

MAŁGORZATA ŻBIKOWSKA

DOWÓD POŚREDNIO NIELEGALNY W POLSKIM PROCESIE KARNYM

Dowodem „pośrednio nielegalnym” („pośrednio skażonym”) jest dowód, który został uzyskany w wyniku przeprowadzenia innego dowodu posiadającego przymiot dowodu nielegalnego¹ (a zatem uzyskanego na skutek przeprowadzenia czynności dowodowej w sposób nielegalny), czyli dowodu wadliwego albowiem obarczonego którymś z uchybień proceduralnych implikujących niedopuszczalność jego wykorzystania w procesie karnym. Owe uchybienia proceduralne mogą dotyczyć sytuacji uzyskania dowodu z nielegalnego źródła (gdy dowodzenie było niedopuszczalne) bądź na skutek nielegalnego sposobu pozyskania lub przeprowadzenia danego dowodu². Jak zostało to wskazane, dowód „pośrednio nielegalny” jest wynikiem uzyskania innego dowodu nielegalnego („bezpośrednio nielegalnego”), bez którego ten pierwszy prawdopodobnie nie zostałby odnaleziony. Od tak pojętego dowodu „pośrednio nielegalnego” należy odróżnić dowód uzyskany na skutek przeprowadzenia czynności (dowodowej) w sposób prawidłowy lecz w procesie nieważnym³. Ten drugi nie będzie zatem posiadał przymiotu „pośrednio skażonego”, albowiem dowód będący źródłem drugiego nie odznaczał się wadliwością.

Nie przywołując w tym miejscu genezy zjawiska wykorzystywania tzw.

¹ Stąd nazywa się go dowodem „bezpośrednio nielegalnym” lub „bezpośrednio skażonym”.

² K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1997, s. 191.

³ W tym miejscu mam na myśli sytuację polegającą na tym, że pierwsza czynność dowodowa została przeprowadzona w procesie, który następnie został uznany za proces nieważny jeszcze przed usunięciem z kodeksu postępowania karnego instytucji nieważności (a zatem przed dniem 1 lipca 2003r.), natomiast drugi dowód – którego nie uznaję w tym miejscu za dowód pośrednio nielegalny – został uzyskany na podstawie pierwszego dowodu przeprowadzonego w procesie nieważnym. Brak uznania owego drugiego dowodu za dowód pośrednio nielegalny wynika z faktu, iż ów pierwszy dowód będący źródłem drugiego nie musiał odznaczać się nielegalnością, a jedynie został przeprowadzony w procesie, który następnie został uznany za proces nieważny.

„owoców zatrutego drzewa” (*the fruit of the poisonous tree*), które zostało zapoczątkowane na gruncie systemu anglosaskiego⁴ pragnę skupić się w znacznej mierze na ustawodawstwie polskim. Już na wstępie należy jednak zaznaczyć, że polska ustawa karnoprocesowa nie rozstrzyga kwestii wykorzystywania dowodów „pośrednio skażonych”, pozostawiając ją do rozstrzygnięcia doktrynie i orzecznictwu.

Zaznaczenia wymaga również to, że poniższa analiza nie obejmuje swym zakresem kwestii wykorzystywania dowodów uzyskanych na skutek wadliwie przeprowadzonej czynności w trakcie postępowania operacyjno – rozpoznawczego⁵.

Problem wykorzystywania tzw. „owoców zatrutego drzewa” nie jest w polskiej doktrynie procesu karnego pojmowany jednolicie. I tak np. zdaniem Z. Sobolewskiego „doprowadzenie oskarżonego do przyznania się, nawet w sposób brutalny, nie podważa wiarygodności tzw. obiektywnych dowodów, odnalezionych dzięki wskazówkom zawartym w wymuszonych wyjaśnieniach. Zatem test wiarygodności nie skłania do odrzucenia takich dowodów”⁶. Jak wynika z powyższego, Autor traktował dowody „pośrednio skażone” w charakterze dowodów obiektywnych. Taki obiektywizm dowodów występuje również w przypadku ich uzyskania na skutek brutalnego doprowadzenia oskarżonego do przyznania się. Powyższa argumentacja miałaby przemawiać za dopuszczalnością wykorzystywania w polskim procesie karnym dowodów „pośrednio nielegalnych”. Zgromadzone i utrwalone w ten sposób dowody nie muszą zostać wyeliminowane z całokształtu zebranego w sprawie materiału dowodowego, gdyż ich dyskwalifikacja „mogłaby prowadzić do rażącej niesprawiedliwości”. Niestety Z. Sobolewski odwołując się do określenia „rażąca niesprawiedliwość”, z którą mielibyśmy do czynienia w razie zdyskwalifikowania tak uzyskanego dowodu pośrednio nielegalnego, nie podjął głębszej analizy przedstawionej przez siebie tezy⁷. Wskazując na argumenty za oraz argumenty przeciw

⁴ Więcej na temat genezy zjawiska tzw. „owoców zatrutego drzewa” w systemie anglosaskim pisze T. Tomaszewski (w:) *Proces amerykański. Problematyka śledcza*, Toruń 1996, s. 165 – 173; Z. Kwiatkowski (w:) *Dopuszczalność wykorzystania dowodów „pośrednio nielegalnych” w procesie karnym*, Problemy Prawa Karnego, Katowice 1995, Nr 21, s. 74 – 76 oraz B. Kurzępa (w:) *Podstęp w toku czynności karnoprocesowych i operacyjnych*, Toruń 2003, s. 82 – 84.

⁵ W tej kwestii wypowiedział się Z. Sobolewski (w:) *Wartość nielegalnie uzyskanego dowodu w postępowaniu karnym*, Annales UMCS, Sectio G, Vol. XXIII, 3, Lublin 1976, s. 52. s. 55–56 oraz J. Mąka (w:) *Instytucja prowokacji w praktyce działania służb policyjnych*, Prokuratura i Prawo 2010, nr 1 – 2, s. 168 – 173.

⁶ Z. Sobolewski, *Wartość nielegalnie uzyskanego dowodu...*, s. 52.

⁷ Z. Sobolewski ograniczył się jedynie do wskazania następującego przykładu: „Jest

wykorzystywaniu tzw. „owoców zatrutego drzewa” ostatecznie doszedł do wniosku, iż „pożądane jest odrzucenie dowodu stanowiącego pośredni efekt wyjaśnień w rażący sposób wymuszonych od oskarżonego”.

Do tak przyjętego założenia nawiązuje M. Czekaj⁸ wskazując, iż owa (wyżej przedstawiona) koncepcja głosząca odrzucenie dowodu stanowiącego pośredni efekt wyjaśnień w rażący sposób wymuszonych od oskarżonego jest nie do przyjęcia ze względu na ocenny, trudny do sprecyzowania oraz zbyt płynny podział na wymuszenia „rażące” oraz wymuszenia „nierażące” (a ściślej na wyjaśnienia uzyskane w sposób rażący oraz takie, które zostały uzyskane w inny, aniżeli rażący sposób)⁹. Pogląd ten zasługuje na aprobatę, gdyż wyłącza możliwość swobodnego (nieskrępowanego) przyjmowania w danym przypadku, że wyjaśnienia zostały uzyskane w sposób rażący lub nie, albowiem „to co dla jednego jest rażące, dla innego rażące nie jest”¹⁰. Co prawda wydaje się, że w czasach współczesnych, w których chronione są prawa i gwarancje procesowe jednostki, sytuacje takie pojawiać się mogą niezwykle rzadko¹¹, jednak prawo karne procesowe, jeżeli ma być skuteczne musi uwzględniać przypadki szczególnie drażliwe, choćby miały one zdarzyć się bardzo sporadycznie, operować także normami kształtującymi etyczne imperatywy w postępowaniu¹².

