
ANNALES
UNIVERSITATIS MARIAE CURIE-SKŁODOWSKA
LUBLIN — POLONIA

VOL. LIV/LV

SECTIO G

2007-2008

Wydział Prawa i Administracji UMCS
Katedra Kryminalistyki i Prawa Dowodowego

ADAM TARACHA

O tzw. „dowodach prywatnych” w procesie karnym

On so-called “private evidence” in criminal proceedings

Problem dopuszczalności tzw. „dowodów prywatnych” w procesie karnym – w praktyce dotyczący zazwyczaj dokumentów prywatnych, w tym zwłaszcza dokumentów sporządzonych w wersji elektronicznej lub elektromagnetycznej, utrwalających rozmowy prowadzone „prywatnie”, niekiedy zaś podsłuchane przez osoby prywatne lub dziennikarzy – powrócił ponownie, tym razem w kolejnej publikacji na temat „podsłuchu prywatnego i dziennikarskiego”.¹ Publikacji, jak można było oczekiwać, komplementarnej względem wcześniej wydanej książki tej samej Autorki, również dotyczącej m.in. podsłuchu w procesie karnym.² Komplementarnej w tym sensie, że skoro w swojej monografii z 1998 r. Autorka nie dostrzegła wprowadzenia do kodeksu postępowania karnego art. 393 §3 k.p.k., miała sposobność uczynić to obecnie; sposób wykładni tego przepisu skłania jednak do uwag polemicznych.

I. Tytuł wspomnianej publikacji mógłby sugerować, że „podsłuch prywatny” i „podsłuch dziennikarski” to dwa różne rodzaje podsłuchu. Jednakże – co

¹ Zob. K. D u d k a, *Podsluch prywatny i dziennikarski a proces karny*, [w:] *Problemy stosowania prawa sądowego. Księga ofiarowana Profesorowi Edwardowi Skrętowiczowi*, red. I. Nowikowski, Lublin 2007, s. 104–119.

² Zob. K. D u d k a, *Kontrola korespondencji i podsłuch w polskim procesie karnym*, Lublin 1998, s. 98–100. Nie jest jasne, dlaczego w książce tej, w rozważaniach o przypadkowym dowodzie z dokumentu (taśmy magnetofonowej) Autorka pomija milczeniem art. 393 §3 k.p.k., wyłączający dokumenty prywatne sporządzone do celów postępowania karnego (s. 100 i n.).

stwierdza sama Autorka – dziennikarze na gruncie polskiego prawa nie korzystają z żadnych dodatkowych uprawnień w zakresie prowadzenia „dziennikarskiego śledztwa”, w tym także stosowania podsłuchu lub prowokacji dziennikarskiej.³ Podsłuch dziennikarski jest więc podsłuchem prywatnym, a „śledztwa dziennikarskie” jedynie sposobem prywatnego gromadzenia informacji dziennikarskich, które utrwalone w postaci dokumentów prywatnych, pisemnych lub elektronicznych nie mają – co Autorce nie wydaje się oczywiste – waloru dowodów sądowych, o ile nie zostaną „przetworzone” w trybie przewidzianym przez k.p.k. W przypadku dziennikarzy mogliby oni przedstawić swoje informacje jako świadkowie „ze słyszenia” (*ex auditu*), dokumenty prywatne bowiem, sporządzone dla celów postępowania karnego, nie mogą stanowić dowodu sądowego (art. 393 § 3 k.p.k. *a contrario*).

II. Autorka pomijając argumentację zawartą w wielu publikacjach i orzeczeniach SN, sygnalizuje istniejący w doktrynie procesu karnego spór wokół możliwości wykorzystania w procesie karnym dokumentów prywatnych jako dowodów uzyskanych i zgromadzonych przez strony lub inne osoby prywatne (np. dziennikarzy), czyli podmioty niebędące organami procesowymi (tzw. „dowody prywatne”). Jako zwolenników procesowego dopuszczenia dokumentów prywatnych zgromadzonych w następstwie „prywatnego postępowania dowodowego” Autorka wymienia M. Klejnowską⁴ i A. Bojańczyka⁵ (autor ten rzeczywiście jest zwolennikiem skrajnie pojmowanej „zasady swobody dowodzenia”), a jako przeciwników – R. Kmiecika⁶ i A. Tarachę.⁷ Takie przedstawienie problemu zdaje się sugerować, że zwolennicy oraz przeciwnicy tego poglądu są w miarę równo podzieleni, może nawet z przewagą zwolenników, skoro nazwiska M. Klejnowskiej i A. Bojańczyka występują „między innymi”, co jednoznacznie wskazuje, że także inni autorzy podzielają ich pogląd. W rzeczywistości jedynie A. Bojańczyka można – *de lege lata* – zaliczyć do zwolenników dopuszczalności „prywatnego gromadzenia dowodów”, gdyż M. Klejnowska nie wypowiada się w taki sposób, aby można było imputować tej Autorce, że opowiada

³ K. D u d k a, *Podsłuch prywatny i dziennikarski...*, s. 115

⁴ M. K l e j n o w s k a, *Podsłuch operacyjny i prowokacja policyjna*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 3, s. 94–110.

