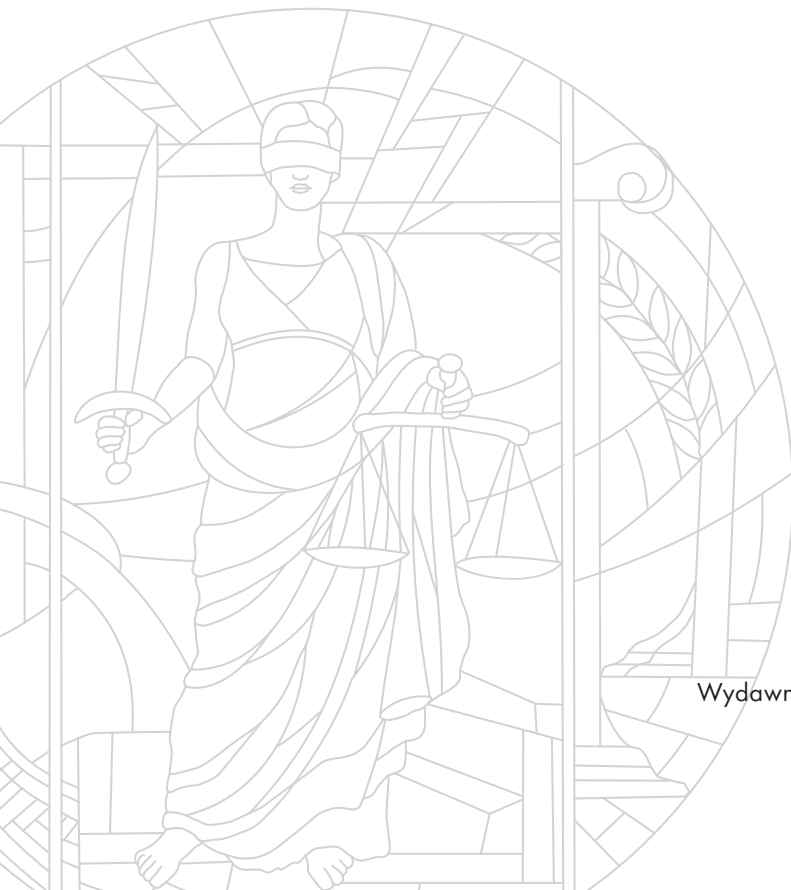


Gdańskie Studia Prawnicze

Rok XXVIII — Nr 2(63)/2024

Proces karny a nowoczesne technologie

Redakcja naukowa
Sławomir Steinborn



Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego
Gdańsk 2024

Rada naukowa

prof. Silvia Allegranza (Luksemburg), *prof. Jurij Boszycki* (Ukraina), *prof. Robert Esser* (Niemcy),
prof. Catherine Grynfolgel (Francja), *prof. Karel Klima* (Czechy), *prof. Edward Lee* (USA),
prof. Philippe Nelidoff (Francja), *prof. Petro Steciuk* (Ukraina), *dr Wojciech Świda* (Argentyna),
prof. Richard Warner (USA), *prof. Jerzy Zajadło* (Polska)

Kolegium redakcyjne

Krzysztof Grajewski (Polska) – Redaktor naczelny
Arkadiusz Wowerka (Polska) – Sekretarz naukowy
Heinz-Peter Mansel (Niemcy) – Członek Kolegium
Maxim Tomaszek (Czechy) – Członek Kolegium
Wojciech Jasiński (Polska) – Członek Kolegium
Aleksandra Szydzik (Polska) – Członek Kolegium
Agnieszka Martynowska (Polska) – Sekretarz redakcji

Redaktor Wydawnictwa

Katarzyna Ambroziak

Korekta językowa streszczeń w języku angielskim

Anna Rytel-Warzocha

Skład, łamanie i projekt okładki

Maksymilian Biniakiewicz

Czasopismo finansowane przez: Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego,
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., Ministerstwo Edukacji i Nauki w ramach programu
pn. „Rozwój czasopism naukowych” (nr rej. projektu: RCN/SP/0355/2021/1)



LEX
a Wolters Kluwer business



**Ministerstwo
Edukacji i Nauki**

W wypadku wykorzystania tekstów z „Gdańskich Studiów Prawniczych”
w innych publikacjach prosimy o powołanie się na nasze czasopismo.
Redakcja zastrzega sobie prawo do skrótów w tekstach nadesłanych do publikacji.

Adres redakcji:

ul. Bażyńskiego 6, 80-952 Gdańsk
© Copyright by Uniwersytet Gdański, 2024
Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego

ISSN 1734-5669

Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego
ul. Armii Krajowej 119/121, 81-824 Sopot
tel. (+48) 58 523 11 37
e-mail: wydawnictwo@ug.edu.pl
wydawnictwo.ug.edu.pl

Księgarnia internetowa: wydawnictwo.ug.edu.pl/sklep/

Druk i oprawa

Zakład Poligrafii Uniwersytetu Gdańskiego
ul. Armii Krajowej 119/121, 81-824 Sopot
tel. (+48) 58 523 14 49

Proces karny a nowoczesne technologie

Spis treści

ARTYKUŁY

- Prof. dr hab. Arkadiusz Lach, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Polska
Realizacja prawa do obrony w związku z przesłuchaniem oraz udziałem
na odległość w rozprawie i posiedzeniu aresztowym w świetle orzecznictwa ETPC 9
<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.01>
- Dr Adrian Zbiciak, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, Polska
Wybrane aspekty wykorzystywania nowoczesnych technologii w pracy sędziego
orzekającego w sprawach karnych. Stan obecny i perspektywa na przyszłość 22
<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.02>
- Dr Stanisław Tosza, Uniwersytet w Luksemburgu, Luksemburg
W poszukiwaniu dowodów elektronicznych – europejski nakaz
wydania dowodów elektronicznych oraz inne narzędzia międzynarodowego
pozyskiwania danych dla potrzeb postępowania karnego 37
<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.03>
- Dr hab. Wojciech Jasiński, Uniwersytet Wrocławski, Polska
O potrzebie zmian w regulacjach prawnych dotyczących pozyskiwania informacji
pochodzących z nośników danych dla celów postępowania karnego 56
<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.04>
- Dr Martyna Kusak, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska
Dostęp do danych elektronicznych dotyczących treści w postępowaniu karnym –
wyzwania krajowe i międzynarodowe 72
<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.05>
- Dr hab. Dobrosława Szumiło-Kulczycka, Uniwersytet Jagielloński w Krakowie, Polska
Weryfikacja legalności i wiarygodności dowodów elektronicznych
w kontradiktoryjnym procesie karnym 89
<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.06>

GLOSY

- Dr Piotr Rogoziński, Uniwersytet Gdański, Polska
 Standardy zdalnego przeprowadzenia rozprawy
 Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2022 r., IV KK 79/22 105
<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.07>
- Mgr Dawid Marko, Uniwersytet Gdański, Polska
 Zdalny udział podejrzanego w posiedzeniu aresztowym
 w świetle standardu *habeas corpus*
 Postanowienie Sądu Najwyższego Królestwa Norwegii z dnia 8 maja 2020 r.,
 HR-2020-972-U (20-065997STR-HRET) 118
<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.08>
- Dr hab. Sławomir Steinborn, Uniwersytet Gdański, Polska
 Środek odwoławczy od wydania europejskiego nakazu dochodzeniowego
 dotyczącego wideokonferencji
 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 listopada 2021 r., C-852/19,
 postępowanie karne przeciwko Ivanowi Gavanozowowi 134
<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.09>
- Dr Dominika Czerniak, Uniwersytet Wrocławski, Polska
 Konsekwencje wadliwości uzasadnienia decyzji sądu o zastosowaniu
 „specjalnych środków dochodzeniowych”
 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 lutego 2023 r., C-349/21, HYA i in.
 (Motivation des autorisations des écoutes téléphoniques) 147
<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.10>

Criminal Proceedings and Modern Technology

Table of contents

ARTICLES

Prof. Arkadiusz Lach, Nicolaus Copernicus University in Toruń, Poland Exercise of the Right to Defence in Connection with Interrogation and Remote Participation in a Criminal Trial and Detention Hearing in the Light of ECtHR Case Law	9
https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.01	
Adrian Zbiciak, PhD, The John Paul II Catholic University of Lublin, Poland Selected Aspects of Using Modern Technologies in the Work of a Judge Adjudicating in Criminal Matters. Current State and Future Perspectives	22
https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.02	
Prof. Stanisław Tosza, University of Luxembourg, Luxembourg In Search of Electronic Evidence – European Production Order and Other Instruments for International Obtaining of Data for Criminal Proceedings	37
https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.03	
Prof. Wojciech Jasiński, University of Wrocław, Poland On the Need for Changes in the Legal Regulation of Obtaining Information from Data Carriers for the Purposes of Criminal Proceedings	56
https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.04	
Martyna Kusak, PhD, Adam Mickiewicz University in Poznań, Poland Access to Electronic Content Data in Criminal Proceedings – National and International Challenges	72
https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.05	
Prof. Dobrosława Szumiło-Kulczycka, Jagiellonian University in Kraków, Poland Verification of the Legality and Reliability of Electronic Evidence in an Adversarial Criminal Trial	89
https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.06	

COMMENTARIES

- Piotr Rogoziński, PhD, University of Gdańsk, Poland
 Standards for the Remote Conduct of a Trial
 Decision of the Supreme Court of 22 June 2022, IV KK 79/22 105
<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.07>
- Dawid Marko, MA, University of Gdańsk, Poland
 Remote Participation of a Suspect in a Pre-trial Detention Hearing
 in the Light of Article 5(3) ECHR
 Decision of the Supreme Court of Norway of 8 May 2020,
 HR-2020-972-U (20-065997STR-HRET) 118
<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.08>
- Prof. Sławomir Steinborn, University of Gdańsk, Poland
 Legal Remedy Against the Issuing of a European Investigation Order
 Regarding Hearing of a Witness by Videoconferencing
 Judgement of the Court of Justice of 11 November 2021, C-852/19,
 Criminal proceedings against Ivan Gavanozov 134
<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.09>
- Dominika Czerniak, PhD, University of Wrocław, Poland
 Consequences of Defective Reasoning in the Court's Decision
 to Apply "Special Investigative Measures"
 Judgement of the Court of Justice of 16 February 2023, C-349/21,
 HYA and Others (Motivation des autorisations des écoutes téléphoniques) 147
<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.10>

Artykuły



Arkadiusz Lach

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Polska

arkadl@umk.pl

ORCID: 0000-0002-8778-1182

<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.01>

Realizacja prawa do obrony w związku z przesłuchaniem oraz udziałem na odległość w rozprawie i posiedzeniu aresztowym w świetle orzecznictwa ETPC¹

Wprowadzenie

Pandemia COVID-19 spowodowała na całym świecie gwałtowne wstrzymanie działania wymiaru sprawiedliwości, a potem jego przejście w dużym stopniu do funkcjonowania w formie zdalnej. Oczywiście przesłuchania zdalne oraz zdalny udział w czynnościach procesowych miały miejsce już znacznie wcześniej², jednak pandemia skutkowałą prowadzeniem ich na niespotykaną dotąd skalę, a także wdrożeniem nowych, czasami bardzo daleko idących regulacji.

Powstaje zatem pytanie, jak wyżej wymieniona zmiana w zakresie sposobu przeprowadzania czynności wpływa na wykonywanie prawa do obrony w rozumieniu materialnym oraz formalnym, a także czy polskie regulacje dotyczące zdalnego przeprowadzania czynności spełniają wymagania wynikające z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka³. Przyjęcie jako punktu odniesienia EKPC jest uzasadnione zarówno tym, że istnieje szereg wypowiedzi Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC lub Trybunał) poświęconych różnym aspektom analizowanego zagadnienia, jak i koniecznością zapewnienia przez Polskę, jako stroną EKPC, wynikających z niej gwarancji.

Nie wchodząc w szczegółowe rozważania na temat istoty prawa do obrony, można przyjąć jego podział na prawo do obrony w znaczeniu materialnym oraz w ujęciu formalnym⁴. Pierwsze to prawo do odpierania zarzutów, przeciwstawienia się tezie oskarżenia, które uzewnętrznia się w takich uprawnieniach, jak składanie wyjaśnień,

¹ Artykuł powstał w ramach realizacji grantu Narodowego Centrum Nauki nr UMO-2020/37/B/H55/02752 pt. „Czynności procesowe na odległość w postępowaniu karnym”.

² Zob. A. Lach, *Udział oskarżonego w czynnościach procesowych w drodze videokonferencji*, Prok. i Pr. 2009, nr 9, s. 26–28.

³ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) (dalej: EKPC lub Konwencja).

⁴ Zob. S. Śliwiński, *Proces karny. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 367; M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 267.

zadawanie pytań, składanie wniosków dowodowych, uczestniczenie w czynnościach procesowych etc. Natomiast prawo do obrony w znaczeniu formalnym to prawo do korzystania z pomocy obrońcy.

Zdalne przesłuchanie można z kolei scharakteryzować jako taką formę przesłuchania, w trakcie którego osoba przesłuchiwana i przesłuchujący nie znajdują się w tym samym pomieszczeniu. Podobnie w przypadku zdalnego udziału w czynności procesowej – co najmniej jeden z jej uczestników jest w innym miejscu niż organ procesowy. Może to dotyczyć zarówno czynności o charakterze hybrydowym, np. rozprawy, na której część uczestników znajduje się na sali rozpraw, a część poza nią, jak i czynności w całości zdalnych, np. rozprawy prowadzonej na platformie internetowej.

1. Zdalne przesłuchanie świadka a prawo do obrony oskarżonego w świetle EKPC

Zdalne przesłuchanie świadka może być uwarunkowane różnymi okolicznościami, takimi jak stan zdrowia świadka, jego przebywanie w odległym miejscu, potrzeba ochrony świadka. Zasadniczo zatem brany jest tu pod uwagę interes świadka, czasami również interes organów procesowych. Ta forma przesłuchania może mieć dla oskarżonego wymiar korzystny, np. w sytuacji, kiedy przesłuchanie w formie tradycyjnej świadka zeznającego na korzyść oskarżonego nie byłoby możliwe. Zdecydowanie częściej jednak przesłuchanie zdalne może powodować skutki niekorzystne dla oskarżonego, np. poprzez utrudnione zapoznanie się z zeznaniami i zniekształcenie treści zadanych pytań z uwagi na jakość połączenia⁵.

ETPC stoi na utrwalonym stanowisku, że zdalne przesłuchanie świadka samo w sobie nie jest sprzeczne z Konwencją, wymaga wszakże zapewnienia oskarżonemu odpowiednich gwarancji procesowych, takich jak możliwość zapoznania się z zeznaniami świadka czy zadania mu pytań⁶. Trybunał podkreśla też, że art. 6 EKPC nie gwarantuje oskarżonemu nieograniczonego prawa do zapewnienia stawienia świadka w sądzie⁷.

W sprawie Zhukovskiy⁸ Trybunał uznał, że nagranie przesłuchania świadków dokonane pod nieobecność oskarżonego w postępowaniu przygotowawczym, bez dania mu możliwości zadania świadkom pytań, nie stanowi wystarczającego wyrównania braku możliwości bezpośredniego przesłuchania świadków, wskazując zarazem, że

⁵ Zob. A. Lach, M. Klubińska, R. Badowiec, *Conflicting interests of witnesses and defendants in a fair criminal trial – can a hearing by videoconference be the best instrument to reconcile them?*, „Revista Brasileira de Direito Processual Penal” 2022, vol. 8, n° 3, s. 1177–1179.

⁶ Zob. decyzję ETPC z dnia 8 stycznia 2008 r. w sprawie Conde Nast Publications Ltd i Carter przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 29746/05 oraz wyrok ETPC z dnia 5 października 2006 r. w sprawie Marcello Viola przeciwko Włochom, skarga nr 45106/04, § 66.

⁷ Wyrok ETPC z dnia 2 lipca 2002 r. w sprawie S.N. przeciwko Szwecji, skarga nr 34209/96, § 44.

⁸ Wyrok ETPC z dnia 3 marca 2011 r. w sprawie Zhukovskiy przeciwko Ukrainie, skarga nr 31240/03, § 45.

nowoczesne technologie, w tym videokonferencja, stwarzają w tym zakresie lepsze możliwości. Podobnie w sprawie Bocos-Cuesta⁹ Trybunał odnotował, że skarżącemu nie dano możliwości obserwacji sposobu, w jaki dzieci zostały przesłuchane przez policję, np. w drodze transmisji przesłuchania do innego pomieszczenia, co nie zostało zrekomensowane przez szczegółową analizę protokołów przesłuchań przez sąd.

W kontekście zagwarantowania prawa do obrony ważne jest stworzenie odpowiednich warunków technicznych przesłuchania świadka: należytej jakości połączenia, możliwości zadania pytań i niezakłóconego wysłuchania zeznań. Należy także stworzyć oskarżonemu i jego obrońcy możliwość obserwacji świadka i jego zachowania (chyba że jest to świadek anonimowy), co wymaga odpowiedniego umiejscowienia ekranów, kamer i mikrofonów na sali rozpraw.

2. Zdalne przesłuchanie i udział oskarżonego w rozprawie w świetle EKPC

W sprawie Marcello Viola¹⁰ ETPC przesądził, że przesłuchanie oskarżonego w drodze videokonferencji samo w sobie nie jest sprzeczne z EKPC, jednak podkreślił, że wykorzystanie takiego środka w konkretnym przypadku musi mieć uzasadniony cel (ochrona świadków, porządku publicznego, rozpoznanie sprawy w rozsądnym terminie, zapobieżenie ucieczce) oraz sposób przeprowadzenia przesłuchania musi spełniać wymagania art. 6 EKPC.

Niewątpliwie, uzasadnionym celem nie jest jedynie wygoda organu procesowego. Nie wydaje się także, aby co do zasady za takie przekonujące uzasadnienie mogło być uznane w świetle standardów strasburskich zredukowanie kosztów postępowania.

Aby zagwarantować wykonywanie prawa do obrony, oskarżony musi mieć możliwość realnego udziału w procesie, widzenia i wysłuchania świadków oraz bycia wysłuchanym i widzianym bez problemów technicznych¹¹.

Należy odnotować, że Trybunał inaczej podchodzi do kwestii obecności oskarżonego na rozprawie w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, a inaczej w odwoławczym. W pierwszym przypadku ETPC przyjmuje, że oskarżony ma prawo do udziału w rozprawie; taki udział może być zaferowany oskarżonemu także w drodze videokonferencji¹². Oskarżony musi mieć wszakże stworzoną możliwość efektywnego udziału w rozprawie. Z tego względu np. niewłaściwe nagłośnienie w sądzie czy słaba jakość połączenia mogą dawać podstawę do skargi.

⁹ Wyrok ETPC z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie Bocos-Cuesta przeciwko Holandii, skarga nr 54789/00, § 71.

¹⁰ Wyrok ETPC z dnia 5 października 2006 r. w sprawie Marcello Viola przeciwko Włochom, skarga nr 45106/04, § 67–72.

¹¹ Wyrok ETPC z dnia 9 kwietnia 2009 r. w sprawie Grigoryevskikh przeciwko Rosji, skarga nr 22/03, § 78.

¹² Por. wyrok ETPC z dnia 2 października 2018 r. w sprawie Bivolaru przeciwko Rumunii, skarga nr 66580/12, § 137–139.

Jeśli zaś chodzi o postępowanie odwoławcze, to oskarżony nie zawsze musi być obecny na rozprawie (np. gdy rozpoznawane są tylko kwestie prawne). Obecność fizyczna jest pożądana, ale jest środkiem do zagwarantowania rzetelności postępowania, a nie celem samym w sobie¹³. Stąd szersza jest możliwość narzucenia udziału w rozprawie odwoławczej w formie zdalnej.

W sprawie Dijkhuizen¹⁴ ETPC przypomniał, że choć prawo to nie zostało wyrażone w Konwencji *expressis verbis*, z istoty i celu art. 6 EKPC wynika, iż oskarżony ma prawo wziąć udział w rozprawie. Ponadto, mając na względzie prawa określone w art. 6 ust. 3 EKPC, tj. bronięcia się osobiście, przesłuchania lub spowodowania przesłuchania świadków oraz korzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza, jeśli nie potrafi zrozumieć języka używanego w sądzie lub nim nie mówi, trudno sobie wyobrazić wykonywanie tych praw bez obecności na rozprawie. Jest to bardzo ważne dla rzetelnego i sprawiedliwego procesu karnego. Jednak Trybunał zaznaczył, że prawo to może mieć inne znaczenie w postępowaniu pierwszoinstancyjnym i apelacyjnym, w tym drugim zależy to od okoliczności sprawy, w szczególności od roli sądu odwoławczego w postępowaniu krajowym.

W sprawie Medvedev¹⁵ Trybunał podkreślił, że z uwagi na nieuniknione ograniczenie praw oskarżonego związane z udziałem w rozprawie na odległość, co jest widoczne chociażby w kontekście zapewnienia mu kontaktu z obrońcą, sięgnięcie po ten instrument wymaga należytego uzasadnienia. W analizowanej sprawie rozprawa odwoławcza miała miejsce w Moskwie, tam też przebywał oskarżony i jego obrońca. Sąd zdecydował jednak o przeprowadzeniu rozprawy zdalnie, nie uzasadniając tego. Poza tym można było umożliwić oskarżonemu i obrońcy przebywanie w jednym pomieszczeniu, ułatwiając ich komunikację, czego sąd nie zrobił, zmuszając ich do komunikacji za pomocą videolinku.

W kontekście udziału zdalnego bardzo istotne jest także zapewnienie oskarżonemu dostępu do akt sądowych¹⁶. Jednym ze sposobów realizacji tego jest stworzenie systemu zdalnego dostępu do akt postępowania.

3. Zdalny udział oskarżonego w posiedzeniu aresztowym w świetle EKPC

W myśl art. 5 ust. 3 EKPC każdy zatrzymany lub aresztowany zgodnie z postanowieniami ustępu 1 lit. c) tego artykułu powinien zostać niezwłocznie postawiony przed sędzią lub innym urzędnikiem uprawnionym przez ustawę do wykonywania władzy

¹³ Decyzja ETPC z dnia 21 lutego 2017 r. w sprawie Ulimayev przeciwko Rosji, skarga nr 23324/04, § 37.

¹⁴ Wyrok ETPC z dnia 8 czerwca 2021 r. w sprawie Dijkhuizen przeciwko Holandii, skarga nr 61591/16, § 50–51.

¹⁵ Wyrok ETPC z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie Medvedev przeciwko Rosji, skarga nr 5217/06, § 30.

¹⁶ Por. wyrok ETPC z dnia 28 kwietnia 2009 r. w sprawie Rasmussen przeciwko Polsce, skarga nr 38886/05, § 49.

sądowej i ma prawo być sądzony w rozsądnym terminie albo zwolniony na czas postępowania. Zwolnienie może zostać uzależnione od udzielenia gwarancji zapewniających stawienie się na rozprawę.

Pojawia się tu pytanie, czy postawienie przed sędzią lub innym organem oznacza konieczność postawienia fizycznego, czy też może mieć formę uczestnictwa zdalnego. W sprawie *Medvedev*¹⁷ Trybunał wyraził opinię, iż „celem tego przepisu jest zapewnienie, że osoby aresztowane są fizycznie niezwłocznie stawiane przed urzędnikiem sądowym”. Taka automatyczna sądowa kontrola ma stanowić instrument obrony przed arbitralnym zachowaniem, pozbawieniem wolności *incommunicado* oraz złym traktowaniem. Powyższa myśl nie przesądza definitywnie tego, czy obecność fizyczna musi mieć charakter osobistego stawienia się w sądzie, czy też jej formą jest uczestnictwo zdalne¹⁸. Można bowiem zauważyć, że na gruncie art. 9 ust. 3 Międzynarodowego Paktu Praw Podstawowych i Politycznych¹⁹ („Osoba aresztowana lub zatrzymana pod zarzutem dokonania przestępstwa powinna być w krótkim czasie postawiona przed sędzią lub przed inną osobą ustawowo uprawnioną do sprawowania władzy sądowej”) Komitet Praw Człowieka również zajął stanowisko, iż wymagane jest fizyczne postawienie osoby pozbawionej wolności przed sędzią lub innym upoważnionym organem²⁰. Jako otwarte można jednak potraktować pytanie, czy stawiennictwo zdalne zostałyby uznane za formę stawiennictwa fizycznego albo jego ekwiwalent spełniający wymagania art. 9.

Mając wszakże na uwadze znaczenie bezpośredniego kontaktu dla oceny sytuacji osoby pozbawionej wolności, należy się opowiedzieć za traktowaniem fizycznego stawiennictwa jako reguły. Odstępstwa od tego w formie generalnej musiałyby przybrać formę derogacji w odniesieniu do art. 5 ust. 3 EKPC na podstawie art. 15 EKPC (np. z uwagi na pandemię²¹) lub w indywidualnych przypadkach być uzasadnione niemożnością stawiennictwa osobistego (np. z uwagi na stan zdrowia osoby pozbawionej

¹⁷ Wyrok ETPC z dnia 29 marca 2010 r. w sprawie *Medvedev i inni przeciwko Francji*, skarga nr 3394/03, § 118.

¹⁸ Trzeba zwrócić uwagę, że np. w sprawie *Golubev* Trybunał potraktował stawiennictwo zdalne jako coś odmiennego od stawiennictwa fizycznego czy osobistego. Decyzja ETPC z dnia 9 listopada 2006 r. w sprawie *Golubev przeciwko Rosji*, skarga nr 26260/02.

¹⁹ Międzynarodowy Pakt Praw Podstawowych i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 16 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167).

²⁰ „The individual must be brought to appear physically before the judge or other officer authorized by law to exercise judicial power. The physical presence of detainees at the hearing gives the opportunity for inquiry into the treatment that they received in custody and facilitates immediate transfer to a remand detention centre if continued detention is ordered. It thus serves as a safeguard for the right to security of person and the prohibition against torture and cruel, inhuman or degrading treatment” – Human Rights Committee, General comment No. 35. Article 9 (Liberty and security of person), CCPR/C/GC/35, 16 December 2014, pkt 34.

²¹ W myśl art. 15 ust. 1 EKPC, w przypadku wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego zagrożającego życiu narodu, każda z Wysokich Układających się Stron może podjąć środki uchylające stosowanie zobowiązań wynikających z niniejszej Konwencji w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji, pod warunkiem, że środki te nie są sprzeczne z innymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego.

wolności) lub koniecznością ochrony innych praw konwencyjnych (np. w przypadku ryzyka narażenia konwoju i osób znajdujących się w siedzibie organu procesowego na zarażenie).

Z kolei w myśl art. 5 ust. 4 EKPC każdy, kto został pozbawiony wolności przez zatrzymanie lub aresztowanie, ma prawo odwołania się do sądu w celu ustalenia bezwzględnie przez sąd legalności pozbawienia wolności i zarządzenia zwolnienia, jeżeli pozbawienie wolności jest niezgodne z prawem. Funkcjonowanie posiedzeń aresztowych było przedmiotem badania ETPC w sprawie Bah²². Dostrzegając trudne i nieprzewidywalne problemy praktyczne w pierwszym okresie pandemii COVID-19, Trybunał zauważył, że reprezentacja i wysłuchanie skarżącego poprzez jego obrońcę, z którym miał on regularny kontakt i który zaprezentował jego stanowisko, waga innych praw skarżącego oraz generalny interes w ochronie zdrowia prowadzą do wniosku, iż nie była sprzeczna z art. 5 ust. 4 EKPC ocena pozbawienia wolności skarżącego bez jego stawiennictwa osobistego lub poprzez videokonferencję. Artykuł 5 ust. 4 EKPC nie nakłada bowiem tak ścisłych wymagań co do przesłuchania jak art. 6 EKPC. Trybunał odróżnił zatem przesłuchanie osobiste (*in person*) od przesłuchania w drodze videokonferencji (*by videoconference*)²³.

4. Udział obrońcy w czynnościach prowadzonych na odległość

Udział obrońcy w czynnościach prowadzonych na odległość nie może być zagwarantowany w sposób ograniczony w stosunku do tradycyjnego udziału. Przeciwnie, w przypadku przesłuchania w drodze videokonferencji udział ten ma szczególne znaczenie i ta forma przesłuchania oskarżonego i jego udziału w postępowaniu może wymuszać wyznaczenie obrońcy z urzędu. W sprawie Sakhnovskiy²⁴ ETPC podkreślił, że należy zapewnić odpowiednie udogodnienia i czas na porozumienie się z obrońcą, stąd danie 15 minut rozmowy telefonicznej przed rozprawą w skomplikowanej sprawie poprzez system komunikacji zapewniony przez państwo, mogący nasuwać wątpliwości co do zapewnienia poufności, nie spełnia wymogów. Oskarżony powinien mieć możliwość osobistego kontaktu z obrońcą, jeśli okoliczności tego wymagają. Jeżeli stoi temu na przeszkodzie odległość, można było wyznaczyć drugiego obrońcę w miejscu pobytu oskarżonego, który byłby z nim w trakcie rozprawy, umożliwiając efektywną komunikację i udzielenie porady prawnej.

²² Decyzja ETPC z dnia 22 czerwca 2021 r. w sprawie Bah przeciwko Holandii, skarga nr 35751/20, § 44.

²³ Podejście Trybunału do tej kwestii nie jest wszakże jednolite. W sprawie Yevdokimov uznano zeznawanie w drodze videokonferencji za formę zeznania osobistego (*in person*), podobnie jak przesłuchanie w miejscu pobytu osadzonego. Wyrok ETPC z dnia 17 września 2009 r. w sprawie Yevdokimov przeciwko Rosji, skarga nr 17183/05, § 42.

²⁴ Wyrok ETPC z dnia 2 listopada 2010 r. w sprawie Sakhnovskiy przeciwko Rosji, skarga nr 21272/03, § 103–107.

W sprawie Golubev²⁵ skarga została uznana za bezzasadną, gdyż oskarżony nie wniósł o osobisty udział w rozprawie apelacyjnej (choć miał taką realną możliwość), nie kwestionował udziału w drodze videokonferencji, miał dwóch obrońców, mógł uzgodnić linię obrony przed rozprawą. Nie miał on, co prawda, możliwości kontaktu z obrońcami podczas rozprawy, ale mógł zażądać, aby jeden z nich był obecny w miejscu jego pobytu, czego nie zrobił.

Obrońca dla efektywnego wykonywania obrony musi mieć zapewniony dostęp do akt²⁶. Podobnie jak w przypadku oskarżonego, w razie prowadzenia czynności w sposób zdalny, dużym ułatwieniem w tym zakresie jest wprowadzenie zdalnego dostępu do akt w formie elektronicznej.

W przypadku przeprowadzania czynności przy zdalnym udziale oskarżonego lub obrońcy kluczowym wymaganiem i zarazem problemem jest możliwość efektywnej i poufnej komunikacji z obrońcą. W sprawie Zagaria²⁷ rozmowy oskarżonego, biorącego udział w rozprawie na odległość z obrońcą, były podsłuchiwane w jednostce penitencjarnej. Trybunał uznał, że naruszyło to możliwość efektywnego korzystania z pomocy obrońcy.

Powyższy problem rodzi pytanie o to, gdzie powinien znajdować się obrońca: w miejscu prowadzenia czynności przez organ procesowy czy też w miejscu pobytu oskarżonego. Aby zapewnić efektywne korzystanie z pomocy obrońcy, wybór miejsca powinien zostać pozostawiony decyzji obrońcy i oskarżonego. Jeśli zaś organ procesowy z ważnych względów chciałby zapewnić obecność obrońcy w wybranym przez siebie miejscu, powinien wziąć pod uwagę potrzebę ustanowienia drugiego obrońcy dla oskarżonego lub dopuszczenia jednego z obrońców ustanowionych przez oskarżonego do udziału w czynności w drugim miejscu.

Przejdźmy do analizy polskich regulacji w zakresie miejsca pobytu obrońcy. W myśl art. 250 § 3d Kodeksu postępowania karnego²⁸, w przypadku posiedzenia aresztowego przeprowadzanego w sposób określony w § 3b obrońca jest obecny w miejscu przebywania oskarżonego, chyba że obrońca stawi się w tym celu w sądzie lub sąd zobowiąże go do udziału w posiedzeniu w budynku sądu z uwagi na konieczność uchylecia ryzyka nierozstrzygnięcia wniosku w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania przed upływem dopuszczalnego czasu zatrzymania oskarżonego. W wypadku, gdy obrońca bierze udział w posiedzeniu, przebywając w innym miejscu niż oskarżony, sąd na wniosek oskarżonego lub obrońcy może zarządzić przerwę na czas oznaczony i zezwolić na telefoniczny kontakt obrońcy z oskarżonym, chyba że uwzględnienie wniosku może zakłócić prawidłowy przebieg posiedzenia lub stwarza ryzyko

²⁵ Decyzja ETPC z dnia 9 listopada 2006 r. w sprawie Golubev przeciwko Rosji, skarga nr 26260/02.

²⁶ Wyrok ETPC z dnia 19 grudnia 1989 r. w sprawie Kamasinski przeciwko Austrii, skarga nr 9783/82, § 87–88.

²⁷ Wyrok ETPC z dnia 27 listopada 2007 r. w sprawie Zagaria przeciwko Włochom, skarga nr 58295/00, § 32–36.

²⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 37 ze zm.) (dalej: k.p.k.).

nierozstrzygnięcia wniosku w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania przed upływem dopuszczalnego czasu zatrzymania oskarżonego (art. 250 § 3e k.p.k.).

Jeśli chodzi o zdalny udział w rozprawie, to art. 374 § 6 k.p.k. przewiduje, że obrońca bierze udział w rozprawie przeprowadzanej w sposób określony w art. 374 § 4 k.p.k. w miejscu przebywania oskarżonego, chyba że stawi się w tym celu w sądzie. W wypadku, gdy obrońca bierze udział w rozprawie, przebywając w innym miejscu niż oskarżony, sąd na wniosek oskarżonego lub obrońcy może zarządzić przerwę na czas oznaczony, w celu kontynuacji rozprawy w tym samym dniu, aby umożliwić telefoniczny kontakt obrońcy z oskarżonym, chyba że złożenie wniosku w sposób oczywisty nie służy realizacji prawa do obrony, a w szczególności zmierza do zakłócenia lub nieuzasadnionego przedłużenia rozprawy (art. 374 § 7 k.p.k.).

Z kolei w postępowaniu przyspieszonym przewidziano, że jeżeli w sytuacji zdalnego przesłuchania oskarżonego został ustanowiony obrońca, to uczestniczy on w czynnościach sądowych przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tych czynności na odległość, w miejscu przebywania sprawcy (art. 517b § 2c k.p.k.).

Jak widać, polskie regulacje stwarzają ryzyko naruszenia prawa do efektywnej obrony poprzez narzucenie ustawowe lub na podstawie decyzji sądu miejsca pobytu obrońcy. Ponadto umożliwiają one sądowi ograniczenie kontaktu obrońcy z oskarżonym w sposób naruszający prawo do obrony²⁹.

Kolejną rzeczą jest to, że polskie regulacje przewidują udział określonych osób w trakcie czynności w pomieszczeniu, gdzie czynność jest dokonywana (art. 250 § 3c k.p.k., art. 374 § 5 k.p.k., art. 517b § 2b k.p.k.). Nie przewidziano wprost czasowego opuszczenia tego pomieszczenia na czas rozmowy z obrońcą. Generuje to wątpliwość co do poufności komunikacji, a co za tym idzie – możliwości zapewnienia w sposób należyty prawa do skorzystania z pomocy obrońcy. W tym kontekście należałoby odwołać się do art. 73 § 1 k.p.k., zgodnie z którym oskarżony tymczasowo aresztowany może porozumiewać się ze swym obrońcą podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie.

²⁹ Krytycznie na ten temat także np. C. Kulesza, *Rozprawa zdalna oraz zdalne posiedzenie aresztowe w świetle konwencyjnego standardu praw oskarżonego*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2021, z. 26, nr 3, s. 218–219; R. Badowiec, *Prawo oskarżonego do kontaktu z obrońcą podczas posiedzenia aresztowego i rozprawy prowadzonych zdalnie*, „Prawo i Więź” 2023, nr 1(44), s. 160–161. Por. również A. Grubalska, *Rozprawa zdalna na gruncie art. 374 Kodeksu postępowania karnego*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2021, t. 21, nr 3, s. 99–109; J. Mierzwińska-Lorencka, *E-rozprawa w sprawach karnych w związku z regulacjami z tarczy 4.0*, LEX/el. 2020; J. Kluza, *Zmiany w Kodeksie postępowania karnego na podstawie „ustaw covidowych”*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 51, s. 83.

5. Przesłanki zastosowania formy zdalnej w Kodeksie postępowania karnego

Jak wskazano wyżej, ETPC wymaga, aby narzucenie oskarżonemu zdalnego udziału w rozprawie było uzasadnione. Oczywiście możliwe jest również dokonanie przez niego wyboru formy swojego udziału w postępowaniu, co nie nasuwa zastrzeżeń, skoro oskarżony może również w sposób wyraźny i świadomy zrezygnować w ogóle z udziału w rozprawie. Tym niemniej, w przypadku podjęcia decyzji o udziale zdalnym bez zgody oskarżonego muszą zaistnieć ważne przesłanki, uzewnętrznione w decyzji.

Analiza polskiego ustawodawstwa prowadzi do wniosku, że wymóg konwencyjny nie jest spełniony. Artykuł 250 § 3b k.p.k. przewiduje, iż można odstąpić od przymusowego doprowadzenia do sądu podejrzanego, jeżeli zostanie zapewniony udział podejrzanego w posiedzeniu, w szczególności złożenie przez niego wyjaśnień, przy użyciu urządzeń technicznych, umożliwiających przeprowadzenie tego posiedzenia na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku. Jediną przesłanką jest zatem możliwość przeprowadzenia czynności od strony organizacyjnej czy technicznej, wyjątek przewidziano jedynie dla oskarżonego, którego dotyczą okoliczności wskazane w art. 79 § 1 pkt 2 k.p.k. (art. 250 § 3f k.p.k.). Podobnie w przypadku zdalnego udziału w rozprawie jej przesłanką jest zapewnienie udziału wskazanych stron (w tym oskarżonego) przy użyciu urządzeń technicznych (art. 374 § 4 k.p.k.). Taka przesłanka została także sformułowana w przypadku trybu przyspieszonego (art. 517b § 2a k.p.k.).

Nie jest kontrowersyjna sytuacja określona w art. 377 § 4 k.p.k. w zw. z art. 377 § 3 k.p.k., który przewiduje możliwość zdalnego przesłuchania oskarżonego w sytuacji, kiedy oskarżony, którego obecność na rozprawie lub posiedzeniu jest obowiązkowa, zawiadomiony o terminie rozprawy lub posiedzenia oświadcza, że nie weźmie udziału w rozprawie lub posiedzeniu, uniemożliwia doprowadzenie go na rozprawę lub posiedzenie albo zawiadomiony o nich osobiście nie stawia się na rozprawę lub posiedzenie bez usprawiedliwienia. W tej sytuacji przesłanką jest bowiem niewypełnienie obowiązku procesowego, połączone z daniem oskarżonemu szansy złożenia wyjaśnień w formie zdalnej.

Podobnie zgodnie z art. 390 § 3 k.p.k. w zw. z art. 390 § 2 k.p.k. przesłanką zarządzenia opuszczenia przez oskarżonego sali rozpraw jest obawa, że obecność oskarżonego mogłaby oddziaływać krępująco na wyjaśnienia współoskarżonego albo na zeznania świadka lub biegłego.

Świadectwem lekceważenia konwencyjnego wymogu istnienia uzasadnionego ważnego powodu dla decyzji o udziale oskarżonego w formie zdalnej jest projekt nowelizacji Kodeksu postępowania karnego, który wpłynął do Sejmu 9 maja 2023 r.³⁰ Projekt ten przewidywał dodanie do art. 390 nowych § 4 i 5. W myśl proponowanego § 4, na wniosek pokrzywdzonego w sprawie o umyślne przestępstwo przeciwko

³⁰ Druk sejm. nr 3216, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=3216> [dostęp: 12.04.2024].

życiu i zdrowiu, przeciwko wolności lub przestępstwo z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej przewodniczący miał zarządzać, aby na czas jego przesłuchania oskarżony opuścił salę sądową. O ile nie stały temu na przeszkodzie względy techniczne lub organizacyjne, nakazując oskarżonemu opuszczenie sali sądowej, przewodniczący miał umożliwić mu udział w rozprawie przy użyciu urządzeń, o których mowa w § 3; w takim przypadku w miejscu przebywania oskarżonego obecny miał być referendarz sądowy, asystent sędziego lub urzędnik sądowy. Jeżeli oskarżony, któremu nakazano opuszczenie sali sądowej na czas przesłuchania pokrzywdzonego, nie brał udziału w rozprawie w sposób, o którym mowa w § 4, przepis art. 375 § 2 k.p.k. miał być stosowany odpowiednio (§ 5).

Powyższa regulacja oznaczała, że to pokrzywdzony miał mieć w określonych postępowaniach możliwość zadecydowania, czy oskarżony może być na sali rozpraw na czas jego przesłuchania, jego wniosek byłby zaś wiążący dla sądu bez możliwości oceny, czy w sprawie istnieje obawa pokrzywdzonego, ryzyko niekorzystnego wpływu na niego obecności oskarżonego. Samo złożenie wniosku, niewymagające uzasadnienia, również nie spełniało wymogów konwencyjnych. W uzasadnieniu projektu wskazano, co prawda, że „Zaproponowane rozwiązanie, ukierunkowane na zapobieganie wtórnej wiktymizacji ofiar przestępstw służyć będzie również czynieniu przez sąd prawidłowych ustaleń faktycznych, ograniczając liczbę przypadków, gdy obecność oskarżonego w bezpośredniej bliskości przesłuchiwanej ofiary przestępstwa mogłaby wpływać na nią krępująco, co mogłoby prowadzić do zniekształcenia treści jej zeznań, umniejszającego ich walor dowodowy”. Problem jednak w tym, że z jednej strony sąd nie mógł wziąć pod uwagę interesu oskarżonego w obecności na sali sądowej podczas przesłuchania pokrzywdzonego, z drugiej zaś z góry założono istnienie w każdej sprawie ryzyka wiktymizacji i niekorzystnego wpływu, które mogą wszak nie występować w ogóle lub przejawiać się w stopniu nieprzeważającym nad prawem do obrony oskarżonego³¹.

W trakcie prac legislacyjnych treść proponowanych przepisów została zmieniona. W wersji finalnej, zawartej w ustawie z dnia 7 lipca 2023 r.³² dodano w art. 390 § 4 k.p.k. przesłankę w postaci istnienia obawy, że obecność oskarżonego mogłaby oddziaływać krępująco na pokrzywdzonego. Ponadto wprowadzono swoisty wentyl bezpieczeństwa polegający na tym, że sąd może nie uwzględnić wniosku pokrzywdzonego, jeżeli przemawia przeciwko temu względ na konieczność dokonania prawidłowych ustaleń faktycznych. Zmiany te należy ocenić pozytywnie, aczkolwiek ograniczenie

³¹ Odnosząc się krytycznie do takiego rozwiązania, Rzecznik Praw Obywatelskich w swojej opinii do projektu zaproponował, aby w sytuacji niemożności zapewnienia udziału zdalnego oskarżonego przesłuchanie pokrzywdzonego było odsuwane w czasie do momentu stworzenia możliwości takiego udziału lub ustanowienia obrońcy. Zob. RPO, Pismo z dnia 20 kwietnia 2023 r., IV.510.18.2023.Kpa, s. 7, https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/2023-05/Do_MS_kpc_kpk_usp_opinia_20.04.2023.pdf [dostęp: 12.04.2024].

³² Ustawa z dnia 7 lipca 2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1860).

kręgu przesłanek negatywnych do konieczności zapewnienia prawidłowych ustaleń faktycznych jest niezasadne. Powinno dodać się do nich konieczność zapewnienia efektywnej obrony lub – ujmując problem szerzej – rzetelności postępowania.

Należy dodać, że ustawodawca istotnie różnicuje pozycję prokuratora i oskarżonego w zakresie możliwości skorzystania ze zdalnego udziału w rozprawie. W przypadku pierwszego wystarczające jest złożenie wniosku (art. 374 § 3 k.p.k.), w przypadku drugiego zależy to – jak wyżej wskazano – w pełni od uznania sądu. Takie rozwiązanie nasuwa wątpliwości co do równości broni³³ i może negatywnie wpływać na prawo do obrony w sytuacji, kiedy sąd nie zezwala na zdalne uczestnictwo oskarżonego, a z różnych powodów jego stawiennictwo fizyczne jest utrudnione.

6. Udział tłumacza w czynnościach na odległość z udziałem oskarżonego

Kodeks postępowania karnego odnosi się także do uczestnictwa tłumacza przy przeprowadzaniu czynności z udziałem oskarżonego w formie zdalnej. W myśl art. 250 § 3g k.p.k. tłumacz może wziąć udział w posiedzeniu również w miejscu przebywania oskarżonego.

Z kolei zgodnie z art. 374 § 8 k.p.k., jeżeli zachodzi potrzeba udziału tłumacza w rozprawie przeprowadzanej w sposób określony w § 4, tłumacz bierze udział w rozprawie w miejscu przebywania oskarżonego niewładającego w wystarczającym stopniu językiem polskim lub w miejscu przebywania osoby, co do której zachodzą okoliczności określone w art. 204 § 1 pkt 1 k.p.k., chyba że przewodniczący zarządzi inaczej.

Jeszcze inne rozwiązanie przyjęto w art. 517b § 2d k.p.k., przewidującym, że jeżeli w wypadku określonym w § 2a tego przepisu w odniesieniu do sprawcy zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 204 § 1 k.p.k., tłumacz uczestniczy w czynnościach sądowych przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tych czynności na odległość, w miejscu przebywania sprawcy.

Przewidziano zatem albo alternatywność miejsca przebywania tłumacza, albo jego przebywanie w miejscu pobytu oskarżonego, z możliwością podjęcia przez przewodniczącego składu orzekającego decyzji o jego pobycie w innym miejscu albo zawężono miejsce pobytu do miejsca pobytu oskarżonego.

Z pewnością miejsce pobytu oskarżonego jest najbardziej pożądanym miejscem pobytu tłumacza, stąd powyższe regulacje nie nasuwają większych zastrzeżeń. Należy podnieść wszakże ich niespójność. Ponadto danie sądowi możliwości arbitralnego określenia miejsca pobytu tłumacza w innym miejscu stwarza pole do kierowania się innymi względami niż zapewnienie prawa do obrony.

³³ Por. D. Szumiło-Kulczycka, *Wpływ pandemii COVID-19 na realizację prawa do sądu w sprawach karnych w Polsce*, PPC 2021, nr 1, s. 204–205 oraz Ł. Brzezowski, *Udział prokuratora w rozprawie i posiedzeniu zdalnym*, Prok. i Pr. 2021, nr 3, s. 46.

Podsumowanie

Podsumowując powyższe rozważania, można wskazać, że polskie regulacje dotyczące zdalnego udziału oskarżonego w rozprawie i posiedzeniu aresztowym nie spełniają standardów strasburskich, ponieważ nie wskazują uzasadnionych powodów zastąpienia uczestnictwa fizycznego przez wirtualne oraz nie zapewniają ani swobody miejsca uczestnictwa obrońcy, ani właściwego kontaktu. Prowadzenie rozprawy lub posiedzenia w formie chociażby częściowo zdalnej nie może być celem samym w sobie, lecz musi realizować jakiś legitymizowany cel, którego polski sąd karny podejmujący decyzję o prowadzeniu postępowania w tej formie nie musi wskazywać. Może on również narzucić obrońcy miejsce przebywania podczas czynności procesowej wbrew woli jego i oskarżonego. Nie przewidziano też odpowiednich regulacji w zakresie zapewnienia poufności kontaktu i to zarówno od strony technicznej, jak i organizacyjnej.

Powyższe skłania do zgłoszenia postulatu zmiany art. 250, art. 374 oraz art. 517b k.p.k., odnoszących się do zdalnego przesłuchania oskarżonego i jego udziału w czynnościach procesowych, poprzez wskazanie przesłanek pozytywnych i negatywnych ich przeprowadzenia oraz rozszerzenia przesłanek negatywnych w art. 390 § 4 k.p.k. W przepisach tych należy wprowadzić jako zasadę wybór obrońcy co do miejsca przebywania podczas czynności i wyeliminować lub co najmniej zredukować możliwość podjęcia w tym zakresie decyzji przez sąd. Konieczne jest także zagwarantowanie efektywnego środka i warunków komunikacji w przypadku przebywania oskarżonego i obrońcy podczas czynności w różnych miejscach.

Literatura

- Badowiec R., *Prawo oskarżonego do kontaktu z obrońcą podczas posiedzenia aresztowego i rozprawy prowadzonych zdalnie*, „Prawo i Więź” 2023, nr 1(44).
- Brzezowski Ł., *Udział prokuratora w rozprawie i posiedzeniu zdalnym*, „Prokuratura i Prawo” 2021, nr 3.
- Cieślak M., *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984.
- Grubalska A., *Rozprawa zdalna na gruncie art. 374 Kodeksu postępowania karnego*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2021, t. 21, nr 3.
- Human Rights Committee, General comment No. 35. Article 9 (Liberty and security of person), CCPR/C/GC/35, 16 December 2014.
- Kluza J., *Zmiany w Kodeksie postępowania karnego na podstawie „ustaw covidowych”*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 51.
- Kulesza C., *Rozprawa zdalna oraz zdalne posiedzenie aresztowe w świetle konwencyjnego standardu praw oskarżonego*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2021, z. 26, nr 3.
- Lach A., *Udział oskarżonego w czynnościach procesowych w drodze videokonferencji*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 9.
- Lach A., Klubińska M., Badowiec R., *Conflicting interests of witnesses and defendants in a fair criminal trial – can a hearing by videoconference be the best instrument to reconcile them?*, „Revista Brasileira de Direito Processual Penal” 2022, vol. 8, n° 3.

Mierzwińska-Lorencka J., *E-rozprawa w sprawach karnych w związku z regulacjami z tarczy 4.0*, LEX/el. 2020.

Szumiło-Kulczycka D., *Wpływ pandemii COVID-19 na realizację prawa do sądu w sprawach karnych w Polsce*, „Polski Proces Cywilny” 2021, nr 1.

Śliwiński S., *Proces karny. Zasady ogólne*, Warszawa 1948.

Streszczenie

Arkadiusz Lach

Realizacja prawa do obrony w związku z przesłuchaniem oraz udziałem na odległość w rozprawie i posiedzeniu aresztowym w świetle orzecznictwa ETPC

W artykule omówiono możliwość realizacji prawa do obrony w związku z przesłuchaniem zdalnym i udziałem na odległość w procesie karnym. Autor przedstawia standardy strasburskie i zestawia z nimi polskie regulacje. Analiza prowadzi do wniosku, że brzmienie przepisów krajowych może skutkować naruszeniem standardów strasburskich z uwagi na brak przesłanek decyzji o udziale oskarżonego w formie zdalnej, możliwością narzucenia miejsca obecności fizycznej obrońcy podczas czynności oraz niezapewnieniem odpowiedniego kontaktu oskarżonego z obrońcą.

Słowa kluczowe: videokonferencja, udział na odległość, prawo do obrony.

Summary

Arkadiusz Lach

Exercise of the Right to Defence in Connection with Interrogation and Remote Participation in a Criminal Trial and Detention Hearing in the Light of ECtHR Case Law

The article analyses the possibility of realization of the right to defence in relation to remote hearing and remote participation in criminal proceedings. The author presents Strasbourg standards and confronts Polish regulations with them. The analysis leads to the conclusion that the wording of domestic regulations may lead to the infringement of Strasbourg standards due to the lack of reasons for the decision on remote participation of the accused, the possibility of arbitrary decision concerning the place of the physical presence of the defence lawyer and not ensuring adequate contact between the accused and the defence lawyer.

Keywords: videoconference, remote participation, right to defence.

Adrian Zbiciak

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, Polska

adrian.zbiciak@kul.pl

ORCID: 0000-0002-9501-8611

<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.02>

Wybrane aspekty wykorzystywania nowoczesnych technologii w pracy sędziego orzekającego w sprawach karnych. Stan obecny i perspektywa na przyszłość

Wprowadzenie

Nieunikniony i oczekiwany postęp technologiczny nie może ominąć również wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych. To zdanie wprowadzające, z perspektywy sędziego orzekającego w pierwszej instancji w sprawach karnych, może wydawać się w obecnych realiach raczej postulatem czy apelem niż stwierdzeniem faktu. Mimo licznych zmian legislacyjnych dotyczących również procesu karnego ustawodawca wydaje się nie poświęcać zagadnieniu wykorzystania nowoczesnych technologii w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych wystarczającej uwagi. Niewykluczone, że jest to wynikiem założenia, iż obecne otoczenie normatywne procesu karnego jest już wystarczające i wykorzystanie nowinek technologicznych nie wymaga ingerencji ustawodawcy, a pozostaje kwestią właściwej interpretacji i wykorzystania obowiązujących przepisów przez podmioty stosujące prawo. W artykule podjęto próbę dokonania analizy wybranych, obowiązujących obecnie rozwiązań pod kątem wykorzystania nowoczesnych technologii w procesie karnym. Zaprezentowane uwagi mają najczęściej oparcie w konkretnych doświadczeniach autora związanych ze stosowaniem w praktyce poszczególnych instytucji procesowych w realiach sali sądowej, przy czym niniejsze opracowanie nie stanowi z pewnością kompleksowej analizy tytułowego zagadnienia.

Z uwagi na konieczność zachowania ilościowych ram artykułu rozważania ograniczono do czterech wybranych przez autora kwestii. W pierwszej kolejności zajęto się analizą trzech zagadnień istotnych z punktu widzenia samego biegu procesu, tj. rozprawami zdalnymi, digitalizacją akt oraz nagrywaniem rozpraw i innych czynności procesowych. W dalszej części opracowania przedstawiono kilka uwag dotyczących wykorzystania nowoczesnych technologii w postępowaniu dowodowym i od razu warto dodać, że tym uwagom z kolei bliżej raczej do postulatów niż do analizy stanu *de lege lata*.

1. Niektóre aspekty „rozpraw zdalnych”

Z aprobatą należy ocenić samą możliwość przeprowadzania w sprawach karnych „rozpraw zdalnych”, choć obecne, wymuszone przede wszystkim stanem epidemii uregulowanie tej kwestii w Kodeksie postępowania karnego¹ nie jest pozbawione wad. Przed przystąpieniem do dalszych rozważań warto na wstępie zdefiniować, co autor dla potrzeb niniejszego artykułu rozumie pod pojęciem „rozprawy zdalnej”. Zgodnie z przyjętą w tym miejscu nomenklaturą będzie to każda rozprawa, w której któryś z jej uczestników uczestniczy z innego miejsca niż sala rozpraw sądu właściwego do rozpoznania danej sprawy, z jednoczesną transmisją obrazu i dźwięku. Będą to zatem cztery, następujące przypadki:

- 1) zdalne uczestnictwo w rozprawie oskarżonego, oskarżyciela posiłkowego lub oskarżyciela prywatnego pozbawionego wolności w rozprawie z jednostki penitencjarnej, w której przebywa (art. 374 § 4–9 k.p.k.);
- 2) zdalne uczestnictwo w rozprawie prokuratora (art. 374 § 3 k.p.k.);
- 3) przesłuchanie oskarżonego niepozbawionego wolności, który nie złożył jeszcze wyjaśnień przed sądem, w okręgu którego przebywa (art. 377 § 4 k.p.k. i znajdujące się tam odesłanie do art. 396 § 2 k.p.k. oraz do art. 177 § 1a k.p.k.);
- 4) przesłuchanie świadka, biegłego w miejscu jego przebywania (art. 177 § 1a k.p.k., art. 197 § 3 k.p.k.).

Trzeba podkreślić, że w istocie żadna z powyższych czterech możliwości nie jest typową rozprawą zdalną, odmiejscowioną, funkcjonującą w postępowaniu cywilnym², zaś rozwiązania z punktu 3) i 4) to nic innego, jak po prostu przesłuchanie na odległość. Wydaje się, że najwłaściwszym określeniem byłoby sformułowanie „rozprawa z elementem rozprawy zdalnej”³, które jednak dla potrzeb tego opracowania można nieco uprościć. Jakie zatem problemy w praktyce sędziego karnego należy odnotować w związku z zagadnieniem rozpraw zdalnych?

W doktrynie słusznie wskazywano na, jak się wydaje, najistotniejsze ograniczenie wynikające ze zdalnej formy prowadzenia rozprawy w sytuacji, o której mowa w art. 374 § 6 k.p.k., a więc ograniczenie prawa do obrony wówczas, gdy obrońca nie znajduje się w tym samym miejscu, co oskarżony pozbawiony wolności⁴. Oczywiście

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 37 ze zm.) (dalej: k.p.k.).

² Rozprawy zdalne w postępowaniu cywilnym, w których możliwe stało się uczestnictwo spoza budynku sądu, a więc np. z domu lub kancelarii, uregulowane są w art. 15zszs¹ ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 340). Na mocy ustawy z dnia 7 lipca 2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1860) rozwiązania te weszły na stałe do postępowania cywilnego.

³ Por. J. Mierzwińska-Lorencka, *E-rozprawa w sprawach karnych w związku z regulacjami z tarczy 4.0*, LEX/el. 2020.

⁴ D. Świecki, *Komentarz do art. 374 [w:] B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, D. Świecki, Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023, teza 20; R. Badowiec, *Prawo*

jest, że w takim przypadku kontakt obrońcy z oskarżonym jest utrudniony, wymaga zarządzenia przerwy, nie jest możliwe bieżące ustalanie lub szybkie modyfikowanie linii obrony, np. w toku przesłuchania świadka czy biegłego. Możliwość zarządzenia przerwy, o której mowa w art. 374 § 7 k.p.k., nie zawsze pozwoli w pełni zrealizować to prawo, zwłaszcza że decyzja w tym zakresie należy do przewodniczącego i nie jest poddawana żadnej kontroli w toku rozprawy głównej, jeśli skład sądu jest jednoosobowy (art. 373 k.p.k.). Z dotychczasowej praktyki orzeczniczej autora wynika, że ten sygnalizowany wyżej problem nie wydaje się jednak najdonioślejszy – rzadko bowiem występuje. W sytuacji, w której zarówno oskarżony, jak i obrońca wiedzą, iż na danym terminie rozprawy będą przesłuchiwać kluczowi z punktu widzenia obrony świadkowie, wnioskuje o doprowadzenie oskarżonego na rozprawę zamiast zdalnego w niej uczestnictwa. Trudno sobie wyobrazić uzasadnienie dla odmowy uwzględnienia przez sąd takiego, złożonego w rozsądnym terminie wniosku – oczywiście, o ile na nowo nie zaktualizują się zagrożenia, jakie uzasadniły wprowadzenie rozpraw zdalnych do procesu karnego.

Warto zatem zwrócić uwagę na inne, odnotowane przez autora problemy praktyczne w stosowaniu obecnych uregulowań dotyczących rozpraw zdalnych w postępowaniu karnym. Pierwszym z nich jest brak możliwości uczestnictwa w rozprawie w sposób zdalny oskarżonego, oskarżyciela posiłkowego czy oskarżyciela prywatnego, którzy nie są pozbawieni wolności. Przede wszystkim należy zauważyć, że sytuacja opisana wyżej w punkcie 3), a więc ta, o której mowa w art. 377 § 4 k.p.k., daje możliwość przeprowadzenia wyłącznie pierwszego przesłuchania oskarżonego, który złoży wyjaśnienia w sądzie, w którego okręgu przebywa⁵. Jeśli przykładowo na tym samym terminie rozprawy, na którym miałyby miejsce zdalne przesłuchanie odpowiadającego z wolnej stopy oskarżonego, sąd przesłuchiwałby ponadto świadków, np. pokrzywdzonego, to *de lege lata* połączenie z innym sądem powinno zostać zakończone niezwłocznie po przesłuchaniu oskarżonego. Nie ma bowiem podstawy prawnej do umożliwienia oskarżonemu w powyższej sytuacji dalszego uczestnictwa w rozprawie. Oskarżyciel posiłkowy lub oskarżyciel prywatny, jeśli nie są pozbawieni wolności, również mają prawo wyłącznie do przesłuchania ich na odległość w charakterze świadków, ale w przesłuchaniu oskarżonego lub w przeprowadzeniu pozostałych dowodów w sposób zdalny już uczestniczyć nie mogą.

Należy zauważyć, że przy wszystkich ograniczeniach uczestnictwa w rozprawie na odległość związanych z prawem do obrony czy wreszcie z kwestiami czysto technicznymi, jak zła jakość połączenia, niekiedy jednak możliwość uczestnictwa zdalnego spowodowałaby, że strona w ogóle w rozprawie wzięłaby udział. Oczywiście, w świetle brzmienia art. 374 § 1 k.p.k. co do zasady oskarżony ma prawo zdecydować, czy korzysta z prawa do uczestnictwa w rozprawie, czy też z niego rezygnuje, i to on

oskarżonego do kontaktu z obrońcą podczas posiedzenia aresztowego i rozprawy prowadzonych zdalnie, „Prawo i Więź” 2023, nr 1, s. 157–158.

⁵ J. Głębocka, *Wpływ nieobecności oskarżonego na rozprawie na jej dalszy bieg na przykładzie art. 377 § 4 k.p.k.* [w:] *Z problematyki funkcji procesu karnego*, red. T. Grzegorzczak, J. Izidorczyk, R. Olszewski, Warszawa 2013, s. 658–660.

ponosi konsekwencje tej drugiej decyzji. To samo dotyczy oskarżyciela posiłkowego lub prywatnego. Niekiedy jednak z przyczyn np. zdrowotnych, ekonomicznych czy rodzinnych strony rezygnują z przyjazdu do sądu oddalonego o kilkaset kilometrów od miejsca ich pobytu, zaś w przypadku możliwości uczestnictwa zdalnego w rozprawie chętnie by z takiego rozwiązania skorzystały. Pozbawianie stron pozostających na wolności możliwości choćby przysłuchiwania się przesłuchaniu świadków na rozprawie bez wyłączonej jawności, gdy nie zachodzi ryzyko ujawnienia informacji objętych stosownymi klauzulami tajności, zdaje się być zupełnie nieuzasadnione. Autor dostrzega odmienność sytuacji, w jakiej znajduje się strona pozbawiona i niepozbawiona wolności, niemniej jednak przy obecnym rozwoju technologicznym i postępującej cyfryzacji rezerwowanie możliwości zdalnego uczestnictwa wyłącznie dla stron pozbawionych wolności nie znajduje przekonującego uzasadnienia. Nie można w szczególności za takie uznać aspektów natury organizacyjnej – konieczność angażowania kolejnego sądu i pracownika niewątpliwie jest problemem ważkim, ale do pokonania przy odpowiedniej polityce dotyczącej organizacji wymiaru sprawiedliwości. Problem ten zresztą zdezaktualizowałby się, jeśli strony, tak jak w postępowaniu cywilnym, mogłyby łączyć się i uczestniczyć w jawnej rozprawie z dowolnego miejsca, w którym aktualnie przebywają.

