozwalający na wykorzystanie ich owoców w postępowaniu karnym. W związku z tym zakazy wykorzystania dowodów niejako wymuszają przestrzeganie zakazów dowodowych, bowiem wykroczenie przeciwko nim oznaczałoby podejmowanie nieuzasadnionego, bezcelowego wysiłku⁶³⁷.

Pojawia się również argument, że obowiązywanie zakazów wykorzystania dowodów powoduje, że koszty błędów organów procesowych ponosi społeczeństwo, w którego interesie jest, by sprawca przestępstwa został pociągnięty do odpowiedzialności, co może być wykluczone w sytuacji, gdy zakazy te mają być środkami sankcjonującymi nieprawidłowe działanie śledczych. Należy jednak zauważyć, że argument ten obarczony jest błędem postrzegania procesu karnego jako postępowania, które z założenia ma służyć przypisaniu odpowiedzialności karnej. Tymczasem jego celem jest rozstrzygnięcie, czy zasadnie można twierdzić, że oskarżony dopuścił się zarzucanego mu czynu, a zatem czy możliwe jest przełamanie przysługującego mu domniemania niewinności. Należy bowiem podkreślić, że we współczesnym procesie karnym oskarżony traktowany jest jako osoba niewinna, a zatem chybiony jest zarzut, że określone normy utrudniają pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej⁶³⁸.

⁶³⁵ K. Amelung, *Zasady rządzące...*, s. 26-27.

⁶³⁶ Wskazuje się, że funkcję dyscyplinującą w podobnym znaczeniu spełniają przepisy pozwalające poddać dokonywanie niektórych czynności śledczych kontroli sądu, np. przeszukania.

⁶³⁷ S. Steinborn, *Aksjologiczne...*, s. 99-102.

⁶³⁸ *Ibidem*, s. 102.

9.3 Nieważność czynności jako ewentualny skutek naruszenia zakazów dowodowych

Na gruncie kodeksu postępowania karnego z 1928 roku prowadzono rozważania co do sposobu określenia wadliwych czynności procesowych. Posługiwano się wtedy pojęciami nieważności (głównie używanym w kontekście orzeczeń sądowych) oraz niedopuszczalności, będącej według niektórych autorów naruszeniem dalej idącym niż nieważność, bo oznaczającym przeprowadzenie czynności zakazanej przez prawo. Niemniej różni autorzy nieraz nadawali tym samym pojęciom różną treść, choć były to przede wszystkim spory semantyczne. Nie były z nimi natomiast wprost powiązane dyskusje co do konsekwencji poszczególnych wadliwości, nie kwestionowano bowiem tego, że różne jej rodzaje pociągają za sobą różne skutki procesowe⁶³⁹. Przykładowo Stanisław Waltoś dopuszczał konwalidację czynności dotkniętych nieważnością względną⁶⁴⁰, wykluczając możliwość przeprowadzenia takiego zabiegu wobec czynności bezwzględnie nieważnych⁶⁴¹, określając ewentualne dywagacje na ten temat „wyważaniem otwartych drzwi”⁶⁴².

⁶³⁹ W. Jasiński, *Nielegalnie uzyskane...*, s. 314-316.

⁶⁴⁰ Tak opisywano sankcję, która dziś zbliżona jest do konsekwencji zaistnienia bezwzględnych przyczyn odwoławczych. Sytuacje skutkujące nieważnością względną postępowania wskazano w art. 378 § 1 ówczesnego kodeksu, zgodnie z którym „Sąd rewizyjny na posiedzeniu niejawnym uchyla wyrok niezależnie od zarzutów podniesionych w rewizji, jeżeli:

a) sprawę rozpoznano bez skargi lub bez wniosku pokrzywdzonego, w wypadkach, gdy ustawa takiego wniosku wymaga albo zachodzą przyczyny, powodujące umorzenie postępowania w myśl art. 3 [Nie wszczynają się postępowania, a wszczęte umarza się, w razie: a) braku znamion przestępstwa w czynie, zarzucanym oskarżonemu; b) śmierci oskarżonego lub c) innej okoliczności wyłączającej ściganie – *dop. J.K.*];

b) sąd był nienależycie obsadzony lub którykolwiek z jego członków nie był obecny na całej rozprawie;

c) rozprawa odbyła się w nieobecności oskarżonego, chociaż obecność jego była obowiązkowa;

d) oskarżony nie miał obrońcy w wypadkach, wskazanych w art. 79 [Art. 79 § 1. Przed wszystkimi sądami oskarżony musi mieć obrońcę, jeżeli: a) nie ukończył lat siedemnastu, b) jest głuchy lub niemy, c) zachodzi uzasadniona wątpliwość co do jego poczytalności. § 2. Ponadto każdy oskarżony musi mieć obrońcę w postępowaniu przed sądem wojewódzkim jako pierwszą instancją – *dop. J.K.*];

e) wyrok nie zawierał ustalenia czynu, popełnionego przez oskarżonego”.

⁶⁴¹ Art. 377 k.p.k. Sąd rewizyjny na posiedzeniu niejawnym uznaje wyrok za nieważny i przekazuje sprawę komu należy, jeżeli:

a) wyrok zapadł z obrazą art. 11 [Art. 11. Orzeczenie wydane przez sąd powszechny względem osoby, która w danej sprawie nie podlega orzecznictwu sądów powszechnych, jest z mocy prawa nieważne – *dop. J.K.*] lub 12 [Art. 12 § 1. Orzeczenie, wydane przez sąd niższego rzędu z obrazą przepisów o właściwości rzeczowej, jest z mocy prawa nieważne; nie dotyczy to jednak orzeczeń w sprawach, dla których sąd wyższego rzędu stał się właściwym z mocy art. 24 § 2. § 2. Orzeczenie sądu wyższego rzędu, wydane w zakresie działania sądu niższego rzędu, nie jest z tego powodu nieważne – *dop. J.K.*];

b) w składzie sądu uczestniczyła osoba, nie uprawniona do wydawania wyroków, albo jeżeli orzekał sędzia, który z mocy art. 34 ulegał wyłączeniu [katalog przesłanek uznania sędziego za *iudex inhabilis* jest bardzo zbliżony do współcześnie obowiązującego – *dop. J.K.*];

c) zachodzi inna przyczyna nieważności z mocy samego prawa.

⁶⁴² S. Waltoś, *Konwalidacja...*, s. 495.

Natomiast kodeks z 1969 roku nie posługiwał się już pojęciem nieważności, tak co do orzeczeń sądowych, jak i innych czynności procesowych⁶⁴³. Wypada podkreślić, że polski ustawodawca nigdy nie przyjął, a przynajmniej nie wyraził *expressis verbis*, koncepcji nieważności czynności dowodowej. Również debata prowadzona na temat przywrócenia do kodeksu pojęcia nieważności czynności procesowych dotyczyła uregulowania konsekwencji wad oświadczeń woli stron. Postulowano choćby wprowadzenie przepisu wprowadzającego sankcję nieważności w przypadku oświadczenia woli złożonych w stanie wyłączającym rozpoznanie znaczenia złożonego oświadczenia bądź pokierowania swoim postępowaniem, albo będącego konsekwencją błędu lub zastosowania bezprawnego przymusu. Ostatecznie w obowiązującej aktualnie kodyfikacji nie wprowadzono regulacji dotyczących wadliwości oświadczeń woli, stanowiących podstawę dokonywanych czynności procesowych, ograniczając się w art. 118 § 1 k.p.k. do przyjęcia, że „znaczenie czynności procesowej ocenia się według treści złożonego oświadczenia”, przy czym niewłaściwe oznaczenie czynności procesowej, a zwłaszcza środka zaskarżenia, nie pozbawia czynności znaczenia prawnego. Tym samym ustawodawca opowiedział się zasadniczo za koncepcją teorii oświadczenia, łagodząc ją opisany zastrzeżeniem, że w przypadku wady oświadczenia w postaci błędu, należy badać wolę strony, co jest z kolei zgodne z założeniami teorii woli. Należy zaakcentować, że ustawodawca nie zdecydował się na rozciągnięcie konstrukcji z art. 170 § 7 k.p.k.⁶⁴⁴ na inne sytuacje procesowe, w szczególności nie odniósł jej do oświadczeń stron, składanych przy dokonywaniu czynności procesowych⁶⁴⁵.

Sankcja nieważności, oparta na wadach oświadczeń woli, nie powinna znaleźć zastosowania do naruszenia zakazów dowodowych. Normy te są adresowane do organów procesowych, których piastuni podejmują czynności procesowe w ramach wykonywania swoich profesjonalnych obowiązków pracowniczych. Trudno bowiem wyobrazić sobie

⁶⁴³ R. Kmieciak, *Konwalidacja i konwersja...*, *Państwo i Prawo* 5/1989, s. 91, 94. Autor ten uznawał za nieważny dowód niedopuszczalny, twierdząc, że pojęcie nieważności, usunięte z prawnego języka procedury karnej, ma w dalszym ciągu rację bytu w języku prawniczym. Przykładowo uznawał, że art. 157 § 2 k.p.k. z 1969 r. – wyjaśnienia, zeznania lub oświadczenia złożone w warunkach wyłączających możliwość swobodnej wypowiedzi nie mogą stanowić dowodu – wprowadza sankcję nieważności tak uzyskanego dowodu.

⁶⁴⁴ Art. 170 § 7 k.p.k. Wyjaśnienia, zeznania oraz oświadczenia złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi lub uzyskane wbrew zakazom wymienionym w § 5 [§ 5. Niedopuszczalne jest: 1) wpływanie na wypowiedzi osoby przesłuchiwanej za pomocą przymusu lub groźby bezprawnej; 2) stosowanie hipnozy albo środków chemicznych lub technicznych wpływających na procesy psychiczne osoby przesłuchiwanej albo mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji jej organizmu w związku z przesłuchaniem – *dop. J.K.*] nie mogą stanowić dowodu.

⁶⁴⁵ Debata wokół pojęcia nieważności czynności procesowych przedstawia I. Nowikowski, *Odwolalność czynności procesowych stron w procesie karnym*, Lublin 2001, s. 233-247.

sytuację, w której sędzia, prokurator czy policjant podnosi, że dokonane przez niego czynności procesowe zostały podjęte w stanie wyłączającym rozpoznanie znaczenia złożonego oświadczenia bądź pokierowania swoim postępowaniem, albo będącego konsekwencją stosowania bezprawnego przymusu. Należy również zwrócić uwagę, że organy procesowe nie podejmują czynności procesowych w oparciu o dowolnie kształtowaną wolę ich piastunów. Wręcz przeciwnie, sposób ich działania wyznaczony jest przez normę art. 4 k.p.k., zgodnie z którym organy prowadzące postępowanie karne są obowiązane badać oraz uwzględniać okoliczności przemawiające zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego⁶⁴⁶. Uważam, że obowiązek ten należy odnieść do prokuratora, a także innych oskarżycieli publicznych, również w postępowaniu sądowym. W jego trakcie nie są już oni co prawda organem prowadzącym postępowanie, ale stroną procesową. Niemniej także wtedy powinny się one kierować dyrektywą z art. 4 k.p.k. nie zaś dążyć wyłącznie dążeniem do realizacji własnego interesu prawnego, jakim byłoby uzyskanie wyroku skazującego oskarżonego.

Odniesienie *de lege ferenda* koncepcji nieważności do czynności procesowej naruszającej zakaz dowodowy byłoby najbardziej uzasadnione w sytuacji wady oświadczenia woli wywołanej działaniem pod wpływem błędu. Można sobie bowiem wyobrazić sytuację, gdy organ procesowy wprowadzany jest w błąd co do źródła uzyskania informacji przez świadka będącego adwokatem, duchownym bądź lekarzem, gdy pochodzi ona z czynności objętej zakazem dowodowym (pełnienie funkcji obrońcy, spowiednika albo udzielenie pomocy lekarskiej podejrzanemu lub oskarżonemu). Wtedy do jego złamania doszłoby skutek błędnego przekonania organu procesowego o niezistnieniu przesłanek zastosowania relewantnego do sytuacji zakazu dowodowego. Uważam jednak, że również wtedy nietrafnym byłoby odwoływanie się do nieważności, rozumianej jako prawna konsekwencja wad oświadczeń woli. Dla oceny konsekwencji działań organów procesowych, z przywołanych wcześniej przyczyn, kluczowa powinno być bowiem kryterium zgodności tych czynności z przyznanymi kompetencjami, wyrażającymi jednocześnie uprawnienia i obowiązki, nie zaś z wolą piastunów tych organów.

⁶⁴⁶ W specyficznej sytuacji znajduje się prokurator, który w postępowaniu przygotowawczym pełni rolę prowadzącego postępowanie, a w postępowaniu głównym występuje w charakterze strony. Nawet jednak na tym etapie procesu nie dąży on do realizacji własnego interesu prawnego, a sposób jego działania wyznacza art. 2 ustawy Prawo o prokuraturze, zgodnie z którym prokuratura wykonuje zadania w zakresie ścigania przestępstw oraz stoi na straży praworządności. Wymóg strzeżenia praworządności przesądza zaś o tym, że również czynności podejmowane przez prokuratora na etapie postępowania sądowego mają być nakierowane na wyjaśnienie sprawy, a nie zrealizowanie własnego interesu, jakkolwiek by go nie określać.

Zaprezentowano również ujęcie zakazów dowodowych jako przepisów uadekwatniających normy kompetencyjne, upoważniających organy procesowe do przeprowadzania czynności procesowych⁶⁴⁷. W tym ujęciu kładzie się nacisk na to, że organom tym wolno przeprowadzać tylko takie czynności, które zostały wskazane i uregulowane w ustawach, w sposób w nich określony. Takie podejście do przepisów proceduralnych, a w szczególności zakazów dowodowych, dość adekwatnie odzwierciedla opisane w uwagach do art. 180 k.p.k. wyróżnienie aspektu wewnętrznego i zewnętrznego tajemnicy zawodowej. Wyraźnie twierdzi się bowiem, że uprawnione organy procesowe mogą zezwalać na ujawnienie objętych nią informacji wyłącznie w granicach przysługujących im kompetencji⁶⁴⁸. Tym samym ich przekroczenie w stosunku do bezwzględnych zakazów dowodowych powinno skutkować uznaniem takiej czynności za nieważną⁶⁴⁹. Jakkolwiek koncepcja ta jest wewnętrznie spójna, to jednak nie powinna uzasadniać przyjęcia skutku nieważności czynności procesowej w sytuacji konsekwentnej rezygnacji przez ustawodawcę z posługiwania się tym pojęciem.

9.4.1 Dopuszczalność wykorzystania dowodu uzyskanego z naruszeniem zakazu dowodowego

Aby rezultat czynności wadliwej, w tym również nieważnej, mógł zostać uznany za dowód i stanowić podstawę ustaleń faktycznych, wskazane mogło być odwołanie się do koncepcji konwersji czynności dowodowych, polegającej na przekształceniu czynności wadliwej w niewadliwą. W przypadku nieważności możliwa miała być konwersja w inną czynność prawną, np. operacyjno-rozpoznawczą. Zabieg ten byłby niemożliwy do przeprowadzenia w przypadku czynności niedopuszczalnej, bowiem nie zawierała ona w sobie substratu nadającego się do konwersji. Jakkolwiek Romuald Kmiecik odrzucał koncepcję wydłużonego działania prawa procesowego w rozumieniu konieczności stosowania niektórych jego zasad do czynności operacyjno-rozpoznawczych⁶⁵⁰, to jednak przeprowadzenie dowodu objętego zakazem, a więc dokonanie czynności niedopuszczalnej (nielegalnej), stanowi tak poważną nieprawidłowość, że nie sposób ją sanować w drodze konwersji⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ B. Janusz-Pohl, *Zakazy dowodowe...*, s. 116.

⁶⁴⁸ P. Karlik, *Tajemnica adwokacka...*, s. 239.

⁶⁴⁹ W. Jasiński, *Nielegalnie uzyskane dowody...*, s. 539.

⁶⁵⁰ R. Kmiecik, *Konwalidacja i konwersja...*, s. 94.

⁶⁵¹ Nie dyskutując z tym poglądem, należy zauważyć, że autor nie dostrzega, że konwersja czynności procesowej w operacyjno-rozpoznawczą rodzi istotny problem kompetencyjny. Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy z 6 kwietnia 1990 roku o Policji służba ta jest uprawniona do wykonywania w granicach swych

Jednoznaczność stanowiska Kmiecika o braku możliwości wykorzystania dowodu uzyskanego wbrew zakazowi została przez niego samego złagodzona w kontekście rozważań dotyczących tzw. dowodu ścisłego. Podzielił on obecne w orzecznictwie i doktrynie zróżnicowane podejścia do naruszeń zakazów dowodowych, na skutkujące uzyskaniem dowodu obciążającego albo odciążającego oskarżonego. Kmiecik twierdził, że zupełna dyskwalifikacja tego ostatniego, w przypadku naruszenia przy jego przeprowadzeniu zakazu dowodowego, byłaby przejawem nadmiernego formalizmu. Szukając rozwiązania pośredniego między rygorystycznym podejściem do zakazów dowodowych, a gwarancjami praw oskarżonego, i jednocześnie akcentując, że skazanie osoby niewinnej jest większym złem niż uniewinnienie winnego, postulował on przekształcenie uzyskanego wbrew zakazowi odciążającego dowodu ścisłego w nieformalny dowód pomocniczy, stanowiący źródło informacji, które należało zweryfikować w toku procesu w oparciu o inne dowody ścisłe. Sformułowany został przez niego także wymóg dopuszczalności takiego dowodu pomocniczego – jego przeprowadzenie nie mogło doprowadzić do ponownego złamania zakazu dowodowego. Jeśli dowód miałby być ponownie przeprowadzony na rozprawie głównej, np. w postaci ponownego przesłuchania księdza co do okoliczności objętych tajemnicą spowiedzi, o których zeznał już w postępowaniu przygotowawczym, to takie postępowanie byłoby niedopuszczalne. W konsekwencji również te wcześniejsze zeznania, choćby zgodne z rzeczywistością, nie mogłyby służyć jako dowód, skoro nie mogą zostać potwierdzone na rozprawie głównej⁶⁵². W opozycji do tego stanowiska przywołany jest argument, że „skoro zakaz został złamany i nic już nie powetuje strat moralnych lub materialnych związanych z dokonaniem działania bezprawnego, to niechże przynajmniej odniesie z tego korzyść oskarżony”⁶⁵³. Zdaniem autora korzyści płynące z zastosowania tego

zadań m. in. czynności operacyjno-rozpoznawczych i dochodzeniowo-śledczych. O ile więc Policji przysługuje kompetencja do prowadzenia czynności-rozpoznawczych, o tyle uprawnień takich nie ma sąd ani prokuratura. W związku z tym postulowana przez przywołanego autora konwersja czynności dowodowej w operacyjno-rozpoznawczą nie znajduje oparcia w przepisach na etapie postępowania sądowego, zaś w toku postępowania przygotowawczego byłaby dopuszczalna w przypadku powierzenia takiej czynności Policji. Nawet jednak w tej sytuacji byłaby to wyłącznie czynność operacyjno-rozpoznawcza, która powinna znaleźć swoje potwierdzenie w czynności procesowej.

⁶⁵² R. Kmiecik, *Dowód ścisły*..., s. 120-122. Autor nie odpowiada jednak na rodzące się pytanie, co w sytuacji, gdy taki „dowód pomocniczy” jest jedynym możliwym do przeprowadzenia dowodem.

⁶⁵³ *Ibidem*, s. 120. Dla kontrastu autor opisuje sytuację złożenia przez świadka zgodnych z rzeczywistością zeznań odciążających oskarżonego, mimo przesłuchania w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi. Dowód z takich zeznań może zostać ponownie przeprowadzony w trakcie rozprawy, bowiem, z racji zapewnienia swobody wypowiedzi, nie dochodzi do ponownego złamania normy procesowej.

stanowiska nie mogą jednak usprawiedliwiać ponownego naruszenia zakazu dowodowego.

Tożsamy pogląd wyraził Zbigniew Sobolewski, obrazując go przykładem uzyskania przez sąd dowodu przesądzającego o winie oskarżonego wskutek zeznań świadka, dotyczących treści objętych tajemnicą państwową, złożonych bez uzyskania zgody właściwego organu. Autor ten na potencjalne pytanie o zakaz wykorzystania takiego dowodu odpowiedział, iż „pozytywna odpowiedź na to pytanie mogłaby oznaczać konieczność uniewinnienia oskarżonego z braku dostatecznych dowodów winy, a jednocześnie nie udałoby się uratować już naruszonej tajemnicy państwowej. Bilans społeczny zysków i strat, w każdym razie w tej konkretnej sprawie, byłby więc zdecydowanie negatywny (...). Może więc lepiej przejść do porządku nad nieodwracalnym faktem naruszenia zakazu dowodowego i oprzeć się na wiarygodnym, chociaż wadliwie przeprowadzonym dowodzie?”⁶⁵⁴. Identyczne wnioski autor wyciągał co do dowodów odciążających tego rodzaju.

9.4.2 Próby tworzenia abstrakcyjnego modelu oceny skutków naruszeń zakazów dowodowych

Opracowanie aksjologii poszczególnych zakazów dowodowych mogłoby być pomocne przy ocenie konsekwencji ich naruszenia. W orzecnictwie niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego wypracowano tzw. teorię sfer (*Sphärentheorie*), zwaną też teorią trzech stopni (*Dreistufentheorie*), mająca na celu ułatwienie odpowiedzi na pytanie, kiedy naruszenie zakazu pozyskania dowodu skutkuje zakazem jego wykorzystania. Na jej gruncie próbuje się dokonać abstrakcyjnego ważenia dóbr przez odwołanie się do sfery życia, którą chroni określony zakaz dowodowy.

Pierwsza sfera dotyczy obszaru społecznego – publicznego (*Sozialbereich*), jak np. rozmowy biznesowe. Sfera ta nie jest szczególnie chroniona i organy ścigania mogą w nią wkraczać na podstawie ustaw. Sfera druga, to tzw. zwykła sfera prywatna (*schlichte Privatsphäre*), np. prywatne rozmowy podczas spaceru. Wykorzystanie dowodowe pozyskanych z tej sfery informacji uzależnione jest od odpowiedniego wyważenia prawa do ochrony prywatności człowieka z interesem państwa w efektywnym ściganiu przestępczości. Trzecia sfera dotyczy kwestii ściśle osobistych (*Intimsphäre*) i obejmuje nienaruszalny obszar uznawany za istotę (jądro) prywatnych stosunków życiowych

⁶⁵⁴ Z. Sobolewski, *Samooskarżenie...*, s. 119.

każdego człowieka (*Kernbereichprivater Lebensgestaltung*), np. kwestie związane ze współżyciem seksualnym. Państwo nie jest uprawnione do jakiegokolwiek wkraczania w tą sferę, bez względu na istniejący interes w ściganiu przestępstw⁶⁵⁵, a uzasadnione jest to bezpośrednim związkiem tak rozumianego jądra prywatnych stosunków życiowych z godnością człowieka, która nie podlega ważeniu⁶⁵⁶. W konsekwencji procedura ważenia nie może być stosowana do czynności ingerujących w tę trzecią, najściślej chronioną, sferę życia człowieka, pozostaje ona bowiem nienaruszalna, bez względu na kolizję z jakimkolwiek dobrem czy wartością państwa lub społeczeństwa⁶⁵⁷. Zauważmy, że na podobnych założeniach oparta jest amerykańska koncepcja *due proces of law*⁶⁵⁸. Zgodnie z nią wyrok skazujący, oparty choćby o niebudzące wątpliwości ustalenia faktyczne, powinien zostać uchylony, jeśli poprzedzające jego wydanie postępowanie naruszało podstawowe zasady proceduralnej uczciwości, choćby w postaci naruszenia prawa do prywatności i swobodnego komunikowania się⁶⁵⁹.