⁵ A. B o j a ń c z y k, *Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności niektórych dowodów prywatnych w postępowaniu karnym*, „Palestra” 2004, nr 9–10, s. 44–58.

⁶ Autorka nie podaje w przypisie danych źródłowych publikacji R. Kmiecika – mimo że się do niej odwołuje – ale chodzi niewątpliwie o pracę tego Autora: *Dokumenty prywatne i ich „prywatne gromadzenie” w sprawach karnych*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 5, s. 3–16.

⁷ W tym miejscu Autorka cytuje jedynie mój jeden artykuł, w którym polemizuję z A. Bojańczykiem (A. T a r a c h a, *O dowodach prywatnych w świetle konstytucji – uwagi polemiczne*, „Palestra” 2005, nr 1, s. 95–102).

się – wbrew ustawie – za dopuszczalnością dowodu z nagrań rejestrowanych przez osobę prywatną „do celów postępowania karnego” (oczywiście nie dotyczy to nagrań utrwalających samo działanie przestępne lub nagranie o cechach dowodów „przypadkowych”).⁸ Natomiast do przeciwników idei kreowania osób prywatnych (dziennikarzy) na *sui generis* organy ścigania zaliczyć należy (oprócz uprzednio wymienionych) także – właśnie „między innymi” – S. Waltosia⁹, A. Gaberle¹⁰, Z. Kwiatkowskiego¹¹, a ostatnio W. Gontarskiego.¹²

Mówiąc o „dowodach prywatnych”, można mieć na uwadze „prywatne dokumenty”, których dopuszczalność limituje art. 393 §3 k.p.k. oraz inne „prywatnie” uzyskane środki dowodowe (np. dowody rzeczowe). Tymczasem Autorka niezmiennie podtrzymuje swoje stanowisko przedstawione we wspomnianej na wstępie monografii, mimo wyraźnej treści art. 393 §3 k.p.k., i utrzymuje w dalszym ciągu, że „niedopuszczalne będą **wyłącznie** [podkreślenie A. T.] te dowody prywatne, które zostały uzyskane nielegalnie, a to między innymi dlatego, że strony w kontradictoryjnym procesie karnym, jak stwierdził w licznych judykatach Sąd Najwyższy, mają wpływ na rodzaj materiału dowodowego, który staje się podstawą rozstrzygnięcia i nie jest dopuszczalna interpretacja rozszerzająca, która to prawo by ograniczała”.¹³ Stanowisko to wymagałoby obecnie szerszego uzasadnienia i jak się wydaje – odróżnienia dokumentów prywatnych oraz innych „dowodów prywatnych” niebędących dokumentami zawierającymi „oświadczenia wiedzy”. Zamiast uzasadnienia swego poglądu Autorka przytacza „liczne judykaty SN”, w rzeczywistości dwa wyroki SN z 1980 r.¹⁴ i 1981 r.¹⁵, które nie mają bezpośredniego związku z omawianą kwestią, a dotyczą oddalenia wniosku dowodowego o przeprowadzenie na rozprawie czynności

⁸ Zob. M. Klejnowska, *op. cit.*, s. 96.

⁹ S. Waltos, *Proces karny, Zarys systemu*, Warszawa 2005, s. 373–374 (w przypisie 45). Jakże można byłoby nadać informacjom prasowym (medialnym) charakter „dowodu sądowego” w warunkach postępującej „tabloidyzacji” prasy, obejmującej nawet gazety ogólnopolskie, jeżeli cechami tabloidów są – jak trafnie zauważa S. Waltos – „sensacja i krzykliwość jej rozpowszechniania [...]”, drastyczność przekazu informacji, a co najważniejsze „brak poczucia odpowiedzialności za jej prawdziwość, nagminne naruszanie sfery prywatności i brak skrupułów z tego powodu, jednostronność opinii i ignorowanie prób jej wyważenia” (S. Waltos, *Domniemanie niewinności w świecie mediów*, [w:] *Problemy stosowania prawa sądowego. Księga...*, s. 476).

¹⁰ A. Gaberle, *Dowody w sądowym procesie karnym*, Kraków 2007, s. 328.

¹¹ Z. Kwiatkowski, *Głosa do postanowienia SN z dn. 4 stycznia 2004 r.*, V KK 388/04, „Palestra” 2006, nr 3–4, s. 261–265.

¹² W. Gontarski, *Przyczynek do konstytucyjnej teorii dowodów, czyli kiedy nagranie magnetofonowe jest dowodem z dokumentu, a kiedy dowodem rzeczowym* (głosa aprobująca do postanowienia Sadu Najwyższego z dn. 7 lutego 2007 r., III KK 237/06), „Gazeta Sądowa”, wrzesień 2007, s. 33–35.

