ARTYKUŁY

Bogusław Sygit, Jerzy Duży

Współpraca biegłych (ekspertów) z organami ścigania w sprawach karnych po zmianach w kodeksie postępowania karnego*

Streszczenie

Autorzy przedstawiają w artykule konsekwencje reformy procedury karnej dla współpracy biegłych (ekspertów) z organami ścigania. Wskazują, że realia procesu kontradyktoryjnego, a zwłaszcza dopuszczenie opinii prywatnych, spowoduje, że nie będzie już ona taka jak do tej pory. Będzie wymagała większego dynamizmu i zostanie rozciągnięta na postępowanie jurysdykcyjne. Wymienione podmioty współpracujące z organami ścigania staną się w znacznej mierze recenzentami kontropinii prywatnych, co do których można prognozować, że będą prowadziły do wydobycia, by nie powiedzieć zbudowania, określonych tez dowodowych.

Motto:

„Wprowadzanie środków dowodowych zawisłe powinno być od większego lub mniejszego prawdopodobieństwa wykrycia prawdy materialnej, nie zaś od okoliczności zupełnie ubocznych, jak stosunki majątkowe stron”.

Juliusz Makarewicz[1]

---

* Artykuł przygotowany na konferencję naukową nt. „Biegły w wymiarze sprawiedliwości”, Warszawa, 21 maja 2015 r.

[1] J. Makarewicz, Procedura karna dla Królestwa Polskiego, Lwów 1918; podano za: M. Wąsek-Wiaderek, Poglądy Juliusza Makarewicza na proces karny, (w:) Prawo karne w poglądach profesora Juliusza Makarewicza, pod red. A. Grześkowiak, Lublin 2005, s. 363.

Zmiana procedury karnej dokonana nowelizacją z dnia 27 września 2013 r.[2] oraz ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw[3], nowelizującą ten akt prawny, zmusza do postawienia fundamentalnego pytania o współpracę biegłych z organami ścigania oraz ich rolę w procesie karnym w ogóle, w całkowicie odmiennej rzeczywistości prawnej – kontradyktoryjnego modelu procesu oraz dopuszczalności dowodu z opinii prywatnych. Okoliczności te powodują, że współpraca między biegłymi (ekspertami) a organami ścigania będzie musiała przybrać zupełnie inną formułę niż do tej pory. Zważywszy na fakt, jak ważny dla prawidłowego rozstrzygnięcia w wielu kategoriach spraw karnych jest dowód z opinii biegłego, temat domaga się pogłębionej analizy.

Założenie reformy opartej o ideę pełnej kontradyktoryjności postępowania zakłada jednocześnie niepełnoprawność dowodową postępowania przygotowawczego[4]. W kontekście dotyczącym biegłych oznacza to, że uzyskana opinia biegłych w postępowaniu przygotowawczym będzie miała walor dowodu przede wszystkim dla prokuratora pozwalającego mu na wniesienie aktu oskarżenia. Zarówno biegli współpracujący z organami ścigania, jak i oskarżyciele publiczni będą musieli liczyć się z tym, że opinia taka spotka się z kontropiniami prywatnymi w postępowaniu sądowym. Stanowić one będą dla sądu już nie – jak do tej pory powszechnie przyjmowano w orzecznictwie i literaturze – potencjalne źródło informacji o dowodzie[5], lecz pełnoprawny dowód, dopuszczony w oparciu o art. 393 § 3 k.p.k. w nowym

[2] Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z dnia 25 października 2013 r., poz. 1247).

[3] Dz. U. z dnia 20 marca 2015 r., poz. 396.

[4] W Uzasadnieniu projektu ustawy mówi się o tym że „czynności dowodowe postępowania przygotowawczego mają – co do zasady – stworzyć podstawę skargi oskarżycielskiej (przeprowadzane są dla oskarżyciela, a nie dla sądu), a jedynie wyjątkowo – w takim zakresie, w jakim przeprowadzenie dowodu przed sądem nie będzie możliwe – wykorzystywane będą przez sąd jako podstawa ustalenia faktów sprawy; zob. Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 870, s. 3.

[5] Por. zwłaszcza postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 stycznia 2005 r., sygn. V KK 388/04 (LEX nr 141204), w którym Sąd Najwyższy uznał, że „opinia prywatna, czyli pisemne opracowanie zlecone przez uczestnika postępowania, a nie przez uprawniony organ procesowy, nie jest opinią w rozumieniu art. 193 k.p.k. w zw. z art. 200 § 1 k.p.k., i nie może stanowić dowodu w sprawie. Opinia opracowana na zlecenie uczestnika postępowania, przedstawiona przez niego sądowi, stanowi jego oświadczenie zawierające informację o dowodzie złożoną na podstawie art. 453 § 2 k.p.k., podlegające ujawnieniu w trybie przewidzianym przez ten przepis"; tak też mówi doktryna – zob. np. S. Waltoś, Proces karny. Zarys systemu, Warszawa 2009, s. 396; por. częściowo aprobującą glosę A. Bojańczyka i T. Razowskiego do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 4 stycznia 2005 r., sygn. V KK 388/04, Prokuratura i Prawo 2006, nr 1, s. 109–127.