Warto zatem zwrócić uwagę na kolejny aspekt związany z rozprawami zdalnymi, jakim jest nierówność stron. Zgodnie z brzmieniem art. 374 § 3 k.p.k., gdy prokurator złoży wniosek o umożliwienie mu zdalnego udziału w rozprawie, przewodniczący wyraża na to zgodę, a jedynym ograniczeniem mogą być tutaj względy techniczne. W przypadku stron pozbawionych wolności, zgodnie z treścią art. 374 § 4 k.p.k., przewodniczący może zwolnić je z obowiązku stawiennictwa osobistego. Nie wydaje się, by takie różnicowanie sytuacji procesowej stron w kontradiktoryjnym procesie miało jakiegokolwiek uzasadnienie. Ustawodawca, w przeciwieństwie do sytuacji prokuratora, istotnie nie precyzuje, czy zwolnienie z obowiązku stawiennictwa strony pozbawionej wolności może nastąpić z urzędu czy na jej wniosek, choć z perspektywy brzmienia art. 9 § 2 k.p.k. nie ma to w praktyce znaczenia, skoro strona i tak zawsze będzie mogła o to wnioskować⁶. Jednoznacznie krytycznie należy jednak ocenić to, że przewodniczący składu nie ma w przypadku wniosku prokuratora „ostatniego zdania”, tak jak w przypadku stron pozbawionych wolności.

W tym miejscu ponownego podkreślenia wymaga fakt, że strona pozbawiona wolności, której stawiennictwo na rozprawie nie jest obowiązkowe, zgodnie z brzmieniem art. 374 § 4 k.p.k. nie ma prawa do zdalnego udziału w rozprawie. W istocie zatem, by oskarżonemu, który przykładowo jest pozbawiony wolności w miejscu odległym od sądu, przed którym sprawa się toczy, a który z różnych względów nie chce być przetransportowany do innego zakładu karnego blisko sądu właściwego do rozpoznania sprawy (np. nie chce przerywać terapii, nie chce utracić odpłatnego zatrudnienia), umożliwić zdalny udział w rozprawie, sąd (przewodniczący) powinien najpierw uznać

⁶ D. Świecki, *Komentarz do art. 374* [w:] B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, D. Świecki, *Kodeks postępowania karnego. Tom I...*, teza 25.

obecność oskarżonego na rozprawie za obowiązkową, po to tylko, by następnie zwolnić go z obowiązku stawiennictwa osobistego i umożliwić stawiennictwo w ramach wideokonferencji. Rozwiązanie to należy ocenić jako co najmniej mało racjonalne.

Warto wreszcie zastanowić się, czy obecnie obowiązujące przepisy karnoprocesowe przewidują możliwość zdalnego uczestnictwa w rozprawie oskarżyciela publicznego niebędącego prokuratorem. W sprawach karnych skarbowych, wobec ogólnego odesłania z art. 113 § 1 Kodeksu karnego skarbowego⁷ do Kodeksu postępowania karnego, wydawać by się mogło, że finansowy organ postępowania przygotowawczego, który następnie wnosi i popiera akt oskarżenia, również mógłby wnioskować o zdalny udział w rozprawie. Rzecz jednak w tym, że w art. 122 § 1 pkt 1 k.k.s. ustawodawca wymienia, w jakich sytuacjach przez wyrażenie „prokurator”, o którym mowa w poszczególnych przepisach Kodeksu postępowania karnego, należy rozumieć również finansowy organ postępowania przygotowawczego. W bogatym katalogu tych przepisów nie ma zaś wymienionego art. 377 § 3 k.p.k., co musi prowadzić do wniosku, że brak jest podstawy prawnej dla zdalnego uczestnictwa w rozprawie w sprawie o przestępstwo lub wykroczenie skarbowe oskarżyciela publicznego, którym jest naczelnik urzędu skarbowego, naczelnik urzędu celno-skarbowego lub Szef Krajowej Administracji Skarbowej. Ponownie trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie dla takiego rozróżnienia sytuacji prokuratora i finansowych organów postępowania w sprawach karnych skarbowych. Analogicznie należy ocenić sytuację innych organów państwowych, które na podstawie ustaw szczególnych mają uprawnienie do pełnienia funkcji oskarżyciela publicznego (art. 45 § 2 k.p.k.) – prawo do (w istocie wiążącego) wnioskowania o zdalny udział w rozprawie podmiotom tym nie przysługuje⁸.

Do wspomnianego już wyżej zagadnienia nierówności stron warto jeszcze dodać, że ustawodawca niejednolicie potraktował sytuację pozbawionego wolności oskarżonego względem sytuacji pozbawionych wolności oskarżyciela posiłkowego lub oskarżyciela prywatnego. W przypadku tych dwóch ostatnich podmiotów ustawodawca milczy, jeśli chodzi o miejsce przebywania ich pełnomocnika. Z brzmienia art. 377 § 6 k.p.k. wynika jednoznacznie, że obrońca bierze udział w rozprawie w miejscu przebywania oskarżonego, chyba że stawi się w tym celu w sądzie. Do obrońcy i oskarżonego należy więc decyzja, w którym miejscu ten pierwszy będzie uczestniczył w rozprawie. Brak takiej możliwości w przypadku pełnomocnika nie wydaje się uzasadniony jakimikolwiek względami. Być może jedynym racjonalnym rozwiązaniem tej sytuacji jest stosowanie do pełnomocnika normy z art. 377 § 6 i § 7 k.p.k. w drodze analogii, skoro nie oddziałuje to na uprawnienia stron w sposób niekorzystny, a wręcz przeciwnie – uznając brak stosownego uregulowania tej kwestii za lukę prawną, a nie celowe pominięcie⁹.

⁷ Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r., poz. 654 ze zm.) (dalej: k.k.s.).

⁸ Tak też: R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Komentarz do art. 374 [w:] Kodeks postępowania karnego. Tom III. Komentarz do art. 297–424*, red. *iidem*, Warszawa 2021, s. 792.

⁹ Odmiennie, wprost wykluczając w tym przypadku zastosowanie analogii: D. Świecki, *Komentarz do art. 374 [w:] B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, D. Świecki, Kodeks postępowania karnego*.

Ostatni aspekt rozpraw zdalnych, a precyzyjnie – rozprawy z elementem rozprawy zdalnej, na który warto zwrócić uwagę, dotyczy miejsca przebywania świadków (i biegłych) przesłuchiwanym na odległość. Praktyka nie tylko autora pokazuje, że świadków przesłuchuje się na odległość wyłącznie z budynku sądu, w okręgu którego przebywają. Oczywiście nie chodzi tu o sytuację, w której członek składu orzekającego udaje się osobiście do miejsca przebywania świadka, jeżeli świadek nie stawiał się z powodu przeszkód zbyt trudnych do usunięcia (art. 396 § 2 k.p.k.), a o sytuację zdalnego przesłuchania świadka w toku rozprawy. Warto zatem zauważyć, że zgodnie z art. 177 § 1a k.p.k. zdanie drugie w postępowaniu przed sądem w czynności w miejscu przebywania świadka bierze udział referendarz sądowy, asystent sędziego lub urzędnik zatrudniony w sądzie, w którego okręgu świadek przebywa. Z treści tego przepisu nie wynika, że jedyną możliwością jest przesłuchanie świadka w budynku sądu – co w praktyce najczęściej ma miejsce. Określenie „przed sądem” wskazuje bowiem jedynie na etap postępowania, zaś sformułowanie „w sądzie, w którego okręgu świadek przebywa” dotyczy miejsca zatrudnienia referendarza sądowego, asystenta sędziego lub urzędnika. Tym samym zdalne przesłuchanie świadka w toku rozprawy mogłoby nastąpić z miejsca innego niż sąd, a więc np. z domu czy nawet z siedziby kancelarii, pod warunkiem zapewnienia obecności tam referendarza, asystenta lub urzędnika. Ten ostatni aspekt jest oczywiście trudny do spełnienia z powodów organizacyjnych i braków kadrowych w wymiarze sprawiedliwości. Można sformułować wniosek, że art. 177 § 1a k.p.k. jest samodzielną podstawą do przeprowadzenia czynności zdalnego przesłuchania świadka w toku rozprawy i stanowi *lex specialis* względem normy z art. 396 § 2 k.p.k., która wymaga od świadka obecności w sądzie. Ten drugi przepis będzie miał zastosowanie w sytuacji, w której sąd właściwy do rozpoznania sprawy zwraca się o udzielenie pomocy prawnej – o przesłuchanie świadka w tej drodze przez sąd wezwany, bez bezpośredniej transmisji obrazu i dźwięku. W przypadku oskarżonego nie będzie już takiej możliwości, ponieważ w art. 377 § 4 k.p.k. ustawodawca wyraźnie przewidział odesłanie do art. 396 § 2 k.p.k., a więc zdalne przesłuchanie oskarżonego musi się odbyć w budynku sądu, w okręgu którego oskarżony przebywa.

Wymaga zarazem odnotowania, że w doktrynie wskazuje się, iż przesłuchanie świadka w trybie art. 177 § 1a k.p.k. jest możliwe jedynie w sytuacji, kiedy z uzasadnionych przyczyn niezasadne albo wręcz niemożliwe jest przesłuchanie w zwykłym trybie. Mogą to być sytuacje wymienione w art. 177 § 2 k.p.k. oraz wszelkie inne okoliczności, wskazujące na racjonalność przesłuchania na odległość, wśród których wymienia się np. ekonomię procesową¹⁰.

Warto na koniec zauważyć, że tożsame wnioski jak dla przesłuchania świadków powinny dotyczyć zdalnego przesłuchania biegłych (odesłanie z art. 197 § 3 k.p.k. m.in. do art. 177 k.p.k.). Praktyka pokazuje jednak, że zdalne przesłuchanie biegłych,

Tom I..., teza 22. Autor ten dopuszcza zarazem stosowanie do pełnomocnika, który w jego ocenie musi stawić się w sądzie, przez analogię przepisu art. 377 § 7 k.p.k. w zakresie zapewnienia poufności kontaktu telefonicznego.

¹⁰ P. Wiliński, *Przesłuchanie świadka na odległość w postępowaniu karnym*, PS 2005, nr 6, s. 16–18.

np. biegłych lekarzy, bardzo często odbywa się z miejsca ich pracy, np. szpitala. Praktyka zdalnego przesłuchania biegłych przebywających w innym miejscu niż sąd znajduje uzasadnienie, jak już wskazywano, w treści art. 177 § 1a k.p.k. Problem dotyczy jedynie wynikającej z art. 177 § 1a k.p.k. konieczności zapewnienia w takim przypadku obecności urzędnika sądowego w miejscu przebywania biegłego – co w praktyce oczywiście się nie zdarza. Wydaje się, że sytuację tę można uzasadnić wynikającą z art. 197 § 3 k.p.k. koniecznością jedynie „odpowiedniego” stosowania art. 177 § 1a k.p.k., stąd rezygnacja z obecności urzędnika w takim przypadku nie stanowi o naruszeniu wyżej wymienionego przepisu. Dla takiego rozróżnienia sytuacji świadków, przy przesłuchaniu których musi uczestniczyć urzędnik sądowy (asystent, referendarz), i biegłych uzasadnieniem może być to, iż funkcja biegłego łączy się ze swoistym zaufaniem publicznym i pozwala to na odstępianie od obecności urzędnika w miejscu przebywania biegłego¹¹.

Na koniec tej części rozważań autor chciałby zaproponować postulat *de lege ferenda*, którego uwzględnienie dałoby szersze prawo do korzystania z możliwości zdalnego udziału w rozprawie przez strony. Artykuł 374 § 3 k.p.k. mógłby mieć brzmienie: „Przewodniczący, na wniosek strony, może wyrazić zgodę na jej udział w rozprawie przy użyciu urządzeń technicznych, umożliwiających udział w rozprawie na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku, jeżeli nie stoją temu na przeszkodzie względy techniczne”. Ta zmiana po pierwsze, usunęłaby nierówność stron w zakresie wiążącego wniosku prokuratora, po drugie, umożliwiłaby złożenie takiego wniosku wszystkim podmiotom mogącym pełnić funkcję oskarżyciela publicznego i po trzecie, dałaby możliwość zdalnego uczestnictwa stronie nie tylko pozbawionej wolności i nie tylko w sytuacji obowiązkowego jej uczestnictwa w rozprawie.

2. Digitalizacja akt. Nagrywanie czynności procesowych

W sferze digitalizacji akt i audiowizualnego rejestrowania przebiegu czynności procesowych na etapie postępowania sądowego jest jeszcze wiele do zrobienia. W odniesieniu do pierwszej kwestii warto odnotować, że w jednostkach prokuratury funkcjonuje System Digitalizacji Akt (PROK-SYS). Zgodnie z § 144 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r., poz. 1115) udostępnienie akt może nastąpić, w miarę możliwości, właśnie przez ten system, przy wykorzystaniu dostępnych w systemie funkcjonalności. Prezentowana w tym artykule perspektywa sędziego nie będzie siłą rzeczy obejmować oceny funkcjonowania wspomnianego systemu w jednostkach organizacyjnych prokuratury. Należy jednak

¹¹ Odmienne R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Komentarz do art. 197 [w:] Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167–296*, red. *iidem*, Warszawa 2019, s. 515. Autorzy wskazują, że w miejscu przebywania biegłego obecność urzędnika (referendarza sądowego, asystenta sędziego) również jest wymagana.

wskazać, że autor przez kilka lat pracy orzeczniczej nie spotkał się jeszcze z dostępem do cyfrowej wersji akt prokuratorskich. Wydaje się, że standardem, być może nawet uregulowanym na gruncie kodeksowym, powinno być, iż akta sprawy, jeśli zostały uprzednio zdigitalizowane, są przesyłane przez oskarżyciela publicznego wraz ze skargą do sądu zarówno w wersji tradycyjnej, „papierowej”, jak i w wersji elektronicznej. Optymalnym rozwiązaniem byłoby ich jednoczesne udostępnianie stronom poprzez system elektroniczny. Ważkość tego zagadnienia uwidacznia się zwłaszcza na etapie rozpoznawania przez sąd wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania. Uczyniłoby to realnym wynikające z art. 156 § 5a k.p.k. prawo podejrzanego i jego obrońcy do zapoznania się z materiałem dowodowym stanowiącym podstawę wniosku o zastosowanie izolacyjnego środka zapobiegawczego. Jest bowiem oczywiste, że w sytuacji, gdy sędzia, który rozpoznaje wniosek o zastosowanie tymczasowego aresztowania, zapoznaje się z aktami, to jednocześnie nie może robić tego podejrzany ani jego obrońca. Niekiedy, w sytuacji, gdy materiał dowodowy jest naprawdę obszerny, czas 24 godzin nie będzie wystarczający do rzetelnego zapoznania się z aktami zarówno przez sędziego, jak i podejrzanego i jego obrońcę. Dostęp do wersji elektronicznej akt oczywiście nie rozwiązałby w pełni tego problemu, ale z całą pewnością pomógłby w realizacji uprawnienia przewidzianego w art. 156 § 5a k.p.k. i prawa podejrzanego do obrony.

Z kwestią digitalizacji akt ściśle wiąże się zagadnienie od dawna dyskutowane i, co więcej, jeśli chodzi o etap postępowania sądowego – od lat obecne w polskiej procedurze karnej, a przynajmniej w teorii – jest to nagrywanie przebiegu rozprawy i przebiegu innych czynności procesowych. Warto zatem zwrócić uwagę, że nagrywanie przebiegu rozprawy, zgodnie z jednoznacznym brzmieniem art. 147 § 2b k.p.k. w sprawach karnych – nie tylko więc w sprawach o wykroczenia – powinno być powszechnie stosowane, jest bowiem zasadą wprowadzoną do Kodeksu postępowania karnego z dniem 1 stycznia 2016 r.¹² Musi budzić już pewien nawet niepokój, że przez ponad 7 lat od wprowadzenia obowiązku (!) nagrywania przebiegu rozprawy w sprawach karnych podmioty odpowiedzialne za organizację wymiaru sprawiedliwości nadal nie zadbały o to, by wszystkie sądy miały możliwość realizowania tego kodeksowego obowiązku. Wydaje się, że z powodzeniem sądy realizują obowiązek, o którym mowa w art. 147 § 2a k.p.k. – chodzi o nagrywanie przebiegu przesłuchań przeprowadzanych na podstawie art. 185a–c k.p.k. Nic nie stoi więc na przeszkodzie, by wykorzystać te doświadczenia również do nagrywania przebiegu rozprawy, choć należy podkreślić, że protokół pisemny zawsze musi być też sporządzony¹³.

Trzeba wreszcie zauważyć, że zgodnie z art. 147 § 1 k.p.k. przebieg każdej protokołowanej czynności procesowej może być utrwalony ponadto za pomocą urządzenia rejestrującego obraz lub dźwięk, o czym należy przed uruchomieniem urządzenia

¹² Na mocy ustawy z dnia 10 lipca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. poz. 1334).

¹³ J. Skorupka, *Komentarz do art. 147 [w:] Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do art. 1–166*, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2017, s. 1229–1230.

uprzedzić osoby uczestniczące w czynności. Warto w tym miejscu zaapelować więc nie tylko do przedstawicieli władzy sądowniczej o realizowanie obowiązku nagrywania przebiegu rozprawy, ale również do organów postępowania przygotowawczego o dokonywanie rejestracji audiowizualnej przebiegu najistotniejszych czynności na tym etapie procesu. Niewątpliwie taką czynnością byłoby przedstawienie zarzutów i pierwsze przesłuchanie podejrzanego, z którym, jak pokazuje praktyka, najczęściej wiążą się największe kontrowersje i późniejsze zastrzeżenia co do jego przebiegu. Nagranie tej czynności uwolniłoby przecież także i organ przesłuchujący od zarzutów dotyczących nieprawidłowości zaistniałych w toku takiego przesłuchania, a sędziwi zdecydowanie pomogłoby ocenić wiarygodność złożonych uprzednio przez oskarżonego wyjaśnień.

Autor chciałby wreszcie podkreślić, że niejednokrotnie już spotkał się z trudnością oddania w pisemnym uzasadnieniu wydanego wyroku odczuć, wrażeń pozawerbalnych, związanych z oceną danego dowodu osobowego. Protokół pisemny rozprawy nigdy nie jest w stanie oddać pełnego wrażenia, jakie sąd odniósł w bezpośrednim kontakcie ze świadkiem lub z oskarżonym w trakcie przesłuchania, tak samo trudno jest kwestię tę opisać w uzasadnieniu. Nagranie z przebiegu tej czynności z całą pewnością dałoby sądowi odwoławczemu i stronom pełen obraz sytuacji, z jaką zetknął się na rozprawie sąd pierwszej instancji, a temu zaś pomogło dokonać kompleksowej oceny danego dowodu osobowego. Gdyby z kolei sąd pierwszej (ale również i drugiej) instancji dysponował nagraniem czynności przesłuchania podejrzanego, świadków, to odtworzenie tego nagrania mogłoby zastąpić czynność wprowadzenia do podstawy wyrokowania zeznań lub wyjaśnień uprzednio złożonych w toku śledztwa lub dochodzenia poprzez odczytanie protokołów. Sędziwi również byłoby wtedy łatwiej podjąć trafną decyzję, które depozycje może ocenić jako wiarygodne – w przypadku zaistniałych rozbieżności. Odtworzenie nagrania czynności przesłuchania świadka z postępowania przygotowawczego w sposób oczywisty byłoby nieporównanie dużo bardziej wartościowe od odczytania protokołu również i we wszystkich pozostałych sytuacjach, o których mowa w art. 391 § 1 k.p.k., a więc m.in. w przypadku śmierci świadka czy przebywania za granicą.

3. Postępowanie dowodowe – perspektywa na przyszłość

Po przedstawieniu kilku kwestii o charakterze ściśle proceduralnym dotyczących głównie samego biegu procesu warto zaprezentować uwagi odnoszące się do możliwości wykorzystania nowoczesnych technologii z perspektywy sędziego karnego – nie sposób bowiem nie odnieść się do postępowania dowodowego, obszaru bardzo „wdzięcznego” z punktu widzenia możliwości wdrożenia udogodnień technologicznych. Oczywiście etapem procesu karnego, w którym dowody są gromadzone, a tym samym, gdzie nowoczesne technologie będą mieć przede wszystkim zastosowanie, co do zasady będzie postępowanie przygotowawcze. Na etapie postępowania sądowego kluczową kwestią będzie ich wprowadzenie do procesu, uczynienie ich podstawą

rozstrzygnięcia. Nie oznacza to jednak, że zagadnienie wykorzystania nowoczesnych technologii w postępowaniu dowodowym należy wyłącznie do domeny postępowania przygotowawczego.

Punktem wyjścia dla rozważań o zastosowaniu nowych technologii w sferze dowodzenia w procesie karnym można, a w istocie należy uczynić wyrażony w doktrynie przez Stanisława Waltośa i Piotra Hofmańskiego pogląd, w myśl którego w procesie karnym jest miejsce na nową metodę naukową, ale pod warunkiem tak głębokiego przekonania o jej niezawodności, że prowadzi ono do subiektywnej pewności. Oznacza to, że ponawiane badania tego samego materiału w tych samych warunkach dają jednemu badającemu identyczne wyniki, a ponadto ponawiane badania tego samego materiału w tych samych warunkach dają także identyczne wyniki różnym badającym o tych samych kwalifikacjach¹⁴. W literaturze przedmiotu od lat funkcjonuje pojęcie dowodów niekonwencjonalnych, mówi się też o niekonwencjonalnych metodach dowodzenia¹⁵. Kazimierz Marszał posługuje się terminem „dowodów nienazwanych”, a więc niewymienionych w przepisach ustawy karnoprosesowej, których wykorzystanie w procesie dopuszcza się pod warunkiem, że dowód oparty jest na nowych metodach badawczych, które zostały sprawdzone, a wynikające z zastosowania tych metod ustalenia są pewne oraz zastosowane metody badawcze lub dowód nie naruszają gwarancji procesowych uczestników postępowania, zwłaszcza oskarżonego¹⁶. Teresa Gardocka wskazuje z kolei na otwarty katalog środków dowodowych¹⁷. Przeciwno możliwości wykorzystania w procesie karnym dowodów nienazwanych opowiada się zaś m.in. Jerzy Skorupka, który uważa, że brak dowolności postępowania dowodowego wynika z funkcji gwarancyjnej przepisów postępowania karnego oraz z konstytucyjnej zasady legalizmu¹⁸.

Z całą pewnością ustawodawca, mimo licznych nowelizacji Kodeksu postępowania karnego, nie dał dotąd wyrazu temu, że dostrzega rozwój nowoczesnych technologii w kontekście postępowania dowodowego. Być może jednak przepisy ustawy karnoprosesowej są na tyle uniwersalne, że żadna ingerencja w tym zakresie nie jest nawet potrzebna.

W ocenie autora dla etapu postępowania sądowego nowoczesne technologie będą mieć decydujące znaczenie przede wszystkim, jeśli chodzi o formy przeprowadzania dowodów i zastosowane metody badawcze. Dla potrzeb niniejszego opracowania autor chciałby zwrócić uwagę jedynie na następujące, wybrane kwestie. Po pierwsze, na możliwość przeprowadzenia eksperymentu procesowego lub dowodu

¹⁴ S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2023, s. 358.

¹⁵ S. Waltoś jako dowody niekonwencjonalne wymienia: świadka koronnego, tajnego agenta Policji, transakcję pozorną, kontrolę operacyjną – podsłuch i obserwację, tajne pozyskiwanie informacji, komputerową analizę danych osobowych – *ibidem*, s. 424–425.

¹⁶ K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2013, s. 341.

¹⁷ T. Gardocka, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym* [w:] *Zagadnienie dowodowe w procesie karnym*, red. eadem, D. Jagiełło, Warszawa 2017, s. 8.

¹⁸ J. Skorupka, *Dowody nienazwane* [w:] *System prawa karnego procesowego*, t. 8, *Dowody*, cz. 1, red. *idem*, Warszawa 2019, s. 470.

z oględzin – przede wszystkim miejsca zdarzenia – przy zastosowaniu wirtualnej rzeczywistości. Po drugie, na wykorzystanie sztucznej inteligencji – szczególnie w ramach dowodu z opinii biegłego.

Już prosta definicja wirtualnej rzeczywistości (dalej: WR; *virtual reality*, VR): „syntezyzowanie przez programy komputerowe doznań odbieranych przez zmysły ludzkie najczęściej dźwięku i obrazu, ale także dotyku”¹⁹ prowadzi do wniosku, że przeprowadzenie eksperymentu procesowego przy wykorzystaniu tej technologii mogłoby się okazać przydatne w dokonywaniu przez sąd ustaleń faktycznych. Eksperyment procesowy, zgodnie z art. 211 k.p.k., polega przecież właśnie na przeprowadzeniu doświadczenia lub odtworzeniu przebiegu stanowiących przedmiot rozpoznania zdarzeń lub ich fragmentów.

Eksperyment procesowy przeprowadzony przy wykorzystaniu technologii WR wiąże się w ocenie autora w istocie z samymi zaletami. Przede wszystkim symulację konkretnego zdarzenia – najłatwiej zobrazować to na przykładzie sprawy o spowodowanie wypadku komunikacyjnego – można przygotować w taki sposób, by idealnie oddała warunki panujące w chwili jego zaistnienia. Eksperyment procesowy przeprowadzony w realnym świecie, nawet możliwie skrupulatnie przygotowany, zawsze będzie obciążony pewnego rodzaju „umownością”, wynikającą chociażby z odmiennych warunków atmosferycznych. W ramach symulacji WR z aspektem tym można sobie całkowicie poradzić, programując warunki idealnie odpowiadające tym z dnia zdarzenia. Ponadto, samo przeprowadzenie takiego eksperymentu jest dużo prostsze pod względem organizacyjnym – chodzi tutaj nie tylko o konieczność angażowania przy przygotowywaniu i przeprowadzaniu tradycyjnego eksperymentu ogromnych niekiedy zasobów, przede wszystkim ludzkich czy finansowych, ale i o czas. Eksperyment w ramach WR jest więc dużo bardziej dostępny i można śmiało postawić tezę, że z tego względu dowód ten byłby przeprowadzany w praktyce dużo częściej niż obecnie. Co więcej, przeprowadzenie tego dowodu w takiej formie można by powtarzać wielokrotnie, w zależności od potrzeb. Wreszcie stronom byłoby dużo łatwiej złożyć w toku tej czynności (art. 212 k.p.k.) zeznania, wyjaśnienia czy nawet same tylko oświadczenia, samo zaś protokołowanie takiej czynności byłoby dużo prostsze i z pewnością bardziej czytelne. Eksperyment można byłoby wreszcie przeprowadzić w toku rozprawy w budynku sądu, co ponownie akcentuje również aspekt oszczędności nie tylko środków, ale i czasu.

Do potencjalnych wad tego rozwiązania niewątpliwie należy to, że wirtualna rzeczywistość nadal pozostaje tylko wirtualna, nawet jeśli jest możliwie dobrze odwzorowana. Jednak w wyjątkowych sytuacjach nic nie stałoby na przeszkodzie, by sąd, jeśli nabrałby wątpliwości co do wartości takiego dowodu, postanowił przeprowadzić eksperyment procesowy w formie „tradycyjnej”. Ponadto należałoby odpowiedzieć na pytanie, czy do przeprowadzenia eksperymentu w ramach wirtualnej rzeczywistości sąd musiałby skorzystać z pomocy biegłego – chociażby w celu przygotowania

¹⁹ *Wirtualna rzeczywistość* [hasło w:] *Encyklopedia PWN*, <http://encyklopedia.pwn.pl/haslo/3996681/wirtualna-rzeczywistosc.html> [dostęp: 21.08.2023].

odpowiedniej symulacji. Wydaje się jednak, że udział specjalisty, o którym mowa w art. 205 § 1 k.p.k., byłby tutaj wystarczający. W ocenie autora ingerencja ustawodawcy w celu wprowadzenia analizowanej wyżej możliwości wykorzystania technologii WR nie jest niezbędna, choć niewątpliwie doprecyzowanie tej formy przeprowadzenia dowodu z eksperymentu procesowego pomogłoby rozwiązać ewentualne wątpliwości co do wartości dowodowej takiej czynności. Technologia WR mogłaby z powodzeniem być wykorzystywana również w ramach dowodu z oględzin miejsca zdarzenia, choć tutaj w pełni wystarczające, a może nawet bardziej efektywne byłoby po prostu utrwalenie dowodu z oględzin miejsca w formie nagrania wideo. Jego odtworzenie na rozprawie na podstawie art. 393a k.p.k. mogłoby zastąpić odczytanie pisemnego protokołu z czynności oględzin, który sam w sobie ma raczej znikomą wartość poznawczą.

Drugą kwestią dotyczącą stosowania nowoczesnych technologii w obszarze postępowania dowodowego jest rozważenie wykorzystania sztucznej inteligencji. Zgodnie z najprostszą definicją sztuczna inteligencja (dalej: SI; *artificial intelligence*, AI) to „dziedzina nauki zajmująca się badaniem mechanizmów ludzkiej inteligencji oraz modelowaniem i konstruowaniem systemów, które są w stanie wspomagać lub zastępować inteligentne działania człowieka”²⁰. Wydaje się, że dowodem, który intuicyjnie można by powiązać z zastosowaniem sztucznej inteligencji, jest przede wszystkim dowód z opinii biegłego. Autor od razu jednak zaznacza, że nie widzi możliwości zastąpienia tego dowodu poprzez wykorzystanie w tym celu SI. Są jednak takie dziedziny opiniowania, w których dość łatwo można dostrzec dla sztucznej inteligencji funkcję wspomagającą w wydawaniu opinii. Można więc sformułować w tym miejscu propozycję rozważenia wykorzystania SI jako jednej z metod badawczych, metod opiniowania przez biegłego²¹. Intuicyjnie takie rozwiązanie mogłoby się sprawdzić przykładowo w takich obszarach, jak księgowość i rachunkowość, daktyloskopia, antroposkopia, badanie przebiegu wypadków drogowych, badanie pisma ręcznego, informatyka, ale również badanie głosu czy nawet tworzenie portretu psychologicznego²². Jednak to oczywiście do biegłego należałby wybór metody badawczej, co też znajduje potwierdzenie w orzecznictwie²³, przy czym organ procesowy powinien (umieć) wybór ten skontrolować²⁴. Warto wreszcie wspomnieć, że sztuczna inteligencja z powodzeniem mogłaby co najmniej wspomóc proces przygotowywania dowodu z analizy kryminalnej przy dokonywaniu badania bilingów telefonicznych, logowań do stacji BTS etc.²⁵

²⁰ Sztuczna inteligencja [hasło w:] *Encyklopedia PWN*, <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/sztuczna-inteligencja;3983490.html> [dostęp: 21.08.2023].

²¹ O wykorzystaniu osiągnięć nauki i nowych metod badawczych w ramach dowodu z opinii biegłego szerzej zob. J. Skorupka, *Dowody nienazwane...*, s. 472–473.

²² Więcej dziedzin wymieniają E.A. Płocha, M. Wielec, *Sztuczna inteligencja jako narzędzie pracy biegłego w procesie karnym* [w:] *Prawo sztucznej inteligencji i nowych technologii*, red. B. Fischer, A. Pązik, M. Świerczyński, Warszawa 2021, s. 196–197.

²³ Wyrok SN z dnia 31 maja 2007 r., IV KK 85/07, LEX nr 282827.

²⁴ Postanowienie SN z dnia 25 czerwca 2003 r., IV KK 8/03, LEX nr 80290.

²⁵ Szerzej zob. K. Majchrzak, P. Misztal, *Charakter dowodowy retencji danych telekomunikacyjnych w polskim postępowaniu karanim*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2015, nr 4, s. 7.

Trzeba przy tym podkreślić, że nadal wyciągnięcie ostatecznych wniosków należałoby do człowieka – analityka policyjnego, a następnie prokuratora i sędziego.

W ocenie autora opiniowanie biegłych stanowi obecnie największą, choć oczywiście nie jedyną bolączkę w wymiarze sprawiedliwości w sprawach karnych. Każda więc próba naprawy, ulepszenia, usprawnienia pozyskiwania tego dowodu powinna być traktowana z należytą atencją, ale zarazem z rozwagą. Wykorzystanie w tym zakresie sztucznej inteligencji jest jedynie kwestią czasu i im wcześniej zostaną tu podjęte odpowiednie prace legislacyjne, koncepcyjne, a następnie certyfikujące, tym lepiej. Każde bowiem *novum* w procesie karnym wymaga daleko idącej ostrożności, uprzedniej weryfikacji danej metody²⁶. Rozstrzygnięcie o odpowiedzialności karnej oskarżonego nie może być poligonem doświadczalnym. Nie oznacza to jednak, że proces karny za wszelką cenę powinien bronić się przed nowoczesnymi technologiami.

Wnioski

Z perspektywy sędziego orzekającego w sprawach karnych w pierwszej instancji w średniej wielkości sądzie rejonowym zastosowanie nowoczesnych technologii w celu ulepszenia i usprawnienia sprawowania wymiaru sprawiedliwości nadal wydaje się czymś odległym, choć pewnym. Wprowadzane w ostatnich latach zmiany legislacyjne wydają się problemu tego jedynie „dotykać”, choć widać zmiany na lepsze. Nie jest tak, że sądownictwu potrzebna jest radykalna rewolucja – obecne rozwiązania sprawdzają się, wymagają tylko ciągłego ulepszania oraz rozwoju. Nowoczesne technologie w popełnianiu przestępstw znajdują i będą znajdować coraz szersze zastosowanie, a wymiar sprawiedliwości nie może pozostać „w tyle”, rozwój jest tutaj nieuniknioną koniecznością.

Warto więc na koniec sformułować pięć wniosków, dyrektyw, które powinny przyświecać pracom nad rozwojem zastosowania nowoczesnych technologii w procesie karnym. Po pierwsze, nowoczesne technologie powinny ulepszać, czynić pomocnym to, co już jest możliwe do wykorzystania, a nie na siłę zastępować obecne rozwiązania. Po drugie, nie ma potrzeby wprowadzania do procesu karnego nowych dowodów, wystarczające będą przede wszystkim nowe formy ich utrwalania i przeprowadzania. Po trzecie, należy być otwartym na nowe metody badawcze, nadal jednak w ramach „tradycyjnego” dowodu z opinii biegłego. Po czwarte, wartością nadrzędną powinno być nie tyle ułatwienie pracy sędziego, co ułatwienie sądowi osiągnięcia celu z art. 2 § 2 k.p.k., a więc dojsca do prawdy. I wreszcie, po piąte, jeśli tylko nowoczesne technologie mogą wzmocnić gwarancje procesowe stron – należy je w tym właśnie celu również wykorzystywać.

²⁶ Por. także rozważania dotyczące wykorzystania sztucznej inteligencji na gruncie postępowania cywilnego – E.A. Płocha, *O pojęciu sztucznej inteligencji i możliwościach jej zastosowania w postępowaniu cywilnym*, „Prawo w Działaniu” 2020, nr 44, s. 280–294 oraz Ł. Goździaszek, *Perspektywy wykorzystania sztucznej inteligencji w postępowaniu sądowym*, PS 2015, nr 10, s. 54–59.

Literatura

- Augustyniak B., Eichstaedt K., Kurowski M., Świecki D., *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023.
- Badowiec R., *Prawo oskarżonego do kontaktu z obrońcą podczas posiedzenia aresztowego i rozprawy prowadzonych zdalnie*, „Prawo i Więź” 2023, nr 1.
- Encyklopedia PWN*, <https://encyklopedia.pwn.pl>.
- Gardocka T., *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym* [w:] *Zagadnienie dowodowe w procesie karnym*, red. eadem, D. Jagiełło, Warszawa 2017.
- Głębocka J., *Wpływ nieobecności oskarżonego na rozprawie na jej dalszy bieg na przykładzie art. 377 § 4 k.p.k.* [w:] *Z problematyki funkcji procesu karnego*, red. T. Grzegorzczak, J. Izydorczyk, R. Olszewski, Warszawa 2013.
- Goździaszek Ł., *Perspektywy wykorzystania sztucznej inteligencji w postępowaniu sądowym*, „Przeгляд Sądowy” 2015, nr 10.
- Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do art. 1–166*, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2017.
- Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167–296*, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2019.
- Kodeks postępowania karnego. Tom III. Komentarz do art. 297–424*, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2021.
- Majchrzak K., Misztal P., *Charakter dowodowy retencji danych telekomunikacyjnych w polskim postępowaniu karnym*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2015, nr 4.
- Marszał K., *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2013.
- Mierzwińska-Lorencka J., *E-rozprawa w sprawach karnych w związku z regulacjami z tarczy 4.0*, LEX/el. 2020.
- Płocha E.A., *O pojęciu sztucznej inteligencji i możliwościach jej zastosowania w postępowaniu cywilnym*, „Prawo w Działaniu” 2020, nr 44.
- Płocha E.A., Wielec M., *Sztuczna inteligencja jako narzędzie pracy biegłego w procesie karnym* [w:] *Prawo sztucznej inteligencji i nowych technologii*, red. B. Fischer, A. Pązik, M. Świerczyński, Warszawa 2021.
- Skorupka J., *Dowody nienazwane* [w:] *System prawa karnego procesowego*, t. 8, *Dowody*, cz. 1, red. idem, Warszawa 2019.
- Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2023.
- Wiliński P., *Przesłuchanie świadka na odległość w postępowaniu karnym*, „Przeгляд Sądowy” 2005, nr 6.

Streszczenie

Adrian Zbiciak

Wybrane aspekty wykorzystywania nowoczesnych technologii w pracy sędziego orzekającego w sprawach karnych. Stan obecny i perspektywa na przyszłość

Artykuł dotyczy wybranych zagadnień z zakresu wykorzystywania nowoczesnych technologii w procesie karnym z perspektywy sędziego. W pierwszej kolejności dokonano analizy trzech kwestii istotnych z punktu widzenia samego biegu procesu, tj. rozpraw zdalnych, digitalizacji

akt oraz nagrywania rozpraw i innych czynności procesowych. W dalszej części opracowania przedstawiono kilka uwag dotyczących stosowania nowoczesnych technologii w postępowaniu dowodowym. Te rozważania ograniczono do wykorzystywania wirtualnej rzeczywistości przy przeprowadzeniu eksperymentu procesowego oraz wykorzystywania sztucznej inteligencji w ramach opinii biegłego.

Słowa kluczowe: nowoczesne technologie, proces karny, sędzia.

Summary

Adrian Zbiciak

Selected Aspects of Using Modern Technologies in the Work of a Judge Adjudicating in Criminal Matters. Current State and Future Perspectives

The article concerns selected issues related to the use of modern technologies in a criminal trial from the perspective of a judge. First, three matters important from the point of view of the course of a trial were analyzed, such as remote hearings, digitization of files and recording of hearings and other procedural activities. The further part of the article includes some remarks on the use of modern technologies in evidence proceedings. These considerations are limited to the use of virtual reality when conducting a trial experiment and the use of artificial intelligence as part of an expert opinion.

Keywords: modern technologies, criminal procedure, judge.

Stanisław Tosza

Uniwersytet w Luksemburgu, Luksemburg

stanislaw.tosza@uni.lu

ORCID: 0000-0002-3265-1460

<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.03>

W poszukiwaniu dowodów elektronicznych – europejski nakaz wydania dowodów elektronicznych oraz inne narzędzia międzynarodowego pozyskiwania danych dla potrzeb postępowania karnego¹

Wprowadzenie

Nie ma takiego przestępstwa, którego współcześnie nie można by potencjalnie udowodnić przy pomocy dowodów elektronicznych. Nie tylko cyberprzestępstwa, lecz wszelka przestępcza aktywność pozostawia ślady cyfrowe. Nawet w przypadku przestępstw niemających żadnego związku z cyberprzestrzenią dane elektroniczne mogą okazać się kluczowym materiałem dowodowym. Może to być zdjęcie lub nagranie z miejsca przestępstwa zarejestrowane na telefonie (np. zarejestrowane przez samego sprawcę i wysłane do innej osoby), może to być fragment komunikacji, w ramach której sprawca chwali się przestępstwem lub dzieli obawami wynikającymi z jego popełnienia. Może to być również rejestracja lokalizacji miejsca połączenia z siecią telefonu lub działającej w momencie popełnienia czynu zabronionego aplikacji. Skuteczność postępowania karnego zależy dziś więc od posiadania efektywnych sposobów uzyskiwania takich danych na potrzeby dowodowe w postępowaniu karnym.

Ponieważ dane te są w rękach dostarczycieli różnego rodzaju usług, kluczowe dla tej skuteczności będą instytucje karnoprosesowe umożliwiające żądanie tego rodzaju danych od usługodawców. Krajowe przepisy postępowania karnego pozwalają organom na żądanie tych danych od krajowych usługodawców, przy jednoczesnym zagwarantowaniu podejrzanym ochrony ich gwarancji procesowych. Jednakże stosunkowo często usługodawcy – zwłaszcza ci najwięksi i najpopularniejsi (jak Google czy Meta) – są zlokalizowani w innym państwie, a nierzadko przechowują dane jeszcze w innym kraju bądź w chmurze cyfrowej. Z tego wynika, według tradycyjnego podejścia do

¹ W artykule wykorzystano fragmenty wcześniejszych publikacji autora: S. Tosza, *Cross-Border Gathering of Electronic Evidence: Mutual Legal Assistance, Its Shortcomings and Remedies* [w:] *Société numérique et droit pénal: Belgique, France, Europe*, sous la direction de V. Franssen, D. Flore, Bruxelles 2019 oraz *idem*, *The E-Evidence Package is Adopted: End of a Saga or Beginning of a New One?*, „European Data Protection Law Review” 2023, no. 2.

pojęcia terytorialności, konieczność posłużenia się instrumentami współpracy międzynarodowej, aby uzyskać dostęp do przywoływanych tu danych.

Jednakże instrumenty te wydłużają i komplikują postępowanie w sprawach, które same z siebie nie zawierają koniecznie żadnego komponentu międzynarodowego. W sytuacjach, gdy istnieje konieczność zwrócenia się o pomoc prawną do Stanów Zjednoczonych (a najwięksi usługodawcy podlegają prawu właśnie tego kraju), średnia długość procedury pomocy prawnej dla celów uzyskania dowodów elektronicznych będących w posiadaniu amerykańskich dostawców usług wynosi prawie rok². Jeśli zachodzi konieczność współpracy z innym państwem członkowskim Unii Europejskiej, można dziś zastosować europejski nakaz dochodzeniowy (dalej: END). Jednak standardowy termin jego wykonania to 120 dni³.

Zastosowanie wzajemnej pomocy prawnej wymaga poświęcenia czasu przez szeregi funkcjonariuszy organów wymiaru sprawiedliwości obu krajów. Europejski nakaz dochodzeniowy jest w porównaniu z międzynarodową pomocą prawną prostszy, ale dalej angażuje organy w kraju, który bardzo często nie ma nic wspólnego ze sprawą, której dotyczy prośba, poza faktem, przypadkowym w kontekście rzeczzonego postępowania karnego, że dostawcą usług lub dane znajdują się na terytorium tego kraju.

Stąd powstaje pytanie, czy nie można dopuścić, by organ poszukujący dowodów elektronicznych mógł – transgranicznie – zwrócić się bezpośrednio do dostawcy usług o wydanie tych dowodów. Od wielu lat obserwuje się tendencję, by taką możliwość stworzyć. Stoi ona jednak w sprzeczności z uświęconą i rozwiniętą w prawie międzynarodowym po pokoju westfalskim z 1648 r. zasadą ograniczającą możliwość działania organów ścigania do granic ich własnego kraju. Zasada ta jednak nie wytrzymuje konfrontacji z realiami cyberprzestrzeni, która lekko traktuje barierę, jaką jest fizyczna granica państwa.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie problemów, jakie zbieraniu dowodów elektronicznych stwarza zasada terytorialności, oraz rozwiązań, które próbuje się zastosować, żeby przełamać ograniczenia wynikające z niej dla skuteczności postępowania karnego. W opracowaniu zaprezentowano obowiązujące obecnie rozwiązania, takie jak międzynarodowa pomoc prawna, dobrowolna współpraca, próby rozszerzenia jurysdykcji krajowej i europejski nakaz dochodzeniowy, oraz przeanalizowano ich mankamenty. Odpowiedzią na niedostatki tych rozwiązań ma być przyjęty w lipcu 2023 r. europejski nakaz wydania dowodów elektronicznych, który w ciągu

² J. Daskal, *A New UK-US Data Sharing Agreement: A Tremendous Opportunity, If Done Right*, justsecurity.org, February 2016, <https://www.justsecurity.org/29203/british-searches-america-tremendous-opportunity/> [dostęp: 24.07.2023].

³ Commission Staff Working Document, Impact Assessment, Accompanying the document 'Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on the appointment of legal representatives for the purpose of gathering evidence in criminal proceedings' (Brussels, 17.4.2018 SWD (2018) 118 final) 23.

najbliższych trzech lat stanie się kluczowym instrumentem transgranicznego uzyskania dowodów elektronicznych. Zostanie on tu poddany bardziej szczegółowej krytycznej analizie.

1. Zbieranie dowodów elektronicznych w zderzeniu z zasadą terytorialności – niepraktyczność międzynarodowej pomocy prawnej

Konieczność sprawnego dostępu do dowodów elektronicznych na potrzeby postępowania karnego wydaje się dziś niekwestionowana i postępujący rozwój technologii – takich jak Internet rzeczy czy światy wirtualne (*metaverse*) – będą tę potrzebę jedynie zwiększać. Mamy do czynienia z sytuacją bez precedensu. Tradycyjna poczta nie rejestrowała całości korespondencji, jaka przechodziła przez jej ręce. Nie posiadała też dostępu do treści listów, które przesyłała. Otwarcie korespondencji wymagało użycia specjalnych instrumentów procesowych. Obecna komunikacja odbywająca się przy pomocy narzędzi elektronicznych zakłada, choćby z przyczyn biznesowych, dostęp do danych, jakie są przesyłane, i ich rejestrację, czy mówimy o metadanych (np. kto do kogo wysłał wiadomość, kiedy, skąd i dokąd), czy o samej treści korespondencji. Dane te to naturalnie prawdziwy skarb dla organów ścigania, a fakt, że są w posiadaniu osób trzecich, czyli dostawcy usług, jest prawdziwym błogosławieństwem, gdyż dostęp do nich nie jest ograniczony przez zasady procesowe, jak choćby przywilej *nemo tenetur*.

Ograniczeniem w dostępie do tych danych powinna być głównie troska o prawo do prywatności. Jednak, jak się okazuje, dostępu do tego skarbu nie broni prawo, a zasada terytorialności.

Zgodnie z tą zasadą, wyrażoną w wyroku Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej w sprawie Lotus⁴, jurysdykcja do egzekwowania prawa jest ograniczona ściśle do terytorium państwa. Innymi słowy, organy ścigania nie mogą podejmować żadnych działań poza fizycznymi granicami własnego kraju. Ograniczenie to koliduje z naturą cyberprzestrzeni i Internetu, które takich fizycznych granic nie znają, a dane przepływają swobodnie po (niemal)⁵ całym świecie⁶. W rezultacie organy ścigania mają do czynienia ze stosunkowo prostymi sprawami (np. krajowymi, w których ofiary i sprawcy są mieszkańcami tego kraju, w którym również miało miejsce przedmiotowe przestępstwo i którego organy prowadzą postępowanie), w których niezbędne są dowody elektroniczne znajdujące się w rękach usługodawcy podlegającego obowiązkowi innego kraju i potencjalnie na serwerach w ramach centrum danych zlokalizowanym

⁴ S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7).

⁵ Wyjątek należy tu uczynić dla krajów ograniczających swobodę korzystania z cyberprzestrzeni.

⁶ W tym zakresie szczególnie zob. analizę: U. Sieber, C.-W. Neubert, *Transnational Criminal Investigations in Cyberspace: Challenges to National Sovereignty* [w:] *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 20 (2016), eds. F. Lachenmann, T.J. Röder, R. Wolfrum, Leiden 2017, s. 241–321.

w jeszcze innym kraju. Co więcej, niektórzy dostawcy usług, jak np. Google, nie umieszczają danych na statycznym serwerze, lecz krążą one pomiędzy centrami danych, stąd jeden mail może być podzielony na kilka fragmentów pozostających w danym momencie w kilku różnych krajach⁷. Zjawisko to znane jako utrata lokalizacji (*loss of location*) dodatkowo komplikuje zadanie organów ścigania⁸.

Z zasady terytorialności wynika, że za każdym razem, gdy organy ścigania potrzebują dowodów elektronicznych w powyżej opisanych sytuacjach transgranicznych, aby nie naruszać suwerenności kraju usługodawcy bądź kraju, gdzie dane się znajdują, muszą posłużyć się one instrumentami współpracy międzynarodowej bądź transgranicznej. W ramach Unii Europejskiej od 2017 r. podstawowym instrumentem jest dyrektywa dotycząca europejskiego nakazu dochodzeniowego przyjęta w 2014 r., która zostanie omówiona bardziej szczegółowo poniżej⁹. Jednak częścią dyrektywy END nie jest Irlandia (oraz Dania, co ma mniejsze znaczenie), będąca siedzibą wielu istotnych usługodawców na potrzeby ich europejskiej aktywności (np. Google i Meta). W przypadku konieczności uzyskania danych z Irlandii właściwym instrumentem współpracy międzynarodowej jest Europejska konwencja o pomocy prawnej w sprawach karnych z 1959 r.¹⁰ Jeżeli dane mają być uzyskane spoza Unii Europejskiej, traktaty o wzajemnej pomocy prawnej będą stanowiły podstawę zwrócenia się o nie, co jest kluczowe w szczególności, jeśli chodzi o dane będące w posiadaniu amerykańskich dostawców usług.

Głównym mankamentem wzajemnej pomocy prawnej jest długi czas jej trwania¹¹. Procedura ta trwa średnio 10 miesięcy¹². Drugą poważną trudność stanowi amerykański standard dowodowy – tzw. *probable cause*, z którego wynika konieczność przekonania amerykańskiego sędziego, że dowód, jaki się chce uzyskać, prawdopodobnie przyczyni się do udowodnienia przestępstwa¹³. Wymóg ten, wynikający z czwartej

⁷ V. Krishnamurthy, *Cloudy with a Conflict of Laws: How Cloud Computing Has Disrupted the Mutual Legal Assistance Treaty System and Why It Matters*, Berkman Klein Center Research Publication No. 2016-3, <https://ssrn.com/abstract=2733350> [dostęp: 24.07.2023].

⁸ J. Daskal, *The Un-Territoriality of Data*, „Yale Law Journal” 2015, vol. 125, no. 2, s. 365–375.

⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/41/EU z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych (Dz. Urz. UE L 130 z 1.05.2014, s. 1) (dalej: dyrektywa END).

¹⁰ Europejska konwencja o pomocy prawnej w sprawach karnych, sporządzona w Strasburgu dnia 20 kwietnia 1959 r. (Dz. U. z 1999 r. Nr 76, poz. 854).

¹¹ Zob. również analizę dotyczącą mankamentów tej procedury: G. Kent, *The Mutual Legal Assistance Problem Explained*, The Center for Internet and Society, 23 February 2015, <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/02/mutual-legal-assistance-problem-explained> [dostęp: 24.07.2023].

¹² R.A. Clarke, M.J. Morell, G.R. Stone, C.R. Sunstein, P. Swire, *Liberty and Security in a Changing World. Report and Recommendations of the President's Review Group on Intelligence and Communications Technologies*, 12 December 2013, s. 227, https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/2013-12-12_rg_final_report.pdf [dostęp: 24.07.2023]. Por. też krytykę tej analizy: G. González Fuster, S. Vázquez Maymir, *Cross-border Access to E-Evidence: Framing the Evidence*, CEPS Papers series, Brussels 2020, https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2020/03/LSE2020-02_Cross-border-Access-to-E-Evidence.pdf [dostęp: 24.07.2023].

¹³ Oświadczenie Jennifer Daskal na forum Committee on the Judiciary Subcommittee on Crime and Terrorism United States Senate. Hearing on Law Enforcement Access to Data Stored Across Borders: Facilitating Cooperation and Protecting Rights (May 10, 2017), s. 3.

poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych, jest przedmiotem obszernego orzecznictwa amerykańskiego¹⁴, jednak nie jest znany europejskim sędziom, więc niezadko zdarza się, że mają oni trudności z jego spełnieniem, co znacznie opóźnia procedurę¹⁵. Problem ten został już dostrzeżony przez Komisję Europejską, która przeznaczyła znaczne środki na szkolenie europejskich sędziów w tym zakresie¹⁶. Ze względu na wyżej opisaną uciążliwą procedurę angażującą różne organy obu państw uważa się ją za zbyt skomplikowaną i wymagającą zbyt dużych zasobów¹⁷.

W rezultacie można było obserwować postępującą frustrację organów ścigania, wynikającą z konieczności zaangażowania nieproporcjonalnych środków do uzyskania danych na potrzeby dowodowe, gdzie komplikacja postępowania nie ma uzasadnienia, a meritum postępowania czy konieczności efektywnej ochrony praw osób, których dane te dotyczą, wynika z przypadkowej (z punktu widzenia przedmiotowego postępowania) lokalizacji dostawcy usług bądź danych. Dobrą ilustracją tej frustracji jest sprawa *Microsoft Ireland*, w której rząd USA domagał się na mocy prawa krajowego wydania danych przez Microsoft¹⁸. Firma odmówiła wydania danych, argumentując to tym, że dane były przechowywane w centrum danych w Dublinie, i zażądała wysłania wniosku o wzajemną pomoc prawną do Irlandii. Sąd Apelacyjny rozpoznający sprawę przyznał rację Microsoftowi¹⁹, jednak rozstrzygnięcie to zostało zaskarżone do Sądu Najwyższego. Ten wprawdzie przeprowadził nawet posiedzenie w tym zakresie, jednak sprawa została ostatecznie umorzona ze względu na zmiany legislacyjne, które nastąpiły w międzyczasie.

Kluczową dla rozstrzygnięcia kwestią było pytanie, czy w sprawie miało miejsce eksterytorialne zastosowanie prawa amerykańskiego (tj. ustawy o przechowywanej komunikacji – *Stored Communications Act*), czy też sytuacja ta pod kątem stosowania prawa miała charakter *stricte* krajowy. Pierwsze spośród wskazanych wyżej stanowisk było prezentowane przez Microsoft, który argumentował na podstawie miejsca przechowywania danych, a więc przy zastosowaniu zasady terytorialności, wskazując, że wniosek złożony przez rząd amerykański wykraczał poza granice USA, ponieważ żądane dane były przechowywane za granicą. W swojej argumentacji rząd amerykański skupił się na możliwościach Microsoftu, by z terytorium USA pozyskiwać dostęp

¹⁴ W.R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, 5th ed., St. Paul (oct. 2017 update), § 3.1 i nn.

¹⁵ Technical Document: Measures to improve cross-border access to electronic evidence for criminal investigations following the Conclusions of the Council of the European Union on Improving Criminal Justice in Cyberspace, s. 8–9, https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2020-09/20170522_technical_document_electronic_evidence_en.pdf [dostęp: 24.07.2023].

¹⁶ EU Commission Non-paper: Improving cross-border access to electronic evidence: Findings from the expert process and suggested way forward, s. 3, https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2017-05/20170522_non-paper_electronic_evidence_en.pdf [dostęp: 24.07.2023].

¹⁷ EU Commission, Non-paper: Progress Report following the Conclusions of the Council of the European Union on Improving Criminal Justice in Cyberspace, s. 5, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15072-2016-REV-1/en/pdf> [dostęp: 24.07.2023].

¹⁸ *United States v. Microsoft Corp.*, 584 U.S. ___, 138 S. Ct. 1186 (2018).

¹⁹ Zob. pozew oraz rozstrzygnięcie Sądu Apelacyjnego dla Drugiego Okręgu: <https://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2017/07/17-2-petition.pdf> [dostęp: 25.07.2023].

i kontrolować dane. Wskazywał w ten sposób, iż sytuacja w istocie ma charakter krajowy w tym sensie, że Microsoft był w stanie pozyskać dostęp i kontrolować dane z terytorium USA, a zatem wydanie danych dokonywałoby się z terytorium tego kraju, co nadawało sprawie krajowy, a nie eksterytorialny charakter.

Ostatecznie problem ten rozwiązano poprzez zmianę legislacyjną (tym samym czyniąc wyrok Sądu Najwyższego zbędnym)²⁰. Uchwalony w kwietniu 2018 r. tzw. CLOUD Act rozstrzygnął po myśli rządu amerykańskiego kwestię zasięgu działania amerykańskich organów ścigania w odniesieniu do danych przechowywanych przez amerykańskich dostawców poza terytorium Stanów Zjednoczonych. CLOUD Act jest również kluczowy dla sytuacji europejskich organów ścigania i w tym kontekście zostanie omówiony poniżej.

2. Alternatywy dla międzynarodowej pomocy prawnej

Innym przykładem frustracji organów ścigania, które zakończyły się próbami szukania rozwiązań poza międzynarodową pomocą prawną, są belgijskie sprawy dotyczące Yahoo²¹ i Skype'a²². W pierwszej z tych spraw Yahoo odmówiło udostępnienia danych niedotyczących treści (danych subskrybentów, a także dynamicznych adresów IP oraz daty i godziny utworzenia kont)²³, o które zwróciły się belgijskie organy ścigania w sprawie *stricte* krajowej. Yahoo odmowę tę argumentowało faktem, iż będąc spółką amerykańską, nie może przekazać tych danych, i zwróciło się do władz belgijskich o skorzystanie z mechanizmu wzajemnej pomocy prawnej. Belgijski prokurator, zamiast wdrożyć sugerowaną przez Yahoo procedurę, zdecydował się oskarżyć spółkę o brak współpracy, co w ostateczności zaowocowało jej ukaraniem. Główna kwestia prawna dotyczyła tego, czy można uznać, że Yahoo powinno być traktowane jako podmiot belgijski i tym samym podlegać obowiązkom wynikającym z belgijskiego Kodeksu postępowania karnego. Podczas gdy usługodawca wskazywał na brak fizycznej obecności w kraju (tj. brak siedziby lub brak jakiegokolwiek infrastruktury), organy ścigania skupiły się na wirtualnej obecności wynikającej z kierowania usług do lokalnych klientów (np. używanie lokalnych języków, publikowanie lokalnych reklam)²⁴. Sądy prowadzące postępowanie w tej sprawie, w tym Sąd Najwyższy, podzieliły stanowisko prokuratury²⁵.

Inna przełomowa sprawa, która znalazła podobny finał, dotyczyła Skype'a. Usługodawca ten, mający swoją siedzibę w Luksemburgu, również odmówił wydania żądanych danych (dotyczących ruchu i lokalizacji, ale co istotniejsze, również treści

²⁰ J. Daskal, *Unpacking the CLOUD Act*, „eucrim” 2018, issue 4, s. 221.

²¹ Cour de cassation (Belgijski Sąd Najwyższy), wyrok z dnia 1 grudnia 2015 r., P.13.2082.N.

²² Cour de cassation (Belgijski Sąd Najwyższy), wyrok z dnia 19 lutego 2019 r., P.17.229.N.

²³ V. Franssen, *The Belgian Internet Investigatory Powers Act – A Model to Pursue at European Level?*, „European Data Protection Law Review” 2017, vol. 3, issue 4, s. 538.

²⁴ *Ibidem*, s. 538–539.

²⁵ Cass. 18 January 2017, No P.10.1347/N, cyt. za: *ibidem*, s. 538.

komunikacji prowadzonej na żywo), powołując się na brak fizycznej obecności spółki na terytorium Belgii. Odmowa ta skutkowałą nałożeniem na Skype'a grzywny za brak współpracy w toku prowadzonego postępowania, która została utrzymana na etapie apelacji²⁶. Rozstrzygnięcie, jakie przyjęto w tej sprawie, potwierdziło podejście użyte wobec Yahoo. Tym samym zastosowano to samo rozwiązanie na gruncie wewnątrz-unijnym co w sprawie transatlantyckiej. Ponadto belgijski ustawodawca przyjął niniejsze podejście wypracowane w orzecznictwie, włączając je do przepisów belgijskiego Kodeksu postępowania karnego i nakładając obowiązki współpracy na usługodawców bez względu na brak ich fizycznej obecności w Belgii²⁷.

Z omawianym rozwiązaniem wiążą się co najmniej trzy problemy. Po pierwsze, eksterytorialne stosowanie prawa krajowego budzi wątpliwości w świetle standardów prawa międzynarodowego. Co więcej, o ile można uznać takie rozwiązanie za uzasadnione w sprawach czysto krajowych (jak w przypadku Yahoo i Skype'a), to biorąc również pod uwagę ochronę zapewnianą przez krajową procedurę karną, nic nie stałoby na przeszkodzie zastosowania tego podejścia w sytuacjach, w których lokalne powiązanie byłoby mniej oczywiste²⁸. Rezultat ten mógłby być również mniej niż zadowalający, gdyby podejście to było stosowane przez kraje o niskim standardzie ochrony praw człowieka. Po drugie, egzekwowanie takiego rozwiązania mogłoby doprowadzić do swoistej bitwy na skuteczność między organami ścigania różnych krajów (kto przestraszy usługodawcę bardziej), co również należy uznać za skutek wysoce niepożądany. Po trzecie, konsekwencją dwóch poprzednich argumentów jest to, że takie podejście okazało się bardzo uciążliwe dla środowiska biznesowego, ponieważ zrodziło niepewność w zakresie obowiązujących zasad i sprzecznych obowiązków. Z tych powodów to właśnie rozstrzygnięcia we wspomnianych belgijskich sprawach dotyczących Yahoo i Skype'a unaocznily w skali międzynarodowej problematykę dostępu do dowodów elektronicznych i doprowadziły do rozpoczęcia prac nad rozwiązaniem, jakim są przyjęte w lipcu 2023 r. rozporządzenie i dyrektywa w sprawie dostępu do dowodów elektronicznych. Zanim to się jednak stało, organy ścigania szukały innych – bardziej pragmatycznych – sposobów na uzyskanie danych na potrzeby postępowań karnych.

Takim rozwiązaniem, które znalazło zastosowanie w praktyce, jest bezpośrednia dobrowolna współpraca usługodawców z organami ścigania²⁹. Polega ona na wysłaniu przez organy żądań bezpośrednio do dostawców usług zlokalizowanych za granicą i poleganiu na ich dobrej woli w zakresie dostarczania danych na potrzeby prowadzonego postępowania³⁰.

²⁶ *Ibidem*, s. 539.

²⁷ *Ibidem*, s. 539–540.

²⁸ *Ibidem*, s. 539.

²⁹ EU Commission Non-paper: Improving cross-border access to electronic evidence: Findings from the expert process and suggested way forward s. 1 i 3–4; EU Commission, Non-paper: Progress Report following the Conclusions of the Council of the European Union on Improving Criminal Justice in Cyberspace, s. 4.

³⁰ Według badania przeprowadzonego przez Komisję Europejską siedem państw członkowskich uważa takie wnioski za obowiązkowe – EU Commission, Non-paper: Progress Report following the Conclusions of the Council of the European Union on Improving Criminal Justice in Cyberspace, s. 4.