¹³ K. Dudka, *Podłuch prywatny i dziennikarski...*, s. 111.

¹⁴ Wyrok SN z 28 lipca 1980 r., III KR 223/80, OSNPG 1981, nr 2, poz. 26.

¹⁵ Wyrok SN z 15 kwietnia 1981 r., IV KR 60/81, OSNPG 1981, nr 11, poz. 120.

przesłuchania świadków¹⁶ i wizji lokalnej.¹⁷ W obu tych sprawach nastąpiło rażące naruszenie przepisów k.p.k. określających podstawy oddalenia wniosku dowodowego, jednak w żadnej z nich nie pojawia się problem „prywatnego gromadzenia dowodów”.

Opowiadając się za szerokim wprowadzaniem do procesu karnego informacji uzyskanych prywatnie jako dowodów, niezależnie od trybu ich uzyskania, utrwalenia i przeprowadzenia, Autorka stwierdza, że wątpliwe jest eliminowanie z procesu karnego dowodów prywatnych tylko dlatego, że „są konkurencyjne w stosunku do działań organów procesowych”, co uzasadniać ma art. 393 §3 k.p.k. zezwalający na odczytywanie na rozprawie tych dokumentów prywatnych, które powstały poza procesem karnym i nie dla jego celów. Jest to argument nieprzekonujący i niezrozumiały, skoro k.p.k. eliminuje właśnie dokumenty prywatne sporządzone dla celów postępowania karnego. Czy zatem również takie dokumenty prywatne sporządzone jako „dowody” mają być dopuszczalne wbrew wyraźnej dyrektywie ustawy? Referując moje poglądy jako przeciwnika „zasady swobody dowodzenia”, w których twierdziłem, że działania osób prywatnych poszukujących i utrwalających informacje nie mogą być sprzeczne z przepisami prawa (zarówno materialnego, jak i procesowego) i nie powinny wkraczać w kompetencje organów ścigania realizujących zadania śledztwa lub dochodzenia, Autorka sugeruje (opierając się jedynie na części mojej wypowiedzi), że w swojej publikacji pominąłem problematykę dla tej kwestii kluczową, a związaną z wykładnią przepisu art. 393 §3 k.p.k.

Tymczasem główna kontrowersja w polemice z A. Bojańczykiem¹⁸ co do „zasady swobody dowodzenia” znalazła wyraz w innej, wcześniejszej publikacji¹⁹, której Autorka w ogóle nie powołuje. Staralem się tam wykazać, że taśma

¹⁶ W sprawie III KR 223/80 wniosek o przesłuchanie świadków F. i Z. S. „oddalono na tej podstawie, że okoliczności te zostały wyjaśnione innymi dowodami, które wykazały przeciwieństwo tego, co wnioskodawca zamierzał udowodnić, a więc wbrew wyraźnemu zakazowi zawartemu w §3 cytowanego art. 155 k.p.k.”.

¹⁷ W sprawie IV KR 60/81 sąd oddalił wniosek prokuratora o przeprowadzenie wizji lokalnej. SN zauważył, że „oddalenie wniosku dowodowego zmierzającego do stwierdzenia określonej w nim okoliczności, której sąd wyrokujący nie uznał za udowodnioną zgodnie z twierdzeniem wnioskodawcy, w sytuacji gdy nie ma zakazu lub niemożliwości przeprowadzenia dowodu, względnie brak jest podstaw do uznania jego nieprzydatności do stwierdzenia określonej okoliczności, stanowi obrazę przepisu art. 155 §1 k.p.k., skutkującą z reguły uchYLENIEM wyroku”.

¹⁸ A. B o j a ń c z y k, *Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności niektórych dowodów prywatnych w postępowaniu karnym*, „Palestra” 2004, nr 9–10, s. 47–58. Tego artykułu dotyczyła moja polemika (A. T a r a c h a, *O dowodach prywatnych w świetle konstytucji – uwagi polemiczne*, „Palestra” 2005, nr 1, s. 95–102),

¹⁹ Mój polemiczny artykuł (A. T a r a c h a, *Jeszcze raz w sprawie „prywatnego gromadzenia”*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 1, s. 90–98) był odpowiedzią na dwie publikacje A. Bojańczyka (A. B o j a ń c z y k, *W kwestii dowodu z dokumentów prywatnych w procesie karnym*, „Pań-

magnetofonowa, wbrew temu co twierdzi A. Bojańczyk²⁰, nie jest jakimś szczególnym rodzajem dowodu (niepodlegającym odczytaniu w trybie art. 393 k.p.k.), lecz w zależności od kontekstu sytuacyjnego może być albo dowodem z dokumentu (i wtedy podlega odczytaniu, o ile zostaną spełnione wymogi art. 393 k.p.k.), albo dowodem rzeczowym (i wtedy podlega oględzinom, także gdy chodzi o treść pojęciową). Wskazywałem także na trafność ograniczeń dowodowych przyjętych w przepisie art. 393 §3 k.p.k. i polemizowałem z poglądem A. Bojańczyka²¹, który uważał przepis ten za zbędny (!).