brzmieniu[6]. Należy oczywiście postawić pytanie o rodzaj takiego dowodu. Opinia prywatna po nowelizacji kodeksu postępowania karnego będzie miała status dowodu z dokumentu. Jeżeli sąd dojdzie do przekonania, że dla wyjaśnienia okoliczności sprawy powinien przesłuchać osobę wykonującą taką opinię (eksperta), będzie mógł powołać ją w charakterze biegłego. Osoby te nie powinny być przesłuchiwane w charakterze świadków[7], ponieważ nie mają żadnej konkretnej wiedzy o zdarzeniu czy choćby przebiegu czynności, a ich ewentualne przesłuchanie w charakterze świadków automatycznie wykluczałoby ich udział w sprawie w charakterze biegłych[8]. W tej sytuacji nie trudno przewidzieć, że zwłaszcza w sprawach karnych gospodarczych, prowadzonych często wobec podmiotów dysponujących znacznymi, a niekiedy wręcz nieograniczonymi zasobami finansowymi, uzyskanie nie jednej, a szeregu opinii podważających ustalenia zawarte w opinii powołanych biegłych przez organ procesowy nie będzie trudne. Doprowadzenie do przesłuchania przez sąd w charakterze biegłych osób sporządzających prywatne opinie – często uznanych specjalistów w swojej dziedzinie, posiadających stopnie czy nawet tytuły naukowe – także nie powinno, nawet przy uwzględnieniu treści art. 201 k.p.k., stanowić problemu. W przeciwnym wypadku Sąd mógłby spotkać się z zarzutem, że krępuje inicjatywę dowodową strony i godzi w zasadę kontradyktoryjności procesu. Nawet zakładając *a priori*, choć to dość naiwne[9], absolutną rzetelność opinii prywatnych i ewentualnie powołanych w konsekwencji ich przedłożenia biegłych – autorów tych opinii – przez opisywaną instytucję strona procesowa może skutecznie wprowadzać do procesu niejako bocznymi drzwiami dowody opracowane pod określone tezy dowodowe. Odpowiedni dobór pytań prowadzących do wydania opinii prywatnej może bowiem być bardzo skutecznym sposobem na modelowanie przebiegu procesu w kierunku „wydobycia", by nie powiedzieć „zbudowania", określonych tez dowodowych przez strony. Bynajmniej wcale nie chodzi tu tylko o problem zawężony do przypadków patologii procesowych – niebezpieczeństwa przedkładania nierzetelnych opinii prywatnych. Problem jest daleko szerszy i wykracza poza ten kontekst. Osoby sporządzające opinię

[6] Należy zaznaczyć, że przepis art. 393 § 3 k.p.k. sprzed nowelizacji nie pozwalał na zaliczenie w poczet ścisłych dowodów nie tylko opinii prywatnych, ale wszystkich dowodów prywatnych o cechach dowodów z przeznaczenia – zob. szerzej: R. Kmiecik, „Dowód prywatny" i tzw. zasada swobody dowodzenia w postępowaniu karnym, Państwo i Prawo 2013, nr 2, s. 33 i n.; Z Kwiatkowski, Dopuszczalność wykorzystania „opinii prywatnej" w procesie karnym, (w:) *Iudicum et scienta*, pod red. A. Przyborowskiej-Klimczak i A. Tarachy, Warszawa 2011, s. 579.

[7] Trzeba jednak przyznać, że obecnie sądy niekiedy stosują taką praktykę.

[8] Zob. szerzej R. Kmiecik, Rola i zadania prokuratora w znowelizowanej procedurze karnej, Prokuratura i Prawo 2015, nr 1–2, s. 12–13.

[9] Por. szerzej krytyczne wobec dowodów prywatnych uwagi R. Kmiecika, „Dowód prywatny…, *op. cit*., s. 39 i n.

prywatną (zakładamy, że jak najbardziej rzetelną) wypowiedzą się w niej przecież tylko w tych kwestiach, w których strona sobie tego życzy, przyjmą w niej taką (zakładamy, że także uprawnioną) metodykę, jaka będzie prowadziła do możliwie najbardziej korzystnych dla strony wniosków odpowiadających w jak największym możliwym zakresie aspiracjom zleceniodawcy. Strona oskarżona w procesie nigdy przecież nie przedstawi dowodu z opinii prywatnej przeczącego jej tezom (pomijamy w tym miejscu dość oczywisty wniosek, że nigdy za taką nie zapłaci). Wreszcie, dowód z opinii prywatnej nie będzie musiał zawierać elementów wskazanych w art. 194 k.p.k., w tym pytań, które postawiono prywatnemu ekspertowi, ponieważ nie powstaje na zlecenie organu procesowego. W praktyce wydatnie utrudni to jej weryfikację zwłaszcza co do przedmiotu i zakresu opiniowania[10].

W ten sposób strona łatwo będzie mogła obejść sztywny gorset normatywny związany z trybem dopuszczenia dowodu z opinii biegłego, jak i normatywnej podstawy powołania biegłego w ogóle[11]. Antoni Bojańczyk podaje ten argument jako jednoznacznie przemawiający przeciwko uznaniu, że przepis art. 393 § 3 k.p.k. stanowi procesową drogę do wprowadzenia przez strony do podstawy dowodowej wyników ekspertyz prywatnych, trafnie wskazując, że oznaczałoby to, iż w postępowaniu karnym z całkowicie niezrozumiałych względów obowiązują różne ścieżki dla wprowadzenia opinii biegłego do podstawy dowodowej – jedna obwarowana licznymi warunkami i druga nieobwarowana w zasadzie jakimikolwiek istotnymi warunkami. Nie negując trafności wywodów autora, uważamy jednak, że nowelizacja art. 393 § 3 k.p.k. w istocie do tego może właśnie prowadzić. Ponadto, niedostatki statusu ekspertyzy prywatnej jako dokumentu prywatnego wprowadzonego do procesu na podstawie znowelizowanego art. 393 § 3 k.p.k. bardzo łatwo przecież konwalidować, przesłuchując osobę ją sporządzającą w charakterze biegłego. Sądy w realiach procesu kontradyktoryjnego tak właśnie – na wniosek zainteresowanej strony – zapewne będą czynić.

