

# Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1(183) 2010  
Warszawa 2010

Piotr Rogoziński ■

## POSTĘPOWANIE DOWODOWE NA ROZPRAWIE APELACYJNEJ W SPRAWACH KARNYCH

Obraz postępowania dowodowego w odwoławczym stadium procesu karnego uzależniony jest ściśle od przyjętego w danym systemie procesowym modelu rozpoznawania zwyczajnych środków odwoławczych. Generalnie rzecz biorąc, w odniesieniu do polskich doświadczeń, można mówić w tym zakresie o modelach apelacyjnym i rewizyjnym. W klasycznej postaci system kontroli apelacyjnej obejmuje uchybienia zarówno w zakresie prawa, błędną ocenę okoliczności faktycznych, jak również błędy przy wymiarze sankcji karnej. W tej modelowej postaci sąd apelacyjny jest sądem ponownie przeprowadzającym dowody; w postępowaniu apelacyjnym wydaje się powtórnie orzeczenie, bez możliwości uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji.<sup>1</sup> Tok procesu karnego jest w takim wypadku z reguły trójinstancyjny, a od wyroków sądu drugiej instancji przysługuje stronom kasacja do Sądu Najwyższego. Można wskazać szereg wad opisywanego modelu, a zwłaszcza: wydłużenie czasu trwania procesów, naruszanie zasady bezpośredniości przez to, że sąd apelacyjny orzekał w znacznej mierze również na podstawie dowodów przeprowadzonych przez sąd *a quo*, które nie były następnie ponawiane, możliwość

<sup>1</sup> Por. K. Marszał, *System apelacyjno-kasacyjny w polskim procesie karnym*, [w:] *Węzłowe zagadnienia procedury karnej. Księga ku czci Profesora Andrzeja Murzynowskiego*, pod red. P. Kruszyńskiego, Warszawa 1997, s. 164–165; tenże [w:] *Proces karny. Przebieg postępowania*, pod red. K. Marszała, Katowice 2008, s. 188–189.

zmniejszenia poczucia odpowiedzialności sędziego pierwszoinstancyjnego, skoro wie on, iż poczynione przez niego ustalenia faktyczne mogą być ponownie dowodowo badane w instancji apelacyjnej.<sup>2</sup> Rewizyjny model kontroli odwoławczej wprowadzono w polskim prawie krótko po zakończeniu drugiej wojny światowej, w okresie stalinowskiej reformy procedury karnej z lat 1949–1950.<sup>3</sup> Abstrahując od politycznych motywów wprowadzanych zmian, sprowadzających się do zwiększenia efektywności represji karnej, podjęto się realizacji postulatu postępowania dwuinstancyjnego, zapewniającego merytoryczne osądzenie sprawy w pierwszej instancji oraz przydającego postępowaniu odwoławczemu charakter wyłącznie kontrolny. System rewizyjny charakteryzuje się ogólnie rzecz biorąc: dwuinstancyjnością postępowania, możliwością żądania kontroli wyroku zarówno pod względem prawnym, jak i faktycznym, niezwiązaniem sądu odwoławczego granicami apelacji, gdy zachodzi potrzeba zreformowania wyroku na korzyść oskarżonego, możliwością wydania odmiennego merytorycznie wyroku niż w pierwszej instancji w pełnym zakresie na korzyść oskarżonego i w bardzo ograniczonym zakresie na jego niekorzyść. Jeżeli chodzi o postępowanie dowodowe przed sądem *ad quem* w systemie rewizyjnym, to zasadą jest nieprzeprowadzanie postępowania dowodowego przez ten sąd, a ograniczenie się w zakresie poznania do treści akt sprawy.<sup>4</sup> Opowiedzenie się za modelem rewizyjnym postępowania odwoławczego zapewnia wszechstronność kontroli wyroku sądu pierwszoinstancyjnego, znaczne odformalizowanie i przyspieszenie postępowania odwoławczego. Jednakże i ten model postępowania odwoławczego wykazuje wcale istotne wady, do których należy zaliczyć: rozdźwięk pomiędzy prawem sądu *ad quem* do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy a możliwością po stronie tego sądu bezpośredniego poznania faktów stanowiących podstawę tego rozstrzygnięcia, konieczność powtarzania w zasadzie całego postępowania w pierwszej instancji w wypadku zaistnienia potrzeby przeprowadzenia na nowo tylko jednego lub kilku dowodów, ryzyko niepełnej kontroli orzeczenia wiążące się z systemem dwuinstancyjnym oraz brak realnej możliwości permanentnego nadzoru judykacyjnego Sądu Najwyższego w konkretnych sprawach.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Por. bliżej: S. Śliwiński: *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Przebieg procesu i postępowanie wykonawcze*, Warszawa 1948, s. 119–122; K. Marszał, *System apelacyjno-kasacyjny...*, s. 164–165.