Według Autorki jedynym ograniczeniem wykorzystania w procesie karnym dowodów zgromadzonych przez osoby prywatne jest ich „nielegalne uzyskanie”. W odniesieniu do działań funkcjonariuszy publicznych może to oznaczać wykonywanie czynności z przekroczeniem kompetencji.²² W odniesieniu do działań osób prywatnych (dziennikarzy) „nielegalność” może być postrzegana jako działanie wyczerpujące znamiona przestępstwa lub deliktu cywilnego. Czy w tak szerokim zakresie użyła tego pojęcia Autorka, czy tylko odnosi je do sfery prawa karnego materialnego – trudno rozstrzygnąć.

Można odnieść wrażenie, że w Jej ujęciu w procesie karnym dopuszczalne będą wszystkie dowody zgromadzone przez osoby prywatne, przy uzyskiwaniu których nie naruszono norm prawa karnego materialnego (cywilnego?, administracyjnego?) na zasadzie „co nie jest zabronione, jest dozwolone”, a przewidziany przez przepisy k.p.k. tryb poszukiwania, zbierania, utrwalania i przeprowadzania dowodów, w szczególności w art. 393 §3 k.p.k., nie wprowadza tu żadnych ograniczeń?²³ Pojawia się jednakże wątpliwość, czy dowód rzeczowy odszukany przez pokrzywdzonego w drodze prywatnych poszukiwań, choćby z naruszeniem norm prawa karnego, nie może być legalnie wykorzystany jako dowód przestępstwa, jeśli pokrzywdzony przekaże ów dowód winy oskarżonego (np. broń palną lub inne narzędzie przestępstwa) prokuratorowi lub Policji?

Podtrzymuję pogląd, że w państwie prawnym poszukiwanie, zbieranie, utrwalanie i przeprowadzanie dowodów w procesie karnym odbywa się w ra-

stwo i Prawo” 2004, nr 8, s. 104–110 oraz *Interpretować z saperką*, „Rzeczpospolita” z 31 X–2 XI 2003 r., nr 255 [6635], s. C 4).

²⁰ A. B o j a ń c z y k, *W kwestii dowodu z dokumentów prywatnych...*, s. 105–108.

²¹ I d e m, *Interpretować z saperką...*, s. C 4.

²² Za nielegalne uznać należy więc te czynności funkcjonariuszy publicznych, które wykonano albo przekraczając uprawnienia, albo nie dopełniając obowiązków.

²³ W. D a s z k i e w i c z, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, t. II, Bydgoszcz 2001, s. 97.

mach właściwości (kompetencji) uprawnionych organów i uczestników postępowania do tego uprawnionych w trybie przewidzianym przez k.p.k., który nie przewiduje w tym zakresie kompetencji osób prywatnych (w tym dziennikarzy). Co do dopuszczalności wykorzystania zapisu magnetofonowego, dokonanego przez osobę prywatną, jednoznacznie wypowiedział się SN w postanowieniu 7 lutego 2007 r.²⁴ Sąd Najwyższy oddalając kasację wniesioną przez obrońcę skazanego, stwierdził:

[...] treść art. 174 k.p.k. zawierająca zakaz zastępowania wyjaśnień oskarżonego i zeznań świadka treścią pism, zapisków i notatek urzędowych, w sposób jednoznaczny stoi na przeszkodzie dopuszczeniu w postępowaniu karnym dowodu w postaci zapisu magnetycznego na taśmie magnetofonowej, magnetowidowej czy innym nośniku magnetycznym, zawierającym uzyskane w trybie pozaprocesowym i nie przez organy procesowe treści, które zgodnie ze wskazanym przepisem powinny zostać uzyskane i utrwalone w sposób przewidziany przez stosowne przepisy procedury karnej dla przesłuchania oskarżonego (podejrzanego) i świadka. Taki dowód jako niedopuszczalny (art. 170 §1 pkt 1) podlega oddaleniu.

W sprawie tej oskarżony Marek B. wnosił o dopuszczenie dowodu w postaci kasety magnetofonowej z nagraniem rozmową między nim a świadkiem Stanisławem B., który w chwili rozmowy miał status podejrzanego w tej samej sprawie. W uzasadnieniu postanowienia, zawierającym opis stanu faktycznego, nie wskazuje na to, aby dowód ten został uzyskany nielegalnie²⁵, jednakże cel tej „prywatnej” czynności pozaprocesowej wskazywał na intencję („cel”) wykorzystania uzyskanej w ten sposób informacji w procesie karnym.