Obaj wyżej wskazani przedstawiciele teorii procesu karnego, przedstawiali konsekwencje skrajnie odmiennych stanowisk. O ile Z. Sobolewski, jak to zostało już wyżej wskazane, co do zasady opowiadał się za dopuszczalnością dowodów „pośrednio skażonych”, o tyle M. Czekaj kategorię wyłączał możliwość ich wykorzystywania odwołując się do nad-

bardzo prawdopodobne, że organy ścigania nie byłyby w stanie zgromadzić zupełnie innych, nowych dowodów, wystarczających do skazania. Wówczas trzeba by uniewinnić na przykład zabójcę, który ulegając przymusowi wskazał miejsce ukrycia zwłok, narzędzi przestępstwa i zrabowanych przedmiotów”. Tak: Z. Sobolewski, *Wartość nielegalnie uzyskanego dowodu...*, s. 52.

⁸ M. Czekaj, *Swoboda wypowiedzi oskarżonego*, Palestra 1988, nr 7, s. 99.

⁹ Autor wskazywał, iż „Tego rodzaju stopniowanie warunków wyłączających swobodę wypowiedzi w ogólności, a przymusu fizycznego – w szczególności, może prowadzić na manowce, gdyż procesy psychiczne zachodzące w człowieku przesłuchiwanym są niezwykle złożone, a skuteczność sparaliżowania czy ograniczenia woli człowieka nie zawsze jest uzależnione tylko od intensywności stosowanych metod”. Tak: M. Czekaj, *Swoboda wypowiedzi...*, s. 99.

¹⁰ M. Czekaj, *Swoboda wypowiedzi...*, s. 99.

¹¹ Np. wyrok SN z 6 października 1983 r., II KR176/83 (OSPika 9/1984, poz. 193), do którego odwołują się szerzej M. Cieślak, Z. Doda (w:) *Kierunki orzecznictwa w zakresie postępowania karnego*, lata 1984 – 1985, Warszawa 1987, s. 54.

¹² S. Waltoś, *Swoboda wypowiedzi osoby przesłuchiwanej w procesie karnym*, PiP 1975, nr 10, s. 66.

rzędnych (zdaniem Autora) – w stosunku do zasady prawdy obiektywnej – praw człowieka. Faktycznie, problem wartościowania praw jednostki oraz zasady prawdy materialnej pojawia się, jednak nie zadowala odwoływanie się wyłącznie do jednej z dwóch koncepcji – prymatu praw jednostki nad zasadą prawdy materialnej lub prymatu zasady prawdy materialnej nad prawami człowieka, bez wykazania dostatecznej siły argumentacji jednej z nich (bądź w ogóle bez przywołania argumentacji z powołaniem się jedynie na którąś z możliwych do pomyślenia koncepcji). W świetle powyższych rozważań pojawia się również pytanie o to, czy oba wyżej wskazane założenia teoretyczne pozostają względem siebie zawsze w sprzeczności, czy może czasami ich sprzeczność jest jedynie pozorna, przyjmująca fikcję nadrzędności jednej z nich. Można również przyjąć, iż ważenie obu wskazanych koncepcji nie wystarcza do tego by odpowiedzieć na pytanie o to, czy wykorzystywanie dowodów „pośrednio nielegalnych” jest czy też nie jest dopuszczalne na gruncie polskiego prawa karnego procesowego. Innymi słowy na rozwiązanie wskazanego problemu składa się więcej części składowych aniżeli tylko argumenty odnoszące się do praw człowieka lub zasady prawdy obiektywnej. Wydaje się, iż rozważając powyższą kwestię należałoby wziąć pod uwagę również uzasadnienie aksjologiczne przyjętego rozwiązania, a także względy pragmatyczne.

Jeśli przyjęlibyśmy założenie (bezwarunkowe) o nadrzędności praw człowieka nad zasadą prawdy obiektywnej, wówczas musielibyśmy wyłączyć dopuszczalność wykorzystywania w procesie karnym tzw. „owoców zatrutego drzewa”¹³. Tak postawiona teza skupiałaby się więc na uwypukleniu znaczenia jakie niosą prawa człowieka dla poszczególnych jedno-

¹³ Patrz orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 18 marca 2010 r., II AKa 18/10 (odnoszące się wszakże do czynności operacyjno – rozpoznawczych Policji), w którym to sąd uznał, iż tzw. owoce zatrutego drzewa nie mogą zostać wykorzystywane w polskim procesie karnym, powołując się przy tym zarówno na przepisy Konstytucji RP (art. 5 i 7) jak również na międzynarodowy porządek prawny. Do wskazanego orzeczenia nie bezkrytycznie odnoszą się K. Boratyńska, A. Sakowicz pisząc: „*While it is reasonable to agree with the Court of Appeals' conclusion concerning inadmissibility of materials from operational control to be used as a basis for indictment and including them in the files of the proceedings, even though at the stage of the court proceedings the public prosecutor did not ask for revealing them and including them as evidence, there are doubts as to the prohibition concerning the use of these materials (considered to be fruit of a poisonous tree) as a source of information about a criminal offence*”. K. Boratyńska, A. Sakowicz, *Elimination of illegally obtained evidence as a guarantee of compliance of the polish criminal process with fair trial requirements* (w:) *Criminal plea bargains in the english and the polish administration of justice systems in the context of the fair trial guarantees*, Edited by C. Kulesza, Białystok 2011 r., s. 130 – 132.

stek w procesie karnym. Bez wątpienia w czasach współczesnych prawa człowieka stanowią jedne z najważniejszych uregulowanych „idei”, a konieczność ich przestrzegania wypływa zarówno z aktów występujących na szczeblu krajowym, jak również w międzynarodowym porządku prawnym. Do jednych z najważniejszych praw człowieka należą m.in. przyrodzona godność, prawo do życia czy wolności. Tak określone prawa są niezbywalne, a ochrona ich przestrzegania oraz regulacja skutków nieprzestrzegania należy do państwa. Prawa człowieka przysługują każdej jednostce niezależnie od takich uwarunkowań osobistych jak wiek, płeć, religia, narodowość itp. Przysługują każdemu, bez wyjątków. Gwarancją zabezpieczenia ich realizacji są działania organów państwa zmierzające do ich ochrony oraz sankcjonowania naruszeń. Jakikolwiek przejaw łamania praw człowieka nie mogą być akceptowane, zaś ów brak akceptacji winien dotyczyć nie tylko działań o charakterze bezpośrednio nielegalnym, ale również skutków takich działań. W przeciwnym razie ustawodawca mógłby zostać posądzony o brak konsekwencji w szczególności w sytuacji tworzenia norm zakazujących określonego zachowania - norm X, zaś dopuszczał (uznawał za legalne i prawnie dozwolone) zachowania zawarte w normie Y, które byłoby konsekwencją zachowania zawartego w normie X¹⁴. Jednoznaczne w tym zakresie było stanowisko amerykańskich sądów federalnych, zgodnie z którym zakaz spożywania tzw. „owoców zatrutego drzewa” opierał się przede wszystkim na dwóch podstawowych założeniach:

- gwarancje praw obywatelskich pozostawałyby świsłkiem papieru, gdyby policja i prokuratorzy mogli je swobodnie łamać, a sądy mogły wykorzystywać łamanie prawa na szkodę obywateli; zakaz dowodowy jest swoistym środkiem przymusu w stosunku do organów ścigania, odgrywa bowiem rolę dyscyplinującą, odstraszającą,

- pogwałceniem godności suwerena byłoby przyzwolenie przez państwo swoim organom na naruszenie gwarancji obywatelskich, a co więcej – na opieranie wyroków na takich naruszeniach prawa¹⁵.

W zasadzie akty międzynarodowe, takie jak Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz Powszechna Deklaracja Praw Człowieka obejmują ochroną owe prawa podstawowe milcząc jednak na temat dopuszczalności wykorzystywania tzw. „owoców zatrutego drzewa”. Na płaszczyźnie międzynarodowej można dopatrzeć się

¹⁴ „Byłoby niekonsekwencją, gdyby ustawodawca z jednej strony zakazywał stosowania pewnych metod śledczych, a z drugiej pozwalał na spożytkowanie owoców tych metod”. Pogląd H. Waldera przytoczony przez Z. Sobolewskiego (w:) *Wartość nielegalnie uzyskanego dowodu...*, s. 52.

¹⁵ B. Kurzępa, *Podstęp w toku czynności...*, s. 83.

niewielu takich aktów, które regulowały wskazaną kwestię. Do takich, jak wskazywała M. Lipczyńska¹⁶ należała m.in. uchwała podjęta na XII Kongresie *Association International de Droit Pénal* z 1979 r. w Hamburgu¹⁷. W myśl wskazanej uchwały „(...) niedopuszczalne są środki dowodowe uzyskane bezpośrednio lub pośrednio przez naruszenie praw człowieka, jak np. torturowanie, okrutne, nieludzkie, poniżające traktowanie (...)”. Autorka wskazała, iż art. 157 § 2 k.p.k. z 1969 r. (obecny art. 171 § 7 k.p.k.) powinien uzyskać następujące brzmienie (przy założeniu, że powyższa uchwała została przyjęta przez Polskę): „Wyjaśnienia, zeznania lub oświadczenia złożone w warunkach wyłączających możliwość swobody wypowiedzi oraz dowody uzyskane wyłącznie poprzez zdobyte w tych warunkach informacje nie mogą stanowić dowodu”. Jak wynika z treści zaproponowanej przez Autorkę modyfikacji przepisu, niedopuszczalne byłoby wykorzystywanie wszelkich dowodów pośrednio nielegalnych niezależnie od sposobu naruszenia swobody wypowiedzi osoby przesłuchiwanej, o ile tylko zostały one zdobyte wyłącznie dzięki naruszeniu tej swobody. Innymi słowy każdy przejaw naruszenia swobody wypowiedzi pociągałby za sobą nie tylko wyłączenie z materiału dowodowego treści samego wyjaśnienia/zeznania/oświadczenia (co w chwili obecnej w myśl przepisu art. 171 § 7 k.p.k. ma przecież miejsce), ale również dowodu uzyskanego dzięki takiemu naruszeniu swobody wypowiedzi, a zatem dowodu pośrednio skażonego.

Przyjęcie drugiej koncepcji, a mianowicie prymatu zasady prawdy obiektywnej jako dyrektywy według której rozstrzygnięcia organów procesowych powinny być oparte na prawdziwych ustaleniach faktycznych¹⁸ skutkowałoby koniecznością postawienia założenia o bezwarunkowej dopuszczalności wykorzystywania tzw. dowodów „pośrednio skażonych”. Innymi słowy dążenie do osiągnięcia prawdy w postępowaniu karnym rodzi obowiązek skorzystania z tak uzyskanych dowodów, które nie są *expressis verbis* wyłączone na mocy ustawy karnoprocessowej.

Co prawda każda z wyżej przedstawionych koncepcji teoretycznych posiada dużą moc argumentacyjną aczkolwiek, jak to zostało już wcześniej wskazane, takie przyjęcie któreś z nich jest niewystarczające do udzielenia odpowiedzi na pytanie: czy można czy też nie można w polskim procesie karnym wykorzystywać tzw. dowody „pośrednio skażone”. Konkretyzując wymagane jest jeszcze rozważenie elementów dodatkowych, które mogą przesądzić na rzecz lub przeciwko któregóż ze wskazanych założeń.

¹⁶ M. Lipczyńska, *Zasada swobody wypowiedzi a problem stosowania podstępu przy przesłuchaniu*, Zeszyty Naukowe ASW 1983, nr 33, s. 170.

¹⁷ XII *Congres International de Droit Pénal 16 – 17 September 1979, Actes du Congres Association International de Droit Pénal*, Hamburg 1980, s. 567.

¹⁸ T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2008, s. 85.

Jednym z takich elementów dodatkowych jest odwołanie się do obowiązujących norm moralnych opartych przez szczególnego rodzaju oceny na ich uzasadnieniu aksjologicznym¹⁹. Odwołując się do wskazanego uzasadnienia aksjologicznego należy także ustalić system wartości, do którego mają się odwoływać interpretatorzy przy wykładni danego zbioru przepisów²⁰, co może nastroczać wiele trudności. Niemniej jednak warto podjąć próbę analizy przedstawionego tu problemu właśnie z punktu widzenia norm moralnych, a zatem w oparciu o uzasadnienie aksjologiczne.

W pierwszej kolejności można wskazać na zaproponowaną przez Z. Ziemińskiego definicję „moralności”, zgodnie z którą jest nią całokształt istniejących w społeczeństwie norm, zasad postępowania według których pewne czyny ludzi określane są jako słuszne, zasługujące na pochwałę, inne zaś jako niedopuszczalne, zasługujące na naganę, potępienie. Normy moralności stanowią probierz oceny postępowania ludzkiego jako moralnego lub niemoralnego, moralnie właściwego lub niewłaściwego, dla różnienia w czynach ludzkich dobra i zła²¹. Na tle wskazanej definicji nie budzi najmniejszych wątpliwości fakt, iż uzyskiwanie dowodów „bepośrednio nielegalnych” np. poprzez przesłuchanie w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi osoby przesłuchiwanej jest postępowaniem niemoralnym, gdyż na przykład takie zachowania jak groźba bezprawna czy przymus zasługują na potępienie i jawią się jako niewłaściwe nie tylko na gruncie prawa ale również na płaszczyźnie społecznej. Nie dziwi więc fakt, że ustawodawca normuje w art. 171 k.p.k. właściwy sposób przesłuchania oraz niedozwolone metody przesłuchiwanie. Przepis ten jest jednym z wielu, na płaszczyźnie którego splatają się zakresy norm prawnych oraz norm moralnych. Jest on wyrazem zasady lojalności procesowej²², stanowiącej

¹⁹ S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 71.