W szczególności amerykańscy usługodawcy, zgodnie z ustawą o prywatności w komunikacji elektronicznej (Electronic Communication and Privacy Act) z 1986 r., mogą dobrowolnie dostarczać zagranicznym organom ścigania dane, pod warunkiem, że nie dotyczą one treści. Sytuacja jest odmienna w odniesieniu do danych dotyczących treści, które ze względu na tzw. przepis blokujący nie mogą być dostarczane przez amerykańskich usługodawców zagranicznym organom ścigania³¹. W konsekwencji wnioski o udostępnienie danych nie dotyczących treści mogą być wysyłane, a odpowiedzi na nie udzielane bez uciekania się do mechanizmów wzajemnej pomocy prawnej, a tym samym bez angażowania amerykańskich organów sądowych.

O ile współpraca ta zapewnia większą elastyczność i pozwala na ominięcie problemów związanych z mechanizmem wzajemnej pomocy prawnej, o tyle budzi wątpliwości co do ochrony praw osób, których dotyczy, z powodu braku jasnych ram prawnych. Poza tym, po stronie usługodawców trudność polega na ocenie autentyczności wniosków oraz ich legalności³². Wreszcie mogą się pojawić problemy z dopuszczalnością w postępowaniu karnym dowodów zebranych w taki właśnie sposób³³.

3. Europejski nakaz dochodzeniowy

W ramach Unii Europejskiej głównym instrumentem transgranicznej współpracy w sprawie zbierania dowodów wszelkiego rodzaju jest obecnie europejski nakaz dochodzeniowy. Przyjęty w 2014 r. z trzyletnim okresem na implementację do porządków krajowych END ma na celu znaczne usprawnienie transgranicznej wymiany dowodów poprzez bazowanie na zasadzie wzajemnego uznawania i zapewnienie znacznie krótszych w porównaniu z międzynarodową pomocą prawną terminów na zaakceptowanie i wykonanie nakazu.

Instrument ten może również służyć do ułatwienia pozyskiwania danych przechowywanych przez firmy w państwie członkowskim innym niż miejsce prowadzonego postępowania. Jednak uważa się, że END nie jest idealnym instrumentem do uzyskania danych elektronicznych³⁴. Krytycy podkreślają, że przy jego przygotowywaniu nie wzięto pod uwagę realiów gromadzenia dowodów cyfrowych. W treści nakazu nie wspomina się o zbieraniu tego rodzaju dowodów, a jego rozwiązania ukierunkowane są na gromadzenie „dowodów ze świata rzeczywistego”, danych finansowych bądź bankowych lub na przechwytywanie komunikacji prowadzonej „na żywo”.

Aspekt ten uwidacznia się przede wszystkim w tym, że europejski nakaz dochodzeniowy nie uwzględnia bezpośredniej współpracy między organami ścigania a dostawcami usług. Europejski nakaz dochodzeniowy opiera się na wzajemnym uznawaniu i w praktyce działa w taki sam sposób, jak inne przewidziane w Unii Europejskiej

³¹ 18 U.S.C. §§ 2702; *ibidem*, s. 6.

³² *Ibidem*, s. 9.

³³ *Ibidem*, s. 5 i 10.

³⁴ Commission Staff Working Document, Impact Assessment..., s. 23.

instrumenty wzajemnego uznawania – np. europejski nakaz aresztowania. W tym przypadku procedura wymaga kontaktu między organami sądowymi i tylko właściwy organ państwa wykonującego może nakazać dostawcy usług internetowych dostarczenie danych³⁵.

Ponadto, pomimo że END skraca czas uzyskania dowodów w ramach współpracy transgranicznej, to jednak terminy, jakie przewiduje, są wciąż za długie jak na realia cyberprzestrzeni ze względu na ryzyko zmodyfikowania lub utracenia danych. Termin 90 dni przewidziany na wykonanie nakazu jest rzeczywiście dość długi, a ponadto jest poprzedzony terminem 30-dniowym na podjęcie decyzji w zakresie uznania lub wykonania nakazu (art. 12 ust. 3 i 4 dyrektywy END)³⁶. Trzeba jednak zaznaczyć, że inicjatywa w sprawie pakietu legislacyjnego dotyczącego dowodów elektronicznych została wydana zaledwie rok po upływie terminu na implementację END. Nie miał więc on szansy zaistnieć jako podstawowy instrument transgranicznego uzyskiwania dowodów, a tym samym potwierdzić lub obalić powyższą krytykę.

Innym problemem jest to, że w END nie uczestniczy Irlandia, co do której właściwym instrumentem, jak już wspomniano, jest Europejska konwencja o pomocy prawnej w sprawach karnych z 1959 r.³⁷ Ze względu na wagę Irlandii na mapie dostarczycieli usług funkcjonujących w ramach Unii Europejskiej niemożność skorzystania w tym przypadku z END jest dużym mankamentem. Europejski nakaz dochodzeniowy nie oferuje również żadnego rozwiązania w kwestii dopuszczalności wydania dowodów przez usługodawców amerykańskich ograniczonych przepisem blokującym.

4. Europejski nakaz wydania oraz zabezpieczenia dowodów

Sposobem na rozwiązanie obu problemów – dostępu do dowodów elektronicznych w ramach UE i odblokowania możliwości współpracy przez amerykańskich usługodawców – jest przyjęty w lipcu 2023 r. tzw. pakiet w sprawie dowodów elektronicznych (*E-evidence Package*) składający się z rozporządzenia w sprawie europejskiego nakazu wydania oraz zabezpieczenia dowodów i towarzyszącej mu dyrektywy.

³⁵ Warto zwrócić uwagę na terminologię w języku angielskim – w nakazie nie użyto znanych z dyrektywy END wyrazów: *executing State* i *executing authority* (po polsku odpowiednio: „państwo wykonujące” i „organ wykonujący”), lecz *enforcing State* i *enforcing authority*, zwracając uwagę, że rolą tego drugiego państwa nie jest wykonanie nakazu, lecz przymuszenie usługodawcy, żeby mu się poddał. To rozróżnienie tylko częściowo oddało polskie tłumaczenie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2023/1543 z dnia 12 lipca 2023 r. w sprawie europejskich nakazów wydania i europejskich nakazów zabezpieczenia dowodów elektronicznych w postępowaniu karnym oraz w postępowaniu karnym wykonawczym w związku z wykonaniem kar pozbawienia wolności (Dz. Urz. UE L 191 z 28.07.2023, s. 118) (dalej: rozporządzenie 2023/1543), które posługuje się wyrażeniami: „państwo wykonujące” i „organ przymuszający do wykonania nakazu”.

³⁶ Szerzej na temat europejskiego nakazu dochodzeniowego oraz jego mankamentów zob. M. Kusak, *Europejski nakaz dochodzeniowy – przełom w dziedzinie europejskiego ścigania karnego?*, RPEiS 2012, t. 74, z. 4, s. 93–105.

³⁷ Zob. <https://www.gov.ie/en/policy-information/e5f87-mutual-legal-assistance/> [dostęp: 25.07.2023].

Akty te przyjęto po bardzo długim procesie legislacyjnym, w trakcie którego pojawiły się różne wersje tekstu. W tym zakresie warto wyróżnić szczególnie stanowisko Parlamentu Europejskiego znacznie odbiegające od pierwotnej treści wniosku Komisji Europejskiej³⁸. Intensywna debata co do tej propozycji dotyczyła kluczowych pytań, spośród których jedynie przykładowo można wskazać samą potrzebę niniejszej regulacji, a także te odnoszące się do fundamentalnych kwestii dotyczących prywatności³⁹, charakteru i przyszłości transgranicznej współpracy w sprawach karnych⁴⁰ oraz roli podmiotów prywatnych w egzekwowaniu prawa⁴¹. Kilka prezydencji podjęło wysiłki w celu znalezienia kompromisu podczas przedłużającego się okresu impasu⁴². Obserwatorom wydawało się nawet, że pakiet nie zostanie nigdy przyjęty. Jednak potrzeba stworzenia nowych ram prawnych wzięła górę, a ostateczna wersja tekstu rozporządzenia nie odbiega zasadniczo od treści wniosku przedstawionego przez Komisję w kwietniu 2018 r.

Celem tych dwóch powiązanych ze sobą aktów prawnych jest zapewnienie skutecznego i szybkiego instrumentu dostępu do danych elektronicznych w ramach UE oraz rozwiązanie problemu wynikającego z amerykańskiego przepisu blokującego. Osiągnięcie tego drugiego celu jest możliwe dzięki wspomnianemu CLOUD Act⁴³.

³⁸ Komisja Europejska, Wniosek z dnia 17 kwietnia 2018 r. odnośnie do Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie europejskiego nakazu wydania dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych i europejskiego nakazu zabezpieczenia dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych, COM(2018) 225 final, 2018/0108 (COD) oraz Komisja Europejska, Wniosek z dnia 17 kwietnia 2018 r. odnośnie do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego ustanawiającej zharmonizowane przepisy dotyczące mianowania przedstawicieli prawnych w celu gromadzenia dowodów na potrzeby postępowań karnych, COM(2018) 226 final, 2018/0107 (COD); Sprawozdanie Parlamentu Europejskiego odnośnie do Rozporządzenia w sprawie europejskiego nakazu wydania dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych i europejskiego nakazu zabezpieczenia dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych, 11.12.2020, COM(2018)0225; Raport w sprawie wniosku odnośnie do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego ustanawiającej zharmonizowane przepisy dotyczące mianowania przedstawicieli prawnych w celu gromadzenia dowodów na potrzeby postępowań karnych, 11.12.2020, COM(2018)0226.

³⁹ G. González Fuster, S. Vázquez Maymir, *Cross-border Access to E-Evidence...*; M. Corhay, *Private Life, Personal Data Protection and the Role of Service Providers: The EU e-Evidence Proposal*, „European Papers” 2021, vol. 6, no. 1, s. 441–471.

⁴⁰ S. Tosza, *All evidence is equal, but electronic evidence is more equal than any other: The relationship between the European Investigation Order and the European Production Order*, „New Journal of European Criminal Law” 2020, vol. 11, issue 2, s. 161–183; K. Ligeti, G. Robinson, *Sword, Shield and Cloud: Toward a European System of Public-Private Orders for Electronic Evidence in Criminal Matters?* [w:] *Surveillance and Privacy in the Digital Age: European, Transatlantic and Global Perspectives*, eds. V. Mitsilegas, N. Vavoula, Oxford–New York 2021, s. 27–70.

⁴¹ S. Tosza, *Internet service providers as law enforcers and adjudicators. A public role of private actors*, „Computer Law & Security Review” 2021, vol. 43, s. 1–17; V. Mitsilegas, *The Privatisation of Mutual Trust in Europe's Area of Criminal Justice: The Case of E-evidence*, „Maastricht Journal of European and Comparative Law” 2018, vol. 25, issue 3, s. 263–265.

⁴² Zob. np. starania prezydencji francuskiej z dnia 16 czerwca 2022 r.: Nota prezydencji (Council doc. 10271/22, LIMITE, 16 June 2022), <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10271-2022-INIT/en/pdf> [dostęp: 25.06.2023].

⁴³ M. Rojszczak, *CLOUD act agreements from an EU perspective*, „Computer Law & Security Review” 2020, vol. 3.

Umożliwia on zniesienie obowiązywania przepisu blokującego, ale pod warunkiem podpisania ze Stanami Zjednoczonymi porozumienia międzyrządowego. Takie porozumienia USA podpisało już z Wielką Brytanią i Australią⁴⁴. Ponieważ kwestia dostępu do e-dowodów była problemem krajowym, istniało ryzyko, że USA będą negocjować z każdym z państw członkowskich UE z osobna. Byłoby to nie tylko bardzo czasochłonne, ale też stworzyłoby ryzyko, że tak wynegocjowane umowy będą się od siebie różnić co do szczegółów, tym samym dodatkowo komplikując pejzaż reguł rządzących uzyskiwaniem dowodów elektronicznych w UE⁴⁵. Uchwalenie pakietu w sprawie dowodów elektronicznych zapobiega temu ryzyku. Oznacza bowiem, że to UE będzie negocjować jedno porozumienie i będzie ono jednakowe w ramach całej przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości. Negocjacje z USA rozpoczęte już w czerwcu 2019 r. uległy zamrożeniu na czas przedłużających się prac legislacyjnych dotyczących pakietu. Kiedy jednak stało się jasne, że jego ostateczny kształt został uzgodniony zimą 2023 r., natychmiast je odmrożono⁴⁶.

Pakiet legislacyjny w zakresie dowodów elektronicznych składa się z dwóch instrumentów: przywołanego już wcześniej rozporządzenia 2023/1543 oraz dyrektywy⁴⁷.

Dyrektywa 2023/1544 ustanawiająca zharmonizowane przepisy dotyczące mianowania przedstawicieli prawnych w celu gromadzenia dowodów na potrzeby postępowań karnych odgrywa w tym tandemie rolę pomocniczą. Jej celem jest zapewnienie, aby dla każdego usługodawcy, którego dotyczy zakres obowiązków opisanych w rozporządzeniu, istniał co najmniej jeden potencjalny adresat europejskiego nakazu wydania lub zabezpieczenia dowodów. Dyrektywa 2023/1544 jest więc warunkiem *sine qua non* (choć nie jedynym) skuteczności nowego systemu. Usługodawcy mający siedzibę w Unii Europejskiej muszą wyznaczyć co najmniej jeden zakład (czyli oddział), do którego należy kierować wnioski w tej kwestii. Ci, którzy nie mają siedziby w UE, muszą wyznaczyć co najmniej jednego przedstawiciela prawnego w Unii, odpowiedzialnego za odbieranie i wykonywanie decyzji i nakazów właściwych organów państw członkowskich wydanych w celu uzyskania dowodów (art. 3 dyrektywy 2023/1544). Państwa członkowskie będą zobowiązane zapewnić, aby dostawcy usług internetowych wyznaczyli właściwy oddział lub przedstawiciela w ciągu trzech lat od wejścia w życie tej dyrektywy. Będą musiały również ustanowić przepisy wprowadzające sankcje dla

⁴⁴ Porozumienie z Wielką Brytanią: <https://www.justice.gov/criminal-oia/cloud-act-agreement-between-governments-us-united-kingdom-great-britain-and-northern> [dostęp: 25.06.2023]; porozumienie z Australią: <https://www.homeaffairs.gov.au/nat-security/files/cloud-act-agreement-signed.pdf> [dostęp: 25.06.2023].

⁴⁵ Bardziej szczegółowo o rozwiązaniach krajowych w tej kwestii zob. V. Franssen, S. Tosza, *Cambridge Handbook of Digital Evidence in Criminal Matters*, Cambridge 2023.

⁴⁶ Zob. https://commission.europa.eu/news/eu-us-announcement-resumption-negotiations-eu-us-agreement-facilitate-access-electronic-evidence-2023-03-02_en [dostęp: 25.06.2023].

⁴⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2023/1544 z dnia 12 lipca 2023 r. w sprawie zharmonizowanych przepisów dotyczących wskazywania wyznaczonych zakładów i ustanawiania przedstawicieli prawnych w celu gromadzenia dowodów elektronicznych w postępowaniach karnych (Dz. Urz. UE L 191 z 28.07.2023, s. 181) (dalej: dyrektywa 2023/1544).

usługodawców nieprzestrzegających obowiązków przewidzianych w tym akcie prawnym (art. 5 dyrektywy 2023/1544).

Z kolei rozporządzenie 2023/1543 w sprawie europejskich nakazów wydania i europejskich nakazów zabezpieczenia dowodów elektronicznych w postępowaniu karnym oraz w postępowaniu karnym wykonawczym w związku z wykonaniem kar pozbawienia wolności stanowi główny element tego duetu. To ono kreuje oba nakazy, określa zasady ich wydawania, przekazywania usługodawcom, ich wykonywania i wreszcie egzekwowania w razie odmowy wykonania.

Rozporządzenie 2023/1543 ustanawia dwa nakazy: europejski nakaz wydania dowodów elektronicznych, tj. danych posiadanych przez usługodawcę, które mogą służyć jako dowód w postępowaniu karnym, oraz europejski nakaz zabezpieczenia dowodów, który jest instrumentem szybkiego zamrażania takich dowodów. Europejski nakaz wydania oraz europejski nakaz zabezpieczenia dowodów mogą być stosowane „wyłącznie w ramach i do celów postępowania karnego”, jak również w celu wykonania „kary pozbawienia wolności lub środka zabezpieczającego polegającego na pozbawieniu wolności w wymiarze co najmniej czterech miesięcy”. Postępowania te mogą dotyczyć osób fizycznych lub prawnych, jeżeli w przypadku tych ostatnich krajowy porządek prawny przewiduje odpowiedzialność karną osób prawnych (art. 2 pkt 2 rozporządzenia 2023/1543). Ponadto nakazy te nie mogą być wykorzystywane wyłącznie w celu zapewnienia wzajemnej pomocy prawnej innemu państwu członkowskiemu lub państwu trzeciemu (art. 2 pkt 4 rozporządzenia 2023/1543).

Rozporządzenie to ma zastosowanie do usługodawców, którzy oferują usługi w Unii Europejskiej (art. 2 pkt 1). W art. 3 pkt 3 zawarto szczegółową definicję usług objętych zakresem rozporządzenia, którymi zgodnie z treścią tego przepisu są usługi łączności elektronicznej lub inne usługi społeczeństwa informacyjnego umożliwiające ich użytkownikom komunikację, usługi w zakresie nazw domen internetowych i numeracji IP lub usługi przechowywania lub przetwarzania danych. Usługodawcy świadczący te usługi nie muszą być fizycznie obecni w Unii Europejskiej (nie jest wymagane, aby mieli siedzibę lub centra danych w UE), by podlegać obowiązkowi z rozporządzenia. Będą oni objęci zakresem pakietu legislacyjnego w zakresie dowodów elektronicznych, jeśli będą posiadać istotny związek z państwem członkowskim, w którym można korzystać z ich usług. Taki związek będzie określany na podstawie kryteriów faktycznych, np. „istnieje znaczna liczba użytkowników w co najmniej jednym państwie członkowskim lub gdy działalność jest ukierunkowana na co najmniej jedno państwo członkowskie” (art. 3 pkt 4b rozporządzenia 2023/1543).

Analizowane rozporządzenie ma zastosowanie do czterech rodzajów przechowywanych danych (komunikacja prowadzona na żywo jest wyłączona z jego zakresu), które można zebrać w dwie kategorie: z jednej strony „dane abonenta” oraz „dane, których zażądano wyłącznie w celu identyfikacji użytkownika”, które postrzegane są za mniej inwazyjne, a z drugiej strony – „dane o ruchu” oraz „dane dotyczące treści” (art. 3 pkt 9–12 rozporządzenia 2023/1543). Kategoryzacja danych jest bezpośrednio związana z warunkami wydawania europejskich nakazów wydania dowodów oraz uprawnieniem organów do wydawania tych nakazów. Pierwsza kategoria danych może być

przedmiotem wniosku wydanego zarówno przez sędziego, sąd, sędziego śledczego (w krajach, gdzie taka instytucja istnieje), jak i prokuratora. Nakaz może być ponadto wydany przez każdy inny właściwy organ zgodnie z prawem krajowym, jednak wówczas wniosek ten musi zostać zatwierdzony przez jeden z organów wymienionych powyżej. Jeśli chodzi o dane o ruchu (ale nie takie, które należałyby do kategorii danych wymaganych wyłącznie w celu identyfikacji użytkownika) i dane dotyczące treści, to nakaz nie może być wydany samodzielnie przez prokuratora, lecz jedynie przez sędziego bądź sąd. Prokurator może wydać taki nakaz, jednak musi on następnie zostać zatwierdzony przez sędziego lub sąd (art. 4 rozporządzenia 2023/1543). Zakres europejskiego nakazu wydania dowodów dotyczących danych o ruchu lub danych dotyczących treści jest ograniczony do „przestępstw zagrożonych w państwie wydającym karą pozbawienia wolności o górnej granicy ustawowego zagrożenia w wysokości co najmniej trzech lat” oraz ponadto niektórych przestępstw wymienionych w art. 5 ust. 4 rozporządzenia 2023/1543. Ograniczenie to wyeliminuje niektóre przestępstwa z zakresu stosowania nakazów mających za przedmiot dane o ruchu i dane dotyczące treści, jednak prawdopodobnie nie ograniczy ich stosowania tylko do poważnych przestępstw, gdyż próg ten, zwłaszcza w odniesieniu do bardziej represyjnych systemów prawa karnego, jest stosunkowo niski.

Europejski nakaz zabezpieczenia dowodów, jako środek *per se* mniej inwazyjny, nie podlega takim ograniczeniom i może być wydawany w odniesieniu do każdego przestępstwa i przez wszystkie wymienione organy, w tym przez prokuratorów (art. 4 ust. 3 oraz art. 5 rozporządzenia 2023/1543). Może on zostać wydany nie tylko w związku z późniejszym europejskim nakazem wydania dowodów, ale także w związku z wnioskami o wydanie danych w ramach wzajemnej pomocy prawnej lub w ramach europejskiego nakazu dochodzeniowego (art. 6 ust. 2 rozporządzenia 2023/1543).

Wnioski są przekazywane usługodawcom w formie standardowych zaświadczeń zgodnie z załącznikami do rozporządzenia 2023/1543 (art. 9, Załączniki I i II). Po otrzymaniu zaświadczenia usługodawca powinien przede wszystkim szybko zabezpieczyć dane. W przypadku europejskiego nakazu wydania dowodów dane są przekazywane organowi wnioskującemu w ciągu 10 dni od otrzymania zaświadczenia, a w przypadkach nagłych w ciągu 8 godzin. Usługodawcy mogą odmówić wydania danych, powołując się tylko na ograniczony katalog powodów, głównie dlatego, że zaświadczenie „jest niekompletn[e], zawiera oczywiste błędy lub nie zawiera informacji wystarczających do jego wykonania” bądź z powodu faktycznej niemożności wydania danych wynikającej z okoliczności niezawinionych przez adresata. Usługodawcy są zobowiązani poinformować organ wydający, jeśli uznają, że nakaz mógłby „kolidować z przewidzianymi w prawie państwa wykonującego immunitetami lub przywilejami lub z przepisami dotyczącymi ustalania lub granic odpowiedzialności karnej związanymi z wolnością prasy lub wolnością wypowiedzi w innych mediach” (art. 11 ust. 4 rozporządzenia 2023/1543).

W sytuacji, gdy usługodawca zdecyduje się na odmowę wykonania wniosku, jest on zobowiązany udzielić odpowiedzi na formularzu znajdującym się w Załączniku III do rozporządzenia 2023/1543. Z treści Załącznika można wywnioskować, że dostawcy

usług mogą również kwestionować inne aspekty niż te wymienione w art. 11, a mianowicie, czy wniosek został wydany lub zatwierdzony przez właściwy organ, czy wniosek o udostępnienie danych o ruchu lub treści został wydany w związku z przestępstwami, do których ograniczony jest zakres możliwości wydania nakazu dotyczącego tego rodzaju danych, oraz czy usługa świadczona przez usługodawcę jest objęta zakresem europejskiego nakazu.

Rozporządzenie 2023/1543 przewiduje szczególną procedurę, gdy wniosek stawia usługodawcę w sytuacji sprzecznych obowiązków prawnych ze względu na obowiązujące prawo państwa trzeciego (art. 17). Usługodawca powinien zasygnalizować ten konflikt w formularzu zawartym w Załączniku III, a organ wydający nakaz musi zbadać przedstawioną sytuację. Pierwotna wersja tego przepisu według propozycji Komisji Europejskiej przewidywała procedurę dialogu między organami państwa wydającego a organami państwa trzeciego, której wynik zależał od odpowiedzi lub milczenia organów tego ostatniego (art. 15–16 rozporządzenia 2023/1543 w brzmieniu zaproponowanym przez Komisję). Nie wydawało się jednak wykonalne sformułowanie oczekiwania współpracy organów państwa trzeciego na podstawie rozporządzenia 2023/1543. Podobnie nie było sprawiedliwe uzależnianie losu usługodawcy od reakcji tego organu lub jej braku. Obecne rozwiązanie również nie jest idealne, ponieważ nie gwarantuje wyeliminowania konfliktu obowiązków, gdyż organ może utrzymać w mocy nakaz niezależnie od tego, że pozostaje on w konflikcie z zakazem w państwie trzecim. Artykuł 17 przewiduje natomiast procedurę badania tego konfliktu oraz kryteria, wedle których podejmowana powinna być decyzja o podtrzymaniu lub uchyleniu wniosku.

Od ogólnej zasady, iż organy państwa wykonującego nie są informowane o wniosku, przewidziany został jeden wyjątek. Mianowicie, jeżeli wniosek dotyczy danych o ruchu lub treści, powiadomienie organu wykonującego powinno zostać wysłane jednocześnie z zaświadczeniem skierowanym do usługodawcy. Na pierwszy rzut oka wydaje się, że jest to znaczący wyjątek od zasady bezpośredniej współpracy, jednak jego efekt będzie znacznie ograniczony przez zasadę wyłączającą z tego obowiązku sprawy krajowe, czyli takie, gdzie „a) przestępstwo zostało popełnione, jest popełniane lub istnieje prawdopodobieństwo jego popełnienia w państwie wydającym; oraz b) osoba, której dane są objęte nakazem, ma miejsce pobytu w państwie wydającym” – oraz przez fakt, iż to organ wydający jest uprawniony do oceny, czy zachodzą uzasadnione podstawy, by sądzić, że sprawa ma charakter krajowy (art. 8 ust. 2 rozporządzenia 2023/1543). Należy zauważyć, że to właśnie ten organ jest zainteresowany tym, aby dane zostały uzyskane bez dalszych komplikacji, które mogą zostać spowodowane przez takie powiadomienie.

W wyniku powiadomienia organ państwa wykonującego może w ciągu 10 dni (częściowo lub całkowicie) zablokować przekazanie danych lub ograniczyć ich wykorzystanie (art. 12 rozporządzenia 2023/1543) na podstawie enumeratywnie wskazanych kryteriów, takich jak: istnienie immunitetów lub przywilejów, zasada *ne bis in idem*, brak podwójnej karalności (z wyjątkiem przestępstw wymienionych w Załączniku IV do rozporządzenia 2023/1543) oraz – prawdopodobnie najważniejszego – oczywiste naruszenie istotnego prawa podstawowego wskazanego w art. 6 Traktatu o Unii

Europejskiej lub w Karcie praw podstawowych⁴⁸. Ta podstawa odmowy może być przywołana tylko „w sytuacjach wyjątkowych”. Wyrażenie to wydaje się wprowadzać problematyczną logikę, zakładającą, że jeśli naruszenie jest systematyczne, to wówczas ta podstawa odmowy nie może zostać wykorzystana (art. 12 ust. 1 rozporządzenia 2023/1543).

Elementem dodanym stosunkowo późno w trakcie negocjacji jest tzw. zdecentralizowany system teleinformatyczny, za pośrednictwem którego ze względów bezpieczeństwa ma się odbywać cała komunikacja i wymiana danych między organami a dostawcami usług (art. 19–26 rozporządzenia 2023/1543). W tym celu państwa członkowskie mogą zaoferować krajowy system informatyczny. Mogą się również zdecydować na zastosowanie systemu stworzonego na te potrzeby przez Komisję Europejską, który będzie przez nią utrzymywany i rozwijany (art. 22 rozporządzenia 2023/1543).

Odmowa wydania danych przez usługodawcę będącego adresatem wniosku powoduje wszczęcie postępowania przymuszającego, które przekształca nakaz w „klasyczny” instrument wzajemnego uznawania: organ wydający może zwrócić się do organu państwa członkowskiego usługodawcy (zwanego w tym kontekście organem przymuszającym) o wykonanie nakazu⁴⁹. W takim przypadku organ przymuszający będzie miał do dyspozycji podstawy odmowy, które dotyczą ważności wydania nakazu, immunitetów i przywilejów, niemożności wykonania oraz względów dotyczących praw podstawowych sformułowanych w ten sam sposób, jak w przypadku procedury powiadamiania (art. 16 rozporządzenia 2023/1543). W celu przymuszenia usługodawcy, który nie spełnia nałożonych przez nakaz obowiązków, będzie można zastosować kary pieniężne. Jednak analizowane rozporządzenie nie wyznacza precyzyjnie ich wysokości, to państwa członkowskie muszą określić ich poziom w prawie krajowym. Treść rozporządzenia 2023/1543 w tej kwestii ogranicza się do żądania, aby wśród dostępnych sankcji znalazła się kara pieniężna „o wysokości nieprzekraczającej 2% całkowitego światowego rocznego obrotu usługodawcy w poprzednim roku obrotowym” (art. 15 ust. 1).

Rozporządzenie 2023/1543 przewiduje też w art. 18 podstawowe reguły dotyczące środków prawnych dostępnych osobom, których dane są objęte europejskim nakazem wydania dowodów. Jednak szczegółowe reguły odnośnie do dochodzenia tych praw będą wynikać z praw krajów członkowskich. Tym samym w tym aspekcie rozporządzenie to również wymaga dostosowania prawa krajowego.

⁴⁸ Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) (Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 1); Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) (Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 1).

⁴⁹ O problemach z rozumieniem zasady wzajemnego uznawania w kontekście europejskich nakazów wydania dowodów zob. S. Tosza, *Mutual Recognition by Private Actors in Criminal Justice? Service Providers as Gatekeepers of Data and Human Rights Obligations*, September 19, 2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3517878 [dostęp: 25.06.2023].

Uwagi końcowe

Skuteczność europejskiego nakazu wydania dowodów elektronicznych będzie uzależniona od kilku czynników, których ostateczny kształt wciąż pozostaje otwarty. Niektóre z nich są nieodłącznie związane z pakietem legislacyjnym w zakresie dowodów elektronicznych. Są to w szczególności system sankcji (i praktyka ich nakładania) wobec dostawców usług nieprzeznaczających przepisów, a także skuteczność środków prawnych służących ochronie praw osób, których dane zostały objęte nakazem. Rozporządzenie 2023/1543 będzie stosowane dopiero od sierpnia 2026 r. Ten trzyletni okres przewidziany jest na dostosowanie porządków krajowych i stworzenie systemu teleinformatycznego. Kluczowy wpływ na nowy system będą miały również czynniki zewnętrzne w stosunku do tych przepisów. Najważniejszą kwestią w tym zakresie jest powodzenie negocjacji z USA w celu zniesienia przepisu blokującego zgodnie z CLOUD Act.

Rozporządzenie 2023/1543 nie porusza szeregu zagadnień istotnych dla zbierania danych elektronicznych, takich jak retencja danych, problem szyfrowania, czy wreszcie kwestii dopuszczalności dowodów uzyskanych transgranicznie od podmiotów prywatnych. Będą one jednak miały kluczowe znaczenie dla możliwości pozyskiwania i wykorzystywania danych jako dowodów. Co do problemu dopuszczalności dowodów grupa naukowców skupiona wokół Europejskiego Instytutu Prawa w Wiedniu sformułowała propozycję harmonizacji przepisów dotyczących dopuszczalności dowodów, ale to, czy Komisja Europejska zaproponuje przepisy w tym obszarze, pozostaje niejasne⁵⁰.

Ponadto należy wspomnieć o instrumencie, który był przygotowywany równoległe z pakietem w zakresie dowodów elektronicznych – jest nim Drugi protokół dodatkowy do konwencji budapesztańskiej o cyberprzestępczości⁵¹. Jego art. 6 i 7 również przewidują międzynarodową bezpośrednią współpracę między organami ścigania a dostawcami usług, jednak możliwości oferowane przez Protokół ograniczają się tylko do informacji o rejestracji nazw domen i informacji o abonentach. W tym sensie rozporządzenie 2023/1543 idzie o wiele dalej i w ramach UE Drugi protokół nie będzie stanowił dla niego większej konkurencji. Może on jednak mieć znacznie bardziej globalny wpływ, jeśli, podobnie jak to się stało w przypadku samej Konwencji, zostanie on ratyfikowany przez znaczącą liczbę państw również spoza Europy.

⁵⁰ Zob. Propozycja Europejskiego Instytutu Prawa dotycząca Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wzajemnego dopuszczania dowodów oraz dowodów elektronicznych w postępowaniu karnym (ELI Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in Criminal Proceedings, 2023), https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Proposal_for_a_Directive_on_Mutual_Admissibility_of_Evidence_and_Electronic_Evidence_in_Criminal_Proceedings_in_the_EU.pdf [dostęp: 26.07.2023].

⁵¹ Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości, sporządzona w Budapeszcie dnia 23 listopada 2001 r. (Dz. U. z 2005 r., poz. 728); Drugi protokół dodatkowy do Konwencji o cyberprzestępczości o rozszerzonej współpracy i ujawnieniu dowodów elektronicznych (Dz. Urz. UE L 134 z 11.05.2022, s. 15).

Jeśli chodzi o kluczowe aspekty pakietu w zakresie dowodów elektronicznych, to można się spodziewać sporów sądowych. Już podczas debat prowadzących do jego przyjęcia kwestionowano wykorzystaną podstawę prawną pakietu⁵². Nie będzie więc zaskoczeniem, jeśli Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zostanie zaangażowany do oceny jego ważności.

Ważnym pytaniem jest również to, jaki wpływ będzie mieć pojawienie się ułatwionego sposobu uzyskiwania dowodów elektronicznych na wykorzystanie dowodów w postępowaniach karnych w ogóle. W tym sensie istotne będzie, czy organy ścigania będą coraz chętniej korzystać z możliwości uzyskiwania dowodów elektronicznych od usługodawców kosztem innych dostępnych metod. Innym zagadnieniem o fundamentalnym znaczeniu dla współpracy ponadnarodowej w sprawach karnych, a w szczególności dla rozumienia zasady wzajemnego uznawania jest kwestia, czy ten model bezpośredniej współpracy zostanie rozszerzony na inne sposoby zbierania dowodów, np. te dotyczące komunikacji na żywo⁵³.

Literatura

- Clarke R.A., Morell M.J., Stone G.R., Sunstein C.R., Swire P., *Liberty and Security in a Changing World. Report and Recommendations of the President's Review Group on Intelligence and Communications Technologies*, 12 December 2013, https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/2013-12-12_rg_final_report.pdf.
- Corhay M., *Private Life, Personal Data Protection and the Role of Service Providers: The EU e-Evidence Proposal*, „European Papers” 2021, vol 6, no. 1.
- Daskal J., *A New UK-US Data Sharing Agreement: A Tremendous Opportunity, If Done Right*, justsecurity.org, February 2016, <https://www.justsecurity.org/29203/british-searches-america-tremendous-opportunity/>.
- Daskal J., *The Un-Territoriality of Data*, „Yale Law Journal” 2015, vol. 125, no. 2.
- Daskal J., *Unpacking the CLOUD Act*, „eucrim” 2018, issue 4.
- Franssen V., *The Belgian Internet Investigatory Powers Act – A Model to Pursue at European Level?*, „European Data Protection Law Review” 2017, vol. 3, issue 4.
- Franssen V., Tosza S., *Cambridge Handbook of Digital Evidence in Criminal Matters*, Cambridge 2023.
- González Fuster G., Vázquez Maymir S., *Cross-border Access to E-Evidence: Framing the Evidence*, CEPS Papers series, Brussels 2020, https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2020/03/LSE2020-02_Cross-border-Access-to-E-Evidence.pdf.
- Kent G., *The Mutual Legal Assistance Problem Explained*, The Center for Internet and Society, 23 February 2015, <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/02/mutual-legal-assistance-problem-explained>.

⁵² Szerzej na temat podstawy prawnej pakietu zob. S. Tosza, *Mutual Recognition by Private Actors in Criminal Justice? E-Evidence Regulation and Service Providers as the New Guardians of Fundamental Rights*, „Common Market Law Review” 2023, vol. 61, s. 1–28.

⁵³ S. Tosza, *All evidence is equal...*, s. 181–182.

- Krishnamurthy V., *Cloudy with a Conflict of Laws: How Cloud Computing Has Disrupted the Mutual Legal Assistance Treaty System and Why It Matters*, Berkman Klein Center Research Publication No. 2016-3, <https://ssrn.com/abstract=2733350>.
- Kusak M., *Europejski nakaz dochodzeniowy – przełom w dziedzinie europejskiego ścigania karnego?*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2012, t. 74, z. 4.
- LaFave W.R., *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, 5th ed., St. Paul (oct. 2017 update).
- Ligeti K., Robinson G., *Sword, Shield and Cloud: Toward a European System of Public-Private Orders for Electronic Evidence in Criminal Matters?* [w:] *Surveillance and Privacy in the Digital Age: European, Transatlantic and Global Perspectives*, eds. V. Mitsilegas, N. Vavoula, Oxford–New York 2021.
- Mitsilegas V., *The Privatisation of Mutual Trust in Europe's Area of Criminal Justice: The Case of E-evidence*, „Maastricht Journal of European and Comparative Law” 2018, vol. 25, issue 3.
- Rojszczak M., *CLOUD act agreements from an EU perspective*, „Computer Law & Security Review” 2020, vol. 3.
- Sieber U., Neubert C.-W., *Transnational Criminal Investigations in Cyberspace: Challenges to National Sovereignty* [w:] *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 20 (2016), eds. F. Lachenmann, T.J. Röder, R. Wolfrum, Leiden 2017.
- Tosza S., *All evidence is equal, but electronic evidence is more equal than any other: The relationship between the European Investigation Order and the European Production Order*, „New Journal of European Criminal Law” 2020, vol. 11, issue 2.
- Tosza S., *Cross-Border Gathering of Electronic Evidence: Mutual Legal Assistance, Its Shortcomings and Remedies* [w:] *Société numérique et droit pénal: Belgique, France, Europe*, sous la direction de V. Franssen, D. Flore, Bruxelles 2019.
- Tosza S., *Internet service providers as law enforcers and adjudicators. A public role of private actors*, „Computer Law & Security Review” 2021, vol. 43.
- Tosza S., *Mutual Recognition by Private Actors in Criminal Justice? E-Evidence Regulation and Service Providers as the New Guardians of Fundamental Rights*, „Common Market Law Review” 2023, vol. 61.
- Tosza S., *Mutual Recognition by Private Actors in Criminal Justice? Service Providers as Gatekeepers of Data and Human Rights Obligations*, September 19, 2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3517878.
- Tosza S., *The E-Evidence Package is Adopted: End of a Saga or Beginning of a New One?*, „European Data Protection Law Review” 2023, no. 2.

Streszczenie

Stanisław Tosza

W poszukiwaniu dowodów elektronicznych – europejski nakaz wydania dowodów elektronicznych oraz inne narzędzia międzynarodowego pozyskiwania danych dla potrzeb postępowania karnego

W lipcu 2023 r., po ponad pięcioletnich negocjacjach przyjęto rozporządzenie w sprawie europejskich nakazów wydania i europejskich nakazów zabezpieczenia dowodów elektronicznych. Rozporządzenie to wprowadza nowy paradygmat współpracy europejskiej w sprawach karnych

pozwalający na bezpośrednie wiążące żądanie przez organ jednego państwa członkowskiego wydania danych przez usługodawcę w innym państwie członkowskim, co do zasady bez udziału organów tego ostatniego. Rozwiązanie to, niepozbawione kontrowersji, jest odpowiedzią na coraz bardziej palącą potrzebę efektywnych sposobów na zdobywanie danych elektronicznych na potrzeby postępowania karnego. Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie, dlaczego zbieranie dowodów elektronicznych następuje wielu prawnych i praktycznych problemów, a także jak próbowano sobie z nimi radzić. Ponadto w opracowaniu przeanalizowano zapisy nowego rozporządzenia i omówiono jego najważniejsze konsekwencje.

Słowa kluczowe: dowody elektroniczne, postępowanie karne, europejska współpraca w sprawach karnych, dostawcy usług elektronicznych, zasada terytorialności, europejski nakaz dochodzeniowy, zasada wzajemnego uznawania.

Summary

Stanisław Tosza

In Search of Electronic Evidence – European Production Order and Other Instruments for International Obtaining of Data for Criminal Proceedings

In July 2023, after more than five years of negotiations, the EU adopted the Regulation on European Production Orders and European Preservation Orders for electronic evidence. The regulation introduces a new paradigm for European cooperation in criminal matters, allowing authorities in one Member State to issue a direct binding order to a service provider in another Member State to produce data, in principle without the involvement of the latter's authorities. This solution, not without controversy, responds to the increasingly pressing need for effective means of obtaining electronic data for criminal proceedings. The purpose of the article is to outline why the collection of electronic evidence poses several legal and practical problems, how they have been attempted to be dealt with and to analyse the new regulation and its key implications.

Keywords: electronic evidence, criminal proceedings, European cooperation in criminal matters, Internet service providers, principle of territoriality, European Investigation Order, principle of mutual recognition.

Wojciech Jasiński

Uniwersytet Wrocławski, Polska

wojciech.jasinski@uwr.edu.pl

ORCID: 0000-0002-7427-1474

<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.04>

O potrzebie zmian w regulacjach prawnych dotyczących pozyskiwania informacji pochodzących z nośników danych dla celów postępowania karnego¹

Wprowadzenie

Jednym z istotnych wyznaczników współczesnego rozwoju społecznego jest możliwość gromadzenia na nośnikach coraz większej ilości różnorodnych danych, które mogą być łatwo przenoszone albo z których można swobodnie korzystać w różnych lokalizacjach. Nie wdając się w szczegółowe i techniczne w swojej istocie rozważania dotyczące sposobu rozumienia pojęć „dane” i „nośnik”, przyjmuję na potrzeby niniejszego opracowania, że dane powinny być rozumiane jako reprezentacja faktów lub pojęć przekazanych w sposób sformalizowany². Natomiast nośnik rozumiany jest jako wszelkie środki przenoszenia danych niosących jakiegokolwiek informacje³. Największe znaczenie mają współcześnie dane cyfrowe i to na nich zostanie skupiona uwaga w artykule. Co oczywiste, takie dane w wielu sytuacjach mogą się okazać istotne nie tylko z perspektywy codziennej aktywności ludzi, ale także dla toczących się postępowań karnych. Przykłady można byłoby mnożyć. Najbardziej klasyczne wydaje się sięgnięcie po dane cyfrowe wytworzone przez określone osoby intencjonalnie, takie jak różnorakie dokumenty tekstowe, zdjęcia czy filmy. Bardzo duże znaczenie ma jednak także szereg danych, które powstają po prostu w związku z codzienną aktywnością jednostki (dane dotyczące wykonywanych połączeń telefonicznych, odwiedzanych stron internetowych, aktywności w ramach różnorodnych programów i systemów wymiany danych etc.). Kwestią zasadniczą jest zatem to, jak uregulować dostęp do takich danych, aby z jednej strony umożliwić efektywne gromadzenie informacji, które pozwolą

¹ Artykuł powstał w ramach projektu naukowego finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki nr 2018/30/E/HS5/00338 pt. „Uzasadnione przeszkąwanie. Między efektywnością ścigania a prawami jednostki”. Projekt zrealizowano w Inkubatorze Doskonałości Naukowej – Centrum Digital Justice funkcjonującym w ramach Inicjatywy Doskonałości Naukowej – Uczelni Badawczej Uniwersytetu Wrocławskiego.

² A. Lach, *Dowody elektroniczne w procesie karnym*, Toruń 2004, s. 20.

³ P. Lewulis, *Dowody cyfrowe – teoria i praktyka kryminalistyczna w polskim postępowaniu karnym*, Warszawa 2021, s. 46.

skutecznie zwalczać przestępczość, a z drugiej strony zapewnić niezbędne gwarancje poszanowania praw jednostki, w tym zwłaszcza prawa do prywatności, i uniemożliwić nadużywanie środków inwigilacji przez organy państwa.

Zarysowana powyżej kwestia ma bardzo istotne znaczenie przede wszystkim z jednego zasadniczego powodu. Należy bowiem zauważyć, że łatwość w gromadzeniu danych cyfrowych na nośnikach sprawia, iż uzyskując dostęp w szczególności do telefonu komórkowego i komputera danej osoby, organy postępowania karnego są w stanie zebrać nieporównywalnie więcej danych niż w czasach, gdy takie możliwości nie istniały. Z tej zatem perspektywy rośnie znaczenie metod inwigilacji pozwalających uzyskać dostęp do wskazanych danych. W tym kontekście w zasadzie automatycznie, już na samym wstępie rozstrzygania kwestii legislacyjnych, pojawia się pytanie, czy konstruowanie optymalnego modelu pozyskiwania danych cyfrowych na potrzeby postępowania karnego powinno odbywać się przez poszukiwanie analogii między zbieraniem informacji w czasach, kiedy ich głównym źródłem były przedmioty materialne z miejsca zamieszkania, pracy oraz depozycje osób mających kontakt z daną osobą, a ich pozyskiwaniem dzisiaj, gdy wgląd choćby w telefon komórkowy czy komputer osobisty i przechowywane w nim dane pozwala szybciej i dużo dogłębniej zebrać informacje na temat określonej osoby. Odpowiedź na to pytanie powinna być negatywna. Z powodów wskazanych powyżej nie można postawić znaku równości między pozyskiwaniem informacji w erze cyfrowej i przedcyfrowej. Zarówno dostępność, jak i wolumen danych, jakie są możliwe do zdobycia obecnie, a także zakres informacji o życiu jednostki, jaki da się z nich pozyskać, są nieporównywalne z analogicznymi wskaźnikami, odnoszącymi się do klasycznych metod wykrywczych z ery przedcyfrowej (np. przeszukanie pomieszczeń, kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych). To sprawia, że ingerencja w prywatność jednostki, a w konsekwencji także możliwość nadużyć i ich negatywne skutki są również nieporównywalnie większe niż wcześniej. Trafnie wskazana różnica została dostrzeżona przez amerykański Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie *Riley v. California*⁴. Abstrahując od meritum tej sprawy, dotyczącego dopuszczalności przeszukania osoby bez nakazu sądowego w trakcie zatrzymania, należy odnotować, że skład orzekający podkreślił istotną różnicę między przeszukaniem znajdującego się w kieszeni jednostki telefonu komórkowego, który zawiera dużą ilość prywatnych informacji, a przeszukaniem np. portfela, co byłoby swoistym odpowiednikiem tej czynności w erze przedcyfrowej⁵.

Zobrazowana przez amerykański Sąd Najwyższy różnica w pozyskiwaniu informacji na potrzeby postępowania karnego sprawia, że konieczne jest wypracowanie podejścia do analizowanej kwestii, które uwzględni tę ważną specyfikę. Oczywiście nie oznacza to całkowitego zerwania z kształtowanymi przez lata sposobami definiowania

⁴ *Riley v. California*, 573 U.S. 373 (2014).

⁵ Szerzej o tej kwestii, a także podejściu do przeszukania telefonu komórkowego w orzecznictwie kanadyjskiego Sądu Najwyższego por. K. Kremens, *O znaczeniu prawa porównawczego dla nauki polskiego procesu karnego na przykładzie przeszukań telefonów komórkowych* [w:] *W pogoni za rzetelnym procesem karnym. Księga dedykowana Profesorowi Stanisławowi Waltosowi*, red. D. Szumiło-Kulczycka, Warszawa 2022, s. 556–559.

i regulowania dowodowych czynności wykrywczych. Nadal więc, co oczywiste, będą musiały pojawiać się odniesienia do aktualnie dostępnych sposobów konceptualizacji procesu pozyskiwania informacji dla celów procesowych. Tym niemniej, jak zostało to już wskazane powyżej, musi odbywać się to w sposób uwzględniający charakter ingerencji w prywatność i nową jakość, jaką era cyfrowa wniosła w omawianym zakresie, a nie przez proste analogie do czasów przedcyfrowych.

Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na kompleksowe omówienie problematyki ustawowej regulacji pozyskiwania danych pochodzących z nośników na potrzeby procesu karnego. Uwaga zostanie zatem skupiona na wykazaniu wadliwości obowiązujących obecnie regulacji prawnych w tym zakresie, które uzasadniają konieczność wypracowania nowych unormowań. Jest to istotna kwestia, gdyż już sam sposób regulacji problematyki pozyskiwania danych cyfrowych w procesie karnym, a nie tylko jej zakres, ma niebagatelne znaczenie dla efektywności przyjętych rozwiązań. Należy także zastrzec, że przedmiotem rozważań są ustawowe regulacje o charakterze karnoprocessowym. Choć więc w dalszej części pojawiają się nawiązania do czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz standardów ponadustawowych, które niewątpliwie mają znaczenie dla tytułowej problematyki, to jednak kwestie te nie będą szczegółowo rozwijane. Podobnie, uwaga w niniejszym artykule została skupiona na pozyskiwaniu danych, które potencjalnie mogą stać się dowodem w postępowaniu karnym. Ze względu na ramy opracowania poza jego zakresem znalazła się kwestia możliwości wykorzystania takich danych w procesie.

1. Obowiązująca regulacja pozyskiwania informacji pochodzących z nośników danych dla celów postępowania karnego i jej mankamenty

Już pobieżna analiza przepisów Kodeksu postępowania karnego⁶ wskazuje, że ustawodawca odnosi się wprost do kwestii pozyskiwania danych znajdujących się na nośnikach bardzo lakonicznie. Jedyne w zasadzie unormowania, które dotyczą, obrazowo rzecz ujmując, sfery wirtualnej, to art. 236a k.p.k., który stanowi, że przepisy rozdziału 25 k.p.k. dotyczącego przeszukania i zatrzymania rzeczy stosuje się odpowiednio do dysponenta i użytkownika urządzenia zawierającego dane informatyczne lub systemu informatycznego, w zakresie danych przechowywanych w tym urządzeniu lub systemie albo na nośniku znajdującym się w jego dyspozycji lub użytkowaniu, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną, oraz przepisy art. 218–218b k.p.k., które dotyczą danych telekomunikacyjnych. Znaczenie z omawianej perspektywy ma także art. 241 k.p.k., który przewiduje, że przepisy rozdziału 26 k.p.k. odnoszące się do kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych stosuje się odpowiednio do kontroli oraz do utrwalania przy użyciu środków technicznych treści innych rozmów lub

⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 37 ze zm.) (dalej: k.p.k.).

przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną. W kontekście danych znajdujących się na nośnikach kluczową rolę odgrywa niewątpliwie art. 236a k.p.k.

Analizując przepisy regulujące problematykę prawnodowodową, trudno oprzeć się wrażeniu, że polski ustawodawca na trwałe pozostał w świecie analogowym, nie dostrzegając, jakie zmiany digitalizacja przyniosła w codziennym (także przestępczym) życiu. Już na pierwszy rzut oka widoczny jest bowiem paradoks, że niezwykle istotna przestrzeń, z której można pozyskiwać cenne dla procesu karnego informacje, nie jest przez ustawodawcę regulowana wprost, ale za pomocą bardzo ogólnego odesłania. Oczywiście przynajmniej teoretycznie sama przyjęta technika legislacyjna nie musi świadczyć o wadliwości omawianej regulacji. W tym wypadku należy jednak odnieść się krytycznie do dokonanego przez ustawodawcę wyboru. O ile obowiązujące unormowania prawne można byłoby ocenić, ze względu na kontekst społeczny, jako chociaż częściowo satysfakcjonujące w 2003 i 2004 r., gdy przepisom tym nadano obecny kształt, o tyle bez wątplenia nie można tego samego stwierdzić w trzeciej dekadzie XXI w. Za takim wnioskiem przemawia szereg argumentów odnoszących się do obserwacji praktyki ich stosowania, a także ich funkcjonalności. Nie można więc zgodzić się z wyrażonym w doktrynie w kontekście art. 236a k.p.k. stanowiskiem przeciwnym, opartym na założeniu, że wprowadzenie unormowań, które doprecyzowałyby obowiązujące regulacje, okazałyby się dysfunkcjonalne. Zakłada ono, że „zbyt kazuistyczna regulacja omawianej czynności procesowej mogłaby przynieść skutek odmienny od założonego i przyczynić się do powstania jeszcze większej liczby problemów i wątpliwości, kiedy można, a kiedy nie można realizować zdalne przeszukanie, lub zbytnio zawęzić sytuacje, w których jest ono dozwolone. Lepiej wyznaczać i wytyczać pewne uniwersalne przepisy pasujące do szybko zmieniającej się taktyki i techniki działań w cyberprzestrzeni, aniżeli bardzo szczegółowo określać hipotetyczne stany faktyczne, kiedy czynność jest dopuszczalna”⁷. Wniosek ten jest nietrafny z kilku zasadniczych powodów. Po pierwsze, wskazana bardzo ogólna regulacja nie sprzyja jednolitości stosowania prawa. Po drugie, obowiązujące unormowania wymagają zmian, gdyż nie zapewniają odpowiedniego poziomu gwarancyjności. Poglądy wskazujące na ich antygwarancyjność były już zresztą prezentowane w doktrynie⁸. Po trzecie, obowiązujące przepisy, dość zresztą paradoksalnie, nie gwarantują również efektywności ścigania, co – biorąc pod uwagę rozwój przestępczości w wymiarze wirtualnym – jest równie istotnym problemem jak nieproporcjonalna inwazyjność stosowanych metod

⁷ P. Opitek, *Przeszukanie na odległość jako czynność procesowa (art. 236a k.p.k.)*, Prok. i Pr. 2020, nr 9, s. 126.

⁸ Za precyzyjnym uregulowaniem przeszukania zdalnego opowiadał się już przed ponad dekadą A. Lach – zob. *idem*, *Przeszukanie na odległość systemu informatycznego*, Prok. i Pr. 2011, nr 9, s. 78. Tak też w: *idem*, *Gromadzenie dowodów elektronicznych po nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, Prok. i Pr. 2003, nr 10, s. 25. Podobnie krytycznie: K. Kremens, *Granice ingerencji w prawo do prywatności i prawo własności w postępowaniu karnym* [w:] *Model dopuszczalnej ingerencji w prawa wolności jednostki w procesie karnym/The Model of Acceptable Interference with the Rights and Freedoms of an Individual in the Criminal Process*, red. J. Skorupka, Warszawa 2019, s. 289–292.

wykrywczych. Po czwarte, analiza porządków prawnych innych państw wskazuje, że wprowadzenie szczegółowych regulacji dotyczących pozyskiwania informacji pochodzących z nośników danych nie jest postrzegane jako dysfunkcjonalne, a wręcz przeciwnie, jako konieczny krok do zagwarantowania właściwego poziomu ochrony prawnej. Wskazane kwestie zostaną omówione kolejno w dalszej części opracowania.

2. Niejednolitość w stosowaniu unormowań dotyczących pozyskiwania informacji pochodzących z nośników danych dla celów postępowania karnego

Analiza praktyki stosowania obecnie obowiązujących przepisów dotyczących pozyskiwania informacji pochodzących z nośników danych dla celów postępowania karnego prowadzi do wniosku, że budzą one wątpliwości. Przeprowadzone badania empiryczne wskazują, że występują rozbieżności w zakresie samego powoływania przez organy ścigania podstaw prawnych w przypadku żądania wydania danych (art. 217, art. 218 i art. 236a k.p.k.)⁹. Trzeba zgodzić się, że kwestia ta z praktycznego punktu widzenia ma drugorzędne znaczenie¹⁰, tym niemniej nie należy zapominać, że adresatami przepisów procesowych są także funkcjonariusze organów ścigania i nie mogą one być konstruowane w sposób, który jest dla tych podmiotów niezrozumiały. Oczywiście problem ten ma szerszy wymiar i jest przejawem ogólnie niskiej świadomości prawnej i technologicznej organów ścigania. Nie zmienia to jednak faktu, że obrazuje również słabość obecnego unormowania problematyki pozyskiwania danych cyfrowych.

W przypadku pozyskiwania danych z nośników pozostających w dyspozycji organów procesowych (w szczególności telefonów komórkowych) zwraca również uwagę rozbieżność w charakterze czynności prawnodowodowej, która jest wykorzystywana do tego celu. Można bowiem dostrzec, że w praktyce sięga się zarówno po oględziny, jak i przeszukanie¹¹. W doktrynie trafnie zwraca się uwagę, że pozyskiwaniu danych cyfrowych powinna służyć czynność przeszukania, o czym świadczy treść art. 236a k.p.k.¹² Jak pokazują jednak badania w praktyce, albo z niewiedzy, albo z innych pozamerytorycznych powodów istnieje pokusa sięgania po czynność oględzin, która generuje mniej „problemów” dla funkcjonariuszy organów ścigania. Powyższe wyraźnie więc wskazuje, iż uregulowanie kwestii uzyskiwania danych cyfrowych za pomocą jednego ogólnego odesłania rodzi w praktyce wątpliwości, a dodatkowo, w odniesieniu do kontrowersji dotyczących charakteru czynności dowodowej pozwalającej pozyskać dane (przeszukanie albo oględziny) zidentyfikowana niejednolitość w stosowaniu prawa wpływa także na oferowany jednostce poziom gwarancyjności. Ten ostatni budzi

⁹ P. Lewulis, *Dowody cyfrowe...*, s. 143.

¹⁰ *Ibidem*, s. 144.

¹¹ M. Chrabkowski, *Dostęp do treści korespondencji SMS-owej w telefonie zabezpieczonym na potrzeby sprawy karnej*, „Studia Iuridica Toruniensa” 2018, t. 22, s. 59.

¹² Por. np. *ibidem*; P. Lewulis, *Dowody cyfrowe...*, s. 127.

zresztą wątpliwości również z innych powodów, które zostaną omówione w punkcie czwartym opracowania.

3. Gwarancyjność unormowań dotyczących pozyskiwania informacji pochodzących z nośników danych dla celów postępowania karnego

W kontekście waloru gwarancyjnego unormowań dotyczących pozyskiwania informacji pochodzących z nośników danych dla celów postępowania karnego warto na wstępie zauważyć, że nawet w przypadku uznania, iż dane cyfrowe są pozyskiwane za pomocą przeszukania, a więc na lepszym poziomie gwarancyjności niż oferowanym przez oględziny, poszanowanie zabezpieczonych konstytucyjnie i w wymiarze prawnomiędzynarodowym praw jednostki (w szczególności prawa do prywatności) pozostawia wiele do życzenia. Wiąże się to z faktem, iż przepisy normujące „klasyczne” przeszukanie, do których odsyła art. 236a k.p.k., a więc swoiste unormowania „bazowe”, słabo tę gwarancyjność realizują w praktyce. Co prawda unormowania kodeksowe przewidują zabezpieczenia przed nadużywaniem tego środka ingerencji w prawo do prywatności, ale problemem jest zarówno ich niewystarczająca precyzja, jak i realna egzekwowalność. W odniesieniu do tej pierwszej kwestii można wspomnieć przede wszystkim o samych przesłankach i podstawie dowodowej przeszukania, które są bardzo ogólne, a tym samym niespecjalnie zmuszają organy procesowe do wstrzeмиęźliwości w sięganiu po tę czynność¹³. Osobnym problemem jest też bardzo ogólna klauzula proporcjonalności (art. 227 k.p.k.). Jeżeli miałaby ona być środkiem zmierzającym do podwyższenia ustawowego standardu ochrony praw jednostki, a tak by się wydawało, patrząc na to, że jej wprowadzenie w obecnym kształcie było wynikiem negatywnej oceny tego poziomu przez Trybunał Konstytucyjny¹⁴, to trudno ocenić powyższe działanie jako efektywne. To, że modyfikowanie brzmienia bardzo ogólnych klauzul generalnych przyniesie jakościową zmianę w pracy organów ścigania, można obecnie postrzegać raczej jako płonną nadzieję. W kwestii zaś praktycznej nieskuteczności ustawowych regulacji trzeba zwrócić uwagę zwłaszcza na problematykę przeprowadzania przeszukań w trybie ekstraordynaryjnym przewidzianym w art. 220 § 3 k.p.k. Zastrzeżenia należy sformułować zarówno w odniesieniu do nadużywania takiej możliwości, jak i wadliwie funkcjonującego systemu zatwierdzania wskazanego typu przeszukań. Nie ulega wątpliwości, że w założeniu ustawodawcy tryb z art. 220 § 3 k.p.k. ma charakter wyjątkowy. Doświadczenia praktyczne pokazują jednak, że przeprowadzanie przeszukania bez uprzedniej autoryzacji sądu albo prokuratora jest

¹³ Por. K. Kremens, *Przesłanka i podstawa dowodowa przeszukania* [w:] *System prawa karnego procesowego*, t. 8, *Dowody*, cz. 3, red. J. Skorupka, Warszawa 2019, s. 3830–3833.

¹⁴ W uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 14 grudnia 2018 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 2399), która nadała art. 227 k.p.k. obecną brzmienie, wskazano, że ten akt prawny stanowi wykonanie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 grudnia 2017 r. (K 17/14).

w praktyce regułą. W badaniach¹⁵ przeprowadzonych w latach 2020–2021, które objęły 853 sprawy o czyny z art. 278 i art. 279 Kodeksu karnego¹⁶ oraz art. 62 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii¹⁷ z 12 sądów rejonowych (po trzy sądy z apelacji wrocławskiej, gdańskiej, łódzkiej i lubelskiej) zakończone w 2018 r., zidentyfikowano 1340 przypadków przeszukań. W tej liczbie aż 1310 (97,7%) przeszukań zostało dokonanych w trybie art. 220 § 3 k.p.k. Oczywiście nie można zaprzeczyć, że kwalifikacje prawne czynów będących przedmiotem analizowanych postępowań uzasadniają, być może nawet istotnie wyższą niż w innych sprawach, liczbę przeszukań dokonywanych w sytuacji niecierpiącej zwłoki. Symptomatyczne jest jednak to, że w badanych sprawach wielokrotnie i to niekiedy w tym samym dniu następowało przeszukanie mieszkania osoby, która była zatrzymywana w związku z podejrzeniem popełnienia jednego ze wskazanych powyżej czynów zabronionych. Przeszukanie to odbywało się także z zasady w trybie art. 220 § 3 k.p.k. Wskazuje to zatem na utartą praktykę, w której to przeszukanie bez uprzedniej autoryzacji sądu albo prokuratora stało się wbrew ustawowej logice regułą¹⁸.

Istotne wątpliwości budzi także efektywność kontroli przeszukań dokonywanych w trybie art. 220 § 3 k.p.k. W toku postępowania przygotowawczego czynność taka podlega zatwierdzeniu przez prokuratora. Spośród 1310 zbadanych przeszukań dokonanych w omawianym trybie 1158 (88,3%) zostało zatwierdzonych. W pozostałych przypadkach w zdecydowanej większości spraw w aktach po prostu nie było postanowienia o zatwierdzeniu przeszukania. Jedynie w 13 sprawach wydano postanowienie o odmowie zatwierdzenia przeszukania ze względu na przekroczenie terminu na dokonanie tej czynności¹⁹. W żadnej ze zbadanych spraw powodem niezatwierdzenia przeszukania nie była niezasadność czy nieproporcjonalność przeprowadzonej

¹⁵ Badania aktowe zostały przeprowadzone przez dra K. Jarząbka i dra M. Basę w ramach projektu badawczego „Uzasadnione przeszukiwanie – między efektywnością ścigania a prawami jednostki” (nr 2018/30/E/HS5/00338) finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki i kierowanego przez dr hab. K. Kremens. Szerzej o wynikach badań zob. M. Basa, K. Jarząbek, *Praktyka prowadzenia przeszukań w wypadkach niecierpiących zwłoki – przesłanki i podstawa dowodowa przeszukania*, „Przegląd Sądowy” 2023, nr 6, s. 50–67.

¹⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 17 ze zm.) (dalej: k.k.).

¹⁷ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r., poz. 1939 ze zm.) (dalej: u.p.n.).