Zgodnie z poglądem K. Dudki, jedyną przyczyną oddalenia „prywatnego dowodu” w postaci taśmy magnetofonowej może być zarzut, że został on uzyskany w sposób „nielegalny”. Według tego kryterium w omawianej sprawie taśma magnetofonowa powinna więc zostać uznana za dowód dopuszczalny. Jednak SN rozstrzygnął odmiennie i niewątpliwie trafnie.²⁶ Sąd Najwyższy zauważa:

[...] kasetę magnetofonową, którą złożył w sądzie pierwszej instancji skazany, zawierała treść jego prywatnej rozmowy przeprowadzonej już w trakcie postępowania karnego z osobą, która wówczas miała w tej samej sprawie status podejrzanego. Tą drogą poprzez odtworzenie treści tej rozmowy, skazany zmierzał do wprowadzenia do procesu karnego „prywatnego” środ-

²⁴ Postanowienie SN z 7 lutego 2007 r., III KK 237/06, „Gazeta Sądowa”, wrzesień 2007, s. 29–32.

²⁵ Także K. Dudka słusznie zauważa, że rozmówcy mają prawo utrzymywać treść rozmowy i w związku z tym nie jest to działanie nielegalne.

²⁶ Zob. W. Gontarski, *Przyczynek do konstytucyjnej teorii dowodów, czyli kiedy nagranie magnetofonowe jest dowodem z dokumentu, a kiedy dowodem rzeczowym* (glosa aprobująca do postanowienia Sądu Najwyższego z 7 lutego 2007 r., III KK 237/06), „Gazeta Sądowa”, wrzesień 2007, s. 33–35.

ka dowodowego, dla którego co do zasady procedura karna przewiduje szczególne formy zarówno przeprowadzenia, jak i zarejestrowania.

Sąd Najwyższy przypomina więc o – wydawałoby się oczywistej – zasadzie gromadzenia i wykorzystywania (przeprowadzania) dowodów w procesie karnym w trybie i w formach przewidzianych przez k.p.k.²⁷

III. Z „podsluchem prywatnym” wiąże się też potrzeba określenia charakteru dowodowego taśmy magnetofonowej (innego nośnika informacji), na którym utrwalono treść rozmowy. Tego rodzaju źródło dowodu może być, ale nie zawsze jest, dowodem z dokumentu. Poglądy formułowane niegdyś (w oderwaniu od treści art. 393 §3 k.p.k.), że jest to „dowód z dokumentu”, znalazły odzwierciedlenie w jednym orzeczeniu Sądu Najwyższego²⁸ oraz publikacjach E. Skrętowicza²⁹, T. Nowaka³⁰ i K. J. Jakubskiego³¹, a ostatnio K. Dudki.³² Tymczasem co do karnoprocesowej dopuszczalności dowodu z rejestracji dźwięku, dokonanej na taśmie magnetofonowej przez podmiot prywatny, to rozstrzygnięta musi zostać w pierwszej kolejności kwestia, jakiego rodzaju dowód stanowi takie nagranie (czy jest dowodem z dokumentu, czy też dowodem rzeczowym). Kwestia ta wielokrotnie podnoszona była zarówno w orzecznictwie SN, jak też w literaturze karnoprocesowej. Sąd Najwyższy w wyroku z dn. 10 marca 1961 r. (III K 49/61)³³ uznał, że taśma magnetofonowa, na której został zarejestrowany przebieg przestępstwa (nie zaś przebieg przesłuchania), powinna być traktowana jako dowód rzeczowy (i w związku z tym dowód ten powinien podlegać oględzinom), także wtedy, gdy chodzi o percepcję zawartej na taśmie przestępnej treści pojęciowej. Sąd Najwyższy podkreślił, że do taśmy magnetofonowej jako dowodu popełnienia przestępstwa (dowodu rzeczowego) nie mogą również odnosić się te ograniczenia przewidziane przez prawo procesowe, które reglamentują inne dowody (w szczególności osobowe) oraz normują posługiwanie się nimi (przeprowadzanie ich) w toku całego postępowania karnego. W uzasadnieniu wyroku SN powołał się na pogląd L. Schaffa, że taśma magnetofonowa zawierająca rejestrację przebiegu zdarzenia (*tempore criminis*) stanowi dowód rzeczowy

²⁷ K.p.k. z 1969 r. wprost stwierdzał w art. 3 §2, że „oskarżonego nie uważa się za winnego, dopóki nie zostanie mu udowodniona wina w trybie przewidzianym w niniejszym kodeksie”.

²⁸ Wyrok SN z 23 grudnia 1960 r. I K 196/60, OSNKW 1963, nr 7–8, poz. 131.

²⁹ E. Skrętowicz, *Zapis magnetofonowy jako środek dokumentacji procesowej*, „Problemy Praworządności” 1972, nr 9, s. 58 i n.