Uważam, że identyfikacja wartości strzeżonych przez konkretne zakazy dowodowe umożliwiłaby opracowanie podobnej teorii, odwołującej się jednak raczej do sfery życia człowieka aksjologicznie związanej z normą prawną tego rodzaju, a nie do sfery ogólnie powiązanej z pewnym wycinkiem życia społecznego, w jaki ingeruje konkretna czynność dowodowa⁶⁶⁰. Nie sposób przecież pominąć poglądów negujących zasadność budowania takiej abstrakcyjnej hierarchii dóbr. „Na uwadze trzeba mieć nie tylko rodzaj dobra publicznego lub prywatnego, które koliduje z dobrem wymiaru sprawiedliwości przy abstrakcyjnym ujęciu obu tych reguł, lecz również ich konkretny wymiar w danej sprawie (...). Wielkiej wagi interes społeczny, polegający na unieszkodliwieniu i ukaraniu bardzo groźnego przestępcy (...) niekiedy przemawia za

⁶⁵⁵ Z. Brodzisz, *Zakazy dowodowe...*, s. 127.

⁶⁵⁶ R. Arnold, D. Gruszecka, *Zakazy dowodowe...*, s. 11.

⁶⁵⁷ D. Gruszecka, *Zarys problematyki...*, s. 56.

⁶⁵⁸ Pojęcie to wywodzi się z XIV Poprawki Konstytucji USA, której § 1 *in fine* stanowi, że „żadne państwo nie może kogokolwiek pozbawić życia, wolności lub własności bez rzetelnego procesu sądowego; ani odmówić komukolwiek w ramach swojej jurysdykcji równej ochrony [jego] praw” (tekst oryginalny: „nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without *due process of law*; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”).

⁶⁵⁹ L. Morawski, *Argumentacje...*, s. 179. W tej samej publikacji wskazano, że choć poprawka ta została wprowadzona już w 1868 roku, to dopiero w drugiej połowie XX wieku zaczęto wyinterpretowywać z niej reguły dowodowe chroniące podstawowe prawa i wolności obywateli, co wiązało się z dokonującą się wówczas rewolucją w technikach zdobywania informacji (*ibidem*, s. 238-239).

⁶⁶⁰ W niemieckiej procedurze karnej przykładowo rozróżnia się podsłuch w mieszkaniu i poza nim. Zastosowanie pierwszego z nich obwarowane jest bardziej rygorystycznymi przesłankami, ponieważ niemiecka konstytucja chroni nienaruszalność mieszkania. W przypadku natomiast uzyskania za pomocą jakiegokolwiek podsłuchu informacji dotyczących istoty życia prywatnego (np. kontaktów seksualnych), należy je zniszczyć. Tak. Z Brodzisz, *Zakazy dowodowe...*, s. 128.

tym, by przejść do porządku nad jakimś uchybieniem procesowym i wykorzystać dowód wadliwy”⁶⁶¹. Twierdzi się zatem, że przypadek ewentualnego wykorzystania dowodów zdobytych z naruszeniem zakazów dowodowych należy oceniać jednostkowo⁶⁶².

Trudno jednak uznać takie rozwiązanie za satysfakcjonujące. W niemieckiej nauce podejmowano próby stworzenia teorii pozwalającej na stworzenie abstrakcyjnego modelu oceny skutków naruszenia zakazu dowodowego. W orzecnictwie niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego najwcześniej sformułowano tzw. teorię kręgu prawa (*Rechtskreislehre*). Zgodnie z nią w pierwszej kolejności należało zbadać, czy złamanie zakazu dowodowego doprowadziło do naruszenia jednej z podstawowych norm gwarantujących spełnienie przez dany system prawa wymogów stawianych modelowi postępowania w państwie prawa. Odpowiedź twierdząca aktualizowała zakaz wykorzystania tak zdobytego dowodu. Natomiast odpowiedź negatywna powodowała konieczność zbadania, czy złamanie zakazu dowodowego w istotnym stopniu naruszyło krąg praw konkretnej osoby. Twierdząca odpowiedź stanowiła przesłankę zakazu wykorzystania konkretnego dowodu. Koncepcja ta spotkała się z krytyką opartą na zarzutach niejasności i dalece posuniętego subiektywizmu⁶⁶³.

W odpowiedzi na przywołane zarzuty podjęto próbę wyodrębnienia z opisanej koncepcji jej najbardziej zobiektywizowanych elementów. W ten sposób opracowano teorię odwołującą się do celu ustanowienia konkretnej normy (*Schutzzwecklehre*). Kurt Amelung ze względu na cel ustanowienia wyróżnił trzy kategorie norm dotyczących dowodzenia, a to przez sformułowanie kryteriów: ochrony prawa do dysponowania informacją, gwarancji prawdziwości ustaleń oraz ochrony prawnoetycznej legitymacji państwowej władzy karania. Pominę tutaj kwestie związane z gwarancją prawdziwości ustaleń, bowiem ewentualna funkcja prakseologiczna zakazów dowodowych była już wcześniej przedmiotem rozważań. Natomiast co do pozostałych dwóch kryteriów, to na gruncie omawianej teorii ingerencja organów ścigania w prawo do dysponowania informacją skutkuje powstaniem po stronie jednostki publicznoprawnego roszczenia o informacyjne usunięcie skutków naruszeń. Konieczne jest zaistnienie rzeczywistego skutku naruszenia zakazu dowodowego w postaci uzyskania konkretnej informacji, by

⁶⁶¹ Z. Sobolewski, *Wartość nielegalnie...*, s. 46-47.

⁶⁶² D. Gruszecka, *Zarys problematyki...*, s. 47. Autorka ta jako jedno z kryteriów oceny wskazuje, że zakazem wykorzystania powinna być objęta sytuacja, gdy „po stronie organów postępowania doszło do świadomego, zwłaszcza umyślnego albo w poważnym braku poszanowania dla ustawy, pogwałcenia samych państwowoprawnych fundamentów postępowania”.

⁶⁶³ *Ibidem*, s. 48.

doszło do aktualizacji tego roszczenia. Sytuacja zmienia się diametralnie, gdy złamanie zakazu dowodowego pociąga za sobą pogwałcenie prawnoetycznej legitymacji państwowej władzy karania. Wtedy bowiem wspomniane roszczenie aktualizuje się w sposób natychmiastowy, bowiem przesłanką jego powstania nie jest już nastąpienie opisanego wyżej skutku, ale sama bezprawność działania, a takowa zachodzi przy złamaniu zakazu dowodowego⁶⁶⁴. Natomiast z perspektywy organów państwa naruszenie przez nie zakazów wykorzystania dowodów pociąga za sobą utratę przez organy postępowania karnego przysługującego im roszczenia o pozyskiwanie informacji⁶⁶⁵.

Wspomnieć wypada również o „ogólnoprewencyjnej próbie wyjaśnienia” (*generalpräventive Erklärungsversuch*) analizowanego zagadnienia, w myśl której zakazy wykorzystania dowodów występują w sytuacji, gdy przy ich uzyskiwaniu doszło do naruszenia dóbr osobistych któregoś z uczestników postępowania karnego⁶⁶⁶.

Poszukiwania właściwego modelu oceny skutków naruszenia zakazów dowodowych były również prowadzone w przeciwnym kierunku. Zamiast tworzenia jednolitego i spójnego systemu, zaproponowano koncepcję ważenia (*Abwägungslehre*). Podczas ważenia należało każdorazowo uwzględnić takie kryteria, jak: ciężar gatunkowy przestępstwa, rodzaj i wagę naruszenia przepisów proceduralnych, oraz stopień ingerencji w sferę prywatną danej osoby. Rozwiązanie to należy uznać za najbardziej elastyczne ze wszystkich zaproponowanych. Trzeba jednak przyznać, że na gruncie tej koncepcji nie sposób z góry określić hierarchii różnych aspektów zasady prawdy i gwarancji proceduralnej rzetelności. W związku z tym niemożliwym jest zagwarantowanie jednolitych i spójnych rezultatów jej zastosowania⁶⁶⁷.

W kontekście prezentowanego w tej pracy sposobu aksjologicznej analizy zakazów dowodowych za operatywne uznaję rozumienie ważenia jako „elastycznego instrumentu rozgraniczenia wolności od interesu ogółu, który bazuje na zasadzie wolności jednostki i ujmuje konieczne ograniczenia owej zasady jako wąsko określone, potrzebujące każdorazowej legitymacji wyjątki”⁶⁶⁸. W tym modelu przyjmuje się, że kwestią najwyższej wagi jest gwarancja ochrony godności ludzkiej⁶⁶⁹. Jak wspomniałem,

⁶⁶⁴ *Ibidem*, s. 49-50.

⁶⁶⁵ Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 110.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, s. 111.

⁶⁶⁷ D. Gruszecka, *Zarys problematyki...*, s. 50-51.

⁶⁶⁸ R. Arnold, D. Gruszecka, *Zakazy dowodowe a prawo konstytucyjne*, [w:] J. Skorupka, A. Drozd (red.), *Nowe spojrzenie na model zakazów dowodowych w procesie karnym*, Warszawa 2015, s. 12.

⁶⁶⁹ Model ten sformułowano na gruncie niemieckiego systemu prawnego. Art. 1 ust. 1 niemieckiej Ustawy Zasadniczej stanowi, że „[g]odność człowieka jest nienaruszalna. Jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem wszelkich władz państwowych”. Z kolei zgodnie z art. 2 ust. 1, „Każdy ma prawo do

ona sama nie podlega ważeniu. Ważenie pozostałych wartości powinno zaś odbywać się zgodnie z zasadą proporcjonalności⁶⁷⁰, służącą jako miara oceny prawidłowości kompromisu między ochroną praw podstawowych a zasadą państwa prawa. Wartości te różnią się między sobą strukturalnie, jednak pozostają w funkcjonalnym związku. Prawa podstawowe zabezpieczają wolność jednostki, zaś zasada państwa prawa służy m. in. opracowaniu wyraźnych ram, w jakich możliwe jest ograniczanie praw podstawowych w imię dobra ogółu. Każdy wyjątek od ich ochrony powinien dokonywać się w możliwie wąskim zakresie i być należycie uzasadnionym, czemu ma właśnie służyć mechanizm ważenia dóbr⁶⁷¹. Jak słusznie podniesiono w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego „im silniejszy jest związek danego prawa albo wolności z istotą godności człowieka, tym lepiej (skuteczniej) winno być ono chronione przez władze publiczne”⁶⁷².

Przyjmuje się, że dobra stojące za prawami podstawowymi mają charakter wartości obiektywnych, które powinny być chronione przez państwo niezależnie od woli osoby, której interesu dotyczą. Oznacza to, że rozwiązanie z zakresu prawa dowodowego określane w Niemczech jako *Widerspruchslösung*, a oznaczające możliwość zatamowania wykorzystania dowodu wyłącznie wskutek sprzeciwu zainteresowanego⁶⁷³, nie może być stosowane dla ustalania konsekwencji naruszenia zakazu dowodowego⁶⁷⁴, będącego wszakże efektem proporcjonalnego ograniczenia praw podstawowych. Jest to

swobodnego rozwoju swojej osobowości, o ile nie narusza praw innych i nie wykracza przeciwko porządkowi konstytucyjnemu lub nakazom moralnym”. W orzecznictwie niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego stwierdzono, że prawo do swobody rozwoju osobistego, powiązane z gwarancją ochrony godności ludzkiej, ma charakter „prawa macierzystego wszystkich praw podstawowych” (R. Arnold, D. Gruszecka, Zakazy dowodowe..., s. 11). Konstytucja RP również posługuje się pojęciem godności, zgodnie z art. 30 „[p]rzyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela”. Pojęcie to ma więc znaczenie zbliżone do analogicznego w niemieckiej konstytucji, jednak skoro polska ustawa zasadnicza nie wprowadza prawa do swobody rozwoju osobistego, to bezpośrednio z pojęcia godności należy wywodzić dalsze prawa podstawowe.

⁶⁷⁰ Odwołanie się do testu proporcjonalności stanowi element teorii upoważnienia dowodowego (*Beweisbefugnislehre*). Zgodnie z nią należy badać, czy wykorzystanie danego dowodu byłoby celowe i konieczne dla osiągnięcia zakładanego celu dowodu oraz czy cel ten pozostaje w odpowiedniej proporcji do praw podstawowych podejrzanego. Tak D. Gruszecka, *Zarys problematyki...*, s. 51.

⁶⁷¹ R. Arnold, D. Gruszecka, *Zakazy dowodowe...*, s. 11.

⁶⁷² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 30 października 2006 roku, sygnatura akt P 10/06.

⁶⁷³ Koncepcja ta, oceniana krytycznie przez przedstawicieli doktryny, ma swoje źródła w orzeczeniu niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, w którym stwierdzono, że uchybienie obowiązkowi pouczenia podejrzanego o przysługujących mu uprawnieniach przed pierwszym przesłuchaniem skutkuje zakazem wykorzystania dowodu z jego wyjaśnień tylko w sytuacji, gdy w ustawowo określonym terminie sprzeciwi się on zaliczeniu tak uzyskanego materiału w poczet materiału dowodowego. Z czasem koncepcja ta została zaadaptowana również do innych dowodów (tak D. Gruszecka, *Zarys problematyki...*, s. 52-53). Trzeba jednak odróżnić dowolne naruszenie przepisów postępowania od złamania zakazu dowodowego. Procesowy obowiązek ustosunkowania się do uchybienia proceduralnego, uzasadniony choćby zasadą koncentracji czynności procesowych, może być oceniany aprobatywnie jako mający pozytywny wpływ na sprawność postępowania. Nie znaczy to jednak, by zasadnym było jego adaptowanie do oceny skutków naruszeń zakazów dowodowych.

⁶⁷⁴ *Ibidem*, s. 18.

kolejny argument przeciwko rozróżnieniu następstw przeprowadzenia dowodu wbrew zakazowi w zależności od jego obciążającego lub odciążającego charakteru, oraz od zgody osoby chronionej zakazem dowodowym, niezależnie od tego, kogo uznamy za jego beneficjenta.

W przypadku zakazów dowodowych rekonstrukcja uzasadnienia aksjologicznego jest o tyle utrudniona, że ustawodawca nie zadeklarował wprost, jakie wartości powinny one chronić lub realizować. Kodeks postępowania karnego wprost wyraża wspomnianą już powinność sądu dotarcia do prawdy. Nie ustanawia natomiast zasad wyrażających wartości, których poszanowanie może być stawiane wyżej, niż poczynienie prawdziwych ustaleń faktycznych. Pojęcie godności w kodeksie postępowania karnego występuje wyłącznie w odniesieniu do pokrzywdzonego⁶⁷⁵ i osoby, której dotyczy przeszukanie bądź zatrzymanie rzeczy⁶⁷⁶. Nie występuje w nim natomiast odwołanie do zasad humanitaryzmu⁶⁷⁷.

W związku z tym w wymiarze aksjologicznym pozostaje odwołanie się do zasad konstytucyjnych – praworządności (art. 7 Konstytucji RP), godności (art. 30 Konstytucji RP)⁶⁷⁸ i prawa do sądu (art. 45 Konstytucji RP). Jakkolwiek nadrzędność i bezpośrednie stosowanie konstytucji świadczą o konieczności odwoływania się do tych zasad, to stosowane przez ustawodawcę, choćby w odniesieniu do zasady domniemania niewinności, ponowne wyrażenie w ustawie wartości konstytucyjnej ułatwia jej identyfikację jako stanowiącej rację ustanowienia poszczególnych norm i instytucji procesowych. W przypadku braku takiego powtórzenia należy odwołać się właśnie do interpretacji prokonstytucyjnej, związanej z nadrzędnością i bezpośredniością stosowania konstytucji. Posłużenie się rozumowaniem z analogii może bowiem rodzić problemy teoretyczne, bo w kwestiach dowodowych nie występuje sytuacja prawnie indyferentna. Albo określona czynność będzie dozwolona w ramach ogólnej swobody dowodzenia,

⁶⁷⁵ Art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k. „Przepisy niniejszego kodeksu mają na celu takie ukształtowanie postępowania karnego, aby: ... 3) zostały uwzględnione prawnie chronione interesy pokrzywdzonego przy jednoczesnym poszanowaniu jego godności”.

⁶⁷⁶ Art. 227 k.p.k. Przeszukanie lub zatrzymanie rzeczy powinno być dokonane zgodnie z celem tej czynności, z zachowaniem umiaru, oraz w granicach niezbędnych dla osiągnięcia celu tych czynności przy zachowaniu należytej staranności, w poszanowaniu prywatności i godności osób, których ta czynność dotyczy, oraz bez wyrządzania niepotrzebnych szkód i dolegliwości.

⁶⁷⁷ Pojęciem tym posługuje się za to kodeks karny – art. 3 k.k. głosi, że „Kary oraz inne środki przewidziane w tym kodeksie stosuje się z uwzględnieniem zasad humanitaryzmu, w szczególności z poszanowaniem godności człowieka” – jednak norma ta, jakkolwiek ma charakter również procesowy, nie dotyczy postępowania dowodowego.

⁶⁷⁸ Wskazuje się przy tym, że „naruszenie art. 30 Konstytucji RP będzie występować w sytuacji, w której człowiek stawałby się wyłącznie przedmiotem działań podejmowanych przez władzę, zostałyby w ich wyniku odpodmiotowiony” – S. Steinborn, *Aksjologiczne...*, s. 84.

albo zabroniona zakazem dowodowym. W związku z tym do rozumowań analogicznych powinno się odwoływać ze szczególną ostrożnością, bowiem uznanie, że jakaś czynność objęta jest zakresem zakazu dowodowego, oznacza, że traci ona charakter czynności dozwolonej, a staje się czynnością bezprawną.

Sławomir Steinborn zaproponował następujące kryteria rozstrzygania kolizji wartości, którymi powinien kierować się ustawodawca, ustanawiając normy służące ocenie skutków naruszeń przepisów o postępowaniu w odniesieniu do przepisów dowodowych:

- 1) waga czynu – im drobniejszy czyn, tym silniejsza ochrona istotnej społecznie wartości uzasadniającej ograniczenie w dotarciu do prawdy;⁶⁷⁹
- 2) stopień uprawdopodobnienia popełnienia przestępstwa – możliwość ingerencji w istotny społecznie interes jednostki przy istnieniu ledwie przypuszczenia popełnienia przestępstwa przez określoną osobę czyniłaby ochronę tego interesu iluzoryczną;
- 3) brak innych metod dowodowych – w przypadku możliwości ustalenia określonej okoliczności za pomocą innego dowodu nie ma potrzeby uchylania ochrony przyznanej określonemu dobru z pomocą zakazu dowodowego;⁶⁸⁰
- 4) konieczność uzyskania decyzji sądowej – decyzja co do ingerencji w sferę wolności i praw jednostki powinna być dokonana z odpowiedniego dystansu oraz z zachowaniem najwyższego stopnia prawniczego profesjonalizmu, co zapewnić może tylko niezawisły sąd;
- 5) poddanie decyzji następczej kontroli sądu – w przypadkach niecierpiących zwłoki, gdy uzyskanie wcześniejszej decyzji sądowej byłoby niemożliwe, bądź w odniesieniu do mniej dolegliwych działań podejmowanych wobec jednostki, wystarczające może być poddanie decyzji kontroli sądu, przeprowadzanej z urzędu albo na wniosek strony;

⁶⁷⁹ Ten sam autor wskazuje jednak, że „nie wydaje się być dostatecznym uzasadnieniem dla dokonywania swoistego rozważenia (wartościowania) między z jednej strony potrzebą dotarcia do prawdy materialnej oraz wagą zarzutu i okolicznościami danej sprawy, z drugiej zaś procesowymi gwarancjami przysługującymi oskarżonemu” (*ibidem*, s. 105).

⁶⁸⁰ Przy czym ten sam autor krytykuje pogląd nakazujący oceniać dopuszczalność dowodów przez pryzmat ich wagi dla rozstrzygnięcia sprawy. Takie podejście zostało wyrażone w głośnym wyroku ETPC w sprawie Gäfgen przeciwko Niemcom, w którym stwierdzono, że „uzyskanie dowodów i późniejsze ich wykorzystanie w postępowaniu karnym może zostać uznane za sprzeczne z art. 6 EKPC tylko wówczas, gdyby miały one wpływ na wynik toczącego się postępowania i przyczyniły się do skazania oskarżonego”. Tak S. Steinborn, *Aksjologiczne...*, s. 105-106.

- 6) odpowiednie cechy sądu – możliwe jest wymaganie podjęcia decyzji przez kolegialny, zawodowy skład sądu albo przez sąd odpowiedniego rzędu;
- 7) wymóg odpowiedniego uzasadnienia decyzji – formułowanie prawidłowego uzasadnienia niejako wymusza odpowiednią analizę przesłanek podjęcia decyzji przez dokonujący tego organ;
- 8) zaskarżalność decyzji do organu wyższej instancji – zabezpiecza to przestrzeganie wymogów formalnych i materialnych przesłanek stosowania środków ingerujących w sferę wolności i praw jednostki⁶⁸¹.

Natomiast, zdaniem przywołanego autora, organ stosujący prawo, który rozpatrywałby sprawę wymagającą rozstrzygnięcia w kwestiach dowodowych kolizji wartości, powinien kierować się następującymi kryteriami:

- 1) niezbędności przeprowadzenia dowodu dla osiągnięcia celów postępowania – procesowe wykorzystanie dowodu musi być niezbędne dla dokonania prawdziwych ustaleń faktycznych, a to z racji braku innych przydatnych dowodów;
- 2) przydatności przeprowadzenia dowodu do osiągnięcia zamierzonego celu – przeprowadzenie dowodu powinno stwarzać wysokie szanse ustalenia określonych okoliczności;
- 3) proporcjonalności *sensu stricto* – należy zachować proporcje między korzyściami procesowymi z przeprowadzenia dowodu a konsekwencjami ponoszonymi przez podmiot, którego dobra ustąpią przed interesem wymiaru sprawiedliwości, im drobniejsze przestępstwo, tym mniej uzasadniona ingerencja w dobra prawne jednostki⁶⁸².

9.4.3 Zakazy dowodowe a teoria owoców zatrutego drzewa

Odmienną kwestią jest stosunek naruszenia zakazów dowodowych do konsekwencji zastosowania doktryny owoców zatrutego drzewa. Generalnie nie obowiązuje ona w naszym systemie prawnym⁶⁸³. Doktryna owoców zatrutego drzewa dotyczy jakichkolwiek dowodów, nie zaś ściśle wskazanych, jak ma to miejsce w przypadku zakazów dowodowych, w obowiązującej procedurze nie przyjmuje się zaś

⁶⁸¹ *Ibidem*, s. 89-91.

⁶⁸² *Ibidem*, s. 96-97.

⁶⁸³ A. Gaberle, *Dowody...*, 311.

obowiązania normy nakazującej eliminację dowodów tylko z tego powodu, że uzyskano je wskutek złamania przepisów, gdy nie dotyczyło ono samego uzyskania dowodu, a tylko doprowadziło do uzyskania informacji o jego istnieniu. Dodanie 15 kwietnia 2016 roku do kodeksu postępowania karnego art. 168a świadczy zresztą dobitnie o tym, że aktualnie intencją ustawodawcy nie jest recypowanie do polskiej procedury karnej elementów doktryny owoców zatrutego drzewa.

Doktryna ta wywodzi się z USA, jednak nie powstała ona na początku ich państwowości, ale kształtowała się stopniowo dopiero w XX wieku. W orzeczeniu z 1886 roku, wydanym w sprawie *Boyd v. US*, Sąd Najwyższy zaakcentował sprzeczność z Piątą Poprawką Konstytucji przepisu ustawy uprawniającego sąd rozpoznający sprawę do żądania przedłożenia przez oskarżonego, będących w jego posiadaniu, obciążających go dokumentów. W żaden sposób nie wypowiedziano się jednak co do ewentualnej eliminacji z procesu tak pozyskanego dowodu. Do kwestii tej Sąd Najwyższy odniósł się za to w 1904 roku, orzekając w sprawie *Adams v. New York*. Uznano wtedy, że nie jest sprzeczne z Czwartą Poprawką Konstytucji⁶⁸⁴ wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów znalezionych w trakcie przeszukania, nawet jeśli w wydanym nakazie przeszukania nie napisano, że chodzi o uzyskanie tych konkretnie dowodów. W sytuacji tej stwierdzono, że sąd nie ocenia metod zdobywania dowodów, ale ich znaczenie dla sprawy. Uznano więc, że nie ma zakazu wykorzystania w postępowaniu karnym dowodów uzyskanych z naruszeniem Czwartej Poprawki do Konstytucji⁶⁸⁵.