<sup>3</sup> Odnośnie do historycznego kontekstu wprowadzenia tego systemu por. A. Machnikowska, *Wymiar sprawiedliwości w Polsce w latach 1944–1950*, Gdańsk 2008, s. 327–330.

<sup>4</sup> W zakresie cech systemu rewizyjnego por. zwłaszcza S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2009, s. 537–539.

<sup>5</sup> Por. tamże, s. 539.

Jak z powyższego wynika, obydwa modele postępowania odwoławczego różnią się w sposób zasadniczy, jeżeli chodzi o funkcje i zakres postępowania dowodowego przed sądem *ad quem*. Różnice te wiążą się nieodłącznie z założeniami konstrukcyjnymi przyświecającymi przyjęciu określonego systemu w ustawodawstwie procesowym poszczególnych krajów. Dlatego też w modelu apelacyjnym, w toku którego wydaje się powtórnie orzeczenie, bez możliwości uchylenia zaskarżonego wyroku, nieodzowne jest przeprowadzenie w znacznym zakresie, czy nawet w całości, postępowania dowodowego przed sądem rozpoznającym apelację;<sup>6</sup> zaś w modelu rewizyjnym, opartym na założeniu wyłącznie kontrolnego charakteru postępowania odwoławczego, przeprowadzenie dowodu ścisłego na rozprawie odwoławczej następuje wyjątkowo.<sup>7</sup>

Powyższe różnice uwidaczniają się z całą wyrazistością na tle postępowania dowodowego przed sądem pierwszej instancji. Zadaniem, przed którym stoi ten sąd, jest określenie, czy istnieją podstawy, a jeżeli tak – to jaki jest zakres, odpowiedzialności prawnej (karnej i ewentualnie również cywilnej) oskarżonego za zarzucany mu czyn zabroniony. Pomijając konieczne uproszczenia dowodowe orzekania co do zasadniczego przedmiotu procesu na posiedzeniu,<sup>8</sup> realizacja tego zadania na rozprawie głównej wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego, i to w warunkach dowodu ścisłego. Zatem sąd pierwszej instancji jest zobowiązany, celem zadośćuczynienia prawdzie materialnej, do dowodowego zbadania sprawy i niezależnie od zakresu tego badania (tu dopuszczalne są ograniczenia związane ze stopniem wyjaśnienia okoliczności sprawy i postawą stron<sup>9</sup>) to na tym właśnie sądzie spoczywa główny ciężar przeprowadzenia dowodów w procesie. Jest tak siłą rzeczy bez względu na to, który model rozpoznawania zwyczajnych środków odwoławczych został przyjęty w ustawodawstwie karnym danego państwa. Wynika stąd, że postępowanie dowodowe (w znaczeniu przeprowadzania dowodów ścisłych) na rozprawie przed sądem drugiej instancji będzie w porównaniu do rozprawy pierwszoinstancyjnej akcesoryjne, uzupełniające, a w skrajnym wypadku (klasyczne pełne postępowanie apelacyjne) co najwyżej

<sup>6</sup> Por. K. Marszał, *System apelacyjno-kasacyjny...*, s. 164–165; S. Śliwiński, op. cit., s. 119; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Kraków 1933, s. 692, 721–725; K. Angerman, J. Nowotny, J. Przeworski, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 1930, s. 418–419.

<sup>7</sup> Por. przykładowo Z. Z. Muras, *Postępowanie odwoławcze w procesie karnym. Artykuły 425–467 KPK. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 320–322.

<sup>8</sup> Blżej R. Kmiecik, *Posiedzenie sądu w procesie karnym. Prawnodowodowa problematyka orzekania poza rozprawą*, Lublin 1993, s. 8 i nast.