³⁰ T. Nowak, *Dowód z dokumentu w polskim procesie karnym*, Poznań 1994, s. 148.

³¹ K. J. Jakubski, *Komputerowy nośnik informacji jako dokument w polskim procesie karnym*, „Przegląd Policyjny” 1997, nr 3, s. 12.

³² K. Dudka, *Podsluch prywatny i dziennikarski...*, s. 112–113.

³³ Orzeczenie SN z 10 III 1961 r., III K 49/61, OSN – Izba Karna 1962, nr 1, poz. 8, s. 22–25.

wy.³⁴ Pogląd wyrażony przez SN został zaaprobowany w literaturze przedmiotu. Zdaniem M. Cieślaka³⁵, zakwalifikowanie taśmy magnetofonowej z utrwalonym przebiegiem zdarzenia przestępnego jako dowodu rzeczowego nie budzi żadnych wątpliwości. W. Daszkiewicz³⁶ podkreśla, że jeśli chodzi o nagranie na taśmie samego faktu przestępstwa, nie może być mowy o jakichkolwiek ograniczeniach obowiązujących w zakresie dowodów osobowych, takich jak prawo oskarżonego do milczenia czy też prawo świadka do odmowy składania zeznań i odpowiedzi na poszczególne pytania. Także R. Kmiecik³⁷ trafnie zauważył, że taśma magnetofonowa jest w tym wypadku dowodem rzeczowym (a nie dowodem z dokumentu).

Obecnie w literaturze przedmiotu pogląd, że taśma magnetofonowa lub inny nośnik informacji, na którym utrwalono treść rozmowy (niezależnie czy w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych, czy działań osoby prywatnej), w zależności od kontekstu sytuacyjnego, zaliczony może być do dowodów rzeczowych albo do dowodów z dokumentu, jest powszechnie akceptowany³⁸ (także w opracowaniach podręcznikowych³⁹).

K. Dudka uzasadniając zaliczenie taśmy magnetofonowej do dowodu z dokumentu (podlegającego odczytaniu w trybie art. 393 §3 k.p.k.), powołuje się na pogląd K. J. Jakubskiego⁴⁰, który uważa, że fakt, iż film lub fotografia pod-

³⁴ L. Schaff, *Dowód z taśmy magnetofonowej w polskim procesie karnym*, „Problemy Kryminalistyki” 1959, nr 17, s. 28–29.

³⁵ M. Cieślak, *Przegląd orzecznictwa SN. (Prawo karne procesowe – 1963)*, „Nowe Prawo” 1964, nr 11, s. 1083.

³⁶ W. Daszkiewicz, *Przegląd orzecznictwa SN. (Prawo karne procesowe – 1962)*, „Państwo i Prawo” 1964, nr 5–6, s. 879.

³⁷ R. Kmiecik, *Ogledziny w procesie karnym. Niektóre zagadnienia formalno-dowodowe*, „Annales UMCS”, sec. G, vol. XXXI, Lublin 1984, s. 92.

³⁸ Zob. T. Grzegorzczak, *Wykorzystywanie i przekształcanie materiałów operacyjnych w materiał dowodowy w postępowaniu karnym*, [w:] *Przestępczość zorganizowana – Świadek koronny – Terroryzm w ujęciu praktycznym*, red. E. W. Pływaczewski, Kraków 2005, s. 229; A. Lach, *Dowody elektroniczne w procesie karnym*, Toruń 2004, s. 42–44; W. Gontarski, *Przyczynek do konstytucyjnej teorii dowodów...*, s. 34–35; A. Herzog, *Wykorzystywanie materiałów operacyjnych w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 2, s. 87 i n.; A. Karczmarska (rec. pracy: A. Lach, *Dowody elektroniczne w procesie karnym*, Toruń 2004), „Palestra 2006”, nr 5–6, s. 267; A. Lach, B. Sitkiewicz, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r.*, I KZP 6/07, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 10, s. 150; A. Taracha, *Dokument jako dowód rzeczowy*, [w:] *Kryminalistyka wobec sprawy sądowej. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Zdzisława Kegla*, Wrocław 2005, s. 527–536.

³⁹ S. Waltoś, *op. cit.*, s. 373–374 (w przypisie 45); T. Grzegorzczak, [w:] T. Grzegorzczak, J. Tyłman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2001, s. 519; R. Kmiecik, A. Taracha, [w:] *Prawo dowodowe*, red. R. Kmiecik, Kraków 2005, s. 228; A. Gaberle, *op. cit.*, s. 219–220.