Zmiana podejścia do nielegalnie uzyskanych dowodów nastąpiła dopiero 24 lutego 1914 roku. Wtedy to Sąd Najwyższy rozstrzygnął sprawę *Weeks v. US*. Jej początkiem było zdarzenia z 21 grudnia 1911 roku, gdy Ollie Weeks została zatrzymana podczas dokonania kradzieży sklepowej kilku par dziecięcych rękawiczek. Próbowła ona wysłać do swojego męża – Fremonta Weeksa – gryps z poleceniem dokładnego ukrycia przed policjantami rzeczy pochodzących z wcześniejszych kradzieży, a znajdujących się w ich domu. Ponieważ funkcjonariusze przechwycili gryps, udali się na przeszukanie, nie dysponując w ogóle nakazem. W wyniku tej czynności znaleziono nie tylko skradzione wcześniej rzeczy, ale również bilety loteryjne, których sprzedają i

⁶⁸⁴ „Prawa ludu do nietykalności osobistej, mieszkania, dokumentów i mienia nie wolno naruszać przez nieuzasadnione rewizje i zatrzymanie; nakaz w tym przedmiocie można wystawić tylko wówczas, gdy zachodzi wiarygodna przyczyna potwierdzona przysięgą lub zastępującym ją oświadczeniem. Miejsce podlegające rewizji oraz osoby i rzeczy podlegające zatrzymaniu powinny być w nakazie szczegółowo określone”.

⁶⁸⁵ S. Waltoś, *Owoce...*, s. 233-235.

przesyłaniem zajmował się Fremont Weeks, pomimo że było to zabronione. Wysyłanie biletów loteryjnych pocztą było przestępstwem federalnym, dlatego powtórzono przeszukanie, tym razem pod nadzorem marszałka federalnego, czyli urzędnika wykonującego zadania szeryfa, tyle że w odniesieniu do przestępstw federalnych. Również wtedy policjanci nie dysponowali nakazem przeszukania domu państwa Weeksów. W rezultacie znaleziono dwa listy świadczące o tym, że podejrzany przysyłał bilety loteryjne. W toku procesu jedynie one zostały się jako dowody popełnienia tego przestępstwa. Nie sporządzono jednak wykazu rzeczy znalezionych w trakcie przeszukań.

W wyroku w tej sprawie wydanym Sąd Najwyższy stwierdził, że przeprowadzenie przeszukania bez uzyskania stosownego nakazu, a także odebranie prywatnych dokumentów, za które uznano opisane listy, stanowiło naruszenie Czwartej Poprawki do Konstytucji. Tym razem uznano jednak, że „usankcjonowanie takich czynności oznaczałoby nie co innego, jak wyrażenie zgody decyzją sądową na lekceważenie, na chociażby nawet nie całkiem jawne naruszenie zakazów wymienionych w Konstytucji, zmierzających do ochrony ludzi przed takimi nieautoryzowanymi akcjami (...). [S]ąd powinien był zwrócić te listy oskarżonemu. Przez przetrzymywanie ich i zezwolenie na użycie ich w czasie rozprawy, zdaniem naszym został popełniony błąd przesądzający wynik sprawy”⁶⁸⁶.

Orzeczenie wydane w sprawie *Weeks v. US* dało podstawy do sformułowania doktryny owoców zatrutego drzewa, choć wówczas nie posłużono się jeszcze tym pojęciem. W sądownictwie sformułował je niemal 30 lat później sędzia Sądu Najwyższego Felix Frankfurter w sprawie *Nardone v. US*, która dotyczyła stosowania podsłuchu bez uzyskania wymaganego nakazu. W międzyczasie, w 1920 roku, wydano orzeczenie w sprawie *Silverthorne Lumber Company, Inc. Et Al. v. US*. Dotyczyła ona sytuacji, w której dwaj przedsiębiorcy – ojciec i syn o nazwisku Silverthorne – zostali zatrzymani na kilka godzin, a w tym czasie ich dom został przeszukany, mimo że nie uzyskano stosownego nakazu. W trakcie tej czynności zabezpieczone dokumenty, które w dalszym toku postępowania zostały co prawda zwrócone, jako uzyskane nielegalnie, jednak w międzyczasie sporządzono ich kopie. Następnie sąd rozpoznający sprawę

⁶⁸⁶ *Ibidem*, s. 265-267. W orzeczeniu tym wskazano także, że okoliczności te nie są analogiczne do występujących w sprawie *Adams v. New York*, bowiem tam doszło do wydania nakazu, którym nie objęto jedynie znalezionych przedmiotów, a więc przeszukanie nie miało charakteru bezprawnego najścia. Sąd Najwyższy ograniczył również zasięg rozstrzygnięcia wydanego w sprawie *Weeks v. US* wyłącznie do prawa federalnego, wyłączając z niego regulacje stanowe.

zażądał przedstawienia oryginałów tych dokumentów przez podejrzanych. W sprawie tej Sąd Najwyższy nie tylko uznał niedopuszczalność posługiwania się dowodami zdobytymi wbrew prawu, ale zakazał również wykorzystywania informacji zdobytych dzięki tak uzyskanym dowodom.

W dalszym ciągu doktryna owoców zatrutego drzewa obowiązywała tylko w postępowaniu przed organami federalnymi, a do jej rozciągnięcia na prawo stanowe doszło wskutek wydania przez Sąd Najwyższy 6 czerwca 1961 roku orzeczenia w bulwersującej opinii publicznej sprawie *Mapp v. Ohio*, w której policjanci dostali się do domu pani Mapp w wyniku wybicia przez jednego z nich szyby w drzwiach i przekręcenia klucza znajdującego się w wewnętrznym zamku. Prawdopodobnie funkcjonariusze kłamali co do istnienia nakazu przeszukania, bowiem dokument ten nie został nikomu okazany w żadnym stadium postępowania⁶⁸⁷.

Uzasadnienie doktryny owoców zatrutego drzewa stanowi konsekwentne rozwinięcie prakseologicznej funkcji zakazów wykorzystania dowodów. Podnosi się, że obowiązywanie tej doktryny jest rezultatem zdecydowanie kontradiktoryjnego modelu anglosaskiego procesu karnego, co przejawia się w całkowicie przeciwstawnych procesowo pozycjach oskarżonego i organów ścigania. Natomiast kontynentalny proces karny, z założenia mniej kontradiktoryjny, a bardziej nakierowany na realizację zasady prawdy materialnej, odrzuca z tych powodów koncepcję zakazu wykorzystania owoców zatrutego drzewa⁶⁸⁸.

W niemieckiej doktrynie stwierdzono jednak, że rygorystyczne odrzucenie doktryny owoców zatrutego drzewa pozostaje w sprzeczności z podstawową ideą zakazów dowodowych. Należy bowiem uznać za niekonsekwentne podejście nakazujące eliminację z materiału dowodowego informacji uzyskanych bezpośrednio wskutek naruszenia zakazu, ale jednocześnie zezwalające na korzystanie z informacji, których uzyskanie stało się pośrednio możliwe dzięki temu naruszeniu⁶⁸⁹. Jeśli pragniemy pojmować zakazy dowodowe w szczególnie rygorystyczny sposób, jako środki gwarantujące ochronę szczególnie istotnych wartości, to należałoby rozważyć objęcie wszelkich informacji uzyskanych wskutek naruszenia zakazu dowodowego zakazem korzystania z owoców zatrutego drzewa. Pewnym rozwiązaniem tej kwestii mogłoby być

⁶⁸⁷ *Ibidem*, s. 270-272.

⁶⁸⁸ S. Steinborn, *Aksjologiczne...*, s. 99-100.

⁶⁸⁹ Natomiast niemiecki FTK stoi zasadniczo na stanowisku, że brak jest podstaw do przyjmowania tak dalekosiężnych skutków zakazów dowodowych, by skutkowały one niemożnością wykorzystania dowodów uzyskanych pośrednio wskutek naruszenia tego rodzaju norm.

odwołanie się do występującego w niemieckiej doktrynie tzw. problemu hipotetycznej legalnej ingerencji zastępczej (*hypothetischerrechtsmäßiger Ersatzeingriff*). O ile dowód uzyskany bezpośrednio wskutek naruszenia zakazu nie może być wykorzystany, o tyle legalizacja może objąć dowody pośrednie, jeżeli organy ścigania będą w stanie wykazać, że byłyby w stanie uzyskać taki dowód również w legalny sposób⁶⁹⁰. Rozumowanie to byłoby uzasadnione tylko w przypadku zakazów dowodowych wywodzących się z zasad zachowania legitymacji państwa do karania oraz ochrony praw do nieujawniania informacji⁶⁹¹.

Rozwiązanie to jest w pewien sposób podobne do opisanej już koncepcji konwersji czynności dowodowej. Pozwala ono jednak uniknąć kontrowersji związanych z możliwością konwertowania czynności procesowej w czynność operacyjną, bowiem sprowadza się wyłącznie do przeprowadzenia hipotetycznego testu alternatywnego przebiegu procesu dowodzenia. Należy również zauważyć, że utrwalona od końca XVIII wieku w całej Europie zasada swobodnej oceny dowodów nie może służyć wprowadzania do systemu prawa elementów doktryny owoców zatrutego drzewa. Dotyczy ona bowiem wiarygodności zebranych dowodów, a nie sposobu ich gromadzenia⁶⁹².

W samych Stanach Zjednoczonych formułowano głosy krytyczne wobec doktryny owoców zatrutego drzewa. Piastujący w latach 30. stanowisko sędziego Sądu Najwyższego Benjamin Cardozo zasłynął słowami zawartymi w orzeczeniu z 1926 roku, wydanym w sprawie *Defore v. People*: „jakiś pokój zostaje przeszukany wbrew prawu i znalezione zostaje ciało zamordowanego mężczyzny. Jeśli nie można udowodnić miejsca odkrycia, inne okoliczności mogą być niewystarczające, aby powiązać oskarżonego z przestępstwem. Prywatność domu została naruszona, a [przez to] morderca wychodzi na wolność”⁶⁹³.

⁶⁹⁰ D. Gruszecka, *Zarys problematyki...*, s. 58-60. Podobnym rozumowaniem posłużył się Sąd Najwyższy USA w orzeczeniu wydanym w 1980 r. w sprawie *Crews v. US*. Uznano w nim, że zasada wykluczenia owoców zatrutego drzewa nie ma zastosowania w sytuacji, gdy zdyskwalifikowany dowód został uzyskany także z innego, legalnego źródła. Wprowadzono również pojęcie „nieuchronności” dowodu, zgodnie z którym uzyskanie dowodu wskutek nielegalnej czynności nie skutkuje jego dyskwalifikacją, jeśli jego późniejsze ujawnienie należy uznać za nieuchronne, np. poznanie miejsca ukrycia zwłok wskutek niezgodnego z prawem przesłuchania podejrzanego, jeśli ich późniejsze znalezienie można uznać za nieuchronne. Tak. S. Waltoś, *Owoce...*, s. 274.

⁶⁹¹ K. Amelung, *Zasady rządzące...*, s.28-29.

⁶⁹² Jak słusznie wskazuje Waltoś, „[s]woboda oceny dowodów nie oznacza jednak swobody w uzyskiwaniu dowodów. To są dwie różne rzeczy. Wynik, swobodnie oceniany, dopuszcza jedynie dyskusję, czy zaistniał fakt, czy nie. Metoda zaś prowadząca do uzyskania dowodu jest przedmiotem dyskusji, czy była ona dopuszczalna z punktu widzenia ochrony czyichś interesów, których nie wolno lekceważyć” (S. Waltoś, *Owoce...*, s. 231).

⁶⁹³ *People v. Defore*, 242 N.Y. 13, 23-24 (N.Y. 1926).

W późniejszych orzeczeniach Sądu Najwyższego uznawano, że co prawda nie mogą stanowić dowodu wyjaśnienia złożone przez oskarżonego w trakcie przesłuchania przeprowadzonego na policji, mimo niezagwarantowania mu realizacji praw określonych w sprawie *Miranda v. Arizona*, jednak można posłużyć się nimi dla wykazania niewiarygodności wyjaśnień złożonych przed sądem (sprawa *Harris v. New York* z 1971 roku). Natomiast w sprawie *US v. Calandra* z 1974 roku stwierdzono, że świadek nie może odmówić odpowiedzi na pytanie z tej przyczyny, że jest ono oparte na informacji uzyskanej dzięki bezprawnemu przeszukaniu. Sygnalizowano również możliwe nadużycia reguły wykluczania dowodów pochodzących z „zatrutego drzewa”, jak choćby w sprawie policjanta, który przyznał się do zastrzelenia człowieka w trakcie rozruchów w 1967 roku w Detroit, ale nie został przed tym przesłuchaniem pouczony o przysługujących mu prawach. Dowód z tych wyjaśnień był więc niedopuszczalny, mimo że wiele wskazywało na to, że celowo nie pouczono go o tych prawach, by umożliwić mu uniknięcie odpowiedzialności⁶⁹⁴. Do zagadnienia oceny doktryny owoców zatrutego drzewa wróć jeszcze na koniec następnego rozdziału.

⁶⁹⁴ S. Waltoś, *Owoce...*, s. 273-275.

Rozdział IV.

Rezultaty analizy aksjologicznej zakazów dowodowych

1. Aksjologiczne uzasadnienie zakazów dowodowych

Posługując się zaproponowanym przez Marzenę Kordele postulatem wykładni aksjologicznej, zgodnie z którym jeżeli norma prawna formułuje nakaz określonego postępowania, to ma ono charakter wartości pozytywnej w systemie aksjologicznym prawodawcy, należy stwierdzić, że polski prawodawca za wartości pozytywne uznaje:

1. dysponowanie przez uczestników postępowania informacjami o przysługujących im zwolnieniach od obowiązków dostarczenia dowodów,
2. zaufanie oskarżonego do obrońcy,
3. ochronę autorytetu sądu,
4. sporządzenie orzeczenia w sposób zgodny z prawem,
5. niezawisłość sędziowską,
6. wolność sumienia oskarżonego,
7. zdrowie oskarżonego,
8. tajemnicę lekarską,
9. ochronę osoby deklarującej gotowość do współpracy w charakterze świadka koronnego,
10. ochronę relacji społecznych uznanych przez ustawodawcę za szczególnie cenne,
11. autonomię świadka w podejmowaniu decyzji o nieskładaniu zeznań z uwagi na więź łączącą go z oskarżonym,
12. zachowanie tajemnicy państwowej,
13. anonimowość źródeł dziennikarskich, a pośrednio wolność prasy,
14. ochronę immunitetów dyplomatycznych.

Natomiast wartościami negatywnymi naszego prawodawcy są:

1. stosowanie jakiegokolwiek przymusu fizycznego i dotkliwego przymusu prawnego w celu wpłynięcia na aktywne działania oskarżonego, dla zmuszenia go do znoszenia określonego zachowania,
2. korzystanie z informacji zgromadzonych przez obrońcę,

3. absolutyzowanie jawności postępowania,
4. utrwalanie przebiegu narady sędziowskiej,
5. narażanie duchownego na ponoszenie odpowiedzialności kanonicznej z powodu wywiązania się z obowiązku składania zeznań,
6. zmuszanie człowieka do łamania lojalności wobec osób dla niego najbliższych,
7. osłabianie autorytetu systemu prawa przez wymuszanie przestrzegania społecznie nieakceptowanych norm,
8. uznaniowość naruszania tajemnicy zawodowej lub służbowej, w tym adwokackiej i radcowskiej.

Próby ustalenia uzasadnienia aksjologicznego zakazów dowodowych polegają w istocie na poszukiwaniu pragmatycznej podstawy aksjologicznej prawa. Jak zauważyłem w poprzednich rozdziałach, rozumowanie to ma charakter indukcyjny, polegający na wnioskowaniu z kształtu obowiązujących regulacji prawnych na wartości, które legły u podstaw ich wprowadzenia. Jako takie, wnioski te mają rzecz jasna charakter podważalny i stanowią raczej próbę uporządkowania ewentualnej debaty, niż jej definitywnego rozstrzygnięcia. Zrekonstruowanie takiej podstawy pragmatycznej służy też dokonywaniu ocen słusnościowych w ujęciu relacyjnym, bowiem ustalenie wartości, rozumianych również jako pozytywnie oceniane stany rzeczy, stwarza możliwość traktowania jako słusnych norm z nimi zgodnych lub je promujących. Wszystko to służy również zastępowaniu uzasadnienia tetycznego obowiązywania norm uzasadnieniem aksjologicznym, co powinno sprzyjać internalizacji norm prawnych w społeczeństwie i realnej skuteczności prawa pozytywnego jako takiego.

Uważam również, że wartości leżące u podstaw zakazów dowodowych przeważnie mają charakter wartości-celów. Z jednej strony wskazują one, które aspekty życia są tak istotne dla ustawodawcy, że ustanawia normy zakazujące wkraczanie w nie, nawet kosztem ograniczenia możliwości dotarcia do prawdy. Z drugiej zaś strony wartości-cele wyraźnie świadczą o tym, jaki powinien być kształt ustanawianych przepisów, które mają właśnie te cele realizować. Powiązanie zakazów dowodowych z wartościami-celami powoduje również to, że dopuszcza się ocenianie koherencji systemu prawnego przez pryzmat skuteczności, z jaką obowiązujące normy prawne służą realizacji tych celów.

Jak już pokazałem, historycznie rozszerzano obowiązek pouczenia o przysługujących uprawnieniach do odmowy składania zeznań i wyjaśnień oraz nieodpowiadania na pytania. Wynika z tego, że ustawodawca dąży do osiągnięcia stanu, w którym każdy będzie miał potencjalnie takie same szanse skorzystania z tych uprawnień, do czego jednak niezbędna jest wiedza o nich. W polskim prawie nie wprowadzono natomiast rozwiązania analogicznego do wynikającego z rozstrzygnięcia amerykańskiej sprawy *Mirandy*, nakazującego wygłoszenie ustnego pouczenia o prawach przysługujących jednostce. Zamiast tego uczestnik postępowania otrzymuje stosowne pouczenia na piśmie, z którymi powinien się zapoznać. Przy czym osobie zatrzymanej nie przysługują te same prawa co podejrzanemu. Nie sposób jednak oceniać tych uprawnień w kategoriach prawa do milczenia. W polskiej procedurze karnej nie przewidziano bowiem autonomicznej procedury dla przesłuchania zatrzymanego. O zakresie przysługujących mu uprawnień przesądza więc charakter, w jakim zostanie on przesłuchany – świadka albo podejrzanego. Zatrzymany ma w tej sytuacji prawo składać oświadczenia, jednak nie ma takiego obowiązku⁶⁹⁵.

Należy jednak zauważyć, że ustawodawca nie uznaje za samoistną wartość pozytywną nieuzyskiwania dowodów od oskarżonego w drodze przymusu. W istocie chodzi o to, by przymus ten nie przekraczał pewnego stopnia dolegliwości, określonego przepisami. Świadczy o tym wyraźnie ustanowiona w art. 74 § 3a k.p.k.⁶⁹⁶ możliwość stosowania wobec oskarżonego, a nawet wobec osoby podejrzanego, przymusu fizycznego i posługiwania się odpowiednimi środkami technicznymi, w celu uzyskania określonych śladów kryminalistycznych (dowodowych albo porównawczych) lub przeprowadzenia czynności dowodowych.

Można argumentować, że pewną granicę stanowi tutaj uzyskiwanie w ten sposób wyłącznie dowodów, których pozyskiwanie nie wymaga aktywnego udziału podejrzanego, a jedynie znoszenia przez niego pewnych działań. Należy jednak zauważyć, że zasada ta doznaje pewnego wyjątku na gruncie prawa wykroczeń, które jednak w orzecznictwie europejskim uznawane jest za prawo karne *sensu largo*. Świadczy o tym wyraźnie przywołane wyżej orzeczenie Weh przeciwko Austrii.

⁶⁹⁵ Wynika to z art. 244 § 2 i § 3 k.p.k. Zgodnie z pierwszym z tych przepisów zatrzymanego należy wysłuchać, zaś drugi z nich nakazuje wciągnąć do protokołu złożone przez zatrzymanego oświadczenia.

⁶⁹⁶ Art. 74 § 3a k.p.k. Oskarżonego lub osobę podejrzaną wzywa się do poddania się obowiązkowi wynikającym z § 2 i 3. W razie odmowy poddania się tym obowiązkom oskarżonego lub osobę podejrzaną można zatrzymać i przymusowo doprowadzić, a także stosować wobec nich siłę fizyczną lub środki techniczne służące obezwładnieniu, w zakresie niezbędnym do wykonania danej czynności.

Zgadzamy się więc na stosowanie przymusu w celu wpłynięcia na aktywne zachowanie potencjalnego sprawcy wykroczenia, a więc sprawcy czynu o dość niskim stopniu karygodności, od którego oczekujemy np. informacji o osobie kierującej pojazdem w danym czasie. Uważam, że w tym przypadku granicą jest dla nas postać przymusu – prawna, a nie fizyczna – a także stosunkowa łagodność grożącej sankcji, której wymierzenie przede wszystkim nie powoduje stania się osobą karaną w rozumieniu prawa polskiego⁶⁹⁷. W istocie więc wynikające z orzeczenia wydanego w sprawie Jalloh przeciwko Niemcom dopuszczenie możliwości odstąpienia od prawa do nieobciążania siebie ze względu na interes publiczny nie jest niczym nowym w polskim porządku prawnym. Kluczowe jest to, że granice tego odstąpienia wynikają z jasnej decyzji ustawodawcy, a nie jest to zagadnienie poddane swobodzie oceny organu procesowego. Przywodzi to więc na myśl realizację postulatu możliwego do sformułowania na gruncie teorii pluralizmu wartości, zgodnie z którym pewne decyzje dotyczące relacji konkurujących ze sobą wartości mogą być zarezerwowane wyłącznie dla władzy ustawodawczej, a nie sądowniczej, a tym bardziej wykonawczej.

Natomiast na płaszczyźnie aksjologicznej rozwiązania problemów interpretacyjnych związanych z art. 183 § 1 k.p.k. i karaniem za składanie fałszywych zeznań w obawie przed grożącą odpowiedzialnością karną za inne przestępstwo, należy według mnie poszukiwać w kontekście uznania stosowania przymusu wobec oskarżonego za wartość negatywną. Jak już zauważyłem, ustawodawca dopuszcza stosowanie swego rodzaju presji prawnej, za którą uznaję np. odpowiedzialność wykroczeniową z art. 96 § 3 k.w. za niewskazanie kierującego pojazdem. Porównując te dwie sytuacje, należy zauważyć, że jeśli świadek nie wskaże kierującego pojazdem, to narazi się na odpowiedzialność wykroczeniową z przywołanego przepisu. Jeśli zaś wskaże siebie, to poniesie karę za popełnione wykroczenie drogowe. Natomiast jeśli w postępowaniu karnym świadek powoła się w trakcie przesłuchania wprost na art. 183 § 1 k.p.k., to za samo to zachowanie nie grozi mu żadna sankcja, jednak zwróci on na siebie uwagę organów ścigania, a w potencjalnie prowadzonym postępowaniu karnym może zostać wobec niego orzeczona kara za popełnione przez niego przestępstwo. Jeśli natomiast skłamię, to może mu grozić odpowiedzialność karna za czyn z art. 233 § 1a k.k. W przypadku uchylenia się od złożenia zeznań bez powołania się na art. 183 § 1 k.p.k., świadek nie tylko zwraca na siebie uwagę organów ścigania, ale również naraża

⁶⁹⁷ Art. 96 § 3 k.w. Tej samej karze podlega, kto wbrew obowiązkowi nie wskaże na żądanie uprawnionego organu, komu powierzył pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie.

się natomiast na nałożenie kary porządkowej określonej w Kodeksie postępowania karnego. Zatem w sprawie wykroczeniowej odpowiedzialność za nieudzielenie odpowiedzi na pytanie o osobę kierującą pojazdem jest pewna, ale ograniczona do grzywny za wykroczenie. Natomiast w postępowaniu karnym odpowiedzialność jest hipotetyczna, ale ograniczona wyłącznie rodzajem sankcji karnej przewidzianej za popełnione przestępstwo.