<sup>9</sup> W zakresie postępowania dowodowego prowadzonego na rozprawie chodzi o przepisy art. 387 i 388 k.p.k.

powtarzające czynności dowodowe działane przed sądem *a quo*. Głównym celem postępowania odwoławczego, niezależnie od przyjętego modelu rozpoznawania zwyczajnych środków odwoławczych, jest weryfikacja trafności orzeczenia pierwszoinstancyjnego.<sup>10</sup> Zmierając do osiągnięcia tego celu, ustawodawcy przyjmują rozmaite rozwiązania służące przeprowadzaniu przez sąd w postępowaniu apelacyjnym dowodów ścisłych niezbędnych do dokonania tej weryfikacji.<sup>11</sup> Wydaje się bowiem, że zapewnienie możliwości przeprowadzania tych dowodów w instancji odwoławczej nie powinno budzić wątpliwości. Jest ono niezbędne do sprawnego i operatywnego toku postępowania w drugiej instancji oraz tym samym uniknięcia niepotrzebnego uchylania orzeczeń pierwszoinstancyjnych i przekazywania spraw do ponownego rozpoznania.<sup>12</sup> Konieczność taka istnieje zarówno w wypadku przyjęcia modelu apelacyjnego, jak i rewizyjnego, w odniesieniu do poszczególnych modeli należy tylko rozważyć zakres takiego uprawnienia sądu odwoławczego.

Jak wspomniano, w systemie polskiego prawa procesowego przyjęty został rewizyjny model rozpoznawania zwyczajnych środków odwoławczych. System rewizyjny wprowadzono do Kodeksu postępowania karnego z 1928 r. w wyniku reformy z lat 1949–1950 i od tego czasu funkcjonuje niezmiennie, również pod rządami kodeksów z 1969 r. i z 1997 r. Nie mają przy tym znaczenia dla rewizyjnego charakteru postępowania odwoławczego kwestie różnego nazewnictwa odpowiednich środków odwoławczych – od 1949 r. do 1995 r. była to „rewizja”, zaś od 1996 r. „apelacja”. Pomimo tych zmian, w szczególności nazwania tego środka „apelacją”, nie można mówić o odmienności systemu rozpoznawania zwyczajnych środków odwoławczych, jak również obecna apelacja i postępowanie apelacyjne nie ma wiele wspólnego z instytucją funkcjonującą pod tą nazwą w pierwotnej regulacji Kodeksu postępowania karnego z 1928 r. Przyjęcie w polskim prawie

<sup>10</sup> Por. także A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 319–320.

<sup>11</sup> Np. w prawie procesowym niemieckim w postępowaniu apelacyjnym obowiązują w szczególności następujące zasady: wolno przeprowadzać nowe dowody (§ 323 ust. 3 StPO), można wskazać pominać przesłuchanych w pierwszej instancji świadków i biegłych, jeżeli ich ponowne przesłuchanie nie jest konieczne (§ 323 ust. 2 StPO), dopuszcza się odczytywanie dokumentów, a protokoły zeznań świadków i opinie biegłych złożone w postępowaniu pierwszoinstancyjnym nie mogą być odczytywane bez zgody prokuratora i oskarżonego, chyba że danej osoby nie wezwano, względnie nie złożono wniosku o jej wezwanie (§325 StPO). Bliżej na ten temat np. L. Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung. Kommentar*, München 2003, s. 1071–1072, 1074–1076. Por. również zestawienie prawnoporównawcze W. Hermelińskiego i B. Nity (*Orzekanie reformatoryjne na podstawie nowych ustaleń faktycznych w postępowaniu karnym*, Państwo i Prawo 2009, nr 4, s. 65–66).

<sup>12</sup> Wiąże się ono bezpośrednio z koniecznością weryfikacji przez sąd drugiej instancji prawidłowości postępowania dowodowego przeprowadzonego przez sąd *a quo* oraz prawa stron do wskazywania w środku odwoławczym nowych dowodów (art. 427 § 3 k.p.k.).

systemu rewizyjnego spowodowało, że postępowanie odwoławcze nabrało charakteru wyłącznie kontrolnego w odniesieniu do orzeczenia sądu pierwszoinstancyjnego, a zakres postępowania dowodowego przed sądem *ad quem* musiał zostać z tego względu zredukowany i dostosowany do sprawnej realizacji zadań stojących przed tym sądem w ramach przyjętego modelu zaskarżenia.<sup>13</sup>

Z uwagi na rozległość materii, w dalszym ciągu rozważań zainteresowanie skupi się na najważniejszym forum rozpoznania sprawy w drugiej instancji – postępowaniu dowodowym prowadzonym na rozprawie, pomijając zagadnienia związane z dowodami przeprowadzanymi na posiedzeniu.<sup>14</sup> Traktując o postępowaniu dowodowym, ma się tu na myśli najogólniejsze określenie, a mianowicie „rodzaj procesu poznawczego warunkującego subsumcję, który zmierza do ustalenia faktu istotnego za pomocą dowodów”.<sup>15</sup> Z formalno-konstrukcyjnego punktu widzenia postępowanie dowodowe na rozprawie przed sądem odwoławczym można podzielić następująco:

- I. postępowanie dowodowe co do istoty sprawy w postaci dowodu swobodnego (art. 437 § 1 i 2 k.p.k.);
  - 1) w wyniku którego nie następuje zmiana ustaleń faktycznych,
  - 2) w wyniku którego następuje zmiana ustaleń faktycznych;
- II. postępowanie dowodowe co do istoty sprawy w postaci dowodu ścisłego (art. 452 k.p.k.):
  - 1) w wyniku którego nie następuje zmiana ustaleń faktycznych,
  - 2) w wyniku którego następuje zmiana ustaleń faktycznych;
- III. postępowanie dowodowe co do okoliczności znajdujących się poza istotą sprawy:
  - 1) w postaci dowodu swobodnego,
  - 2) w postaci dowodu ścisłego.

Wskazany tu podział wymaga przedstawienia kilku uwag odnośnie do przyjętych kryteriów. Odrzucono dychotomiczne rozróżnienie ustaleń, którym mają służyć dowody przeprowadzane w instancji odwoławczej, na: ustalenia co do istoty sprawy oraz ustalenia dotyczące uchybień popełnionych przez sąd pierwszej

<sup>13</sup> W tym zakresie por. M. Rogacka-Rzewnicka, *Apelacyjny model kontroli odwoławczej*, [w:] *Nowe uregulowania prawne w kodeksie postępowania karnego z 1997 r.*, pod red. P. Krużyńskiego, Warszawa 1999, s. 364 i nast.; K. Marszał, op. cit., s. 166; D. Świecki, *Rozprawa apelacyjna w polskim procesie karnym*, Kraków 2006, s. 118.

<sup>14</sup> W tym przedmiocie szczegółowe rozważania można znaleźć w pracy R. Kmiecika, *Posiedzenie sądu ...*, zwłaszcza s. 8–22, 94–105.

<sup>15</sup> R. Kmiecik [w:] *Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, pod red. R. Kmiecika, Warszawa 2008, s. 21. Należy także wskazać, że określenie to nawiązuje do węższego znaczenia „postępowania dowodowego”, w ujęciu tegoż Autora (tamże, s. 22).

instancji, których dokonać musi sąd odwoławczy badający prawidłowość zaskarżonego orzeczenia.<sup>16</sup> Rozróżnienie to nie wyczerpuje całego zakresu możliwych do dokonania przez sąd drugoinstancyjny ustaleń faktycznych (pomija ustalenia w kwestiach incydentalnych) i nie ma wyraźnego oparcia w treści art. 452 k.p.k., gdyż ustalenia co do istoty sprawy i ustalenia dotyczące wskazanych uchybień nie stanowią zbioru rozłącznego, uchybienia te mogą odnosić się do istoty sprawy lub też nie.<sup>17</sup> Uchybienia popełnione przez sąd pierwszej instancji w ogóle nie powinny wyznaczać osobnej kategorii postępowania dowodowego, gdyż dotyczą lub nie istoty sprawy i w zależności od tego mogą być badane w formie dowodu ścisłego albo dowodu swobodnego. W świetle art. 452 k.p.k. jako kryterium podziału jawi się alternatywa, czy ewentualny dowód odnosi się do istoty sprawy, czy też nie, i w zależności od tego – jeżeli podejmuje się decyzję o jego przeprowadzeniu celem uzupełnienia postępowania – czyni się to w formie dowodu ścisłego albo dowodu swobodnego.<sup>18</sup> Ważne jest również rozróżnienie postępowania dowodowego, w wyniku którego następuje lub nie zmiana ustaleń faktycznych. Zgłaszano bowiem wątpliwości na temat dopuszczalności orzekania przez sąd *ad quem* co do istoty sprawy na podstawie odmiennie przez siebie ustalonego stanu faktycznego, po uprzednim przeprowadzeniu postępowania dowodowego w trybie art. 452 § 2 k.p.k.