Z dopuszczeniem w znowelizowanej procedurze karnej prywatnych opinii wiąże się szereg ważkich problemów natury technicznej, które swoje źródło mają w braku jakże koniecznej w świetle założeń procesu kontradyktoryjnego reformy postępowania przygotowawczego. W konsekwencji brak w znowelizowanej procedurze jakichkolwiek regulacji dotyczących czynności dowodowych podejrzanego, pokrzywdzonego i ich reprezentantów w postępo-

[10] Zob. szerzej co do przedmiotu i zakresu ekspertyzy T. W i d ł a, Metodyka ekspertyzy, (w:) Ekspertyza sądowa, pod red. J. W ó j c i k i e w i c z a, Kraków 2002, s. 25 i n.; co do wpływu pytań na błędy w opinii por. szerzej S. P a w e l e c, Wadliwość opinii biegłego w procesie karnym jako pochodna błędów zawartych w postanowieniu o jej dopuszczeniu, Prokuratura i Prawo 2014, nr 4, s. 157 i n.

[11] Por. A. B o j a ń c z y k, Czy znowelizowane przepisy procedury karnej pozwalają obrońcy na korzystanie z opinii prywatnych, Palestra 2015, nr 3–4, s. 202.

waniu przygotowawczym[12]. W postępowaniu jurysdykcyjnym, w którym to strony mają przeprowadzać dowody, nie zatroszczono się w ogóle o przepisy regulujące kwestię, jak przygotować te czynności[13]. W odniesieniu do spraw wymagających opinii biegłych jest to niedopatrzenie, które może spowodować paraliż kontradyktoryjnego procesu. Jak bowiem strona – np. w sprawie, w której uznano daną substancję za narkotyk – ma podważyć opinię biegłego i poddać domniemany narkotyk analizie swojego eksperta. Zabezpieczona substancja będzie przecież uznana za dowód rzeczowy. Nasuwa się szereg pytań – kto i w jakim trybie ma zatem wydać zgodę (bądź odmówić) na przekazanie kwestionowanej substancji prywatnemu ekspertowi do badań, w jaki sposób miałoby to nastąpić, co w sytuacji, w której konieczne jest zbadanie całości substancji poddanej analizie, która może przy badaniu ulec zniszczeniu[14]. Kto weźmie na siebie taką odpowiedzialność. Na podobne fundamentalne pytania nowa procedura nie zawiera żadnych odpowiedzi. Nie ma ich też doktryna i orzecznictwo, ponieważ prywatna opinia jako kategoria procesowa w polskim systemie prawa karnego nigdy w historii nie zaistniała[15]. Jak zatem opinie prywatne będą funkcjonować w praktyce po 1 lipca 2015 r., pozostaje wielką niewiadomą.

Przypomnijmy w tym miejscu, że dowód w myśl nowych reguł procesu przedstawiają strony w granicach tez dowodowych (zob. art. 167 § 1 k.k.). W kontekście uzyskiwanych opinii niewątpliwie uprzywilejowuje to obronę, która nie jest obarczona zasadą bezstronności, tak jak organy ścigania. Na samym zatem początku procesu opinia biegłego stanowiąca jeden z ważnych dowodów powołanych w skardze publicznej będzie dla sądu tylko obserwującego walkę procesową stron niespójna, ponieważ będzie musiała być w świetle wymogów ustawowych (zob. art. 194 k.p.k.) kompleksowa, zawierać wskazanie przedmiotu, zakresu ekspertyzy i treść zadanych biegłemu pytań. W konsekwencji nieuchronnie opinia taka będzie także źródłem potencjalnych tez niewygodnych dla oskarżyciela. Opinia prywatna nie będzie musiała zawierać elementów wskazanych w art. 194 k.p.k., stąd w procesie kontradyktoryjnym, w którym strony przedstawiają dowody w ramach tez dowodowych, będzie robiła przed sądem lepsze pierwsze wrażenie – będzie spójna, bo jej zakres będzie odpowiadał potrzebom tez dowo-

[12] P. K a r d a s, Podstawy i ograniczenia przeprowadzenia oraz wykorzystywania w procesie karnym tzw. dowodów prywatnych, Palestra 2015, nr 1–2, s. 11.

[13] Zob. szerzej P. K a r d a s, *ibidem*, s. 11.

[14] Problem oczywiście dotyczy przekazywania szeregu innych materiałów nieinstytucjonalnym stronom procesu i zatrudnianym przez nich ekspertom, które mogą ulec przy tym zniszczeniu, uszkodzeniu lub co do których może nastąpić ingerencja w przekazany materiał.