Najbezpieczniejszym wyjściem dla sprawcy zeznającego w charakterze świadka w omówionej sytuacji jest zatem kłamstwo⁶⁹⁸. Uważam, że nie powinien on ponosić za nie odpowiedzialności karnej. Nie dlatego, że nieznana jest polskiemu prawu konstrukcja wywarcia prawnej presji w takiej sytuacji, ale dlatego, że w postępowaniu karnym jest ona zbyt dotkliwa, a w konsekwencji godząca w wartości strzeżone przez zasadę *nemo se ipsum accusare tenetur*. Niejako na marginesie należy zwrócić uwagę, że skoro uznaje się za niekaralne autopopiecznictwo, to trudno zrozumieć, na czym miałyby polegać i z czego wynikać różnicowanie wartości stojących za niekaraniem sprawcy za zacieranie śladów przestępstwa a karaniem go za składanie fałszywych zeznań w trakcie przesłuchania w charakterze świadka.

Z kolei zakaz dowodzenia przebiegu narady sędziowskiej wynika według mnie z potrzeby ochrony autorytetu i niezawisłości sędziowskiej. Uzasadnienie aksjologiczne obowiązywania tego zakazu ma złożony charakter. Z jednej strony twierdzi się, że jej tajność ma służyć prawidłowemu opracowaniu orzeczenia, co odnosi się również do zapewnienia jego zgodności z prawem. Z drugiej zaś odrzucenie jeszcze w dwudziestoleciu międzywojennym możliwości protokołowania przebiegu narady, skutecznie uniemożliwia odtworzenie sposobu podejmowania decyzji, co mogłoby służyć ustaleniu jej rzeczywistych motywów. Należy jednak zauważyć, że od momentu podpisania projektu, orzeczenie sądu nabiera mocy prawnej. Od tego momentu na jego zgodność z prawem nie mają wpływu motywów ani intencje osób biorących udział w jego wydaniu. Przesądza wyłącznie jego ogłaszana publicznie treść, co stanowi realizację

⁶⁹⁸ Moim zdaniem do sytuacji tej można odnieść argument przywołany w zacytowanej już w odniesieniu do zakazu przesłuchania obrońcy uchwały Sądu Najwyższego, wydanej w sprawie o sygnaturze akt I KZP 5/94. Co do zakazu tego wskazano, że „przyjmując takie rozwiązanie w kodeksie postępowania karnego z 1928 r. Komisja Kodyfikacyjna przekonująco wykazała jego niewątpliwe walory, podkreślając przy tym celnie, iż na tle innego sposobu ochrony tajemnicy obrończej, a mianowicie przyznania obrońcy uprawnienia do odmowy zeznań, «często sam fakt odmowy byłby już odpowiedzią bardzo wymowną» (Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej: Projekt ustawy postępowania karnego z uzasadnieniem, Warszawa-Lwów 1926-1927, s. 192)”. Wynika z tego, że w polskiej nauce prawa już niemal 100 lat temu dostrzegano, że w niektórych sytuacjach skorzystanie z uprawnienia przyznanego w celu ochrony jakiejś informacji przed ujawnieniem, prowadziło do pośredniego przyznania jej istnienia.

konstytucyjnej zasady jawności, bowiem art. 45 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji RP stanowi, że wyrok ogłaszany jest publicznie. W związku z tym sporządzenie protokołu z narady sędziowskiej byłoby bezcelowe z perspektywy troski o zgodność orzeczenia z prawem, bo odtworzenie jej przebiegu w żaden sposób by na nią nie wpływało. Zatem prawidłowe jest uzasadnianie tego zakazu troską o prawidłowość orzeczenia do momentu jego sporządzenia, a od tej chwili ten argument zastępują racje związane z ochroną autorytetu i niezawisłości sędziowskiej. Tajność narady służy również utrudnieniu wywierania niedozwolonego wpływu na sędziów przez publiczne kwestionowanie prawidłowości ich poglądów prawnych formułowanych podczas orzekania w sprawie. Natomiast analiza historycznej ewolucji tajności narady sędziowskiej prowadzi do wniosku, że instytucja ta dotyczy sędziów i ławników, pełniących funkcje orzecznicze, a także osób pomagających im w wydawaniu orzeczeń, czyli protokolantów.

Co do zakazu przesłuchania obrońcy uważam, że państwo chroni tu specyficzną relację między obrońcą a oskarżonym. Ma być ona oparta na pełnym zaufaniu, które według mnie nie powinno być nadwyrężane choćby przez samo tylko wezwanie obrońcy na przesłuchanie w prowadzonym postępowaniu. Już sama potencjalna tylko możliwość złożenia przez niego zeznania co do informacji uzyskanych od podejrzanego mogłaby rodzić w podejrzanym wątpliwości co do poufności przekazywanych informacji. Należy jednak zauważyć, że zakaz przesłuchania obrońcy ma do tego stopnia bezwzględny charakter, że nie może on zostać przez nikogo zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy obrończej w postępowaniu karnym, choćby sam wyrażał takie życzenie.

Uważam więc, że przez ustanowienie tego zakazu dowodowego państwo chroni też swoją legitymację do karania w tym sensie, że zobowiązuje się ono w żadnym wypadku nie sięgać po informacje, które oskarżony przekazał swojemu obrońcy. Wniosek ten uzasadniony jest również tym, że zakaz dowodowy dotyczy obrońcy ustanowionego nie tylko w tym postępowaniu karnym, w którym mogłoby dojść do ewentualnego przesłuchania, ale w każdym postępowaniu o charakterze represyjnym, w jakim możliwe jest występowanie obrońcy. W tym ujęciu zakaz ten stanowi swoiste przedłużenie zasady *nemo se ipsum accusare tenetur*, bowiem oskarżony wie, że podane przez niego obrońcy informacje, w tym te mogące mieć charakter obciążający, nigdy nie zostaną ujawnione w prowadzonym przeciwko niemu postępowaniu.

Pozytywnie oceniam konsekwentne różnicowanie zakresu oraz intensywności ochrony tajemnicy obrończej i adwokackiej. O ile ta pierwsza jest związana wprost z udzielaniem pomocy prawnej osobie, której zarzucono popełnienie czynu karalnego

sensu largo, o tyle ta druga ma związek z udzielaniem jakiegokolwiek pomocy prawnej. Ta pierwsza sytuacja stanowi konsekwencję jednej z najistotniejszych zasad procesu karnego – *nemo se ipsum accusare tenetur* – czego nie da się powiedzieć o drugiej z wymienionych. Należałoby jedynie postulować ujednoczenie siatki pojęciowej, jakimi ustawodawca posługuje się na gruncie kodeksu postępowania karnego, ustawy o radcach prawnych i Prawa o adwokaturze. Aktualnie wspomniana niezgodność pojęciowa występuje wyłącznie na gruncie tego ostatniego aktu prawnego.

Należy podkreślić, że prawo do obrony klienta nie może ograniczać prawa do obrony samego obrońcy. Świadczy o tym fakt, że zakaz dowodowy z art. 178 k.p.k. dotyczy tylko przesłuchania w charakterze świadka, nie zaś oskarżonego.

Odnosząc się wprost do aksjologicznego uzasadnienia zakazu przesłuchania duchownego co do okoliczności objętych tajemnicą spowiedzi, uważam, że główna wartość strzeżona przez tę normę procesową to interes spowiednika. Jest on bowiem osobą, która może wziąć udział w postępowaniu karnym w wyniku zasadniczo niezależnej od niego decyzji oskarżonego o wypowiedaniu się akurat u niego. Jeśli na spowiedniku ciążyłby obowiązek złożenia zeznań co do tego, czego dowiedział się podczas spowiedzi, to stawiałoby to w obliczu poważnego dylematu – narazić się na sankcje za bezpodstawne uchylenie się od złożenia zeznań albo zeznanie nieprawdy, bądź ponieść odpowiedzialność określoną w przepisach związku wyznaniowego, do którego należy. Sankcja ta może być dla duchownego skrajnie surowa, łącznie z ustanowioną w Kościele Katolickim karą ekskomuniki. W związku z tym ustanowienie przepisu zabraniającego przesłuchania spowiednika stanowi realizację konstytucyjnej zasady wolności wyznania.

Nieco odmiennie wygląda sytuacja w przypadku spowiadającego się oskarżonego. Z jego perspektywy omawiany zakaz dowodowy stanowi przejaw realizacji tej samej zasady konstytucyjnej, a względy humanitaryzmu uzasadniają gwarantowanie przez państwo, że będzie on mógł przystąpić do sakramentu spowiedzi, czyli aktu skutkującego odpuszczeniem mu grzechów i uwolnieniem od wiecznych kar, bez obawy, że jej treść zostanie wykorzystana na jego niekorzyść. Należy jednak zauważyć, że spowiadający się oskarżony nie jest na gruncie prawa kanonicznego zobowiązany do zachowania tajemnicy spowiedzi. Zatem z perspektywy oskarżonego o kształcie przywileju nieujawniania treści spowiedzi w postępowaniu karnym decydują regulacje ustawowe. Rzecz jasna powinny one realizować konstytucyjną zasadę wolności wyznania, jednak o konkretnym sposobie jej urzeczywistnienia decyduje ustawodawca

zwykły. Skoro więc nie wprowadzono do Kodeksu postępowania karnego zakazu dowodzenia przebiegu spowiedzi w ogóle, to można pokusić się o stwierdzenie, że nie powinien być zabroniony ewentualny dowód z dopuszczalnego prawnie podsłuchu umieszczonego w konfesjonale. Przeciwny wniosek wymagałby zakwestionowania prawidłowości decyzji ustawodawczej o ustanowieniu tego zakazu dowodowego w aktualnie obowiązującym kształcie. Trzeba podkreślić, że zakaz utrwalania przebiegu spowiedzi wynika, przynajmniej w odniesieniu do Kościoła Katolickiego, wyłącznie z regulacji tej wspólnoty wyznaniowej. Natomiast przepisy procedury karnej nie ustanawiają analogicznej normy, choć przykład austriacki świadczy o tym, że takie rozwiązania normatywne już występują w ustawodawstwie karnoprosesowym.

Uważam, że zasadniczo kształt zakazu przesłuchiwania duchownego co do faktów, o których dowiedział się na spowiedzi, służy ochronie określonych sfer życia – zwłaszcza możliwości korzystania z wolności wyznania – a także stosunków społecznych, czyli relacji między spowiednikiem a penitentem. Zakres tego zakazu wyznaczany jest przez regulacje wewnętrzne danego związku wyznaniowego. To bowiem one decydują o tym, jaką czynność można uznać za spowiedź, a także jakie regulacje wyznaczają jej kształt. Za najistotniejszy wyjątek należy uznać rozciągnięcie karnoprosesowej tajemnicy spowiedzi również na pozytywne informacje o penitencie, podczas gdy spowiedź kościelna i jej tajemnica obejmują wyłącznie grzechy, których ten się dopuścił. Należy więc zauważyć, że w dominujących w Polsce wyznaniach chrześcijańskich surowe konsekwencje religijne naruszenia tajemnicy spowiedzi ponosi przede wszystkim duchowny. W Kościele Katolickim penitent nie jest wręcz zobowiązany do zachowania tajemnicy spowiedzi. W kontekście postępowania karnego negatywne konsekwencje dla spowiadającego się oskarżonego mogą wynikać z tego, że w trakcie spowiedzi przekazuje on informacje mogące skutkować pogorszeniem jego sytuacji procesowej.

Przyznanie niektórym świadkom, pozostającym w szczególnej relacji z oskarżonym, prawa do odmowy złożenia zeznań oraz będący jego konsekwencją zakaz dowodowy dotyczący zeznań złożonych przez taką osobę, korzystającą z tego prawa po ich złożeniu w postępowaniu przygotowawczym, świadczy o uznawaniu za prawnie doniosłe kilku wartości. Przede wszystkim nacisk kładzie się na ochronę świadka przed wewnętrznym konfliktem między obowiązkiem złożenia prawdziwych zeznań, a lojalnością wobec osoby najbliższej. Jednakże spostrzeżenie to nie oddaje w pełni uzasadnienia aksjologicznego tego zakazu dowodowego. Z jednej strony opisany aspekt

wskazuje na ochronę systemu prawa przed osłabieniem jego autorytetu, z powodu obowiązywania normy, która nie dość że byłaby uznana za niesłuszną, to w dodatku mogłaby dość często być nierealizowana przez ludzi stawiających sobie lojalność wobec najbliższych wyżej niż posłuszeństwo normom procesowym. Z drugiej strony aksjologiczna złożoność tego zakazu uwidacznia się w szczególności w zróżnicowaniu sytuacji, gdy oskarżonym jest były małżonek albo były partner ze związku niemajątkowego. W tym pierwszym przypadku prawo do odmowy złożenia zeznań w dalszym ciągu przysługuje świadkowi, w tym drugim już nie. Wynika stąd, że w tym przypadku ustawodawca chroni nie tyle realnie istniejące więzi, co pewne idealistyczne wyobrażenie na temat ich charakteru. Nie sposób bowiem zaprzeczyć, że byli partnerzy pozamałżeńscy często po rozstaniu mogą darzyć się zdecydowanie cieplejszymi uczuciami, niż byli małżonkowie, a obecnie już rozwodnicy. W tym zakresie nie sposób sformułować żadnej ogólnej reguły opartej o typ obiektywnych relacji łączących osoby pozostające ze sobą w związku.

Przechodząc do kolejnego zakazu dowodowego, dotyczącego tajemnicy zawodowej lub służbowej, uważam, że postulat sformułowany przez Piotra Kardasa w ramach analizy art. 180 k.p.k. powinien zostać odniesiony do wszystkich zakazów dowodowych tego rodzaju. Twierdzi on, że „uchylenie obowiązku zachowania tajemnicy służbowej ma zawsze u podłoża ujawniający się konflikt między dobrami chronionymi przez instytucję tajemnicy a dobrem ogólnym w postaci dobra wymiaru sprawiedliwości. Tym samym uchylenie obowiązku zachowania tajemnicy służbowej lub zawodowej stanowi konsekwencję procedury wartościowania i przyjęcia, że dobro w postaci interesu wymiaru sprawiedliwości przeważa w konkretnym wypadku nad innym, chronionym przez tajemnicę służbową lub zawodową, dobrem publicznym oraz skorelowanymi z nim dobrami jednostkowymi. System prawny powinien zatem zawierać określenie obu wartości, tak by w razie konieczności decydowania o prymacie jednej z nich, druga była klarownie zdefiniowana przez ustawodawcę. Brak określenia wartości, których wystąpienie decyduje o uchyleniu ochrony wynikającej z tajemnicy oraz brak przesłanek, w których rezygnacja z tej ochrony jest uzasadniona, rodzi ryzyko arbitralnych rozstrzygnięć, godzących w konkretne, indywidualne przypadkach w istotę tajemnicy i chronione przez nią wartości”⁶⁹⁹.

⁶⁹⁹ P. Kardas, *Kilka uwag...*, s. 60.

Wartością główną, uzasadniającą obowiązywanie omawianego zakazu dowodowego, jest interes oskarżonego, dodatkowo ściśle związany z zasadami etyki adwokackiej. Jeśli bowiem oskarżony nie miałby obrońcy, to zakaz ten nie dotyczyłby żadnego z jego dóbr prawnych. Podobnie, gdyby adwokat nie występował w postępowaniu w charakterze obrońcy, to stosunek łączący go z innym uczestnikiem postępowania nie podlegałby ochronie wynikającej z tego zakazu, a co najwyżej z art. 180 § 2 k.p.k. Dla prawidłowego zidentyfikowania głównych wartości leżących u podstaw wprowadzenia tego zakazu konieczne jest więc uwzględnienie tego swoistego splotu interesów oskarżonego i relacji łączącej go z obrońcą. To prawda, że zakaz ten uzasadnia się ochroną zaufania między tymi osobami, jednak nie byłoby ono chronione w takim stopniu, gdyby jedną ze stron tego stosunku zaufania nie był oskarżony. Tak samo przysługujące mu gwarancje, wynikające choćby z zasady domniemania niewinności, nie byłyby chronione z taką intensywnością, gdyby nie korzystał on z pomocy obrońcy.

Uważam również, że omówiony zakaz dowodowy służy adwokaturze jako takiej, w szczególności przez zagwarantowanie ludziom, że w przypadku znalezienia się w stanie oskarżenia, mogą oni korzystać z usług adwokatów bez obaw o ujawnienie okoliczności i treści świadczonej pomocy prawnej. Interes adwokatury jest oczywiście pochodnym, stanowi więc wartość uboczną względem wartości głównej – ochrony relacji między obrońcą a oskarżonym – i sam w sobie nie uzasadniałby wprowadzenia takiego zakazu dowodowego, nie sposób jednak marginalizować tej wartości, mającej charakter ogólnospołeczny.

Wypada wreszcie zwrócić uwagę, że w pewnych specyficznych stanach faktycznych omawiany zakaz może służyć dotarciu do prawdy o zdarzeniu będącym przedmiotem postępowania, jednak związek między tym zakazem dowodowym a zasadą prawdy materialnej ma, ze swej istoty, przygodny charakter.

Norma dotycząca ochrony tajemnicy anonimatu została natomiast ustanowiona przede wszystkim w interesie osób dostarczających informacji dziennikarzom, bowiem to od decyzji tych informatorów zależy objęcie określonych informacji bezwzględnym zakazem dowodowym. Wynika z tego, że w ~~tamtejszym~~ porządku prawnym kładzie się większy nacisk na przywołaną w orzecznictwie ETPC ochronę wolności prasy jako ważnego elementu państwa prawa, niż na ochronę prywatnego interesu dziennikarzy lub ich informatorów.

Natomiast zakaz dowodowy przesłuchania lekarza chroni przede wszystkim bardzo istotną sferę życia podejrzanego – jego zdrowie, a nieraz wręcz i samo życie, które może być zagrożone w przypadku nieudzielenia mu odpowiedniej pomocy medycznej – a także stosunek społeczny między lekarzem a pacjentem. Uważam, że istotniejszy jest pierwszy z tych aspektów. Postępowanie karne powinno być bowiem prowadzone zgodnie z zasadą humanitaryzmu. Zaprzeczeniem jej realizacji byłaby sytuacja, w której dąży się do uzyskania dowodów, ryzykując życiem i zdrowiem podejrzanego. Potrzeba ustalenia prawdy w postępowaniu prowadzonym przez organy państwa, na podstawie i w granicach obowiązującego prawa, nie może wszak prowadzić do tak istotnego naruszenia dóbr człowieka, nawet jeśli jest on sprawcą poważnego przestępstwa.

2. Postulaty dotyczące interpretacji zakazów dowodowych

Zakazy dowodowe zaliczyć należy do norm postępowania w tym sensie, że wyznaczają one zakres dopuszczalnych czynności dowodzenia w postępowaniu karnym. Z ostrożnością podchodzę natomiast do postulatu traktowania ich jako przepisów uadekwatniających normy kompetencyjne. Rzecz jasna w pewnym zakresie wyznaczają one dopuszczalny sposób prowadzenia czynności, jak choćby wskazanie organów właściwych do zwolnienia z tajemnicy zawodowej lub wyrażenia zgody na przesłuchanie osób zobowiązanych do jej zachowania, ale kompetencje do przeprowadzania czynności dowodowych wynikają przede wszystkim z innych przepisów Kodeksu postępowania karnego. W świetle przedstawionego w poprzednich rozdziałach rozróżnienia reguł konwencjonalizacji i formalizacji, za najtrafniejsze uznaję traktowanie zakazów dowodowych jako reguł formalizacji postępowania, polegających na wyznaczeniu ich normatywnych konsekwencji. Istotą zakazów dowodowych jest bowiem to, że przeprowadzenie czynności wbrew nim skutkuje utrudnieniem lub wręcz uniemożliwieniem uznania ich rezultatów za dowód w postępowaniu karnym. Rzecz jasna przeprowadzenie dowodu w procesie ma charakter czynności konwencjonalnej w tym znaczeniu, że jest ona wykonywana przez kompetentny organ w sposób wynikający z przepisów procedury, jednak w większości przypadków normy dotyczące tej konwencjonalizacji nie są bardzo złożone. Trudno byłoby uznać zakazy dowodowe za ich element. Z tych też powodów w tego rodzaju normach nie należy również skupiać się na tym, w jaki sposób rzutują one na prawidłowy sposób wykonania czynności procesowych, tak, by wywołały one zamierzone przez ich wykonawcę skutki. W istocie

mechanizm ten jest na gruncie procesu karnego stosunkowo nieskomplikowany, bowiem organ prowadzący postępowanie decyduje o tym, czy uznać rezultat danej czynności za prawidłowo przeprowadzony dowód. Jak wspomniałem, wysuwa to na pierwszy plan formalizację przez wyznaczenie konsekwencji.

Spostrzeżenie to uzasadnia skupienie się w procesie wykładni zakazów dowodowych właśnie na ich aspekcie aksjologicznym. Nie można naturalnie zaprzeczyć, że w procesie stosowania prawa konieczne jest dokonywanie formalno-dogmatycznej interpretacji zakazów dowodowych. Stwierdzenie to należy jednak uznać za w pewnym stopniu trywialne, bowiem co do żadnej chyba normy prawnej nie zachodzi sytuacja izomorfii w każdym przypadku jej stosowania. Natomiast rozumowania aksjologiczne uznaję za szczególnie istotne w odniesieniu do zakazów dowodowych właśnie z powodu pojawienia się wielokrotnie powtarzanego już w tej pracy na różne sposoby pytania: jakie wartości są tak szczególnie istotne, że konsekwencją uzyskania informacji z ich naruszeniem jest utrudnienie lub uniemożliwienie wykorzystania tych wiadomości w procesowym ustalaniu prawdy o czynie objętym prowadzonym postępowaniem karnym?

4.2.1 Wykładnia zwężająca czy rozszerzająca?

Uzasadnienie aksjologiczne norm prawnych, w tym też zakazów dowodowych, powinno być wykorzystywane w ramach wykładni aksjologicznej. Można ją traktować jako odrębny typ wykładni, w ramach którego formułowane są określone postulaty, przywołane w poprzednich rozdziałach za Marzeną Kordelą. Można też posłużyć się tym sposobem interpretacji podczas wykładni systemowej, dla której wykładnia aksjologiczna pełni funkcję uzupełniająco-korygującą, jak również funkcjonalnej, gdzie odwołanie się do wartości może mieć zasadnicze znaczenie.

Jakkolwiek zakazy dowodowe traktowane są jako wyjątki od zasady swobody dowodzenia, to jednak nieuprawniony byłby wniosek, że należy w odniesieniu do nich posiłkować się zawsze dyrektywą interpretacyjną *exceptiones non sunt extendendae*. Skoro bowiem dopuszczalne jest traktowanie postępowania karnego jako wyjątku od konstytucyjnej zasady autonomii informacyjnej, to w takim ujęciu zakaz dowodowy stanowiłby wyjątek od wyjątku, a więc powrót do sytuacji optymalnej na gruncie konstytucji. To z kolei z grubsza prowadzi do przyjęcia postulatu wykładni rozszerzającej zakazów dowodowych.

Należy jednak zwrócić uwagę, że dochodzi tu do konfrontacji wartości konstytucyjnych z ustawowymi. Uznaję za dopuszczalne ograniczenie samej tylko zasady

autonomii konstytucyjnej przez konieczność ustawowego ustanowienia procedury postępowania. W związku z tym, jeśli zakaz dowodowy uzasadniony jest wartościami pozakonstytucyjnymi, to zasadnym jest postulowanie jego wykładni zwięzłej. Natomiast gdy stanowi on realizację konkretnej wartości konstytucyjnej, to względy wykładni prokonstytucyjnej powinny skutkować dążeniem do rozszerzającej wykładni takiego zakazu.

Tytułem przykładu. W przywołanym już wyroku krakowskiego Sądu Apelacyjnego, wydanym w sprawie II AKr 144/93, przyjęto rozszerzającą wykładnię zakazu dowodowego przesłuchania obrońcy. Rozumowanie to należy uznać za trafne, a to przede wszystkim z racji uzasadnienia obowiązywania tej normy wywodzonego z konstytucyjnego prawa do obrony. Świadczy to również o zasadności postulowania wykładni rozszerzającej zakazów dowodowych wywodzących się wprost z konstytucyjnych praw lub wolności.