¹⁸ Na marginesie warto zwrócić uwagę na skuteczność dokonywanych w omawianych sprawach przeszukań. W sprawach o czyny z art. 62 u.p.n. na 774 przeszukania skutecznych było 370 (48%). Spośród przeszukań w sprawach o czyny z art. 278 i art. 279 k.k. na 566 skutecznych okazało się 179 przeszukań (32%). Co jeszcze bardziej interesujące, w przypadku przeszukań następczych mieszkań w sprawach o czyny z art. 278 i art. 279 k.k. skutecznych było tylko 17,5% przeszukań, a w sprawach o czyny kwalifikowane z art. 62 u.p.n. przeszukania okazały się skuteczne w 24,4%. Trudno jest uzasadnić, jak taka masowa i słabo skuteczna ingerencja w prywatność, w jej wymiarze chronionym notabene konstytucyjnie (art. 50 ustawy zasadniczej gwarantujący nienaruszalność mieszkania), ma się do proporcjonalności ingerencji w prawa jednostki i celowości podejmowania takich działań wykrywczych.

¹⁹ Co interesujące, w 97 przypadkach przeszukań zostały one zatwierdzone mimo przekroczenia terminu określonego w art. 220 § 3 zdanie drugie k.p.k.

czynności. Inną ważną kwestią jest także lakoniczność rozstrzygnięć o zatwierdzeniu przeszukania. W wielu przypadkach (50,1%) uzasadnienie nie odnosiło się ani do faktów, ani do przesłanek przeszukania. Ogólnie dane te wskazują więc na automatyzm i w zasadzie iluzoryczność kontroli prokuratorskiej. Dodatkowym problemem zidentyfikowanym w trakcie badań była również częsta niedookreśloność samego żądania wydania rzeczy. Aż w 56% spraw nie sprecyzowano bowiem poszukiwanego przedmiotu, posługując się sformułowaniami „rzeczy pochodzące z przestępstwa” czy „rzeczy mogące stanowić dowód w sprawie”.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy skonstatować, że w odniesieniu do pozyskiwania danych cyfrowych i tak nie najlepsza gwarancyjność przepisów o przeszukaniu jest dodatkowo osłabiana dość ogólnym odesłaniem, które pozwala jeszcze bardziej rozmywać znaczenie unormowań limitujących ingerencję w prawa i wolności jednostki.

W kontekście ustawowych unormowań dotyczących zatrzymania rzeczy i przeszukania problemem jest także to, że czynność ta oparta jest częściowo na dobrowolnej współpracy jednostki z organami procesowymi. W praktyce jednak w przypadku osób, które nie posiadają niezbędnej wiedzy fachowej, może dochodzić do sytuacji, w których będą się one czuły zmuszone do współpracy, pomimo tego, że nie będą miały takiego prawnego obowiązku, albo atmosfera kontaktu z funkcjonariuszami organów ścigania sprawi, iż nie będą w stanie dokonać swobodnego i świadomego wyboru w zakresie potencjalnej współpracy. Osobnym problemem może być także wyzyskiwanie przymusowej sytuacji przez funkcjonariuszy zmierzających do zatrzymania rzeczy (danych), np. w postaci groźby zatrzymania urządzeń elektronicznych zawierających dane i faktycznego pozbawienia możliwości codziennego funkcjonowania (zawodowego lub prywatnego). Istniejące w Kodeksie postępowania karnego odesłanie z art. 236a k.p.k. w żaden sposób nie chroni jednostki przed potencjalnymi nadużyciami uprawnień w zakresie możliwości gromadzenia należących do niej lub pozostających w jej dyspozycji danych.

Kolejnym aspektem odnoszącym się do gwarancyjności, na który należy zwrócić uwagę, jest przyjęte przez ustawodawcę ogólne założenie przyświecające regulacjom art. 236 i art. 241 k.p.k. Obecnie obowiązujące unormowania przewidują bowiem, iż pozyskiwanie danych „statycznych”, a więc zgromadzonych na określonych nośnikach, powinno być regulowane w sposób analogiczny do czynności przeszukania, a w przypadku komunikacji „w ruchu” według standardu właściwego dla kontroli i utrwalania rozmów (*vide* art. 236a i art. 241 k.p.k. w odniesieniu do poczty elektronicznej). Z pozoru mogłoby się wydawać, że ta analogia ze świata przedcyfrowego jest właściwa również dla rzeczywistości cyfrowej. Trafnie jednak w literaturze kwestionuje się to rozróżnienie, wskazując, że współcześnie dzięki nowym technologiom zaciera się różnica między tym, co statyczne, a tym, co dynamiczne²⁰. Ta uwaga potwierdza sygnalizowaną już na wstępie artykułu wadliwość poszukiwania prostej analogii między czynnościami wykrywczymi ery przedcyfrowej i cyfrowej. W przypadku rozmów telefonicznych ich kontrola i utrwalanie są konieczne do tego, aby poznać ich treść. Dodatkowo skala

²⁰ K. Kremens, *Granice ingerencji...*, s. 290–291.

ingerencji w prywatność jednostki jest na tyle daleko idąca, że ustawodawca wymaga autoryzacji tej metody inwigilacji co do zasady przez sąd i to niezależnie od fazy trwającego postępowania. Przekładając założenia powyższego systemu na komunikację odbywającą się za pomocą poczty elektronicznej czy komunikatorów, należy zauważyć, że w przypadku, gdy udostępnione mają być jej zapisy, to pomimo tego, iż organy ścigania uzyskują dostęp do treści komunikacji (podobnie jak w przypadku rozmów telefonicznych) i skala ingerencji w prywatność jest (a przynajmniej może być) zbliżona, ustawodawca decyduje się na wprowadzenie standardu analogicznego do przeszukiwania, w którym dostęp do tych wiadomości może zostać uzyskany przez prokuratora w postępowaniu przygotowawczym, a nawet przez funkcjonariuszy organów ścigania (art. 220 § 3 k.p.k.). Powyższe dobrze obrazuje, że analogia oparta na odwołaniu do klasycznych czynności, takich jak przeszukiwanie oraz kontrola i utrwalanie rozmów, jest w świecie wirtualnym fałszywa. Oczywiście przedstawione uwagi nie oznaczają, że nie ma różnicy między inwigilacją w czasie rzeczywistym a pozyskiwaniem utrwalonych danych zawierających treść tej komunikacji. Biorąc jednak pod uwagę charakter ingerencji w prywatność, a także potencjalnie bardzo szeroki czasowo zakres danych, jaki można zebrać z nośników (np. z komunikatorów w telefonach komórkowych), nie można uznać, że w takim przypadku standard w porównaniu z kontrolą i utrwalaniem rozmów (które notabene też są utrwalane i odsłuchiwane *post factum*) powinien być niższy. Kwestionowanie różnicy między przechwytywaniem w czasie rzeczywistym a uzyskiwaniem dostępu do zapisów komunikacji nie ma zatem na celu zrównania charakteru obu tych czynności, ale odrzucenie argumentu, że dostęp do zapisów nie wymaga takich gwarancji, jak przechwytywanie konwersacji w czasie rzeczywistym.

Na zakończenie warto także krótko nawiązać do standardów ponadustawowych. Nie należy bowiem zapominać, że ingerencja w prawo do prywatności musi spełniać określone wymagania. Zgodnie z art. 8 ust. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka²¹ jest to możliwe tylko w przypadkach przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności osób. Wymóg legalności ingerencji w prawo do prywatności zakłada, że „podstawa prawna musi być zatem dostępna dla jednostki, kreować przewidywalne dla niej konsekwencje i być sformułowana dostatecznie precyzyjnie”²². Warto zauważyć, że problematyka niedostatecznej jakości prawa krajowego skłaniała już Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC) do stwierdzenia naruszenia art. 8 EKPC w kontekście sfery wirtualnej ludzkiego życia. W sprawie Benedik przeciwko Słowenii²³ słoweńskie unormowania dotyczące pozyskiwania adresu IP zostały przez ETPC uznane za niewystarczające

²¹ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) (dalej: EKPC).

²² W. Jasiński, *Granice ingerencji w prawo do wolności, prawo do własności oraz prawo do nieobciążania się w postępowaniu karnym – standardy europejskie* [w:] *Model dopuszczalnej ingerencji...*, s. 108–109.

²³ Wyrok ETPC z dnia 24 kwietnia 2018 r. w sprawie Benedik v. Słowenia, skarga nr 62357/14.

z perspektywy standardu konwencyjnego. Analiza przepisu art. 236a k.p.k. pozwala uznać, że tylko pierwszy z warunków – warunek dostępności – jest spełniony. Trudno bowiem mówić o kreowaniu przewidywalnych konsekwencji i precyzji, gdy odesłanie zawarte we wskazanej jednostce redakcyjnej jest bardzo ogólne i odwołuje się do standardów odnoszących się do zbioru, którego cechy są dość odległe od specyfiki danych cyfrowych.

4. Funkcjonalność unormowań dotyczących pozyskiwania informacji pochodzących z nośników danych dla celów postępowania karnego

Obecnie funkcjonujące regulacje pozwalające na pozyskiwanie danych z nośników nie tylko są wadliwe z perspektywy gwarancyjnej, ale także jedynie w ograniczonym zakresie pozwalają na skuteczne zwalczanie przestępczości. Rzecz bowiem w tym, że odesłanie z art. 236a k.p.k. sprawia, iż możliwość pozyskiwania danych cyfrowych może odbyć się wyłącznie w sposób jawny. Przeszukanie na odległość jest zatem w takich warunkach dopuszczalne, ale tylko z zapewnieniem udziału w czynności osoby, która jest dysponentem określonych danych²⁴. Problem jednak w tym, że celowe byłoby także, oczywiście po zabezpieczeniu należytymi gwarancjami, w tym ograniczonym zakresie przedmiotowym, umożliwienie dokonywania przeszukań, które odbywałyby się w sposób tajny. Obecnie obowiązujące przepisy takiego rozwiązania nie przewidują. Wątpliwości rodzą się również w odniesieniu do dopuszczalności tzw. przeszukania rozszerzonego. W tym bowiem przypadku osoba, która jest dysponentem pierwotnego urządzenia albo systemu, nie musi być też dysponentem urządzenia albo systemu wtórnego. To zaś powoduje, że tego ostatniego nie można przeszukać z poszanowaniem odpowiednio stosowanych przepisów o „klasycznym” przeszukaniu²⁵. Nie tylko więc względ na gwarancyjność, ale również na efektywność ścigania przestępstw przemawia za nowelizacją obecnych unormowań dotyczących pozyskiwania danych cyfrowych.

Oczywiście należy być świadomym, że *de lege lata* przedstawiony problem można rozwiązać w ten sposób, iż podstawą do przeprowadzenia wskazanych powyżej działań będą nie normy ustawy karnoprocesowej, ale ustaw policyjnych regulujących czynności operacyjno-rozpoznawcze. Te bowiem pozwalają na niejawne pozyskiwanie i utrwalanie danych zawartych w informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych (np. art. 19 ust. 6 pkt 4 ustawy o Policji²⁶). Rzecz jednak w tym, że różnica między czynnościami procesowymi nakierowanymi na pozyskiwanie dowodów a czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi, które także mają taki cel (*vide* art. 19 ust. 1 u.p.), została w polskim porządku prawnym prawie całkowicie zamazana. W konsekwencji przepisy

²⁴ P. Opitek, *Przeszukanie...*, s. 108 i nn.

²⁵ A. Lach, *Przeszukanie...*, s. 74; P. Lewulis, *Dowody cyfrowe...*, s. 93–94.

²⁶ Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 145 ze zm.) (dalej: u.p.).

ustaw policyjnych na szeroką skalę służą *de facto* gromadzeniu dowodów na potrzeby postępowania karnego, co stanowi nic innego jak aberrację systemową. Czynności operacyjno-rozpoznawcze powinny być odseparowane od czynności procesowych i to te ostatnie powinny służyć pozyskiwaniu dowodów na potrzeby toczącego się postępowania karnego. W pewnym uproszczeniu należy stwierdzić, że czynności operacyjno-rozpoznawcze powinny mieć zasadniczo cel prewencyjny i wykrywczy, natomiast tylko w bardzo ograniczonym zakresie dowodowy. Jeśli więc zebrany materiał pozwala wnioskować, że zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa, to w tym momencie reżim dokonywania dalszych czynności powinien być reżimem procesowym, z należytymi gwarancjami dla uczestników postępowania karnego. Tylko w ten sposób da się zapewnić rozsądne rozróżnienie obu reżimów i uniknąć sytuacji, gdy to organy ścigania *de facto* wybierają sposób gromadzenia i utrwalania dowodów. Należy zaakcentować, że poza czystością formy zaproponowany model sprawia, iż przynajmniej teoretycznie działalność organów ścigania podlega kontroli prokuratora będącego gospodarzem toczącego się postępowania przygotowawczego. Umożliwia to efektywniejszy nadzór nad prawidłowością i jakością przeprowadzanych czynności, a zarazem alokuje odpowiedzialność za ich podejmowanie nie tylko na organach ścigania. Oczywiście *de lege lata* pewna doza kontroli prokuratorskiej nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi funkcjonuje (*vide* zgoda prokuratora na wystąpienie o kontrolę operacyjną). Tym niemniej nie ma ona efektywnego charakteru. Reasumując, wadliwości regulacji karnoprosesowej nie powinny być sanowane za pomocą sięgania po czynności operacyjno-rozpoznawcze. Zabieg ten bowiem pogłębia istniejące obecnie i szkodliwe zamazywanie różnicy między tymi czynnościami a czynnościami procesowymi.

5. Pozyskiwanie informacji pochodzących z nośników danych dla celów postępowania karnego – perspektywa prawnoporównawcza

Jak było to już sygnalizowane na wstępie niniejszego opracowania, nie sposób zgodzić się z argumentem, że obecnie obowiązujących w Polsce regulacji dotyczących pozyskiwania informacji pochodzących z nośników danych nie dałoby się skonstruować w sposób bardziej precyzyjny. Analiza prawnoporównawcza wskazuje, że inne niż Polska kraje europejskie znowelizowały unormowania procesowe, wprowadzając przepisy dotyczące wykorzystania nowych technologii w czynnościach wykrywczych. Przykładem kraju, który dodał takie specjalne regulacje w 2015 r., jest Hiszpania. Nowelizacja dotyczyła m.in. przeszukań nośników danych oraz przeszukań na odległość. Wprowadzone unormowania kodyfikują wcześniejsze orzecznictwo hiszpańskich sądów, które rozstrzygały w kwestii dopuszczalności czynności wprost

nieuregulowanych w ustawie procesowej²⁷. Nowe unormowania zawierają nie tylko regulacje dotyczące poszczególnych czynności wykrywczych, ale także zasady ogólne (m.in. konieczności, proporcjonalności) oraz, co szczególnie istotne, wymóg sądowej autoryzacji ich przeprowadzenia (wyjątkowo następczej w przypadkach niecierpiących zwłoki). Warto zauważyć, że szczegółowość regulacji ustawowej w Hiszpanii przejawia się również w wyrażeniu wprost zasady, iż należy unikać zajęcia fizycznych nośników zawierających dane lub pliki komputerowe, jeżeli mogłoby to spowodować poważny uszczerbek dla ich posiadacza lub właściciela, a możliwe jest uzyskanie ich kopii na warunkach gwarantujących autentyczność i integralność danych (art. 588 *sies Ley de Enjuiciamiento Criminal*²⁸).

Podobne zmiany, choć o znacznie mniejszym zakresie szczegółowości, zostały wprowadzone w 2008 r. we Włoszech. Także w tym przypadku sięgnięcie po czynności wykrywcze z użyciem nowych technologii wymaga co do zasady autoryzacji urzędnika sądowego (sędziego, prokuratora). Należy jednak zauważyć, że włoski ustawodawca, regulując zagadnienia dotyczące dowodów elektronicznych, zdecydował się na doprecyzowanie przepisów o przeszukaniu, uznając, że taki zabieg będzie wystarczający. Szybko jednak okazało się, że prosta analogia do przeszukania przedcyfrowego jest zawodna. Dowodem na powyższe było to, że w praktyce do 2017 r. odmawiano podmiotom uprawnionym sądowej kontroli zatrzymania danych cyfrowych, jeżeli uprzednio nastąpił zwrot nośnika, na którym dane te pierwotnie się znajdowały. Uznawano bowiem, że jeśli nośnik został zwrócony, to brakuje podstaw do weryfikacji sądowej samego zatrzymania pochodzących z niego danych. Dopiero orzecznictwo Sądu Kasacyjnego doprowadziło do zmiany powyższego sposobu rozumowania²⁹. Ten przykład dobrze obrazuje wyzwania, jakie stawia przed wymiarem sprawiedliwości świat wirtualny.

Na marginesie powyższych uwag warto też odnotować, że w polskiej literaturze formułowane są stanowiska wskazujące, jak zmienić obowiązujące przepisy. Piotr Lewulis stwierdza, że „naczelnym elementem zmian może być wprowadzenie odrębnej czynności procesowej zaprojektowanej ściśle z myślą o zabezpieczeniu treści cyfrowych w różnych okolicznościach (w tym z uwzględnieniem problemu zdalnego dostępu do treści i dostępu do treści ze źródeł otwartych) lub chociażby wyraźne rozszerzenie katalogu przedmiotowego w art. 207 k.p.k. o treści cyfrowe rozumiane w oderwaniu od ich nośników. Warto rozważyć możliwości w zakresie ujednoczenia sposobu stosowania przepisów art. 217 i art. 218 k.p.k. (w zw. z art. 236a k.p.k.) w odniesieniu do

²⁷ Szerzej por. J. Ortiz-Pradillo, *The new regulation of technology-related investigative measures in Spain*, „ERA Forum” 2017, vol. 18, no. 1, s. 425–435; L. Bachmaier Winter, *The handling of digital evidence in Spain* [w:] *Digital Forensic Evidence. Towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigation*, eds. M. Caianello, A. Camon, Milano 2021, s. 165–205. W polskiej literaturze zob. M. Kłopocka-Jasińska, *Prawo dowodowe w hiszpańskim procesie karnym* [w:] *System prawa karnego procesowego*, t. 8, *Dowody*, cz. 1, red. J. Skorupka, Warszawa 2019, s. 1475–1488.

²⁸ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

²⁹ Por. L. Bartoli, G. Lasagni, *The handling of digital evidence in Spain* [w:] *Digital Forensic Evidence...*, s. 87–121.

usługodawców internetowych i przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Nawet jeżeli błędy w stosowaniu tych przepisów mają nikły wpływ na przebieg postępowania, należy dążyć do ujednoczenia praktyki i uzgodnienia jej z wytycznymi teoretycznymi, chociażby dla zachowania wewnętrznej spójności polskich postępowań karnych. Pomijając korektę w drodze odpowiedniego szkolenia przedstawicieli praktyki, rozważyć można uzupełnienie kręgu zobowiązanych do przekazania danych na gruncie art. 218 k.p.k. o podmioty świadczące usługi drogą elektroniczną w zakresie przetwarzanych przez nie danych³⁰. Autor ten wskazuje także konkretne brzmienie przepisów, które miałyby doprowadzić do korekty wadliwości obecnego stanu prawnego³¹.

Podsumowanie

Przytoczone powyżej argumenty potwierdzają, że nie tylko możliwe, ale także pożądane jest znowelizowanie obowiązujących przepisów dotyczących pozyskiwania danych cyfrowych znajdujących się na różnorodnych nośnikach. Obowiązujące regulacje są bowiem dalece niewystarczające. Oczywiście zasadnicze pytanie dotyczy kierunku pożądanej reformy. Przytoczone przykłady Hiszpanii i Włoch wskazują, że brak jest jednolitego podejścia do omawianej kwestii w krajach europejskich. Należałoby jednak optować, przez wzgląd na fundamentalne racje związane z koniecznością ochrony prawa do prywatności, aby przyjmowane w Polsce rozwiązania były bliższe hiszpańskim niż włoskim i propozycji przedstawionej w rodzimej literaturze przez P. Lewulisa opierającej dostęp do danych informatycznych na czynności oględzin³². Nie chodzi w tym wypadku tylko o optymalny poziom szczegółowości nowych przepisów, ale przede wszystkim o gwarancje dotyczące trybu podejmowania decyzji o zastosowaniu środków wykrywczych. Konieczne jest bowiem zapewnienie, aby w kwestii dostępu do danych cyfrowych rozstrzygał organ niezależny od organów ścigania, który osobiście nie jest zainteresowany wynikiem przeprowadzanych czynności. Tylko taki system ma w praktyce szansę zminimalizować pole do nadużyć. Pytaniem otwartym jest to, jaki to powinien być organ. W polskich realiach naturalną odpowiedzią jest wskazanie na sąd. Warto jednak zauważyć, że wprowadzony system musi zapewniać, iż wyznaczony sędzia będzie kompetentny do kontroli wniosków, będzie dysponował realną możliwością ich weryfikacji, a dodatkowo zostaną zapewnione sprawne kanały komunikacji między sędzią a organami ścigania i prokuratorem oraz dostępność tego pierwszego dla organów ścigania. Na pewno stanowić to będzie wyzwanie organizacyjne oraz instytucjonalne. W tym ostatnim wymiarze istotne będzie rozstrzygnięcie,

³⁰ P. Lewulis, *Gromadzenie i ocena dowodów cyfrowych w polskim postępowaniu karnym. Kluczowe wnioski z badań aktowych*, Prok. i Pr. 2022, nr 3, s. 144.

³¹ P. Lewulis, *Dowody cyfrowe...*, s. 136–138.

³² Uwaga ta dotyczy danych, których pozyskanie stanowi ingerencję w prawo do prywatności jednostki. Osobną kwestią jest pozyskiwanie danych cyfrowych, które takiej ingerencji nie stanowią. W tym wypadku, co oczywiste, standardy gwarancyjne nie muszą być takie same.

czy omawianymi kwestiami powinien zajmować się wyodrębniony korpus sędziowski. Regulacje hiszpańskie (sędzia śledczy podejmujący decyzję co do zasady w ciągu 24 godzin od otrzymania stosownego wniosku, a wyjątkowo w przypadkach niecierpiących zwłoki zatwierdzający czynności policji sądowej *post factum*³³) wskazują, że wprowadzenie kontroli sądowej jest możliwe. Oczywiście tak sprofilowany system nie gwarantuje, że jak za dotknięciem magicznej różdżki znikną nadużycia. Formalizacja drogi uzyskania zgody, oddanie decyzji w ręce organu bezstronnego (niezainteresowanego osobiście wynikiem podejmowanych czynności) oraz wymaganie uzasadniania wniosków pozwalają jednak przynajmniej ograniczyć możliwość dowolnego uzyskiwania dostępu do danych cyfrowych. Nie wydaje się też, że należałoby obawiać się, iż taki system zniweczy efektywność podejmowanych czynności śledczych. W przypadku jego sprawnego funkcjonowania, a także uwzględniając to, że w wielu sytuacjach gwarancję dostępu do danych stanowi zabezpieczenie samych fizycznych nośników, nie jawi się on z perspektywy potrzeb praktycznych jako z gruntu dysfunkcyjny.

Bardzo istotne znaczenie w pakiecie potencjalnych zmian ma wprowadzenie przepisów gwarancyjnych dla podmiotów, których dane są pozyskiwane na potrzeby toczącego się postępowania karnego. Powinny one obejmować regulacje zapewniające ochronę przed niepotrzebnym zajmowaniem fizycznych nośników danych, co może być szczególnie dolegliwe dla jednostek, a także stanowić nieformalną metodę wymuszania „współpracy” z organami ścigania, jak również regulacje zapewniające przejrzystość procesu zabezpieczania zatrzymanych danych oraz ich analizy, w tym dostępu podmiotów zainteresowanych i ich przedstawicieli procesowych do czynności podejmowanych w tym celu przez informatyków. Ze względu na specyfikę omawianej materii refleksji wymaga również to, w jakim zakresie można byłoby dopuścić do przeprowadzanych czynności eksperta z zakresu informatyki reprezentującego interesy podmiotu będącego dysponentem danych. Rozwiązania takie są przewidziane we Włoszech (choć np. w postępowaniach karnych prowadzonych przez Guardia di Finanza wynikają one z wewnętrznych dokumentów przyjętych przez ten organ)³⁴, a także w Hiszpanii³⁵. Co ciekawe, w obu tych krajach ważną rolę odgrywają wewnętrzne dokumenty organów ścigania określające standardy dokonywania czynności z urządzeniami elektronicznymi i danymi. Rozważenia wymaga zatem to, w jakim zakresie sposób prowadzenia postępowań, w których pozyskiwane są dane cyfrowe, powinien być regulowany przepisami ustawowymi, a w jakim materia ta mogłaby być regulowana podustawowo czy wręcz wewnętrznymi dokumentami określającymi pewne standardy w tym obszarze.

Do stworzenia wskazanej powyżej regulacji niezbędna jest nie tylko wiedza prawnicza, ale przede wszystkim wiedza z zakresu informatyki. Wypracowanie jej kształtu będzie zatem wymagało powołania zespołów roboczych złożonych z prawników

³³ Artykuł 588 *sexies c* Ley de Enjuiciamiento Criminal.

³⁴ Szerzej zob. L. Bartoli, G. Lasagni, *The handling...*, s. 104 i nn.

³⁵ L. Bachmaier Winter, *The handling...*, s. 191 i nn.

(teoretyków i praktyków) oraz specjalistów z zakresu IT. Bez harmonijnej współpracy między tymi grupami trudno bowiem będzie przyjąć regulację, która w odpowiedni sposób odpowie na współczesne wyzwania, jakie stawia przed organami państwa i obywatelami cyfrowa rzeczywistość.

Literatura

- Bachmaier Winter L., *The handling of digital evidence in Spain* [w:] *Digital Forensic Evidence. Towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigation*, eds. M. Caianello, A. Camon, Milano 2021.
- Bartoli L., Lasagni G., *The handling of digital evidence in Spain* [w:] *Digital Forensic Evidence. Towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigation*, eds. M. Caianello, A. Camon, Milano 2021.
- Basa M., Jarząbek K., *Praktyka prowadzenia przeszukań w wypadkach niecierpiących zwłoki – przesłanki i podstawa dowodowa przeszukania*, „Przeгляд Sądowy” 2023, nr 6.
- Chrabkowski M., *Dostęp do treści korespondencji SMS-owej w telefonie zabezpieczonym na potrzeby sprawy karnej*, „Studia Iuridica Toruniensa” 2018, t. 22.
- Jasiński W., *Granice ingerencji w prawo do wolności, prawo do własności oraz prawo do nieobciążania się w postępowaniu karnym – standardy europejskie* [w:] *Model dopuszczalnej ingerencji w prawa wolności jednostki w procesie karnym/The Model of Acceptable Interference with the Rights and Freedoms of an Individual in the Criminal Process*, red. J. Skorupka, Warszawa 2019.
- Kłopocka-Jasińska M., *Prawo dowodowe w hiszpańskim procesie karnym* [w:] *System prawa karnego procesowego*, t. 8, Dowody, cz. 1, red. J. Skorupka, Warszawa 2019.
- Kremens K., *Granice ingerencji w prawo do prywatności i prawo własności w postępowaniu karnym* [w:] *Model dopuszczalnej ingerencji w prawa wolności jednostki w procesie karnym/The Model of Acceptable Interference with the Rights and Freedoms of an Individual in the Criminal Process*, red. J. Skorupka, Warszawa 2019.
- Kremens K., *O znaczeniu prawa porównawczego dla nauki polskiego procesu karnego na przykładzie przeszukań telefonów komórkowych* [w:] *W pogoni za rzetelnym procesem karnym. Księga dedykowana Profesorowi Stanisławowi Waltosowi*, red. D. Szumiło-Kulczycka, Warszawa 2022.
- Kremens K., *Przesłanka i podstawa dowodowa przeszukania* [w:] *System prawa karnego procesowego*, t. 8, Dowody, cz. 3, red. J. Skorupka, Warszawa 2019.
- Lach A., *Dowody elektroniczne w procesie karnym*, Toruń 2004.
- Lach A., *Gromadzenie dowodów elektronicznych po nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 10.
- Lach A., *Przeszukanie na odległość systemu informatycznego*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 9.
- Lewulis P., *Dowody cyfrowe – teoria i praktyka kryminalistyczna w polskim postępowaniu karnym*, Warszawa 2021.
- Lewulis P., *Gromadzenie i ocena dowodów cyfrowych w polskim postępowaniu karnym. Kluczowe wnioski z badań aktowych*, „Prokuratura i Prawo” 2022, nr 3.
- Opitek P., *Przeszukanie na odległość jako czynność procesowa (art. 236a k.p.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2020, nr 9.
- Ortiz-Pradillo J., *The new regulation of technology-related investigative measures in Spain*, „ERA Forum” 2017, vol. 18, no. 1.

Streszczenie

Wojciech Jasiński

O potrzebie zmian w regulacjach prawnych dotyczących pozyskiwania informacji pochodzących z nośników danych dla celów postępowania karnego

W artykule omówiono problematykę regulacji ustawowej dotyczącej karnoprosesowego pozyskiwania informacji pochodzących z nośników danych. W pierwszej kolejności analizie zostały poddane obowiązujące unormowania karnoprosesowe, które oceniono jako niewystarczające i oparte na błędnym założeniu, że ogólne odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów regulujących standardowe czynności wykrywcze jest wystarczające. W opracowaniu zaprezentowano szereg argumentów natury praktycznej, aksjologicznej i gwarancyjnej, które przemawiają za wprowadzeniem bardziej szczegółowych unormowań regulujących omawianą materię. Za takim krokiem przemawia zresztą także analiza efektywności obowiązujących norm karnoprosesowych. Przyjęcie optymalnych regulacji dotyczących pozyskiwania informacji pochodzących z nośników danych wymaga ścisłej współpracy prawników (praktyków i teoretyków) oraz specjalistów z zakresu informatyki. Regulacje te powinny ukształtować autonomiczny reżim pozyskiwania danych, który opierałby się na powierzeniu decyzji o dostępie do nich niezależnemu od organów ścigania podmiotowi, a osobom zainteresowanym zapewniłby możliwość realnej weryfikacji dokonywanych w toku postępowania czynności.

Słowa kluczowe: pozyskiwanie dowodów, dowód cyfrowy, nośnik danych, dane cyfrowe, prawo do prywatności.

Summary

Wojciech Jasiński

On the Need for Changes in the Legal Regulation of Obtaining Information from Data Carriers for the Purposes of Criminal Proceedings

The article discusses the problem of statutory regulation of obtaining information from data carriers for the purposes of criminal proceedings. First, the analysis concerns the existing criminal procedural provisions which have been assessed as insufficient and based on the erroneous assumption that a general reference to the relevant provisions related to search and wire-tapping is sufficient. The article presents a number of practical and axiological arguments in favor of introducing more detailed norms regulating the matter in question. Moreover, an analysis of the effectiveness of the existing criminal procedural norms also argues in favour of such a step. Adopting optimal regulations for gathering information from data carriers requires close cooperation between lawyers (practitioners and theoreticians) and IT specialists. These regulations should shape an autonomous regime for data acquisition, which would be based on entrusting the decision on access to data to an organ independent of law enforcement agencies and would provide the persons concerned with the possibility of a real verification of the activities carried out in the course of the proceedings.

Keywords: evidence gathering, digital evidence, data carrier, digital data, right to privacy.

Martyna Kusak

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska

m.kusak@amu.edu.pl

ORCID: 0000-0002-7596-9022

<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.05>

Dostęp do danych elektronicznych dotyczących treści w postępowaniu karnym – wyzwania krajowe i międzynarodowe¹

Wprowadzenie

Postęp technologiczny XXI w. znacząco zmienił sposób komunikowania się na odległość. Powszechne stało się posiadanie smartfonów oraz innych urządzeń przenośnych umożliwiających komunikację za pomocą aplikacji, komunikatorów internetowych, poczty elektronicznej, portali społecznościowych, a także korzystanie z telefonii internetowej. Użytkownicy internetowej łączności generują ogromne ilości danych elektronicznych, które z uwagi na ich znaczenie dla społeczeństwa i gospodarki są lub dynamicznie stają się przedmiotem uregulowań w różnych gałęziach prawa². Rosnąca

¹ Artykuł powstał w ramach projektu naukowego finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki nr 2016/23/D/H55/00182 pt. „Minimalne standardy gromadzenia dowodów elektronicznych w transgranicznych postępowaniach w UE i ich wzajemna dopuszczalność”.

² Szeroko zakrojone prace prowadzi w tym zakresie zwłaszcza Unia Europejska. Wśród podjętych działań kluczową rolę odgrywa reforma ochrony danych osobowych i wejście w życie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (RODO) (Dz. Urz. UE L 119 z 4.05.2016, s. 1) oraz, na gruncie spraw karnych, dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchyłająca decyzję ramową Rady 2008/977/WSiSW (Dz. Urz. UE L 119 z 4.05.2016, s. 89). Unia Europejska konsekwentnie znosi również bariery przepływu danych nieosobowych między państwami członkowskimi i sektorami oraz dąży do zwiększania dostępności danych sektora publicznego – zob. dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1024 z dnia 20 czerwca 2019 r. w sprawie otwartych danych i ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego (Dz. Urz. UE L 172 z 26.06.2019, s. 56); rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1807 z dnia 14 listopada 2018 r. w sprawie ram swobodnego przepływu danych nieosobowych w Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE L 303 z 28.11.2018, s. 59). Rosnące ilości danych i ich znaczenie dla gospodarki oraz społeczeństwa zaowocowało przyjęciem europejskiej strategii w zakresie danych (COM(2020) 66 final), w której wyrażono wizję wspólnej europejskiej przestrzeni danych oznaczającej

liczba danych elektronicznych ma również znaczenie w sprawach karnych. Coraz większa liczba dowodów lub informacji przydatnych dla postępowania to właśnie dane elektroniczne wygenerowane w związku z korzystaniem z usług internetowych.

Dane elektroniczne najczęściej ujmowane są w trzech kategoriach, odzwierciedlających różne nasilenie oddziaływania na prawa podstawowe³: dane dotyczące treści (*content data*)⁴, dane dotyczące abonenta (*subscriber data*)⁵ i dane dotyczące ruchu (*traffic data*)⁶. Dane dotyczące abonenta zwykle służą zidentyfikowaniu konkretnej

rynek wewnętrzny danych, na którym dane mogłyby być wykorzystywane, zgodnie z obowiązującymi przepisami, bez względu na fizyczne miejsce ich przechowywania w UE. Strategia ta ma znaczenie zwłaszcza dla rozwoju technologii sztucznej inteligencji. Urzeczywistniając tę wizję, w 2022 r. przyjęto rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/868 z dnia 30 maja 2022 r. w sprawie europejskiego zarządzania danymi i zmieniające rozporządzenie (UE) 2018/1724 (akt w sprawie zarządzania danymi) (Dz. Urz. UE L 152 z 3.06.2022, s. 1) oraz projekt w sprawie zharmonizowanych przepisów dotyczących sprawiedliwego dostępu do danych i ich wykorzystywania (akt w sprawie danych) (COM(2022) 68 final).

³ W literaturze wskazuje się na nieadekwatność tego podziału danych, wypracowanego na potrzeby regulowania sfery dostawców usług, do spraw karnych: C. Warken, L. van Zwietenband, D. Svantesson, *Re-thinking the categorisation of data in the context of law enforcement cross-border access to evidence*, „International Review of Law, Computers & Technology” 2020, vol. 34, s. 44–64, <https://doi.org/10.1080/13600869.2019.1600871> [dostęp: 19.04.2024]. Autorzy ci proponują również ciekawe alternatywy kategoryzacji danych.

⁴ „Dane dotyczące treści” oznaczają wszelkie dane przechowywane w formacie cyfrowym, takie jak tekst, głos, wideo, obrazy i dźwięk, inne niż dane abonenta, dane dostępu i dane dotyczące transakcji (finalny projekt rozporządzenia w sprawie europejskiego nakazu wydania dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych i europejskiego nakazu zabezpieczenia dowodów dotyczącego elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych – art. 2 pkt 10). Podobnie projekt rozporządzenia w sprawie poszanowania życia prywatnego oraz ochrony danych osobowych w łączności elektronicznej – art. 4 ust. 1(b).

⁵ Zgodnie z art. 2(7) rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2023/1543 z dnia 12 lipca 2023 r. w sprawie europejskich nakazów wydania i europejskich nakazów zabezpieczenia dowodów elektronicznych w postępowaniu karnym oraz w postępowaniu karnym wykonawczym w związku z wykonaniem kar pozbawienia wolności (Dz. Urz. UE L 191 z 28.07.2023, s. 118) „dane abonenta” oznaczają wszelkie dane dotyczące: a) tożsamości abonenta lub klienta, takie jak podane imię i nazwisko, data urodzenia, adres pocztowy lub geograficzny, dane billingowe i dane płatności, numer telefonu lub adres e-mail; b) rodzaju usługi i czasu jej trwania, w tym dane techniczne i dane identyfikujące powiązane środki techniczne lub interfejsy wykorzystywane przez abonenta lub klienta lub im udostępniane oraz dane związane z walidacją użycia usługi, z wyjątkiem haseł i innych środków uwierzytelnienia stosowanych zamiast hasła, podanych przez użytkownika lub utworzonych na jego prośbę.

⁶ Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości, sporządzona w Budapeszcie dnia 23 listopada 2001 r. (Dz. U. z 2015 r., poz. 728) (dalej: Konwencja) definiuje „dane dotyczące ruchu” jako dowolne dane informatyczne odnoszące się do komunikowania się za pomocą systemu informatycznego, wygenerowane przez system informatyczny, który utworzył część w łańcuchu komunikacyjnym, wskazujące swoje pochodzenie, przeznaczenie, ścieżkę, czas, datę, rozmiar, czas trwania lub rodzaj danej usługi (art. 1 lit. d). Do kategorii danych dotyczących ruchu powrócił również ustawodawca unijny w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2023/1543 z dnia 12 lipca 2023 r. w sprawie europejskich nakazów wydania i europejskich nakazów zabezpieczenia dowodów elektronicznych w postępowaniu karnym oraz w postępowaniu karnym wykonawczym w związku z wykonaniem kar pozbawienia wolności (Dz. Urz. UE L 191 z 28.07.2023, s. 118) (dalej: rozporządzenie ENWD), rezygnując jednocześnie z kategorii „danych dostępu” i „danych dotyczących transakcji”, które pojawiły się w pierwszym projekcie rozporządzenia.

osoby i nie mają znaczenia dowodowego, a ich oddziaływanie na prawa podstawowe nie jest silne. Natomiast dane dotyczące ruchu i dane dotyczące treści mogą się okazać najbardziej adekwatne jako materiał dowodowy; są to również dane, których pozyskanie może stać w kolizji z prawami podstawowymi, a zwłaszcza z prawem do prywatności i tajemnicą komunikowania się. Dlatego w wielu aktach prawnych wyodrębnia się inne w stosunku do danych dotyczących abonenta warunki przechowywania i dostępu do danych dotyczących ruchu i danych dotyczących treści.

Niniejszy artykuł dotyczy kategorii najgłębiej ingerującej w prawa podstawowe, tj. elektronicznych danych odnoszących się do treści. Przeanalizowane zostaną krajowe przepisy procesowe umożliwiające dostęp do tego rodzaju danych, a także instrumenty międzynarodowe służące gromadzeniu takich danych znajdujących się w obszarze innych jurysdykcji. Myślą przewodnią analizy jest standard dostępu do elektronicznych danych zawierających treść oraz zweryfikowanie, czy niuanse technologiczne i praktyczne związane z tego rodzaju danymi znajdują odzwierciedlenie w przepisach krajowych i międzynarodowych.

1. Wyzwania krajowe: ta sama treść, różny standard

Wszechobecność komunikatorów, w tym używanych na smartfonach, spowodowała, że komunikacja na odległość nie sprowadza się już do rozmów telefonicznych, ale obejmuje również wiadomości tekstowe, głosowe czy zdjęcia, w tym przesyłane za pomocą internetu (w szczególności w technologii VoIP – *Voice over Internet Protocol*⁷). Nie zważając na nowe trendy w sposobie komunikacji, które mogą kreować istotne dla postępowań karnych informacje, polski Kodeks postępowania karnego⁸ od 2003 r. pozostaje niewzruszony na specyfikę danych elektronicznych, a tym bardziej na specyfikę elektronicznych danych dotyczących treści. W literaturze od dawna zaś wyrażane są poglądy o nieprzystawianiu przepisów Kodeksu postępowania karnego do dowodów elektronicznych i o konieczności wypracowania odrębnych zasad umożliwiających ich uzyskiwanie⁹. Niniejszy tekst wpisuje się w dotychczasowe poglądy doktryny o konieczności wprowadzenia zmian w Kodeksie postępowania karnego, przyjmując wąską optykę danych dotyczących treści. Wydawać by się mogło, że treść jakiegokolwiek komunikacji, niezależnie od środka przekazu danych oraz środka łączności, podlega

⁷ M. Rogalski, *Kontrola i utrwalanie treści innych rozmów lub przekazów informacji* [w:] *System prawa karnego procesowego*, t. 8, *Dowody*, cz. 3, red. J. Skorupka, Warszawa 2019, s. 4059.

⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 37 ze zm.) (dalej: k.p.k.).

⁹ A. Lach, *Gromadzenie dowodów elektronicznych po nowelizacji k.p.k.*, Prok. i Pr. 2003, nr 10, s. 16–25; K. Kremens, *O znaczeniu prawa porównawczego dla nauki polskiego procesu karnego na przykładzie przeszukań telefonów komórkowych* [w:] *W pogoni za rzetelnym procesem karnym. Księga dedykowana Profesorowi Stanisławowi Waltosowi*, red. D. Szumiło-Kulczycka, Warszawa 2022, s. 550–560; P. Lewulis, *Dowody cyfrowe – teoria i praktyka kryminalistyczna*, Warszawa 2021, s. 98–109; K. Dudka, *Podstęp komputerowy w polskim procesie karnym – wybrane zagadnienia praktyczne*, Prok. i Pr. 1999, nr 1, s. 79.

tej samej ochronie¹⁰. Na gruncie polskiego postępowania karnego tak jednak nie jest, co wynika głównie z braku przemyślanych rozwiązań oddających aktualne realia sposobów komunikacji.

W polskim Kodeksie postępowania karnego dowody i dane elektronicznie nie są zdefiniowane ani uregulowane konkretnymi przepisami, które uwzględniałyby ich specyfikę. Przyjęto zaś metodę odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących innych dowodów. W ten sposób dane dotyczące treści można pozyskiwać na dwa sposoby: a) w czasie rzeczywistym – na podstawie art. 241 k.p.k., stosując przepisy o kontroli i utrwalaniu rozmów odpowiednio do „treści innych rozmów lub przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej drogą elektroniczną” oraz b) w drodze przeszukania urządzenia zawierającego dane informatyczne, na podstawie art. 236a k.p.k. dotyczącego stosowania przepisów o zatrzymaniu rzeczy i przeszukaniu do urządzeń zawierających dane informatyczne¹¹. Dane dotyczące treści, w przeciwieństwie do danych dotyczących ruchu i abonenta, nie będą natomiast dostępne w trybie wydania korespondencji (art. 218 k.p.k. w zw. z art. 236 k.p.k.), ponieważ przepis ten obejmuje jedynie dane określone w prawie telekomunikacyjnym, które nie dotyczą treści. O ścieżce dostępu do danych przesądza więc faza, w której dane te się znajdują – czy chodzi o dane „na żywo”, czy też o dane już przechowywane. Wybór fazy jest zaś często podyktowany realną dostępnością danych wynikającą z technologicznych aspektów niektórych systemów komunikacji (zwłaszcza szyfrowania) lub przechowywaniem danych przez usługodawców.

W doktrynie od dawna wskazuje się na ułomność odpowiedniego stosowania przepisów o tradycyjnych czynnościach dowodowych do dowodów elektronicznych. W przypadku art. 241 k.p.k. problematyczne jest ustalenie treści pojęcia „innych przekazów informacji”¹², a zwłaszcza, gdzie się one odbywają (czy w sieci telekomunikacyjnej, czy poza nią). Stosowanie art. 241 k.p.k. do rozmów prowadzonych w technologii VoIP („telefonii internetowej”) nie jest bowiem oczywiste, ponieważ pod względem technicznym sposób przechwycenia takich rozmów różni się od przechwytywania komunikacji prowadzonej za pomocą sieci telekomunikacyjnej¹³. Często rozmowy takie są szyfrowane, a kluczem kryptograficznym dysponują jedynie odbiorca i nadawca wiadomości (*end-to-end encryption*) – usługodawca nie ma zatem możliwości odszyfrowania i przechwycenia ich treści. Tym samym rzeczywista możliwość ich uzyskania wymaga nie tyle zwrócenia się do dostawcy usługi, co zainstalowania oprogramowania szpiegującego na urządzeniu końcowym użytkownika i przechwytywania

¹⁰ P. Wiliński, *Ochrona tajemnicy komunikowania się (art. 49 Konstytucji RP)* [w:] *System prawa karnego procesowego. Tom I. Zagadnienia ogólne*, red. P. Hofmański, Warszawa 2013; D. Szumilo-Kulczycka, *Wolność i tajemnica komunikowania się* [w:] *eadem, Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012.

¹¹ A. Lach, *Dowody elektroniczne w procesie karnym*, Toruń 2004, s. 69–123.

¹² Por. na gruncie pierwotnego brzmienia art. 241 k.p.k. – uchwała SN z dnia 21 marca 2000 r., I KZP 60/99, OSNKW 2000, nr 3–4, poz. 26.

¹³ M. Rogalski, *Kontrola i utrwalanie...*, s. 4058–4059.

już rozszyfrowanych treści¹⁴. W tym rozwiązaniu zaciera się granica pomiędzy treścią „na żywo” a treścią już przechowaną. W literaturze na nieadekwatność odpowiedniego stosowania rozdziału 25 k.p.k. do przeszukania telefonu komórkowego wskazuje Karolina Kremens, która słusznie zauważa, że „zasady przeszukania miejsc oraz osób i ich rzeczy ukształtowane na długo przed epoką rewolucji cyfrowej nie przewidywały bowiem nawet istnienia, a tym bardziej złożoności urządzeń elektronicznych przechowujących gigabajty danych. Reguły te w naturalny sposób koncentrują się więc na miejscach, osobach i przedmiotach fizycznych, a nie na danych elektronicznych dostępnych na różnych nośnikach”¹⁵. Opisowane poniżej niuansy pozyskiwania danych elektronicznych dotyczących treści jedynie potwierdzają wyrażane już poglądy o niewystarczającym charakterze odpowiedniego stosowania „tradycyjnych” czynności oraz konieczność określenia precyzyjnych reguł dostępu do nich.

Jak już wspomniano, ścieżka dostępu do elektronicznych danych dotyczących treści determinuje to, czy jest to treść w fazie transmisji (tj. „na żywo”, „w locie”), czy też treść, która została już przesłana i jest przechowywana przez użytkownika (np. na smartfonie) lub dostawcę usługi¹⁶. Treść będąca w fazie transmisji może być bowiem uzyskana jedynie w drodze kontroli rozmów, na podstawie art. 241 k.p.k.¹⁷ Czynność ta podlega więc wszystkim gwarancjom określonym w rozdziale 26 k.p.k. Przede wszystkim, zgodnie z art. 237 § 1 k.p.k., decyzja o zarządzeniu czynności podlega kontroli sądowej, co stanowi w założeniu istotny element redukcji nadużyć. Warunki dostępu do danych dotyczących treści są więc dość rygorystyczne – sprawa musi odnosić się do katalogu przedmiotowego określonego w art. 237 § 3 k.p.k., a kontrola rozmów do podmiotu wskazanego w art. 237 § 4 k.p.k. oraz podlegać kontroli sądu.

Treść z fazy transmisji najczęściej przechodzi w treść przechowywaną na urządzeniach końcowych lub w chmurze dostawcy usługi¹⁸. Najczęściej, ponieważ oba scenariusze zależą od pewnych czynników. W pierwszym przypadku od tego, czy użytkownik zachował treść komunikacji na swoim urządzeniu, a w drugim, czy na przechowywanie treści zezwala prawo krajowe, którym objęty jest dostawca usługi, oraz jego wewnętrzna polityka (np. oparcie komunikacji na szyfrowaniu *end-to-end*). Polskie przepisy prawa telekomunikacyjnego¹⁹ oraz ustawy o świadczeniu usług dro-

¹⁴ P. Lewulis, *Dowody cyfrowe...*, s. 99.

¹⁵ K. Kremens, *O znaczeniu...*, s. 555.

¹⁶ W niniejszych rozważaniach odwołania wciąż są czynione do prawa telekomunikacyjnego (ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne; tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 34; dalej: p.t.). Ustawą mającą „unowocześnić” prawo telekomunikacyjne o kwestie komunikacji elektronicznej miała być ustawa – Prawo komunikacji elektronicznej (druk sejm. nr 2861), której projekt złożono 9 grudnia 2022 r. (został jednak wycofany 21 kwietnia 2023 r.).

¹⁷ M. Siwicki, *Przetwarzanie danych informatycznych w chmurach obliczeniowych. Wybrane aspekty prawnokarne i procesowe*, „Palestra” 2005, nr 1–2.

¹⁸ A. Lach nazywa to „fazą statyczną” – zob. *idem*, *Gromadzenie dowodów elektronicznych...*, s. 16.

¹⁹ Zgodnie z art. 180c p.t. retencji podlegają jedynie dane niedotyczące treści. Stanowisko to jest wątpliwe w świetle podejścia do retencji przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) – szerzej zob. A. Grzelak, K. Zielińska, *Między prawem do prywatności i ochrony danych osobowych a zapewnieniem bezpieczeństwa publicznego i walką z przestępczością. Problemu retencji danych ciąg dalszy – glosa do wyroków Trybunału Sprawiedliwości z 6.10.2020 r.: C-623/17, Privacy Internatio-*

gą elektroniczną²⁰ nie zezwalają dostawcom usług na zatrzymywanie danych dotyczących treści, a zatem za pośrednictwem krajowych dostawców treść można uzyskać tylko w czasie rzeczywistym. Możliwy jest jednak dostęp do treści przechowywanej na serwerach zagranicznych, o ile pozwala na to tamtejsze prawo, co będzie jednak wymagać uruchomienia współpracy międzynarodowej (*vide infra*). Podsumowując, zachowanie treści komunikacji będzie zależne od tego, czy sam użytkownik utrwała historię komunikacji na swoim urządzeniu oraz czy dostawca usługi przyjmuje politykę przechowywania takich danych w związku z oferowaną usługą.

Choć rzeczywista dostępność już przesłanych treści jest niewiadomą, to prawny model ich pozyskiwania jest zdecydowanie mniej rygorystyczny w przypadku treści „w locie”. Ponieważ rozdział 26 k.p.k. dotyczy wyłącznie rozmów „na żywo”, dostęp do przechowywanej treści komunikacji nie jest *de lege lata* możliwy w tym trybie. Z uwagi na wykluczenie danych dotyczących treści z art. 218 k.p.k. pozostaje więc czynność przeszukania urządzenia, na którym zapisano treść komunikacji (art. 219 k.p.k. w zw. z art. 236a k.p.k.), która może przybrać formę przeglądania jego zawartości lub przeszukania na odległość²¹. W odróżnieniu od kontroli treści „na żywo” czynności określone w rozdziale 25 k.p.k. mogą być zarządzane w każdej sprawie i nie podlegają ograniczeniom podmiotowym ani apriorycznej kontroli sądu. W przeciwieństwie do kontroli i utrwalania rozmów przeszukanie urządzenia powinno odbywać się w sposób jawny wobec osoby, której urządzenie jest przedmiotem czynności.

De lege lata funkcjonują więc dwa tryby pozyskiwania elektronicznych danych dotyczących treści, które wynikają wyłącznie z dopasowania przepisów Kodeksu postępowania karnego do fazy, w której treść ta się znajduje. Przechwycenie „na żywo” odbywa się na podstawie przepisów kontroli i utrwalania rozmów, natomiast dostęp do treści przechowywanej – na podstawie przepisów o przeszukaniu. Z punktu widzenia danych, o które chodzi, podział ten nie znajduje ani praktycznego, ani racjonalnego uzasadnienia, wprowadza natomiast niezrozumiałą dychotomię w standardzie ingerencji w wolność komunikowania się. Dostęp do treści będącej w fazie transmisji podlega bowiem ograniczeniom zmierzającym do zachowania proporcjonalności i subsydiarności ingerencji, a także redukcji nadużyć. Jednak treść już dostarczona i zachowana – przez użytkownika lub dostawcę – wpada w ramy prawne przeszukania, tj. czynności, której istotą nie jest ingerencja w komunikację, lecz wykrycie lub zatrzymanie albo przymusowe doprowadzenie osoby podejrzanej, a także znalezienie rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie lub podlegających zajęciu w postępowaniu karnym. Tym samym ramy prawne przeszukania nie są w stanie sprostać wymogom

nal, oraz w sprawach połączonych C-511/18, C-512/18, C-520/18, *La Quadrature du Net i in.*, EPS 2021, nr 8, s. 28–36; A. Grzelak, *Trybunał Sprawiedliwości ponownie o relacji między koniecznością zwalczania przestępczości a prawem do prywatności – glosa do wyroku TS z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-203/15 Tele2 Sverige AB oraz C-698/15 Watson, Brice, Lewis*, EPS 2017, nr 3, s. 31–36.

²⁰ Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r., poz. 344 ze zm.).

²¹ A. Lach, *Przeszukanie na odległość systemu informatycznego*, Prok. i Pr. 2011, nr 9, s. 68; P. Lewulis, *Dowody cyfrowe...*, s. 93–95.

stawianym czynności zakładającej ingerencję w treść komunikacji. Przykładowo, na podstawie trybu przeszukania nie można określić, jak daleko wstecz jest możliwe przeglądanie treści komunikacji, a przecież precyzyjne wskazanie granic temporalnych to jeden z kluczowych wymogów stawianych kontroli i utrwalaniu rozmów²².

Patrząc zaś na sprawę z perspektywy jednostki, nie ma specjalnego znaczenia, czy organ dotarł do treści konwersacji drogą podsłuchu, czy przeszukania smartfona. Istotne jest przełamanie tajemnicy komunikacji. Trudno o racjonalne argumenty, dlaczego na gruncie polskiego postępowania karnego ochrona dostępu do już istniejących danych dotyczących treści ma charakter znacznie słabszy niż w przypadku pozyskiwania danych w czasie rzeczywistym. Jawność czynności przeszukania również nie polepsza znacząco sytuacji osoby, której treść dotyczy, ponieważ przeszukanie jest jawne wobec użytkownika urządzenia zawierającego treść, a nie uczestników komunikacji.

2. Wyzwania w transgranicznym gromadzeniu danych

Z uwagi na globalizację usług komunikacji elektronicznej pozyskiwanie danych elektronicznych wymaga często zwrócenia się do usługodawcy zagranicznego. Potrzeba ta znajduje odzwierciedlenie w instrumentach współpracy, które w ostatnich latach obierają śmiały kurs i wprowadzają nowy model współpracy międzynarodowej w sprawach karnych oparty na bezpośredniej współpracy organów sądowych państwa, w którym prowadzi się postępowanie, z dostawcą usługi działającym w innej jurysdykcji.

Na gruncie Rady Europy funkcjonuje jedna z najważniejszych międzynarodowych konwencji, przywoływana już wcześniej Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości z 2001 r. Dokument ten m.in. wprowadza w systemach państw sygnatariuszy uniwersalne rozwiązania w zapobieganiu i zwalczaniu szeroko pojętej przestępczości, co ma ułatwić współpracę międzynarodową w tym zakresie. Konwencję ratyfikowało aż 68 państw, w tym również spoza Rady Europy. Do danych dotyczących treści odnosi się wprost art. 21 Konwencji, zgodnie z którym każda strona przyjmuje odpowiednie środki prawne i inne, które mogą być potrzebne dla nadania właściwym organom uprawnień w zakresie gromadzenia lub rejestrowania w czasie rzeczywistym danych dotyczących treści konkretnych przekazów. W raporcie wyjaśniającym podkreślono, że przechwytywanie treści przesyłanej w czasie rzeczywistym jest kluczową czynnością w ściganiu przestępstw, w przypadku których to właśnie treść ujawnia popełnienie czynu zabronionego (np. dziecięca pornografia)²³. Co ważne, przechwytywanie powinno być możliwe w odniesieniu do „grupy poważnych przestępstw” (art. 21 Konwencji), a także gwarantować odpowiednią ochronę wolności i praw człowieka, w tym

²² Por. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC) z dnia 24 kwietnia 1990 r. w sprawie *Kruslin v. Francja*, skarga nr 11801/85, § 35.

²³ Raport wyjaśniający do Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości, pkt 228, <https://rm.coe.int/16800cce5b> [dostęp: 19.04.2024].

sądową lub inną niezależną kontrolę, podawanie uzasadnienia stosowania czy ograniczenia co do zakresu i czasu stosowania (art. 15 Konwencji). Przeszukanie systemu informatycznego reguluje art. 19 Konwencji, nie odnosząc się jednak wprost do możliwości wglądu w treść przechowywanej korespondencji.

Na przestrzeni dwóch dekad funkcjonowania Konwencji konieczne stało się jej uaktualnienie. Z uwagi na postęp technologiczny i rozwój społeczeństwa informacyjnego dane elektroniczne są niezbędne już nie tylko w sprawach związanych z cyberprzestępczością²⁴. Spowodowało to przytłoczenie niektórych organów krajowych państw sygnatariuszy Konwencji (zwłaszcza USA) liczbą wniosków kierowanych w sprawie dostępu do danych przechowywanych przez usługodawców. Stało się jasne, że model wzajemnej pomocy prawnej jest niewydajny i konieczne jest nowe podejście. Stąd w 2022 r. przyjęto Drugi protokół dodatkowy do konwencji budapesztańskiej o cyberprzestępczości²⁵ dotyczący wzmocnionej współpracy i ujawniania elektronicznego materiału dowodowego, wprowadzający m.in. model bezpośredniego kontaktu z dostawcami usług internetowych w sprawie przekazania danych – ale tylko tych dotyczących abonenta. W odniesieniu do danych, które są niezbędne dla identyfikacji na wczesnych etapach postępowania i rzadko mają znaczenie dowodowe, a jednocześnie których gromadzenie uważa się za najmniej ingerujące w prawa fundamentalne, przyjęto więc formułę ich bezpośredniego pozyskiwania od dostawców z innych jurysdykcji, z ominięciem organu sądowego tego państwa. Skrócenie drogi pozyskiwania danych ma odciążyć wzajemną pomoc prawną, bez uszczerbku dla praw osób, których te dane dotyczą.

W Unii Europejskiej dane elektroniczne, w tym dane dotyczące treści, są pozyskiwane w sprawach karnych dwiema drogami: europejskim nakazem dochodzeniowym (dalej: END)²⁶ oraz europejskim nakazem wydania dowodów (dalej: ENWD), który będzie stosowany od 18 sierpnia 2026 r.²⁷ Europejski nakaz dochodzeniowy jest właściwy w sprawach wymagających dokonania czynności dowodowej lub przekazania dowodu już istniejącego, podczas gdy ENWD stosuje się w przypadku danych przechowywanych przez dostawcę usługi, w formie bezpośredniego kontaktu – tj. z pominięciem organu wykonującego²⁸. Innymi słowy, ENWD jest ścieżką dostępu do danych przechowywanych na serwerach usługodawcy²⁹ i nie obejmuje przechwytywania

²⁴ S. Tosza, *All evidence is equal, but electronic evidence is more equal than any other: The relationship between the European Investigation Order and the European Production Order*, „New Journal of European Criminal Law” 2020, vol. 11, no. 2, s. 168.

²⁵ Drugi protokół dodatkowy do Konwencji o cyberprzestępczości o rozszerzonej współpracy i ujawnieniu dowodów elektronicznych (Dz. Urz. UE L 134 z 11.05.2022, s. 15).

²⁶ Zob. dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/41/EU z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych (Dz. Urz. UE L 130 z 1.05.2014, s. 1) (dalej: dyrektywa END).

²⁷ Zob. rozporządzenie ENWD.

²⁸ Więcej o roli dostawców usług w tym modelu zob. S. Tosza, *Internet service providers as law enforcers and adjudicators. A public role of private actors*, „Computer Law & Security Review” 2021, no. 43, <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2021.105614> [dostęp: 19.04.2024].

²⁹ Rozporządzenie ENWD odnosi się do trzech grup danych: dotyczących abonenta, ruchu oraz treści.

przekazów telekomunikacyjnych w czasie rzeczywistym, a END – do gromadzenia danych „na żywo” za pomocą podsłuchu oraz przeszukania urządzenia końcowego, a także przekazania już istniejących danych, o ile są w posiadaniu organu wykonującego³⁰. Oba instrumenty opierają się nie tylko na różnych modelach współpracy, ale operują również inną siatką pojęciową. W wąskim kontekście danych dotyczących treści związanej to problemy.

Europejski nakaz dochodzeniowy, flagowy instrument unijnego przepływu dowodów w sprawach karnych, jest niestety pokłosiem trudnych negocjacji i niekompletnego zrealizowania wizji wzajemnego uznawania dowodów w sprawach karnych w UE³¹. Jest to też instrument generyczny, nieuwzględniający w żaden sposób specyfiki dowodów elektronicznych³². Przede wszystkim zaś END jest wręcz „przygotowany” na różnice krajowe w czynnościach dowodowych państwach członkowskich, co wynika z zamrożenia przez Unię planu wprowadzenia wzajemnych minimalnych standardów opartych na art. 82.2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej³³. I tak, można odmówić wykonania END, jeśli istnieją istotne przesłanki uznania, że wykonanie czynności dochodzeniowej wskazanej w END byłoby nie do pogodzenia ze spoczywającymi na państwie wykonania obowiązkami wynikającymi z art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej i z Karty praw podstawowych UE (art. 11 ust. 1(f) dyrektywy END)³⁴. Organ wykonujący dysponuje również ciekawym (choć wątpliwym w świetle zasady wzajemnego uznawania) rozwiązaniem zastosowania czynności innej niż wskazana w END, jeżeli będzie miała taki sam rezultat jak czynność dochodzeniowa wskazana w END przy

³⁰ Wynika to z zakresu END, który wydaje się w celu przeprowadzenia czynności dochodzeniowej lub w celu uzyskania materiału dowodowego, którym właściwe organy państwa wykonującego już dysponują (art. 1 dyrektywy END).

³¹ Wyrażonej na posiedzeniu Rady Europejskiej w 1999 r. w Tampere: „Evidence lawfully gathered by one Member State’s authorities should be admissible before the courts of other Member States, taking into account the standards that apply there” – Tampere European Council 15 and 16 October 1999 Presidency Conclusions, s. 36.

³² M. Rojszczak, *e-Evidence Cooperation in Criminal Matters from an EU Perspective*, „Modern Law Review” 2022, vol. 85, issue 4, s. 998–999, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1468-2230.12749> [dostęp: 19.04.2024]. Określone w rozdziale IV dyrektywy END przepisy szczegółowe dotyczące niektórych czynności dochodzeniowych odnoszą się do tymczasowego przekazania osób pozbawionych wolności, przesłuchania w formie wideokonferencji lub z wykorzystaniem innej formy przekazu audiowizualnego, przesłuchania w formie konferencji telefonicznej, przekazywania informacji o transakcjach bankowych i innych transakcjach finansowych, czynności dochodzeniowych wymagających gromadzenia materiału dowodowego na bieżąco, w sposób ciągły i przez konkretny okres, oraz dochodzeń niejawnych.