[15] Stąd publikacje naukowe pojęcie „opinii prywatnej" opatrywały cudzysłowiem – por. przykładowo: M. L i p c z y ń s k a, O tzw. „opinii prywatnej" biegłych w procesie karnym, Palestra 1976, nr 3; G. B u c o ń, Dopuszczalność „opinii prywatnej" w procesie karnym, Państwo i Prawo 2009, nr 3.

dowych, które oskarżony chce przedstawić przed sądem. Oczywistym jest, że w przeciwnym wypadku nie zostanie nigdy ujawniona (najczęściej w ogóle nie powstanie). Oskarżonego nie obowiązuje przecież bezstronność jak prokuratora, nie musi dążyć do prawdy, a zatem nie ma obowiązku samooskarżania się przez przedstawianie niekorzystnych dla siebie opinii.

W tym miejscu pojawić musi się fundamentalne pytanie o bezstronność prokuratora w postępowaniu karnym. Bezstronność prokuratora w postępowaniu przygotowawczym nie budzi wątpliwości – to na tym założeniu zasadza się przecież jego finalna decyzja, czy umorzyć postępowanie, czy też skierować akt oskarżenia[16]. Problem jednak powstaje w postępowaniu jurysdykcyjnym. Artykuł 4 k.p.k. odnosi się wszakże nadal do całego procesu[17]. Jak jednak pogodzić nakaz bezstronności adresowany do prokuratora z faktem, że prokurator w postępowaniu jurysdykcyjnym staje się oskarżycielem publicznym odpowiedzialnym za konkretny wynik procesu (dowiedzenie winy)[18]. Jak zatem w tym stadium procesu prokurator bez swoistego rozdwojenia jaźni ma absolutnie bezstronnie przedstawiać dowody. W pewnych sytuacjach oznaczałoby to przy założeniu, że przeprowadzanie dowodów następuje w granicach tez dowodowych oraz że ma miejsce przede wszystkim w sądzie, obowiązek dowodzenia określonych tez na korzyść strony przeciwnej. Przy ustawowo przyjętej w nowelizacji modelowej bierności sądu

[16] Niestety, w konsekwencji wprowadzenia nowej procedury przyszła skuteczność prokuratora w postępowaniu przed sądem będzie zdeterminowana w praktyce koniecznością dość szybkiego podjęcia decyzji o zbieraniu materiałów pod kątem tylko przyszłego oskarżenia. W przeciwnym wypadku prokurator da stronie przeciwnej argumenty dla wywodzenia tez dowodowych ze zbieranych bez takiego ukierunkowania materiałów. Nie tylko wydłuży postępowanie przygotowawcze, zmuszony będzie w myśl nowej treści art. 311 k.p.k. sam przesłuchać ważnych świadków, ale i znacznie utrudni sobie przedstawianie w przyszłości dowodów w granicach tez dowodowych przed Sądem. Intencją autorów zmian było właśnie to, aby prokurator przed wniesieniem aktu oskarżenia nie dokonywał pełnej rekonstrukcji inkryminowanego zdarzenia, a odbywało się to dopiero w sądzie „w ogniu kontradyktoryjnej walki prowadzonej przez strony", skoro „oskarżenie formułowane jest jeszcze przed przeprowadzeniem dowodów, a w każdym razie po niekompletnym postępowaniu dowodowym" – tak P. Hofmański, (w:) P. Hofmański, J. Śliwa, Dwugłos w sprawie nowego kształtu postępowania przygotowawczego, Prokuratura i Prawo 2015, nr 1–2, s. 78. Ta w istocie smutna konstatacja budzi uzasadnione dylematy moralne wśród samych prokuratorów, którzy przecież czują się odpowiedzialni za trafność i mocne podstawy podejmowanych decyzji o oskarżeniu – zob. szerzej J. Śliwa, (w:) P. Hofmański, J. Śliwa, Dwugłos…, *ibidem*, s. 85.

[17] Ciekawe uwagi na tle art. 4 k.p.k. czyni A. Bojańczyk, według którego nieprzypadkowo art. 4 k.p.k. mówi o organach prowadzących postępowanie karne, a nie o stronach, co zdaje się sugerować, iż w postepowaniu jurysdykcyjnym prokurator nie ma obowiązku działania także na korzyść oskarżonego – por. szerzej A. Bojańczyk, Dowód prywatny w postępowaniu karnym, Warszawa 20111, s. 247 i n.; tak też na tle znowelizowanego k.p.k. zob. P. Hofmański, (w:) P. Hofmański, J. Śliwa, Dwugłos…, *ibidem*, s. 80.

[18] Zob. szerzej B. Sygit, J. Duży, Nowa pozycja prokuratora w świetle zmian w kodeksie postępowania karnego, Prokuratura i Prawo 2014, nr 7–8, s. 6.

(zob. art. 167 k.p.k.), w sytuacji, w której obrona nie będzie aktywna, zgodnie z literalnym brzmieniem art. 4 k.p.k. prokurator, chcąc pozostać absolutnie bezstronnym, powinien przeprowadzić dowody w granicach tez dowodowych także na korzyść oskarżonego. Oczywiście, takie rozumowanie sprowadzałoby założenia omawianej reformy procesu karnego do absurdu – oskarżyciel przed sądem miałby obowiązek i oskarżania i przy braku reakcji oskarżonego lub obrońcy aktywnej obrony. Sam formułowałby tezy na poparcie oskarżenia i w ich granicach przeprowadzałby dowody, a w pewnych sytuacjach następnie musiałby sam im zaprzeczać i przeprowadzić dowody na obalenie wcześniej prezentowanych przez siebie tez. Paradoks godny „Procesu" Franza Kafki. Niewątpliwie zatem tak daleko bezstronność prokuratora w postępowaniu jurysdykcyjnym sięgać nie może. Zapewnieniu bezstronności prokuratora w postępowaniu jurysdykcyjnym w realiach procesu kontradyktoryjnego służy przyznanie prokuratorowi możliwości cofnięcia (po rozpoczęciu przewodu sądowego za zgodą oskarżonego) aktu oskarżenia (zob. znowelizowany art. 14 § 2 k.p.k.). Generalnie w takich właśnie granicach należy postrzegać bezstronność prokuratora na tym etapie procesu karnego po nowelizacji[19].