Za nietrafne należy uznać niedawno formułowane poglądy co do obowiązywania prawnego obowiązku sporządzania zdania odrębnego przez tego członka składu orzekającego, który nie zgadza się z zapadłym orzeczeniem. Sporządzenie zdania odrębnego należy uznać za przywilej, a nie obowiązek o charakterze prawnym. O ile można prowadzić rozważania co do powinności jego sporządzenia na gruncie zasad etyki sędziowskiej, o tyle nie sposób wywodzić i nadawać jej charakteru powinności prawnej.

Pewne zastrzeżenia budzi jednak pogląd wcześniejszy historycznie, zgodnie z którym nie sposób pociągnąć do odpowiedzialności dyscyplinarnej członka składu orzekającego za uchybienia przy wydawaniu wyroku, bo tajemnica narady sędziowskiej uniemożliwia stwierdzenie, jaki był jego stosunek do ostatecznie sformułowanego orzeczenia. Na wstępie należy podkreślić, że odpowiedzialność dyscyplinarna nie powinna zasadniczo dotyczyć kwestii związanych z dokonywaną wykładnią prawa materialnego lub procesowego. Uważam jednak, że nie powinno się *a limine* wykluczać możliwości przeprowadzenia postępowania dyscyplinarnego w sytuacji popełnienia oczywistego uchybienia w stosowaniu norm procesowych, które istotnie rzutowałyby na sprawność lub legalność prowadzenia postępowania. Za przykład może posłużyć choćby stan faktyczny, którego dotyczyło jedno z omawianych w tej pracy orzeczeń Sądu Najwyższego, wydane w sprawie o sygnaturze akt SNO 40/13, czyli sytuacji wyłączenia do odrębnego prowadzenia ze sprawy zmarłych oskarżonych sprawy żyjącego oskarżonego. Istotne, że w sprawie tej orzekał jeden sędzia zawodowy i dwóch ławników. Należy więc uznać, że od sędziego zawodowego, jako profesjonalisty, należy oczekiwać

większej staranności w formułowaniu orzeczeń. Co więcej, to właśnie sędzia zawodowy, z racji swojej wiedzy i doświadczenia, powinien mieć większy wpływ na podejmowanie decyzji o ściśle procesowym charakterze. Powinno to skutkować jego większą niż ławników odpowiedzialnością za wydawane orzeczenia.

Uważam bowiem, że zakaz dowodzenia przebiegu narady sędziowskiej ma służyć umacniania autorytetu sądownictwa w oczach społeczeństwa. Problem jednak w tym, że moim zdaniem do skutków wręcz przeciwnych prowadzi sytuacja, gdy konsekwencje uchybień procesowych są wyraźnie dostrzegalne i ocenianie jednoznacznie negatywnie, ale nie można przeprowadzić w takiej sprawie postępowania dyscyplinarnego. Zdaję sobie jednak sprawę, że pogląd ten może stanowić wyłącznie postulat *de lege ferenda*. Na gruncie obowiązujących przepisów nie sposób bowiem wykluczyć sytuacji, w której to sędzia zawodowy zostanie przegłosowany przez ławników. Jakkolwiek można zapewne zasadnie twierdzić, że do rzadkości należałyby sytuacje, w której osoby takie konsekwentnie odrzucałyby zdanie sędziego zawodowego, to jednak przepisy w żaden sposób takiej sytuacji nie wykluczają. W związku z tym należy postulować, aby w tej jedynej w swym rodzaju sytuacji na sędzim zawodowym ciążył obowiązek sporządzenia zdania odrębnego. Jego treść powinna być przechowywana, wzorem innych ustawodawstw, zamknięta i poza aktami sprawy, zaś sięgnięcie do niej byłoby dopuszczalne wyłącznie w przypadku prowadzenia postępowania dyscyplinarnego.

Specyficzny pod kątem swoistego dysponowania zakazem dowodowym jest przepis dotyczący odczytania zeznań świadka korzystającego z prawa do odmowy złożenia zeznań. Spełnienie wszystkich jego przesłanek jest bowiem zależne od samego świadka, któremu przysługuje to prawo. Należy więc stwierdzić, że skorzystanie z tego uprawnienia pozostawiono wyłącznie jego autonomicznej decyzji. Krytycznie oceniam natomiast opisane w poprzednim rozdziale postulaty dopuszczalności odczytywania zeznań osoby uprawnionej do odmowy ich złożenia, jeśli są korzystne dla oskarżonego. Aksjologiczne uzasadnienie tego zakazu wskazuje bowiem wyraźnie, że chronioną wartością nie jest w tym przypadku domniemanie niewinności czy prawo do obrony, ale sfera wewnętrznych przeżyć świadka, nawet jeśli oparta na pewnej ogólnie przyjętej wizji relacji międzyludzkich, o czym świadczy trwanie tego prawa po ustaniu małżeństwa. Odmowa złożenia zeznań w postępowaniu sądowym, które byłyby korzystne dla oskarżonego, nie musi wcale wynikać z chęci zaszkodzenia oskarżonemu. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, w której świadek w postępowaniu przygotowawczym składa nieodpowiadające rzeczywistości zeznania, jednak z czasem

uznaje, że powtórzenie tych zeznań przed sądem zwiększy ryzyko pociągnięcia go do odpowiedzialności za złożenie fałszywych zeznań, na co nie chce się narazić. Może także dojść do sytuacji, w której świadek wycofuje się z zeznań obiektywnie korzystnych dla oskarżonego, które on jednak subiektywnie postrzega jako niekorzystne. Żadna z tych okoliczności nie powinna być badana przez organ procesowy, ani rzutować na możliwość skorzystania z prawa do odmowy złożenia zeznań. Powinny o tym decydować wyłącznie przemyślenia i odczucia świadka, w które ustawodawca zdecydował się nie ingerować, a zobowiązania tego powinien konsekwentnie przestrzegać.

Naturalne dla postępowania karnego dążenie do ustalenia prawdy o czynie stanowiącym jego przedmiot pozostaje nieraz w sprzeczności z powinnością poszanowania prawnie chronionej tajemnicy. Związane z nimi zakazy dowodowe opierają się na zabezpieczeniu określonej sfery życia społecznego przed ingerencją organów procesowych. Historycznie daje się zauważyć tendencję do poszerzania katalogu tajemnic, z których obowiązku zachowania należy zwolnić zobowiązane osoby, by przeprowadzić stosowny dowód w postępowaniu karnym.

Należy przy tym zwrócić uwagę na dwa rodzaje tajemnic, które znajdują się pod szczególną ochroną w postępowaniu karnym. Zalicza się do nich tajemnicę państwową i tajemnicę anonimatu. Wyjątkowość tej pierwszej polega na tym, że decyzja o zwolnieniu z jej zachowania jest zarezerwowana dla organów administracji państwowej, a w jej podjęciu w żaden sposób nie bierze udziału władza sądownicza, której przedstawiciele nie mają również możliwości skontrolowania wydanej decyzji. Natomiast od zachowania tajemnicy anonimatu zwolnić można w wyjątkowych przypadkach, gdy w grę wchodzi możliwość zapobiegnięcia ciężkim przestępstwom. Równie intensywne ochrona przysługuje źródłom dowodowym, objętym immunitetem dyplomatycznym.

Wynika z tego, że w postępowaniu karnym tajemnice służbowe i zawodowe podlegają ochronie o umiarkowanym stopniu intensywności. Znacznie dalej idącej ochronie podlega tajemnica anonimatu. Jedyne wyjątek od obowiązku jej zachowania dotyczy sytuacji, gdy uchylene tajemnicy anonimatu służy uzyskania informacji o przestępstwach, o których niezawiadomienie podlega odpowiedzialności karnej z art. 240 § 1 k.k. Jest to zatem rozwiązanie spójne wewnątrzsystemowo, a przy tym zgodne z założeniami postępowania karnego, które ma również służyć zapobieganiu przestępstwom, choć w odniesieniu do tajemnicy anonimatu jedynie tym najpoważniejszym. Z uwagi na rolę rzetelnego dziennikarstwa we współczesnym społeczeństwie, oceniam pozytywnie zwiększenie stopnia intensywności ochrony w

porównaniu do innych tajemnic zawodowych i służbowych. Podobnie jak w odniesieniu do immunitetów dyplomatycznych, co wynika z tego, że w obecnym spojrzeniu na rolę państwa, kompetencję karania postrzega się raczej jako przysługującą wobec osób, na które rozciąga się władza danego państwa, choćby przez to, że zdecydowały się one wjechać na jego terytorium. Jeśli zaś przybyszom gwarantuje się przywilej odmowy realizacji powszechnie obowiązujących obowiązków procesowych, to za uzasadnione należy uznać ochronę takich osób za pośrednictwem zakazu procesowego. W ten sposób uzasadnienie takiej normy, dotyczącej osób objętych immunitetem dyplomatycznym, odwołuje się do teorii swobody funkcji i paremii *par in parem non habet imperium (iurisdictionem)*.

Natomiast trudno znaleźć przekonujące uzasadnienie, dlaczego tajemnica państwowa jest chroniona w postępowaniu karnym tak dalece, że organy sądowe nie mają żadnego wpływu na to, czy w postępowaniu dojdzie do zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy państwowej, zarówno na płaszczyźnie podejmowania decyzji, jak i jej weryfikacji. Okoliczność ta może mieć natomiast decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia o odpowiedzialności karnej. Uważam więc, że interes państwa w zachowaniu pewnych informacji w tajemnicy nie powinien tak wyraźnie przeważać nad celami postępowania karnego, tym bardziej, że nie chodzi o upublicznienie okoliczności objętych tajemnicą, ale jedynie o możliwość zapoznania się z nimi przez osoby rozstrzygające sprawę.

Odwołanie się do koncepcji zakazu dowodowego jako normy służącej zachowaniu legitymacji państwa do karania powinno skutkować niemożnością wykorzystania jakiegokolwiek dowodu pozyskanego z naruszeniem tego rodzaju zakazów, niezależnie od tego, kto jest odpowiedzialny za podjęcie czynności niedozwolonych na gruncie obowiązującej procedury karnej. Oznacza to, że niedopuszczalne byłoby przeprowadzenie dowodu z takich czynności, jakich nie mógłby przeprowadzić legalnie działający organ procesowy, a których zakaz uzasadniony jest ochroną państwowej legitymacji karania. Można sobie bowiem wyobrazić sytuację, w której członkowie grupy przestępczej porywają osobę związaną z konkurencyjną grupą. Następnie torturują swoją ofiarę, zmuszając ją do ujawnienia informacji o działaniach jego grupy przestępczej, mającej charakter czynów zabronionych, a wyznania te nagrywają. Następnie nagrania te zdobywają przedstawiciele organów ścigania i chcą wykorzystać je jako dowód w postępowaniu przeciwko grupie przestępczej, z której wywodził się torturowany człowiek. Uważam, że wykorzystanie takiego nagrania

powinno być objęte zakazem dowodowym. Co prawda to nie funkcjonariusze państwa sięgnęli po niedozwolone metody dowodzenia, jednak jego organy nie powinny wykorzystać owoców tak dalece posuniętego bezprawia. Moim zdaniem wartości stojące za tym podstawowym aspektem zasady *nemo se ipsum accusare tenetur*, jakim jest wolność od tortur, mają tak istotne znaczenie w naszym systemie prawa, że podejmowanie sprzecznych z nimi działań osłabiłoby przysługującą państwu legitymację karania.

Argument ten można zaadaptować do przywołanego już, a dokonanego przez Jürgena Habermasa, rozróżnienia działań celowo-racjonalnych i komunikacyjnych. Te pierwsze powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznej kontroli rzeczywistości, opartej o wiedzę empiryczną. Natomiast celem działań komunikacyjnych jest osiągnięcie porozumienia uczestników danego procesu społecznego, który to cel realizuje się przez przestrzeganie norm działania. Uważam, że w postępowaniu karnym należy akcentować również jego aspekt komunikacyjny, przynajmniej w odniesieniu do norm o najbardziej podstawowym znaczeniu dla systemu prawa. Zatem odrzucenie możliwości wykorzystania w procesie karnym relacji uzyskanej z wykorzystaniem tortur, nawet przeprowadzonych w opisanych okolicznościach rywalizacji dwóch gangów, jest spójne z postrzeganiem procesu karnego jako działania komunikacyjnego, a nie wyłącznie celowo-racjonalnego. Do sytuacji tej można zaadaptować formułę dowodu komunikacyjnego w wersji słabej, przyjmującą postać: „sąd powinien uznać dowód wtedy i tylko wtedy, gdy uznanie dowodu jest zgodne ze społecznie akceptowanym systemem reguł komunikacji”. Za podstawową regułą komunikacji, realizowanej w ramach procesu karnego, uznaję zaś wolność od tortur, wymuszających wzięcie w niej udziału.

Traktowanie postępowania karnego jako modelu komunikacyjnego daje nam możliwość postrzegania przeprowadzania dowodów, odpowiadającego formułowaniu argumentów w warunkach dyskursu, jako dokonywania aktów illokucyjnych. Oznacza to, że skuteczne przeprowadzenie dowodu zależy od zgodności dokonania aktów illokucyjnych z regułami rządzącymi danym modelem komunikacyjnym. Równocześnie postępowanie karne należy postrzegać jako przykład sądowego modelu poznania rzeczywistości, którego metodologiczny paradygmat poznania ma charakter konwencjonalny, zaś zakazy dowodowe funkcjonują w nim jako normy ograniczające możliwości prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Ich istnienie nie jest jednak niczym nadzwyczajnym w modelu poznania sądowego, czym odróżnia się ono od

poznania naukowego. Jednocześnie ta właśnie cecha poznania sądowego, akcentowanego w habermasowskim modelu komunikacyjnym, nadaje przeprowadzaniu dowodów charakter askryptywny, a nie wyłącznie deskryptywny (opisowy). To z kolei skutkuje możliwością kwestionowania dowodów na płaszczyźnie askryptywnej z powodu naruszenia reguł ich przeprowadzania, a niekoniecznie deskryptywnej niezgodności z rzeczywistością. W tym ujęciu, w skrócie, popełnienie czynu zabronionego jest bowiem przypisywane oskarżonemu, a nie opisywane; co zresztą zdaje się odpowiadać intuicjom prawników praktyków.

W odniesieniu do opisanego przykładu wykorzystania relacji uzyskanej w wyniku poddania kogoś torturom, zdają sobie sprawę z możliwego uzasadnienia przeciwnego poglądu, akcentując okoliczność, że skoro dopuszczono się już bezprawnego działania i tej sytuacji nikt nie jest już w stanie odwrócić, albo jej zapobiec, to należałoby przynajmniej wykorzystać jej efekty, jeśli tylko mogą one posłużyć poczynieniu prawdziwych ustaleń faktycznych. Z przywołanych już racji uznają takie argumenty za nieprzekonujące w odniesieniu do zakazów dowodowych strzegących państwowej legitymacji karania. Uważam jednak, że nie należy z góry odrzucać przywołanego argumentu w odniesieniu do zakazów dowodowych o mniej doniosłym charakterze, głównie związanych ze strzeżeniem pewnych tajemnic urzędowych. Gdyby bowiem doszło do sytuacji, w której publicznie ujawnia przebieg narady sędziowskiej, co stanowi dowód popełnienia jakiegoś przestępstwa, to nie wykluczam równie stanowczo możliwości przeprowadzenia takiego dowodu. Nie naruszono bowiem sfery życia tak intensywnie chronionej przez prawo, jak choćby przez przywołany zakaz tortur. Przy tym rozważania te dotyczą sytuacji, gdy działania sprzeczne z treścią zakazu dowodowego podjął ktoś inny niż przedstawiciel organów państwa, które nie powinno choćby pośrednio akceptować łamania przez nich tak istotnych norm prawnych, jak te ustanawiające zakazy dowodowe.

Problem wykorzystania dowodów uzyskanych z naruszeniem zakazów dowodowych ze źródeł osobowych rodzi istotne problemy związane z zasadą bezpośredniości. Jeśli bowiem zeznania, bo to nich przede wszystkim dotyczą takie zakazy, zostały złożone w postępowaniu przygotowawczym, to powinny one zostać powtórzone przed sądem, a przynajmniej świadek powinien ustosunkować się do tego, czy potwierdza treść wcześniejszych depozycji. Złamanie zakazów dowodowych oznacza też zwykle naruszenie reguł deontologii danego zawodu czy też jego funkcji społecznej. Tym samym wymagania od świadka powtórzenia albo potwierdzenia zeznań,

które naruszają tego rodzaju normy, oznaczałoby przymuszenie tej osoby do ponownego ich złamania. W związku z tym za niedopuszczalnością wykorzystania tego rodzaju dowodów przemawia niemożność zaakceptowania sytuacji, w której świadomie wymaga się od osoby zobowiązanej do zachowania tajemnicy jej ponownego złamania, a przynajmniej potwierdzenia takiego wcześniejszego działania.

4.2.2 Dopuszczalność uchylenia zakazu dowodowego przez beneficjenta

Niektóre z zakazów dowodowych służą ochronie praw podstawowych jednostki. Łamanie zakazów tego rodzaju prowadzi do osłabienia ich ochrony. W odniesieniu do tak istotnych zakazów dowodowych nie powinno rozważać się dopuszczalności ustalenia stanu faktycznego z pomocą dowodów przeprowadzonych z ich naruszeniem, choćby zgodę na to wyrażała osoba, której dobra prawne zostały w danym przypadku naruszone. Oznacza to jednak, *a contrario*, ewentualność uwzględnienia dowodów przeprowadzonych wbrew zakazom dowodowym, których obowiązywanie nie jest związane z ochroną praw podstawowych.

W szczególności uważam, że niedopuszczalne jest uchylenie, za zgodą oskarżonego, zakazu przesłuchania obrońcy w charakterze świadka. Wynika to z przywołanego już argumentu o ochronie legitymacji państwa do karania przez niesięganie po informacje, które w toku postępowania zgromadził obrońca. Nadto twierdzenie to eksponuje rolę kontekstu w uzasadnieniu obowiązywania zakazów dowodowych. Wartości stojące za ochroną tajemnicy obrończej mają najdonioślejsze znaczenie w odniesieniu do postępowania karnego, poza nim tracąc na intensywności oddziaływania. Dalej idąca ochrona jest bowiem zagwarantowana przez przepisy prawa procesowego, niedopuszczającego wyjątków od zakazu przesłuchania obrońcy w charakterze świadka, niż przez przepisy prawa materialnego, na gruncie których bezkarne jest naruszenie tajemnicy obrończej za zgodą jej beneficjenta. Ta sama zgoda, która prowadzi do dekompletacji znamion czynu zabronionego, jest prawnie irrelevantna na gruncie prawa procesowego. Wyraźnie pokazuje to, że nie sposób twierdzić, że prawo procesowe ma charakter wyłącznie służebny względem prawa materialnego. Dochodzi bowiem do sytuacji, gdy dane dobro prawne chronione jest z większą intensywnością na gruncie przepisów procesowych niż materialnoprawnych. Moim zdaniem podkreśla to wagę zasad uczciwej komunikacji w procesie karnym i postrzegania go w ramach modelu komunikacyjnego. Niekaralność danego zachowania na gruncie kodeksu karnego nie przesądza o jego dopuszczalności w postępowaniu karnym. O ile przepisy materialne

służą przede wszystkim ochronie prawa do dysponowania informacją, o tyle normy procesowe stoją na straży prawidłowej komunikacji w toku postępowania. Wynika z tego, że doszłoby do jej zaburzenia, gdyby jednostronne oświadczenie mogło doprowadzić do zniesienia zakazu dowodowego. Godziłoby to w pojmowanie procesu karnego jako „uczciwej gry”.

Uważam, że na gruncie zakazu dowodzenia narady sędziowskiej należy sformułować postulat swoistej, specyficznej dopuszczalności uchylenia tego zakazu, poprzez dopuszczenie opisu w złożonym zdaniu odrębnym przebiegu narady, a przynajmniej jej części. Jak bowiem zauważyłem, w trakcie tej czynności może dojść do nieprawidłowości przy przeprowadzeniu głosowania nad wyrokiem. Specyfika tego uchybienia polega na tym, że strony postępowania mogą się o nim dowiedzieć wyłącznie od osób biorących udział w naradzie. Uważam więc, że na członku składu orzekającego ciąży wtedy powinność, choć wyłącznie etyczna, zgłoszenia zdania odrębnego. Jeśli się z niej wywiąże, to powinien w takim zdaniu odrębnym napisać, że jego przyczyną były uchybienia w przebiegu głosowania. Uważam, że taka treść zdania odrębnego powinna skutkować swoistym uchyleniem tego zakazu, bowiem wtedy za dowód służyłaby treść tego zdania odrębnego. Z drugiej zaś strony konieczne byłoby stworzenie możliwości wypowiedzenia się co do tego innym członkom składu orzekającego, którzy mogliby wtedy zostać przesłuchani co do okoliczności opisanych w złożonym zdaniu odrębnym. Sądzę, że takie rozwiązanie miałoby pozytywny wpływ na budowanie autorytetu sądownictwa, co jest według mnie głównym uzasadnieniem obowiązywania tego zakazu dowodowego.

Ponadto sądzę, że za niedopuszczalne należy uznać uchylenie zakazu dowodowego przesłuchania spowiednika co do treści spowiedzi, a to dlatego, że w przypadku tej normy nie można wskazać jednego uprawnionego. Jednym z nich jest bowiem oskarżony, drugim spowiednik. Ten drugi nigdy nie powinien mieć interesu w złożeniu zeznań co do przebiegu spowiedzi, bo to zaciągnęłoby na niego kary kanoniczne. W związku z tym nawet wola penitenta dopuszczenia dowodu z przesłuchania spowiednika nie powinna mieć prawnie istotnego charakteru. Można by jedynie rozważyć sytuację, w której oskarżony chce, aby duchowny zeznał co do okoliczności wypowiedzianych podczas spowiedzi, ale nie mających charakteru wyznania grzechu. Uważam jednak, że sytuacje takie mają tak marginalny charakter, że nie powinny prowadzić do przyjęcia wyjątku od doktrynalnej zasady, że dopuszczalność przeprowadzenia dowodu z naruszeniem zakazu dowodowego nie powinna być oceniana

z perspektywy tego, czy uzyskano w ten sposób dowód obciążający, czy też odciążający oskarżonego.

Uważam następnie, że istotnym wyjątkiem od tej zasady powinna być natomiast dopuszczalność uchylenia zakazu z art. 199 k.p.k. Oskarżony może bowiem zdawać sobie sprawę, że przekazał udzielającemu mu pomocy lekarzowi informacje, które doprowadzą do polepszenia jego sytuacji procesowej. Skoro zakaz ten został ustanowiony w celu ochrony zdrowia i życia oskarżonego, to powinien on mieć możliwość dysponowania nim, w znaczeniu możliwości (kompetencji, dopuszczalności) jego uchylenia. Sądzę, że dostatecznych kontrargumentów nie dostarcza odwołanie się do zaufania do społecznej pozycji lekarza i ochrony abstrakcyjnie rozumianego zaufania, cechującego więź między nim a pacjentem. Wynika to z tego, że więź ta została w znacznym stopniu spozytywizowana, a jej kształt wynika z przepisów ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry. Skoro więc na jej gruncie dopuszczalne jest zwolnienie lekarza przez pacjenta od zachowania dotyczącej go tajemnicy, to za niekonsekwentne aksjologicznie uważam wykluczenie takiej możliwości na gruncie procesu karnego. Przepisy karnoprosowe nie uzasadniają bowiem w żaden sposób, dlaczego na gruncie procesu karnego taka możliwość nie powinna być dopuszczona.