²⁰ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 292. Co prawda Autor analizował funkcjonalne dyrektywy wykładni norm wyinterpretowanych z konkretnych (a zatem istniejących) przepisów, jednak można uznać, iż możliwe jest odwoływanie się do uzasadnienia aksjologicznego nawet w braku jakichkolwiek przepisów, aby doszukać się czy dana instytucja jest czy nie jest zgodna z tak a nie inaczej ukształtowanym przez ustawodawcę systemem wartości, by w rezultacie stwierdzić, czy może ona znaleźć zastosowanie w systemie prawa polskiego.

²¹ Z. Ziemiński, *Normy moralne a normy prawne. Zarys problematyki*, Poznań 1963, s. 92 przyjmujący definicję moralności z podręcznika „*Teoria państwa i prawa*” pod red. M.P. Kariewej, Warszawa 1951.

²² W tym miejscu przyjmuję koncepcję zasady lojalności procesowej w tzw. ujęciu szerokim, która obejmuje swym zakresem znacznie więcej aniżeli informację prawną wyrażoną w art. 16 k.p.k., czyli w ujęciu zaprezentowanym przez A. Murzynowskiego (w:) *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1998 oraz M. Cieślaka (w:) *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984.

jeden z warunków uznania procesu za rzetelny²³. Na całkowitą dezaprobatę zasługuje więc postępowanie osoby (dokonującej przesłuchania), która mając decyzję w swoim ręku, poświęca interesy jednych jednostek (np. oskarżonego) bez ich zgody, a czasem wiedzy, świadomości (np. 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) interesom innych jednostek lub całej społeczności, bowiem gdy chodzi o poświęcenie mocą decyzji osoby trzeciej, to na ogół nie aprobuje się decyzji, która tyle tylko dobra jemu daje, co drugiemu odbiera²⁴. Zgodnie więc z przyjmowanym przez ustawodawcę uzasadnieniem aksjologicznym, uzyskiwanie dowodów „bezpośrednio nielegalnych” pojmowane jest jako zachowanie niemoralne co dyskusji nie podlega. Nie wyjaśnia to jednak kwestii dopuszczalności wykorzystywania tzw. „owoców zatrutego drzewa”, a zatem kwalifikacji tak uzyskanych dowodów w kategoriach dobra lub zła, zachowania moralnego lub niemoralnego. Innymi słowy, czy należy uznać, że postępowanie B jest niemoralne zawsze wtedy gdy w jakimś stopniu wynika z niemoralnego postępowania A? Wydaje się, że odpowiedź na tak postawione pytanie winna być wieloaspektowa. Normy moralne nie powinny bowiem automatycznie przyjmować określonych założeń, niejako odgórnie, kierując się nadmiernym rygoryzmem. Być może ustawodawca uznając ów problem za skomplikowany również z punktu widzenia moralności właśnie dlatego objął go milczeniem, albowiem czy normując bezwzględny zakaz korzystania z tzw. „owoców zatrutego drzewa” nie tworzylibyśmy bariery dla słuszności, sprawiedliwości społecznej²⁵, której w inny sposób osiągnąć się nie da? Warto podkreślić, iż „szczególnie trudne do rozstrzygnięcia są spory o to, czy i w jakim stopniu dopuszczalne jest spowodowanie zła w dążeniu do spowodowania nadwyżki dobra dla innych (tradycyjnie choć myląc, określa się ten spór jako spór o to, czy „cel uświęca środki”). Z jednej bowiem strony nie sposób uzyskiwać sukcesów w życiu społecznym bez poświęcania w toku działania jakichś dóbr dla osiągnięcia innych. Z drugiej natomiast strony należy obawiać się takich doktryn moralnych, które głoszą, iż nie ma takiej miary krwi, łez i ludzkiego potu, której nie warto

²³ Przez proces rzetelny rozumiem pojęcie zdefiniowane przez P. Wilińskiego (w:) *Pojęcie rzetelnego procesu karnego* (w:) *Skargowy model procesu karnego. Księga ofiarowana Profesorowi Stanisławowi Stachowiakowi*, red. A. Gerecka – Żołyńska, P. Górecki, H. Paluszkiwicz, P. Wiliński, Warszawa 2008, s. 407 oraz (w:) *Rzetelny proces karny*, red. P. Wiliński, Warszawa 2009, s. 19 – 28.

²⁴ Z. Ziemiński, *Normy moralne...*, s. 75 – 77.

²⁵ Na spór w pojmowaniu dobra ogółu (dobra społeczeństwa) zwraca uwagę S. Wronkowska, Z. Ziemiński (w:) *Zarys teorii...*, s. 85.

byłoby poświęcić dla domniemanego szczęścia społeczeństwa”²⁶. Ceniąc sobie bezpieczeństwo prawne, a zarazem dążąc do tego aby decyzja organu stosującego prawo dawała maksymalnie słuszne rozstrzygnięcie w każdym przypadku, nie należy godzić się na ślepy rygoryzm prawny oraz na to by organy państwa stosujące prawo sprowadzone zostały do roli automatu ślepo „podciągającego” daną sytuację faktyczną pod tak a nie inaczej ustalone przepisy prawne. „Postępowania karnego nie można sprowadzać wyłącznie do zespołu środków i czynności umożliwiających realizację prawa karnego materialnego. Zadaniem procesu karnego jest bowiem nie tylko implementacja norm prawa karnego materialnego. Równorzędnym zadaniem jest wszak takie zorganizowanie postępowania karnego oraz jego przebieg, aby toczyło się rzetelnie i uczciwie w stosunku do stron, względnie innych uczestników. Dopiero bowiem przestrzeganie tych zasad będzie decydowało o uznaniu procesu za sprawiedliwy. Cel procesu karnego w postaci realizacji prawa karnego materialnego żadną miarą nie może uświęcać środków w postaci nierzetelnego lub nieuczciwego procedowania”²⁷. Przychylając się do twierdzenia, iż należy przyjąć jakieś ogólne dyrektywy stosowania prawa określające w jakich granicach dopuszczalne jest branie pod uwagę słuszności przeciw ścisłej literze prawa²⁸ można również założyć, iż przyjęcie takich ogólnych dyrektyw stosowania prawa jest aktualne w braku owej ścisłej litery prawa (czyli jej brak rodzi powinność skonstruowania pewnych ogólnych dyrektyw w tej mierze). A zatem dysponując dowodem „pośrednio skażonym”, nie mając w danym momencie wpływu na zaszłe uchybienia proceduralne, niesłuszne z punktu widzenia dobra społeczności (jak i dobra wymiaru sprawiedliwości) byłoby niewykorzystanie go. Podstawą dla tak przedstawionego tutaj poglądu może być uznanie, iż jeżeli chodzi o przyjmowany przez ustawodawcę system wartości, to można uznać, że jego wskaźnikiem jest art. 2 § 1 k.p.k., zgodnie z którym przepisy ustawy karnoprocesowej mają na celu takie ukształtowanie postępowania karnego aby sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba niewinna nie poniosła tej odpowiedzialności. Tak więc jednym z podstawowych założeń ustawodawcy jest pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności karnej, co może przesądzać na rzecz możliwości wykorzystywania w procesie karnym uzyskanych dowodów „pośrednio nielegalnych” właśnie w celu realizacji tak przedstawionego postulatu zakreślonego w art. 2 § 1 k.p.k. Wydaje się więc, iż należy uznać, zgodnie

²⁶ Tamże, s. 185.