³³ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana; Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 47). M. Kusak, *Common EU Minimum Standards for Enhancing Mutual Admissibility of Evidence Gathered in Criminal Matters*, „European Journal on Criminal Policy and Research”, Springer 2017, s. 337–352, <http://link.springer.com/article/10.1007/s10610-017-9339-0> [dostęp: 19.04.2024].

³⁴ Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana; Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 1) (dalej: TUE); Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana; Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 1). W polskim Kodeksie postępowania karnego przepis ten wdrożono jako obligatoryjną przesłankę odmowy, jeżeli wykonanie END naruszyłoby wolności i prawa człowieka i obywatela (art. 589ż § 1 pkt 5 k.p.k.).

użyciu mniej inwazyjnych środków (art. 10 ust. 3 dyrektywy END). Jeżeli zaś czynność dochodzeniowa wskazana w END nie istnieje w prawie państwa wykonującego lub nie byłaby dopuszczalna w podobnej sprawie krajowej, a brak jest innej czynności dochodzeniowej, która miałaby ten sam skutek co żądana czynność dochodzeniowa, organ wykonujący powiadamia organ wydający, że udzielenie żądanej pomocy nie było możliwe (art. 10 dyrektywy END). Jest to więc *de facto* przesłanka odmowy możliwa do zastosowania w przypadku różnic krajowych w gromadzeniu dowodów pomiędzy współpracującymi państwami. Wydawana na tej podstawie odmowa wykonania END z uwagi na krajowe różnice w podejściu do gromadzenia dowodów elektronicznych wydaje się być bardzo prawdopodobna, o czym będzie jeszcze mowa niżej.

Europejski nakaz wydania dowodów to z kolei śmiały krok w kierunku ułatwienia gromadzenia danych elektronicznych od podmiotów oferujących na terenie UE usługi łączności elektronicznej, społeczeństwa informacyjnego oraz nazw domen internetowych i numeracji IP. Projekt, którego pierwsza wersja została opublikowana w 2018 r.³⁵, spotkał się z potężną dezaprobatą, zwłaszcza ze strony środowiska związanego z ochroną prywatności i danych osobowych³⁶. W ogniu krytyki znalazły się przede wszystkim istota proponowanego modelu współpracy organu wydającego bezpośrednio z dostawcą usługi oraz rezygnacja z udziału organu wykonującego. Model taki ma w założeniu przyspieszyć procedurę gromadzenia danych. Całkowite poleganie na organie wydającym oraz pominięcie organu wykonującego (który w projekcie określa się jako „organ przymuszający”, ponieważ jego rolę widzi się raczej w prowadzeniu

³⁵ Zob. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0225> [dostęp: 19.04.2024].

³⁶ European Data Protection Supervisor, *Opinion 7/2019, EDPS Opinion on Proposals regarding European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters*, 2019, https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/19-11-06_opinion_on_e_evidence_proposals_en.pdf [dostęp: 19.04.2024]; European Data Protection Board, *Opinion of the EDPB on Commission proposals of the EP and of the Council on European production and preservation orders for electronic evidence in criminal matters*, 2018, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13317-2018-INIT/EN/pdf> [dostęp: 19.04.2024]; European Digital Rights, *Recommendations on cross-border access to data. Position paper on the European Commission's proposal for a Regulation on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters*, 2019, https://edri.org/files/e-evidence/20190425-EDRi_PositionPaper_e-evidence_final.pdf [dostęp: 19.04.2024]; *E-evidence Coalition Remarks on the Rapporteur Package Proposal*, 2022, https://www.ebu.ch/files/live/sites/ebu/files/News/Position_Papers/open/2022/Coalition's%20remarks%20on%20EP%20package%20deal.pdf [dostęp: 19.04.2024]; European Judicial Network's Working Group on E-evidence, *Conclusions of the 4th online meeting on the Proposal for a Regulation on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters*, <https://www.statewatch.org/media/1867/eu-council-ejn-e-evidence-ep-position-paper-6035-21.pdf> [dostęp: 19.04.2024]; M.D. Cole, T. Quintel, *Transborder Access to e-Evidence by Law Enforcement Agencies* (May 11, 2018), University of Luxembourg Law Working Paper No. 2018-010, <https://ssrn.com/abstract=3278780> [dostęp: 19.04.2024]; M. Rogalski, *The European Commission's e-Evidence Proposal – Critical Remarks and Proposals for Changes*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 2020, vol. 28, issue 4, <https://doi.org/10.1163/15718174-BJA10018> [dostęp: 19.04.2024].

dialogu z dostawcą usługi odmawiającym wykonania nakazu) nie wydaje się być jednak kompatybilne ze stanem wzajemnego zaufania w UE³⁷.

Trwająca przeszło sześć lat gorąca dyskusja nad projektem wynika nie tylko z nowego pomysłu na współpracę, ale oddaje również klimat polityczny, w jakim debata ta była prowadzona. Projekt rozporządzenia powstał bowiem krótko po serii ataków terrorystycznych w UE w latach 2015–2016, w atmosferze rozszerzania uprawnień organów ścigania na rzecz zwiększenia bezpieczeństwa publicznego. Kolejne lata przyniosły jednak nowe wyzwania, które ostudziły wiarę we wzajemne zaufanie pomiędzy państwami członkowskimi. Przykładem są zarówno naruszenia praworządności w państwach członkowskich³⁸, jak i wątpliwe działania w sferze dowodów elektronicznych w państwach unijnych (czego przykładem jest sprawa EncroChat³⁹). Impas w pracach nad modelem dostępu do danych elektronicznych starał się przełamać Parlament Europejski, który uzupełnił projekt o mechanizm notyfikacji⁴⁰ mający w określonych przypadkach zapewnić, że „organ przymuszający” będzie posiadał wiedzę o wydanym przez organ innego państwa nakazie i, w przypadku wątpliwości, będzie mógł zareagować, w tym odmówić wykonania nakazu w sytuacjach określonych w rozporządzeniu. „Organ przymuszający” może odmówić wykonania nakazu, jeśli: a) jego wykonanie naruszałoby immunitety i przywileje w państwie przymuszającym; b) byłoby sprzeczne z zasadą *ne bis in idem*; c) przestępstwo, którego dotyczy nakaz, nie jest penalizowane w państwie przymuszającym, z wyjątkiem przestępstw określonych w rozporządzeniu, o ile przekraczają minimalny próg karalności trzech lat; d) istnieją – w wyjątkowych sytuacjach – uzasadnione powody, by przyjąć, że na podstawie konkretnych i obiektywnych dowodów wykonanie nakazu będzie prowadziło do poważnego naruszenia praw fundamentalnych określonych w art. 6 TUE oraz w Karcie praw podstawowych UE⁴¹. Notyfikacja odnosi się tylko do nakazu w sprawie danych dotyczących ruchu (z wyjątkiem danych służących jedynie identyfikacji użytkownika) oraz danych dotyczących treści – a zatem w sprawach pozyskiwania danych o najwyższym stopniu ingerencji w prawa jednostki. Efektywność mechanizmu notyfikacji jest jednak wątpliwa. Po pierwsze, polega on w pełni na woli organu wydającego. Po drugie, rozporządzenie ENWD zawęża sytuacje, w których notyfikacja jest wskazana, i jeśli przestępstwo zostało popełnione (lub jest to prawdopodobne) na terenie pań-

³⁷ M. Kusak, *Mutual trust to obtain electronic evidence in the EU: Is the bar low or high?* [w:] *Current Issues of EU Criminal Law*, eds. A.H. Ochnio, H. Kuczyńska, Warsaw 2022, s. 73–88.

³⁸ L. Pech, P. Wachowiec, D. Mazur, *Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In) Action*, „Hague Journal on the Rule of Law” 2021, vol. 13, s. 1–43, <https://doi.org/10.1007/s40803-021-00151-9> [dostęp: 19.04.2024].

³⁹ Por. sprawę toczącą się przed TSUE dotyczącą przepływu dowodów zgromadzonych niezgodnie z prawem wobec użytkowników usługi EncroChat, C-670/22.

⁴⁰ W uzgodnionej wersji rozporządzenia przyjęto tylko część zmian proponowanych przez Parlament Europejski, w tym związanych z notyfikacją. Więcej informacji: <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-new-push-for-european-democracy/file-jd-cross-border-access-to-e-evidence-production-and-preservation-orders> [dostęp: 19.04.2024].

⁴¹ Rozwinięcie tej ostatniej przesłanki znajduje się w pkt 42d preambuły finalnej wersji rozporządzenia ENWD.

stwa wydającego nakaz, lub osoba, której dane dotyczą, przebywa na terenie państwa wydającego – notyfikacja nie ma zastosowania. Mechanizm notyfikacji wydaje się być zatem wąski i kruchy, z uwagi na oparcie go w dużej mierze na standardzie i etyce działania organu wydającego.

Oba omawiane wyżej unijne instrumenty przyjmują skrajne wobec siebie podejścia w gromadzeniu dowodów: o ile END zawiera serię przepisów dających organowi wykonującemu możliwość odmowy wykonania nakazu, w tym w celu ochrony praw podstawowych (ale w sposób „bierny”, uwalniając od współpracy, ale nie zmierzając do ogólnego zwiększenia ochrony praw podstawowych w postępowaniu dowodowym), tak w ENWD nacisk położono na efektywność w dostępie do danych, a ochrona praw jednostki wydaje się pozostawać na dalszym planie. Natomiast wspólnym zarzutem zarówno wobec END, jak i ENWD jest obojętność obu instrumentów na potencjalne krajowe różnice w podejściu do dowodów elektronicznych, która może się przekładać na ich gromadzenie oraz wzajemną dopuszczalność. W celu głębszego zweryfikowania tego problemu w latach 2020–2021 prowadzono w ramach grantu Narodowego Centrum Nauki⁴² badanie porównawcze siedmiu państw członkowskich: Austrii (AT), Bułgarii (BG), Cypru (CY), Włoch (IT), Litwy (LT), Polski (PL) i Portugalii (PT)⁴³. Państwa te wybrano ze względu na różne obszary geograficzne, a także różnorodność modeli postępowania karnego. Dane porównawcze zostały zebrane za pomocą kwestionariusza, który rozesłano do odpowiednich ekspertów krajowych, a także na podstawie informacji z EJM Fiches Belges on Electronic Evidence – które składają się z krajowych informacji dostarczonych przez punkty kontaktowe⁴⁴. Wykorzystano również profile wiki zawierające przegląd przepisów w zakresie cyberprzestępczości i elektronicznego materiału dowodowego⁴⁵.

Badanie potwierdziło hipotezę o różnicach w standardzie dostępu do elektronicznych danych dotyczących treści. W odniesieniu do danych gromadzonych w czasie rzeczywistym zasadniczą różnicą jest ujęcie tej czynności w krajowym porządku prawnym. O ile ustawy karnoprosedytacyjne w niektórych krajach (AT, PT) wprost regulują przechwytywanie rozmów prowadzonych drogą elektroniczną, to inne kraje (w tym PL, IT, LT) stosują w takich sprawach odpowiednio przepisy o podsłuchu telefonicznym⁴⁶. Różne podejścia nie przekładają się jednak na kluczowe gwarancje związane z kontrolowaniem rozmów. We wszystkich państwach czynność tę zawężono do poważnych przestępstw, ujętych jednak w inny sposób – w formie katalogu przestępstw lub progrem karalności. Wszędzie konieczna jest również autoryzacja *ex ante* lub *ex post*

⁴² Projekt nr 2016/23/D/HS5/00182.

⁴³ Wyniki badań w druku.

⁴⁴ <https://www.ejm-crimjust.europa.eu/ejm2021/ContentDetail/EN/6/88> [dostęp: 19.04.2024].

⁴⁵ Country Wiki, <https://www.coe.int/en/web/octopus/country-wiki> [dostęp: 19.04.2024].

⁴⁶ Z państw objętych badaniem Bułgaria dopuszcza przechwytywanie danych elektronicznych tylko w ramach czynności służb specjalnych, a Cypr nie przewiduje takiej możliwości w ogóle. Wniosek ten potwierdzają również badania komparatystyczne prowadzone przez naukowców z Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu w ramach projektu unijnego „Improving the application of the presumption of innocence when applying electronic evidence” (INNOCENT, Agreement no. 101056685).

(w szczególnych wypadkach) przez organ sądowy. Podobieństwa wykazało także badanie czasu trwania czynności – jasne reguły czasu trwania oraz warunków przedłużania określono we wszystkich państwach, choć ramy te dość mocno się od siebie różnią.

Znacznie większe różnice ujawniło porównanie dostępu do przechowywanej treści komunikacji. W trzech państwach (AT, IT i PT)⁴⁷ przepisy krajowe zabraniają dostępu do przechowywanej treści komunikacji, która jest osiągalna wyłącznie za pomocą przechwytywania komunikacji w czasie rzeczywistym. W pozostałych krajach (poza Cyprem) czynność ta jest dopuszczalna w trybie dostępu do urzędnika lub za pośrednictwem dostawcy usług. W państwach, gdzie dostęp jest dopuszczalny, stosuje się zaś standard podobny do podsłuchu rozmów telefonicznych, w szczególności udział organu sądowego. Wyjątkiem w tym zakresie jest Polska.

Główny wniosek płynący z badania komparatystycznego jest więc następujący: o ile w przypadku dostępu do danych dotyczących treści w czasie rzeczywistym stosuje się podobny standard oparty zasadniczo na podsłuchu rozmów, o tyle dostęp do danych przechowywanych wykazuje skrajne podejścia – od wyraźnego ujęcia przez ustawodawcę, że ingerencja w przechowywaną treść komunikacji nie jest możliwa, przez dostęp do danych już istniejących na warunkach podobnych do podsłuchu, po stosowanie przepisów dotyczących przeszukania. Różnice krajowe będą zapewne źródłem wątpliwości we współpracy w dostępie do elektronicznych danych dotyczących treści zarówno w odniesieniu do END, jak i do ENWD.

Wnioski i postulaty *de lege ferenda*

W obecnym stanie rozwoju technologii wpływającej na sposoby komunikowania się konieczne jest przesądzenie w sposób jednoznaczny, w jakim trybie ma się odbywać dostęp do elektronicznych danych dotyczących treści, niezależnie od tego, czy są one przechwytywane „na żywo”, czy też na podstawie dostępu do przechowywanych danych. Gromadzenie danych dotyczących treści za pomocą czynności „tradycyjnych” nie sprawdza się, prowadzi do wątpliwości interpretacyjnych i różnic w standardzie ochrony praw jednostki. Przepisy o kontroli i utrwalaniu rozmów nie odnoszą się do problemów szyfrowania, a art. 241 k.p.k. jest źle sformułowany i od momentu wprowadzenia budzi wątpliwości co do znaczenia pojęcia „treści innych rozmów lub przekazów informacji”⁴⁸. Natomiast czynność tak głęboko ingerująca w prawa i wolności człowieka, jak kontrola treści rozmów nie może w demokratycznym państwie prawa być niedookreślona i nieprecyzyjna⁴⁹. Przepisy powinny również pozostawić jak najmniej wątpliwości co do tego, czy dane należy pozyskiwać czynnościami procesowymi czy

⁴⁷ Przepisy na Cyprze zabraniają dostępu do treści komunikacji w ogóle – *Police v. Georgiades* (1983) 2 CLR 33, http://www.cylaw.org/cgi-bin/open.pl?file=/apofaseis/aad/meros_2/1983/rep/1983_2_0033.htm [dostęp: 19.04.2024].

⁴⁸ M. Rogalski, *Kontrola i utrwalanie...*, s. 4057–4058.

⁴⁹ Por. wyroki ETPC z dnia: 29 czerwca 2006 r. w sprawie *Weber i Saravia v. Niemcy*, skarga nr 54934/00, § 96 oraz 15 stycznia 2015 r. w sprawie *Dragojević v. Chorwacja*, skarga nr 68955/11, § 83.

operacyjnymi. Obecnie, z uwagi na niewystarczający charakter trybów kodeksowych, dostęp do treści może być w praktyce prostszy w ramach czynności pozaprocesowych, które z zasady charakteryzują się niższym stopniem gwarancyjności.

Argumentem za opracowaniem odrębnych zasad umożliwiających uzyskanie tak dalece wrażliwych informacji jak elektroniczne dane dotyczące treści są również instrumenty unijne regulujące dostęp do takich danych w drodze współpracy pomiędzy państwami członkowskimi. Niski, krajowy standard w gromadzeniu takich danych może utrudniać wykonanie lub być przesłanką do odmowy wykonania zarówno END, jak i ENWD. Tymczasem, na co wskazuje badanie komparatystyczne, większość państw członkowskich dostrzega specyfikę elektronicznych danych dotyczących treści, w tym ich „dwufazowość” i wynikające z niej z różne progi dostępu przez organy.

De lege ferenda procesowy dostęp do elektronicznych danych dotyczących treści, niezależnie od fazy, w której się znajdują, powinien się opierać na konstrukcji kontroli i utrwalania rozmów. Jest to bowiem czynność skrojona na potrzeby ochrony komunikacji, w której chodzi przecież o to, aby uniemożliwić przejęcie wiadomości przez osoby nieuprawnione⁵⁰. Dostęp do treści, niezależnie, czy tej „na żywo”, czy tej przechowywanej, wymaga ograniczenia zakresu przedmiotowego⁵¹, podmiotowego, kontroli sądu oraz określenia granic temporalnych (w przypadku danych przechowywanych zasadne byłoby więc określenie, jak daleko wstecz możliwy jest wgląd w treści). Z badania komparatystycznego wynika zresztą, że właśnie taka konstrukcja prawna jest często stosowana w innych krajach. Z uwagi na realne trudności w dostępie do danych oraz potencjalne ryzyko nadużyć uzasadnione byłoby ujęcie w Kodeksie postępowania karnego warunków instalowania oprogramowania z kluczem do szyfrowanych wiadomości lub zdalnego przeszukania urządzenia. Poza specyficznymi dla treści rozwiązaniami Kodeks powinien również określać standard typowy dla wszystkich rodzajów danych elektronicznych, tj. kompetencje osób dokonujących ingerencji w dane, warunki ochrony integralności danych, tworzenia kopii i ich udostępniania stronom, udział biegłego w procesie ingerencji w dane i ich interpretacji. Takie ujęcie dostępu do elektronicznych danych dotyczących treści uporządkowałoby reguły dostępu przez organy, zlikwidowało dychotomię w standardzie ochrony osób, których dane dotyczą, oraz wyeliminowało prawne i techniczne wątpliwości w zakresie nieefektywnego i nieprzystającego do realiów odpowiedniego stosowania przepisów.

Literatura

Cole M.D., Quintel T., *Transborder Access to e-Evidence by Law Enforcement Agencies* (May 11, 2018), University of Luxembourg Law Working Paper No. 2018-010, <https://ssrn.com/abstract=3278780>.

⁵⁰ M. Rogalski, *Tajemnica komunikowania się w prawie polskim* [w:] *idem*, *Podstuch procesowy i poza-procesowy. Kontrola i utrwalanie rozmów na podstawie kpk oraz ustaw szczególnych*, Warszawa 2019.

⁵¹ Tak: wyroki ETPC z dnia: 4 grudnia 2015 r. w sprawie Roman Zakharov v. Rosja, skarga nr 47143/06, § 243 i nn. oraz 10 lutego 2009 r. w sprawie lordachi i inni v. Mołdawia, skarga nr 25198/02, § 41 i nn.

- Dudka K., *Podśluch komputerowy w polskim procesie karnym – wybrane zagadnienia praktyczne*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 1.
- Grzelak A., *Trybunał Sprawiedliwości ponownie o relacji między koniecznością zwalczania przestępczości a prawem do prywatności – glosa do wyroku TS z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-203/15 Tele2 Sverige AB oraz C-698/15 Watson, Brice, Lewis*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 3.
- Grzelak A., Zielińska K., *Między prawem do prywatności i ochrony danych osobowych a zapewnieniem bezpieczeństwa publicznego i walką z przestępczością. Problemu retencji danych ciąg dalszy – glosa do wyroków Trybunału Sprawiedliwości z 6.10.2020 r.: C-623/17, Privacy International, oraz w sprawach połączonych C-511/18, C-512/18, C-520/18, La Quadrature du Net i in.*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 8.
- Lach A., *Dowody elektroniczne w procesie karnym*, Toruń 2004.
- Lach A., *Gromadzenie dowodów elektronicznych po nowelizacji k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 10.
- Lach A., *Przeszukanie na odległość systemu informatycznego*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 9.
- Lewulis P., *Dowody cyfrowe – teoria i praktyka kryminalistyczna*, Warszawa 2021.
- Kremens K., *O znaczeniu prawa porównawczego dla nauki polskiego procesu karnego na przykładzie przeszukań telefonów komórkowych [w:] W pogoni za rzetelnym procesem karnym. Księga dedykowana Profesorowi Stanisławowi Waltosiowi*, red. D. Szumiło-Kulczycka, Warszawa 2022.
- Kusak M., *Common EU Minimum Standards for Enhancing Mutual Admissibility of Evidence Gathered in Criminal Matters*, „European Journal on Criminal Policy and Research”, Springer 2017, <http://link.springer.com/article/10.1007/s10610-017-9339-0>.
- Kusak M., *Mutual trust to obtain electronic evidence in the EU: Is the bar low or high? [w:] Current Issues of EU Criminal Law*, eds. A.H. Ochnio, H. Kuczyńska, Warsaw 2022.
- Pech L., Wachowiec P., Mazur D., *Poland’s Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU’s (In)Action*, „Hague Journal on the Rule of Law” 2021, vol. 13, <https://doi.org/10.1007/s40803-021-00151-9>.
- Rojszczak M., *e-Evidence Cooperation in Criminal Matters from an EU Perspective*, „Modern Law Review” 2022, vol. 85, issue 4, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1468-2230.12749>.
- Rogalski M., *Kontrola i utrwalanie treści innych rozmów lub przekazów informacji [w:] System prawa karnego procesowego*, t. 8, *Dowody*, cz. 3, red. J. Skorupka, Warszawa 2019.
- Rogalski M., *Potrzeba zmiany przepisów Kodeksu postępowania karnego w zakresie kontroli korespondencji oraz kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych [w:] W pogoni za rzetelnym procesem karnym. Księga dedykowana Profesorowi Stanisławowi Waltosiowi*, red. D. Szumiło-Kulczycka, Warszawa 2022.
- Rogalski M., *Tajemnica komunikowania się w prawie polskim [w:] idem, Podśluch procesowy i poza-procesowy. Kontrola i utrwalanie rozmów na podstawie kpk oraz ustaw szczególnych*, Warszawa 2019.
- Rogalski M., *The European Commission’s e-Evidence Proposal – Critical Remarks and Proposals for Changes*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 2020, vol. 28, issue 4, <https://doi.org/10.1163/15718174-BJA10018>.
- Siwicki M., *Przetwarzanie danych informatycznych w chmurach obliczeniowych. Wybrane aspekty prawnokarne i procesowe*, „Palestra” 2005, nr 1–2.
- Szumiło-Kulczycka D., *Wolność i tajemnica komunikowania się [w:] eadem, Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012.

Tosza S., *All evidence is equal, but electronic evidence is more equal than any other: The relationship between the European Investigation Order and the European Production Order*, „New Journal of European Criminal Law” 2020, vol. 11, no. 2.

Tosza S., *Internet service providers as law enforcers and adjudicators. A public role of private actors*, „Computer Law & Security Review” 2021, no. 43, <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2021.105614>.

Warken C., van Zwietenband L., Svantesson D., *Re-thinking the categorisation of data in the context of law enforcement cross-border access to evidence*, „International Review of Law, Computers & Technology” 2020, vol. 34, <https://doi.org/10.1080/13600869.2019.1600871>.

Wiliński P., *Ochrona tajemnicy komunikowania się (art. 49 Konstytucji RP) [w:] System prawa karnego procesowego. Tom I. Zagadnienia ogólne*, red. P. Hofmański, Warszawa 2013.

Streszczenie

Martyna Kusak

Dostęp do danych elektronicznych dotyczących treści w postępowaniu karnym – wyzwania krajowe i międzynarodowe

Komunikacja na odległość nie sprowadza się już do rozmów telefonicznych, ale obejmuje również wiadomości tekstowe, głosowe czy zdjęcia przesyłane za pomocą aplikacji, komunikatorów internetowych, poczty elektronicznej, portali społecznościowych, a także korzystanie z telefonii internetowej. Nowe formy komunikowania się generują treść, do której dostęp może okazać się potrzebny w postępowaniu karnym. Pomimo wszechobecności elektronicznych danych dotyczących treści ich pozyskiwanie na podstawie Kodeksu postępowania karnego jest nieoczywiste i nieprzystające ani do prawnych standardów ingerencji w tajemnicę komunikacji, ani realiów technicznych związanych z tego rodzaju danymi. W artykule przedstawiono tryby *de lege lata* gromadzenia treści elektronicznych zarówno na poziomie krajowym, jak i w ramach współpracy międzynarodowej, a także postulaty *de lege ferenda*, opierające się na postulacie stosowania do takich danych modelu podobnego do kontroli i utrwalania rozmów.

Słowa kluczowe: dane elektroniczne, dane dotyczące treści, inwigilacja, dowody elektroniczne, europejski nakaz dochodzeniowy, europejski nakaz wydania dowodów.

Summary

Martyna Kusak

Access to Electronic Content Data in Criminal Proceedings – National and International Challenges

Modern distant communication is no longer limited to telephone calls. It also includes text messages, voice messages or photos sent via applications, instant messaging, e-mail, social networking sites, and VoIP channels. These new forms of communication generate content that may need to be accessed in criminal proceedings. Despite the ubiquity of electronic content data, its acquisition under the Code of Criminal Procedure is non-obvious and complies neither

with the legal standards of interference with the secrecy of communication nor with the technical realities associated with such data. Therefore, the article presents *de lege lata* modes of collecting electronic content both at the national level and within the framework of international cooperation, as well as *de lege ferenda* postulates for applying a model similar to the telephone tapping.

Keywords: electronic data, content data, surveillance, electronic evidence, European investigation order, European production order.

Dobrosława Szumiło-Kulczycka

Uniwersytet Jagielloński w Krakowie, Polska

dobrosława.szumilo-kulczycka@uj.edu.pl

ORCID: 0000-0002-8891-2041

<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.06>

Weryfikacja legalności i wiarygodności dowodów elektronicznych w kontradiktoryjnym procesie karnym

1. Dowód elektroniczny – pojęcie, szanse, zagrożenia

Problem weryfikacji legalności uzyskiwania dowodów elektronicznych oraz weryfikacji wiarygodności informacji, jakie zostały za ich pomocą zapisane, to jedno z trudniejszych zagadnień pojawiających się obecnie w procesie karnym. Jest to w dużej mierze spowodowane szczególnym znaczeniem tego rodzaju dowodów w kształtowaniu sądu o rzeczywistości. Dowody elektroniczne zazwyczaj i niewątpliwie słusznie postrzegane są jako efekt postępu naukowego. Towarzyszy im przy tym wyjątkowo duża zdolność oddziaływania na organ orzekający. Dowody takie najczęściej przybierają postać nagrań obrazu, nagrań dźwięku, wydruków zawartości dysków (chmury), graficznych prezentacji obliczeń wykonywanych w zautomatyzowany sposób na milionach danych, a umożliwiających zobrazowanie przemieszczania się rzeczy lub osoby w przestrzeni lub zobrazowanie sieci kontaktów określonych osób w dowolnych odcinkach czasu. Wszystko to dzięki nowym środkom technologicznym jest podawane w prosty sposób, za pomocą przekazu oddziałującego bezpośrednio na zmysły człowieka, bez konieczności angażowania procesów analitycznych. Prowadzi to do niezwykle sugestywnego, mało podatnego na krytyczną analizę odbioru kreowanej dowodami elektronicznymi rzeczywistości.

Kłopoty z dowodami elektronicznymi rozpoczynają się już na etapie definicyjnym, tj. na etapie określenia ram przedmiotowych tej specyficznej grupy dowodów i stosownie do tego wypracowania szczególnych reguł uzyskiwania, przechowywania i wprowadzania ich do podstawy orzekania. Pojęcie dowodu elektronicznego nie doznało się jak dotąd definicji legalnej w polskim systemie prawa. Bywa bardzo różnorodnie ujmowane w literaturze i orzecznictwie. Szczegółowy przegląd kontekstów, w jakich jest używane, przeprowadzili m.in. Arkadiusz Lach i Bartłomiej Oręziak¹.

¹ A. Lach, *Dowody elektroniczne w procesie karnym*, Toruń 2004, s. 17 i nn.; B. Oręziak, *Dowody elektroniczne a sprawiedliwość procesu karnego*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Karne” 2010, nr 41, s. 187 i nn.

W niniejszym opracowaniu pojęcie dowodu elektronicznego używane będzie w najszerszym znaczeniu, tj. jako dowód, który:

- 1) powstał w formie elektronicznej jako wynik operacji, symulacji dokonywanych przy pomocy oprogramowania cyfrowego (m.in. ekspertyzy wykonywane na podstawie oprogramowania komputerowego mającego na celu przesiewanie, krzyżowanie i korelowanie ze sobą wielu danych, wirtualne symulacje zdarzeń, np. wypadków komunikacyjnych);
- 2) został utrwalony w formie zapisu cyfrowego w postaci zapisu dźwięku, zapisu obrazu lub zapisu ruchu osoby, rzeczy bądź przekazu informacji;
- 3) powstał w następstwie przetworzenia i interpretacji materiału źródłowego mającego postać elektroniczną (np. opinie fonoskopijne sporządzone na podstawie nagrań mających postać elektroniczną).

Jak łatwo zauważyć, definicja ta jest bardzo szeroka i równocześnie idąca niejako w próżkę dotychczas stosowanych podziałów dowodów. Obejmuje ona także ekspertyzy sporządzone przy użyciu technik elektronicznych, mające postać tradycyjną (opinia ustna lub pisemna) bądź to elektroniczną (zapis elektroniczny symulacji zdarzenia, zapis dźwięku uzyskanego elektronicznie), bądź wreszcie mieszaną (opinia pisemna wraz z załącznikiem mającym postać zapisu elektronicznego). Jest to konsekwencja specyfiki zagadnień dotyczących dowodów elektronicznych. Nie mieszczą się one bowiem w tradycyjnych podziałach dowodów. Nie dają się też bezrefleksyjnie sklasyfikować wśród istniejących już „tradycyjnych” form dowodów. Nawet jeżeli w praktyce bardzo często trafiają one przed oblicze sądu pod pozorem dowodu z opinii biegłego, nie pozbawia to organu orzekającego i stron procesu chcących podjąć z nimi polemikę konieczności zmirzenia się z takimi samymi problemami, które mają zastosowanie do dowodów elektronicznych *sensu stricto*.

Świat cyfrowych technologii, przy ogromnych możliwościach, które daje, tworzy też pole do nowych nadużyć. Pozwala na manipulowanie zapisami cyfrowymi, tworzenie nowych zapisów, usuwanie części lub całości starych zapisów, dodawanie lub zamazywanie niektórych przetwarzanych w zautomatyzowany sposób danych w taki sposób, że finalny obraz kreowany przy wykorzystaniu dowodów elektronicznych będzie fałszywy. Oczywiście historia pokazuje, że wszystkie dowody mogą być zmanipulowane. Jednak w przypadku dowodów elektronicznych nadal brakuje ugruntowanych i zstandaryzowanych reguł kontroli nad procesem ich pozyskiwania, a w konsekwencji nie ma utrwalonych kryteriów weryfikacji ich wartości dowodowej. Problem ten uwydatnił się chociażby podczas tzw. afery Pegasusa, kiedy ujawnione zostały szczególnie możliwości oprogramowania wykorzystywanego w trakcie elektronicznej inwigilacji. Oprogramowanie to pozwala nie tylko na pobieranie i utrwalanie pozyskanych z cudzego nośnika zapisów, ale również na aktywne wpływanie na treść rejestrowanych na cudzym urządzeniu informacji. Dzięki niemu można umieszczać określone dane (zdjęcia, pliki tekstowe, graficzne) na cudzym urządzeniu elektronicznym poza wolą i wiedzą jego użytkownika, a także inicjować określone działania na danym urządzeniu, w tym połączenia wykonywane drogą elektroniczną. Taka ingerencja może prowadzić do fałszowania danych, a nawet do celowego spreparowania wobec danej osoby

materiału dowodowego na jej własnym nośniku elektronicznym. W przypadku braku możliwości zweryfikowania i wykrycia tego faktu użytkownik, którego tego rodzaju działania hakerskie dotyczyły, będzie praktycznie bez szans na obronę w postępowaniu karnym wobec obciążającego go, a znajdującego się na jego własnym urządzeniu elektronicznym materiału dowodowego. Ale możliwości stosowania oprogramowania typu Pegasus to nie jedyne pole potencjalnych zagrożeń w kwestii ustalania prawdy w procesie karnym przy wykorzystaniu nowoczesnych technologii. Dla zobrazowania problemu poniżej przedstawiono kilka konkretnych przykładów sytuacji, jakie mogą się pojawić w toku postępowania karnego.

2. Analiza kryminalistyczna na podstawie danych elektronicznych

Warto przywołać tu dość częste w praktyce korzystanie z tzw. analizy kryminalistycznej sporządzanej przy użyciu specjalistycznego oprogramowania do przesiewowego sortowania danych uzyskanych wcześniej np. od operatorów telefonii komórkowej (zwykle na podstawie art. 20c ustawy o Policji²). Analiza taka jest wykorzystywana m.in. do ustalenia sieci powiązań pomiędzy użytkownikami urządzeń telekomunikacyjnych, dat, czasu trwania wykonywanych połączeń lub prób połączeń między nimi, do ustalania miejsc pobytu, w tym przeważających miejsc pobytu użytkownika takiego urządzenia, trasy jego przemieszczania się czy też do ustalania rzeczywistego użytkownika danego urządzenia na podstawie miejsca jego zwykłego spoczyniania, ewentualnie częstotliwości i pory spoczyniania danego urządzenia w relacji do innego, którego użytkownik jest znany i łatwy do zweryfikowania. Analiza taka może służyć do wykazania, że dana osoba w określonym czasie była w oznaczonym miejscu lub też, że dana osoba pozostawała w określonym czasie w stałym, ścisłym kontakcie z inną osobą lub grupą osób.

Problemy, jakie pojawiają się w związku ze wskazanym dowodem, są dwojakiego rodzaju. Pierwszy dotyczy zagadnienia, co stanowi rzeczywisty dowód w postępowaniu karnym – czy jest to materiał źródłowy, na podstawie którego została sporządzona taka analiza, tj. dane uzyskane bezpośrednio od operatora sieci telekomunikacyjnej (lub innego dostawcy danych), czy też opracowany na ich podstawie raport z wynikiem zawartym w analizie kryminalistycznej? Drugi problem dotyczy możliwości rzeczywistej weryfikacji uzyskanego wyniku. Jeśli chodzi o pierwsze zagadnienie, to nie powinno ulegać wątpliwości, że pierwotnym dowodem są same dane, które następnie były przetwarzane przy pomocy stosownego oprogramowania. Jakkolwiek ich bardzo duża ilość powoduje często, że są one nieczytelne dla odbiorcy bez ich odpowiedniego przetworzenia, to jednak właśnie te dane stanowią rzeczywiste źródło informacji o określonych faktach. Dlatego niezbędne jest ustalenie, czy zostały uzyskane na potrzeby prowadzonego postępowania karnego w sposób zgodny z prawem. Niezbędne jest także ich prawidłowe zabezpieczenie na potrzeby tego postępowania

² Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 145 ze zm.) (dalej: u.p.).

oraz wprowadzenie ich jako dowodu do toczącego się procesu. Brak zabezpieczenia wskazanych danych *ex definitione* uniemożliwia weryfikację jakichkolwiek wniosków, które na ich podstawie zostały wyprowadzone. Niestety dość często spotykane są sytuacje, gdy w poczet materiału dowodowego przekazywana jest jedynie gotowa analiza kryminalistyczna, brak natomiast materiału źródłowego. Wydaje się być pytaniem retorycznym, czy materiał zawierający co prawda wnioski, ale pozbawiony oryginalnych danych, na podstawie których konkluzje te zostały sformułowane, można uznać za wiarygodne i dostateczne źródło informacji o fakcie podlegającym udowodnieniu.

Bardziej skomplikowany jest drugi problem, ponieważ oprogramowanie służące służbom policyjnym z natury rzeczy nie jest i nie może być powszechnie dostępne. To jednak rodzi ograniczenia zarówno po stronie oskarżonego i jego obrońcy, jak i po stronie sądu w zakresie ewentualnej weryfikacji uzyskanego wyniku. *De facto* jedyną, co może zrobić w takiej sytuacji sąd, to – biorąc pod uwagę wskazane okoliczności – może przesłuchać funkcjonariusza dokonującego obliczeń. Z punktu widzenia zasady kontradiktoryjności oraz prawa do obrony jest to jednak bardzo iluzoryczna metoda zamiany niedającego się w rzeczywistości zweryfikować materiału, zwykle zresztą używanego operacyjnie, w materiał dowodowy.

3. Opinie biegłych sporządzone na zapisach elektronicznych objętych klauzulami niejawności

Warto przywołać tu również przypadek opinii przygotowywanych przez pracowników służb policyjnych na podstawie materiałów niejawnych. Mogą to być np. opinie bazujące na zarejestrowanych drogą niejawną nagraniach transportu środków odurzających celem określenia ilości takich środków. Ustalenia takie mogą być kluczowe m.in. dla prawidłowej kwalifikacji prawnej czynu. O ile pracownik jednostki policyjnej dokonujący takich wyliczeń posiada odpowiednie uprawnienia do pracy z materiałem niejawnym (poświadczenie bezpieczeństwa adekwatne do stopnia klauzuli niejawności umieszczonej na danym materiale), o tyle powołanie w toku procesu innego biegłego, w pełni niezależnego, dla zweryfikowania prawidłowości wyliczeń może się jawić jako istotny problem. Stosownie bowiem do treści art. 34 ust. 10 ustawy o ochronie informacji niejawnych³: „Postępowania sprawdzającego nie przeprowadza się [...] wobec: [...] sędziego sądu powszechnego i sądu wojskowego, Sądu Najwyższego, sądów administracyjnych i Naczelnego Sądu Administracyjnego, a także Trybunału Stanu i Trybunału Konstytucyjnego, ławnika sądu powszechnego i ławnika sądu wojskowego oraz prokuratora i asesora prokuratury pełniącego czynności prokuratorskie”. Nie ma w tym przepisie mowy o biegłych. Co więcej, art. 21 ust. 1 u.o.i.n. przewiduje, że „dopuszczenie do pracy lub pełnienia służby na stanowiskach albo zlecenie prac związanych z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli »poufne« lub wyższej może

³ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r., poz. 756) (dalej: u.o.i.n.).

nastąpić, z zastrzeżeniem art. 34, po: 1) uzyskaniu poświadczenia bezpieczeństwa oraz 2) odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych". Z kolei stosownie do art. 21 ust. 4 u.o.i.n.: „Dopuszczenie do pracy lub pełnienia służby na stanowiskach albo zlecenie prac, związanych z dostępem danej osoby do informacji niejawnych o klauzuli »zastrzeżone« może nastąpić po: 1) pisemnym upoważnieniu przez kierownika jednostki organizacyjnej, jeżeli nie posiada ona poświadczenia bezpieczeństwa; 2) odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych". Zgodnie zatem z ustawą o ochronie informacji niejawnych dostęp do materiałów objętych klauzulą „poufne”, „tajne”, „ściśle tajne” wymaga stosownego poświadczenia bezpieczeństwa. Warto w tym miejscu przywołać również przepis zawarty w art. 4 ust. 2 u.o.i.n.: „Zasady zwalniania od obowiązku zachowania w tajemnicy informacji niejawnych oraz sposób postępowania z aktami spraw zawierającymi informacje niejawne w postępowaniu przed sądami i innymi organami określają przepisy odrębnych ustaw”. Na tle analogicznie brzmiącego przepisu, jaki znalazł się w art. 4 ust. 1 poprzednio obowiązującej ustawy o ochronie informacji niejawnych⁴, Sąd Najwyższy (dalej: SN) wskazał, że „zasady udostępniania akt zawierających materiał dowodowy stanowiący tajemnicę państwową lub służbową oraz sposób przeprowadzania takich dowodów w postępowaniu karnym regulują przepisy Kodeksu postępowania karnego oraz akty prawne podstawowe, wydane w wykonaniu delegacji zawartych w tym Kodeksie”⁵. Nie ulega wątpliwości, że prawo dostępu do akt sprawy karnej, w tym do tych ich części, które są objęte klauzulami niejawności, bez konieczności ubiegania się o poświadczenie bezpieczeństwa przysługuje oskarżonemu i jego obrońcy i analogicznie oskarżycielowi posiłkowemu i jego pełnomocnikowi. Oczywiście jest, że prawo do obrony oraz zasada wewnętrznej jawności postępowania muszą znaleźć prymat w konfrontacji z potrzebą utajnienia oznaczonych dokumentów. Jak zresztą podkreśla się w orzecznictwie, rzecz nie w tym, że dokumenty, które z określonych powodów pozostają niejawne dla opinii publicznej, muszą być w procesie odtajnione, ale w tym, aby strony tego procesu miały możliwość zapoznania się z ich treścią, choćby przy zachowaniu szczególnych warunków technicznych i pod warunkiem wykorzystania uzyskanych informacji wyłącznie dla celów postępowania, w którym zostały złożone, i z obowiązkiem zachowania co do nich tajemnicy⁶. Jednak kwestia dostępu do takich dokumentów dla biegłych powoływanych przez sąd nie jest już tak oczywista. Stosownie do treści § 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie sposobu postępowania z protokołami przesłuchań i innymi dokumentami, na które rozciąga się obowiązek zachowania tajemnicy

⁴ Ustawa z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 196, poz. 1631).

⁵ Wyrok SN z dnia 5 listopada 2008 r., V KK 146/2008, OSNKW 2008, z. 1, poz. 9.

⁶ Postanowienie SN z dnia 22 lutego 2007 r., V KK 181/06, OSP 2008, z. 3, poz. 30; wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC) z dnia: 16 grudnia 1992 r. w sprawie Edwards przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 13071/87, pkt 33–36; 13 września 2006 r. w sprawie Turek przeciwko Słowacji, skarga nr 57986/00, pkt 115; 24 kwietnia 2004 r. w sprawie Matyjek przeciwko Polsce, skarga nr 38184/03, pkt 55.

związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji⁷: „Dokumenty [...] oznaczone klauzulą tajności są udostępniane [...] podmiotom zobowiązanym na podstawie zarządzenia prezesa sądu, a przed uprawomocnieniem się orzeczenia – na podstawie zarządzenia przewodniczącego składu orzekającego, a w postępowaniu przygotowawczym na zarządzenie prokuratora”. Zaś stosownie do § 10 tego aktu: „Udostępnienie dokumentów, akt lub przedmiotów oznaczonych klauzulą tajności biegłemu, tłumaczowi lub specjaliście następuje na zarządzenie prezesa sądu, a w postępowaniu przygotowawczym – na zarządzenie prokuratora, tylko w zakresie niezbędnym do wykonania czynności procesowej”. W literaturze pojawił się pogląd, że regulacja przywołanego rozporządzenia stanowi zatem *lex specialis* wobec regulacji zawartej w art. 21 u.o.i.n. i stanowi samodzielną podstawę do udostępnienia biegłemu, także nieposiadającemu poświadczenia bezpieczeństwa, części akt objętych klauzulami niejawności celem sporządzenia opinii w toczącej się sprawie⁸. Nie negując racji przemawiających na rzecz przywołanego stanowiska, nie sposób nie zwrócić uwagi, że treść tego rozporządzenia mówi jedynie o samym sposobie udostępnienia dokumentów biegłemu, w żaden jednak sposób nie neguje konieczności posiadania przez biegłego stosownych właściwości umożliwiających mu w ogóle dostęp do takich dokumentów. Z kolei art. 4 u.o.i.n. odnosi się tylko do zasad zwalniania z obowiązku zachowania tajemnicy oraz do zasad postępowania z aktami. Nie wprowadza wyjątków co do kręgu podmiotów uprawnionych do zlecenia im prac na dokumentach objętych klauzulami tajności. *De lege lata* udostępnienie dokumentów objętych klauzulami tajności „poufne” lub wyższych osobie, która ma występować w procesie karnym w charakterze biegłego, a nie posiada stosownego poświadczenia bezpieczeństwa, jawi się jako co najmniej problematyczne. Tymczasem znalezienie osób, które mogłyby wykonywać funkcje biegłego, posiadały stosowne poświadczenie bezpieczeństwa, a równocześnie nie pozostawały w stosunku zależności od organów ścigania może nierazko napotykać trudności, a w pewnych szczególnych obszarach być wręcz niemożliwe. Nie da się jednak obecnie uniknąć sytuacji, w których dla ustalenia istotnych elementów stanu faktycznego konieczne będzie poddanie zgromadzonych materiałów, szczególnie gdy mają postać dowodów elektronicznych, specjalistycznym badaniom wykonanym z gwarancją pełnej poufności i niejawności. Nie może być jednak tak, że biegłym jest *de facto* pracownik organu, który uzyskał takie materiały, a równocześnie brak jest możliwości skontrolowania jego badań przez innego, niezależnego biegłego. O ile można zrozumieć ograniczenie czy *de facto* wykluczenie kontrolowania takiego dowodu na drodze opinii prywatnej, to musi istnieć odpowiedni korpus osób uprawnionych do wykonywania takich czynności na zlecenie sądu lub prokuratora, a przy tym niezależnych. Istnienie takiego korpusu biegłych zlikwidowałoby także problem ewentu-

⁷ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 września 2017 r. w sprawie sposobu postępowania z protokołami przesłuchań i innymi dokumentami lub przedmiotami, na które rozciąga się obowiązek zachowania w tajemnicy informacji niejawnych albo zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji (Dz. U. poz. 1733).

⁸ Szerzej zob. D. Kuspiel, *Materiały niejawne w postępowaniu karnym*, Prok. i Pr. 2013, nr 7–8; D. Świecki, *Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych*, LEX/el. 2016.

alnego przygotowywania na podstawie takich materiałów za zgodą sądu opinii tzw. prywatnych, oczywiście pod warunkiem utrzymania wszelkich rygorów związanych z zasadami przechowywania wytwarzanej przez stronę procesu karnego dokumentacji obejmującej informacje niejawne.

4. Weryfikacja legalności uzyskiwanych operacyjnie dowodów elektronicznych

Kolejny przypadek, który warto omówić, w mniejszym stopniu dotyczy bezpośrednio dowodów elektronicznych, lecz może pozostawać na obrzeżu związanych z nimi problemów, a to w związku z problematyką możliwości weryfikacji legalności ich uzyskania. Chodzi o sytuacje, gdy do postępowania karnego przekazywane są nagrania na pozór wykonane przez osobę prywatną, jednak faktycznie inspirowane działaniami operacyjnymi. Tak jest m.in. w przypadku korzystania przez służby policyjne lub specjalne z pomocy tajnych współpracowników. Osoby takie mogą brać udział np. w operacjach specjalnych z wykorzystaniem instytucji transakcji pozorowanej. Stosownie do obowiązujących regulacji zabronione jest udzielanie informacji o takich osobach i ujawnianie ich danych. Osoby te zobowiązane są natomiast do zachowania w tajemnicy informacji uzyskanych w związku z ich udziałem przy wykonywaniu czynności operacyjnych⁹. Może to prowadzić do sytuacji patowych, gdy świadek wezwany celem złożenia zeznań zasłoni się obowiązkiem zachowania tajemnicy, a równocześnie organ, na współpracę z którym świadek się powołał, odmówi udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy rzeczywiście zdarzenie takie miało miejsce¹⁰. Co oczywiste, może to prowadzić do uniemożliwienia w ogóle skontrolowania charakteru czynności podejmowanych przez świadka, a w szczególności, czy miały one rzeczywiście wyłącznie prywatne tło, czy przeciwnie – czy działał on na zlecenie i pod kierunkiem funkcjonariuszy służb uprawnionych do wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych. To z kolei ma niebagatelne znaczenie dla oceny motywacji oskarżonego (czy działał samodzielnie, czy był prowokowany w ramach specjalnie przygotowanej wobec niego operacji), czy ewentualna prowokacja była zarządzona zgodnie z obowiązującymi przepisami (w związku z istnieniem wcześniej wiarygodnych informacji o możliwości

⁹ Takie regulacje zawarte są m.in. w art. 22 u.p., art. 36 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r., poz. 1136 ze zm.) (dalej: u.ABW.AW), art. 25 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 184 ze zm.) (dalej: u.CBA), art. 9b ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r., poz. 1080 ze zm.) (dalej: u.SG).

¹⁰ Taką sytuację można było zaobserwować w trakcie jednej ze spraw, które miała okazję śledzić autorka. Uprawniona służba na wystosowane do niej pytania sądu: „Czy świadek XY był związany z działaniami podejmowanymi przez... wobec oskarżonego, a jeżeli tak, to jaki był charakter jego współpracy?” oraz „Czy świadek XY był lub jest zobowiązany jakąkolwiek tajemnicą, w tym służbową?” odpowiedziała: „[Służba] może korzystać z pomocy osób niebędących funkcjonariuszami, przy czym zabronione jest ujawnianie danych o takich osobach” i w konsekwencji uchyliła się od odpowiedzi zarówno na pierwsze, jak i na drugie z zadanych jej pytań.

popelnienia przestępstwa) oraz czy wykonana została z poszanowaniem obowiązujących zasad (bez nadmiernego aktywnego nakłaniania do popelnienia przestępstwa, z zachowaniem zasadniczo biernej postawy osoby działającej na zlecenie prowadzących operację specjalną)¹¹.

Podobne problemy mogą się pojawić wtedy, gdy jako dowody w sprawie zgłaszane są dowody elektroniczne (zwykle nagrania) uzyskane podczas stosowania kontroli operacyjnej realizowanej przez jedną z uprawnionych do tego formacji¹². Chodzi o sytuacje, kiedy do postępowania karnego w charakterze dowodów zostały przekazane jedynie postanowienie o wyrażeniu zgody na zastosowanie takiej kontroli oraz materiały uzyskane w następstwie jej prowadzenia. Brak jest natomiast materiałów przedłożonych wcześniej do sądu wyrażającego zgodę na stosowanie kontroli operacyjnej wraz z wnioskiem o jej zastosowanie. Tymczasem bez wglądu w takie dokumenty sąd orzekający *in meriti de facto* nie ma możliwości ustalenia, czy prowadzona kontrola operacyjna była zarządzona rzeczywiście w prawidłowy sposób, czy nie doszło do „wyłudzenia” zgody na jej stosowanie, czy przedłożone wówczas materiały nie były np. sfabrykowane, słowem, czy była legalna, co z kolei w świetle ustalonego orzecznictwa

¹¹ „Wykorzystanie funkcjonariuszy działających niejawnie może zostać zaakceptowane pod warunkiem, iż podlega jasnym ograniczeniom i gwarancjom. Mimo iż wzrost przestępczości zorganizowanej bez wątpienia wymaga podejmowania odpowiednich środków, prawo do rzetelnego sprawowania wymiaru sprawiedliwości zajmuje jednakże tak wysoką pozycję, iż nie można go poświęcać w interesie skuteczności. Interes publiczny w walce z przestępczością zorganizowaną nie może uzasadniać wykorzystania dowodów uzyskanych w wyniku policyjnego podżegania do przestępstwa, gdyż takie działanie już od samego początku naraziłoby oskarżonego na ryzyko definitywnego pozbawienia rzetelnego procesu. Dla rozróżnienia policyjnego podżegania lub prowokowania z naruszeniem art. 6 ust. 1 [Konwencji o Ochronie Praw Człowieka] od wykorzystywania legalnych niejawnych technik operacyjnych w postępowaniu karnym Trybunał wypracował następujące kryteria. Rozstrzygając, czy śledztwo było prowadzone »zasadniczo biernie«, Trybunał zbada powody stojące za wykorzystaniem niejawnych czynności operacyjnych oraz zachowanie organów prowadzących takie czynności. Trybunał będzie opierał się na tym, czy istniały obiektywne podejrzenia, iż skarżący był zaangażowany w działalność przestępczą lub był skłonny popełnić przestępstwo. Wyznaczając granicę pomiędzy legalną infiltracją prowadzoną niejawnie przez funkcjonariusza a podżeganiem do przestępstwa, Trybunał będzie dalej badał kwestię, czy skarżący był poddawany naciskom, by popełnić przestępstwo. W sprawach narkotykowych stwierdzano, iż porzucenie biernej postawy przez organy ścigania należy wiązać z takim zachowaniem jak przejmowanie inicjatywy w kontaktach ze skarżącym, ponawianie oferty pomimo wstępnej odmowy, ciągłe pospieszanie, podnoszenie ceny powyżej średniej oraz odwoływanie się do współczucia skarżącego i powoływanie się na symptomy odstawienia” (tłum. za: LEX nr 1523291) – wyrok ETPC z dnia 23 października 2014 r. w sprawie Furcht przeciwko Niemcom, skarga nr 54648/09, pkt 49 i nn.; zob. też wyroki ETPC z dnia: 9 czerwca 1998 r. w sprawie Teixeira de Castro przeciwko Portugalii i skarga nr 25829/94, § 34 oraz 5 lutego 2008 r. w sprawie Ramanauskas przeciwko Litwie, skarga nr 74420/01, § 52.

¹² Artykuł 19 u.p., art. 17 u.CBA, art. 27 u.ABW.AW, art. 9e u.SG, art. 31 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r., poz. 81 ze zm.) (dalej: u.SKW.SWW), art. 31 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r., poz. 1266 ze zm.) (dalej: u.ŻW.w.o.p.), art. 118 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r., poz. 615 ze zm.).

powinno stanowić warunek *sine qua non* dla wykorzystania uzyskanych w jej wyniku materiałów jako dowodów w sprawie¹³.

Doświadczenia pokazują, że w tych dwóch ostatnich sytuacjach sądy rzadko podejmują z urzędu inicjatywę celem zbadania okoliczności uzyskania dowodu. Trzeba jednak przyznać, że nawet w sytuacjach, gdy sąd, czy to z urzędu, czy na wniosek oskarżonego lub obrońcy, podejmie takie działania, wcale nie oznaczają one sukcesu. Nie ma żadnych norm nakładanych na organy prowadzące czynności operacyjno-rozpoznawcze, które dzięki takim czynnościom uzyskały dowody mogące mieć znaczenie w postępowaniu karnym, a także nie ma bezwzględnego obowiązku przekazania na żądanie sądu wszystkich informacji i materiałów mogących mieć znaczenie dla oceny legalności prowadzonych czynności. Co prawda art. 19 ust. 15 u.p. (i odpowiednio analogiczne regulacje uprawniające inne służby do prowadzenia kontroli operacyjnej) przewiduje, że jeżeli podczas jej stosowania uzyskane zostaną dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla już toczącego się postępowania, to przekazuje się wszystkie zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały prokuratorowi. Obowiązek ten dotyczy jednak wyłącznie materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli. Nie dotyczy zaś materiałów uzyskanych przed jej zarządzeniem i przedłożonych sądowi w celu uzyskania jego zgody na stosowanie tego środka. Sąd orzekający *in meriti* nie ma więc zwykle możliwości zapoznania się z przyczynami, dla których wdrożono kontrolę operacyjną. Nie ma tym samym możliwości pełnej oceny, czy środek ten został wdrożony zgodnie z ustawowymi wymaganiami, czy nie doszło do nadużyć podczas procedury zmierzającej do uzyskania zgody sądu na jego stosowanie. Analogiczne uregulowania zawarto w odniesieniu do instytucji transakcji pozornej, przy uwzględnieniu, że zgodę na jej prowadzenie wydaje prokurator, a nie sąd.

Weryfikacji w toku postępowania sądowego legalności czynności, podczas których gromadzone są przez służby policyjne i specjalne, w warunkach niejawności, dowody elektroniczne, nie ułatwiają też inne przepisy. Jak wiadomo, świadek zobowiązany do zachowania w tajemnicy informacji niejawnych o klauzuli tajności „tajne” lub „ściśle tajne” może być przesłuchany co do okoliczności, na które rozciąga się ten obowiązek, tylko po zwolnieniu go z obowiązku zachowania tajemnicy przez uprawniony do tego organ (art. 179 Kodeksu postępowania karnego¹⁴). Ta sama reguła z mocy odesłania zawartego w art. 226 k.p.k. odnosi się do dokumentów, na które rozciąga się taki obowiązek. Odmowa zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy na żądanie sądu lub prokuratora może mieć miejsce wtedy, gdy złożenie zeznania lub dokumentu mogło wyrządzić „poważną szkodę państwu”, co jest kryterium bardzo ocennym. Przepisy ustaw branżowych przewidują dalsze mechanizmy weryfikacji takiej odmowy dokonywanej ostatecznie przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, przy czym mają

¹³ Postanowienia SN z dnia: 7 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07, OSNKW 2007, z. 5, poz. 37; 25 stycznia 2017 r., III KK 211/16, LEX nr 2255318 oraz wyrok SN z dnia 30 stycznia 2013 r., III KK 130/12, LEX nr 1288689.

¹⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 37 ze zm.) (dalej: k.p.k.).

one zastosowanie do żądania prokuratora lub sądu, zgłoszonego w związku z postępowaniem karnym o zbrodnię przeciwko pokojowi, ludzkości i przestępstwa wojenne oraz godzące w życie ludzkie albo o występki przeciwko życiu lub zdrowiu, gdy jego następstwem była śmierć człowieka (por. art. 28 ust. 5 u.CBA, art. 39 ust. 6 u.ABW.AW, art. 43 ust. 6 u.SKW.SWW, art. 36 ust. 3 u.ŻW.w.o.p., art. 9 ustawy o szczególnych formach sprawowania nadzoru przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych¹⁵). W tych zatem postępowaniach, gdy w grę wchodzi inne rodzaje przestępstw, a były stosowane czynności operacyjno-rozpoznawcze w celu uzyskania dowodów, i gdy do tych czynności zachodzi obowiązek zachowania tajemnicy, a dokumenty umożliwiające weryfikację ich wdrożenia objęte są klauzulami niejawności co najmniej „tajne”, ani prokurator, ani sąd nie mają skutecznych narzędzi domagania się przekazania chronionych nimi informacji. Oczywiście samo chronienie pewnych szczególnie istotnych z punktu widzenia bezpieczeństwa państwa informacji nie nasuwa wątpliwości. Zasada proporcjonalności może powodować, że w pewnych sytuacjach konieczność zachowania w tajemnicy informacji o pracy operacyjnej może wyprzedzać interes wymiaru sprawiedliwości. Nie może się to jednak odbywać kosztem prawa do obrony. Jak zresztą zwracał uwagę ETPC, w przywołanej już wcześniej sprawie Furcht przeciwko Niemcom, obowiązek wykazania, że podczas zdobywania dowodu w drodze prowokacji policyjnej nie doszło do naruszenia prawa, spoczywa na oskarżycielu, a pojawia się wówczas, gdy twierdzenia skarżącego kwestionującego legalność tych działań „nie są zupełnie niewiarygodne”. Trybunał zwrócił uwagę, że w sytuacjach, gdy dowody gromadzone są w ten specyficzny sposób, jakim jest operacja specjalna prowokacji policyjnej, zarządzana i prowadzona niejawnie, wręcz nie sposób jest oczekiwać od oskarżonego wykazania jej nielegalności¹⁶. Oskarżony z natury rzeczy nie ma dostępu do wszystkich informacji, którymi dysponowały służby, podejmując decyzję o zarządzeniu takiej operacji, jak też nie ma dostępu do informacji i materiałów z jej przebiegu. Wszystkie problemy, z którymi spotykają się strona i jej reprezentant procesowy, jeżeli chodzi o możliwość weryfikacji prawdziwości i rzetelności przedłożonego przez oskarżyciela publicznego materiału, dotyczą również sądu. W tej sytuacji jedynym adresem wykazania legalności podjętych działań może być prokurator.

Nie ulega wątpliwości, że organy powołane do czuwania nad bezpieczeństwem oraz do ścigania przestępstw chcą i powinny korzystać z wysoko wyspecjalizowanych nowoczesnych technologii umożliwiających infiltrację środowisk przestępczych, a przy okazji pozwalających zbierać i zabezpieczać materiał dowodowy dla postępowania karnego. Nie dziwi także, że organy te starają się zachować w tajemnicy dane o technologiach, z których korzystają w swojej pracy. Bezrefleksyjne petryfikowanie ich działalności w podstawę wyrokowania, bez weryfikowania legalności podejmowanych przez służby działań oraz bez możliwości kontrolowania prawdziwości utrwalonych przez nie treści bądź uzyskanych przez nie wyników przetwarzania danych grozi

¹⁵ Ustawa z dnia 21 czerwca 1996 r. o szczególnych formach sprawowania nadzoru przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 309).

¹⁶ Wyrok ETPC z dnia 23 października 2014 r. w sprawie Furcht przeciwko Niemcom, pkt 53 i nn.

jednak możliwością wystąpienia nadużyć. Sąd nie powinien i nie może być sprowadzany jedynie do roli organu legitymizującego działania policji i innych służb. Należy tu zwrócić uwagę na dwie kwestie. Pierwsza to ta związana z prawnymi i organizacyjnymi możliwościami sądu w zakresie kontroli i weryfikacji dowodów elektronicznych uzyskiwanych przez służby podczas prowadzonych czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz druga dotycząca podejścia sądów do oferowanego im przez oskarżyciela materiału dowodowego pochodzącego z takich źródeł. Może być to wynikiem pewnych utrwalonych zasad procedowania, ale też odpowiedniej wiedzy po stronie sądu co do faktycznych możliwości, jakie dają służbom policyjnym czy służbom specjalnym posiadane przez nie narzędzia techniczne w zakresie pozyskiwania informacji, jak również wpływania na ich treść. Kontynentalne przywiązanie do zasady swobody dowodzenia, przy równoczesnym braku często odpowiedniej wiedzy po stronie sądu zarówno o technicznych, jak i faktycznych aspektach stosowanej techniki operacyjnej, niestety także stwarza warunki do ewentualnych nadużyć. Obawy takie powinny nabierać szczególnego znaczenia, zwłaszcza gdy wiara w niezależność służb uprawnionych do prowadzenia działań operacyjno-rozpoznawczych, ale też służby prokuratorskiej pozostaje nadszarpnięta. Ufność w rzetelność przedstawianych dowodów przez jedną ze stron sporu, nawet jeżeli jest statystyczną prawidłowością, popartą do tego urzędowym charakterem działań tej strony, nie chroni w żadnej mierze przed potencjalną katastrofą. Historia pomyłek sądowych dowodzi zaś, że najlepszym mechanizmem minimalizacji ich ryzyka jest transparentność procedur, w tym zwłaszcza takich, w ramach których zbierane są i zabezpieczane dowody.