W odniesieniu do obowiązku zachowania tajemnicy co do okoliczności przekazanych przez konkretną osobę, należy zauważyć, że nie występuje co prawda żaden tryb zwolnienia się przez nią z obowiązku dochowania tajemnicy, to jednak identyczny rezultat można osiągnąć, po prostu, poprzez wyjawienie w toku postępowania takich informacji przez tę osobę. Jeśli jakieś informacje objęte są, przykładowo, tajemnicą komorniczą czy radcowską, to osoba, której dotyczy egzekucja albo będąca mocodawcą prawnika, może sama z siebie ujawnić informacje o przebiegu czynności egzekucyjnych albo o uzyskanych poradach prawnych. Co więcej, taka osoba może również udzielić informacji, co do których nie ma możliwości zwolnienia z tajemnicy, oświadczając choćby, że jest źródłem informacji dziennikarskich. Rozwiązanie to uważam za niekontrowersyjne i spójne z przywołanym już orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego z 13 grudnia 2011 roku, o sygnaturze K 33/08, zgodnie z którym to właśnie osoba ta jest dysponentem tajemnicy, a zatem sama może ją ujawnić w postępowaniu karnym. Za kontrowersyjne uznaję natomiast wyrażane w orzecznictwie stanowisko, że osoba zobowiązana do zachowania tajemnicy powinna zostać najpierw wezwana do ujawnienia informacji, które mogą nią być objęte, a dopiero w przypadku jej odmowy przeprowadza się procedurę uchylenia obowiązku zachowania tajemnicy. Skoro, jak

zauważono, jej dysponentem jest inna osoba niż zobowiązana do zachowania tajemnicy, to decyzja o ujawnienia konkretnych informacji każdorazowo powinna następować po przeprowadzeniu stosownej procedury zwolnienia od obowiązku zachowania tajemnicy. Nieuzasadnione byłoby bowiem ponoszenie negatywnych konsekwencji przez dysponenta tajemnicy z powodu zbyt swobodnego podejścia do jej zachowania, prezentowanego przez osobę do tego zobowiązaną.

3. Postulaty *de lege ferenda*

Odwołując się do przywołanej już formuły uzasadnionej decyzji prawodawczej⁷⁰⁰, należy krytycznie ocenić niektóre z decyzji prawodawcy dotyczących zakazów dowodowych. Zaznaczam, że w postulatach tym pomiąłem wymienione w formule „naukowe twierdzenia”, nie prowadziłem bowiem badań empirycznych. Odwołuję się natomiast do zidentyfikowanych w pracy wartości uzasadniających bądź chronionych przez poszczególne zakazy dowodowe, na podstawie których próbuję zrekonstruować system aksjologiczny, mający charakter systemu przedaksjomatycznego, czyli takiego, w którym między twierdzeniami występują wyłącznie powiązania inferencyjne, nie zaś logiczne. Zabieg ten posłuży następnie ocenie poszczególnych norm wyrażających zakazy dowodowe jako słusznych albo niesłusznych w sensie relatywizacji systemowej⁷⁰¹. Za cele, do których osiągnięcia należy dążyć, uznaję zapewnienie jak najpełniejszej realizacji wartości, co do których uznano, że są istotniejsze od dowodzenia wszelkimi środkami prawdy o zdarzeniu objętym prowadzonym postępowaniem karnym. Jeśli zaś wartości takich nie dało się zidentyfikować, to nie powinny obowiązywać przepisy utrudniające w tym zakresie dotarcie do prawdziwego stanu faktycznego. Tworzenie prawa powinno bowiem przebiegać w taki sposób, by konsekwentnie realizować zidentyfikowane wartości. Moje krytyczne uwagi odnoszą się będą w szczególności do zakazów: przesłuchania spowiednika, przesłuchania lekarza co do oświadczeń złożonych przez oskarżonego, korzystania z zeznań świadka, któremu przysługuje prawo do złożenia zeznań, oraz przesłuchania świadka, co do informacji objętych klauzulą tajności.

⁷⁰⁰ Za J. Wróblewskim uznaję trafność formuły: „Norma prawna N jest ustanowiona w postaci przepisów P₁, P₂... P_n, jako środek do osiągnięcia celów G₁, G₂... G_n, wybrany zgodnie z celowościowymi lub niecelowościowymi wartościami W₁, W₂... W_n, wyznaczonymi przez aksjologiczny system AS, biorąc pod uwagę naukowe twierdzenia S₁, S₂... S_n, opisujące prawidłowości zjawisk empirycznych doniosłe dla regulacji prawnej”.

⁷⁰¹ W tym kontekście przywołuję opisaną wcześniej formułę „X jest s-wartościowe ze względu na aksjologiczny system AS”.

Uważam, że zakaz dowodowy przesłuchania duchownego co do przebiegu spowiedzi powinien zostać rozciągnięty również na osoby, które, dzieląc wyznanie ze spowiednikiem, również poniosłoby konsekwencje kanoniczne ujawnienia tajemnicy spowiedzi – w przypadku Kościoła Katolickiego byłby to tłumacz i inne osoby, które przypadkiem poznałyby treść spowiedzi. Uważam bowiem, że za takim postulowanym zakresem podmiotowym tego zakazu przemawiają te same racje, co za ustanowieniem tego zakazu dowodowego w interesie spowiednika, czyli przestrzeganie konstytucyjnej zasady wolności religii.

Uważam, że zakaz dowodowy z art. 199 k.p.k. powinien ulec istotnej modyfikacji. Jak już twierdziłem, chroni on przede wszystkim zdrowie i życie oskarżonego. W realiach współczesnego systemu opieki zdrowotnej i ratownictwa medycznego uznaję więc za nieuzasadnione ograniczenie zakresu tego zakazu do oświadczeń składanych wyłącznie lekarzowi. Pomocy oskarżonemu w sytuacji zagrożenia jego zdrowia, a nawet życia, udzielają nieraz członkowie personelu medycznego niebędący lekarzami, w szczególności ratownicy medyczni i pielęgniarki. Za nieuzasadnione uważam więc zróżnicowanie ich pozycji w kontekście zakazu przesłuchiwania w toku procesu karnego. Można co prawda dowodzić, że to informacje udzielane lekarzowi podlegają szczególnej ochronie, wynikającej z ustawowego kształtu tajemnicy lekarskiej, jednak moim zdaniem argument ten ma mniejszą siłę przekonywania niż kontrargument odwołujący się do ochrony zdrowia i życia pacjenta, poprzez zapewnienie ochrony informacjom udzielanym innym członkom personelu medycznego, a mogącym mieć kluczowe znaczenie dla powodzenia leczenia. Sądzę bowiem, że nie sposób z góry przesądzić, że to wyłącznie lekarzom udziela się informacji w sytuacjach nagłych, gdy ich treść może nie być przemyślana przez podejrzanego, bądź być kluczowa dla uratowania jego zdrowia lub życia, a z drugiej strony, że pozostali członkowie personelu medycznego są odbiorcami informacji o mniejszym ciężarze gatunkowym, udzielanych w spokojnych okolicznościach. Tylko zaś możliwość przeprowadzenia takiego podziału uzasadniałaby według mnie trafność ograniczenia zakresu normy z art. 199 k.p.k. wyłącznie do lekarzy. Tym bardziej, że ustawa o ochronie zdrowia psychicznego nie wprowadza takiego rozróżnienia, rozciągając zakaz przesłuchania na wszystkie osoby zobowiązane do zachowania tajemnicy co do wypowiedzi formułowanych przez osobę, której udzielono pomocy psychiatrycznej. Trudno nie oprzeć się wrażeniu, że kształt obowiązującego zakazu dowodowego przesłuchania lekarza wynikał z potrzeby podjęcia szybkiej reakcji ustawodawczej na orzecznictwo Sądu Najwyższego, dopuszczającego zwolnienie od

obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej w postępowaniu karnym. Tym bardziej, że rodziło to skojarzenia z nagannymi praktykami organów ścigania z czasów komunistycznych. Konkludując, sądzę zatem, że należy poważnie zastanowić się, czy brzmienie art. 199 k.p.k. w sposób należyty odpowiada racjom uzasadniającym obowiązywanie wynikającej z niego normy.

Następnie sądzę, że nieuzasadnione jest różnicowanie prawa do odmowy złożenia zeznań przez byłych małżonków i partnerów ze związków pozamałżeńskich. Jak już zaznaczyłem, nie sposób stwierdzić wyłącznie w oparciu o to kryterium, jacy świadkowie czują się bliżej związani z oskarżonym. Co więcej, prowadzi to do swoistej dyskryminacji par homoseksualnych, które w obowiązującym stanie prawnym nie są w stanie nawiązać relacji partnerskiej, która skutkowałaby trwaniem prawa do odmowy złożenia zeznań pomimo ustania związku między nimi. Błędem byłoby uzasadnienie tego zróżnicowania przez odwołanie się do trwałości, jako cechy związku małżeńskiego. W teorii może ona wpływać zawężająco na liczbę byłych małżonków, jednak w istocie brak jest jakiegokolwiek powodu, dla którego ktoś nie mógłby mieć więcej byłych małżonków, niż byłych partnerów pozamałżeńskich. Być może istotna różnica tkwi w tym, że pozostawianie uprzednio w związku małżeńskim łatwo udowodnić – przez akta stanu cywilnego – natomiast istnienie związku pozamałżeńskiego mogłoby wymagać przeprowadzenia postępowania dowodowego co do tej okoliczności. Sądzę jednak, że kryteria te, jakkolwiek praktycznie istotne, nie znajdują oparcia w aksjologicznym uzasadnieniu tego zakazu dowodowego. Uważam zatem, że właściwym byłoby odebranie byłym małżonkom oskarżonego prawa do odmowy złożenia zeznań. Konkurencyjne rozwiązanie – czyli przyznanie tego prawa byłym partnerom ze związków pozamałżeńskich – prowadziłoby według mnie do nieuzasadnionego rozszerzenia tego zakazu dowodowego, ograniczającego przecież dotarcie do prawdy. Zakaz ten nie ma uzasadnienia konstytucyjnego, które mogłoby usprawiedliwiać postulaty jego wykładni rozszerzającej. Zaproponowane tu rozwiązanie z jednej strony doprowadziłoby do usunięcia nieuzasadnionego zróżnicowania prawa do odmowy złożenia zeznań w oparciu o stopień formalizacji związku. Z drugiej zaś nie eliminowałoby możliwości uchylecia się od obowiązku złożenia zeznań, o co mogliby wnioskować na podstawie art. 185 k.p.k. ci świadkowie, którzy pomimo rozpadu ich związku z oskarżonym, pozostawaliby z nim w szczególnie bliskim stosunku osobistym.

W odniesieniu do tego samego zakazu uważam, że niespójne aksjologiczne jest niewprowadzenie regulacji nakazujących usunięcie z akt postępowania protokołów

zeczności zeznań świadków, którzy po ich złożeniu w postępowaniu przygotowawczym, zdecydowali się nie składać ich przed sądem. O ile bowiem sąd nie ma możliwości powołać się na takie zeznania przy wydawaniu wyroku, to nie sposób zaprzeczyć, że sam zakaz nie wyeliminuje z jego świadomości informacji uzyskanych w wyniku zapoznania się z protokołem zeznań z postępowania przygotowawczego. Jak zauważyłem, ustawa o świadku koronnym przewiduje zniszczenie protokołów wyjaśnień złożonych przez niedoszłego świadka koronnego. Uzasadnieniem takiego rozwiązania jest ochrona życia i zdrowia skruszonego przestępcy przed zemstą jego współkompanów. Z jednej strony świadczy to o tym, że faktycznie ustawodawca wyżej ceni te dobra niż opisaną już autonomię decyzyjną świadka znajdującego się w sytuacji konfliktu wewnętrznego związanego z obowiązkiem złożenia zeznań. Nie polemizując z takim kształtem hierarchii dóbr, negatywnie należy ocenić sytuację, w którym jest ona faktycznie oceniana nie za pomocą konsekwentnych decyzji prawodawcy, ale przez niekonsekwencję w tworzeniu prawa. Jeśli bowiem ustawodawca chciał wyrazić, że świadek ma tylko jedną szansę podjęcia decyzji, czy chce skorzystać z prawa do odmowy złożenia zeznań, to w kodeksie postępowania karnego nie powinien znaleźć się art. 186 § 1 w obecnym kształcie. Jeśli zaś celem prawodawcy było czasowe wydłużenie możliwości skorzystania z prawa do odmowy złożenia zeznań, to powinien zagwarantować, że sąd nie zapozna się z ich treścią, gdy zostały one złożone w postępowaniu przygotowawczym. Aktualnie obowiązująca regulacja prowadzi bowiem do faktycznego zróżnicowania sytuacji między świadkiem, który zdecyduje się nie składać zeznań już w postępowaniu przygotowawczym, a świadkiem podejmującym taką decyzję dopiero w postępowaniu sądowym. Na gruncie aksjologicznym nie można uzasadnić takiego zróżnicowania. W związku z tym sądzę, że zeznania świadka, uprawnionego do odmowy złożenia zeznań, powinny znajdować się w aktach w zamkniętej kopercie, której otwarcie przez sąd byłoby dopuszczalne dopiero w sytuacji, gdy świadek zdecyduje się złożyć zeznania również przed nim. W przeciwnym wypadku protokół przesłuchania powinien być niszczone, bez możliwości zapoznania się z nim przez sąd.

Co do zakazów związanych z obowiązkiem zachowania tajemnicy, należy postulować wprowadzenie sądowej kontroli zwolnienia od obowiązku zachowania tajemnicy określonej w art. 179 k.p.k. Obecne rozwiązanie budzi bowiem wątpliwości co do możliwości efektywnego kontrolowania działań władzy. Tym bardziej, że nie da się wykluczyć sytuacji, w której postępowanie karne inicjowane jest przez organy

powołujące się na ustalenia wynikające z informacji objętych klauzulami tajności opisanymi w art. 179 k.p.k., zaś gdy sąd poweźmie wątpliwość co do rzetelności czy prawdziwości tych informacji, to nie będzie miał możliwości zweryfikowania źródła ich pochodzenia. Może też dojść do sytuacji, w której strona postępowania będzie domagać się przeprowadzenia dowodu z informacji objętych tajemnicą, jednak spotka się z odmową, podczas gdy przeprowadzenie takiego dowodu mogłoby doprowadzić do wydania orzeczenia zgodnego z postulatem tejże strony. Za niewystarczającą uznaję konsekwencję w postaci wydania w ostateczności wyroku uniewinniającego, zgodnie z zasadą, że to winę należy udowodnić, zaś wątpliwości, wynikające choćby z odmowy zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy, tłumaczyć na korzyść oskarżonego. Nie widzę bowiem uzasadnienia, dlaczego sąd nie ma mieć możliwości oceny dopuszczalności zwolnienia z obowiązku zachowania takiej tajemnicy, skoro działanie to służy realizacji celów procesu. Co więcej, po ujawnieniu oklauzulowanych informacji mogłoby się okazać, że nie tylko należy przyjąć, że udowodniono niewinność oskarżonego, co wręcz przeprowadzić postępowanie w sprawie o przestępstwo fałszywego oskarżenia. W przypadku spraw, w których dowody mogą być objęte klauzulą tajności, już samo przedstawienie komuś zarzutów, nie mówiąc o wniesieniu aktu oskarżenia, może nieść dla oskarżonego poważne konsekwencje, bowiem nieraz może nim być osoba piastująca wysokie stanowisko w organach państwa, co nie tylko może nadszarpnąć jej reputację, lecz również pozbawić możliwości wykonywania swoich obowiązków, choćby przez odebranie możliwości dostępu do informacji niejawnych.

Należy zauważyć, że formułowany postulat nie oznacza pozbawienia takich informacji klauzuli tajności. W odniesieniu do tajemnicy dziennikarskiej, na gruncie poprzednio obowiązującego kodeksu, sformułowano bowiem pogląd, że w postępowaniu karnym należy inaczej rozumieć tajemnicę dziennikarską niż w ustawie Prawo prasowe. Pogląd taki nie skutkuje zmianą definicji tajemnicy, a jedynie świadczy o możliwości nadania jej autonomicznego znaczenia w warunkach procesu karnego. Analogiczne rozumowanie można by przeprowadzić co do informacji objętych klauzulą tajności, o wprowadzeniu których do procesu karnego decydowałiby upoważnieni do tego przedstawiciele władzy sądowniczej.

4. Oceny relatywne zakazów dowodowych i dotyczące ich struktury aksjologiczne

Uważam, że możliwe jest ocenienie wartości realizowanych przez zakazy dowodowe jako dobrych, przynajmniej w odniesieniu do wartości aprobowanych w danym społeczeństwie. Sądzę bowiem, że uzasadnione jest, zbliżone do założeń koncepcji umowy społecznej Johna Locka, uznanie legitymacji władzy sądowniczej w sprawach karnych jako wywodzącej się z decyzji społeczeństwa o przekazaniu władzy karania określonym osobom, w wyniku przeprowadzenia stosownego postępowania. Podstawą wydawania wyroków w sprawach karnych jest poczynienie prawdziwych ustaleń faktycznych. Zakazy dowodowe utrudniają realizację tego celu. Skoro jest on powszechnie podzielany w społeczeństwie, a więc uznawany w nim za dobry, to w istocie tym bardziej cechą taką należy przypisać wartościom-celom powiązanim z normami utrudniającymi jego realizację. Jeśli prawodawca postępuje racjonalnie w płaszczyźnie aksjologicznej, to można wręcz stwierdzić, że mają one służyć realizacji jakiegoś większego dobra, wyrażonego w strzeżonych przez zakazy dowodowe wartościach. Tym samym ich ocena stanowi ocenę II stopnia.

Przedstawione rozumowanie umożliwia odwołanie się do mocnej wersji relatywizacji instrumentalnej, a więc uznania za dobre środków, wyrażonych w treści norm prawnych, dobranych do realizacji celów, którymi są wartości stojące za zakazami dowodowymi. To z kolei prowadzi do potwierdzenia aksjologicznej racjonalności prawodawcy, służącej jako punkt odniesienia w interpretacji prawniczej w sposób analogiczny, w jaki dzieje się to z ogólną koncepcją racjonalnego prawodawcy.

Należy więc przywołać formułę mocnej oceny zrelatywizowanej instrumentalnie: „środek \hat{S} należy uznać za w -wartościowy jako (skuteczny) środek do osiągnięcia celu C , który jest x -wartościowy”. W tym przypadku celem C jest wartość, którą ma realizować zakaz dowodowy, odpowiadający środkowi \hat{S} . Jeśli zaakceptować zaprezentowane przeze mnie wnioski co do dopuszczalności stosowania w odniesieniu do zakazów dowodowych mocnej wersji relatywizacji instrumentalnej, to należy zaakceptować ocenę zakazu dowodowego nie tylko jako skutecznego instrumentu realizacji wartości, ale również jako normy ocenianej pozytywnie przez pryzmat wartości podzielanych przez dane społeczeństwo. W związku z tym przywołana formuła ocena zrelatywizowanej powinna przybrać postać „przepis wyrażający zakaz dowodowy należy uznać za pozytywnie oceniany jako skuteczny środek do realizacji zidentyfikowanej wartości, która jest oceniana w społeczeństwie jako dobra, bowiem jest istotniejsza od ustalenia prawdy w postępowaniu karnym”.

Zaakceptowanie takiej formuły pozwala z jednej strony wyznaczyć ramy dyskursu zorientowanego na wyrażenie aksjologicznych postulatów *de lege ferenda*. Z drugiej zaś może być pomocne przy ocenie rezultatów wykładni obowiązujących przepisów. Jeśli bowiem uda się z pomocą tej formuły prawidłowo zrekonstruować aksjologiczny system zakazów dowodowych, to możliwe będzie sformułowanie swoistego twierdzenia DS-dogmatycznego. Pozwoliłoby to na wyeliminowanie takich rezultatów wykładni prawa, które prowadziłyby do sprzeczności z tak ustaloną aksjologiczną podstawą zakazów dowodowych, która tworzyłaby tym system aksjomatyczny, a nie tylko przedaksjomatyczny. Zrekonstruowanie uzasadnienia aksjologicznego zakazów dowodowych służy także klasyfikowaniu określonych sytuacji ich zastosowania pod względem słuszności, rozumianej jednak już nie jako kryterium samoistne, ale relacyjne, bo odniesione do uzasadnienia obowiązywania danej normy.

Jak słusznie twierdzi Kordela, wykładnia aksjologiczna powinna odnosić się do zagadnienia budowy struktur aksjologicznych, służących rozstrzygnięciu konkretnych niezgodności wartości. Odrzucając stanowisko esencjonalistyczne, uważam że niemożliwe jest zbudowanie relacji dominacji generalnej w odniesieniu do wartości uzasadniających obowiązywanie zakazów dowodowych. Wynika to jednak nie tylko z ich niewspółmierności, ale również z mnogości sytuacji, w których dana zasada może znajdować swoje odzwierciedlenie. Za przykład niech posłuży najistotniejsza według mnie zasada – *nemo se ipsum accusare tenetur* – mająca charakter naczelnej we współczesnym procesie karnym, służąca jednocześnie zachowaniu państwowej legitymacji karania. Jakkolwiek nadaję jej tak doniosłe znaczenie, to jednocześnie akceptuję pewne w niej wyłomy, podyktowane realiami współczesnego procesu karnego, jak choćby pobieranie od oskarżonego materiału porównawczego do badań kryminalistycznych. Zdaję sobie sprawę, że możliwe jest nadanie tej zasadzie przywołanej już interpretacji, zgodnie z którą trzeba by uznać, że chodzi w niej o wolność od stosowania jakiegokolwiek przymusu fizycznego i dotkliwego przymusu prawnego w celu wpłynięcia na aktywne działania oskarżonego, a dotkliwego przymusu fizycznego w celu zmuszenia go do znoszenia określonego zachowania. Sama już jednak konieczność właśnie takiej interpretacji świadczy o konieczności przyjmowania odstępstw od tej zasady.

W trakcie rekonstrukcji struktur aksjologicznych istotne jest ustalenie, które wartości mają charakter głównych, a które ubocznych. Struktury aksjologiczne tworzone są na potrzeby rozstrzygnięcia konkretnych przypadków, ograniczę się więc do wskazania

tych cech wartości relatywnych do zakazów dowodowych, które mogą rzutować na nadanie im charakteru wartości głównej lub ubocznej. Nie należy natomiast oczekiwać, że podane kryteria pozwolą uporządkować każdą strukturę aksjologiczną przez uzyskanie relacji silnie porządkującej. Możliwe jest bowiem występowanie sytuacji superpozycji w strukturze aksjologicznej, gdy na tym samym poziomie istotności znajdować się będą różne wartości główne i nie będzie możliwości dalszego ich porządkowania.

Za istotne pod kątem ustalania charakteru danej wartości uważam charakter jej rodowodu, jak również aspekt postępowania karnego, który jest chroniony z jej pomocą. Za najistotniejsze uznaję przy tym wartości wywodzące się z norm konstytucyjnych i prawa międzynarodowego. Do takich zaliczyć należy:

- a) prawo do niedostarczania dowodów przeciwko samemu sobie – wyrażone wprost w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych, uchwalonym w 1966 roku przez Zgromadzenie Ogólne ONZ i wyinterpretowaną z art. 6 ust. 1 EKPCz;
- b) prawo do obrony realizowane przez zakaz przesłuchania obrońcy – zagwarantowane wprost w Konstytucji RP;
- c) niezawisłość sędziowską – wynikającą z Konstytucji RP, istotną dla oceny pewnych kwestii związanych z tajemnicą narady sędziowskiej (choć jednocześnie uważam, że uzasadniające ten zakaz dowodowy wartości w postaci autorytetu sędziego i prawidłowego formułowania orzeczeń mają charakter wyłącznie ustawowy);
- d) zakaz przesłuchania duchownego co do faktów, o których dowiedział się podczas spowiedzi – konstytucyjna wolność wyznania, która intensywniej realizuje się w odniesieniu do spowiednika niż penitenta, bo temu pierwszemu grożą kary kanoniczne za ujawnienie tajemnicy spowiedzi, które należy traktować jako swoiste sankcje za naruszenie reguł deontologicznych danej profesji;
- e) zakaz przesłuchania lekarza – zagwarantowana w art. 38 Konstytucji RP ochrona życia i w art. 68 ust. 1 ochrona zdrowia, których realizacji służy zapewnienie poufności relacji między pacjentem a lekarzem;
- f) tajemnica anonimatu – wynikająca z konstytucyjnej zasady wolności prasy, dla której zaufanie informatorów ma kluczowe znaczenie w uzyskiwaniu informacji;
- g) obowiązek zachowania tajemnicy w odniesieniu do dyplomaty – uzasadniony przepisami wiążących Polskę konwencji międzynarodowych.

Pozostałe wartości stojące za zakazami dowodowymi mają według mnie charakter ustawowy. W szczególności dotyczy to więc obowiązku zachowania prawnie chronionej tajemnicy oraz prawa do odmowy złożenia zeznań przez osoby szczególnie bliskie oskarżonemu. Należy zauważyć, że w art. 18 Konstytucji RP ustanowiono co prawda ochronę małżeństwa, jednak nieuzasadnione byłoby rozciąganie tej zasady konstytucyjnej na przepisy procedury karnej o prawie do odmowy złożenia zeznań. Jak zauważyłem, uprawnienie to powinno wynikać z istnienia bliskiej więzi między ludźmi, a nie formalnego rodzaju relacji, w jakiej oni pozostają.