²⁷ J. Skorupka, *Sprawiedliwość proceduralna jako cel procesu karnego (w:) Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdy*, red. J. Skorupka, Warszawa 2009, s. 76.

²⁸ Z. Ziemiński, *Normy moralne...*, s. 187.

z przyjmowanym przez ustawodawcę systemem wartości, że całkowity zakaz wykorzystywania tzw. „owoców zatrutego drzewa” nie mógłby zostać zaakceptowany.

Dodatkowo, argumentem przemawiającym za takim założeniem może być przekonanie o tym, że dowód nowy, sam w sobie (niejako samodzielnie, w oderwaniu) powinien podlegać analizie właśnie na płaszczyźnie moralności. Można zatem stwierdzić, że w analizowanym przypadku zachodzi przyczynowo – skutkowy rozpad związku uzyskiwania dowodów z innych dowodów. W związku z tym należy zgodzić się z koncepcją tzw. autonomicznej legalności czynności dowodowych, zgodnie z którą legalność bądź nielegalność dowodów uzyskanych w trakcie procesu powinna być oceniana niezależnie od legalności innych dowodów, o ile były one wynikiem czynności dowodowych zgodnych z prawem²⁹. Tworząc taką koncepcję (autonomicznej legalności czynności dowodowych) „widocznie wychodzono z założenia, że już samo unicestwienie mocy dowodowej wypowiedzi złożonej w warunkach wyłączających jej swobodę dostatecznie gwarantuje legalizm postępowania nie przekreślając zarazem możliwości wykrycia prawdy materialnej innymi środkami”³⁰. Nadto w postępowaniu dowodowym obowiązuje zasada swobody dowodzenia, która polega na dopuszczalności przeprowadzania wszelkich czynności dowodowych za wyjątkiem czynności objętych wyraźnym zakazem ich przeprowadzania. Innymi słowy przeprowadzenie takiej czynności dowodowej, która nie jest objęta zakazem dowodowym nie czyni obowiązku jej dyskwalifikacji, a zatem wszelkie kolejne dowody uzyskane dzięki dowodowi przeprowadzonemu w sposób sprzeczny z prawem posiadają atrybut legalnych³¹.

Natomiast jeżeli na wskazany problem spojrzymy z pragmatycznego punktu widzenia to koncepcja tzw. „owoców zatrutego drzewa” w jej czystszej postaci³² jawi się jako koncepcja fikcyjna, albowiem jeżeli dowód rzeczowy już się uzyskało, to nie można przymykać oczu na rzeczywistość i powiedzieć, że nie ma tego dowodu”³³. Trudno sobie wyobrazić, że organ procesowy znajdujący np. zwłoki lub narzędzie zbrodni wyłącznie dzięki zeznaniom/wyjaśnieniom uzyskanym w sposób nielegalny, nie skorzysta z takiego dowodu, przyjmując założenie o jego braku. Taka sytuacja mogłaby

²⁹ A. Murzynowski, *Przyczynek do zagadnienia ważności czynności procesowych wykonywanych w niedopuszczalnym postępowaniu karnym*, Nowe Prawo, nr 7 – 8/ 1962, s. 985 – 995.

³⁰ S. Waltoś, *Swoboda wypowiedzi...*, s. 72.

³¹ J. Skorupka, *Sprawiedliwość proceduralna...*, s. 60 – 61.

³² A zatem w takiej, która zrodziła się na gruncie prawa amerykańskiego.

³³ P. Kruszyński, *Głos w dyskusji nad projektem zmian k.p.k.*, Problemy Praworządności 1982, nr 1, s. 26.

stać się nad wyraz niebezpieczna, gdyby dowód ten („pośrednio skażony”) był jedynym świadczącym o sprawstwie oskarżonego, a jego nie ujawnienie powodowałoby na przykład uniewinnienie oskarżonego. Wypuszczenie oskarżonego na wolność tylko z braku innych dowodów świadczących o jego sprawstwie oraz niemożność wykorzystania dowodu „pośrednio skażonego” czyniłoby proces fikcyjnym oraz niesprawiedliwym społecznie. Ewentualnego wykorzystania w procesie karnym dowodów „pośrednio nielegalnych”, jak wskazuje B. Kurzępa³⁴ nie należy uzależniać od uprzedniego pociągnięcia do odpowiedzialności karnej funkcjonariusza publicznego, który dokonał czynności dowodowej w sposób nielegalny (mowa tu o tzw. skuteczności zawieszonyj)³⁵ z dwóch powodów. Po pierwsze, nie zawsze zachowanie funkcjonariusza publicznego nosić będzie znamiona przestępstwa. Po drugie, postępowanie karne przeciwko oskarżonemu nadmiernie by się skomplikowało i wydłużyło, a jego zakończenie uzależnione zostałoby od zakończenia procesu prowadzonego przeciwko funkcjonariuszowi publicznemu.

Podsumowując tę część rozważań należy uznać, iż dowód „pośrednio skażony” co do zasady może zostać wykorzystany w procesie karnym, co wynika zarówno z przyjęcia koncepcji autonomicznej legalności czynności procesowych (dowodowych), odwołania się do zasady prawdy materialnej oraz sprawiedliwości społecznej. Jednak, popierając stanowisko Z. Sobolewskiego³⁶ można wskazać, iż dopuszczalna jest pewna elastyczność orzecznictwa w tym zakresie, co wynika m.in. z zasady dyskrecjonalnej władzy sędziego. Natomiast odwołując się do obowiązujących praw człowieka oraz zasady lojalności procesowej należały postulować odrzucenie, na etapie analizowania przez sąd materiału dowodowego, takich dowodów „pośrednio nielegalnych”, które uzyskane zostały poprzez torturowanie albo nieludzkie, poniżające traktowanie. Wydaje się zresztą, iż mimo przyjęcia tak skonstruowanych dyrektyw ogólnych należałoby oceniać sytuacje w stosunku do każdej sprawy osobno.

W odniesieniu do dowodów „pośrednio nielegalnych” pozostaje jeszcze do rozważenia jedna kwestia, która dotyczy dopuszczalności bądź niedopuszczalności odczytania tego fragmentu wyjaśnień oskarżonego bez którego odnaleziony dowód „pośrednio skażony” byłby bezwartościowy. I tak np. czy

³⁴ B. Kurzępa, *Podstęp w toku czynności...*, Toruń 2003, s. 90.