5. Wnioski i postulaty *de lege ferenda*

Niewątpliwie problemy związane z oceną legalności i kontradycyjności dowodów elektronicznych, szczególnie tych pozyskiwanych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych będą narastać. Stąd w dalszej perspektywie wymagają istotnego opracowania normatywnego. Jest coś bardzo symptomatycznego w tym, że regulacje poświęcone dowodom w Kodeksie postępowania karnego w niewielkim w zasadzie zakresie różnią się od tych przyjętych jeszcze w kodyfikacji z 1928 r. Na 89 artykułów poświęconych dowodom 10 to przepisy ogólne, 23 odnoszą się do przesłuchania osób, 22 – do przeszukania i zatrzymania rzeczy, 16 dotyczy dowodu z opinii biegłego lub instytucji naukowo-badawczej, tylko 7 przepisów odnosi się do kontroli i utrwalania rozmów, a zaledwie 2 do zabezpieczania danych elektronicznych i przeszukiwania nośników takich danych. Oczywiście takie ilościowe zestawienie regulacji niczego nie przesądza, jednak daje pewne wyobrażenie o obszarach, w których metodyka zabezpieczania, przeprowadzenia dowodów została mocno zestandaryzowana, i o tych, gdzie tej standaryzacji w zasadzie brak. Nie wszystko da się uczynić już teraz. To jednak, co w najbliższym czasie należy postulować, to potrzeba urealnienia możliwości sądu w skutecznym domaganiu się od podmiotów, które dokonały zabezpieczenia dowodu, wszelkich informacji niezbędnych dla oceny legalności i prawidłowości działań

podejmowanych podczas tych czynności. W Kodeksie postępowania karnego powinna znaleźć się norma, która wprost wskazywałaby, że nie może stanowić dowodu w sprawie materiał uzyskany w ramach takich czynności podejmowanych przez funkcjonariuszy publicznych lub osoby działające na ich zlecenie, których sąd nie może zweryfikować z uwagi na odmowę dostarczenia mu informacji lub materiałów, w tym także w związku z powołaniem się na konieczność zachowania oznaczonych danych w tajemnicy. W takich sytuacjach, wobec niemożliwości dokonania prawidłowej oceny danego dowodu, powinien być on potraktowany jako „nieprzydatny” do stwierdzenia danej okoliczności. Niemniej jednoznaczna regulacja byłaby tu bardzo pożądana. Przede wszystkim byłby to jasny sygnał dla oskarżyciela, że tak długo, jak długo nie będzie on w stanie zapewnić możliwości kontrydiktoryjnego zweryfikowania pochodzenia danego dowodu oraz jego wiarygodności, tak długo dowód w ogóle nie zostanie dopuszczony do procesu. Obecnie takie dowody są szeroko dopuszczane, a problem ich wiarygodności pojawia się najwyżej na etapie ich oceny, czyli zdecydowanie zbyt późno. Trzeba też postulować, aby w tych sytuacjach, gdy wobec oskarżonego prowadzona była wcześniej operacja specjalna transakcji pozorowanej, to oskarżyciel był zobligowany do ujawnienia tego faktu w postępowaniu przed sądem. Należy dalej zapewnić niezależny system biegłych posiadających odpowiednie kompetencje, którzy będą uprawnieni do przygotowywania opinii, także na materiałach elektronicznych, objętych klauzulami niejawności. Biorąc wreszcie pod uwagę coraz bardziej skomplikowane techniki stosowane podczas działań operacyjno-rozpoznawczych, których efektem może być uzyskanie dowodów procesowych, warto rozważyć także wprowadzenie instytucji „pełnomocnika”, działającego niezależnie od obrońcy i oskarżonego, a powołanego do weryfikowania legalności i prawidłowości działań prowadzonych przez służby. Taki pełnomocnik występowałby już na etapie postępowania w przedmiocie wniosku o wyrażenie zgody na zastosowanie kontroli operacyjnej i konsekwentnie w ewentualnych dalszych stadiach postępowania. Miałby prawo do zaznajamiania się z wszystkimi materiałami, także tymi dotyczącymi technicznych aspektów wdrażanej metody pozyskiwania informacji i w razie stwierdzonych nieprawidłowości byłby uprawniony do złożenia do sądu wniosku o wstrzymanie lub cofnięcie udzielonej zgody na prowadzenie kontroli operacyjnej lub do złożenia wniosku o zobowiązanie do zniszczenia uzyskanych materiałów w związku z przekroczeniem uprawnień przez służby. Instytucja pełnomocnika działającego w interesie wymiaru sprawiedliwości jako szczególnego podmiotu pojawiającego się w związku z oceną dopuszczalności wykorzystania dowodów z niejawnych działań policji znana jest np. systemowi angielskiemu, a jej użyteczność co do zasady została potwierdzona orzecznictwem ETPC¹⁷. Warto więc mieć na względzie tego rodzaju rozwiązanie, zwłaszcza w sytuacji, gdy postęp technologiczny jest tak dynamiczny, że prawo stanowione przestaje za nim nadążyć. Wreszcie należy też postulować stały i systematyczny obowiązek szkoleń sędziów z zakresu nowych technologii wykorzystywanych w pracy służb policyjnych

¹⁷ Wyrok ETPC z dnia 16 lutego 2000 r. w sprawie Jasper przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 27052/95.

i specjalnych, z możliwości, jakie one dają, oraz z ryzyk nadużyć, jakie się z nimi wiążą. Kwestie te powinny stanowić element szkoleniowy dla słuchaczy Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury i kolejno być cyklicznie ponawiane. Postęp technologiczny jest obecnie bardzo szybki. Niedobrze się dzieje, gdy Temida, uosabiająca w założeniu i w społecznych oczekiwaniach najwyższą mądrość i roztropność, pozostaje w tyle za służbami policyjnymi i specjalnymi w dostępie do wiedzy o nowoczesnych technologiach wykrywania przestępstw i ich sprawców.

Literatura

Kuspiel D., *Materiały niejawne w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 7–8.

Lach A., *Dowody elektroniczne w procesie karnym*, Toruń 2004.

Oręziak B., *Dowody elektroniczne a sprawiedliwość procesu karnego*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Karne” 2010, nr 41.

Szumiło-Kulczycka D., *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012.

Świecki D., *Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych*, LEX/el. 2016.

Streszczenie

Dobrosława Szumiło-Kulczycka

Weryfikacja legalności i wiarygodności dowodów elektronicznych w kontradiktoryjnym procesie karnym

Artykuł dotyczy problematyki weryfikacji w postępowaniu karnym legalności uzyskiwania dowodów elektronicznych oraz weryfikacji wiarygodności informacji, jakie za ich pomocą zostały zapisane. Problem ten jest szczególnie istotny wówczas, gdy dowody te zostały uzyskane podczas czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych w warunkach niejawności przez policję lub inne uprawnione służby. W opracowaniu zwrócono uwagę na brak realnych możliwości weryfikacji takich dowodów przez oskarżonego i jego obrońcę oraz często duże trudności, jakie napotyka w tym zakresie sąd. Niejawność metod działania służb policyjnych, uzasadniana koniecznością zapewnienia ich skuteczności w zakresie wykrywania i zwalczania przestępczości, stawia uczestników procesu przed trudnymi do rozstrzygnięcia w praktyce zadaniami. Trudności te dotyczą oceny legalności działań, dzięki którym uzyskano określony materiał, ciężaru dowodu w tym zakresie, a także oceny, czy uzyskany materiał ma charakter oryginalny, czy nie został celowo zmanipulowany. Artykuł kończy garść postulatów dotyczących wzmocnienia systemu szkoleń sędziów, wprowadzenia jako normy prawnej reguły, że materiał dostarczony przez służby policyjne, którego pochodzenia nie można zweryfikować z uwagi na odmowę udzielenia informacji, nie może stanowić dowodu w sprawie, rozważenia powołania instytucji niezależnego od stron pełnomocnika, uprawnionego do wszystkich informacji dotyczących okoliczności uzyskania dowodu oraz zobowiązanego do podnoszenia przed sądem zarzutów co do dopuszczalności dowodu w przypadku stwierdzonych przez niego nieprawidłowości.

Słowa kluczowe: proces karny, dowody elektroniczne, czynności operacyjno-rozpoznawcze.

Summary

Dobrosława Szumiło-Kulczycka

Verification of the Legality and Reliability of Electronic Evidence in an Adversarial Criminal Trial

The article concerns the issue of verifying the legality of obtaining electronic evidence in criminal proceedings and verifying the reliability of the information recorded with it. The problem is particularly important when the evidence is obtained during secret police operation. The article draws attention to the lack of real possibilities of verifying such evidence by the accused and his/her defense attorney and the often great difficulties encountered by the court. The secrecy of the methods of operation of the police services, justified by the need to ensure their effectiveness in detecting and combating crime, poses tasks that are difficult for trial participants to solve in practice. These difficulties relate to the assessment of the legality of the activities which have resulted in the obtaining of certain material, the burden of proof in this respect and the assessment of whether the obtained material is original or has not been intentionally manipulated. The article concludes with postulates to intensify the system of training for judges, to establish the rule that the material provided by police services, the origin of which cannot be verified due to the refusal to provide information, cannot constitute evidence in the case and to consider the establishment of an institution of a representative independent of the parties who would be entitled to all information regarding the circumstances of obtaining evidence and obliged to raise objections to the court regarding the admissibility of evidence in the event of irregularities identified by him/her.

Keywords: criminal procedure, electronic evidence, secret police operation.

Glosy



Standardy zdalnego przeprowadzenia rozprawy¹

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2022 r., IV KK 79/22²

„Zakres przedmiotowy zastosowania formy zdalnej do rozprawy nie został wprost określony. *Prima facie* może się wydawać, że w każdej sprawie dopuszczalne jest przeprowadzenie rozprawy w formie zdalnej. Zakres ten ustala się w oparciu o kryterium podmiotowe – a mianowicie w stosunku do stron, o których mowa w art. 374 § 4 k.p.k.³, wymagane jest spełnienie dwóch przesłanek przeprowadzenia rozprawy w formie zdalnej. Pierwsza to przesłanka faktyczna w postaci pozbawienia wolności. Druga przesłanka to zapewnienie udziału tych stron w rozprawie przy użyciu urządzeń technicznych, umożliwiających udział w rozprawie na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku. [...] Jasn[e] jest, że także procedując w trybie zdalnym, należy zapewnić prawidłowe i efektywne korzystanie z prawa do obrony przez oskarżonego. Ustawa nie wprowadza – i nie może wprowadzać – żadnych ograniczeń tego prawa”.

Piotr Rogoziński

Uniwersytet Gdański, Polska
piotr.rogozinski@prawo.ug.edu.pl
ORCID: 0000-0002-4052-2482

<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.07>

Glosa

Obserwując zmiany wprowadzane do ustaw procesowych, zarówno karnej, jak i cywilnej, w perspektywie kilku ostatnich lat, można w sposób jednoznaczny sformułować pogląd, że zmagają one w kierunku rozwoju i poszerzania możliwości zdalnego

¹ Niniejsza glosa powstała w ramach projektu badawczego „Optymalny model wykorzystania transmisji audiowizualnej w procesie karnym – między efektywnością postępowania a gwarancjami jego uczestników” finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki w ramach konkursu OPUS 20 (nr 2020/39/B/H55/03230).

² LEX nr 3454989.

³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 37 ze zm.) (dalej: k.p.k.).

przeprowadzania czynności procesowych, w szczególności posiedzeń i rozpraw. Tendencja ta wynika z dynamicznego rozwoju techniki i postępów informatyzacji społeczeństwa oraz faktu, że zdalne przeprowadzanie czynności procesowych ułatwia i przyspiesza rozpoznawanie spraw, a nadto redukuje koszty postępowań. Zmiany te są daleko bardziej zaawansowane w prawie procesowym cywilnym niż w karnym⁴, jednakże nie zmienia to faktu, iż również w obszarze prawa karnego procesowego postępują i zmierzają do nieustannego poszerzenia zakresu zdalnego prowadzenia czynności, w szczególności przeprowadzania w ten sposób posiedzeń i rozpraw sądowych.

Tendencję tę wypada ocenić pozytywnie, jednak z zastrzeżeniem, że zdalne przeprowadzanie czynności procesowych i w konsekwencji rozpoznawanie spraw karnych musi respektować szereg zasad procesowych obowiązujących w tym postępowaniu, które mają bardziej rygorystyczny lub wyłączny charakter w porównaniu do procesu cywilnego – ze względu na daleko idącą ingerencję prawa karnego w podstawowe dobra chronione prawem, oraz prawo stron do rzetelnego procesu. Oznacza to, że zdalny sposób procedowania musi spełnić wysokie wymagania procesowe realizujące standard procesu karnego, co więcej – gwarancje procesowe uczestników nie powinny być w zdalnym postępowaniu ograniczone względem tradycyjnego sposobu procedowania⁵.

Problematyka związana z przestrzeganiem gwarancji procesowych w toku zdalnego przeprowadzania czynności w postępowaniu coraz częściej staje się przedmiotem wypowiedzi orzecznictwa, co oczywiście wiąże się bezpośrednio z upowszechnianiem się w praktyce takiego sposobu ich przeprowadzania. Głosowane orzeczenie dotyczy zdalnego sposobu przeprowadzenia rozprawy, której dopuszczalność w postępowaniu zwyczajnym (wcześniej możliwość taką wprowadzono jako tzw. rozprawę odmiejscowioną w postępowaniu przyspieszonym) wprowadzono dopiero niedawno w związku ze zmianami wdrożonymi w wyniku pandemii COVID-19⁶. Stąd trudno aktualnie mówić o jednolitym standardzie przeprowadzania na rozprawie czynności w sposób zdalny, tak aby uczynić zadość gwarancjom procesowym stron, a także zrealizować postulaty wynikające z najważniejszych zasad procesowych. Za koniecznością wypracowania tego standardu przez orzecznictwo i doktrynę przemawia również fakt, że regulacje normatywne w tym zakresie są ogólne i nie odnoszą się w zasadzie do technicznej strony przeprowadzanych czynności.

Z powyższych względów warto przyjrzeć się wypowiedzi Sądu Najwyższego (dalej: SN), która jest jedną z pierwszych podejmujących próbę określenia i ujednolicenia standardów zdalnego przeprowadzania rozprawy, mających zapewnić ich zgodność z gwarancjami i zasadami procesowymi. W głosowanym postanowieniu SN

⁴ Por. J. Gołaczyński, *Informatyzacja postępowania cywilnego. Od odrębności do modelu podstawowego*, GSP 2022, nr 5, s. 145 i nn.

⁵ Por. również A. Lach, *Udział oskarżonego w czynnościach procesowych w drodze videokonferencji*, Prok. i Pr. 2009, nr 9, s. 30–33.

⁶ Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r., poz. 2141).

sformułował następujące ogólne tezy. Po pierwsze, ustawa nie wyłącza z góry żadnych kategorii spraw, w których – przy spełnieniu ustawowych przesłanek – nie można by było przeprowadzić rozprawy w formie zdalnej. Po drugie, warunkiem przeprowadzenia rozprawy w formie zdalnej jest zapewnienie oskarżonemu prawidłowego i efektywnego korzystania z prawa do obrony, przy czym ustawa nie wprowadza i nie może wprowadzać żadnych ograniczeń tego prawa.

Powyższa konstatacja jest niewątpliwie trafna, wymaga jednak doprecyzowań i uściśleń. Choć Sąd Najwyższy obszernie wypowiedział się odnośnie do zarzutów przedstawionych w kasacji, nie oznacza to, by uczynił to w sposób wyczerpujący. Chodzi o określenie warunków, które muszą być spełnione, aby przeprowadzenie rozprawy w formie zdalnej zapewniało realizację gwarancji i zasad procesowych, a w szczególności oskarżonemu prawidłowego i efektywnego korzystania z prawa do obrony. W zarzutach kasacyjnych odwołano się bowiem do niemożności zapewnienia oskarżonemu realizacji zasady obrony i zbyt daleko posuniętego naruszenia zasady bezpośredniości. Nie jest zatem wystarczająca konstatacja, że warunkami przeprowadzenia rozprawy w formie zdalnej jest pozbawienie stron wolności oraz możliwość zapewnienia udziału tych stron w rozprawie przy użyciu urządzeń technicznych, umożliwiających udział w rozprawie na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku. Przeciwnie już w samej treści regulacji kodeksowej odwołano się do realizacji zasady obrony, chociażby kwestii sposobu udziału obrońcy w rozprawie (art. 374 § 6 k.p.k.), jego porozumiewania się z oskarżonym (art. 374 § 7 k.p.k.), konkretnych aspektów zasady bezpośredniości i ustności (art. 374 § 9 k.p.k.) czy też zasady informacji procesowej (art. 16 § 2 k.p.k.), co podniesiono w kasacji⁷. Duża część tych warunków merytorycznych przeprowadzenia czynności musi być spełniona przed podjęciem decyzji w tym przedmiocie (np. zadośćuczynienie prawu do informacji procesowej), nierespektowanie innych w trakcie prowadzenia rozprawy w formie zdalnej (np. umożliwienia kontaktu z obrońcą) prowadzi zaś do uznania tej czynności za wadliwą. Zresztą przeprowadzenie rozprawy w formie zdalnej bez spełnienia wymogu pozbawienia strony wolności także nie musi stanowić, że czynność ta jest bez znaczenia procesowego⁸. Wydaje się zatem, że z punktu widzenia zgodności przeprowadzenia rozprawy w formie zdalnej z prawem procesowym spełnione muszą być zarówno warunki (przesłanki) o charakterze czysto formalnym (pozbawienie strony wolności oraz zaistnienie możliwości technicznych), jak i merytorycznym (możliwość zapewnienia realizacji w ten sposób podstawowych zasad procesowych). Unormowania dotyczące zasad zawarte są *expressis verbis* albo też *implicite* w przepisach procesowych rangi kodeksowej, konstytucyjnej oraz konwencyjnej i też muszą zostać spełnione, by proces

⁷ Inaczej jest w odniesieniu do prokuratora, który składa wiążący sąd wniosek w tym przedmiocie (o ile nie stoją temu na przeszkodzie względy techniczne – art. 374 § 3 k.p.k.). Por. Ł. Brzezowski, *Udział prokuratora w rozprawie i posiedzeniu zdalnym*, Prok. i Pr. 2021, nr 3, s. 37–40.

⁸ Chociażby w wyniku stosowania rozumowania *a fortiori*, że skoro oskarżony pozostający na wolności może w ogóle nie brać udziału w rozprawie, to tym bardziej może – co jest zgodne z szeregiem zasad procesu, np. prawdy materialnej, kontradiktoryjności, obrony – brać w niej udział w formie zdalnej, nawet jeżeli nie zaistnieje przesłanka pozbawienia wolności.

karny był rzetelny, a przy tym zgodny z prawem. Należy jednak podkreślić, że przesłanki o charakterze czysto formalnym mają odrębny charakter⁹. Istotne jest, że obydwa te rodzaje warunków były przedmiotem zarzutu kasacyjnego.

Oczywiście można i należy mówić o ściśle formalnych przesłankach zdalnego prowadzenia rozprawy, jakimi są pozbawienie strony wolności oraz możliwości techniczne takiego sposobu przeprowadzenia rozprawy, oraz o merytorycznych warunkach przeprowadzenia tej czynności, w postaci zapewnienia realizacji zasad i gwarancji procesowych. Jednakże z punktu widzenia zakresu zarzutów kasacyjnych w glosowanym postanowieniu, jak i rzeczywistych konsekwencji procesowych naruszenia tych przesłanek i warunków, które nie prowadzą do nieskuteczności takiego sposobu przeprowadzenia rozprawy, ich wyodrębnianie w toku analizy nie wydaje się dostatecznie uzasadnione.

Zadaniem niniejszej glosy jest uzupełnienie i poszerzenie zaprezentowanej w uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego argumentacji, również w zakresie wykraczającym poza obszar kognicji sądu kasacyjnego, tak aby podjąć próbę w miarę pełnego określenia warunków przeprowadzenia rozprawy w formie zdalnej.

Trzeba się zgodzić z tezą, że nie sposób z góry, przy spełnieniu przesłanek kodeksowych, wyłączyć żadnych kategorii spraw, w których nie można by było przeprowadzić rozprawy w formie zdalnej. Trudno sobie bowiem wyobrazić *a priori* rodzaj sprawy karnej toczącej się o określoną kategorię przestępstw, w tym o zbrodnie, w której niemożliwy byłby taki sposób przeprowadzenia rozprawy. Należy to nawet wyrazić w bardziej kategoryczny sposób, niż to ujął Sąd Najwyższy, gdyż sformułowanie „może się wydawać” oznacza w istocie podanie w wątpliwość możliwości prowadzenia rozprawy w każdej sprawie w taki sposób. Nie o to jednak w gruncie rzeczy chodzi, lecz o określenie w miarę uniwersalnych kryteriów, których spełnienie umożliwi przeprowadzenie rozprawy w sposób zdalny zgodnie z zasadami rzetelnego procesu. Oczywiście spełnienie tych kryteriów nie oznacza obowiązku przeprowadzenia rozprawy w taki sposób, stwarza tylko do tego podstawę. Organ procesowy, podejmując decyzję w tym zakresie, powinien wziąć pod uwagę, czy przeprowadzenie rozprawy w sposób zdalny z jednej strony przyczyni się do przyspieszenia i usprawnienia postępowania, z drugiej zaś nie naruszy konkretnych w danym systemie procesowym zasad i gwarancji jego uczestników¹⁰.

Sąd Najwyższy w glosowanym postanowieniu nie miał powodu odnieść się do zgeneralizowanych kryteriów samej fakultatywności podjęcia decyzji o przeprowadzeniu rozprawy w sposób zdalny, jednakże dla uzupełnienia wyводу warto zaproponować stanowisko w tej materii. Wydaje się, że cała rzecz sprowadza się do tego, czy preferować tradycyjny, czy zdalny sposób przeprowadzenia rozprawy. Sam układ przesłanek wynikających wprost z ustawy (pozbawienie wolności i zapewnienie zdalnego udziału

⁹ D. Świecki, *Komentarz do art. 374 [w:] Kodeks postępowania karnego. Komentarz aktualizowany do art. 374 k.p.k., red. idem, LEX/el. 2023, teza 27.*

¹⁰ Por. również uwagi D. Świeckiego w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz aktualizowany...*, teza 26 i 27.

przy użyciu urządzeń technicznych) oraz z niej wyinterpretowanych (w szczególności zapewnienie prawidłowego i efektywnego korzystania z prawa do obrony) powoduje bowiem, że w razie ich spełnienia zachodzą warunki do zdalnego przeprowadzenia rozprawy. Przy stosowaniu regulacji dotyczącej zdalnego sposobu przeprowadzenia rozprawy chodzi zatem o to, czy sposób taki przyczyni się do przyspieszenia i usprawnienia postępowania. Niewątpliwie jako regułę należałoby przyjąć, opierając się na praktycznym znaczeniu tej instytucji, że zdalny sposób przeprowadzenia rozprawy jest czynnikiem przyspieszenia i usprawnienia jej toku. Zdalny sposób przeprowadzenia rozprawy stanowi natomiast odstępstwo od zasady bezpośredniości, która nakazuje zetknięcie się organu procesowego z dowodami bez dodatkowych środków przekazu. Jednakże należy zwrócić uwagę, że sama instytucja zdalnego sposobu przeprowadzania rozprawy ze swej istoty modyfikuje zasadę bezpośredniości w rozumieniu konkretnym i stanowi odstępstwo od bezpośredniości w znaczeniu abstrakcyjnym¹¹. Biorąc zatem pod uwagę *ratio legis* uregulowań dotyczących zdalnego prowadzenia rozprawy, należałoby sformułować założenie, że w razie spełnienia przesłanek zastosowania tej instytucji rozprawę powinno się przeprowadzić w sposób zdalny. Odstępstwo od tej reguły może być uzasadnione jedynie względami dotyczącymi wymogu ścisłego zachowania zasady bezpośredniości z powodu konieczności dokonania czynności procesowej (np. oględzin ciała oskarżonego), obserwacji osoby uczestnika postępowania przez sąd podczas dokonywania czynności w celu rozeznania jego zachowań niewerbalnych, możliwości niestandardowych zachowań uczestnika podczas czynności uwarunkowanych nieobecnością na sali rozpraw (np. braku należytej powagi) czy wątpliwości sądu co do jego możliwego stanu zdrowia lub wprawienia się w stan utrudniający przeprowadzenie rozprawy z jego udziałem¹².

¹¹ Całkowicie trafnie podnosi J. Zagrodnik, że nie przekonuje uzasadnienie projektu ustawy wprowadzającej zdalny sposób dokonywania czynności procesowych dotyczące zmiany komentowanego przepisu (art. 374 k.p.k.), w ramach którego z jednej strony akcentuje się względny charakter zasady bezpośredniości, z drugiej zaś daje się wyraz przekonaniu, że ten sposób przeprowadzenia dowodu jest przejawem realizacji zasady bezpośredniości na rozprawie głównej i stanowi alternatywną formę jej urzeczywistnienia, opartą na bezpośrednim przekazie obrazu i dźwięku. Autor zauważa, że rozprawa zdalna, zwłaszcza przeprowadzenie w tym trybie dowodów z osobowych źródeł dowodowych, osłabia zasadę bezpośredniości w aspekcie związanym z gwarancją bezpośredniego zetknięcia się sądu z dowodami, ponieważ przekaz zdalny nie jest w stanie w pełni zastąpić kontaktu bezpośredniego i nie sposób powziąć na jego podstawie wrażeń oraz poczynić obserwacji w związku z zachowaniem osoby przesłuchiwanej. Por. J. Zagrodnik, *Komentarz do art. 374 [w:] Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, wyd. 6, Legalis 2023, teza C.11.

¹² Odmienne zapatruje się na kwestie zasady i warunków dopuszczalności zdalnego sposobu przeprowadzania rozprawy J. Zagrodnik. Według tego autora, zarządzenie zdalnego dokonywania czynności procesowych na gruncie przepisu art. 374 k.p.k. powinno być wyraźnie ograniczone, z jednej strony w odniesieniu do spraw o niewielkiej złożoności stanu faktycznego, na podstawie kryterium, zgodnie z którym nie sprzeciwiałby się temu wzgląd na dobro wymiaru sprawiedliwości, z drugiej zaś strony w sprawach złożonych poprzez zawężenie tej możliwości do wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych przypadków, w których nie sprzeciwiałby się temu wzgląd na gwarancje procesowe stron toczących spór prawny na rozprawie, a w szczególności wzgląd na zapewnienie oskarżonemu rzeczywistej i efektywnej realizacji prawa do obrony. Ponadto można by rozważyć przyjęcie wyjątkowo takiej możliwości w odniesieniu do sytuacji, w których zachodzi realna obawa np. podjęcia próby

Przechodząc do drugiej części tezy wypowiedzi Sądu Najwyższego zawartej w glosowanym postanowieniu, należy podkreślić, że zamieszczone tam ogólne stwierdzenie, iż warunkiem przeprowadzenia rozprawy w formie zdalnej jest zapewnienie oskarżonemu prawidłowego i efektywnego korzystania z prawa do obrony, a ustawa nie wprowadza i nie może wprowadzać żadnych ograniczeń tego prawa, wymaga jednak uzupełnienia. Chodzi o dążenie do całościowego ujęcia zagadnienia, należy bowiem zdawać sobie sprawę z tego, że zarzuty kasacji odnosiły się jedynie do zasady obrony i zasady bezpośredniości. Tak więc nie może być to jedyny warunek, jeżeli chodzi o zapewnienie gwarancji uczestnikom postępowania. Warunkiem koniecznym przeprowadzenia rozprawy w formie zdalnej, który musi być wyinterpretowany zarówno z ustawy karnej, jak i regulacji konstytucyjnych i konwencyjnych, jest zapewnienie realizacji zasad procesowych (oczywiście z pewnym wyjątkiem co do zasady bezpośredniości, którą wprost modyfikuje przedmiotowa regulacja) oraz gwarancji procesowych uczestników postępowania. W tym kontekście zasada prawa do obrony jest niezwykle istotna, ze względu na swoje fundamentalne znaczenie dla procesu, ale niewystarczająca dla przyjęcia merytorycznej zasadności przeprowadzenia rozprawy w sposób zdalny. Konieczne jest bowiem zapewnienie przestrzegania gwarancji procesowych wszystkich innych stron poza oskarżonym, a także naczelnych zasad procesowych¹³, zwłaszcza zasad kontradiktoryjności, równości stron, swobodnej oceny dowodów, prawdy materialnej i informacji procesowej. Rozprawa prowadzona w sposób zdalny powinna też respektować w pełni zasadę rzetelnego procesu.

Wydaje się, że pozostałe zasady procesowe nie powinny pozostawać w kolizji ze zdalnym sposobem przeprowadzenia rozprawy. Odnosi się to przede wszystkim do zasad: legalizmu, skargowości, jawności, ustności, szybkości i koncentracji procesu, domniemania niewinności, obiektywizmu czy kontroli. Zasady te dotyczą bowiem sposobu i warunków wszczynania postępowania karnego i jego przeprowadzania, pozycji procesowej oskarżonego, stosunku sądu do przedmiotu procesu oraz weryfikacji procesowej jego wyników.

Sąd Najwyższy w przedmiotowej sprawie uznał za niezasadną kasację zarzucającą obrazę przepisów postępowania w postaci naruszenia prawa oskarżonego do obrony w postępowaniu sądowym, przejawiającego się w możliwości czynnego udziału w rozprawie, w tym składania oświadczeń co do przeprowadzonych na rozprawie dowodów, jak i składania wyjaśnień co do istotnych okoliczności faktycznych sprawy, a także wyników przeprowadzonych dowodów. Naruszenie to było związane z brakiem zapewnienia oskarżonemu uczestniczącemu zdalnie w rozprawie odpowiednich warunków technicznych i sprzętu, z uwzględnieniem tego, że jest on osobą cierpiącą na zupełny zanik słuchu ucha prawego i powiększający się niedosłuch ucha lewego,

odbicia oskarżonego w razie sprowadzenia go na rozprawę lub innego poważnego zakłócenia przebiegu rozprawy. Por. J. Zagrodnik, *Komentarz do art. 374 [w:] Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka..., teza C.11.

¹³ Katalog zasad procesowych wskazano, posługując się propozycjami sformułowanymi przez M. Cieślaka – por. *idem, Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 207 i nn.

przez co oskarżony nie słyszał treści oświadczeń swojego obrońcy, nie słyszał przewodniczącego składu orzekającego i nie był w stanie odpowiednio reagować na przebieg rozprawy. Ponadto nie pouczonego oskarżonego o przysługującym mu prawie do złożenia wniosku o przerwę w rozprawie celem nawiązania kontaktu telefonicznego ze swoim obrońcą, jak też nie zapewniono w zakładzie karnym podczas udziału w rozprawie w sposób zdalny obecności referendarza sądowego lub asystenta sędziego, zatrudnionego w sądzie.

Sąd Najwyższy nie stwierdził w niniejszej sprawie obrazu przepisów postępowania jako względnej podstawy kasacyjnej. Zwrócił uwagę w motywach postanowienia, że przede wszystkim oskarżony sam domagał się zdalnego sposobu procedowania, gdyż przed rozprawą złożył stosowny wniosek. Ponadto w świetle treści protokołu rozprawy przebiegała ona prawidłowo, a w jej czasie oskarżony i obrońca w sposób pełny i aktywny mogli korzystać z prawa do obrony. Oskarżony w toku rozprawy nie odniósł się do żadnych okoliczności podnoszonych w kasacji – nie podnosił faktu braku aparatu słuchowego, możliwości składania oświadczeń procesowych czy nieobecności referendarza sądowego w miejscu czynności. W tej sytuacji w ocenie Sądu Najwyższego to właśnie na etapie rozprawy głównej w pierwszej instancji należało te okoliczności sygnalizować. Na etapie kasacyjnym nie ma bowiem żadnej możliwości uznania, że protokół rozprawy głównej nie odzwierciedla prawdziwego jej przebiegu. A skoro w protokole rozprawy nic nie wskazuje na to, by doszło do jakichś uchybień w czasie przesłuchania oskarżonego, to argumenty podnoszone w kasacji nie mogą skutecznie wskazywać na naruszenie prawa procesowego mogące mieć wpływ na treść orzeczenia. W konkluzji Sąd Najwyższy uznał, że nie ma podstaw do przyjęcia, iż oskarżonemu nie zapewniono właściwych warunków do realizacji prawa do obrony w postępowaniu karnym.

Analizując stanowisko SN, warto zwrócić uwagę na dwa aspekty. Po pierwsze, trzeba odnieść się do argumentacji przemawiającej za przyjęciem braku naruszenia zasady prawa do obrony. Po drugie zaś, rozważania te wypadają zwieńczyć próbą odpowiedzi na pytanie, jakie warunki muszą być spełnione, aby przeprowadzenie rozprawy w formie zdalnej zapewniało realizację gwarancji i zasad procesowych.

Nie ulega wątpliwości, że warunkiem skorzystania ze zdalnego sposobu wykonywania czynności procesowych na rozprawie głównej jest rzeczywiste, a nie pozorne zapewnienie oskarżonemu prawa do obrony. Chodzi bowiem o to, aby oskarżonemu stworzono warunki do prowadzenia obrony, tak aby mógł ją realnie podjąć, niezależnie od tego, czy to uczyni, czy też nie¹⁴. Z tego względu nie można uznać nie tylko za decydujący, ale i za mający w tej kwestii merytoryczne znaczenie argument, że oskarżony sam domagał się zdalnego sposobu procedowania. Warunek ten nie jest wymagany przez przepis art. 374 § 4 k.p.k., a więc wniosek taki może co najwyżej oznaczać z formalnego punktu widzenia indyferentną akceptację oskarżonego dla takiego sposobu procedowania. Chodzi o to, że skoro zdalne przeprowadzenie rozprawy stanowi przewidziane prawem ograniczenie zasady bezpośredniości, a jednocześnie taki

¹⁴ Por. również uwagi P. Wilińskiego w: *Polski proces karny*, red. *idem*, Warszawa 2022, s. 348–349.

sposób procedowania nie jest uzależniony od zgody oskarżonego, to o zdalnym przeprowadzeniu rozprawy, uznając, że zostały spełnione merytoryczne warunki w postaci zachowania gwarancji i zasad procesowych, decyduje wyłącznie sąd, niezależnie od stanowiska oskarżonego. Stanowisko oskarżonego co do zdalnego przeprowadzenia rozprawy jest zatem co najwyżej pewną wskazówką dla sądu i w żadnym razie nie ma wiążącego znaczenia. Może być również i tak, że sąd, na wniosek oskarżonego, uznającego, że w jego przekonaniu przysługujące mu prawa nie doznają przez to uszczerbku, zezwoli na zdalne przeprowadzenie rozprawy, lecz przez to naruszy te prawa, rozumiane jako obiektywne warunki dopuszczalności takiego sposobu przeprowadzenia rozprawy. Czynność ta wówczas będzie wadliwa, pomimo uwzględnienia wniosku oskarżonego. Kolejną kwestią jest czas i miejsce zgłoszenia zastrzeżeń co do ewentualnego niezapewnienia oskarżonemu rzeczywistych warunków do prowadzenia obrony. Najbardziej naturalnym i logicznym etapem, na którym powinno to nastąpić, jest właśnie czas podejmowania tych czynności procesowych, a więc etap rozprawy głównej przed sądem pierwszej instancji. Za zbyt daleko idącą należałoby jednak uznać konstatację Sądu Najwyższego, że na etapie kasacyjnym weryfikacja technicznych warunków przeprowadzania czynności nie jest możliwa, jeżeli protokół rozprawy nie wskazuje na to, by doszło do jakichś uchybień w czasie przesłuchania oskarżonego. Przebieg rozprawy głównej może być potwierdzony różnymi dowodami, nie tylko treścią protokołu rozprawy¹⁵. Co najwyżej można mówić o faktycznym domniemaniu, że w razie braku realnych podstaw do dowodowego zakwestionowania treści protokołu rozprawy należy przyjąć, iż protokół odzwierciedla rzeczywisty przebieg rozprawy¹⁶. Chodzi więc o to, by z perspektywy sądu kasacyjnego, w kontekście badania podstawy kasacyjnej w postaci innego rażącego naruszenia prawa, jeżeli mogło ono mieć istotny wpływ na treść orzeczenia, bez przeprowadzania postępowania dowodowego, ocenić, czy są podstawy do przyjęcia, że przebieg rozprawy głównej był w rzeczywistości inny, niż wynika to z jej protokołu. W razie stwierdzenia takiej sytuacji, np. istnienia w aktach sprawy dokumentów wskazujących na uzasadnione wątpliwości co do treści protokołu (wokandy, zapisu rejestracji z przebiegu rozprawy, pisemnych oświadczeń, zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa itd.), dotyczące istotnej okoliczności dla zasadności kasacji, należy przyjąć, że treść protokołu nie odzwierciedla rzeczywistego przebiegu rozprawy. Zobowiązuje to sąd kasacyjny do samodzielnej oceny wartości dowodowej protokołu, a ponieważ nie może on prowadzić postępowania dowodowego również co do tej okoliczności, powinien w razie nieusunięcia tych wątpliwości przyjąć zaistnienie podnoszonej lub podlegającej uwzględnieniu z urzędu podstawy kasacyjnej i – co najmniej, jeżeli nie ma podstaw do wydania orzeczenia co do istoty

¹⁵ Por. postanowienia SN z dnia: 9 marca 2005 r., III KK 173/04, LEX nr 148194; 4 stycznia 2007 r., IV KK 421/06, LEX nr 459641 oraz 28 maja 2008 r., II KK 262/07, LEX nr 435373.

¹⁶ Por. wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2002 r., V KKN 380/00, LEX nr 57167 oraz postanowienia SN z dnia: 10 lutego 2004 r., III KK 285/03, OSNwSK 2004, nr 1, poz. 282; 4 stycznia 2007 r., IV KK 421/06, OSNwSK 2007, nr 1, poz. 46; 19 czerwca 2008 r., II KZ 27/08, LEX nr 435327; J. Skorupka, *Komentarz do art. 143 k.p.k.* [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2017, s. 1217.

sprawy – uchylić wyrok i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania¹⁷. Sąd Najwyższy powinien w ramach podniesionego zarzutu dokonać z urzędu weryfikacji rzeczywistego przebiegu rozprawy (nie tylko na podstawie jej protokołu), jeżeli inne dowody wskazują na odmienny jej przebieg niż zapisany w protokole. Zadośćuczynieniu temu obowiązkowi nie stoi na przeszkodzie aktywność stron albo jej brak, w szczególności występowanie na rozprawie obrońcy czy brak wniosku o sprostowanie protokołu rozprawy.

Nie zmienia to jednak faktu, że samo ustalenie przez Sąd Najwyższy, iż prawidłowe i efektywne korzystanie z prawa do obrony przez oskarżonego jest przesłanką zastosowania zdalnego sposobu prowadzenia rozprawy, jest trafne. Zapewnienie korzystania przez oskarżonego z prawa do obrony, choć niezwykle istotne, z oczywistych przyczyn nie może być jednak uznane za jedyny warunek dopuszczalności przeprowadzenia rozprawy w formie zdalnej. W rozpatrywanej przez SN sprawie zarzuty kasacji były związane z kwestią zapewnienia prawa do obrony, więc Sąd Najwyższy ograniczył się do rozpoznania środka zaskarżenia w tym zakresie. Sąd ten nie badał innych warunków zastosowania zdalnego sposobu prowadzenia rozprawy, uznając zapewne, że sąd orzekający nie naruszył standardu prowadzenia rozprawy w taki sposób, by stwierdzić rażącą niesprawiedliwość wyroku skarżonego kasacją¹⁸.

Powstaje wreszcie pytanie o sformułowanie propozycji merytorycznych warunków zastosowania zdalnego sposobu prowadzenia rozprawy. Niewątpliwie warunki te powinny wynikać z przepisów prawa, powinny być w nich zatem wprost zawarte albo możliwe do wyprowadzenia drogą wykładni i wnioskowań prawniczych. Chodzi bowiem o sytuacje, których zaistnienie umożliwia zastosowanie tej instytucji, a zatem *a contrario* ich niezastnienie zastosowanie tej instytucji wyłącza. Wydaje się zatem, że

¹⁷ Przyjmuje się, że zgodnie z istotą postępowania kasacyjnego Sąd Najwyższy nie dokonuje ustaleń faktycznych w sprawie ani nie ocenia materiału dowodowego. W postępowaniu kasacyjnym dokonywana jest bowiem kontrola prawomocnego orzeczenia pod względem prawnym, a nie co do prawidłowości ustaleń faktycznych i oceny dowodów. Tym samym SN nie przeprowadza dowodów mających charakter tzw. dowodów ścisłych. Natomiast nie jest wyłączone w postępowaniu kasacyjnym dowodzenie swobodne w celu sprawdzenia zasadności zarzutów kasacyjnych lub uchybienia podlegającego uwzględnieniu z urzędu (por. R. Kmiecik, *Z problematyki dowodu ścisłego i swobodnego w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym*, Prok. i Pr. 2003, nr 1, s. 26). Takie dowodzenie miałoby również miejsce w omawianym wypadku.

¹⁸ Sąd Najwyższy nie jest obowiązany do badania z urzędu, czy orzeczenie nie jest rażąco niesprawiedliwe, ponieważ przepis art. 440 k.p.k. nie ma zastosowania w sferze kontroli kasacyjnej – jako podstawa do rozpoznania kasacji poza zakresem zaskarżenia i podniesionymi zarzutami (art. 536 *in fine* k.p.k.). Natomiast odpowiednie stosowanie art. 434 § 2 k.p.k. odnośnie do kierunku zaskarżenia oznacza, że art. 440 k.p.k. stanowi podstawę do przełamania kierunku kasacji na korzyść oskarżonego. Nie znaczy to jednak, że w trybie kasacji niedopuszczalne jest orzeczenie na korzyść oskarżonego wtedy, gdy SN stwierdzi niewymienione w art. 439 k.p.k. i niepodniesione w kasacji takie rażące naruszenie prawa, z powodu którego zaskarżone orzeczenie jest jawnie sprzeczne z zasadami praworządności i sprawiedliwego procesu karnego. Skoro bowiem kasacja wniesiona na niekorzyść oskarżonego może spowodować orzeczenie także na jego korzyść, to w razie stwierdzenia tego rodzaju rażących naruszeń prawa w pełni uzasadnione jest wykorzystanie argumentu *a minori ad maius* i przyjęcie, że Sąd Najwyższy może orzec na korzyść oskarżonego. Por. wyrok SN z dnia 21 maja 1996 r., III KKN 2/96, OSNKW 1996, z. 9–10, poz. 52.

punktem wyjścia do określenia tych warunków jest instytucja gwarancji karnoprocesowych. Gwarancjami karnoprocesowymi są prawne środki zabezpieczające określone prawa lub interesy w procesie karnym. Środki te są narzędziami gwarancji i stanowią je bądź normy prawne oparte bezpośrednio na przepisie prawa, bądź wyprowadzone z tych przepisów, w szczególności zasady prawne, bądź wreszcie całe instytucje danego systemu prawnego¹⁹. Gwarancje te powinny zaś zapewniać realizację zasady trafnej reakcji karnej, ale tylko w takim zakresie, w jakim realizują ją również gwarancje interesów uczestników procesu²⁰. Oczywiście można wskazać na związek tej instytucji z innymi gwarancjami procesowymi, jak gwarancje dobra wymiaru sprawiedliwości (np. szersza możliwość korzystania z zasady jawności zewnętrznej i wewnętrznej) czy interes społeczny (np. minimalizacja kosztów społecznych i finansowych sprawowania wymiaru sprawiedliwości). Niewątpliwie jednak w tym wypadku takie gwarancje wykraczające poza zakres gwarancji trafnej reakcji karnej i interesów uczestników procesu nie mogą być brane pod uwagę, z tego względu, że nie realizując zasady trafnej reakcji karnej, nie realizują tym samym celu procesu karnego²¹.

Zasada trafnej reakcji karnej jest emanacją zasady sprawiedliwości na gruncie procesu karnego i z tego punktu widzenia należałoby przyjąć, że warunkiem zastosowania zdalnego dokonywania czynności procesowych na rozprawie jest to, by ten sposób procedowania w rezultacie w tym samym stopniu prowadził do prawidłowego rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego. Realizacji zasady trafnej reakcji karnej – która jest określana w literaturze jako zasada procesowa nadrzędna lub drugiego stopnia²² – służy szereg naczelných zasad procesowych oraz szczególnych regulacji procesowych o niższym stopniu generalizacji, przeważnie wynikających wprost z przepisu prawa²³. Jeżeli chodzi o te ostatnie, to chociażby pobieżne wskazanie ich katalogu nie jest możliwe. Są to bowiem poszczególne normy karnoprocesowe, służące urzeczywistnieniu zasady trafnej reakcji karnej, których zrealizowanie jest niezbędne również w razie zdalnego sposobu dokonywania czynności procesowych. Przykładowo można wskazać przepis art. 395 k.p.k., dotyczący sprowadzenia na rozprawę dowodów rzeczowych celem dokonania ich oględzin. Realizacja tej normy najczęściej wymaga bezpośredniej obecności oskarżonego na rozprawie i w takim wypadku tym samym stoi na przeszkodzie zastosowaniu zdalnego sposobu dokonywania czynności procesowych na rozprawie.

Z kolei zasada trafnej reakcji karnej, jako zasada drugiego stopnia, jest realizowana nie tylko przez stosowanie szczegółowych norm karnoprocesowych, ale również poprzez stosowanie naczelných zasad procesu, które mają na celu przede wszystkim

¹⁹ Por. M. Cieślak, *Polska procedura...*, s. 479.

²⁰ *Ibidem*, s. 483.

²¹ Por. relacje pomiędzy tymi rodzajami gwarancji przedstawione na wykresie przez M. Cieślaka w: *ibidem*.

²² W odniesieniu do hierarchii zasad procesowych por. P. Wiliński [w:] *System prawa karnego procesowego*, t. 3, *Zasady procesu karnego*, cz. 1, red. P. Hofmański, P. Wiliński, Warszawa 2014, s. 165–167.

²³ Co do rozumienia przepisu prawnego i normy prawnej por. M. Cieślak, *Polska procedura...*, s. 149–158.

zapewnienie trafnego orzekania²⁴. Do zasad tych należy zaliczyć zasadę kontryktoryjności, swobodnej oceny dowodów, prawdy materialnej i rzetelnego procesu. Jeżeli zastosowanie zdalnego sposobu prowadzenia czynności procesowych na rozprawie miałyby doprowadzić do naruszenia którejkolwiek z tych zasad w znaczeniu konkretnym, wówczas należałoby stwierdzić, że brak jest normatywnych podstaw do jego zastosowania. Przykładowo można by wskazać na zaistnienie w ten sposób trudności w prowadzeniu sporu spowodowanych niemożnością przedstawienia sądowi pism procesowych czy dowodów rzeczowych (zasada kontryktoryjności), trudności z oceną wyjaśnień oskarżonego ze względu na niemożność obserwacji jego zachowań niewerbalnych (zasada swobodnej oceny dowodów i zasada prawdy materialnej) czy zastosowanie tego sposobu prowadzenia czynności procesowych przez sąd w celu utrudnienia aktywnego udziału strony w postępowaniu – niezależnie od tego, czy rzeczywiście godzi to w interesy stron (zasada rzetelnego procesu).

Drugim rodzajem gwarancji, które należałoby wziąć pod uwagę przy ocenie zasadności zastosowania zdalnego sposobu prowadzenia rozprawy jako warunku prawnego, są gwarancje interesów uczestników procesu. Chodzi tu nie tylko o gwarancje procesowe oskarżonego, choć z aksjologicznego punktu widzenia, z uwagi na jego sytuację procesową strony biernej, mają one najdonioślejsze znaczenie, lecz również o gwarancje procesowe innych stron, o których mowa w art. 374 § 4 k.p.k. Podobnie jak w wypadku gwarancji zasady trafnej reakcji karnej gwarancje interesów uczestników procesu są realizowane nie tylko przez stosowanie szczegółowych norm karno-procesowych, ale również poprzez stosowanie naczelných zasad procesu, służących zabezpieczeniu tych interesów. I tak np., jeżeli oskarżony jest nieletni lub ubezwłasnowolniony, jego przedstawiciel ustawowy lub osoba, pod której pieczęć oskarżony pozostaje, może zgodnie z art. 76 k.p.k.²⁵ podejmować na jego korzyść wszelkie czynności procesowe. W takiej sytuacji może się okazać, że celowe będzie skoncentrowanie czynności w warunkach bezpośrednio na rozprawie głównej, a dla realizacji uprawnień przewidzianych tym przepisem nie będzie korzystne prowadzenie w sposób zdalny czynności procesowych. Jeżeli zaś chodzi o naczelne zasady procesowe, składające się na gwarancje interesów uczestników procesu, to należy wskazać przede wszystkim na zasady: obrony, równości stron, obiektywizmu i informacji procesowej. Naruszenie *in concreto* którejkolwiek z tych zasad poprzez zastosowanie zdalnego sposobu prowadzenia czynności procesowych na rozprawie również powinno skutkować uznaniem, że brak jest normatywnych podstaw do zastosowania tego sposobu procesowania.

²⁴ Por. *ibidem*, s. 213–214. Krytycznie o wyróżnieniu tej zasady procesowej por. m.in.: S. Kalinowski, *Polski proces karny w zarysie*, Warszawa 1979, s. 53–54; A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 107.

²⁵ Należy zaznaczyć, że przepis art. 76 k.p.k. z dnia 15 lutego 2024 r. uległ zmianie i otrzymał brzmienie: „Jeżeli oskarżony nie ukończył 18 lat lub jest ubezwłasnowolniony, jego przedstawiciel ustawowy lub osoba, pod której pieczęć oskarżony pozostaje, może podejmować na jego korzyść wszelkie czynności procesowe, a przede wszystkim wnosić środki zaskarżenia, składać wnioski oraz ustanowić obrońcę”. Por. ustawę z dnia 14 kwietnia 2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 818).

Przykładowo może to nastąpić w sytuacji, gdy oskarżony nie będzie miał w toku postępowania należytego kontaktu z obrońcą (zasada obrony), gdy któraś ze stron wskutek zastosowania takiego sposobu prowadzenia czynności nie będzie mogła wyartykułować swojego oświadczenia procesowego na takich samych zasadach jak strona przeciwna, np. w związku z możliwością korzystania z notatek (zasada równości stron), czy też korzystanie ze zdalnego sposobu dokonywania czynności procesowych mogłoby doprowadzić do faworyzowania którejsz ze stron (zasada obiektywizmu).

W konsekwencji należy wskazać, że Sąd Najwyższy w głosowanym postanowieniu zbyt wąsko odniósł się do warunków zastosowania zdalnego sposobu dokonywania czynności procesowych. Warunki zastosowania tego sposobu obejmują bowiem nie tylko przesłanki wynikające wprost z art. 374 § 4 k.p.k., ale również wszystkie te, które można i należy wyprowadzić z przepisów obowiązującego prawa procesowego. Nie można tych drugich sprowadzać jedynie do zachowania standardów wynikających z zasady prawa do obrony. Przesłanki te bowiem stanowi zespół norm, o różnym stopniu ogólności, które służą zapewnieniu przestrzegania gwarancji procesowych trafnej reakcji karnej oraz gwarancji interesów uczestników procesu. W razie niezapewnienia tych gwarancji stosowanie tej instytucji procesowej nie służyłoby realizacji celów procesu, brak jest zatem warunków prawnych do zastosowania art. 374 § 4 k.p.k.

Literatura

- Brzezowski Ł., *Udział prokuratora w rozprawie i posiedzeniu zdalnym*, „Prokuratura i Prawo” 2021, nr 3.
- Cieślak M., *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984.
- Gołaczyński J., *Informatyzacja postępowania cywilnego. Od odrębności do modelu podstawowego*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2022, nr 5.
- Kalinowski S., *Polski proces karny w zarysie*, Warszawa 1979.
- Kmieciak R., *Z problematyki dowodu ścisłego i swobodnego w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 1.
- Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, wyd. 6, Legalis 2023.
- Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2017.
- Kodeks postępowania karnego. Komentarz aktualizowany do art. 374 k.p.k.*, red. D. Świecki, LEX/el. 2023.
- Lach A., *Udział oskarżonego w czynnościach procesowych w drodze videokonferencji*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 9.
- Murzynowski A., *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994.
- Polski proces karny*, red. P. Wiliński, Warszawa 2022.
- System prawa karnego procesowego*, t. 3, *Zasady procesu karnego*, cz. 1, red. P. Hofmański, P. Wiliński, Warszawa 2014.

Streszczenie

Piotr Rogoziński

Standardy zdalnego przeprowadzenia rozprawy

Glosa dotyczy wypowiedzi Sądu Najwyższego, w której podjęto jedną z pierwszych prób określenia i ujednoczenia standardów zdalnego przeprowadzania rozprawy, mających zapewnić ich zgodność z gwarancjami i zasadami procesowymi. W glosowanym postanowieniu SN stwierdził po pierwsze, że ustawa nie wyłącza z góry żadnych kategorii spraw, w których – przy spełnieniu ustawowych przesłanek – nie można by było przeprowadzić rozprawy w formie zdalnej. Po drugie zaś, warunkiem przeprowadzenia rozprawy w formie zdalnej jest zapewnienie oskarżonemu prawidłowego i efektywnego korzystania z prawa do obrony, przy czym ustawa nie wprowadza i nie może wprowadzać żadnych ograniczeń tego prawa. W glosie odniesiono się do powyższych tez, uznając je generalnie za trafne, i pogłębiło argumentację przemawiającą za ich przyjęciem. Podjęto również próbę generalnego określenia standardów procesowych prowadzenia rozprawy w sposób zdalny, poprzez nawiązanie do systemu gwarancji procesowych i zasad procesowych.

Słowa kluczowe: rozprawa, czynności procesowe, zasady procesowe, gwarancje procesowe, zdalny.

Summary

Piotr Rogoziński

Standards for the Remote Conduct of a Trial

The commentary concerns the statement of the Supreme Court which is one of the first attempts to define and unify standards for the remote conduct of a trial to ensure their compliance with procedural guarantees and rules. Firstly, the Supreme Court stated that the Act does not exclude a priori any categories of cases in which, if the statutory conditions are met, a hearing could not be conducted remotely. Secondly, the condition for conducting a trial remotely is to ensure the proper and effective exercise of the accused's right of defence, and the Act does not and cannot impose any restrictions on this right. The commentary refers to the above theses, finding them generally accurate, and deepens the argumentation in support of them. An attempt is also made to define the procedural standards for conducting a hearing remotely by reference to the system of procedural guarantees and procedural rules.

Keywords: hearing, procedural steps, procedural rules, procedural guarantees, remote.

Zdalny udział podejrzanego w posiedzeniu aresztowym w świetle standardu *habeas corpus*¹

Postanowienie Sądu Najwyższego Królestwa Norwegii z dnia 8 maja 2020 r., HR-2020-972-U (20-065997STR-HRET)²

Udział podejrzanego w posiedzeniu w przedmiocie rozpoznania wniosku o zastosowanie izolacyjnego środka zapobiegawczego za pośrednictwem urządzeń umożliwiających przeprowadzenie tego posiedzenia na odległość, z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku, jest sprzeczny z art. 5 ust. 3 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) (dalej: EKPC).

Dawid Marko

Uniwersytet Gdański, Polska
dawid.marko@prawo.ug.edu.pl
ORCID: 0000-0001-9578-7405

<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.08>

Glosa

Komentowane orzeczenie Høyesterett³ zasługuje na szczególną uwagę również polskiego odbiorcy. Konfrontując bowiem regulację norweską z treścią wzorca normatywnego zawartego w art. 5 ust. 3 EKPC, norweski Sąd Najwyższy stanął przed koniecznością udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy stanowiący element procedury *habeas corpus* warunek „postawienia przed sędzią” może być spełniony również w przypadku udziału podejrzanego w posiedzeniu aresztowym za pośrednictwem urządzeń technicznych umożliwiających komunikację na odległość z jednoczesnym bezpośred-

¹ Niniejsza glosa powstała w ramach projektu badawczego „Optymalny model wykorzystania transmisji audiowizualnej w procesie karnym – między efektywnością postępowania a gwarancjami jego uczestników” finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki w ramach konkursu OPUS 20 (nr 2020/39/B/H55/03230).

² <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/decisions-in-english-translation/hr-2020-972-u.pdf> [dostęp: 23.05.2023].

³ Norweski Sąd Najwyższy.

nim przekazem obrazu i dźwięku⁴. Tym samym Sąd ten dotknął niezwykle istotnego problemu, jakim jest sama dopuszczalność procedowania w przedmiocie rozpoznania wniosku o zastosowanie izolacyjnego środka zapobiegawczego przy zdalnym udziale podejrzanego. Poddane analizie orzeczenie porusza zatem zagadnienie, jakie zrodziło się na gruncie polskiego porządku prawnego z dniem 24 czerwca 2020 r., kiedy to art. 250 Kodeksu postępowania karnego⁵ został rozbudowany o regulację umożliwiającą odstąpienie od fizycznego doprowadzenia podejrzanego na posiedzenie aresztowe, pod warunkiem zapewnienia jego udziału w posiedzeniu w trybie zdalnym (§ 3b–3h), które to zagadnienie pozostaje wciąż aktualne i nierozstrzygnięte⁶.

Norweska procedura karna przewiduje, że podejrzany ma prawo brać udział w wszelkich posiedzeniach sądu, co dotyczy również posiedzeń aresztowych (por. art. 244 § 1 norweskiego k.p.k.), zaś obowiązkiem organów ścigania, w przypadku złożenia wniosku o tymczasowe aresztowanie, jest fizyczne doprowadzenie zatrzymanego do sądu nie później niż trzeciego dnia od chwili zatrzymania (por. art. 183 § 1 norweskiego k.p.k.). Jedynym odstępstwem od tej zasady, jakie norweskie ustawodawstwo przewidywało przed wybuchem pandemii COVID-19, była możliwość wydania przez sąd postanowienia o przeprowadzeniu w trybie wideokonferencji posiedzenia w przedmiocie przedłużenia stosowania izolacyjnego środka zapobiegawczego (art. 185 § 4 norweskiego k.p.k.), co ustawa uzależniała od stwierdzenia przez sąd, że taka forma przeprowadzenia posiedzenia jest konieczna i niebudząca wątpliwości (*unbetenklig*) w świetle celu posiedzenia i okoliczności sprawy, zaś przeprowadzenie posiedzenia w konwencjonalny sposób pociągałoby za sobą koszty nieproporcjonalnie wysokie względem znaczenia fizycznego udziału podejrzanego w posiedzeniu. Taki tryb procedowania został jednak wykluczony w przypadku posiedzeń, w których obok kwestii przedłużenia izolacji sąd rozpatruje także kwestię umieszczenia podejrzanego w odosobnieniu (chyba że podejrzany wyraził zgodę na zdalny udział), jak również w sytuacji, gdy od ostatniego posiedzenia, w którym podejrzany brał fizyczny udział, upłynęło więcej niż 90 dni.

Sytuacja ta uległa zmianie z dniem 27 marca 2020 r., wskutek przyjęcia tymczasowego rozporządzenia w sprawie uproszczeń i środków w sektorze wymiaru sprawiedliwości w celu przeciwdziałania skutkom pandemii COVID-19⁷. Rozporządzenie to znacznie rozszerzyło zakres czynności sądu możliwych do przeprowadzenia w formie zdalnej, w tym również o posiedzenie w przedmiocie zastosowania izolacyjnego

⁴ W niniejszym opracowaniu dla opisanego tej formy udziału w posiedzeniu użyto również określeń „tryb zdalny”, „posiedzenie zdalne” lub „wideokonferencja”.

⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 37 ze zm.) (dalej: k.p.k.).

⁶ Być może brak wypowiedzi orzeczniczych podyktowany jest faktem, że w praktyce zdalne posiedzenia aresztowe należą do rzadkości, na co, wobec braku danych statystycznych, wskazują dostępne opracowania – por. A. Klepczyński, P. Kładoczny, P. Kubaszewski, K. Wiśniewska, *Raport Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka. Czy koronawirus SARS-CoV-2 zaatakował system wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych?*, Warszawa 2021, <https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2021/11/Raport-COVID-a-proces-karny-PL.pdf> [dostęp: 25.06.2023].

⁷ FOR-2020-03-27-459; <https://lovdata.no/dokument/LTI/forskrift/2020-03-27-459> [dostęp: 25.06.2023].

środka zapobiegawczego. Zgodnie z § 2 ust. 1 przywołanego rozporządzenia sąd mógł przeprowadzić posiedzenie przy zdalnym udziale podejrzanego w formie wideokonferencji, jeżeli w ocenie sądu taka forma procedowania była konieczna i niebudząca wątpliwości, biorąc pod uwagę specyfikę danej sprawy oraz konieczność poszanowania praw podejrzanego. Sąd był zobligowany do odebrania stanowisk stron w przedmiocie formy przeprowadzenia posiedzenia, jednakże stanowiska te nie miały decydującego charakteru. Rozporządzenie przewidywało również wprost, że podejrzanemu należy zapewnić, na czas posiedzenia, dostęp do poufnego kanału komunikacji z obrońcą.

Właśnie ta szczególna, epizodyczna regulacja stała się kanwą dla sprawy, w której zapadło komentowane orzeczenie. W przedmiotowej sprawie podejrzany, stojący pod zarzutem usiłowania zabójstwa, domagał się fizycznego doprowadzenia go na posiedzenie wyznaczone w celu rozpoznania wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania, wyraźnie przy tym sprzeciwiając się swojemu udziałowi w formie wideokonferencji. Mimo to, sąd *a quo* odmówił doprowadzenia podejrzanego, wskazując na podyktowaną faktem pandemii COVID-19 celowość odbycia posiedzenia w formie zdalnej (posiedzenie przyjęło ostatecznie postać hybrydową – sędzia znajdował się w sali posiedzeniowej, podejrzany wraz z obrońcą w areszcie, a przy tym również prokurator brał zdalny udział w posiedzeniu). Postanowienie zostało utrzymane w mocy przez sąd odwoławczy, wobec czego obrońca podejrzanego skierował do Sądu Najwyższego specyficzny dla norweskiego procesu karnego środek zaskarżenia⁸, w którym zakwestionowano zgodność powyższego rozporządzenia z treścią art. 5 ust. 3 EKPC w zakresie, w jakim rozporządzenie to dotyczy posiedzenia w przedmiocie zastosowania izolacyjnego środka zapobiegawczego, w sytuacji, gdy osoba, której wniosek dotyczy, domaga się fizycznego postawienia przed sądem.

Mierząc się z przedstawionym zagadnieniem, Høyesterett doszedł do wniosku, że prawo do postawienia przed sądem, będące elementem procedury *habeas corpus*, należy rozumieć wyłącznie jako prawo do fizycznego udziału w posiedzeniu sądu, wobec czego art. 5 ust. 3 EKPC sprzeciwia się formom zdalnego udziału podejrzanego w posiedzeniach objętych zakresem zastosowania tegoż przepisu. Przekonanie to Sąd ten oparł na stanowisku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC lub Trybunał) wyrażonym w orzeczeniach, jakie zapadły w sprawach Medvedyev i inni przeciwko Francji⁹ oraz Bergmann przeciwko Estonii¹⁰. Rozważając w dalszej kolejności możliwość ograniczenia tego prawa poprzez odstąpienie od fizycznego doprowadzenia podejrzanego do sądu na rzecz zapewnienia jego udziału w posiedzeniu w trybie wideokonferencji, norweski Sąd Najwyższy doszedł do przekonania, że wynikający

⁸ Por. art. 388 § 1 norweskiego k.p.k.