Natomiast pod kątem ochrony danego aspektu procesu karnego za istotny uznaję podział na wartości służące ochronie państwowej legitymacji karania i zdobywania określonego rodzaju informacji. Uważam, że pierwszy z tych aspektów realizowany jest przez:

- a) prawo do niedostarczania dowodów przeciwko samemu sobie;
- b) zakaz przesłuchania obrońcy – w tym przypadku w grę wchodzi również ochrona określonego rodzaju, uważam jednak, że zakaz ten chroni oba te aspekty postępowania karnego, a to z uwagi na szczególną rolę obrońcy, któremu oskarżony powinien móc zaufać bez obawy, że powierzone mu informacje zostaną ujawnione;
- c) zakaz przesłuchania lekarza – ponieważ zdrowie i życie człowieka, w tym przypadku oskarżonego, stanowią jedne z podstawowych wartości, to organy państwa nie powinny prowadzić postępowania karnego z możliwym pogwałceniem przysługującej im ochrony;
- d) przyznanie prawa do odmowy złożenia zeznań osobom pozostającym w bliskiej relacji z oskarżonym – uprawnienie to ma wielowiekową tradycję w europejskim procesie karnym, od lat uznaje się również, że egzekwowanie od takich osób obowiązku złożenia zeznań mogłoby osłabić autorytet państwa, wymuszającego zachowania niespotykające się z akceptacją społeczną .

Jak widać oba zbiory wartości – wywodzonych z Konstytucji RP i umów międzynarodowych oraz służące ochronie legitymacji państwa do karania – pozostają w stosunku niezależności zakresowej.

Należy pamiętać, że w przypadku konstruowania konkretnej struktury aksjologicznej trzeba posługiwać się relacją większej istotności w jej interpretacji dokładnościowej. Oznacza to oparcie się na wartości uznanej za najistotniejszą w danej

sytuacji, o ile nie występuje opisana w efekcie kaskady sytuacja, gdy dwie wartości główne pozostają w nierozstrzygalnym konflikcie, i w rezultacie decydujące znaczenia ma wartość uboczna. Natomiast analizując wszelkie sytuacje, w których budowane są struktury aksjologiczne, nie można wykluczyć, że najczęściej decydujące znaczenie ma wartość niemająca najdonioślejszego charakteru spośród wszystkich strzeżonych przez zakazy dowodowe. Wynika to z zakresowej interpretacji relacji większej istotności, zgodnie z którą w całym systemie prawa za najistotniejszą zostanie uznana wartość najczęściej mająca charakter rozstrzygający. Jeśli bowiem stosunkowo rzadko będą analizowane rozumowania oparte o naczelną zasadę *nemo se ipsum accusare tenetur*, której naruszenia będą nieliczne z racji jej podstawowego charakteru, a często związane z powszechniejszym naruszaniem ochrony tajemnic prawnie strzeżonych, to zakresowo ta ostatnia zostanie uznana za istotniejszą.

5. Ważenie dóbr prawnych a ocena skutków naruszeń zakazów dowodowych

Mechanizm ważenia zasad został wprost wyrażony w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP⁷⁰². Podnosi się jednak, że uzasadnione względami wykładni prokonstytucyjnej jest stosowanie tego mechanizmu przez sądy również w odniesieniu do regulacji ustawowych. Natomiast z użycia w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP pojęcia sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy wywodzi się, że nie może ono mieć charakteru dowolnego, lecz powinno stanowić rezultat m. in. prawidłowego rozpoznania i rozstrzygnięcia konfliktu konkurujących ze sobą zasad. Posłużyć się można choćby opracowaną przez Roberta Alexy'ego regułą ważenia zasad, zgodnie z którą w im większym stopniu jedna zasada nie została spełniona lub została naruszona, tym ważniejsze musi być realizowanie drugiej zasady. Wypada podkreślić, że zasady te wyrażają w istocie wartości strzeżone i realizowane przez prawo. W związku z tym regułą tą należy również uzupełnić o postulaty, że im ważniejsza jest dana wartość, tym mniejsze są możliwości ograniczenia

⁷⁰² Przy tym wskazuje się, że Trybunał Konstytucyjny po raz pierwszy odwołał się do koncepcji ważenia dóbr w orzeczeniu z 4 lutego 1997 roku, sygnatura akt P 4/96, w którym stwierdzono „formuła ta nie może być realizowana w nieograniczonym zakresie; trzeba bowiem ważyć z jednej strony potrzeby obywateli, z drugiej zaś możliwości finansowe władz publicznych. Zakres zaspokajanych potrzeb ustawa wyznacza poprzez kryteria, od spełnienia których uzależnia przyznanie dodatków mieszkaniowych. Kryteria te, ograniczające przyznanie dodatków, muszą być jednak uzasadnione, a tym samym usprawiedliwione”.

zasady służącej realizacji tej wartości, zaś im większą liczbę różnorodnych wartości dana zasada realizuje, tym silniej powinna być chroniona⁷⁰³.

Rezultat procesu ważenia powinien doprowadzić do podjęcia decyzji, który z możliwych stanów faktycznych doprowadzi do najpełniejszej realizacji prawnie istotnych wartości⁷⁰⁴. Wypada w tym miejscu powtórzyć wymagania, jakie procesowi ważenia postawił Michał Araszkiewicz. Otóż rezultat tej operacji myślowej powinien doprowadzić do udzielenia odpowiedzi na pytania:

- 1) Jakiego rodzaju obiekty są ze sobą porównywane w procesie ważenia?
- 2) Według jakich parametrów te obiekty są ze sobą porównywane?
- 3) Jakie wartości mogą przyjmować parametry służące do porównywania obiektów?
- 4) Jakie warunki winny być spełnione, by proces ważenia mógł zostać uznany w danej sytuacji za zakończony i uzasadniający daną konkluzję?

W odniesieniu do zakazów dowodowych porównywane są ze sobą obowiązek ustalenia prawdy o czynie objętym prowadzonym postępowaniem karnym, a wartościami realizowanymi przez normy ograniczające możliwości poczynienia prawdziwych ustaleń faktycznych. Procedura ważenia odgrywa najistotniejszą rolę w odniesieniu do oceny możliwości wykorzystania dowodów, których przeprowadzenie jest kwestionowane z powodu ingerowania w wartości uznane za istotniejsze niż obowiązek ustalenia prawdy. Porównuje się więc w istocie to, czy z większą aprobatą spotka się uwzględnienie danego dowodu, czy też niebranie go pod uwagę przy ustalaniu stanu faktycznego. Jako parametry należy więc uznać istotność realizowanej wartości i stopień jej ewentualnego naruszenia. Za wartość parametru służyć powinno odniesienie do korzyści płynących z poznania prawdy o czynie objętym prowadzonym postępowaniem. Natomiast proces ważenia zostanie uznany za zakończony sukcesem, gdy będziemy w stanie zdecydować i uzasadnić, czy istotniejsze było dojście do prawdy, czy poszanowanie wartości realizowanych przez zakazy dowodowe.

⁷⁰³ M. Florczak-Wątor, Ważenie zasad konstytucyjnych jako podstawa sądowej wykładni prawa, [w:] A. Kotowski, E. Maniewska (red.), *„Argumentacja konstytucyjna w orzecznictwie sądowym”*. Materiały z konferencji naukowej. Warszawa, Sąd Najwyższy, 18 listopada 2016 r., Warszawa 2017, s. 25-30, 37.

⁷⁰⁴ Należy przy tym uwzględnić opisany już paradoks efektu kaskady. Może on bowiem służyć za uzasadnienie sytuacji, dlaczego za najlepsze rozstrzygnięcie procedury ważenia uznaje się rozwiązanie bynajmniej nie zapewniające najpełniejszej realizacji wartości uznanej pojedynczo za najistotniejszą spośród konkurujących ze sobą.

Pomocne w procesie ważenia konsekwencji naruszeń zakazów dowodowych może być wskazane już odwołanie się do sfery życia, która jest przez nie chroniona. Zasadnie w niemieckiej doktrynie wyróżniono trzy sfery: publiczną, prywatną i intymną. Pomocne jest także odwołanie się do kryteriów ochrony prawa do dysponowania informacją i prawnoetycznej legitymacji państwowej do karania. Natomiast za nieprzekonujące uważam posiłkowanie się kryteriami wagi przestępstwa, dostępności innych metod dowodowych i przydatności dowodu do wykazania danej okoliczności. Nie kwestionuję praktycznej doniosłości tych szczegółowych aspektów postępowania karnego. Jednakże opisanie procedury ważenia ma służyć właśnie wypracowaniu modelu, którego stosowanie nie będzie tak bardzo uzależnione od realiów konkretnego postępowania. Z pomocą ważenia powinno się bowiem ocenić dopuszczalność przeprowadzenia danego dowodu nie z perspektywy prakseologii danego procesu, ale wartości istotnych niezależnie od tego, jakiego czynu dotyczy prowadzone postępowanie i czy możliwe jest sięgnięcie w nim po jeszcze inne dowody. Ważenie ma bowiem służyć w tym przypadku udzieleniu odpowiedzi na pytanie o pryncypia postępowania, a nie jego ekonomikę.

Drugą z wyszczególnionych grup kryteriów – prawo do dysponowania informacją i prawnoetyczną legitymacji państwowej do karania – można abstrakcyjnie powiązać z poszczególnymi zakazami dowodowymi, co próbowałem zrobić w poprzednich punktach. Nie sposób zaś w taki sposób przyporządkować tego rodzaju norm do chronionej sfery życia. Zasadniczo bowiem każdy z opisanych zakazów dowodowych może chronić informacje dotyczące życia publicznego, prywatnego, czy intymnego. Przykładowo każdej z tych sfer mogą dotyczyć grzechy wyznane na spowiedzi, informacje przekazane lekarzowi albo osobie zobowiązanej do zachowania którejś z tajemnic zawodowych lub służbowych. Także podczas narady sędziowskiej mogą być formułowane argumenty odwołujące się do każdej z nich.

Tym samym w procesie ważenia konsekwencji naruszenia danego zakazu dowodowego należy najpierw ocenić, jakiego rodzaju wartości chronione są przez zakaz dowodowy. Jeśli dotyczy on legitymacji państwa do karania, to jakiegokolwiek naruszenie takiego zakazu powinno dyskwalifikować uzyskany dowód. Natomiast w przeciwnej sytuacji, czyli zakwalifikowania zakazu jako chroniącego prawo do dysponowania informacją, należy każdorazowo ocenić, jakiej sfery życia one dotyczą. Jeśli intymnej, dowód również powinien być zdyskwalifikowany. Największe zróżnicowanie wyników ważenia będzie zachodziło w przypadku ochrony sfery prywatnej. W odniesieniu bowiem

do naruszenia sfery życia publicznego stosunkowo najrzadziej powinno dochodzić do eliminowania dowodu.

Uważam ponadto, że teoria zakazu wykorzystania owoców zatrutego drzewa nie jest adekwatna do oceny naruszeń zakazów dowodowych. Jej główną zaletą jest konsekwentna realizacja ich funkcji prakseologicznej przez niemożność ustalenia stanu faktycznego przy wykorzystaniu dowodów przeprowadzonych wbrew normom tego rodzaju. Natomiast wpisana w tę teorię pewna automatyczność eliminowania takich dowodów uniemożliwia zróżnicowanie skutków naruszeń zakazów dowodowych w zależności od ich powagi i rodzaju, a zatem również od strzeżonych przez nie wartości.

Tytułem ilustracji przeanalizujmy, jak do kwestii dowodu z nielegalnego podsłuchu odniósł się Europejski Trybunał Praw Człowieka. W wydanym 12 lipca 1988 roku orzeczenia w sprawie Schenk przeciwko Szwajcarii, stwierdzono że art. 6 Konwencji nie ustanawia wymogów dopuszczalności dowodów, pozostawiając to regulacjom krajowym. Stwierdzono więc, że ETPC nie może w sposób abstrakcyjny orzec, że dowód uzyskany sprzecznie z prawem zostanie uznany za nielegalny. Trybunał ocenia bowiem rzetelność procesu jako całości. Orzeczenie to zapadło wskutek rozpoznania sprawy Pierra Schenka, który zlecił zabicie swojej żony mężczyźnie o nazwisku Pauty. Ten poinformował o tym niedoszłą ofiarę, a także policję. Następnie nagrał na kasetę magnetofonową rozmowę ze swoim zleceniodawcą. Dowody te doprowadziły do skazania Pierra Schenka na karę 10 lat pozbawienia wolności za usiłowanie podżegania do zabójstwa. Rozpoznające sprawę sądy przyznały, że nagranie zostało uzyskane w sposób sprzeczny z prawem, ale zaliczyły je w poczet materiału dowodowego. W wydanym wyroku ETPC nie stwierdziło naruszenia art. 6 Konwencji, akcentując, że dowód z nagrania był jawny dla obrony, a w postępowaniu zeznania w charakterze świadka złożył pan Pauty. Na tej podstawie stwierdzono, że cały proces był rzetelny, mimo wykorzystania dowodu zdobytego w sposób sprzeczny z prawem. W zdaniu odrębnych sędziowie Pettiti, Spielmann, De Mayer i Salcedo napisali natomiast, że żaden sąd nie może opierać się na dowodach zdobytych w sposób sprzeczny z prawem, bo wtedy proces nie jest prowadzony w sposób uczciwy, a wymiar sprawiedliwości nie jest sprawowany w sposób właściwy⁷⁰⁵.

Opisane rozstrzygnięcie uważam za trafne. Dokonano w nim bowiem oceny wagi naruszeń wymogów prawa dotyczących przeprowadzania dowodów. Jakkolwiek

⁷⁰⁵ M. A. Nowicki, *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Kamienie milowe*, Warszawa 1997, s. 137-140.

nagranie uzyskano w sposób sprzeczny z przepisami, to jednak naruszenie prawa nie godziło w żadną z podstawowych wartości systemu prawa. W szczególności wykorzystanie tego dowodu nie osłabiło państwowego mandatu do karania. Można by rozważać naruszenie sfery życia prywatnego oskarżonego, jednak należy podkreślić, że nagranie dotyczyło rozmowy z osobą, która została przesłuchana w charakterze świadka. Była więc ona uprawniona do dysponowania treścią tej rozmowy, a nagranie stanowiło dodatkowy dowód jej odbycia. Przesłuchanie świadka miało również ten walor, że potwierdziło okoliczności wynikające z nagrania zdobytego w sposób niezgodny z prawem. Nieodwoływanie się do koncepcji owoców zatrutego drzewa doprowadziło więc do słusznego rezultatu.

Zakończenie

Problem relacji między dążeniem do ustalenia prawdy materialnej w procesie karnym a gwarancjami przysługującymi jego uczestnikom nie jest nowy. W 1936 roku na łamach *Głosu Prawa* Stefan Glaser pisał:

zależnie od tego, co odnośny ustrój państwowy uważa za najistotniejszy cel, ku któremu wszelka działalność winna być skierowana, co poczytywane jest za podstawę bytu państwowego: czy dobrze pojęta wolność obywatelska, pomyślność i powodzenie jednostki, jako części składowej społeczeństwa, czy też potęga władzy, której jednostka winna się wręcz podporządkować – zależnie od tego kształtują się zasady procesu karnego. Gdzie jednostka uważana jest tylko za środek, narzędzie dla osiągnięcia celów i interesów państwowych, tam proces karny buduje się na zasadach, któreby takiemu pojęciu jak najbardziej odpowiadały. Realizacja pieczy prawno-karnej jest więc tutaj celem najwyższym, wobec którego prawa jednostki schodzą na plan drugi, któremu jednostka musi się bezwzględnie podporządkować. Występuje więc ona jedynie jako przedmiot procesu: musi współdziałać w czynnościach zwróconych ku wykryciu prawdy. Gdzie natomiast dobro, a więc i swobody obywatelskie uważane są za podstawę pomyślności państwa jako takiego, gdzie więc w tym rozumieniu interes jednostki zgodny jest z interesem idei państwowej, tam znów zasady procesowe mają poręczać nie tylko realizację wymiaru sprawiedliwości karnej, ale jednocześnie mają być rękojmnią poszanowania swobód i najistotniejszych praw osobistych jednostki. Stąd też przyznany jest jej charakter podmiotu procesu, strony, dla której prawo procesowe ustanawia nie tylko obowiązki, ale którą wyposaża też w konieczne uprawnienia. Ten wpływ elementu polityki na proces kryminalny widzimy od najdawniejszych czasów. Im swobodniejszy jest naród pod względem praw obywatelskich, tem większe poszanowanie tych prawa w procesie, tem ostrożniejsze postępowanie. Pod panowaniem absolutnej formy rządu, proces ulega wpływom rządowym, i stąd

pozbawiony jest owych swobód i gwarancji, które są cechą wolnego narodu⁷⁰⁶.

Przywołany fragment trafnie oddaje związek zakazów dowodowych ze swobodami obywatelskimi. Przesadą byłoby zapewne traktowanie tej kwestii jako papierka lakmusowego, służącego badaniu stopnia realizacji idei państwa prawa, czy jakiejś innej naczelnej zasady prawnej. Nie sposób jednak zaprzeczyć, że kształt tego rodzaju norm odpowiada na bardzo doniosłe pytanie: jak daleko organy państwa mogą ingerować w istotne dla ludzi sfery życia, nieraz dotyczące ich prywatności, a czasem wręcz intymności. Rzecz jasna przyświeca temu bardzo istotny cel – trafne przypisanie odpowiedzialności karnej, a więc wymierzenie winnemu należnej mu kary, uwolnienie od oskarżenia niewinnego, pośrednio zaś walka z przestępczością. W tym właśnie tkwi istota sprawy. Każdy zgodzi się, że w imię tak ważnych zadań poświęcić można wiele. Dylematy pojawiają się, gdy zaczynamy dociekać, „jak wiele?”.

W pracy starałem się udzielić odpowiedzi na to pytanie, wykorzystując narzędzia, jakie daje dorobek teorii i filozofii prawa. Przywołałem najważniejsze w moim odczuciu elementy aksjologii prawniczej, nauki o wartościach prawnych i zachodzących między nimi relacjach. Odniosłem się do typologii ocen, twierdząc, że w obliczu niemożliwości skonstruowania abstrakcyjnej hierarchii wartości, interpretator nie jest skazany na działanie w sposób dowolny, przypominający próby odnalezienia się w hartowskim „koszmarze nocnym”. Zaproponowałem, w jaki sposób można odwoływać się do systemowości wartości, a także na czym polega ich rola w procesie interpretacji prawa, ze szczególnym uwzględnieniem wykładni aksjologicznej.

Jakkolwiek analiza tych zagadnień prowadzona była na dość wysokim poziomie ogólności, to jednak ze świadomością, że punktem docelowym dociekań jest analiza konkretnego typu norm prawnych, czyli zakazów dowodowych w postępowaniu karnym. Omówienie ich specyfiki normatywnej powiązane zostało przeze mnie z teoretycznymi ujęciami procesu karnego jako procedury nastawionej na wydanie rozstrzygnięcia po uprzednim zebraniu informacji zgodnie z jej wymogami, których spełnienie pozwala nadać im walor dowodu. Za szczególnie istotne dla prowadzonych rozważań uważam spojrzenie na proces karny z perspektywy teorii działań komunikacyjnych. Stwarza ona

⁷⁰⁶ S. Glaser, Postulaty reformy procesu karnego. Referat na III. Zjazd Prawników Polskich, *Głos Prawa* 1-3/1936, s. 21-22. W artykule autor ten interesująco opisał ewolucję podejścia do gwarancji procesowych w niemieckiej procedurze karnej, ze szczególnym uwzględnieniem odejścia od nich w czasach rządów nazistowskich.

bowiem teoretyczną podbudowę do traktowania procesu karnego jako działania nie tyle strategicznie zorientowanego wyłącznie na osiągnięcie celu, jakim jest poczynienie prawdziwych ustaleń faktycznych, co nastawionego na prowadzenie komunikacji między jego uczestnikami w odpowiedni sposób, z poszanowaniem społecznie akceptowanych reguł.

Wielokrotnie stwierdzono, że zakazy dowodowe ograniczają dojście do prawdy w imię wartości istotniejszych od realizacji tego głównego celu procesu karnego. Należy także zauważyć, że prowadzi to do ograniczenia władzy państwa nad człowiekiem. Im mniej jego organy wiedzą o jednostce, tym mniej efektywnie mogą kontrolować jej życie, jak również pociągać do odpowiedzialności za określone czyny. Przeanalizowałem więc obowiązujące w polskiej procedurze karnej zakazy dowodowe, uwzględniając ich historyczny rozwój, a także zastosowanie w orzecznictwie, aby podjąć próbę wykazania, w jakie sfery życia ustawodawca świadomie decyduje się nie ingerować i czym takie decyzje są albo powinny być uzasadnione. Według mnie prawidłowe zrekonstruowanie tych elementów wpływa pozytywnie na zapewnienie trafności rozstrzygnięć związanych tak z zakresem normowania zakazów dowodowych, jak i ocenianiem skutków ich naruszeń, w czym pomocą może tu służyć pochodząca od Alexy'ego koncepcja ważenia.

Zakazy dowodowe obowiązują w procedurze karnej od wieków. Przez cały ten czas dotyczą one dość podobnych sfer ludzkiej aktywności. Nieustannie wymagają jednak dostosowywania ich do zmieniającej się rzeczywistości, czy to w drodze wykładni, czy decyzji ustawodawcy. Czasem postuluje się uzupełnienie znanego od lat zakazu dowodowego nową treścią. Czasem okazuje się, że przestaje on odpowiadać realiom postępowania karnego, wykorzystującego zdobycze wciąż rozwijającej się kryminalistyki, a kiedy indziej zmienia się otoczenie społeczne, jak choćby warunki udzielania pomocy medycznej, w czym coraz częściej lekarzy wyręczają ratownicy bądź przedstawiciele innych zawodów medycznych. Nieuchronne jest więc modyfikowanie zakresu normowania zakazów dowodowych. Kluczowe staje się to, by odpowiednich zmian w prawie dokonywać w sposób przemyślany, w wyniku pogłębionej refleksji, z wykorzystaniem narzędzi intelektualnych, które cieszą się uznaniem w danej kulturze prawnej i są na tyle zrozumiałe, że możliwe jest ocenianie poprawności ich zastosowania. A wszystko to imię wartości podstawowej, jaką jest przestrzeganie przysługujących człowiekowi praw i wolności, które mogą być narażone na szwank, gdy ingerują w nie organy państwa, działając w celu wykonania jednego z podstawowych zadań państwa, czyli pociągnięcia przestępców do odpowiedzialności karnej. Jak istotne to zagadnienia

idealnie obrazują słowa Stanisława Waltośa, którymi chciałbym pracę tę zakończyć:
„Wplata się tutaj równocześnie drugą nić: dążenie do zachowania humanitaryzmu procesu karnego, zachowania poczucia godności człowieka, choćby chodziło o godność tego, który zachowywał się bez najmniejszej próby ochrony godności własnej. Szacunek dla godności kogoś innego jest objawem poczucia godności także siebie samego”⁷⁰⁷.

⁷⁰⁷ S. Waltoś, *Owoce...*, s. 232.