³⁵ Pogląd o skuteczności zawieszonyj wyraził R. Kmieciak (w:) *Dowód ścisły w procesie karnym*, Lublin 1983, s. 97. Natomiast za istotę skuteczności/bezskuteczności zawieszonyj przyjmując pogląd o tym, że wyraża się ona w czasowym wstrzymaniu skutków dokonanej czynności prowadzonej do momentu nadejścia określonego zdarzenia. Tak: B. Lewaszkiewicz – Petrykowska (w:) *System prawa cywilnego*, s. 719 – 729.

³⁶ Z. Sobolewski, *Wartość nielegalnie uzyskanego dowodu...*, s. 53.

można odczytać taki fragment wyjaśnień oskarżonego świadczący o powiązaniu jego osoby ze znalezionymi i zabezpieczonymi dowodami rzeczowymi? Wielość rozwiązań, zarówno potencjalnych – możliwych do przyjęcia, jak również rzeczywistych – tj. przyjmowanych w różnych krajach świadczyć może o złożoności problemu. Do takich rozwiązań należą m.in. możliwość odczytania wyjaśnień oskarżonego na mocy przesłuchania funkcjonariusza policji, który je uzyskał, bądź przyjęcie konstrukcji zakładającej dopuszczalność odczytania fragmentu (lub całości) nielegalnie uzyskanych wyjaśnień na mocy potwierdzenia ich właśnie przez dowody rzeczowe odszukane dzięki wskazówkom oskarżonego³⁷. Natomiast zdaniem Z. Sobolewskiego³⁸ dopuszczalność odczytania fragmentu nieswobodnych wyjaśnień oskarżonego uzasadniona jest tym, iż zakaz z art. 157 § 2 k.p.k. (obecny art. 171 § 7 k.p.k.) zostaje zneutralizowany przez fakt, że wiarygodność tej części wyjaśnień oskarżonego wyjątkowo nie może budzić żadnej wątpliwości³⁹. Wszystkie powyższe założenia należy w moim odczuciu odrzucić. Nie chcąc analizować ich po kolei pragnę skupić się na rozwiązaniu przytoczonego problemu z punktu widzenia ewentualnej konwalidacji czynności dowodowej jaką jest czynność przesłuchania oskarżonego⁴⁰. Art. 171 k.p.k. stanowi bezwzględny zakaz dokonywania przez organy procesowe czynności faktycznych zmierzających do uzyskania określonych dowodów, a wiążący się z niedopuszczalnością wyłączenia swobody wypowiedzi osoby przesłuchiwanej. Konsekwencja naruszenia art. 171 k.p.k. polegająca na eliminacji protokołów sporządzonych z czynności przesłuchania (w razie podniesienia takiego zarzutu przez osobę przesłuchiwaną) jest ta sama niezależnie od sposobu naruszenia swobody wypowiedzi, jednakże od charakteru naruszenia takiej swobody zależy

³⁷ Rozwiązania te – obowiązujące w różnych państwach – zostały przedstawione przez Z. Sobolewskiego (w:) *Wartość nielegalnie uzyskanego dowodu...*, s. 53.

³⁸ Autor wywodzi następująco: „nie wchodzi więc w grę główny powód, którym kierował się ustawodawca, wprowadzając ten zakaz, przynajmniej w odniesieniu do niektórych przypadków wyłączenia swobody wypowiedzi, jak działanie pod wpływem sugestywnych obietnic lub odurzenia alkoholowego”. Z. Sobolewski, *Wartość nielegalnie...*, s. 53.

³⁹ W miejscu tym autor powraca do swojego wcześniejszego założenia o obiektywnym charakterze dowodów odnalezionych dzięki wskazówkom zawartym w wymuszonych wyjaśnieniach oskarżonego.

⁴⁰ Za konwalidację uznaje „usunięcie wad czynności, zespołu czynności lub całego postępowania dokonanych z mocy samego prawa lub inicjatywy organów bądź stron procesowych przed wydaniem orzeczenia kończącego proces i bez konieczności wnoszenia środków odwoławczych w celu przywrócenia wadliwej czynności procesowej zdolności do wywołania właściwych jej skutków procesowych, jakie zostałyby wywołane, gdyby wadliwa czynność procesowa została dokonana prawidłowo przez uprawnionego do jej wykonania uczestnika procesu”. Tak: K. Woźniewski, *Prawidłowość czynności procesowych w polskim procesie karnym*, Gdańsk 2010, s. 249.

kwalfikacja prawna tak przeprowadzonej czynności⁴¹. I tak np. w sytuacji, o której mowa w art. 171 § 5 k.p.k.⁴² czynność dowodowa przeprowadzona z naruszeniem tego zakazu jest czynnością zabronioną przez prawo, a zatem jest czynnością niedopuszczalną. Czynnością niedopuszczalną jest zaś czynność wyraźnie zakazana przez prawo karne procesowe lub czynność do której dokonania prawo to nie przyznaje uprawnień⁴³. Jaka jest zatem kwalfikacja prawna takiej czynności procesowej, która została dokonana w sposób niezgodny z prawem? Otóż będąc czynnością niedopuszczalną przez prawo procesowe, traci ona przymiot bycia w ogóle czynnością prawną (procesową). Nie będąc zaś czynnością prawnoprosesową nie może być uznana za skuteczną w procesie karnym, a zatem jest ona bezskuteczna. Jak sama nazwa wskazuje czynność bezskuteczna nie wywołuje i nie może wywoływać skutków w sferze prawa procesowego. Skoro czynność taka nie jest czynnością prawną (procesową) i nie może rodzić skutków prawnych, to jest ona dla procesu karnego czynnością nieistniejącą (*negotium non existens*) a zatem nie podlega kwalfikacji jako „ważna” lub „nieważna”, jest również prawnie neutralna dla ustalania podstawy faktycznej przez sąd. Skoro w sferze prawnoprosesowej nie istnieje, nie zawiera też substratu nadającego się zarówno do konwalidacji jak i konwersji⁴⁴. Nie można jej zatem „uzdrowić”, czyli uznać z mocą wsteczną za czynność „ważną” w następstwie jakichś faktów późniejszych. Nie może więc w wyniku pewnych zdarzeń, faktów itp. ulec transformacji i przekształcić się w czynność prawną, skoro od samego początku czynnością prawną (procesową) nie była. To właśnie odróżnia czynność niedopuszczalną od czynności bezskutecznej⁴⁵ (która wszakże czynnością prawną jest), a

⁴¹ Pomijam w tym miejscu całą problematykę rozważań nad dalszymi konsekwencjami naruszenia art. 171 k.p.k. w postaci uchylecia zaskarżonego orzeczenia i wydania rozstrzygnięcia następczego.

⁴² A zatem, gdy naruszenie swobody wypowiedzi osoby przesłuchiwanej nastąpiło w wyniku stosowania przymusu lub groźby bezprawnej, lub stosowania 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.

⁴³ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie...*, s. 390. Tak też m.in. K. Marszał, S. Stachowiak, K. Zgryzek, *Proces karny* 2005, s. 313.

⁴⁴ R. Kmiecik, *Konwalidacja i konwersja wadliwych dowodów w procesie karnym*, PiP 1989, nr 5, s. 96.