⁹ W wyroku w tej sprawie ETPC stwierdził, że celem art. 5 ust. 3 EKPC jest zapewnienie, aby zatrzymani zostali fizycznie i niezwłocznie postawieni przed sędzią lub urzędnikiem sądowym. Wyrok Wielkiej Izby ETPC z dnia 29 marca 2010 r. w sprawie Medvedyev i inni przeciwko Francji, skarga nr 3394/03, § 118.

¹⁰ Wyrok ETPC z dnia 29 maja 2008 r. w sprawie Bergmann przeciwko Estonii, skarga nr 38241/04, § 45.

z orzecznictwa ETPC absolutny charakter art. 5 ust. 3 EKPC zdaje się wykluczać możliwość czynienia jakichkolwiek odstępstw, niemniej jednak, ewentualne odstępstwa w ocenie Sądu wymagałyby kompleksowej, indywidualnej oceny konieczności przeprowadzenia posiedzenia przy zdalnym udziale podejrzanego, uwzględniającej możliwość posłużenia się innymi niż wideokonferencja środkami umożliwiającymi uniknięcie ryzyka zakażenia w związku z transportem i udziałem w posiedzeniu. Oceny tej, zdaniem norweskiego Sądu Najwyższego, zabrakło, wobec czego Sąd ten uchylił zaskarżone postanowienie oraz poprzedzające je postanowienie sądu *a quo*.

Wyrażone w komentowanym orzeczeniu stanowisko Sądu Najwyższego Królestwa Norwegii nastrocza pewnych wątpliwości – nie tyle nawet w zakresie samej tezy, co motywów, jakie zaprowadziły Sąd do tego rodzaju konkluzji – przez co wymaga uzupełnienia. Z jednej strony, Sąd ten kategorycznie stwierdza, że postawienie przed sądem na gruncie art. 5 ust. 3 EKPC należy odczytywać wyłącznie jako fizyczne stawiennictwo. Z drugiej strony, sugerując bezwzględny i niederogowalny charakter tej gwarancji, Høyesterett jednocześnie otwiera furtkę dla czynienia odstępstw, wskazując na potrzebę przeprowadzenia swoistego testu, i – to właśnie z uwagi na brak przeprowadzenia rozważań zgodnych z zaproponowanym testem – decyduje się uchylić postanowienia sądów obu instancji. Wydaje się jednak, że istota problemu, jaki objawił się na tle rozpoznawanej sprawy, tkwi zupełnie gdzie indziej, a mianowicie – kluczowa jest wykładnia samego sformułowania „być postawionym przed” (*to be brought before*), nad czym norweski Sąd Najwyższy przeszedł dość swobodnie.

Próbując zatem udzielić odpowiedzi na pytanie, czy nieodłącznym wymogiem płynącym z art. 5 ust. 3 EKPC jest fizyczne postawienie podejrzanego przed sądem, czy też może udział za pośrednictwem wideokonferencji jest wystarczający, należy na wstępie zauważyć, że nierealistyczne jest oczekiwanie, iż autorzy opracowanego w 1950 r. tekstu EKPC mogli antycypować postęp technologiczny obecnych czasów. Oczywiście jest zatem, że zakładaną wówczas formą udziału podejrzanego w posiedzeniu był udział fizyczny. Niemniej jednak, pomimo upływu ponad siedmiu dekad, ETPC wciąż nie dostarczył jednoznacznej odpowiedzi na wskazane pytanie. W sprawie Schiesser przeciwko Szwajcarii¹¹ Trybunał strasburski wskazał jedynie, że obowiązkiem sędziego płynącym z art. 5 ust. 3 EKPC jest osobiste wysłuchanie osoby, która została postawiona przed sędzią. Co prawda, w przywołanym w komentowanym postanowieniu wyroku w sprawie Medvedyev i inni przeciwko Francji Trybunał wprost stwierdził, że postawienie to powinno mieć charakter fizyczny, co zostało powtórzone w późniejszych orzeczeniach¹², tym niemniej ETPC uczynił to jedynie na marginesie, w żaden sposób nie rozwijając swojej myśli, ponieważ nie tego dotyczył przedmiot sprawy. Ponadto w wyroku w sprawie Bergmann przeciwko Estonii, skądinąd również cytowanym w komentowanym orzeczeniu, ETPC przypomniał, że przepis art. 5 ust. 3

¹¹ Wyrok ETPC z dnia 4 grudnia 1979 r. w sprawie Schiesser przeciwko Szwajcarii, skarga nr 7710/76, § 31.

¹² Por. wyroki ETPC z dnia: 27 czerwca 2013 r. w sprawie Vassis i inni przeciwko Francji, skarga nr 62736/09, § 52; 4 grudnia 2014 r. w sprawie Hassan i inni przeciwko Francji, skarga nr 54588/10, § 91–92.

EKPC nie zawiera żadnych wskazań co do konkretnych rozwiązań proceduralnych, jakie powinny być przyjęte w zgodzie z powołanym przepisem, a jedynie, że niedoznającym wyjątków wymogiem, jaki jednoznacznie wynika z tego przepisu, jest wymóg niezwłocznego postawienia osoby zatrzymanej lub aresztowanej przed sędzią lub innym urzędnikiem sądowym. Należy zatem stwierdzić, że orzecznictwo strasburskie nie precyzuje w bliższy sposób wskazanego powyżej sformułowania. W swoich wypowiedziach ETPC skupia się na aspekcie „niezwłocznego” postawienia przed sędzią lub cechach, jakie powinien spełniać sędzia lub inny urzędnik sądowy w rozumieniu tego przepisu, nie zaś na zagadnieniu trybu czy formy zapewnienia udziału podejrzanego w posiedzeniu przewidzianym przez art. 5 ust. 3 EKPC¹³. Co przy tym istotne, w żadnym z orzeczeń Trybunał nie wykluczył możliwości zdalnego udziału podejrzanego w posiedzeniu aresztowym, co zdaje się jedynie dodatkowo komplikować rozwiązanie wskazanego dylematu.

Wydaje się zatem, że dla rozwiązania analizowanego problemu kluczowe jest odwołanie się do celów realizowanych przez procedurę *habeas corpus*. Jak wielokrotnie wskazywał ETPC, na gruncie art. 5 ust. 3 EKPC należy wyróżnić dwa wymogi – proceduralny i materialny. Podczas gdy wymóg proceduralny stawia sędziego (lub innego urzędnika sądowego) przed obowiązkiem osobistego przesłuchania postawionej przed nim osoby, nim podejmie on właściwą decyzję w sprawie, wymóg materialny przewiduje obowiązek zbadania okoliczności przemawiających za pozbawieniem wolności lub przeciwko temu oraz podjęcia decyzji, poprzez odniesienie się do kryteriów prawnych, co do istnienia podstaw uzasadniających pozbawienie wolności¹⁴. W konsekwencji obu tych wymogów możliwy do spełnienia powinien być cel w postaci zapewnienia skutecznej gwarancji ochrony przed ryzykiem złego traktowania oraz nadużywania władzy przez funkcjonariuszy publicznych¹⁵. Trudno przy tym nie odnieść wrażenia, że wymóg proceduralny jest w pełni podporządkowany wymogowi materialnemu. Prawo do postawienia przed sędzią jest niczym innym niż mechanizmem procesowym ukierunkowanym na osiągnięcie celu stojącego za wskazanym powyżej wymogiem materialnym. Kluczowe jest zatem to, aby procedura została ukształtowana w sposób umożliwiający realizację wymogu materialnego i, w konsekwencji, powyższego celu. Jeżeli zatem zdalny udział podejrzanego, za pośrednictwem wideokonferencji, umożliwia osiągnięcie wskazanego celu, jeżeli zdalne posiedzenie jest zorganizowane w sposób, który powoduje, że prawo do postawienia przed sądem nie jest ograniczone, a jedynie zmienia się sposób, w jaki jest ono wykonywane, to trudno jest sprzeciwić się tezie, iż zdalne posiedzenie aresztowe, nawet w celu rozpoznania

¹³ S. Quattrocchio, *Participatory Rights in Comparative Criminal Justice: Similarities and Divergences Within the Framework of the European Law* [w:] *Personal Participation in Criminal Proceedings: A Comparative Study of Participatory Safeguards and in absentia Trials in Europe*, eds. eadem, S. Ruggeri, Cham 2019, s. 463.

¹⁴ Wyrok ETPC z dnia 29 kwietnia 1999 r. w sprawie Aquilina przeciwko Malcie, skarga nr 25642/94, § 47.

¹⁵ Wyrok ETPC z dnia 18 marca 2008 r. w sprawie Ladent przeciwko Polsce, skarga nr 11036/03, § 72.

wniosku o zastosowanie środka izolacyjnego, może spełniać wymagania wynikające z art. 5 ust. 3 EKPC.

Do podobnych wniosków dochodzi się w literaturze¹⁶. W szczególności, jak trafnie przypomina Evert-Jan van der Vlis, EKPC jest „żywym instrumentem”, który „musi być interpretowany z uwzględnieniem dzisiejszych warunków”¹⁷. Dalszego potwierdzenia powyższej tezy zdaje się również dostarczać wyrok ETPC w sprawie Bah przeciwko Niderlandom¹⁸, w którym Trybunał nie zakwestionował możliwości przeprowadzenia posiedzenia zmierzającego do kontroli środka skutkującego pozbawieniem wolności przy zdalnym udziale osoby, wobec której tenże środek orzeczono – choć należy odnotować, że orzeczenie to dotyczyło detencji w sprawie migracyjnej.

Ostatecznie, na gruncie art. 6 EKPC Trybunał strasburski w wielu sprawach wskazał, że zdalny udział oskarżonego w rozprawie nie jest, sam w sobie, sprzeczny z zasadą rzetelnego procesu. Dopuszczalność takiej formy zapewnienia udziału oskarżonego w postępowaniu głównym Trybunał, przynajmniej początkowo, uzależniał od pozytywnego wyniku trzystopniowego testu¹⁹. Po pierwsze, zdalny udział oskarżonego powinien być podyktowany realizacją uzasadnionego celu (*legitimate aim*), przy czym początkowo miało to miejsce w sprawach dotyczących przestępczości zorganizowanej. Po drugie, wideokonferencja powinna zostać zorganizowana w taki sposób, aby oskarżony miał możliwość śledzenia przebiegu rozprawy oraz był przesłuchany bez utrudnień technicznych. Po trzecie, oskarżony powinien mieć zapewniony na czas rozprawy efektywny i poufny kanał komunikacji z obrońcą. Wydaje się, że wnioski odnoszące się do rozprawy głównej można by z powodzeniem przenieść na grunt posiedzeń aresztowych. Decyzja w przedmiocie formy udziału podejrzanego w posiedzeniu aresztowym byłaby oparta na wyważeniu racji w okolicznościach indywidualnej, konkretnej sprawy, a więc sprowadzałaby się do poszukiwania odpowiedniego balansu między fundamentalnym prawem podejrzanego do fizycznego stawienia się przed sądem a innymi, zasługującymi na uznanie wartościami, co przypomina test zaproponowany przez Høyesterett w komentowanym orzeczeniu.

¹⁶ E.-J. van der Vlis, *Videoconferencing in criminal proceedings* [w:] *Videoconference and remote interpreting in criminal proceedings*, eds. S. Braun, J.L. Taylor, Surrey 2011, s. 20; S. Quattrocchio, *Participatory...*, s. 465; A. Sanders, *Video-Hearings in Europe Before, During and After the COVID-19 Pandemic*, „International Journal for Court Administration” 2021, vol. 12, no. 2, s. 19–20, <https://iacajournal.org/articles/10.36745/ijca.379> [dostęp: 25.06.2023]; P. Gori, A. Pahladsingh, *Fundamental Rights under Covid-19: An European Perspective on Videoconferencing in Court*, „ERA Forum” 2021, vol. 21, no. 4, s. 576.

¹⁷ Wyrok ETPC z dnia 25 kwietnia 1978 r. w sprawie Tyrer przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 5856/72, § 31.

¹⁸ Wyrok ETPC z dnia 22 czerwca 2021 r. w sprawie Bah przeciwko Niderlandom, skarga nr 35751/20, § 40–45.

¹⁹ Zob. m.in. wyroki ETPC z dnia: 5 października 2006 r. w sprawie Marcello Viola przeciwko Włochom, skarga nr 45106/04, § 63–67; 27 października 2007 r. w sprawie Ascitutto przeciwko Włochom, skarga nr 35795/02, § 62–73; 9 kwietnia 2009 r. w sprawie Grigoryevskikh przeciwko Rosji, skarga nr 22/03, § 83; 2 października 2010 r. w sprawie Sakhnovskiy przeciwko Rosji, skarga nr 21272/03, § 98; 4 lipca 2017 r. w sprawie Ichetovkina i inni przeciwko Rosji, skarga nr 12584/05, § 45; 2 października 2018 r. w sprawie Bivolaru przeciwko Rumunii, skarga nr 66580/12, § 138–139, 144–145.

Należy jednak zauważyć, że w późniejszym orzecznictwie ETPC niejednokrotnie odstępował od wyraźnego prowadzenia pierwszego etapu omówionego wyżej testu, przestając na ogólnym stwierdzeniu, że sposób organizacji wideokonferencji nie budził zastrzeżeń, zaś skarżący miał odpowiednią możliwość przedstawienia swojego stanowiska²⁰. Trybunał wskazywał przy tym, że o ile fizyczny udział oskarżonego w rozprawie jest wysoce pożądanym, to jednak nie jest celem samym w sobie, a raczej służy dalej sięgającemu celowi zapewnienia rzetelności postępowania rozpatrywanego w całości²¹. Tendencja ta stała się widoczna nie tylko w sprawach karnych. Dla przykładu, w sprawie Jallow przeciwko Norwegii²², mimo formalnego odwołania się do wyroku w sprawie Marcello Viola przeciwko Włochom, ETPC odstąpił od wyraźnego omówienia „uzasadnionego celu”, wskazując, że zdalny udział skarżącego w postępowaniu stanowił skuteczny sposób zapewnienia udziału, który nie postawił skarżącego w gorszej pozycji wobec drugiej strony postępowania. Co przy tym istotne, ETPC w sposób szczególny rozważał, czy decyzja w tej sprawie „zależała w decydującym zakresie od bezpośredniego wrażenia wywołanego u sędziów fizyczną obecnością stron”, co wydaje się mieć istotne znaczenie również w sprawach objętych zastosowaniem art. 5 ust. 3 EKPC, a zwłaszcza przy pierwszym postawieniu podejrzanego przed sądem. Można więc pokusić się o stwierdzenie, że w najnowszym orzecznictwie ETPC rysuje się zauważalny trend dotyczący podejścia do zagadnienia udziału oskarżonego w rozprawie w trybie wideokonferencji. Zdalny udział zdaje się w coraz mniejszym stopniu pozostawać ekstraordynaryjnym ograniczeniem prawa do udziału w rozprawie, wymagającym ostrożnego wyważenia ze stojącymi w opozycji wartościami, stając się coraz częściej efektywną i opłacalną alternatywą dla stawiennictwa fizycznego, mogącą usprawnić postępowanie – skoro zasadniczym, wystarczającym dla odstąpienia od sprowadzenia zainteresowanego do sądu elementem kontroli ETPC staje się przede wszystkim jakość połączenia (przekazu obrazu i dźwięku).

Podsumowując dotychczasowe rozważania, należy mieć na względzie, że postępujący rozwój technologii w coraz szerszym zakresie zmusza do rewizji i redefinicji instytucji charakterystycznych dla procesu karnego – także tych zasadniczych. Wpływ nowych technologii na kształt procesu karnego nie może być ignorowany, przeciwnie – wymusza rozważenie, w jaki sposób najnowsze zdobycze technologiczne mogą zostać zaimplementowane do mechaniki i architektury procesu karnego (czy też określonych czynności procesowych), w tym, na ile konkretne rozwiązania są kompatybilne ze wspomnianą mechaniką procesu karnego i gdzie należy wytyczyć granice

²⁰ Por. wyroki ETPC z dnia: 14 kwietnia 2012 r. w sprawie Gennadiy Medvedev przeciwko Rosji, skarga nr 34184/03, § 32–41; 4 lipca 2017 r. w sprawie Ichetovkina i inni przeciwko Rosji, skarga nr 12584/05, § 33–41.

²¹ Decyzja ETPC z dnia 9 października 2006 r. w sprawie Golubev przeciwko Rosji, skarga nr 26260/02.

²² Wyrok ETPC z dnia 2 grudnia 2021 r. w sprawie Jallow przeciwko Norwegii, skarga nr 36516/19. Skarżący zarzucił naruszenie art. 6 § 1 EKPC poprzez niezapewnienie mu prawa do fizycznego stawiennictwa przed sądem oraz przeprowadzenie z nim rozprawy dotyczącej władzy rodzicielskiej za pośrednictwem Skype’a wbrew jego woli, co rzekomo postawiło skarżącego w niekorzystnej sytuacji w stosunku do strony przeciwnej (skarżącemu nie zezwolono na wjazd do Norwegii).

ich przenikania do procesu. Z perspektywy niniejszego opracowania wpływ ten uwiadacza się w potrzebie rozważenia nowego sposobu rozumienia występującego w redakcji art. 5 ust. 3 EKPC sformułowania „być postawionym przed”. Wydaje się, że w tym przypadku czynnikiem wyznaczającym granicę powinien być właśnie cel stojący za procedurą *habeas corpus*. To przecież cel czynności procesowej determinuje dobór instrumentów procesowych służących jej realizacji, które mogą i powinny różnić się w zależności od natury rozstrzyganej sprawy. Jednakże, kiedy tak, jak w niniejszym przypadku, na szali znajduje się ochrona wolności osobistej przed arbitralnością i nadużyciem władzy, standard proceduralny odgrywa kluczową rolę.

Należy zatem zadać sobie pytanie, czy zdalny udział podejrzanego w posiedzeniu aresztowym umożliwia zrealizowanie powyższego celu. Jeżeli bowiem istnieje przyczyna uzasadniająca odstępianie od fizycznego doprowadzenia podejrzanego do sądu, a jednocześnie rozwiązania techniczne gwarantują, że zdalny udział podejrzanego w posiedzeniu będzie efektywny, można zaryzykować nieco prowokacyjne pytanie – czym właściwie ma być podyktowana konieczność zapewnienia fizycznej obecności podejrzanego? Zarówno w nauce, jak i praktyce procesu karnego fizyczną obecność w czynnościach sądu uznaje się za coś oczywistego i niewymagającego dalszego uzasadnienia, silnie zakotwiczonego we wskazaniach płynących choćby z zasad kontradiktoryjności, ustności czy bezpośredniości, ale też prawa do obrony. Rzecz jednak w tym, że rozważenie ewentualnych negatywnych następstw rezygnacji z jednoczesnej fizycznej obecności wszystkich uczestników postępowania w sali sądowej na rzecz zdalnego udziału podejrzanego zdecydowanie wykracza poza domenę nauk prawnych i wymaga spojrzenia na wskazany problem ze znacznie szerszej, interdyscyplinarnej perspektywy, uwzględniającej choćby uwarunkowania z zakresu proksemiki, a także czynniki psychologiczne czy komunikologiczne wpływające na interakcję osoby pozbawionej wolności i sędziego.

Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na pełne przedstawienie tychże uwarunkowań²³, dlatego należy jedynie zwięźle wskazać, że zdalny udział podejrzanego w posiedzeniu aresztowym stanowi zupełnie odmienne doświadczenie obecności przed sądem – z perspektywy samego podejrzanego, ale też sędziego. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że zdalna partycypacja podejrzanego wiąże się z zagrożeniami, które można ująć w dwie, wzajemnie uzupełniające się kategorie. Po pierwsze, wideokonferencja ogranicza percepcję sądu, w tym istotnie ogranicza możliwości śledzenia komunikatów pozawerbalnych, co utrudnia ocenę wiarygodności i ogólnej postawy podejrzanego, a w konsekwencji realizację celu procedury *habeas corpus*²⁴.

²³ Por. szerzej D. Marko, *The Unclear Picture of the Habeas Corpus? Some General Remarks on Remote Pre-Trial Detention Hearings in Light of the Selected Countries' Legislation and the ECHR Standards* [w:] *Criminal Justice in the Prism of Human Rights (X AIDP International Symposium for Young Penalists, Bologna, Italy, 27–28 October 2022)*, eds. F. Mazzacava, M. Odriozola Gurrutxaga, N. Recchia, A. Santangelo, The Netherlands 2023, s. 318 i nn.

²⁴ J. Hynes, N. Gill, J. Tomlinson, *In Defence of the Hearing? Emerging Geographies of Publicness, Materiality, Access and Communication in Court Hearings*, „Geography Compass” 2020, vol. 14, no. 9, s. 7; E. Rowden, *Virtual Courts and Putting 'Summary' Back into 'Summary Justice': Merely Brief, or Unjust?* [w:]

Badania sugerują przy tym, że wideokonferencja negatywnie wpływa na poziom interakcji podejrzanego z sędzią, a to właśnie fizyczna obecność ma dawać podejrzanemu większe szanse na zbudowanie swojej wiarygodności. Po drugie, badania empiryczne wskazują, że uwarunkowania związane ze zdalnym udziałem podejrzanego w posiedzeniu aresztowym mogą negatywnie wpłynąć na to, w jaki sposób podejrzany jest postrzegany przez sędziego, a w konsekwencji wywoływać u sędziego negatywne wrażenia czy wręcz uprzedzenia, a nawet prowadzić do, choćby nieświadomego, gorszego traktowania z uwagi na samą formę partycypacji²⁵.

Przedstawione powyżej ograniczenia w zbyt daleko idącym stopniu wpływają na możliwość realizacji celów instytucji przewidzianej w art. 5 ust. 3 EKPC. Z perspektywy procedury *habeas corpus* bezpośredni, fizyczny kontakt, w tym komunikacja podejrzanego z sędzią twarzą w twarz, jest nie do przecenienia. Dlatego należy przychylić się do wyrażonego przez Høyesterett poglądu, że postawienie podejrzanego przed sędzią, w szczególności po raz pierwszy w danej sprawie, powinno przyjmować fizyczny charakter.

Instytucja przewidziana w art. 5 ust. 3 EKPC realizuje krytyczną dla społeczeństwa funkcję – ma ochronić wolność osobistą jednostki poprzez konieczność dokonania automatycznej kontroli zgodności z prawem pozbawienia wolności, a przy tym stanowić efektywny mechanizm prewencji tortur oraz nadużycia i arbitralności władzy w związku z pozbawieniem wolności. Warto przy tym zauważyć, że sam zakaz tortur i niehumanitarnego lub poniżającego traktowania ma charakter niedorogowny, co wymaga przyjęcia odpowiednich rozwiązań proceduralnych. Mając to na uwadze, należy sobie uświadomić, że rola sędziego w trakcie posiedzenia aresztowego nie jest bynajmniej prosta. Sędzia pozostaje pod presją organów ścigania oraz upływającego czasu, jednocześnie będąc zobowiązany do zachowania odpowiedniego poziomu krytycyzmu wobec argumentów przedstawionych przez wskazane organy oraz otwartości na stanowisko podejrzanego. Decyzja w przedmiocie faktycznych i prawnych podstaw pozbawienia wolności nie jest przy tym czymś zwyczajnym czy automatycznym i nie powinna sprowadzać się do matematycznej kalkulacji, gdyż wymaga ostrożnej i kompleksowej oceny złożonych przesłanek, w tym skrupulatnej analizy postawy

Architecture and Justice Judicial Meanings in the Public Realm, eds. J. Simon, N. Temple, R. Tobe, London 2013, s. 101 i nn.; M. Legg, A. Song, *The Courts, the Remote Hearing and the Pandemic: From Action to Reflection*, „UNSW Law Journal” 2021, vol. 44, no. 1, s. 126; C. Gourdet et al., *Court Appearances in Criminal Proceedings Through Telepresence: Identifying Research and Practice Needs to Preserve Fairness While Leveraging New Technology*, RAND Corporation Research Report 2020; K. Dukąła, M. Fryda, *Psychologiczne i prawne aspekty przesłuchania z wykorzystaniem wideokonferencji* [w:] *Człowiek zalogowany, 3, Różnorodność sieciowej rzeczywistości*, red. K. Tucholska, M. Wysocka-Pleczyk, Kraków 2014, s. 22–23.

²⁵ Por. E. Fortuna Cimino, Z. Makar, N. Novak, *Charm City Televised & Dehumanized: How CCTV Bail Reviews Violate Due Process*, „University of Baltimore Law Forum” 2014, vol. 45, no. 1, s. 57; A. Bannon, J. Adelstein, *The Impact of Video Proceedings on Fairness and Access to Justice in Court*, Brennan Center for Justice 2020, <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/impact-video-proceedings-fairness-and-access-justice-court> [dostęp: 25.06.2023]; J.I. Turner, *Remote Criminal Justice*, „Texas Tech Law Review” 2021, vol. 53, no. 1, s. 197 i nn.; K. Kamber, *The Right to a Fair Online Hearing*, „Human Rights Law Review” 2022, vol. 22, no. 2, s. 1–21.

podejrzanego, co istotnie ułatwia fizyczny kontakt z podejrzanym, w tym możliwość odczytywania sygnałów pozawerbalnych. Ważne jest przecież nie tylko to, co mówi podejrzały, ale również to, w jaki sposób się wypowiada, jak się prezentuje i jakie wrażenie sprawia swoją osobą. Bezpośredni, fizyczny kontakt sędziego z podejrzanym staje się jeszcze bardziej istotny w przypadku neurodywergencych podejrzanym, w tym osób o niskim ilorazie inteligencji, z problemami psychologicznymi czy zaburzeniami psychicznymi.

Z perspektywy przeciwdziałania torturom nie można przy tym pomijać pozytywnego znaczenia samego faktu wyjęcia podejrzanego spod niemal absolutnego władztwa organów ścigania roztoczonego nad jego osobą wskutek zatrzymania, z jakim wiąże się konieczność fizycznego postawienia przed sędzią. Ma to wykreować u zatrzymanego, postawionego fizycznie przed niezależnym i niezawisłym sędzią, poczucie względnego bezpieczeństwa, wobec czego zatrzymany powinien być bardziej skłonny do zgłaszania przypadków nadużycia władzy przez funkcjonariuszy, który to efekt może być zniwelowany w sytuacji zdalnego udziału podejrzanego (mającego poczucie dalszej, pełnej kontroli ze strony organów ścigania). Poza tym, w procedurze *habeas corpus* chodzi przecież nie tylko o wysłuchanie zastrzeżeń podejrzanego co do sposobu jego traktowania w związku z pozbawieniem wolności, ale również o umożliwienie sędziemu dostrzeżenia jakichkolwiek znaków, zewnętrznych i wewnętrznych, złego traktowania. Zachowanie i sposób prezentowania się przed sądem może niejednokrotnie powiedzieć więcej o sposobie traktowania osoby postawionej przed sędzią przez organy ścigania niż same słowa podejrzanego. Ma to zapewnić sędziemu możliwość podjęcia niespóźnionej reakcji. Ponadto istotny jest efekt odstrasżający kontroli sądowej – organy ścigania muszą liczyć się z koniecznością fizycznego doprowadzenia zatrzymanego przed oblicze sędziego, a w konsekwencji, że sędzia może zauważyć symptomy złego traktowania. Efekt ten jest wydatnie stłumiony w przypadku zdalnego udziału.

Dlatego też ograniczenia związane ze zdalnym udziałem podejrzanego w posiedzeniu aresztowym pozbawiają sędziego, w istotnym zakresie, zasadniczego instrumentu, którym sędzia może i musi się posługiwać, decydując o zgodności z prawem pozbawienia wolności, ograniczając zdolność sędziego do efektywnej realizacji wymogów wynikających z art. 5 ust. 3 EKPC, a w konsekwencji samego celu instytucji. Poza tym, nie można lekceważyć zasygnalizowanego powyżej ryzyka gorszego traktowania podejrzanego biorącego zdalny udział w posiedzeniu, związanego z „depersonalizacją” jego osoby podyktowaną warunkami komunikowania się na odległość. Ostatecznie pewnym zagrożeniem jest także brak pewności co do tego, na ile podejrzały rzeczywiście zachowuje swobodę wypowiedzi, zdalnie uczestnicząc w posiedzeniu, zwłaszcza jeżeli obrońca znajduje się w innej lokalizacji niż podejrzały, jak również sama trudność po stronie sędziego związana z równoległą potrzebą obserwowania i interakcji z osobami znajdującymi się w sali sądowej oraz z podejrzanym widocznym na ekranie.

Należy zatem wskazać, że decyzja zapadająca na posiedzeniu aresztowym, zwłaszcza w związku z pierwszym postawieniem podejrzanego przed sędzią, w decydującym stopniu zależy od wrażenia, jakie wywołuje u sędziego osoba podejrzanego, jak

to ujął ETPC w sprawie Jallow przeciwko Norwegii. Dlatego też udział podejrzanego w pierwszym posiedzeniu, o jakim stanowi art. 249 § 3 k.p.k., powinien nieodzwrotnie oznaczać konieczność fizycznego doprowadzenia do sądu²⁶ – przynajmniej dopóki postęp technologiczny nie uniemożliwi zapewnienia jego zdalnego udziału z wyeliminowaniem opisanych wyżej ryzyk, które są nieporównywalnie większe niż korzyści zdalnego udziału.

Można zatem założyć, że zdalne posiedzenie aresztowe (pierwsze) może być optymalnym rozwiązaniem w dwóch sytuacjach: gdy alternatywą dla zdalnego udziału w tym posiedzeniu jest zupełny brak możliwości postawienia podejrzanego przed sędzią w odpowiednim terminie (np. w sprawach zatrzymania na statku, terytoriach zamorskich), a także gdy podejrzany zrzeka się fizycznego udziału w posiedzeniu. ETPC wyraźnie rozszerzył prawo do zrzeczenia się fizycznego udziału w czynnościach sądu na rzecz udziału zdalnego²⁷.

Wydaje się przy tym, że nie ma przeszkód, aby charakter zdalny miały również pozostałe posiedzenia aresztowe (przedłużenie tymczasowego aresztowania, rozpoznanie wniosków o uchylenie lub zmianę tymczasowego aresztowania oraz posiedzenia wyznaczonych celem rozpoznania środków odwoławczych złożonych od postanowień wydanych w przedmiocie tymczasowego aresztowania). ETPC wskazał, że art. 5 ust. 4 EKPC nie wymaga, aby osoba pozbawiona wolności była osobiście przesłuchiwana za każdym razem, gdy zaskarża decyzję o przedłużeniu okresu aresztowania, a jedynie, aby następowało to w rozsądnych odstępach czasowych²⁸. Ponadto gwarancje procesowe wynikające z art. 5 ust. 4 EKPC są spełnione również w sytuacji, w której osoba pozbawiona wolności brała udział w posiedzeniu sądu pierwszej instancji, nawet mimo jej nieobecności przed sądem odwoławczym²⁹. Dlatego zdalny udział podejrzanego może być znaczącym usprawnieniem we wszystkich tych przypadkach, gdy sąd ogranicza się do kontaktu z obrońcą, rezygnując z fizycznego doprowadzenia podejrzanego na posiedzenie.

Odebranie podejrzanemu prawa do osobistego udziału w posiedzeniu aresztowym powinno zostać zrównoważone poprzez odpowiednie gwarancje procesowe. Szereg wytycznych w tym zakresie płynie z orzecznictwa ETPC dotyczącego zdalnego

²⁶ Na tożsamym stanowisku stoi Europejskie Stowarzyszenie Adwokatów Karnistów (ECBA) – zob. *European Criminal Bar Association (ECBA) Statement of Principles on the Use of Video-Conferencing in Criminal Cases in a Post-Covid-19 World*, „New Journal of European Criminal Law” 2021, vol. 12, no. 3, s. 487 (§ 51–55). Takie stanowisko zajął również Komitet Praw Człowieka w związku z treścią art. 9 ust. 3 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167) – por. szerzej International Commission of Jurists, *Videoconferencing, Courts and COVID-19. Recommendations Based on International Standards*, 2020, s. 10–13, https://www.unodc.org/res/ji/import/guide/icj_videoconferencing/icj_videoconferencing.pdf [dostęp: 25.06.2023].

²⁷ Wyrok ETPC z dnia 8 czerwca 2021 r. w sprawie Dijkhuizen przeciwko Niderlandom, skarga nr 61591/16, § 60.

²⁸ Wyrok ETPC z dnia 28 października 2010 r. w sprawie Knebl przeciwko Czechom, skarga nr 20157/05, § 85.

²⁹ Wyroki ETPC z dnia: 12 grudnia 2006 r. w sprawie Depa przeciwko Polsce, skarga nr 62324/00, § 48–49; 19 października 2000 r. w sprawie Włoch przeciwko Polsce, skarga nr 27785/95, § 129–131.

udziału oskarżonego w rozprawie. Zagadnienia tego norweski Sąd Najwyższy nie podejmował, jednakże jawi się ono jako szczególnie istotne – zwłaszcza jeżeli zestawić ze sobą kształt norweskich i polskich regulacji dotyczących zdalnego udziału podejrzanego w posiedzeniach aresztowych.

Na tym polu na pierwszy plan wysuwa się kwestia trybu podejmowania decyzji o odstąpieniu od fizycznego doprowadzenia podejrzanego. W polskim porządku prawnym dopuszczalność takiego trybu procedowania jest uzależniona w zasadzie jedynie od dostępności odpowiednich środków technicznych. Jedyną przesłankę negatywną stanowi fakt, że podejrzany jest głuchy, niemy lub niewidomy. Tak szeroki margines dyskrecjonalności dostarcza przestrzeni dla niepożądanego arbitralności, wobec czego słusznie jest krytykowany w literaturze³⁰. Z przywołanego wyżej orzecznictwa ETPC wynika bowiem jednoznacznie, że decyzja o zdalnym udziale w czynnościach sądu powinna być oparta na mechanizmie wyważającym poświęcenie prawa do fizycznego stawiennictwa z innymi, uzasadnionymi interesami. Dlatego też optymalnym rozwiązaniem wydaje się kompleksowa, indywidualna, sądowa ocena konieczności przeprowadzenia przesłuchania na odległość, dokonywana w świetle potencjalnych ryzyk związanych ze zdalnym udziałem w posiedzeniu oraz dostępnych alternatyw proceduralnych.

Po drugie, transmisja powinna zostać zorganizowana tak, aby prawa podejrzanego nie zostały ograniczone, a jedynie były wykonywane w inny sposób. Dlatego w jak największym stopniu należy odzwierciedlać warunki konwencjonalnego posiedzenia (odpowiednie ujęcia, ukazanie pełnej sylwetki podejrzanego, uczestnicy powinni widzieć się wzajemnie). Szczególnie istotne jest również zachowanie analogicznej do posiedzenia konwencjonalnego możliwości śledzenia przez sędziego zachowania podejrzanego i wychwytywania sygnałów pozawerbalnych. Trzeba też przyjąć odpowiednie rozwiązania zmierzające do wyeliminowania zarysowanego wyżej negatywnego wpływu związanego ze zdalnym udziałem podejrzanego – zaaranżowanie wnętrza pomieszczenia, z którego łączy się podejrzany, zapewnienie na czas transmisji, odpowiedniego stroju. Należy postulować przyjęcie przepisów wykonawczych, które sformułują wytyczne w tym zakresie i ujednoclić praktykę.

Po trzecie, w swoich orzeczeniach ETPC wielokrotnie podkreślał, że zdalny udział oskarżonego w czynnościach sądu powinien być kompensowany poprzez zapewnienie efektywnej pomocy prawnej. Pełne omówienie tego zagadnienia zdecydowanie wykracza poza ramy niniejszej glosy³¹, dlatego należy jedynie zasygnalizować,

³⁰ C. Kulesza, *Rozprawa zdalna oraz zdalne posiedzenie aresztowe w świetle konwencyjnego standardu praw oskarżonego*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2021, z. 26, nr 3, s. 205 i nn.; P. Misztal, *Zdalne posiedzenia aresztowe w trybie art. 250 § 3b–3h kodeksu postępowania karnego: Uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 54, *passim*; R. Olszewski, A. Małolepszy, *Exercise of the Right to Defence in Criminal Proceedings during the COVID-19 Pandemic with Particular Reference to the Relation Between the Accused and the Defence Counsel*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2022, z. 27, nr 2, s. 223 i nn.; D. Szumiło-Kulczycka, *Wpływ pandemii COVID-19 na realizację prawa do sądu w sprawach karnych w Polsce*, PPC 2022, t. 13, nr 1, s. 191 i nn.

³¹ Por. szerzej D. Marko, *The Unclear...*, s. 314–317 i 324–325.

że przenosząc wskazania płynące z orzecznictwa strasburskiego wydanego na tle art. 6 EKPC na grunt posiedzeń aresztowych, trzeba mieć na uwadze potrzebę: 1) przyznania podejrzanemu obrońcy, nawet jeżeli charakter sprawy nie wskazuje na taką potrzebę zgodnie z prawem krajowym; 2) zapewnienia obrońcy rzeczywistej możliwości przygotowania się do obrony – szczególnego znaczenia nabiera tu problem dostępu do akt sprawy (optymalnym rozwiązaniem byłby zdalny dostęp do akt lub udostępnienie ich kserokopii w miejscu pobytu podejrzanego), jak również umożliwienia obrońcy odbycia konsultacji z podejrzanym przed rozpoczęciem posiedzenia – odpowiednie czynności powinny zostać podjęte z odpowiednim wyprzedzeniem, aby zagwarantować zainteresowanemu możliwość nie tylko udziału w tym posiedzeniu, ale również odpowiedniego się do niego przygotowania; 3) zapewnienia podejrzanemu efektywnego, poufnego (szyfrowanego) kanału umożliwiającego swobodną komunikację z obrońcą na czas posiedzenia (jeżeli obrońca bierze udział w posiedzeniu z innej lokalizacji niż podejrzany).

Powyższe rozważania wskazują na potrzebę sformułowania szeregu postulatów *de lege ferenda*. Przede wszystkim należy postulować ograniczenie zakresu przedmiotowego art. 250 § 3b k.p.k. do posiedzeń określonych w art. 249 § 5 k.p.k. oraz w art. 254 k.p.k., przy jednoczesnym uzależnieniu możliwości odstąpienia od doprowadzenia podejrzanego od stwierdzenia przez sąd szczególnie uzasadnionego wypadku albo od uzyskania zgody podejrzanego, niezależnie od przesłanki istnienia odpowiednich warunków technicznych. Posiedzenia wskazane w art. 249 § 3 k.p.k. mogłyby odbywać się zdalnie jedynie za zgodą podejrzanego, wyrażoną po konsultacji z obrońcą³². Przewidziana w art. 250 § 3e k.p.k. możliwość zarządzenia fakultatywnej przerwy mającej umożliwić kontakt telefoniczny obrońcy z oskarżonym powinna zostać uzupełniona o bezwzględny obowiązek zapewnienia poufnego kanału komunikacji między obrońcą a oskarżonym. Ponadto przepis art. 156 § 5a k.p.k. powinien przewidywać, że w przypadku wskazanym w art. 250 § 3b k.p.k. prokurator zapewnia zdalny dostęp do treści wniosku lub zażalenia oraz akt sprawy w części zawierającej treść dowodów dołączonych do wniosku, za pośrednictwem systemu teleinformatycznego. Z kolei art. 249 § 5 k.p.k. powinien uwzględniać, że oskarżonemu, niemającemu obrońcy,

³² Można zauważyć, że wymóg uzyskania dobrowolnej i świadomej, poprzedzonej konsultacją prawną zgody podejrzanego (odpowiednio także oskarżonego i skazanego) wprowadza również rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2023/2844 z dnia 13 grudnia 2023 r. w sprawie cyfryzacji współpracy sądowej i dostępu do wymiaru sprawiedliwości w sprawach cywilnych i handlowych o charakterze transgranicznym oraz współpracy wymiarów sprawiedliwości i dostępu do wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych o charakterze transgranicznym oraz zmieniające niektóre akty w tych dziedzinach (Dz. Urz. UE L 2023/2844 z 27.12.2023) w zakresie spraw, do których znajduje zastosowanie (por art. 6 oraz motyw 44 przywołanego rozporządzenia, w tym przewidziane tam wyjątki). Wydaje się, że przynajmniej porównywalny standard powinien znaleźć zastosowanie w czynności dokonywanych w krajowym postępowaniu karnym, a więc w zakresie wykraczającym poza pole harmonizacji wyznaczone przez przepisy rzeczonożego rozporządzenia. Warto też zauważyć, że francuska Conseil Constitutionnel w orzeczeniu nr 2020-872 QPC z dnia 15 stycznia 2021 r. stwierdziła niekonstytucyjność rozwiązania umożliwiającego wykorzystanie wideokonferencji w sprawach karnych bez zgody zainteresowanej strony.

w przypadku wskazanym w art. 250 § 3b k.p.k. należy wyznaczyć obrońcę z urzędu nawet bez odpowiedniego wniosku.

Literatura

- Bannon A., Adelstein J., *The Impact of Video Proceedings on Fairness and Access to Justice in Court*, Brennan Center for Justice 2020, <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/impact-video-proceedings-fairness-and-access-justice-court>.
- Dukała K., Fryda M., *Psychologiczne i prawne aspekty przesłuchania z wykorzystaniem wideokonferencji* [w:] *Człowiek zalogowany*, 3, *Różnorodność sieciowej rzeczywistości*, red. K. Tucholska, M. Wysocka-Pleczyk, Kraków 2014.
- European Criminal Bar Association (ECBA) Statement of Principles on the Use of Video-Conferencing in Criminal Cases in a Post-Covid-19 World*, „New Journal of European Criminal Law” 2021, vol. 12, no. 3.
- Fortuna Cimino E., Makar Z., Novak N., *Charm City Televised & Dehumanized: How CCTV Bail Reviews Violate Due Process*, „University of Baltimore Law Forum” 2014, vol. 45, no. 1.
- Gori P., Pahladsingh A., *Fundamental Rights under Covid-19: An European Perspective on Videoconferencing in Court*, „ERA Forum” 2021, vol. 21, no. 4.
- Gourdet C. et al., *Court Appearances in Criminal Proceedings Through Telepresence: Identifying Research and Practice Needs to Preserve Fairness While Leveraging New Technology*, RAND Corporation Research Report 2020.
- Hynes J., Gill N., Tomlinson J., *In Defence of the Hearing? Emerging Geographies of Publicness, Materiality, Access and Communication in Court Hearings*, „Geography Compass” 2020, vol. 14, no. 9.
- International Commission of Jurists, *Videoconferencing, Courts and COVID-19. Recommendations Based on International Standards*, November 2020, https://www.unodc.org/res/ji/import/guide/icj_videoconferencing/icj_videoconferencing.pdf.
- Kamber K., *The Right to a Fair Online Hearing*, „Human Rights Law Review” 2022, vol. 22, no. 2.
- Klepczyński A., Kładoczny P., Kubaszewski P., Wiśniewska K., *Raport Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka. Czy koronawirus SARS-CoV-2 zaatakował system wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych?*, Warszawa 2021, <https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2021/11/Raport-COVID-a-proces-karny-PL.pdf>.
- Kulesza C., *Rozprawa zdalna oraz zdalne posiedzenie aresztowe w świetle konwencyjnego standardu praw oskarżonego*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2021, z. 26, nr 3.
- Legg M., Song A., *The Courts, the Remote Hearing and the Pandemic: From Action to Reflection*, „UNSW Law Journal” 2021, vol. 44, no. 1.
- Marko D., *The Unclear Picture of the Habeas Corpus? Some General Remarks on Remote Pre-Trial Detention Hearings in Light of the Selected Countries' Legislation and the ECHR Standards* [w:] *Criminal Justice in the Prism of Human Rights (X AIDP International Symposium for Young Penalists, Bologna, Italy, 27–28 October 2022)*, eds. F. Mazzacupa, M. Odriozola Gurrutxaga, N. Recchia, A. Santangelo, The Netherlands 2023.
- Misztal P., *Zdalne posiedzenia aresztowe w trybie art. 250 § 3b–3h kodeksu postępowania karnego: Uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 54.

- Olszewski R., Małolepszy A., *Exercise of the Right to Defence in Criminal Proceedings during the COVID-19 Pandemic with Particular Reference to the Relation Between the Accused and the Defence Counsel*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2022, z. 27, nr 2.
- Quattrocchio S., *Participatory Rights in Comparative Criminal Justice: Similarities and Divergences Within the Framework of the European Law* [w:] *Personal Participation in Criminal Proceedings: A Comparative Study of Participatory Safeguards and in absentia Trials in Europe*, eds. eadem, S. Ruggeri, Cham 2019.
- Rowden E., *Virtual Courts and Putting ‘Summary’ Back into ‘Summary Justice’: Merely Brief, or Unjust?* [w:] *Architecture and Justice Judicial Meanings in the Public Realm*, eds. J. Simon, N. Temple, R. Tobe, London 2013.
- Sanders A., *Video-Hearings in Europe Before, During and After the COVID-19 Pandemic*, „International Journal for Court Administration” 2021, vol. 12, no. 2, <https://iacajournal.org/articles/10.36745/ijca.379>.
- Szumiło-Kulczycka D., *Wpływ pandemii COVID-19 na realizację prawa do sądu w sprawach karnych w Polsce*, „Polski Proces Cywilny” 2022, t. 13, nr 1.
- Turner J.L., *Remote Criminal Justice*, „Texas Tech Law Review” 2021, vol. 53, no. 1.
- van der Vlis E.-J., *Videoconferencing in criminal proceedings* [w:] *Videoconference and remote interpreting in criminal proceedings*, eds. S. Braun, J.L. Taylor, Surrey 2011.

Streszczenie

Dawid Marko

Zdalny udział podejrzanego w posiedzeniu aresztowym w świetle standardu *habeas corpus*

Głosa porusza problem dopuszczalności zdalnego udziału podejrzanego w posiedzeniach aresztowych, a w szczególności w posiedzeniu w przedmiocie rozpoznania wniosku o zastosowanie izolacyjnego środka zapobiegawczego, z punktu widzenia art. 5 ust. 3 i 4 EKPC. Dokonując analizy orzecznictwa strasburskiego, autor dochodzi do wniosku, że specyfika zdalnego udziału w zbyt daleko idącym stopniu negatywnie wpływa na możliwość zrealizowania celów wyznaczonych przez procedurę *habeas corpus*, wobec czego należy stwierdzić, że postawienie przed sędzią w rozumieniu art. 5 ust. 3 EKPC powinno mieć charakter fizyczny. Zdaniem autora, zdalny udział podejrzanego może jednak stanowić optymalne rozwiązanie w przypadku pozostałych posiedzeń aresztowych. Autor zwraca również uwagę na potrzebę przyjęcia dodatkowych gwarancji procesowych związanych ze zdalnym udziałem podejrzanego w posiedzeniu i formułuje wnioski *de lege ferenda*.

Słowa kluczowe: *habeas corpus*, posiedzenie aresztowe, wideokonferencja, zdalny udział.

Summary

Dawid Marko

Remote Participation of a Suspect in a Pre-trial Detention Hearing in the Light of Article 5(3) ECHR

The commentary addresses the issue of the admissibility of the suspect's remote participation in pre-trial detention hearings and, in particular, in the initial remand-in-custody hearing from the perspective of Article 5(3) and (4) ECHR. Analysing the Strasbourg jurisprudence, the author concludes that the specificity of remote participation too far undermines the possibility of achieving the objectives set by the *habeas corpus* procedure so that the appearance before a judge within the meaning of Article 5(3) ECHR should be physical. However, in the author's opinion, remote participation of the suspect may be the optimal solution for other detention hearings. The author also draws attention to the need to adopt additional procedural safeguards related to the remote participation of the suspect in the session and formulates *de lege ferenda* proposals.

Keywords: *habeas corpus*, remand hearing, videoconferencing in criminal process, remote participation.

Środek odwoławczy od wydania europejskiego nakazu dochodzeniowego dotyczącego wideokonferencji¹

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 listopada 2021 r., C-852/19, postępowanie karne przeciwko Ivanowi Gavanozovowi²

Artykuł 14 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/41/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych³, rozpatrywany w związku z art. 24 ust. 7 tej dyrektywy i art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej⁴, należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu państwa członkowskiego wydającego europejski nakaz dochodzeniowy, w którym nie przewidziano żadnego środka odwoławczego od wydania europejskiego nakazu dochodzeniowego dotyczącego dokonania przeszukania i zajęcia oraz przeprowadzenia przesłuchania świadka w ramach wideokonferencji.

Artykuł 6 dyrektywy 2014/41, rozpatrywany w związku z art. 47 KPP UE i art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej⁵, należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie wydaniu przez właściwy organ państwa członkowskiego europejskiego nakazu dochodzeniowego dotyczącego dokonania przeszukania i zajęcia oraz przeprowadzenia przesłuchania świadka w ramach wideokonferencji, gdy w uregulowaniu tego państwa członkowskiego nie przewidziano żadnego środka odwoławczego od wydania takiego europejskiego nakazu dochodzeniowego.

Sławomir Steinborn

Uniwersytet Gdański, Polska
slawomir.steinborn@ug.edu.pl
ORCID: 0000-0001-8381-7814

<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.09>

¹ Niniejsza glosa powstała w ramach projektu „MEIOR – Mould EIO Review” (Justice Programme JUST-2021-JCOO) realizowanego przez konsorcjum KU Leuven, Uniwersytetu Complutense w Madrycie, Uniwersytetu w Padwie, Uniwersytetu w Uppsali i Uniwersytetu Gdańskiego.

² ECLI:EU:C:2021:902.

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/41/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych (Dz. Urz. UE L 130 z 1.05.2014, s. 1) (dalej: dyrektywa 2014/41).

⁴ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 303 z 14.12.2007, s. 1) (dalej: KPP UE lub Karta).

⁵ Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) (Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 1).

Glosa

Funkcjonujący od 2017 r. europejski nakaz dochodzeniowy (dalej: END) jest kolejnym z instrumentów, których celem jest zwiększenie efektywności i sprawności transgranicznych postępowań karnych w Unii Europejskiej. Tak jak wcześniejsze, również i ten został oparty na zasadzie wzajemnego uznawania, co niesie za sobą określone konsekwencje. Przede wszystkim mechanizm ten oznacza zerwanie z tradycyjnym podejściem cechującym system międzynarodowej pomocy prawnej, gdzie państwo prowadzące postępowanie karne, w którym zachodzi potrzeba uzyskania informacji lub dowodu znajdującego się za granicą, występuje do państwa obcego z wnioskiem o przekazanie tych informacji, dokonanie określonej czynności dowodowej i przekazanie uzyskanego w ten sposób dowodu, zaś całość oceny dopuszczalności danej czynności dowodowej oraz warunków jej przeprowadzenia dokonywana jest w państwie wezwanym i co do zasady wedle prawa w nim obowiązującego. Dyrektywa 2014/41 opiera się na założeniu, że merytoryczne podstawy przeprowadzenia czynności dowodowej podlegają ocenie wyłącznie w państwie wydającym END, natomiast w państwie wykonującym END bada się, czy nie zachodzi jedna z podstaw odmowy wykonania europejskiego nakazu dochodzeniowego, przy czym katalog tych podstaw ma charakter zamknięty. Dalszą konsekwencją takich założeń jest to, że również w państwie wydającym END powinien zostać zapewniony środek odwoławczy, jeżeli przysługuje on w przypadku równoważnej czynności dochodzeniowej w postępowaniu krajowym. Jest to niewątpliwie rozwiązanie istotnie zwiększające kontrolę sądową podejmowanych czynności, czego najczęściej brak w przypadku tradycyjnej międzynarodowej pomocy prawnej, skoro państwo wzywające w tym systemie jedynie występuje z wnioskiem o udzielenie pomocy, co samo w sobie co do zasady nie podlega kontroli sądowej, zwłaszcza w sytuacji, gdy dzieje się to na etapie postępowania przygotowawczego.

Rozdzielenie skutkujące odrębnymi trybami zaskarżenia END i czynności dochodzeniowej, której on dotyczy, w państwie wydającym i państwie wykonującym END ma tę niezaprzeczną zaletę, że skoro postępowanie karne, w ramach którego wydano END, toczy się z reguły tylko w państwie wydającym (tam też zgromadzono materiały sprawy), to przede wszystkim w tym państwie możliwe jest przeprowadzenie efektywnej kontroli dopuszczalności i merytorycznej zasadności – w realiach danej sprawy – sięgnięcia po daną czynność dochodzeniową. W państwie wykonania END najczęściej nie toczy się żadne postępowanie karne w danej sprawie, a zatem dokonywanie tam oceny choćby potrzeby sięgnięcia po daną czynność dochodzeniową może narażać na praktycznych trudności. Nie oznacza to jednak, że jest to rozwiązanie idealne. Można wskazać choćby na problem realnej możliwości skorzystania ze środka zaskarżenia przez osobę dotkniętą czynnością, która nie jest stroną i znajduje się wyłącznie w państwie wykonującym END (np. świadek, który przebywa za granicą i miałby zostać przesłuchany co do kwestii objętych tajemnicą zawodową, co wymaga zwolnienia go z tego obowiązku; osoba, której mieszkanie ma zostać lub zostało

przeszukane). Wówczas doprowadzenie do merytorycznej weryfikacji czynności może dla tej osoby okazać się utrudnione i kosztowne.

Nowych impulsów dotyczących kontroli sądowej END dostarczył wydany w trybie prejudycjalnym wyrok Trybunału Sprawiedliwości (dalej: TS lub Trybunał) w sprawie Gavanozov II. Jego istotę można sprowadzić do syntetycznego stwierdzenia, że art. 6 i art. 14 dyrektywy 2014/41 w zw. z art. 47 KPP UE wymagają, aby w państwie członkowskim wydającym END została zapewniona możliwość wniesienia środka odwoławczego (prawnego) od europejskiego nakazu dochodzeniowego dotyczącego dokonania przeszukania i zajęcia oraz przeprowadzenia przesłuchania świadka w ramach wideokonferencji. W razie braku takiej gwarancji w prawie danego państwa wydanie END jest w nim niedopuszczalne.

Logiczną konsekwencją takiego rozstrzygnięcia – choć w tej kwestii Trybunał już nie wypowiedział się wyraźnie⁶ – jest stwierdzenie, że w razie wydania END dotyczącego wskazanych środków dochodzeniowych przez państwo, w którym nie został zapewniony środek odwoławczy od wydania tego END, państwo wykonujące będzie mogło odmówić wykonania nakazu. Wystarczającą podstawę ku temu stanowi przepis art. 11 ust. 1 lit. f) dyrektywy 2014/41⁷. Wydaje się, że ta możliwość będzie niezależna od tego, czy osoba, na której sytuację prawną END wpływa, w ogóle zamierzałaby skorzystać z możliwości wniesienia takiego środka odwoławczego. Jak trafnie zauważa się w piśmiennictwie, Trybunał w tym przypadku poszedł znacznie dalej niż w orzeczeniach dotyczących przestrzegania praw jednostki na gruncie europejskiego nakazu aresztowania (dalej: ENA), ponieważ w istocie wyrok ten oznacza, że w przypadku istotnych deficytów w zapewnieniu praw podstawowych, takich jak ustawodawstwo wprost naruszające Kartę (np. poprzez niezapewnienie przewidzianego w art. 47 KPP UE skutecznego środka prawnego), dochodzi do podważenia wzajemnego zaufania i zawieszenia opartej na wzajemnym uznawaniu współpracy w zakresie danego instrumentu⁸.

Już na tej podstawie jasno widać, że wyrok w sprawie Gavanozov II może mieć daleko idące skutki dla efektywności współpracy sądowej między państwami członkowskimi UE. W pierwszej kolejności należy więc przyjrzeć się bliżej tokowi rozumowania Trybunału.

Na pierwszy rzut oka rozstrzygnięcie wydaje się logiczne – skoro END może pociągać za sobą ingerencję w prawa podstawowe jednostki, to osobie, której dotyczy czynność dochodzeniowa, powinna zostać zapewniona możliwość wywołania kontroli END. Problem jednak w tym, że zakres przedmiotowy tego nakazu jest nieomal nieograniczony, ponieważ zgodnie z art. 3 dyrektywy 2014/41 może dotyczyć każdej czynności dochodzeniowej z wyjątkiem współpracy w ramach wspólnego zespołu

⁶ Zob. C-852/19, pkt 59.

⁷ Podobnie A. Hernandez Weiss, *Effective protection of rights as a precondition to mutual recognition: Some thoughts on the CJEU's Gavanozov II decisions*, „New Journal of European Criminal Law” 2022, vol. 13, no. 2, s. 190–191.

⁸ Zob. *ibidem*; I. Szijártó, *The CJEU Partially Excludes Bulgaria from Taking Part in Judicial Cooperation – an Absolute Order or a Balancing Act? The Gavanozov II Case*, „Pécs Journal of International and European Law” 2022, no. 1, s. 50.

śledczego. Skoro zatem nie ma zasady *numerus clausus* czynności dochodzeniowych, to w grę wchodzi różnego rodzaju czynności, o ile będą one zmierzać do uzyskania dowodu lub informacji istotnych dla prowadzonego postępowania karnego. Mogą to więc być czynności o zróżnicowanym stopniu ingerencji w prawa podstawowe. Można przypuszczać, że gdyby Trybunał ograniczył swoje rozstrzygnięcie do END dotyczącego przeszukania i zajęcia, nie budziłoby ono takich kontrowersji, jest to bowiem czynność głęboko ingerująca choćby w prywatność jednostki. Problem w tym, że Trybunał swoje rozumowanie zastosowane na gruncie END dotyczącego przeszukania i zajęcia niemal automatycznie przeniósł na grunt END odnoszącego się do przesłuchania świadka w formie wideokonferencji. Dodatkowo trzeba mieć na względzie, że choć europejski nakaz dochodzeniowy jest instrumentem stosowanym przede wszystkim do gromadzenia dowodów, a więc w toku postępowania przygotowawczego, to jednak jego zakres nie jest ograniczony tylko do tego etapu procesu karnego. Nakaz ten znajduje również zastosowanie w postępowaniu sądowym. Konsekwencje wyroku C-852/19 dla praktyki wymiaru sprawiedliwości są daleko idące, ponieważ przesłuchanie w formie wideokonferencji to jedna z czynności dochodzeniowych, do przeprowadzenia których stosunkowo często korzysta się z END, zwłaszcza w postępowaniu sądowym.

Główny argument, po który sięgnął Trybunał, to wynikające z art. 47 ust. 1 KPP UE prawo do skutecznego środka prawnego (C-852/19, pkt 28, 29). Przepis ten stanowi, że każdy, czyje prawa i wolności zagwarantowane przez prawo Unii zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem, zgodnie z warunkami przewidzianymi w tym artykule. Dla wzmocnienia argumentacji – analizując kwestię END dotyczącego przeszukania i zajęcia – Trybunał wskazał na prawo do skutecznego środka odwoławczego przewidziane w art. 13 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka⁹ (C-852/19, pkt 34). Z kolei do tego ostatniego argumentu Trybunał nie odwołał się, gdy analizował kwestię skutecznego środka odwoławczego w przypadku przesłuchania świadka. Jest to konsekwencja istotnej różnicy, jaka zachodzi między wskazanymi postanowieniami Karty i Konwencji. Przepis art. 13 EKPC nie ma bowiem charakteru ogólnej gwarancji procesowej, lecz jego zakres przedmiotowy jest ograniczony wyłącznie do praw i wolności gwarantowanych w Konwencji. Nie sposób zatem z niego wywodzić prawa do środka odwoławczego w odniesieniu do przesłuchania w formie wideokonferencji, ponieważ samo w sobie nie prowadzi ono do naruszenia praw jednostki gwarantowanych w EKPC. Również przepis art. 6 ust. 1 EKPC, który ma bliźniaczy względem art. 47 KPP UE charakter, nie rozciąga przewidzianych w nim gwarancji prawa do sądu na osobę świadka.

Ponadto oba przepisy gwarantują prawo do skutecznego środka odwoławczego osobom, których prawa zostały naruszone. Oczywiście na gruncie art. 47 KPP UE nie należy tego rozumieć w sposób zbyt wąski jako wymogu, aby najpierw doszło do naruszenia praw i wolności gwarantowanych przez prawo Unii, chcąc, by w konsekwencji

⁹ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) (dalej: EKPC lub Konwencja).

wskazana w nim gwarancja się zaktualizowała. Nie ulega jednak wątpliwości, że z samej jej istoty należy wywodzić, iż powinien zachodzić przynajmniej określony i prawdopodobny stopień zagrożenia dla danego prawa lub wolności. W tym kontekście warto przypomnieć, że w klasycznej międzynarodowej pomocy prawnej tradycyjnie nieco inne wymogi formułuje się w przypadku wniosków dotyczących czynności ingerujących w prawa jednostki, zwłaszcza wiążących się z zastosowaniem środków przymusu oraz wniosków, które nie dotyczą tzw. czynności intruzywnych. W przypadku tych drugich często nie wymaga się spełnienia warunku podwójnej karalności¹⁰. Jest to oczywista konsekwencja założenia, że tam, gdzie ryzyko naruszenia praw i wolności jednostki nie zachodzi lub jest minimalne, zbędne byłoby kreowanie daleko idących gwarancji. Trybunał dostrzegł problem, że zgodnie z regułami przewidzianymi w dyrektywie 2014/41 merytoryczne kwestionowanie zasadności i dopuszczalności danej czynności dochodzeniowej jest możliwe tylko w państwie wydania END (C-852/19, pkt 38–41). Można mieć jednak wątpliwości, czy oznacza to w każdym przypadku nakaz zagwarantowania środka prawnego już w momencie, gdy czynność została zarządzona, jeszcze zanim doszło do jej wykonania, a więc niejako na zapas. Stanowiąca ogólną zasadę prawa Unii zasada ochrony przed arbitralnymi lub dysproporcjonalnymi ingerencjami władzy publicznej w sferę prywatną osoby fizycznej lub prawnej, do której odwołał się Trybunał¹¹, nie wymaga zapewnienia jednostce efektywnego środka prawnego już w momencie, gdy ta ingerencja ma jedynie hipotetyczny charakter. Jest to o tyle istotne, że jednym z celów wprowadzenia END było usprawnienie i przyspieszenie współpracy sądowej w sprawach karnych w zakresie uzyskiwania dowodów, a zatem wymaganie niezwłocznego zapewnienia środka odwoławczego od wydania END mogłoby poważnie zagrozić jego osiągnięciu.

Problem ten jest doskonale widoczny właśnie w odniesieniu do przesłuchania świadka w drodze wideokonferencji. Trudno uznać, aby samo wezwanie świadka do stawienia na przesłuchanie – niezależnie, czy przeprowadzane w sposób tradycyjny, czy poprzez wideokonferencję – powodowało tak poważną ingerencję władzy publicznej w sferę prywatną¹², że już w tym momencie należałoby wyposażyć tego świadka w prawo do skutecznego środka odwoławczego względem takiego END. Oczywiście jest, że w związku z przesłuchaniem może dojść do naruszenia praw świadka, np. gdy zostanie ukarany za niestawiennictwo na wezwanie lub przymusowo doprowadzony przez policję albo gdy spotkają go procesowe konsekwencje odmowy zeznań, gdyby powołał się na obowiązek zachowania określonych informacji w tajemnicy. Rzecz jednak w tym, że w momencie wydania END są to konsekwencje mające wyłącznie potencjalny, hipotetyczny charakter¹³. W tym punkcie widoczna jest

¹⁰ Zob. art. 5 ust. 1 lit. a) Europejskiej konwencji o pomocy prawnej w sprawach karnych, sporządzonej w Strasburgu dnia 20 kwietnia 1959 r. (Dz. U. z 1999 r. Nr 76, poz. 854).