⁴⁰ K. J. Jakubski, *Komputerowy nośnik informacji jako dokument w polskim procesie karnym*, „Przegląd Policyjny” 1997, nr 3, s. 12.

dawane są oględzinom przez skład sędziowski, a nie odczytywane, nie może uzasadniać wyeliminowania tych nośników z grupy dokumentów. Czytanie pisma polega bowiem na oglądaniu ustalonych znaków graficznych (liter) i na myślowym formułowaniu określonych treści. K. Dudka uważa, że „podobną analogię można zastosować w przypadku taśmy magnetofonowej, kiedy co prawda angażuje inne zmysły do zapoznania się z nią, ale również idzie za tym myślowe ujmowanie określonej treści”.⁴¹ Otóż cytaty podany przez K. Dudkę jest wyrwanym z kontekstu fragmentem argumentacji K. J. Jakubskiego. Autor ten uważa, że w zaliczeniu rejestracji obrazu do dowodów z dokumentu istotne jest to, że wybór miejsca, czasu i okoliczności zarejestrowania obrazu zależy od woli osoby będącej operatorem sprzętu, a utrwalony przez nią w postaci fotografii czy filmu obraz jest wielokrotnie bardziej komunikatywny niż klasyczny opis pisemny.

Oczywiście pogląd, że obraz czy to w postaci fotografii, czy filmu (bez dźwięku) może zostać zaliczony do dowodów z dokumentów (dowodów pojęciowych) i w związku z tym podlegać „odczytaniu”, nie jest do zaakceptowania. Idąc tokiem rozumowania K. J. Jakubskiego (i jak się wydaje K. Dudki), że obraz jest często nośnikiem większej zawartości treściowej niż dokument pisany (co oczywiście może mieć miejsce), niepojęciowy dowód rzeczowy zniknąłby z procesu karnego, gdyż w każdym wytworze ludzkim zawarta jest jakaś treść. Argumentacja ta przypomina poglądy nauki radzieckiej (z końca lat 40. XX wieku), która wykazywała tendencję do zaliczania dokumentów do dowodów osobowych ze względu na to, że wystawcami dokumentów są ludzie.⁴²

W polskiej literaturze karnoprosesowej utrwalony jest pogląd, że dowód będący rejestracją samego obrazu (fotografia, „niemy” film, inny rodzaj utrwalenia obrazu, np. taśma magnetowidowa bez zapisu dźwięku) powinien zostać zaliczony do dowodów rzeczowych i poddany oględzinom. Z. Kegel trafnie wskazuje, że „fotografia i film nie jest utrwaloną myślą, napisem czy zapisem, a jedynie odzwierciedleniem przedmiotów (rzeczy)”.⁴³ Podobnie uważa T. Nowak, który twierdzi, że z góry można odrzucić koncepcję zaliczenia tych dowodów do dokumentów, „gdyż brak jest tutaj podstawowej cechy odróżniającej dokumenty od innych przedmiotów – utrwalenia myśli ludzkiej na danym przedmiocie. Obraz i film stanowią odzwierciedlenie nie myśli człowieka, lecz właś-

⁴¹ K. D u d k a, *Podśluch prywatny i dziennikarski...*, s. 113.

⁴² M. C ie ś l a k krytycznie oceniając doktrynę radziecką co do zaliczenia dokumentów do dowodów osobowych, z tego powodu iż wystawcami dokumentów są ludzie, trafnie zauważa, że nie jest to dostateczne uzasadnienie takiego zaszeregowania. Zdaniem tego autora na tej samej podstawie musielibyśmy do dowodów osobowych zaliczyć większość dowodów z przedmiotów, a mianowicie wszystkie te, które zostały stworzone przez człowieka (np. broń znaleziona u oskarżonego). Zob. M. C ie ś l a k, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, Warszawa 1955, s. 72.

⁴³ Z. K e g e l, *Dowód z ekspertyzy pismoznawczej w polskim procesie karnym*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1973, s. 38.

ciwości miejsca i rzeczy, czyli właściwości przedmiotów, jak i działań ludzkich”.⁴⁴

O zaliczeniu taśmy magnetofonowej do dowodów z dokumentu decyduje nie to, jakie zmysły angażuje organ procesowy do zapoznania się z jej treścią, nie decyduje też forma nośnika, na którym została utrwalona, tylko fakt, że treść pojęciowa albo relacjonuje fakty istotne, albo je tworzy (jeżeli jest to „dokument prawotwórczy”). Należy pamiętać, że dokument jest pewnym rodzajem dowodu rzeczowego (dowodem rzeczowym *sui generis*), który tym się różni od pozostałych dowodów rzeczowych, że zawiera treść pojęciową. Nie zawsze jednak zapoznanie się z treścią pojęciową oznaczać będzie przeprowadzenie dowodu z dokumentu, w pewnych sytuacjach czynność taką traktować należy jako oględziny dowodu rzeczowego, gdy sama treść jest przedmiotem czynu przestępnego (np. w wypadku fałszu materialnego) lub stanowi odzwierciedlenie przebiegu czynu przestępnego (gdy rejestruje np. akustyczne ślady przestępstwa).