⁴⁵ Syntetycznej analizy poglądów wielu Autorów na temat niedopuszczalności oraz nieważności czynności procesowych dostarcza nam K. Woźniewski (w:) *Prawidłowość czynności procesowych...*, s. 156 – 201. Natomiast jednym z przedstawicieli doktryny, który nie utożsamia niedopuszczalności z nieważnością jest m.in. T. Grzegorzczak. Autor ten wyraził pogląd o tym, iż niekiedy nieważność czynności procesowej pozostaje ukryta w ramach konstrukcji niedopuszczalności. Dzieje się tak np. na skutek złożenia oświad-

która to nie wywiera od samego początku skutków prawnych, aczkolwiek – przy spełnieniu określonych warunków – konwalidacji (choć nie zawsze) może podlegać. Kontynuując, czynność niedopuszczalna różni się od czynności bezskutecznej tym, że czynność niedopuszczalna jest więcej niż po prostu bezskuteczna, jest bowiem nawet zakazana⁴⁶. Uznając taką czynność (dokonaną z naruszeniem art. 171 § 5 k.p.k.) w sferze prawa dowodowego za nieistniejącą nie uważam, iżby na jakiegokolwiek podstawie było możliwe ujawnienie fragmentu wyjaśnień przesłuchania oskarżonego odebranych od niego w sposób nieswobodny (przy pomocy przymusu, groźby bezprawnej, hipnozy, środków chemicznych lub technicznych wpływających na procesy psychiczne osoby przesłuchiwanej). Brak jest bowiem esencjonalnego elementu tej czynności nadającego się do konwalidacji.

Odmierna sytuacja pod względem kwalifikacji prawnej zachodzi w razie naruszenia swobody wypowiedzi osoby przesłuchiwanej w sposób inny aniżeli wskazany w art. 171 § 5 k.p.k. W wypadku tym ustawodawca nie wskazuje wyraźnie, w sposób enumeratywny (co jest całkowicie zrozumiałe) katalogu czynności wyłączających swobodę wypowiedzi. Nie budzi jednak wątpliwości, że uzyskanie wyjaśnień np. bez uprzedniego pouczenia o odmowie ich składania jest naruszeniem swobody wypowiedzi, choć nie jest to wyraźnie przez ustawodawcę wyeksplikowane. Takie przesłuchanie jest jedynie czynnością wadliwą, choć powodującą ten sam skutek – wyrażony w art. 171 § 7 k.p.k. Czynnością wadliwą jest zaś taka czynność, która pomimo prawnej dopuszczalności nie spełnia wszystkich stawianych jej wymogów procesowych⁴⁷ (np. wskazany powyżej brak pouczenia np. oskarżonego o odmowie składania wyjaśnień). Niesie to za sobą odmienne konsekwencje w postrzeganiu tej czynności procesowej, a ściślej w jej zakwalifikowaniu jako czynności bezskutecznej bądź czynności niedopuszczalnej. Czynność ta posiada moim zdaniem przymiot czynności bezskutecznej⁴⁸. Takie rozwiązanie prowadzi do konsekwencji daleko idących, gdyż co do zasady czynności bezskuteczne konwalidacji mogą podlegać. Reguła ta jednak nie pozostaje bez wyjątków⁴⁹ i ów przepis (jako zakaz dowodowy) właśnie takim wyjątkiem jest. A zatem, choć czynność ta należy

czenia procesowego pod wpływem przymusu, które staje się nieważne, a co za tym idzie nieskuteczne, jeżeli dana osoba tę kwestię podniesie. Tak: T. Grzegorzczak, *Czynności procesowe w postępowaniu karnym*, Warszawa 1998, s. 12 – 13.

⁴⁶ Tak: R. Kmiecik, *Konwalidacja...*, s. 95; S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym*, Warszawa 1959, s. 215.

⁴⁷ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie...*, s. 391.

⁴⁸ Mam na myśli nieważność pojmowaną potocznie.

⁴⁹ A. Kaftal, *Niektóre zagadnienia nieważności czynności procesowej*, PiP 1967, nr 7, s. 118.

jeszcze do kategorii czynności prawnych (prawnoprocesowych) „uzdrowieniu” podlegać nie może⁵⁰. Skoro zaś niedopuszczalne jest jej konwalidowanie, niedopuszczalne jest również odczytanie fragmentu wyjaśnień oskarżonego odebranych od niego w wyniku wyłączenia swobody wypowiedzi⁵¹.

⁵⁰ R. Kmieciak, *Wartość...*, s. 94.

⁵¹ Na marginesie rozważań nad konwalidacją czynności dowodowej przesłuchania wyłonił się problem ewentualnej konwalidacji takiej czynności dokonanej z naruszeniem art. 16 k.p.k., tj. bez uprzedniego pouczenia lub mylnie pouczenie np. oskarżonego przed przesłuchaniem. Pierwszym do rozstrzygnięcia problemem była kwestia odpowiedzi na pytanie: czy brak pouczenia o przysługującym uprawnieniu do odmowy składania wyjaśnień/zeznań, czyli brak wiedzy w tym zakresie będzie mógł być zaliczony do warunków wyłączających swobodę wypowiedzi? Z poglądów doktryny oraz orzecznictwa wynika, iż „o zagwarantowaniu oskarżonemu swobody wypowiedzi można mówić dopiero wówczas, gdy ma on zarówno swobodę kształtowania treści wyjaśnień, jak i swobodę woli przy podejmowaniu decyzji w przedmiocie samego ich składania”. Tak: J. Kosowski, *Zasada informacji prawnej w polskim procesie karnym w świetle art. 16 k.p.k.*, Warszawa 2011, s. 286. Innymi słowy, dokonanie przesłuchania z naruszeniem przepisu postępowania w postaci braku pouczenia o odmowie składania wyjaśnień/zeznań stanowi wyłączenie swobody wypowiedzi osoby przesłuchiwanej. Kwestia ta nie budziła wątpliwości. Drugi problem dotyczył możliwości ewentualnej konwalidacji tak przeprowadzonego wadliwego przesłuchania jeszcze w trakcie toczącego się postępowania. J. Kosowski (s. 289) wyraził pogląd, że „należy opowiedzieć się za możliwością powtórzenia (Autor nie rozstrzyga, czy owo powtórzenie uznaje za konwalidację, czy też nie – M.Ż.) wadliwie dokonanej czynności procesowej jeszcze na etapie prowadzonego postępowania przygotowawczego lub sądowego, co uniemożliwi, w dalszej perspektywie wyciąganie negatywnych konsekwencji w odniesieniu do toczącego się postępowania, np. w postaci skutecznego wniesienia środka zaskarżenia”. Wydaje się, że należałoby przyjąć pogląd głoszący zdanie opierające się na założeniu o niemożliwości konwalidacji takiej czynności dowodowej. Uznając zaś, że brak pouczenia o odmowie składania wyjaśnień/zeznań stanowi warunek wyłączenia swobody wypowiedzi, stanowi również zakaz dowodowy przewidziany w art. 171 k.p.k., a jako taki konwalidacji nie może podlegać. Kontynuując, przyjęte przeze mnie założenie o niemożności konwalidacji czynności dowodowych przeprowadzonych z naruszeniem zakazu dowodowego, rodzi konieczność przyjęcia poglądu o wyłączeniu konwalidacji czynności przeprowadzonej z naruszeniem art. 16 k.p.k. W tym miejscu nie uznaję, jakoby powtórne dokonanie takiej czynności (przesłuchania) było niemożliwe, a jedynie przyjmuję, iż proces ten nie będzie uznany za konwalidację, tj. uzdrowienie danej (tej, konkretnej już dokonanej) czynności procesowej. Innymi słowy „powtórzenie czynności dowodowej nie jest bowiem zazwyczaj niczym innym, jak wykonaniem drugiej, nowej czynności tego samego rodzaju, nie jest więc formą konwalidacji poprzedniej, wadliwej czynności”. Tak: R. Kmieciak, *Konwalidacja i konwersja...*, s. 100. Poza zakresem rozważań pozostaje to, czy należałoby przyjąć rozróżnienie na konwalidację w ujęciu ścisłym (konwalidację *sensu stricte*) oraz konwalidację w ujęciu szerokim (konwalidację *sensu largo*), o której pisze K. Woźniowski (w:) *Prawidłowość czynności procesowych...*, s. 250.