Fundamentalnym prawem oskarżyciela w postępowaniu jurysdykcyjnym w kontradyktoryjnym procesie powinno być prawo do przedstawiania i poszukiwania dowodów na takich samych zasadach, na jakich może to uczynić strona przeciwna, a więc i możliwości wprowadzania do procesu dowodów zgromadzonych przez siebie na etapie postępowania sądowego (swego rodzaju śledztwo sądowe). Zdał sobie z tego sprawę ustawodawca, wprowadzając do k.p.k. ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. przepis art. 404a., który brzmi: „W czasie przerwy albo odroczenia rozprawy oskarżyciel publiczny może dokonać niezbędnych czynności w celu przedstawienia dowodów przed sądem, chyba że określona czynność zastrzeżona jest do właściwości sądu. Prokurator może również zlecić dokonanie niezbędnych czynności przez Policję". Przepis ten stwarza prokuratorowi możliwość równoległego prowadzenia czynności śledczych na etapie postępowania jurysdykcyjnego w celu przedstawienia ich przed sądem, co ma być swoistą przeciwwagą dla

[19] Wydaje się, że w obliczu zakładanego ograniczenia postępowania dowodowego na etapie postępowania przygotowawczego instytucja cofnięcia aktu oskarżenia będzie musiała być dość często wykorzystywana w praktyce prokuratorskiej. W tym miejscu należy postawić jednak pytanie o gotowość społeczeństwa (i samych prokuratorów) do zaakceptowania takiej sytuacji, w której wobec części oskarżonych – wskutek ustaleń dokonywanych przed sądem – prokuratorzy nie będą chcieli dalej popierać skierowanych aktów oskarżenia. Wymaga to zmiany całej dotychczasowej filozofii dotyczącej tego, czym w istocie jest akt oskarżenia, związanej z nim obecnie stygmatyzacji oraz zmian co do postrzegania roli prokuratora w jurysdykcyjnej fazie procesu jako przede wszystkim zdeterminowanej funkcją oskarżyciela publicznego, a w zdecydowanie mniejszym – rolą bezstronnego rzecznika interesu publicznego.

dowodów zbieranych i przedstawianych przez stronę przeciwną (swego rodzaju śledztwa obrończego) i umożliwić ich weryfikację. Prokurator nie będzie mógł w tym trybie przeprowadzić najbardziej efektywnych czynności, np. zarządzić przeszukania czy zażądać wydania rzeczy, ponieważ są to czynności wymagające wydania postanowienia, które w postępowaniu jurysdykcyjnym wydaje sąd, należy też skłonić się do interpretacji, że nie będzie mógł w tym trybie przesłuchiwać świadków[20]. Podobnie nie będzie mógł powołać biegłego. Nie ma jednak żadnych procesowych przeszkód (art. 393 § 3 k.p.k. w nowym brzmieniu tyczy się przecież wszystkich stron procesu – nie tylko oskarżonego, ale także oskarżyciela posiłkowego czy prokuratora), aby w trybie art. 404a znowelizowanego k.p.k. nastąpiło przedstawienie przez prokuratora opinii eksperta, który np. wypowiedziałby się w niej co do wniosków z opinii prywatnej przedstawionej przez stronę czy podważył zeznania biegłego (jeśli uprzednio sąd zdecydował o przesłuchaniu osoby sporządzającej opinię prywatną w takim charakterze). Sąd mógłby przesłuchać autora takiej ekspertyzy sporządzonej na wniosek prokuratora w dalszym toku procesu w charakterze biegłego. Niestety, w praktyce nie wiadomo, na jakich zasadach następowałaby zapłata za tak uzyskaną w oparciu o tryb z art. 404a znowelizowanego k.p.k. ekspertyzę, jakim ograniczeniom podlegałby tutaj prokurator, czy udałoby się uzyskać opinię do kolejnego terminu rozprawy lub w innym, możliwie krótkim czasie, zwłaszcza, jeżeli prokurator zwróciłby się o opracowanie ekspertyzy do Policji. Jest to kwestia bardzo istotna. W nowym modelu procesu prokurator w stadium postępowania sądowego nie może przecież ograniczyć się do uzyskiwania opinii biegłego tylko za pośrednictwem Sądu, który na jego wniosek powoła (lub nie) biegłego[21]. Nie może być bowiem tak, że oskarżyciel publiczny, chcąc w postępowaniu jurysdykcyjnym wprowadzić dowód z opinii biegłego do procesu, byłby zdany na wyłączną próbę przekonania sądu, że jest to konieczne, a strona przeciwna mogłaby łatwo ten przykry tryb ominąć, wprowadzając dowód z opinii biegłego ukryty pod kostiumem dokumentu prywatnego[22]. Niezależnie od wspomnianego elementu niepewności dotyczącego samego powołania biegłego przez Sąd w tym trybie, w takim wypadku strona przeciwna miałaby możliwość wpływu na postawione biegłemu pytania, rozpoznania kierunku przyszłej opinii i mogłaby odpowiednio „przygotować" swojego eksperta. Prokurator znalazłby się wówczas w takiej sytuacji, w której

[20] Por. szerzej D. Świecki, Postępowanie przed sądem pierwszej instancji oraz postępowania szczególne, Kraków 2015, s. 102.