Bibliografia

Monografie:

- I. Berlin, *Cztery eseje o wolności*, Warszawa 1994
- J. Bratoszewski, *Zdanie odrębne w procesie karnym*, Warszawa 1973
- M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym, t. I*, Warszawa 1955
- D. Czeszkiewicz, *Immunitety międzynarodowe przed polskimi sądami karnymi*, Białystok 2019 [dostęp online 3 maja 2022 roku na stronie: https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/8738/1/D_Czeszkiewicz_Immunitety_miedzynarodowe_przed_polskimi_sadami%20karnymi.pdf]
- P. Dutkiewicz, *Problem aksjologicznych podstawa prawa we współczesnej polskiej filozofii i teorii prawa*, Kraków 1996
- L. L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 2004
- A. Gaberle, *Dowody w sądowym procesie karnym. Teoria i praktyka*, Warszawa 2010
- Z. Gostyński, *Tajemnica dziennikarska a obowiązek składania zeznań w procesie karnym*, Warszawa 1997
- W. Jasiński, *Nielegalnie uzyskane dowody w procesie karnym. W poszukiwaniu optymalnego rozwiązania*, Warszawa 2019
- J. Jaśkiewicz, *Poznanie faktów w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2013
- H. Kempisty, *Metodyka pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 1955
- H. Kempisty, *Metodyka pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 1974
- S. Kalinowski, *Postępowanie karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1966
- R. Kmiecik, *Dowód ścisły w procesie karnym*, Lublin 1983
- B. Kunicka-Michalska, *Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim prawie karnym*, Warszawa 1972
- Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Zakamycze 2005
- A. Lach, *Granice badań oskarżonego w celach dowodowych. Studium w świetle reguły nemo se ipsum accusare tenetur i prawa do prywatności*, Toruń 2010
- M. Leciak, *Tajemnica państwowa w zeznaniach świadka w polskim ustawodawstwie*, Toruń 2007
- L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa, doktryna i tezy orzecznictwa*, Zakamycze 2001
- K. Łojewski, *Instytucja odmowy zeznań w polskim procesie karnym*, Warszawa 1970

- L. Morawski, *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*, Toruń 1988
- L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973
- L. Nowak, *U podstaw marksistowskiej aksjologii*, Warszawa 1974
- M. A. Nowicki, *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Kamienie milowe*, Warszawa 1997
- M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2012*, LEX 2013
- I. Nowikowski, *Odwołalność czynności procesowych stron w procesie karnym*, Lublin 2001
- K. Opalek, *Z teorii dyrektyw i norm*, Warszawa 1974
- F. Payen, *O powołaniu adwokatury i sztuce obrończej*, Warszawa-Kraków, 1935
- M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Warszawa 2007
- M. Rusinek, *Z problematyki zakazów dowodowych w postępowaniu karnym*, Warszawa 2019
- J. Sawicki, *Tajemnica zawodowa lekarza i dziennikarza*, Warszawa 1960
- Z. Sobolewski, *Samooskarżenie w świetle prawa karnego (nemo se ipsum accusare tenetur)*, Warszawa 1982
- M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1977
- P.K. Sowiński, *Prawo świadka do odmowy zeznań w procesie karnym*, Warszawa 2004
- T. Suzuki (tłum.), *Konstytucje świata. Konstytucja Japonii*, Warszawa 2014
- S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948
- S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1985
- S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2003
- S. Waltoś, *Dyskusja. Tajemnica statystyczna w procesie karnym*, CzPKiNP wydanie specjalne/2009
- S. Waltoś, *Owoce zatrutego drzewa*, Kraków 2010
- M. Wielec, *Zakaz dowodowy tajemnicy spowiedzi w postępowaniu karnym*, Warszawa 2012
- J. Wróblewski, *Wartości a decyzja sądowa*, Wrocław 1973
- J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, Wrocław 1985
- J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988
- M. Zieliński, *Poznanie sądowe a poznanie naukowe*, Poznań 1979

M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnienie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988

Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Warszawa 1990

M. Zirk-Sadowski, *Rozumienie ocen w języku prawnym*, Łódź 1984

Artykuły (w czasopismach):

A. Baj, Zakazy dowodowe dotyczące świadka koronnego, *Prokuratura i Prawo* 1/2007

A. Bojańczyk Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności niektórych dowodów prywatnych w postępowaniu karnym, *Palestra* 9-10/2004

Z. Brodzisz, Zakazy dowodowe związane z ochroną tajemnicy dziennikarskiej w polskiej i niemieckiej procedurze karnej, *Prokuratura i Prawo* 5/2012

T. Burdzik, Socjalizacja prawna – nastawienie wobec prawa a jego skuteczność, *Normy, Dewiacje i Kontrola Społeczna* XIV/2013

K. Chojnicka, Cerkiew prawosławna w reformach Piotra Wielkiego, *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa* 3/2010

M. Cieślak, Glosa do uchwały S.N. z 29 XI 1962, VI KO 61/62, *Państwo i Prawo* 7/1963

M. Cieślak, Problem gwarancji karno-procesowych na tle nowej kodyfikacji, *Palestra* 7/1969

J. Czabański, M. Warchoń, Prawo do milczenia czy prawo do kłamstwa, *Prokuratura i Prawo* 12/2007

J. Dankowski, Kilka uwag na temat wykładni art. 94 i 95 k.p.k., *Państwo i Prawo* 7/1963

K. Eichstaedt, Tajemnica dziennikarska – wybrane zagadnienia, *Media – Kultura – Społeczeństwo* 14/2019

S. Glaser, Postulaty reformy procesu karnego. Referat na III. Zjazd Prawników Polskich, *Głos Prawa* 1-3/1936

Z. Gostyński, Zwolnienie od obowiązku zachowania tajemnicy dziennikarskiej. Glosa do uchwały SN z dnia 19 stycznia 1995 r., I KZP 15/94, *Państwo i Prawo* 1/1996

P. Horoszowski, Nazwa i pojęcie dowodu w teorii i praktyce prawa sądowego, *Państwo i Prawo* 10/1956

W. Jasiński, Karnoprosesowa dopuszczalność dowodów uzyskanych w wyniku tortur (standardy strasburskie), *Państwo i Prawo* 5/2011

W. Jasiński, Prawo do nieobciążania się w procesie karnym w świetle standardów strasburskich, *Prokuratura i Prawo* 7-8/2015

- W. Jasiński, Prawo do nieobciążania się a interes publiczny w sprawach karnych (w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka), *Państwo i Prawo* 11/2015
- R. Jaworski, Aprobata niemieckiego Sądu Najwyższego dla użycia poligrafu w postępowaniu karnym, *Prokuratura i Prawo* 2/2009
- M. Jurzyk, Tajemnica zawodowa adwokatów w systemie prawnym Stanów Zjednoczonych, *Palestra* 5-6/1998
- A. Kaftal, O niektórych zagadnieniach przestrzegania tajemnicy zawodowej przez adwokata-podejrzanego w procesie karnym, *Palestra* 4/1963
- A. Kaftal, Procesowe zagadnienia tajemnicy adwokackiej, *Palestra* 1/1970
- A. Kaftal, Recenzja książki Z. Sobolewskiego „Zasada nemo se ipsum accusare tenetur w polskim procesie karnym”, *Palestra* 4–5/1980
- A. Kalisz, Multicentryczność systemu prawa polskiego a działalność orzecznicza Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, *RPEiS* 4/2007
- P. Kardas, Kilka uwag o ochronie tajemnicy statystycznej i podstawach prawnych jej wykorzystywania w postępowaniu karnym. Obowiązek zachowania poufności danych statystycznych – względny czy bezwzględny zakaz dowodowy?, *CzPKiNP* wydanie specjalne/2009
- P. Karlik, Tajemnica adwokacka w postępowaniu przed sejmowymi komisjami śledczymi, *Palestra* 7-8/2019
- R. Kmieciak, Konwalidacja i konwersja wadliwych dowodów w procesie karnym, *Państwo i Prawo* 5/1989
- R. Kmieciak, Prawo do milczenia zatrzymanej osoby podejrzanej (w świetle reguły nemo tenetur), *Prokuratura i Prawo* 7-8/2000
- A. Kopff, Koncepcja praw do intymności i prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne), *Studia Cywilistyczne* XX/1972
- M. Kordela, Uzasadnienia aksjologiczne w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, *RPEiS* 3/2000
- M. Kordela, Systemowość aksjologiczna prawa, *Acta Universitatis Wratislaviensis* 104/2016
- M. Kordela, Aksjologiczna wykładnia prawa, *Acta Universitatis Wratislaviensis* 110/2017
- W. Kręcisz, O wykładni ustaw w sposób zgodny z Konstytucją na tle stosowania art. 182 § 3 k.p.k., *Prokuratura i Prawo* 4/2000

- M. Kucharczyk, Głosa do uchwały SN z 11 stycznia 2006 r., I KZP 49/05, *Monitor Prawniczy* 14/2007
- P. Kutynia, Tajemnica i sekret spowiedzi. Perspektywa ekumeniczno-kanoniczna, *Studia Oecumenica* 15/2015
- Z. Krzemiński, Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z 16.6.1994 r, I KZP 5/94, *Monitor Prawniczy* 10/1994
- K. Łojewski, Jeszcze o tajemnicy zawodowej adwokata, *Palestra* 12/1964
- K. Łojewski, W obronie instytucji odmowy zeznań, *Palestra* 5/1966
- K. Łojewski, Problematyka tajemnicy zawodowej adwokata: (na marginesie uchwały Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 10 listopada 1966 r.), *Palestra* 3/1967
- R. Łyczywek, Tajemnica zawodowa obrońcy, *Państwo i Prawo* 1/1962
- R. Łyczywek, Jeszcze o tajemnicy zawodowej adwokata, *Palestra* 11/1963
- D. Mendelson, The Duchess of Kingston's Case, the rulling of Lord Mansfield and duty of medical confidentiality in court, *International Journal of Law and Psychiatry*, October 2012
- J. J. Mrozek, Tajemnica zawodowa dziennikarza i jej ochrona w polskim systemie prawnym, *Studia Elckie* 11/2009
- M. Niełacznna, Wolność bezwarunkowa – wokół problemu tortur. Polemika z argumentami Alana Dershowitza, zwolennika stosowania przemocy przez państwo, *CzPKiNP* 2/2008
- W. Patryas, Na polemikę dra Łukasza Pohla – odpowiedź, *RPEiS* 4/2006
- Ł. Pohl, Norma sankcjonowana w prawie karnym jako przykład normy prawnej nie będącej normą postępowania, *RPEiS* 1/2006
- Ł. Pohl, W odpowiedzi na uwagi prof. Wojciecha Patryasa o artykule Łukasza Pohla „Norma sankcjonowana w prawie karnym jako przykład normy prawnej nie będącej normą postępowania”, *RPEiS* 4/2006
- M. Rusinek, O „prawie do kłamstwa” artykuł polemiczny, *Prokuratura i Prawo* 4/2008
- M. Safjan, Problemy prawne tajemnicy lekarskiej, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1/1995
- J. Skorupka, Eliminowanie z procesu karnego dowodu zebranego w sposób sprzeczny z ustawą, *Państwo i Prawo* 3/2011
- J. Sobczak, Granice prawne tajemnicy dziennikarskiej, *Ius Novum* 1/2007
- Z. Sobolewski, Wartość nielegalnie uzyskanego dowodu w postępowaniu karnym, *AUMCS* 1/1976

- S. Steinborn, Zwolnienie świadka w procesie karnym z tajemnicy państwowej, *Państwo i Prawo* 2/2008
- R. A. Stefański, Uchylenie się świadka od odpowiedzi na pytanie (art. 183 § 1 k.p.k.), *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 3/2022
- K. Sułkowski, Zasada nemo se ipsum accusare tenetur jako gwarancja prawa do obrony, *Zeszyt Studencki Kół Naukowych Wydziału Prawa i Administracji UAM* 8/2018
- T. Taras, Niedozwolone metody śledcze (narkoanaliza w procesie karnym), *Problemy Kryminalistyki* 59/1966
- M. Tomkiewicz, „Tajemnica spowiedzi” i „tajemnica duszpasterska” w procesie karnym, *Prokuratura i Prawo* 2/2012
- M. J. Urbaniak, Zakres obowiązywania zakazu dowodowego przewidzianego w art. 199 k.p.k., *Prokuratura i Prawo* 7-8/2012
- S. Waltoś, Konwalidacja w procesie karnym, *Nowe Prawo* 4/1960
- A. Ważny, Problemy zwolnienia z tajemnicy adwokackiej, dziennikarskiej i lekarskiej w procesie karnym, *Prokuratura i Prawo* 10/1998
- J. Wróblewski, Analityczne podejście do aksjologii prawa, *Studia Filozoficzne* 2-3/1985
- M. Zieliński, Z. Radwański, Wykładnia prawa cywilnego, *Studia Prawa Prywatnego* 1/2006

Artykuły (w pracach zbiorowych):

- K. Amelung, Zasady rządzące zakazami wykorzystania dowodów, [w:] P. Hofmański, K. Zgryzek (red.), *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości*, Katowice 2003
- M. Araszkiewicz, Argument Structures in Legal Interpretation: Balancing and Thresholds, [w:] T. Bustamante, C. Dahlman (red.), *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation*, Cham 2015
- M. Araszkiewicz, Rozumowania prawnicze i schematy argumentacyjne w sądowym stosowaniu prawa, [w:] M. Florczak-Wątor, A. Grabowski (red.), *Argumenty i rozumowania prawnicze w konstytucyjnym państwie prawa. Komentarz*, Kraków 2021
- R. Arnold, D. Gruszecka, Zakazy dowodowe a prawo konstytucyjne, [w:] J. Skorupka, A. Drozd (red.), *Nowe spojrzenie na model zakazów dowodowych w procesie karnym*, Warszawa 2015
- J. Czapska, Na czym polega internalizacja normy prawnej?, [w:] M. Dudek, M. Stępień (red.), *Aksjologiczny wymiar prawa*, Kraków 2015

- M. Florczak-Wątor, Ważenie zasad konstytucyjnych jako podstawa sądowej wykładni prawa, [w:] A. Kotowski, E. Maniewska (red.), *„Argumentacja konstytucyjna w orzecznictwie sądowym”*. Materiały z konferencji naukowej. Warszawa, Sąd Najwyższy, 18 listopada 2016 r., Warszawa 2017
- D. Gruszecka, Zarys problematyki systemu zakazów dowodowych w procesie niemieckim, [w:] J. Skorupka, A. Drozd (red.) *Nowe spojrzenie na model zakazów dowodowych w procesie karnym*, Warszawa 2015
- P. Hofmański, Ochrona praw procesowych w prawie karnym procesowym. Zasada *fair trail*, [w:] J. Skupiński (red.), *Standardy praw człowieka a polskie prawo karne*, Warszawa 1995
- J. Holocher, Teoria konstytucyjnego państwa prawa a topiczny model argumentacji prawniczej, [w:] M. Florczak-Wątor, A. Grabowski (red.), *Argumenty i rozumowania prawnicze w konstytucyjnym państwie prawa. Komentarz*, Kraków 2021
- B. Janusz-Pohl, Zakazy dowodowe w ujęciu dyrektywalnym – zarys problematyki, [w:] J. Skorupka, A. Drozd (red.), *Nowe spojrzenie na model zakazów dowodowych w procesie karnym*, Warszawa 2015
- K. J. Kaleta, Rola i znaczenie wartości we współczesnym dyskursie konstytucyjnym, [w:] M. Dudek, M. Stępień (red.), *Aksjologiczny wymiar prawa*, Kraków 2015
- P. Karlik, P. Wiliński, Komentarz do art. 178 Konstytucji RP, [w:] L. Bosek, M. Safjan (red.), *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87-243*, Warszawa 2016
- A. Kojder, Prawo jako przedmiot analiz aksjologicznych, [w:] H. Rot (red.), *Problemy metodologii i filozofii prawa. Materiały VIII Ogólnopolskiego Zjazdu Teoretyków Państwa i Prawa, Bierutowice 26-28 IX 1985*, Wrocław 1985
- Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja Postępowania Karnego, *Projekt ustawy postępowania karnego przyjęty przez Komisję Kodyfikacyjną Rzp. Pol. w dniu 26 kwietnia 1926 z uzasadnieniem i tablicą porównawczą*, Warszawa-Lwów 1926-1927
- B. Kurzępa, Zakazy dowodowe a zasada prawdy materialnej, [w:] G. Artymiak, Z. Sobolewski (red.), *Zasada prawdy materialnej. Materiały z konferencji Krasieczyn 15-16 października 2005 r.*, Zakamycze 2006
- K. Pałecki, Redukcja aksjologiczna jako sposób objaśniania porządku społecznego, [w:] M. Dudek, M. Stępień (red.), *Aksjologiczny wymiar prawa*, Kraków 2015

- K. Pałecki, O aksjologicznych zmianach w prawie, [w:] L. Leszczyński (red.), *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia, konstytucja, integracja europejska*, Lublin 1999
- M. Paździora, Neutralizacja wartości a legitymizacja prawa w demokracji, [w:] M. Dudek, M. Stępień (red.), *Aksjologiczny wymiar prawa*, Kraków 2015
- B. Polanowska-Sygulska, Spór o krzyż w świetle pluralizmu wartości, [w:] J. Czapska, M. Dudek, M. Stępień (red.), *Wielowymiarowość prawa*, Toruń 2014
- J. Skorupka, Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym, [w:] T. Grzegorzczak, R. Olszewski (red.), *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015-2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, Warszawa 2017
- R. Stefański, S. Zabłocki (red.), Komentarz do art. 199 k.p.k., [w:] *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167-296*, Warszawa 2019
- S. Steinborn, Aksjologiczne uwarunkowania ograniczeń w dochodzeniu do prawdy materialnej w procesie karnym, [w:] K. Kremens, J. Skorupka (red.), *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim procesie karnym*, Wrocław 2013
- A. Wąsek, O kilku aspektach reguły „Nemo se ipsum accusare tenetur” de lege lata i de lege ferenda, [w:] J. Skupiński (red.), *Standardy praw człowieka a polskie prawo karne*, Warszawa 1995
- M. Zajęcki, Dwa paradoksy esencjalizmu aksjologicznego, [w:] M. Dudek, M. Stępień (red.), *Aksjologiczny wymiar prawa*, Kraków 2015

Pozostałe:

A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k., wyd. IV*, Warszawa 2013

Orzeczenia:

Orzeczenie TK z 4.02.1997 r., P 4/96, OTK 1997, nr 1, poz. 3

Wyrok TK z 22.11.2004 r., SK 64/03, OTK-A 2004, nr 10, poz. 107

Wyrok TK z 30.10.2006 r., P 10/06, OTK-A 2006, nr 9, poz. 128

Wyrok TK z 24.10.2007 r., SK 7/06, OTK-A 2007, nr 9, poz. 108

Wyrok TK z 13.12.2011 r., K 33/08, OTK-A 2011, nr 10, poz. 116

Wyrok TK z 27.09.2012 r., SK 4/11, OTK-A 2012, nr 8, poz. 97

Postanowienie TK z 13.06.1994 r., S 1/94, OTK 1994, nr 1, poz. 28

Uchwała SN(CI) z 18.02.1961 r., VI KO 29/59, OSNCK 1961, nr 2, poz. 20

Uchwała SN z 29.11.1963 r., VI KO 61/62, LEX nr 1634715

Uchwała SN z 9.01.1964 r., VI KO 25/63, OSNKW 1964, nr 4, poz. 52

Uchwała SN z 20.06.1991 r., I KZP 12/91, OSNKW 1991, nr 10-12, poz. 46

Uchwała SN(7) z 6.05.1992 r., I KZP 1/92, OSNKW 1992, nr 7-8, poz. 46

Uchwała SN(7) z 16.06.1994 r., I KZP 5/94, OSNKW 1994, nr 7-8, poz. 41

Uchwała SN z 8.02.1995 r., I KZP 37/94, OSNKW 1995, nr 3-4, poz. 15

Uchwała SN(7) z 19.01.1995 r., I KZP 15/94, OSNKW 1995, nr 1-2, poz. 1

Uchwała SN z 22.11.2002 r., I KZP 26/02, OSNKW 2003, nr 1-2, poz. 6

Uchwała SN z 19.02.2003 r., I KZP 48/02, OSNKW 2003, nr 3-4, poz. 23

Uchwała SN z 11.01.2006 r., I KZP 49/05, OSNKW 2006, nr 2, poz. 12

Uchwała SN z 26.10.2006 r., I KZP 22/06, OSNKW 2006, nr 11, poz. 98

Uchwała SN z 26.04.2007 r., I KZP 4/07, OSNKW 2007, nr 6, poz. 45

Uchwała SN z 20.09.2007 r., I KZP 26/07, OSNKW 2007, nr 10, poz. 71

Uchwała SN(7) z 25.02.2016 r., I KZP 20/15, OSNKW 2016, nr 3, poz. 19

Uchwała SN z 27.01.2021 r., II DIZ 1/21, LEX nr 3119804

Uchwała SN z 2.07.2021 r., I DI 3/21, LEX nr 3193582

Uchwała SN z 9.11.2021 r., I KZP 5/21, OSNK 2022, nr 1, poz. 1

Wyrok SN z 24.10.1932 r., II K 1048/32, OSN 1932, nr 12, poz. 231

Wyrok SN z 14.06.1937 r., I K 454/37, OSN 1938, nr 1, poz. 11

Wyrok SN z 27.09.1957 r., I K 544/57, OSNPG 1958, nr 1, poz. 37

Wyrok SN z 6.10.1958 r., III K 238/58, OSNPG 1959, nr 2, poz. 6

Wyrok SN z 22.11.1974 r., IV KR 426/73, OSNKW 1975, nr 3-4, poz. 42

Wyrok SN z 28.01.1975 r., IV KR 313/74, LEX nr 20889

Wyrok SN z 6.04.1977 r., II KR 38/77, LEX nr 16983

Wyrok SN(7) z 15.07.1979 r., V KRN 102/79, OSP 1981, nr 7-8, poz. 141

Wyrok SN z 20.01.1981 r., I KR 329/80, OSNKW 1981, nr 6, poz. 37

Wyrok SN z 22.04.1991 r., III KR 161/90, LEX nr 30542

Wyrok SN z 4.03.2002 r., IV KKN 65/01, LEX nr 54414

Wyrok SN z 9.02.2004 r., V KK 194/03, OSNKW 2004, nr 4, poz. 42

Wyrok SN z 24.01.2008 r., V KK 230/07, LEX nr 359261

Wyrok SN z 22.01.2014 r., SNO 40/13, LEX nr 1430401

Postanowienie SN z 15.12.2004 r., III KK 278/04, OSNKW 2005, nr 3, poz. 28

Postanowienie SN z 20.04.2005 r., I KZP 6/05, OSNKW 2005, nr 4, poz. 39

Postanowienie SN z 20.10.2005 r., II KK 184/05, OSNKW 2005, nr 12, poz. 120

Postanowienie SN z 26.04.2007 r., I KZP 6/07, OSNKW 2007, nr 5, poz. 37

Postanowienie SN z 7.10.2008 r., II KK 142/08, OSNwSK 2008, nr 1, poz. 1975

Postanowienie SN z 28.06.2012 r., III KK 366/11, OSNKW 2012, nr 10, poz. 110

Postanowienie SN z 30.06.2021 r., IV KK 216/21, LEX nr 3294594

Wyrok SA w Krakowie z 25.11.1993 r., II AKr 144/93, KZS 1994, nr 1, poz. 25

Wyrok SA w Białymstoku z 21.04.1998 r., II AKa 14/98, OSA 1999, nr 9, poz. 63

Wyrok SA w Lublinie z 5.03.1999 r., II AKa 123/98, Apel.-Lub. 1999, nr 2, poz. 14

Wyrok SA w Białymstoku z 18.03.2010 r., II AKa 18/10, OSAB 2010, nr 1, poz. 32-39

Wyrok SA w Lublinie z 21.08.2012 r., II AKa 173/12, LEX nr 1237253

Postanowienie SA w Krakowie z 30.03.2009 r., II AKz 110/09, OSA 2012, nr 10, poz. 3-14

Postanowienie SA w Szczecinie z 29.10.2013 r., II AKz 330/13, OSASz 2014, nr 2, poz. 37-73

Postanowienie SA w Krakowie z 25.03.2014 r., II AKa 68/14, KZS 2014, nr 4, poz. 48

Wyrok WSA we Wrocławiu z 10.10.2018 r., I SA/Wr 458/18, LEX nr 2570083

Wyrok ETPC z 7.12.1976 r., 5493/72, Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii, LEX nr 80798

Wyrok ETPC z 23.02.1993 r., Funke przeciwko Francji, sprawa 10828/84

Wyrok ETPC z 27.03.1996 r., Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, sprawa nr 17488/90

Wyrok ETPC z 8.04.2004 r., Weh przeciwko Austrii, sprawa nr 38544/97

Wyrok ETPC z 11.07.2006 r., Jalloh przeciwko Niemcom, sprawa nr 54810/00

Wyrok ETPC z 29.06.2007 r., O'Halloran and Francis przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, sprawy nr 15809/02, 25624/02