Podsumowując, analiza treści art. 171 k.p.k. skłania do następującego uogólnienia: czynności dowodowe niedopuszczalne (przeprowadzone na skutek działań nielegalnych, a zatem sprzecznych z ustawą) nie wywierają skutków na płaszczyźnie prawnoprocesowej od momentu ich dokonania oraz są traktowane jako nieistniejące, a zatem nie posiadające substratu nadającego się do konwalidacji. Z kolei czynności dowodowe bezskuteczne to czynności wadliwe, a zatem przeprowadzone niezgodnie w warunkami modalnymi jej dokonywania (np. co do czasu, miejsca, sposobu czy innych warunków jej dokonania), pozostające wszakże czynnościami prawnymi (procesowymi) nadającymi się (z pewnymi wyjątkami) do konwalidacji.

Nadto, ustawodawca wyraźnie wskazał w art. 171 § 7 k.p.k., że wyjaśnienia, zeznania oraz oświadczenia złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi (*confessio extorta*) lub uzyskane wbrew zakazom wymienionym w § 5 nie mogą stanowić dowodu. Ocena takiej wypowiedzi staje się niedopuszczalna, gdyż przestaje ona istnieć jako dowód⁵². Przepis art. 171 § 7 k.p.k. dyskwalifikuje możliwość wykorzystania takiego dowodu przed sądem, a zatem pozbawia go mocy dowodowej i wyłącza z zakresu materiału dowodowego. Skoro dowód ten brany pod uwagę nie jest, nie można przyjąć, iż możliwe jest jego „uzdrowienie” np. na mocy przesłuchania funkcjonariusza policji obecnego podczas przesłuchania, który miałby potwierdzić ewentualny fakt takiej a nie innej treści wypowiedzi osoby przesłuchiwanej. Stanowiłoby to obejście przepisu ustawy (art. 171 § 7 k.p.k.) nie dopuszczającego wykorzystania określonego środka dowodowego w procesie karnym. Ewentualne względy praktyczne, które kierowały ustawodawcami różnych państw, na gruncie prawa polskiego – właśnie ze względu na założenia ustawowe, a ściślej zakazy dowodowe – nie mogą znaleźć zastosowania. Choć przy przyjęciu takiego założenia może powstać sytuacja patowa, to jednak pozostaje możliwość poszukiwania innych metod czy rozwiązań na znalezienie powiązania pomiędzy zabezpieczonym dowodem rzeczowym a oskarżonym. Taka koncepcja wynika również z głównych celów ustanowienia zakazów dowodowych, którymi zasadza się na przekonaniu, że „przy realizacji celu procesu nie można nie liczyć się z wartościami, których ochrona jest niezbędna ze względu na ich wielką wagę w życiu społecznym. Każdy zakaz dowodowy służy zatem ochronie określonej wartości, której naruszenie w procesie karnym powodowałoby gorsze skutki społeczne niż ograniczenie możliwości realizacji celu procesu”⁵³. Przekonanie to stawia zatem wyższość założeń ustawowych nad ewentualnymi celami pragmatycznymi, albowiem pewną niekonsekwencją

⁵² A. Gaberle, *Dowody w sądowym procesie karnym. Teoria i praktyka*, Warszawa 2010, s. 364.

⁵³ A. Gaberle, *Dowody...*, s. 309.

byłoby generalne zakazywanie korzystania z wyjaśnień oskarżonego uzyskanych w warunkach wyłączających lub ograniczających swobodę wypowiedzi i jednocześnie zezwalanie na wykorzystanie ich w części pozwalającej na powiązanie oskarżonego z dowodami rzeczowymi uzyskanymi właśnie dzięki takim wyjaśnieniom. Niemożność wykorzystania owej części wyjaśnień oskarżonego występuje niezależnie od charakteru dowodu, a zatem od tego czy jest on dowodem obciążającym czy odciążającym oskarżonego, albowiem „jeżeli wypowiedź uzyskana wbrew zakazowi z art. 171 § 7 k.p.k. nie jest dowodem, to rozpatrywanie jej z punktu widzenia jej stosunku do interesów oskarżonego jest niedopuszczalna, wszelkie ustalenia w procesie karnym bowiem – zarówno korzystne jak i niekorzystne dla oskarżonego – mogą być dokonywane tylko na podstawie dowodów”⁵⁴.

Powyższa analiza ograniczona została jedynie do rozważań nad dopuszczalnością wykorzystywania tzw. „owoców zatrutego drzewa” w polskim procesie karnym oraz do przedstawienia stanowiska w kwestii odczytania tego fragmentu wyjaśnień oskarżonego, który pozwalałby na jego powiązanie z odnalezionymi, dzięki takim wyjaśnieniom, dowodowymi rzeczowymi. Rozważania dokonane na wielu płaszczyznach (począwszy od praw człowieka przez zasadę prawdy materialnej aż po względy aksjologiczne i pragmatyczne) pozwoliły na przyjęcie założenia o generalnej dopuszczalności wykorzystywania dowodów „pośrednio nielegalnych” z pozostawieniem wszakże możliwości ich wyłączenia gdy zostały uzyskane na skutek torturowania lub niehumanitarnego albo okrutnego traktowania.

⁵⁴ A. Gaberle, *Dowody...*, s. 364. Inny pogląd wyraża R. Kmiecik, który akceptuje konwersję nieważnego dowodu obciążającego jako dowodu odciążającego, z kolei nie dopuszcza takiej konwersji w stosunku do dowodów nielegalnych. Autor wskazuje, że „odrębnym zagadnieniem jest dopuszczalność konwersji nieważnego dowodu obciążającego jako dowodu odciążającego, gdy żąda tego oskarżony lub jego obrońca, a z okoliczności sprawy wynika, że wadliwy (nieważny) dowód miałby istotne znaczenie dla wykazania niewinności oskarżonego lub złagodzenia jego odpowiedzialności” (w:) *Konwalidacja i konwersja...*, s. 95. Inaczej jeszcze wypowiada się Z. Sobolewski, który dopuszczał konwersję zarówno dowodów niedopuszczalnych i nieważnych (w:) *Wartość nielegalnie uzyskanego dowodu...*, s. 45 i n.