[21] Trafnie zatem w literaturze wskazuje się na tle koniecznej aktywności stron w procesie kontradyktoryjnym na możliwość wytworzenia się w praktyce stosowania prawa po dokonanych zmianach procedury karnej ekspertyzy kontradyktoryjnej – zob. szerzej K. Pachnik, Biegli sądowi w doktrynie i orzecznictwie, Paragraf na Drodze 2015, nr 3, s. 26.

[22] Por. A. Bojańczyk, Czy znowelizowane przepisy…, *op. cit.*, s. 203.

musiałby obalić tezy dowodowe w oparciu o uzyskaną opinię prywatną, do której mówiąc kolokwialnie ułożono tak pytania, by otrzymać odpowiedzi pozwalające na zbudowanie korzystnych dla strony tez, a pominąć te, które nie są dla strony wygodne. Jednocześnie, albo nie miałby fizycznej możliwości (gdyby sąd nie uwzględnił jego wniosku o powołanie biegłego), albo bezpośredniej możliwości (bez pośrednictwa sądu) skorzystania z wiedzy biegłego (eksperta) dla bieżącej weryfikacji kompletności, rzetelności, poprawności przyjętej metodyki badawczej, zakresu opinii i wyciąganych wniosków przez powołanego przez stronę eksperta, zwłaszcza jeżeli zostałby on następnie dopuszczony do udziału w procesie w charakterze biegłego. Naruszałoby to ewidentnie zasadę równości broni tak ważną w procesie kontradyktoryjnym. Można przekornie powiedzieć, że instytucja cofnięcia aktu oskarżenia przewidziana przez nową procedurę ma szanse w takich wypadkach na szerokie zastosowanie.

Przyjęte przez polskiego ustawodawcę w nowelizacji k.p.k. rozwiązanie, mimo zachowania uprawnienia do powołania biegłego do wyłącznej dyspozycji organu procesowego właściwego ze względu na stadium procesu (wniosek taki wynika z analizy uregulowań art. 194 k.p.k. w zw. z art. 93 § 2 i 3 k.p.k.), w istocie jest zbliżone do rozwiązania przyjętego w procesie anglo-amerykańskim, w którym strony mają prawo samodzielnego powoływania biegłych. Dopuszczenie dowodu prywatnego powstałego dla celów postępowania i regulacja art. 404a k.p.k. dają *de facto* stronom w polskim procesie podobne możliwości, jak w prawie amerykańskim. Różny jest tylko status uzyskanego w ten sposób dowodu, co i tak zapewne zniweluje sąd, przesłuchując w charakterze biegłego eksperta, który sporządził opinię prywatną, czy też działającego na zlecenie prokuratora w trybie art. 404a znowelizowanego k.p.k.

Prowadzone rozważania skłaniają do wniosku, że proces karny po nowelizacji, zwłaszcza w niektórych kategoriach spraw, np. karnych gospodarczych, o wypadki komunikacyjne, wypadki przy pracy i inne, które charakteryzuje konieczność korzystania z opinii biegłych, będzie nieuchronnie ewoluował w kierunku procesu „na opinie". Stanowi to realne zagrożenie dla ustalenia prawdy materialnej w procesie[23]. W gąszczu opinii przedkładanych przez strony pod określone tezy dowodowe dla celów postępowania rozstrzygnięcia sądu mogą okazać się dość przypadkowe, intuicyjne. Kolejne opinie zamiast przybliżać sąd do ustalenia prawdy, mogą to utrudniać. Pro-

[23] Nowa treść art. 2 § 1 k.p.k. karze w ogóle zastanowić się, czy zasada prawdy materialnej w procesie nadal obowiązuje – zob. szerzej: R. H e r n a n d, Nowelizacja procedury karnej – inne spojrzenie, (w:) Kontradyktoryjność w polskim procesie karnym, Warszawa 2013, s. 157; B. N i t a, A. Ś w i a t ł o w s k i, Kontradyktoryjny proces karny (między prawdą materialną a szybkością postępowania), Państwo i Prawo 2012, nr 1 s. 36; J. D u ż y, Zasada prawdy w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego, Państwo i Prawo 2015, nr 5, s. 61 i n.