Może się więc zdarzyć, że na tej samej taśmie magnetofonowej (lub innym nośniku informacji) może zostać utrwalona zarówno wypowiedź, która wyczerpuje znamiona czynu przestępnego (np. zniewagi lub zniesławienia) oraz wypowiedź „relacjonująca” przebieg wcześniej popełnionego przestępstwa. Kwestię tę mógłby zilustrować kazus, w którym dwie osoby prowadziły rozmowę prywatną, a wypowiedź jednej z nich została nagrana na taśmę magnetofonową bez jej wiedzy i zgody.⁴⁵ W rozmowie tej zawarte były zarówno wypowiedzi zniesławiające, znieważające, jak też informujące o popełnionych przestępstwach. Wartość dowodowa tej taśmy i jej dopuszczalność jako dowodu w procesie karnym będzie inna, gdy osoba, której nagranie dotyczyło, wystąpi do sądu przeciwko tej osobie, której głos został utrwalony, ze skargą prywatną w sprawie o zniesławienie, oraz w sytuacji, gdy wobec osoby wymienionej w nagraniu toczy się postępowanie karne w sprawie o czyny, których dotyczyła wypowiedź utrwalona na taśmie magnetofonowej. W pierwszym wypadku, gdy osoba, której nagranie dotyczyło, wystąpi do sądu przeciwko tej osobie, której głos został utrwalony, ze skargą prywatną w sprawie o zniesławienie, taśma magnetofonowa stanowić będzie dowód rzeczowy z pewnością dopuszczalny (choć z reguły łącznie z ekspertyzą fonoskopijną identyfikującą głos osoby zniesławiającej). Jeśli natomiast taśma zawiera informację o popełnieniu czynu przestępnego przez osobę, przeciwko której toczy się postępowanie karne, również utrwalona na

⁴⁴ T. Nowak, *Dowód z dokumentu w polskim procesie karnym*, Poznań 1994, s. 148.

⁴⁵ Przykładem może tu być nagranie wypowiedzi znanego polityka lewicy Józefa O. przez biznesmena A. Gudzowatego (taśmy te zostały upublicznione przez tygodnik „Wprost”). Tego rodzaju działanie między przyjaciółmi lub znajomymi można uznać za nieetyczne, ale z pewnością nie jest przestępstwem lub deliktem cywilnym, o ile nie stanowi naruszenia praw autorskich lub dóbr osobistych.

magnetofonie relacja na ten temat może być potraktowana jako dowód z dokumentu prywatnego powstałego poza procesem karnym.⁴⁶ W takiej sytuacji należy rozważyć dwie możliwości: gdy taśma została sporządzona dla celów postępowania karnego i zawiera oświadczenie wiedzy – stanowi wówczas dokument prywatny o cechach dowodu „z przeznaczenia”, wykluczony z kręgu dowodów ścisłych (sądowych); gdy w razie „przypadkowej” rejestracji oświadczenia wiedzy – nie mówiąc o utrwaleniach akustycznych śladów samego zdarzenia przestępnego lub czynności z nim związanych – dokument prywatny będzie mógł być wykorzystany jako dowód przypadkowy z dokumentu. Nagranie rozmowy poza postępowaniem karnym i nie dla celów tego postępowania umożliwi wykorzystanie taśmy magnetofonowej jako dowodu z dokumentu, dopuszczalnego w myśl art. 393 §3 k.p.k. (tzw. „dowód przypadkowy”). W praktyce jednak przyjęcie hipotezy „przypadkowości”, w sytuacji celowego nagrywania rozmów prywatnych w warunkach podsłuchu dokonywanego przez osoby prywatne lub w innych okolicznościach znamionujących działania podstępne, należeć będzie do rzadkości.

SUMMARY

The article discusses the problems concerning admissibility of so-called “private evidence” in criminal proceedings, in practice usually pertaining to private documents, especially those prepared in an electronic or electromagnetic version, recording private conversations. The problem of admissibility in criminal proceedings of evidence in the form of a record registered on an audio tape by a private subject involves a decision on what kind of evidence this record is (whether it is documentary evidence or material evidence). The Author contends that in criminal proceedings an audio tape may be, depending on the situational context, documentary or material evidence (also in case when the recorded notional contents is examined). The article also shows in detail an argument existing in the criminal proceedings doctrine over the possibilities of using in criminal proceedings private documents as evidence obtained or gathered by the parties or other private persons (e.g. journalists), i.e. the subjects not taking part in the trial (so-called “private evidence”). The Author maintains his earlier expressed view that in a legal state searching, gathering, recording and carrying out evidence in criminal proceedings takes place within the competence of authorized agencies and authorized parties taking part in the proceedings in accordance with the procedure of the Penal Code which does not provide for private persons (including journalists) with regard to this scope of competence.

⁴⁶ Zob. R. Kmieciak, *Dokumenty prywatne i ich „prywatne gromadzenie” w sprawach karnych*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 5, s. 11–12.