¹¹ Zob. C-852/19, pkt 45.

¹² Por. C-852/19, pkt 44–47.

¹³ Potencjalnie również sam sposób przesłuchania może naruszać choćby prawo do prywatności chronione przez art. 8 EKPC, jednak również i w tym przypadku jest to tylko potencjalna sytuacja i to raczej o wyjątkowym charakterze.

kluczowa różnica między zarządzeniem przeszukania mieszkania a wezwaniem świadka na przesłuchanie, którą Trybunał całkowicie przeoczył. W przypadku zarządzenia przeszukania ingerencja ta jest w zasadzie immanentną konsekwencją tej decyzji, ponieważ każde przeszukanie oznacza niemal automatycznie ingerencję w prywatność jednostki¹⁴. Nie wszystkie jednak czynności dochodzeniowe, których może dotyczyć END, wiążą się z naruszeniem praw jednostki już w momencie samego wydania tego nakazu, zanim doszło do wykonania czynności. Uwzględnienie tych uwarunkowań prowadzi do wniosku, że wyrok Trybunału w nieuzasadniony sposób rozciąga ochronę wynikającą z art. 47 KPP UE na sytuacje, w których nie dochodzi do bezpośredniej ingerencji w prawa podstawowe.

Takie stanowisko Trybunału jest w istocie zasadniczym odejściem od dotychczasowej linii orzecznictwa zapoczątkowanej sprawą Aranyosi i Caldarraru¹⁵, w której TS przyjmował, iż dopiero pojawienie się poważnego ryzyka naruszenia praw podstawowych w danej sprawie, i to w sytuacji systemowych deficytów istniejących w danym państwie członkowskim (mechanizm tzw. dwóch kroków oceny), otwiera sądowi orzekającemu w państwie wykonania drogę do odmowy współpracy z organem sądowym innego państwa. Trybunał dotychczas wymagał zatem wysokiego stopnia prawdopodobieństwa *in concreto*, że dojdzie do naruszenia praw podstawowych¹⁶. Tymczasem w wyroku Gavanozov II Trybunał uznał, iż brak zapewnienia efektywnego środka prawnego zgodnie z art. 47 KPP UE skutkuje niedopuszczalnością współpracy, co w przypadku END dotyczącego wideokonferencji oznacza, że odmowa współpracy nastąpi pomimo tego, iż stopień intryzywności tej samej w sobie czynności jest bardzo niski. Trudno uznać to za spójne podejście do kwestii znaczenia ochrony praw podstawowych w kontekście współpracy sądowej w sprawach karnych.

Przepis art. 14 ust. 1 i 2 dyrektywy 2014/41 wymaga, aby w odniesieniu do czynności dochodzeniowych wskazanych w END przysługiwały środki odwoławcze równoważne środkom, które przysługiwałyby w podobnej sprawie krajowej, przy czym merytoryczne podstawy wydania END mogą być kwestionowane tylko w państwie wydania tego nakazu. Trybunał w komentowanym orzeczeniu – choć nie precyzuje, co do jakich aspektów środek prawny ma zapewniać kontrolę END – to jednak w kontekście tego przepisu wydaje się sugerować, iż powinna zostać zapewniona możliwość weryfikacji materialnych podstaw czynności dochodzeniowej. Paradoksalnie może to prowadzić do sytuacji, że ochrona w przypadku postępowania transgranicznego może być wyższa niż w przypadku analogicznego postępowania krajowego. Trybunał przeoczył lub przynajmniej zbagatelizował fakt, że przesłuchanie świadka w procedurach karnych samo w sobie nie stanowi czynności, od której przysługuje środek zaskarżenia

¹⁴ Jeśli dana osoba deklarowałaby wolę wydania określonej rzeczy lub można byłoby realnie spodziewać się jej współpracy w tym zakresie, to w ogóle nie ma konieczności przeprowadzania przeszukania – por. art. 217 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 37 ze zm.) (dalej: k.p.k.).

¹⁵ Wyrok TS z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie Aranyosi i Caldarraru, C-404/15 i C-659/15, ECLI:EU:C:2016:198.

¹⁶ Zob. A. Hernandez Weiss, *Effective protection...*, s. 187–189.

lub inny sformalizowany środek prawny. Powstaje zatem pytanie, jak rozwiązać sytuację, gdy takiego środka nie przewiduje prawo krajowe co do analogicznej czynności w postępowaniu *stricte* krajowym. Jest też możliwe, że prawo obu państw – wydającego i wykonującego END – nie będzie przewidywać środka odwoławczego od danej czynności. Wydaje się, że w przypadku przesłuchania w formie wideokonferencji będzie to wręcz regułą¹⁷.

Stanowisko Trybunału wyrażone w wyroku *Gavanozov II* odnoszące się do END dotyczącego przesłuchania w drodze wideokonferencji jest wysoce niepraktyczne, a zaoferowany w nim standard dotyczący środka prawnego w istocie iluzoryczny. Z reguły systemy procesowe zapewniają świadkowi możliwość zakwestionowania decyzji, których celem jest wymuszenie na nim realizacji jego procesowego obowiązku stawienia i złożenia zeznań (zob. art. 290 § 2 k.p.k.). W przypadku wideokonferencji ma miejsce szczególny podział kompetencji między organem państwa wykonującego END i organem państwa wydającego END. Z art. 24 ust. 3 i 5 dyrektywy 2014/41 wynika, że do organu państwa wykonującego END należy zapewnienie stawienia świadka, zaś do organu wydającego END przeprowadzenie przesłuchania. Dyrektywa 2014/41 nie jest jednak już nazbyt precyzyjna, jeśli idzie o sytuację, gdy świadek nie stawiał się dobrowolnie lub też bezpodstawnie odmawia składania zeznań. Nie określono w niej, do którego ze wskazanych organów należy zastosowanie środków wymuszających spełnienie tych procesowych obowiązków świadka (np. kary porządkowej za niestawienie lub przymusowego doprowadzenia). Jeśli idzie o zapewnienie stawienia, to zarówno reguły międzynarodowej współpracy w sprawach karnych, jak i względy pragmatyczne przemawiają za przyjęciem, że zastosowanie środków przymusu należy do organu państwa wykonującego END. Tylko bowiem decyzja tego organu o nałożeniu kary porządkowej lub przymusowym doprowadzeniu będzie automatycznie skuteczna na terytorium tego państwa i podlegała niezwłocznemu wykonaniu. Wiele przemawia również za analogicznym podejściem do kwestii wymuszenia spełnienia obowiązku złożenia zeznań. Dodatkowo wskazuje na to treść art. 24 ust. 7 dyrektywy 2014/41, z którego wynika, że zastosowanie konsekwencji prawnych odmowy złożenia zeznań należy do państwa, na którego terytorium znajduje się świadek, a więc państwa wykonującego END. Zastosowanie zatem mają w tych sytuacjach przepisy prawa państwa wykonującego ten nakaz, co oznacza, że ewentualne decyzje procesowe będą podlegały zaskarżeniu również zgodnie z regułami obowiązującymi w tym państwie, a nie w państwie wydającym END. Wydaje się jednak, że z punktu widzenia gwarancji wynikającej z art. 47 KPP UE to właśnie możliwość zakwestionowania tej decyzji w państwie wykonującym END, a nie w państwie wydającym będzie pozwalała uznać taki środek prawny za skuteczny w rozumieniu tego przepisu. Unaocznia to dodatkowo, jak niepraktyczne konsekwencje przynosi wyrok w sprawie *Gavanozov II*,

¹⁷ Zob. *The impact of the judgment of the CJEU in Case C-852/19 (Gavanozov II) – Questionnaire and compilation of replies by Eurojust and the European Judicial Network (EJN)*, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6052-2022-REV-1/en/pdf> [dostęp: 13.12.2023].

bez realnej potrzeby komplikując mechanizm współpracy w ramach europejskiego nakazu dochodzeniowego.

Trzeba w tym miejscu zwrócić uwagę na jeszcze jeden niuans związany ze środkiem prawnym wobec END. W sytuacji, gdy czynność dochodzeniowa nakierowana jest na inną osobę niż strona toczącego się postępowania karnego (chodzi tu zwłaszcza o podejrzanego lub oskarżonego), osobie tej nie zostanie doręczony odpis postanowienia o wydaniu END. Procedura nie przewiduje obowiązku doręczania takiej decyzji procesowej świadkowi, który ma zostać przesłuchany w drodze wideokonferencji, ani nawet informowania go o wydaniu takiego END (zob. art. 100 § 4 i 5 k.p.k. w zw. z art. 106 k.p.k.). Sytuacja jest zatem zupełnie inna niż w przypadku samej czynności dochodzeniowej w postępowaniu krajowym, kiedy to decyzja procesowa może podlegać od razu doręczeniu osobie, której dotyczy dana czynność, chyba że z natury danej czynności lub etapu postępowania wskazane jest późniejsze dopełnienie tego obowiązku. W takiej sytuacji osoba, której dotyczy czynność dochodzeniowa, ma możliwość kwestionowania decyzji procesowej. W przypadku END trudno zakładać, że świadek będzie mógł zakwestionować ten nakaz od razu po jego wydaniu. Stanie się to możliwe dopiero, gdy przynajmniej zostanie wezwany do stawienia, a z reguły dopiero, gdy się stawi, gdyż wówczas uzyska bliższe informacje o powodach swojego wezwania i sprawie.

Powyższe uwagi doskonale unaoczniają problemy, jakie może rodzić wyrok w sprawie Gavanozov II, oraz niestety także jego całkowite oderwanie od realiów praktyki procesowej. Gdyby uznać, że świadek znajdujący się przecież na terytorium państwa wykonującego END powinien mieć zapewnione prawo do niezwłocznego skorzystania ze środka prawnego wobec tego nakazu, konieczne stałoby się doręczenie mu decyzji dotyczącej END jeszcze przed skierowaniem nakazu do państwa wykonującego, ewentualnie najpóźniej na etapie procedury wykonywania END w państwie wykonującym. W tej drugiej sytuacji oznaczałoby to możliwość wniesienia odwołania kierowanego do właściwego organu w państwie wydającym, które istotnie odraczałoby moment realizacji END. Trzeba jednak zauważyć, że takie prawo kwestionowania END przez świadka byłoby jedynie iluzoryczną gwarancją, trudno bowiem uznać, że świadek byłby w stanie efektywnie z niego skorzystać i kwestionować merytoryczne podstawy wydania END, skoro nawet nie ma dostępu do akt postępowania prowadzonego w państwie wydającym ten nakaz, nie wspominając o szerszej wiedzy o przedmiocie postępowania. Nawet doręczenie mu odpisu END nie będzie zapewniało szerszej informacji, skoro treść formularza nakazu ma za zadanie przede wszystkim dostarczenie odpowiednich informacji organowi wykonania END, a nie osobie, której dotyczy wnioskowana czynność dochodzeniowa. W istocie zatem świadek będzie miał możliwość efektywnego merytorycznego zakwestionowania END dotyczącego jego przesłuchania w drodze wideokonferencji dopiero w momencie, gdy stawi się na wezwanie i uzyska bliższe informacje o czynności od organu państwa wydającego ten nakaz. Stanowi to silny argument na rzecz stanowiska, iż środkiem prawnym wobec takiego END jest uprawnienie do ogólnego zakwestionowania przez świadka swojego wezwania i planowanej czynności jego przesłuchania, co może on uczynić w momencie jego

stawiennictwa w związku z przesłuchaniem w drodze wideokonferencji przez organ państwa wydającego END. Będzie to w pewnym sensie nadal kontrola *ex ante*, ponieważ będzie zainicjowana jeszcze przed zrealizowaniem czynności dochodzeniowej. Fakt, że świadek będzie musiał się stawić na wezwanie, nie powoduje, iż środek prawny będzie nieefektywny.

Na tle stanowiska Trybunału pojawia się jeszcze jedna kwestia. Należy mianowicie dostrzec, że END może zostać wydany w postępowaniu przygotowawczym przez sąd lub sędziego, co jest regułą w przypadku bardziej intruzywnych czynności dochodzeniowych, takich jak np. podsłuch, jak również nakaz ten może być wydany przez sąd w toku postępowania sądowego, co np. często dzieje się w przypadku przesłuchania świadka w drodze wideokonferencji. Powstaje w takiej sytuacji pytanie, czy wówczas osobie, której dotyczy dana czynność dochodzeniowa, również powinien zostać zapewniony środek prawny do sądu wobec wydania END. Jeśli idzie o czynności istotnie ingerujące w prawa i wolności jednostki, to zaskarżalność decyzji jest w takim przypadku regułą. W odniesieniu do czynności dochodzeniowych „nieintruzywnych” (takich jak wideokonferencja) lub END wydawanego w postępowaniu sądowym można z jednej strony uznać, że kluczowe jest, iż taki nakaz został wydany przez sąd, a stanowisko Trybunału wymagające, aby środek prawny wnoszony do sądu musiał zostać zapewniony również w takim przypadku, prowadziłoby do kreowania podwójnej kontroli sądowej. Z drugiej jednak strony nie sposób pomijać, że wydanie END nawet przez sąd niejednokrotnie będzie następowało z całkowitym pominięciem osoby, której ma dotyczyć czynność dochodzeniowa. Dopiero wówczas możliwość skorzystania z odrębnego środka prawnego wnoszonego do sądu będzie spełniać wymóg wynikający z art. 47 KPP UE.

Niezależnie od powyższej krytyki rozstrzygnięcia w sprawie Gavanozov II istotne pozostaje pytanie o jego dalsze implikacje, zwłaszcza na gruncie praktyki europejskiej współpracy sądowej w sprawach karnych. Oczywiście najprościej byłoby założyć, że sądy krajowe w obliczu tak nierozsądnego stanowiska Trybunału przejdą nad nim do porządku dziennego i będą kontynuować współpracę pomimo braku zapewnienia środka odwoławczego w odniesieniu do END dotyczącego przesłuchania w drodze wideokonferencji. Z jednej strony takie podejście byłoby o tyle ułatwione, że w pierwszym wyroku w sprawie Gavanozov Trybunał Sprawiedliwości uznał, iż przepis art. 5 ust. 1 dyrektywy 2014/41 nie wymaga zamieszczenia w formularzu END opisu środków odwoławczych, które w państwie wydającym przysługują od takiego nakazu¹⁸. Z drugiej strony, skoro w świetle wyroku w sprawie Gavanozov II, w sytuacji braku odpowiedniego środka odwoławczego od wydania END dotyczącego przesłuchania w drodze wideokonferencji, właściwy organ państwa członkowskiego nie powinien w ogóle takiego END wydać, to jeżeli do wydania takiego nakazu w tych warunkach jednak dojdzie, właściwy organ państwa wykonującego powinien odmówić wykonania END. Praktyka współpracy już odnotowuje pierwsze takie odmowy¹⁹. Trudno

¹⁸ Wyrok TS z dnia 24 października 2019 r., C-324/17, ECLI:EU:C:2019:892.

¹⁹ W jednej ze spraw zwisłych przed Sądem Okręgowym we Włocławku doszło w 2023 r. do odmowy wykonania przez Bułgarię polskiego END dotyczącego przesłuchania w formie wideokonferencji.

zakładać, że organy państw wykonujących END nie będą weryfikować tej okoliczności, zwłaszcza jeśli w formularzu nakazu brak będzie odniesienia co do kwestii zapewnienia skutecznego środka prawnego.

W związku z powyższym należy się zastanowić, jakie rozwiązania pozostają do dyspozycji polskich sądów i prokuratorów, jeśli idzie o wydawanie END dotyczących wideokonferencji. Kwestia ta ma zresztą znaczenie bardziej generalne. Należy bowiem zakładać, że przyjęta przez Trybunał niezwykle ekstensywna interpretacja art. 47 KPP UE i art. 14 dyrektywy 2014/41 – skoro odnosi się do takiej czynności, jak przesłuchanie świadka w formie wideokonferencji – znajdzie zastosowanie również w odniesieniu do innych czynności dochodzeniowych objętych END. Można wręcz spodziewać się serii pytań prejudycjalnych dotyczących kolejnych czynności dochodzeniowych, podobnie jak było to w przypadku kwestii organu sądowego uprawnionego do wydania ENA. Problem jest zatem zasadniczy, ponieważ w wielu systemach krajowych – podobnie jak w polskim – nie co do wszystkich czynności dowodowych zapewnia się środek zaskarżenia lub inny środek prawny.

Kluczowe znaczenie ma tu odpowiedź na pytanie, jakie warunki powinien spełniać środek prawny w kontekście END, aby uznać go za efektywny. Przepis art. 47 ust. 1 KPP UE mówi o środku prawnym (*remedy*) wnoszonym do sądu. Nie ulega wątpliwości, że jest to kategoria szersza niż środek odwoławczy lub nawet środek zaskarżenia w rozumieniu polskiego Kodeksu postępowania karnego. Przemawia za tym choćby argument, że z materialnego punktu widzenia prawo do skutecznego środka prawnego ma analogiczne znaczenie jak prawo do sądu wynikające z art. 6 ust. 1 EKPC²⁰. Przepis art. 47 KPP UE przewiduje jako swoistą zasadę prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem, uprawnienia zaś wskazane w kolejnych ustępach mają charakter je uszczegóławiający²¹. Skutecznym środkiem prawnym w rozumieniu art. 47 KPP UE może być zatem uprawnienie do wszczęcia postępowania przed sądem w celu ochrony swoich praw. Innymi słowy, jednostka powinna mieć zapewnioną drogę sądową dla dochodzenia ochrony naruszonych jej zdaniem uprawnień zagwarantowanych przez prawo Unii²². Wynika z tego, że pojęcie skutecznego środka prawnego obejmuje różnorakie procesowe uprawnienia pod warunkiem, że zapewniają one jednostce efektywną kontrolę sądową kwestionowanej decyzji procesowej lub działania organu procesowego wkraczających w sferę praw i wolności jednostki. Środek prawny powinien zatem powodować, że taka decyzja lub działanie będą podlegać kontroli dokonywanej przez sąd w sprawiedliwym, jawnym i sprawnym postępowaniu.

W świetle powyższego wydaje się, że skuteczny środek prawny w rozumieniu art. 47 KPP UE nie musi mieć charakteru ściśle sformalizowanego, istotne jest jedynie, aby jego skutkiem było przedłożenie określonej kwestii do rozstrzygnięcia przez sąd. Nie jest też konieczne, aby środek prawny został zapewniony *ex ante*, zanim dojdzie do

²⁰ Zob. S. Allegrezza, *Judicial review as a fundamental right: Article 47 of the Charter [w:] Effective defence rights in criminal proceedings*, eds. eadem, S. Covolo, Milano 2018, s. 109.

²¹ M. Górski, *Prawo do skutecznego środka prawnego w art. 47 Karty Praw Podstawowych UE – znaczenie i deficyty*, EPS 2016, nr 8, s. 38.

²² Por. *ibidem*, s. 38–39.

wykonania kwestionowanej decyzji procesowej, lecz może to być również środek służący *ex post*, o ile w takiej sytuacji możliwe będzie odwrócenie negatywnych skutków zakwestionowanej decyzji procesowej lub zadośćuczynienie osobie nimi dotkniętej, co wydaje się warunkiem uznania takiego środka za efektywny. Niekiedy bowiem inne wartości, takie jak dobro wymiaru sprawiedliwości lub efektywność zwalczania przestępczości, mogą przemawiać za przyznaniem prymatu niezwłocznemu wykonaniu określonej decyzji procesowej, aby uniknąć nieodwracalnej straty. Względ na wskazane wartości może przemawiać zwłaszcza za tym, aby osoba, której decyzja lub czynność dotyczy, nie była o nich informowana z wyprzedzeniem, aby zabezpieczyć w ten sposób przed podjęciem przez tę osobę działań niweczących cel danej czynności procesowej. Ma to szczególne znaczenie przede wszystkim w postępowaniu przygotowawczym, które co do zasady opiera się na zasadzie tajności. W wyroku w sprawie Gavanzov II Trybunał nie przesądził zresztą momentu, kiedy środek prawny powinien jednostce przysługiwać, co pozwala uznać, że w przypadku END dotyczącego czynności dochodzeniowych przeprowadzanych niejawnie (np. podsłuchu) nie jest wykluczone, że jednostka będzie mogła skorzystać z tego środka dopiero po pewnym czasie, gdy zostanie powiadomiona o zastosowaniu wobec niej takiej niejawnej czynności dochodzeniowej. W takim wypadku uznanie środka odwoławczego za zasadny powinno co do zasady prowadzić do wykluczenia uzyskanych dowodów²³.

W świetle dotychczasowych uwag dotyczących prawa do skutecznego środka prawnego gwarantowanego w art. 47 KPP UE nie jest również wykluczone, że kontrola sądowa czynności dokonanej w postępowaniu przygotowawczym może zostać przeprowadzona dopiero po tym, jak sprawa trafi do sądu, i może polegać na weryfikacji efektów tej czynności dochodzeniowej. Dotyczy to szczególnie czynności dowodowych, w przypadku których kontrola ta może spowodować uznanie przez sąd dowodu uzyskanego w drodze kwestionowanej czynności za niedopuszczalny. Należy mieć jednak na względzie, że czynności dochodzeniowe bardzo często dotyczą nie tylko samego podejrzanego lub oskarżonego, lecz także, a niekiedy wręcz przede wszystkim wiążą się z ingerencją w prawa osób trzecich (np. przeszukanie mieszkania należącego do innej osoby niż podejrzany). Takie osoby nie mają możliwości kwestionowania na późniejszym etapie postępowania legalności czynności dochodzeniowych²⁴. Istotnie ogranicza to wachlarz możliwości, jakie pozostają do dyspozycji, jeśli idzie o zapewnienie takim osobom skutecznego środka prawnego.

Przenosząc dotychczasowe uwagi na grunt polskich postępowań, w których wydawany jest END dotyczący przesłuchania w formie wideokonferencji, należy stwierdzić, że świadkowi, którego przesłuchania dotyczy END, ewentualne środki prawne będą służyć dopiero w sytuacji, gdy zostanie on ukarany karą porządkową za niestawiennictwo, odmowę zeznań lub odmowę złożenia przyrzeczenia, przy czym będą to środki

²³ Podobnie A. Hernandez Weiss, *Effective protection...*, s. 196; por. też M. Böse, *Die Europäische Ermittlungsanordnung – Beweistransfer Nach Neuen Regeln?*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik” 2014, Nr. 4, s. 159.

²⁴ Por. pkt 52 opinii Rzecznika Generalnego w sprawie C-852/19, ECLI:EU:C:2021:346.

określone w państwie wykonującym ten nakaz. Wydaje się natomiast, że na wcześniejszym etapie, skoro samo wezwanie ma jedynie potencjalnie intruzywny charakter, za wystarczającą z punktu widzenia gwarancji przewidzianej w art. 47 KPP UE należy uznać możliwość ogólnego kwestionowania przez świadka swojego wezwania, co ten może przecież uczynić zarówno w formie pisemnej po otrzymaniu wezwania, jak i ustnie w chwili stawienia się przed organem procesowym. W takim układzie świadek ma bowiem możliwość zaprezentowania ewentualnych zastrzeżeń co do swojego przesłuchania i dotyczącego tej czynności END. Z punktu widzenia wymogów wynikających z art. 47 KPP UE nie jest konieczne, aby świadek miał możliwość skorzystania ze środka prawnego z odpowiednim wyprzedzeniem przed czynnością, w której ma uczestniczyć.

Powyższa analiza prowadzi do konstatacji, że stanowisko zajęte przez Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Gavanozov II* jest zbyt daleko idące, jeśli chodzi o czynności, z którymi nie wiąże się automatyczna ingerencja w sferę praw i wolności jednostki, takie jak przesłuchanie świadka w drodze wideokonferencji. Trybunał wykreował zbędne wymogi, które jedynie pozornie podnoszą poziom ochrony względem osoby, której ma dotyczyć czynność dochodzeniowa objęta END. Na gruncie aktualnie obowiązujących polskich unormowań procesowych należy przyjąć, że wymagania efektywnego środka prawnego w rozumieniu art. 47 KPP UE spełnia możliwość ogólnego kwestionowania przez świadka swojego wezwania, czy to w formie pisemnej po otrzymaniu wezwania, czy też ustnie w chwili stawienia się przed organem procesowym.

Literatura

- Allegrezza S., *Judicial review as a fundamental right: Article 47 of the Charter* [w:] *Effective defence rights in criminal proceedings*, eds. eadem, S. Covolo, Milano 2018.
- Böse M., *Die Europäische Ermittlungsanordnung – Beweistransfer Nach Neuen Regeln?*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik” 2014, Nr. 4.
- Górski M., *Prawo do skutecznego środka prawnego w art. 47 Karty Praw Podstawowych UE – znaczenie i deficyty*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 8.
- Hernandez Weiss A., *Effective protection of rights as a precondition to mutual recognition: Some thoughts on the CJEU's Gavanozov II decisions*, „New Journal of European Criminal Law” 2022, vol. 13, no. 2.
- Szijártó I., *The CJEU Partially Excludes Bulgaria from Taking Part in Judicial Cooperation – an Absolute Order or a Balancing Act? The Gavanozov II Case*, „Pécs Journal of International and European Law” 2022, no. 1.
- The impact of the judgment of the CJEU in Case C-852/19 (Gavanozov II) – Questionnaire and compilation of replies by Eurojust and the European Judicial Network (EJN)*, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6052-2022-REV-1/en/pdf>.

Streszczenie

Sławomir Steinborn

Środek odwoławczy od wydania europejskiego nakazu dochodzeniowego dotyczącego wideokonferencji

W glosie dokonano krytycznej analizy stanowiska Trybunału Sprawiedliwości wyrażonego w sprawie C-852/19 Gavanozov II. Wskazano, że wymóg zapewnienia w państwie wydającym środka prawnego w rozumieniu art. 47 KPP UE w odniesieniu do END dotyczącego przesłuchania w drodze wideokonferencji jest zbyt daleko idący, ponieważ jest to czynność, która sama w sobie nie wiąże się z ingerencją w sferę praw i wolności jednostki. W dalszej części rozważono praktyczne implikacje wyroku dla europejskiej współpracy sądowej w sprawach karnych. Analizie poddano wymagania, jakie powinien spełniać środek prawny, o którym mowa w art. 47 KPP UE. Przyjęto, że są one spełnione w przypadku, gdy prawo krajowe zapewnia możliwość ogólnego kwestionowania przez świadka swojego wezwania, czy to w formie pisemnej po otrzymaniu wezwania, czy też ustnie w chwili stawienia się przed organem procesowym.

Słowa kluczowe: europejski nakaz dochodzeniowy, skuteczny środek odwoławczy, przesłuchanie świadka, wideokonferencja.

Summary

Sławomir Steinborn

Legal Remedy Against the Issuing of a European Investigation Order Regarding Hearing of a Witness by Videoconferencing

The commentary critically analyses the position of the Court of Justice as expressed in case C-852/19 Gavanozov II. It is pointed out that the requirement to provide a remedy in the issuing State within the meaning of Article 47 of the Charter in relation to an EIO concerning a hearing of a witness by videoconference is too far-reaching, as it is an act that does not in itself involve interference with the sphere of individual rights and freedoms. The practical implications of the judgment for European judicial cooperation in criminal matters are considered then. The requirements that the legal remedy referred to in Article 47 of the Charter should meet were analysed. It was assumed that these are fulfilled when national law provides the possibility for a witness to challenge his or her summons in general, either in writing upon receipt of the summons or orally at the time of appearance before the judge.

Keywords: European investigation order, effective remedy, questioning of a witness, videoconferencing.

Konsekwencje wadliwości uzasadnienia decyzji sądu o zastosowaniu „specjalnych środków dochodzeniowych”

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 lutego 2023 r., C-349/21, HYA i in. (Motivation des autorisations des écoutes téléphoniques)¹

Artykuł 15 ust. 1 dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej)², rozpatrywany w świetle art. 47 akapit drugi Karty praw podstawowych Unii Europejskiej³, należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie praktyce krajowej, na mocy której orzeczenia sądów zezwalające na zastosowanie specjalnych środków dochodzeniowych, wydawane na podstawie uzasadnionego i popartego okolicznościami wniosku złożonego przez organy postępowania karnego, są redagowane za pomocą sporządzonego uprzednio i niezawierającego indywidualnego uzasadnienia tekstu, ograniczającego się do wskazania, obok okresu ważności zezwolenia, że wymogi przewidziane w ustawodawstwie wskazanym w tych orzeczeniach są przestrzegane, pod warunkiem że precyzyjne powody, dla których właściwy sąd stwierdził, iż w świetle okoliczności faktycznych i prawnych charakteryzujących rozpatrywaną sprawę zapewniono przestrzeganie wymogów prawnych, mogą być z łatwością i jednoznacznie wywiedzione z łącznej analizy orzeczenia i wniosku o udzielenie zezwolenia, przy czym ten ostatni wniosek musi być udostępniony, po udzieleniu zezwolenia, osobie, wobec której zezwolono na zastosowanie specjalnych środków dochodzeniowych.

Dominika Czerniak

Uniwersytet Wrocławski, Polska

dominika.czerniak@uwr.edu.pl

ORCID: 0000-0002-8970-4017

<https://doi.org/10.26881/gsp.2024.2.10>

¹ ECLI:EU:C:2023:102.

² Dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej) (Dz. Urz. UE L 201 z 31.07.2002, s. 37) (dalej: dyrektywa 2002/58).

³ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 303 z 14.12.2007, s. 1) (dalej: KPP lub Karta).

Glosa

Postępowanie przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE lub Trybunał luksemburski) zostało zainicjowane pytaniami prejudycjalnymi sądu w Bułgarii (Spetsializiran nakazaten syd), który – analizując treść art. 15 ust. 1 w zw. z art. 5 ust. 1 i motywem 11 dyrektywy 2002/58 – nabrał wątpliwości, czy praktyka sądów, wyrażających zgodę na podjęcie „specjalnych środków dochodzeniowych” (kontroli operacyjnej), polegająca na dokonywaniu adnotacji na wniosku prokuratora (Spetsializirana prokuratura) o zastosowanie tego rodzaju działań operacyjnych dotyczącej zgodności z prawem podejmowanych czynności nie narusza przepisów prawa unijnego. Decyzje sądu nie zawierały bowiem zindywidualizowanego uzasadnienia, przyjmując w całości ustalenia z wniosku prokuratorskiego za własne. W przypadku stwierdzenia, że praktyka bułgarska narusza przepisy dyrektywy 2002/58, sąd w Sofii chciał uzyskać odpowiedź, jaka powinna być decyzja w kwestii dopuszczalności dowodów pozyskanych w wyniku kontroli operacyjnej – czy niezgodne z prawem Unii jest dowodowe wykorzystanie w procesie karnym tak pozyskanych materiałów⁴.

Trybunał luksemburski odpowiedział jedynie na pierwsze z zadanych pytań odnoszące się do kwestii uzasadnienia sądu w przedmiocie zastosowania specjalnych środków dochodzeniowych. Przypomniął, że prawo do skutecznej kontroli sądowej wymaga, by zainteresowany miał możliwość zapoznania się z motywami wydanego w stosunku do niego rozstrzygnięcia⁵. Na wymóg uzasadnienia decyzji procesowych należy patrzeć jednak funkcjonalnie, a nie formalistycznie. Wystarczające jest, by możliwe było ustalenie przyczyn zastosowania kontroli operacyjnej (innych specjalnych środków dochodzeniowych) oraz skontrolowanie – zarówno przez sąd orzekający w sprawie, jak i strony postępowania – legalności (zgodności z prawem krajowym), konieczności oraz proporcjonalności ingerencji w prawo do prywatności⁶. W prawie bułgarskim wniosek o zastosowanie specjalnych środków dochodzeniowych musi spełniać szczegółowe warunki formalne. Formularz tam stosowany wymaga podania informacji dotyczących⁷:

- przestępstwa będącego przedmiotem postępowania;
- działań podejmowanych w toku śledztwa i ich rezultatów;

⁴ Zob. wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Spetsializiran nakazaten syd (Bułgaria) z dnia 4 czerwca 2021 r. – postępowanie karne przeciwko HYA i in., C-349/21, <https://curia.europa.eu/> [dostęp: 24.04.2024].

⁵ Wyrok TSUE z dnia 16 lutego 2023 r., C-349/21, postępowanie karne HYA, pkt 46 i wskazane tam orzecznictwo. Zob. także wyrok TSUE z dnia 4 czerwca 2013 r., C-300/11, ZZ przeciwko Secretary of State for the Home Department, pkt 53 oraz K. Gutman, *The Essence of the Fundamental Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union: The Best Is Yet to Come?*, „German Law Journal” 2019, vol. 20, special issue 6, s. 884–903.

⁶ Tak: wyrok TSUE z dnia 16 lutego 2023 r., C-349/21, postępowanie karne HYA, pkt 50–52.

⁷ *Ibidem*, pkt 19–21. Zob. także wyrok ETPC z dnia 11 stycznia 2022 r. w sprawie Ekimdzhiev przeciwko Bułgarii, skarga nr 70078/12, § 39–41 (dalej: Ekimdzhiev przeciwko Bułgarii).

- danych identyfikujących osobę objętą działaniami operacyjnymi lub pomieszczenia, gdzie takie działania mają być prowadzone;
- formy prowadzenia działań operacyjnych, które należy zastosować;
- czasu stosowania działań operacyjnych z uzasadnieniem wniosku o taki okres;
- przyczyn, dla których zastosowanie specjalnych środków dochodzeniowych jest niezbędne dla celów postępowania przygotowawczego.

Biorąc po uwagę fakt, że kluczowe znaczenie ma zrozumienie decyzji i możliwość zweryfikowania podstaw zastosowania specjalnych środków dochodzeniowych, tak przez osobę, wobec której te środki były stosowane, jak i przez sąd orzekający w sprawie⁸, a formularz, na jakim musi zostać sporządzony wniosek, zawiera szczegółowe informacje dotyczące przyczyn, podstaw, czasu trwania specjalnych środków dochodzeniowych, to uzasadnienie sądu może być lakoniczne i ograniczać się wyłącznie do adnotacji o akceptacji wniosku o zastosowanie specjalnych środków dochodzeniowych. Natomiast łącznie z wniosku odpowiedniej służby oraz rozstrzygnięcia sądu powinno precyzyjnie wynikać, jakie zachowanie (czyn zabroniony) i dlaczego stało się podstawą do zastosowania kontroli operacyjnej itp.⁹ Uzasadnienie musi być zindywidualizowane, czyli konieczne jest, by uwzględniało okoliczności konkretnej sprawy. Co zaś najistotniejsze, należy zapewnić dostęp do treści uzasadnienia w toku rozpoznawanej sprawy¹⁰. Osoba zainteresowana (oskarżony) musi mieć możliwość zakwestionowania dopuszczalności wykorzystania dowodów, zweryfikowania zasadności podjęcia działań operacyjnych. Również sąd orzekający w sprawie powinien samodzielnie ocenić zasadność, legalność i celowość skorzystania ze specjalnych środków dochodzeniowych.

TSUE uznał, że odrębną kwestią jest naprawienie skutków naruszeń nieproporcjonalnej ingerencji w prawo do prywatności¹¹, co może wynikać m.in. z niemożności zapoznania się z uzasadnieniem decyzji sądu o zastosowaniu specjalnych środków dochodzeniowych lub z braku zindywidualizowanego uzasadnienia, i nie udzielił odpowiedzi na drugie z zadanych pytań. W swojej opinii Rzecznik Generalny TSUE¹² zaproponował jednak, by w sytuacji, gdy nie istniała możliwość skutecznego ustosunkowania się do decyzji odnośnie do zastosowania specjalnych środków dochodzeniowych z uwagi na wady uzasadnienia decyzji sądu, dowód taki był pomijany przez sąd orzekający w sprawie¹³. Rzecznik przypominał, że możliwość kwestionowania dowodów oskarżenia stanowi warunek zasady kontrydiktoryjności (równości broni)

⁸ Tak: wyrok TSUE z dnia 16 lutego 2023 r., C-349/21, postępowanie karne HYA, pkt 55.

⁹ *Ibidem*, pkt 61.

¹⁰ *Ibidem*, pkt 58.

¹¹ Tak: *ibidem*, pkt 64.

¹² Opinia Rzecznika Generalnego TSUE Anthony'ego Michaela Collinsa z dnia 13 października 2022 r., sprawa C-349/21, postępowanie karne HYA.

¹³ *Ibidem*, pkt 63. W opinii oparto się na wyroku ETPC z dnia 18 marca 1997 r. w sprawie Mantovanelli przeciwko Francji, skarga nr 21497/93 i wynikających z tego wyroku kryteriów oceny opinii biegłego, jeśli miała kluczowe znaczenie dla sprawy.

w procesie karnym. W jego ocenie zasada skuteczności prawa unijnego¹⁴ przemawia za sformułowaniem zasady przewidującej pominięcie dowodów, jeśli strona nie mogła przedstawić swojego stanowiska odnośnie do środka dowodowego, a dany środek dowodowy może mieć decydujący wpływ na ocenę okoliczności faktycznych w konkretnej sprawie¹⁵. Jeśli uzasadnienie sądu orzekającego o zastosowaniu specjalnych środków dochodzeniowych nie pozwala na ustalenie przyczyn niejawnego działania organów państwa, to możliwość kwestionowania podstaw takiej decyzji jest ograniczona. Wady uzasadnienia decyzji o stosowaniu czynności operacyjnych (wady oceny prospektywnej) nie mogą być konwalidowane w drodze oceny retrospektywnej (oceny *post factum*).

Odwołując się do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC lub Trybunał strasburski)¹⁶, Rzecznik Generalny TSUE wskazał, że Trybunał strasburski nie zaaprobował praktyki sądów polegającej na ocenie *post factum* zasadności i zgodności z prawem zastosowania kontroli operacyjnej¹⁷. Ze swej istoty niejawna inwigilacja prowadzona jest bez wiedzy jednostki, więc nieuchronnie będzie ona pozbawiona możliwości bezpośredniego udziału w jakimkolwiek postępowaniu w trakcie stosowania kontroli operacyjnej. A w związku z tym konieczne jest, by istniejące procedury same w sobie zapewniały odpowiednie i równoważne gwarancje chroniące jej prawa na etapie podejmowania decyzji o zastosowaniu tych środków oraz w trakcie ich stosowania¹⁸. Możliwość kwestionowania podstaw czy zasadności czynności operacyjnych¹⁹ *post factum* nie zrekompensuje nieproporcjonalnej ingerencji w prawo do prywatności.

¹⁴ Tak również: A. Grzelak, K.S. Zielińska, *Między prawem do prywatności i ochrony danych osobowych a zapewnieniem bezpieczeństwa publicznego i walką z przestępczością. Problemu retencji danych ciągle dalszy. Glosa do wyroku TS z dnia 6 października 2020 r., C-623/17, C-511/18, C-512/18 oraz C-520/18*, EPS 2021, nr 8, s. 26–36.

¹⁵ Opinia Rzecznika Generalnego TSUE Anthony'ego Michaela Collinsa z dnia 13 października 2022 r., sprawa C-349/21, postępowanie karne HYA, pkt 56; zob. także wyrok TSUE z dnia 2 marca 2021 r., C-746/18, postępowanie karne przeciwko H.K.

¹⁶ Zgodnie z art. 52 ust. 3 KPP w zakresie, w jakim Karta ta zawiera prawa, które odpowiadają prawom zagwarantowanym przez Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzoną w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienioną następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnioną Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) (dalej: EKPC lub Konwencja), ich znaczenie i zakres są takie same jak praw przyznanych przez tę Konwencję, co nie stoi na przeszkodzie przyjęcia w UE wyższego standardu. O tzw. klauzuli transferowej szerzej zob. D. Czerniak, *Europeizacja postępowania dowodowego w polskim procesie karnym. Wpływ standardów europejskich na krajowe postępowanie dowodowe*, Warszawa 2022, s. 99–102 i wskazane tam literatura oraz orzecznictwo.

¹⁷ Zob. wyrok ETPC z dnia 15 stycznia 2015 r. w sprawie Dragojević przeciwko Chrowacji, skarga nr 68955/11, § 127–128 i wskazane tam orzecznictwo.

¹⁸ Tak: wyrok ETPC z dnia 28 maja 2019 r. w sprawie Liblik i inni przeciwko Estonii, skargi nr 173/15, 181/15, 374/15, 383/15, 386/15 i 388/15, § 130 i 131.

¹⁹ Niezbędności w demokratycznym społeczeństwie. W kwestii kryteriów oceny proporcjonalności ingerencji w prawo do prywatności zob. W. Jasiński, *Granice ingerencji w prawo do wolności, prawo do prywatności, prawo do własności oraz prawo do nieobciążania się w postępowaniu karnym – standardy europejskie* [w:] *Model dopuszczalnej ingerencji w prawa wolności jednostki w procesie karnym/The Model of Acceptable Interference with the Rights and Freedoms of an Individual in the Criminal Process*, red. J. Skorupka, Warszawa 2019, s. 114–122.

Z perspektywy strasburskiej sposób ukształtowania przepisów krajowych, które pozwalają organom ścigania na ingerencję w prywatność, powinien zapobiegać arbitralności limitowania uprawnień z art. 8 ust. 1 EKPC²⁰. Im bardziej dolegliwa ingerencja, tym wyższy standard jakości prawa i poszanowania gwarancji praw jednostki jest wymagany. Najistotniejszą kwestią jest jednak to, by gwarancje proceduralne istniały nie tylko na papierze (wyłącznie formalnie), ale żeby były stosowane w praktyce²¹. Odpowiednia jakość uzasadnienia zarówno wniosku o wszczęcie kontroli operacyjnej, jak i decyzji sądu daje możliwość zweryfikowania, czy decyzja o prowadzeniu czynności operacyjnych była zgodna z prawem i proporcjonalna. Pozwala także ocenić, czy organy państwa – uprawnione do prowadzenia niejawnego inwigilacji – nie nadużywały swoich uprawnień i czy działania operacyjne nie miały ukrytych motywów²². Wady uzasadnień na pierwszym etapie decydowania o specjalnych środkach dochodzeniowych (niezależnie, czy wynikające z wadliwego stosowania prawa, czy wadliwych przepisów) w praktyce sprawiają, że zakres kontroli *post factum* jest ograniczony do analizy spełnienia bądź niespełnienia przesłanek przedmiotowych i podmiotowych oraz do skontrolowania, czy nie pojawiły się oczywiste i rażące naruszenia przepisów prawa²³.

Czynniki, które ETPC bierze pod uwagę, oceniając gwarancyjność przepisów krajowych, to m.in.:

- 1) ukształtowanie właściwości sądów orzekających o zastosowaniu środków niejawnego inwigilacji, które mogą prowadzić do nadmiernego obciążenia pracą określonych jednostek;
- 2) terminy ustawowe, które w praktyce mogą uniemożliwić rzetelną kontrolę wniosku o zastosowanie specjalnych środków dochodzeniowych;
- 3) odsetek wniosków służb, które są akceptowane; im wyższy procent akceptowanych wniosków, tym większe wątpliwości może budzić realność kontroli sądowej;
- 4) zobowiązanie do przedstawienia sądowi orzekającemu w sprawie zastosowania specjalnych środków dochodzeniowych wyłącznie dowodów uzasadniających wnioski²⁴.

Przechodząc na płaszczyznę prawa krajowego, w odniesieniu do uzasadnień decyzji o zastosowaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, Trybunał Konstytucyjny (dalej: TK) uznaje, że wymóg ten jest niezbędnym warunkiem rzetelności kontroli uprzedniej. Ustawowe unormowania muszą wykluczać fasadowość tego etapu kontroli, co oznacza, że ustawodawca jest zobowiązany wyposażyć sądy w kompetencje pozwalające na ocenę celowości i subsydiarności czynności operacyjnych, a także metod, jakie będą stosowane w konkretnej sprawie²⁵. Stanowisko TK jest spójne z szeroko

²⁰ Ekimdzhiiev przeciwko Bułgarii, § 313.

²¹ Wyrok ETPC z dnia 14 grudnia 2015 r. w sprawie Roman Zakharov przeciwko Rosji, skarga nr 47143/06, § 263 i 265.

²² Ekimdzhiiev przeciwko Bułgarii, § 313.

²³ *Ibidem*, § 322.

²⁴ *Ibidem*, § 315–319 i 323.

²⁵ Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, z. 7, poz. 80, pkt 5.2.5.

rozumianym standardem europejskim, a wymagania kierowane względem ustawodawcy i organów stosujących prawo są do siebie zbliżone – tj. konieczność należytego uzasadnienia, fundamentalne znaczenie kontroli uprzedniej, realność kontroli i odpowiedniej jakości przepisy, które umożliwiają sądom rzetelnie wykonywać swoje obowiązki.

Jeśli chodzi o wymogi formalne, jakie musi spełniać uzasadnienie wniosku o zastosowanie kontroli i utrwalanie rozmów, to wynikają one z art. 19 ust. 7 ustawy o Policji²⁶ oraz rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 8 lipca 2022 r. w sprawie kontroli operacyjnej prowadzonej przez Policję²⁷. Wniosek ten, kierowany do sądu okręgowego właściwego ze względu na siedzibę organu Policji go składającego²⁸, musi zawierać dokładne oznaczenie osoby, wobec której stosowana będzie kontrola operacyjna, rodzaj oraz cel jej stosowania, w uzasadnieniu zaś należy wskazać opis przestępstwa, okoliczności uzasadniające potrzebę stosowania kontroli operacyjnej, w tym powody stwierdzonej bezskuteczności lub nieprzydatności innych środków²⁹. Wraz z wnioskiem przedstawia się materiały uzasadniające potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej (art. 19 ust. 1a u.p.). Poza sytuacjami niecierpiącymi zwłoki³⁰ sąd nie jest związany żadnym terminem, w którym musiałby rozstrzygnąć w przedmiocie wniosku³¹. Przepisy nie precyzują jednak, jakie warunki musi spełniać uzasadnienie sądu o zastosowaniu bądź odmowie zastosowania kontroli operacyjnej³². Biorąc pod uwagę analizowany wyrok TSUE, uzasadnienie sądu może być lakoniczne, ograniczone do stwierdzenia legalności i celowości kontroli, jeśli wniosek odpowiedniej służby (np. Policji) spełnia wszystkie warunki wynikające z art. 19 ust. 7 ustawy o Policji oraz przepisów wcześniej wskazanego rozporządzenia.

Formalnie zatem przepisy krajowe w większości są zgodne z prawem unijnym i orzecznictwem ETPC³³, zapewniając tym samym jednostce niezbędny poziom ochrony przed arbitralnością stosowania środków niejawniej inwigilacji. Sąd ma bowiem odpowiedni czas na ocenę wniosku o zastosowanie (lub przedłużenie) kontroli operacyjnej, ukształtowanie właściwości zapobiega nadmiernej koncentracji wniosków w jednym okręgu, a ustawowe warunki uzasadnienia decyzji organów pozwalają na

²⁶ Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r., poz. 145 ze zm.) (dalej: u.p.).

²⁷ Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 8 lipca 2022 r. w sprawie kontroli operacyjnej prowadzonej przez Policję (Dz. U. poz. 1458).

²⁸ Artykuł 19 ust. 2 u.p.

²⁹ Por. art. 19 ust. 7 u.p.

³⁰ Kiedy kontrola rozpoczęła się na mocy postanowienia prokuratora, który to w terminie 3 dni ma obowiązek skierować do sądu okręgowego wniosek o zastosowanie kontroli operacyjnej, a sąd musi wydać decyzję w terminie 5 dni. Co do charakteru tych terminów zob. J. Skorupka, *Czynności legalne warunkowo*, Prok. i Pr. 2015, nr 1, s. 68–96.

³¹ Por. M. Tomczykiewicz, *Podsluchy operacyjne w orzecznictwie sądowym*, Prok. i Pr. 2015, nr 4, s. 153–171.

³² W odniesieniu do wymogów uzasadnienia sądu w przedmiocie zastosowania procesowej kontroli i utrwalania rozmów zob. M. Rogalski, *Podsluch procesowy i pozaprocesowy. Kontrola i utrwalanie rozmów na podstawie kpk oraz ustaw szczególnych*, Warszawa 2019, s. 102–106.

³³ Zob. także M. Rojszczak, *Kontrola sądów krajowych nad stosowaniem środków inwigilacji elektronicznej na tle orzecznictwa ETPC*, PiP 2022, z. 4, s. 100–119.

rzetelną analizę danej sprawy. Problem jednak w tym, że sąd orzekający w sprawie zastosowania środków niejawnnej inwigilacji zapoznaje się z wybranym przez Policję (albo prokuratora lub inną służbę) wycinkiem materiałów zgromadzonych w toku czynności. Jak słusznie zauważa Dobrosława Szumiło-Kulczycka: „sędziowie nie mają narzędzi do merytorycznej oceny, a przede wszystkim narzędzi do jego skutecznej weryfikacji. W efekcie sądy niejako automatycznie uznają za prawdziwe i przekonujące materiały przedłożone przez podmiot ubiegający się o zastosowanie kontroli operacyjnej i wydają decyzję o uwzględnieniu wniosku”³⁴. O nieefektywności sądowej kontroli uprzedniej może świadczyć bardzo wysoki odsetek akceptacji wniosków³⁵.

Problematyczna jest także kontrola *post factum*, sprawowana przez sąd orzekający w sprawie. Jej efektywność zależy od jakości uzasadnień wniosku o zastosowanie (lub przedłużenie) kontroli operacyjnej oraz uzasadnienia sądu. Nie jest to aż tak rzadka sytuacja, kiedy uzasadnienia te są dość ogólne i nie pozwalają ocenić, czy np. zarządzenie prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych było konieczne w demokratycznym społeczeństwie, celowe i proporcjonalne. Niekiedy także uzasadnienia wniosków o kontrolę operacyjną czy uzasadnienia decyzji sądu w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej nie są udostępniane sądowi orzekającemu w sprawie³⁶. Wniosek i postanowienie znajdują się w aktach przekazanych sądowi, ale w wersji ograniczonej, z utajnionym uzasadnieniem rozstrzygnięć w przedmiocie czynności operacyjno-rozpoznawczych. Trudno jednoznacznie wskazać podstawy prawne do selekcyonowania zakresu udostępniania sądowi decyzji organów publicznych³⁷, ale wydaje się, że pozwala na to art. 6 ust. 8 ustawy o ochronie informacji niejawnych³⁸, zgodnie z którym poszczególne części materiału mogą być oznaczone różnymi klauzulami tajności. To odpowiednia służba decyduje, w jakim zakresie udostępni ona innym organom i osobom materiały oznaczone klauzulami „tajne” lub „ściśle tajne”³⁹. Szukając

³⁴ D. Szumiło-Kulczycka, *Korzystanie w postępowaniu karnym przez sądy pierwszej instancji z informacji zebranych operacyjnie*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Karne” 2015, t. 23, s. 43. Zob. także *eadem*, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012.

³⁵ W 2021 r. organy Policji zarejestrowały 11 074 wnioski i zarządzenia o zastosowanie kontroli operacyjnej, 162 wnioski nie zostały rozpatrzone pozytywnie, tzn. nie uzyskano zgody na zarządzenie kontroli operacyjnej, z czego 155 razy brak takiej zgody wydał prokurator, a 7 razy właściwy miejscowy sąd okręgowy. Ogółem w 2021 r. zarządzono 10 912 kontroli, w tym 7489 kontroli w trybie art. 19 ust. 1 u.p., tj. w tzw. trybie zwykłym, oraz 1920 kontroli w trybie art. 19 ust. 3 u.p., tj. w wypadkach niecierpiących zwłoki (zob. <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/biuletyn.xsp?sknrn=ASW-142> [dostęp: 24.04.2024]).

³⁶ Zob. np. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 11 maja 2023 r., II Aka 480/21, LEX nr 3652572, gdzie Sąd zwrócił uwagę, że część dokumentów, w tym uzasadnienia wniosków o zastosowanie kontroli operacyjnej, została usunięta z akt sprawy. Mimo dwukrotnego zwracania się do Szefa CBA uzasadnienia wniosków nie zostały udostępnione Sądowi Apelacyjnemu.

³⁷ Brak jest przepisów powszechnie obowiązującego prawa, a Komenda Główna Policji nie udzieliła informacji w tym zakresie (sygn. sprawy: Kpp-5917/4951/23/AP).

³⁸ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r., poz. 756).

³⁹ Przykładowo z art. 20ba u.p. wynika, że sąd może się zwrócić do organów Policji o ujawnienie (choćby w celu prowadzonego postępowania karnego z zachowaniem rygorów postępowania z dokumentami niejawnymi) i udostępnienie informacji niezbędnych w toku postępowania, ale osta-

przyczyn takiego działania, można przykładowo wskazać na dwie sytuacje: jeśli z treści uzasadnienia wniosku bądź decyzji sądu o zastosowaniu kontroli operacyjnej wynikałaby tożsamość osoby współpracującej z Policją albo ujawniono by nadal prowadzone czynności operacyjno-rozpoznawcze (art. 19 ust. 6 u.p.).

Z perspektywy sądu orzekającego w sprawie karnej, korzystającego z materiałów operacyjnych, oraz stron postępowania (zwłaszcza oskarżonego) wątpliwa jakość uzasadnienia, a tym bardziej jego brak – niezależnie od przyczyny – powinna przemawiać za wyeliminowaniem z podstawy orzekania wyników czynności operacyjno-rozpoznawczych⁴⁰. Ani sąd, ani strony nie mają bowiem realnych możliwości zweryfikowania zasadności czy celowości kontroli⁴¹. Jedynie rażące i oczywiste naruszenia wymogów formalnych zarządzenia kontroli operacyjnej mogą zostać dostrzeżone, a nie jest to wystarczające. Kontrola *post factum*, choć nie zastępuje kontroli uprzedniej, nie może być pozorna, z punktu zaś widzenia strony procesowej warunkiem koniecznym jest rzeczywista możliwość odniesienia się do dowodów przedstawionych przez oskarżyciela i ich kwestionowania. ETPC przestrzega przed wprowadzeniem swoistego domniemania legalności i celowości kontroli operacyjnej, nawet jeśli zgoda na „specjalne środki dochodzeniowe” została wyrażona we właściwej procedurze. Przeciwnie, Trybunał strasburski wymaga oceny, czy istniały „ukryte powody” niejawnego działania organów państwa. Nie chodzi jednak o to, by zakładać, że organy państwa mogą nadużywać prawa⁴². Celem jest tu jedynie wymuszenie transparentności działań, zapobieganie arbitralności i umożliwienie oskarżonemu (jednostce) odniesienia się do zgromadzonych dowodów. Nieujawnienie uzasadnień wniosku o zastosowanie kontroli operacyjnej albo decyzji sądu w przedmiocie tego wniosku może być jednym z czynników branych pod uwagę przy ocenie zgodności niejawnej inwigilacji z deklarowanym celem jej prowadzenia.

Wyrok TSUE porusza ważną kwestię, tj. problem kontroli czynności operacyjno-rozpoznawczych, a jedną z form tej kontroli jest obowiązek uzasadnienia decyzji sądu

teczną decyzję – o charakterze uznaniowym – podejmuje Minister Spraw Wewnętrznych. W Wielkiej Brytanii, jeśli materiały niejawne są na tyle wrażliwe, że ze względu na bezpieczeństwo państwa nie można ich udostępnić uczestnikom postępowania, udostępnia się je przynajmniej sądowi, a interes oskarżonego reprezentuje tzw. *special advocate*. Szerzej zob. J.D. Jackson, *The role of special advocates: Advocacy, due process and the adversarial tradition*, „International Journal of Evidence & Proof” 2016, vol. 20, no. 4, s. 343–362.

⁴⁰ W kwestii konsekwencji naruszenia przepisów regulujących prowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz różnicowania tych konsekwencji w zależności, czy dotyczą warunków formalizacji czynności, czy warunków konwencjonalizacji czynności zob. W. Jasiński, *Nielegalnie uzyskane dowody w procesie karnym. W poszukiwaniu optymalnego rozwiązania*, Warszawa 2019, s. 562–569.

⁴¹ Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 11 maja 2023 r. (II AKa 480/21) wskazał, że „Brak pełnych wersji wniosków o zarządzenie kontroli operacyjnej oraz o jej przedłużenie powoduje określone konsekwencje procesowe. Uniemożliwia bowiem dokonanie oceny legalności tej kontroli”, a okoliczność ta była jednym z powodów wyeliminowania z podstawy orzekania materiałów z kontroli operacyjnej.

⁴² Szerzej zob. M. Warchoń, *Pojęcie „nadużycia prawa” w procesie karnym*, Prok. i Pr. 2007, nr 11, s. 48–67; P. Wiliński, *Nadużycie uprawnień procesowych przez prokuratora i sędziego w procesie karnym*, Warszawa 2023.

o zastosowaniu specjalnych środków dochodzeniowych. Choć Trybunał luksemburski nie odpowiedział na pytanie, co w sytuacji, gdy uzasadnienie decyzji sądu w przedmiocie zastosowania czynności operacyjnych nie pozwala na zindywidualizowaną ocenę okoliczności świadczących o konieczności i niezbędności zastosowania tych czynności, pozostawiając tę kwestię do rozstrzygnięcia sądom krajowym, to opierając się na orzecznictwie strasburskim⁴³, można wywnioskować, jaką decyzję powinny podjąć sądy krajowe. Wady uzasadnień rozstrzygnięć w przedmiocie specjalnych środków dochodzeniowych, jeśli uniemożliwiają ocenę *post factum* zasadności, celowości i spełnienia wymogu subsydiarności czynności operacyjnych, powinny skutkować wykluczeniem materiałów operacyjnych z podstawy orzekania. Z jednej bowiem strony, sąd orzekający nie może dokonać realnej kontroli podstaw zastosowania „specjalnych środków dochodzeniowych”, a z drugiej – jednostka nie jest w wystarczającym stopniu chroniona przed arbitralnością działania organów władzy publicznej.

Literatura

- Czerniak D., *Europeizacja postępowania dowodowego w polskim procesie karnym. Wpływ standardów europejskich na krajowe postępowanie dowodowe*, Warszawa 2022.
- Grzelak A., Zielińska K.S., *Między prawem do prywatności i ochrony danych osobowych a zapewnieniem bezpieczeństwa publicznego i walką z przestępczością. Problemu retencji danych ciąg dalszy. Glosa do wyroku TS z dnia 6 października 2020 r., C-623/17, C-511/18, C-512/18 oraz C-520/18*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 8.
- Gutman K., *The Essence of the Fundamental Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union: The Best Is Yet to Come?*, „German Law Journal” 2019, vol. 20, special issue 6.
- Jackson J.D., *The role of special advocates: Advocacy, due process and the adversarial tradition*, „International Journal of Evidence & Proof” 2016, vol. 20, no. 4.
- Jasiński W., *Granice ingerencji w prawo do wolności, prawo do prywatności, prawo do własności oraz prawo do nieobciążania się w postępowaniu karnym – standardy europejskie [w:] Model dopuszczalnej ingerencji w prawa wolności jednostki w procesie karnym/The Model of Acceptable Interference with the Rights and Freedoms of an Individual in the Criminal Process*, red. J. Skorupka, Warszawa 2019.
- Jasiński W., *Nielegalnie uzyskane dowody w procesie karnym. W poszukiwaniu optymalnego rozwiązania*, Warszawa 2019.
- Rogalski M., *Podśłuch procesowy i pozaprocessowy. Kontrola i utrwalanie rozmów na podstawie kpk oraz ustaw szczególnych*, Warszawa 2019.
- Rojszczak M., *Kontrola sądów krajowych nad stosowaniem środków inwigilacji elektronicznej na tle orzecznictwa ETPC*, „Państwo i Prawo” 2022, z. 4.
- Skorupka J., *Czynności legalne warunkowo*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 1.
- Szumiło-Kulczycka D., *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012.

⁴³ Por. uwagi dotyczące art. 52 ust. 3 KPP w przypisie nr 16.

- Sumiło-Kulczycka D., *Korzystanie w postępowaniu karnym przez sądy pierwszej instancji z informacji zebranych operacyjnie*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Karne” 2015, t. 23.
- Tomczykiewicz M., *Podśłuchy operacyjne w orzecznictwie sądowym*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 4.
- Warchoła W., *Pojęcie „nadużycia prawa” w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 11.
- Wiliński P., *Nadużycie uprawnień procesowych przez prokuratora i sędzię w procesie karnym*, Warszawa 2023.

Streszczenie

Dominika Czerniak

Konsekwencje wadliwości uzasadnienia decyzji sądu o zastosowaniu „specjalnych środków dochodzeniowych”

W glosowanym orzeczeniu TSUE poruszył problematykę uzasadnień rozstrzygnięć sądu w przedmiocie stosowania specjalnych środków dochodzeniowych, m.in. kontroli operacyjnej. Analizując przepisy obowiązujące w Bułgarii, stwierdził, że jeśli uzasadnienie wniosku o zastosowanie środków niejawnnej inwigilacji pozwala na ustalenie legalności, proporcjonalności, konieczności i subsydiarności tych środków, to uzasadnienie sądu może być ograniczone wyłącznie do adnotacji o spełnieniu powyższych wymogów. Kluczowe znaczenie ma możliwość poznania przez stronę i sąd orzekający w sprawie karnej przyczyn stosowania specjalnych środków dochodzeniowych. TSUE nie odpowiedział jednak na pytanie, co w sytuacji, gdy uzasadnienie nie spełnia wymogów wynikających z prawa krajowego (jest niezindywidualizowane). Odwołując się do orzecznictwa ETPC wypracowanego na gruncie art. 8 EKPC, wskazano, że jeśli oskarżony oraz sąd, z uwagi na wadliwość uzasadnień decyzji w przedmiocie środków niejawnnej inwigilacji, nie mogą zweryfikować zasadności, konieczności i proporcjonalności ingerencji w prywatność jednostki, materiały zgromadzone w wyniku czynności operacyjnych nie mogą zostać dowodowo wykorzystane w procesie karnym.

Słowa kluczowe: czynności operacyjno-rozpoznawcze, europejskie postępowanie karne, prawa człowieka w procesie karnym, prawo do prywatności, prawo karne procesowe, prawo unijne.

Summary

Dominika Czerniak

Consequences of Defective Reasoning in the Court's Decision to Apply "Special Investigative Measures"

In the analyzed judgment, the CJEU discussed the question of reasoning courts' decisions on the use of special investigative measures, including secret surveillance. Examining the Bulgarian legislation, the CJEU decided that if the reasoning of the request for secret surveillance measures allowed the legality, proportionality, necessity, and subsidiarity of these measures to be analyzed by a competent authority, the court's decision may be limited to merely annotating

the fulfilment of the above requirements. The crucial factor is the ability of the party and the court deciding in the criminal case to know the reasons for applying the “special investigative measures”. However, the CJEU did not answer what happens when the statement of reasons does not meet the requirements under national law (it is not individualised). By referring to the ECHR jurisprudence (based on Article 8 of the ECHR), it was pointed out that if the defendant and the court during a trial, due to the defectiveness of the reasoning of decisions on secret surveillance measures, cannot verify the legality, necessity, and proportionality of the interference with the privacy of an individual, the materials gathered as a result of secret surveillance activities cannot be used as evidence in a criminal trial.

Keywords: criminal procedure, European criminal procedure, EU law, human rights in criminal procedure, secret surveillance, right to privacy.