ces, w którym strony będą przed sądem „przerzucać się" opiniami sporządzanymi pod określone tezy dowodowe, będzie procesem przewlekłym i bardzo kosztownym. Jego wynik będzie zależał od możliwości finansowych stron na niespotykaną dotąd w polskiej procedurze karnej skalę. Można porównać to do gry w pokera, w której strona mająca więcej środków, ale niekoniecznie lepsze karty, blefuje i często przelicytuje tę, która ma może i lepsze karty, ale ograniczone środki. We współczesnej rzeczywistości procesowej zdarzają się sprawy gospodarcze, gdzie kwota spowodowanych uszczupleń w mieniu w jednej sprawie sięga kilkudziesięciu milionów złotych. Jak „walczyć na opinie" z oskarżonymi dysponującymi tak gigantycznymi środkami. Prokuratury odpowiedzialnej przecież w myśl nowej procedury za wynik procesu nie będzie stać na ponoszenie takich kosztów. Nie ma przecież nieograniczonego budżetu. Tym bardziej problematyczne w tym kontekście wydaje się korzystanie przez prokuratora z możliwości pomocy ekspertów w trybie art. 404a znowelizowanego k.p.k. W najgorszej sytuacji znajdą się jednak oskarżeni niedysponujący środkami na przedkładanie prywatnych opinii w sprawach, w których konieczne jest jej uzyskanie. Będą bezbronni w postępowaniu jurysdykcyjnym. Paradoksalnie w pewnych kategoriach spraw powinni oni bezwzględnie podważyć opinię przedłożoną przez oskarżyciela. Jeżeli tego nie uczynią, zapewne przegrają proces w obliczu zakładanej przez reformę zasady nieprzeprowadzania dowodów przez sąd z urzędu (zob. art. 167 k.p.k. po nowelizacji). W sensie materialnym w takich sprawach odwrócony zostaje ciężar dowodu. Niestety, należy spodziewać się, że z obawy o obciążenie kosztami procesu gorzej uposażeni oskarżeni nie będą nawet wnios**ko**wać do sądu o powołanie biegłego. Ściśle z tym związany jest problem ich nieporadności w formułowaniu pytań, a następnie przeprowadzania w oparciu o uzyskane opinie dowodów w granicach tez dowodowych. Bez zapewnienia fachowej pomocy adwokata zdecydowana większość oskarżonych nie będzie potrafiła temu sprostać. Jak słusznie stwierdza P. Kardas, pomoc prawna z urzędu pełni w modelu kontradyktoryjnym fundamentalną funkcję publiczną „o takim samym znaczeniu co funkcja oskarżyciela oraz funkcja sądu. Eliminacja któregokolwiek w z tych elementów oznacza całkowitą dysfunkcjonalność wymiaru sprawiedliwości"[24]. Niestety, sama możliwość uzyskania adwokata z urzędu w nowej procedurze z różnych względów nie załatwia sprawy[25].

[24] P. Kardas, Projektowany model obrony z urzędu a zasada prawdy materialnej, Palestra 2013, nr 5–6, s. 24.

[25] Pozostaje otwarta kwestia jakości takiej obrony i wpływu strony na aktywność i zaangażowanie adwokata z urzędu; na problemy te zwraca uwagę Helsińska Fundacja Praw Człowieka w opinii z dnia 3 sierpnia 2012 r. do projektu nowelizacji kodeksu postępowania karnego. Wreszcie, powstaje pytanie o koszty obrony w przypadku przegrania procesu. Skoro ustawodawca zdecydował nawet „przestrzec" o tymczasowym tylko charakterze bezpłatnie udzielonej obrony (zob. art. 338 § 1a znowelizowanego k.p.k.), to tym samym może to dzia-

Wszystkie powyższe problemy bardzo trafnie dostrzegła i wyeksponowała Helsińska Fundacja Praw Człowieka. W Opinii Fundacji z dnia 3 sierpnia 2012 r. do projektu nowelizacji kodeksu postępowania karnego czytamy: „Planowany model postępowania zakłada obciążenie oskarżonego w większym niż dotychczas stopniu ciężarem dowodu w znaczeniu materialnym. Wydaje się, że w praktyce oskarżony niemający fachowej wiedzy prawniczej nie będzie w stanie prowadzić w pełni efektywnej obrony samodzielnie. Dopiero aktywność obrońcy w toku postępowania sądowego doprowadzi do zwiększenia prawdopodobieństwa osiągnięcia pozytywnego dla oskarżonego wyniku końcowego postępowania" i dalej „Wprowadzenie zmian może doprowadzić do zmniejszenia szans na uzyskanie pozytywnego wyniku postępowania przez oskarżonego, który nie jest w stanie pokryć kosztów zastępstwa procesowego. Równocześnie może utrudnić osiągnięcie prawdy materialnej". W wypadku spraw wymagających uzyskiwania fachowych opinii diagnoza Fundacji jest trafna, ponieważ zarówno uzyskanie odpowiadającym potrzebom procesowym strony opinii, a następnie właściwe przesłuchanie eksperta i przedstawienie tych dowodów w granicach tez dowodowych pozwoli dopiero osiągnąć korzystny dla strony rezultat. Trudno sobie to wyobrazić bez udziału aktywnego, zaangażowanego w sprawę adwokata i posługiwania się prywatnymi opiniami przez stronę. W odniesieniu do takich spraw realne staje się zatem niebezpieczeństwo swoistej „prywatyzacji" i „komercjalizacji" procesu karnego, która w państwie prawa nie powinna mieć miejsca[26]. W tym miejscu, w odniesieniu do spraw wymagających przedkładania opinii, można tylko sparafrazować słowa Napoleona dotyczące wojny i powiedzieć, że po 1 lipca 2015 r. prowadzenie procesu karnego w takich sprawach będzie wymagać trzech rzeczy: pieniędzy, pieniędzy i pieniędzy. Nowa procedura miała być szybsza, tańsza i lepsza. Niestety, w wypadku spraw wymagających udziału biegłych (ekspertów) może okazać się, że będzie dłuższa, dużo droższa i niekoniecznie bardziej sprawiedliwa.

Za punkt odniesienia dla oceny wprowadzanych zmian procedury karnej mogą znakomicie służyć słowa Juliusza Makarewicza przyjęte za motto niniejszego artykułu. Oby w obliczu dokonanych zmian w procedurze karnej w odniesieniu do spraw wymagających odwołania się do opinii biegłych (ekspertów), nie okazały się wyjątkowo trafne. Niestety, nazbyt optymistycznie brzmi zdanie, że kodeks postępowania karnego ani nie zezwala na

łać hamująco na oskarżonych, którzy obawiając się przegrania procesu i obciążenia w związku z tym kosztami pomocy prawnej udzielonej z urzędu, nie będą o nią wnosić – por. A. B o j a ń c z y k, „Obrona na żądanie" – czyżby jeszcze jeden krok w kierunku hipergwarancyjności procesu karnego, Palestra 2015, nr 1– 2, s. 200.

[26] Zob. interesujące uwagi R. K m i e c i k a na tle koncepcji dowodów prywatnych w ścisłym nurcie dowodzenia – „Dowód prywatny" i tzw. zasada swobody dowodzenia w postępowaniu karnym, Państwo i Prawo 2013, nr 2, s. 38 i 39.

wprowadzenie do procesu dowodu z opinii prywatnej, ani nie zmienia w tym zakresie niczego w stosunku do obowiązującego stanu prawnego[27]. Mimo normatywnych podstaw dla takiej interpretacji wynikających z literalnego odczytania treści art. 194 k.p.k. praktyka sądowa z dokonanej nowelizacji (zob. art. 393 § 3 k.p.k. w nowym brzmieniu) wyciągnie zapewne zupełnie inne wnioski.

Niezależnie od prezentowanych krytycznych uwag na temat rozwiązań prawnych rzutujących na kwestie opinii biegłych (ekspertów) przyjętych w procesie karnym po 1 lipca 2015 r. jedno jest pewne – współpraca ekspertów/biegłych z organami ścigania nie będzie już taka jak do tej pory. Będzie wymagała większego dynamizmu i zostanie rozciągnięta na postępowanie jurysdykcyjne. Wobec biegłych (ekspertów) ulegną poważnym zmianom oczekiwania organów ścigania i oskarżycieli publicznych w związku ze zmienionymi nowelizacją procesu karnego regułami przedstawiania dowodów przed sądem i dopuszczeniem opinii prywatnych. Biegli i eksperci współpracujący z organami ścigania będą musieli nie tylko nauczyć się wypowiadać lepiej niż dziś w obronie swoich opinii, ale i umieć na bieżąco (w wypadku ich nierzetelności lub ograniczenia zakresu opinii prywatnej w interesie strony, przyjęcia błędnej metodyki i szeregu innych wad) umieć podważać ją w opiniach uzupełniających i podczas przesłuchania w sądzie w charakterze biegłego. Będzie to wymagało od nich bardzo szybkiej reakcji, wejścia w polemikę, biorąc pod uwagę wymogi procesu kontradyktoryjnego, najlepiej już na kolejnym terminie rozprawy. W takim układzie procesowym biegli (eksperci) powołani przez organy ścigania staną się przede wszystkim recenzentami opinii prywatnych i wypowiedzi powołanych następnie przez sąd w charakterze biegłych ich autorów. Będzie to dla nich tym trudniejsze, że opinie te nieraz będą opracowywane przez uznanych, posiadających stopnie i tytuły naukowe specjalistów (także biegłych z listy biegłych sądowych). Podniesie to niewątpliwie poziom oczekiwań organów ścigania wobec współpracujących z nimi biegłych (ekspertów). Jednocześnie oskarżyciele publiczni, zwłaszcza na etapie postępowania jurysdykcyjnego będą oczekiwali od biegłych (ekspertów) takiego kształtu opinii, który pozwoli im na sprawne przeprowadzenie dowodów w granicach tez dowodowych. Patrząc z drugiej strony, w procesach karnych prowadzonych wobec gorzej sytuowanych, nieporadnych oskarżonych, niekorzystających z pomocy adwokata biegli nie napotkają kontropinii prywatnych i zapewne nie spotkają się z dużą aktywnością sądu w przedmiocie weryfikacji przedłożonej opinii. W takich wypadkach istnieje realne niebezpieczeństwo, że ich werdykt może okazać się przesądzający dla wyniku procesu, nawet jeśli był obarczony błędem. Wszystkie te uwarunkowania będą od biegłych (ekspertów) wyma-

[27] Tak A. B o j a ń c z y k, Czy znowelizowane przepisy…, *op. cit*., s. 200.

gały jeszcze większego profesjonalizmu i odpowiedzialności za treść opinii niż do tej pory. W sytuacji „walki na opinie" zapewne częściej niż obecnie i czysto instrumentalnie będą czynione próby podważenia ich kwalifikacji.

Konkludując, nasuwa się pytanie, czy biegli (eksperci) współpracujący z organami ścigania, mając na względzie omówione okoliczności, będą potrafili w nowych uwarunkowaniach prawnych sprostać wyzwaniom, jakie przed nimi staną po 1 lipca 2015 r. Na dziś pozostaje ono otwarte.

Collaboration between experts and law enforcement agencies in criminal matters, after amendments to the Code of Criminal Procedure

Abstract

This paper presents the consequences the criminal procedure reform has for the collaboration between experts and law enforcement agencies. It is argued that realities of the adversarial procedure, including specifically the admittance of private opinions, will considerably affect the criminal procedure so that it will require more proactive approach and cover proceedings that end with a decision. Collaborating with the agencies, the experts will largely become reviewers of private counter-opinions which are likely to reveal, if not to create certain facts that are to be ascertained.