Doprecyzowania wymaga również kwestia, co podlega dowodzeniu w postępowaniu odwoławczym, czyli co jest przedmiotem dowodu w tym postępowaniu. Spotkać się można bowiem ze stanowiskiem, wedle którego przedmiotem dowodu na rozprawie przed sądem *ad quem* jest sprawdzenie zasadności środka odwoławczego wskazującego na istnienie nowych faktów i dowodów, nie zaś

<sup>16</sup> A. Gaberle, *Dowody w sądowym procesie karnym*, Kraków 2010, s. 78–79; Z. Doda, A. Gaberle, *Kontrola odwoławcza w procesie karnym*, Warszawa 1997, s. 343. Podobnie W. Kociubiński (*Własne ustalenia faktyczne sądu odwoławczego i ich wpływ na treść rozstrzygnięcia w postępowaniu odwoławczym*, Przegląd Sądowy 2003, nr 7–8, s. 140) wyróżnia: ustalenia dotyczące prawidłowości postępowania sądu pierwszej instancji, wpływające na ocenę treści zaskarżonego orzeczenia oraz ustalenia „co do istoty”. Z kolei M. Klejnowska (*Ograniczenia sądu odwoławczego orzekającego w sprawie karnej po wniesieniu środka zaskarżenia*, Rzeszów 2008, s. 448–449) wyróżnia w tym zakresie trzy rodzaje ustaleń faktycznych dokonywanych w trakcie kontroli odwoławczej: ustalenia faktyczne co do istoty sprawy, ustalenia dotyczące prawidłowości postępowania sądu niższej instancji, wpływające na ocenę trafności zaskarżonego rozstrzygnięcia oraz jako trzeci rodzaj – ustalenia faktyczne, które, choć wprost nie dotyczą znamion zarzucanego czynu zabronionego, to stanowią element szeroko rozumianej podstawy rozstrzygnięcia w sprawie.

<sup>17</sup> Tak też wyraźnie Z. Doda, A. Gaberle, op. cit., s. 343.

<sup>18</sup> Por. również K. Sychta, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2007 r., III KK 298/06*, Przegląd Sądowy 2009, nr 3, s. 138.

dokonanie w związku z wniesionym środkiem ustaleń faktycznych.<sup>19</sup> Ujęcie to nie wydaje się słuszne. Przedmiotem dowodu, niezależnie od tego, o jaki etap albo rodzaj postępowania chodzi, jest określona okoliczność, której istnienie lub nieistnienie ma być wykazane w procesie dowodzenia. Przy tym przez „okoliczność” wypada rozumieć w sensie szerokim – zdarzenie faktyczne (również w postaci negatywnej) albo tylko fragment, nawet czasem niesamodzielny, jakiegoś zdarzenia.<sup>20</sup> Zatem dowodzeniu podlegają okoliczności (które mogą dotyczyć nie tylko istoty sprawy, lecz także przebiegu i sposobu procedowania w pierwszej instancji czy kwestii incydentalnych: zasadności zastosowania środka zapobiegawczego, ukarania świadka karą porządkową, usprawiedliwienia niestawiennictwa oskarżonego itd.); natomiast środek odwoławczy stanowi wniosek zmierzający do wywołania procesowej kontroli decyzji, może on przy tym (i najczęściej tak jest w praktyce) wskazywać na określone twierdzenia jego autora dotyczące tych okoliczności. Dowodzeniu podlegają przeto jedynie okoliczności, zaś do specyfiki postępowania dowodowego przed sądem odwoławczym należy ograniczenie możliwości oparcia swego orzeczenia co do istoty sprawy o samodzielnie dokonywane ustalenia faktyczne odmienne od pierwszoinstancyjnych.

Należy teraz nieco uwagi poświęcić roli dowodzenia swobodnego i ścisłego na rozprawie przed sądem odwoławczym. Precyzując kwestie terminologiczne, dowodzenie ścisłe (formalne) to sposób przeprowadzania dowodu polegający na wykorzystaniu dowodu z zachowaniem przewidzianego przez ustawę procesową kontradiktoryjnego trybu i form postępowania respektującego zasadę bezpośredniości i dopuszczalne od tych zasad wyjątki. W pozostałych sytuacjach przeprowadzanie dowodu bez zachowania wskazanych wyżej trybu i form następuje w ramach dowodu swobodnego (nieformalnego).<sup>21</sup> Wydaje się

<sup>19</sup> S. Zabłocki [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom III*, pod red. Z. Gościńskiego, Warszawa 2004, s. 273; G. Artymiak [w:] *Proces karny. Część szczególna*, pod red. G. Artymiak, M. Rogalskiego i Z. Sobolewskiego, Warszawa 2007, s. 148; W. Kociubiński, *Możliwości reformacyjnego orzeczenia sądu odwoławczego – wybrane zagadnienia*, Przegląd Sądowy 2001, nr 7–8, s. 105; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2006 r., II KK 284/05, LEX nr 176040; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 16 marca 2006 r., II Aka 160/05, Prokuratura i Prawo – dodatek Orzecznictwo 2007, nr 1, poz. 34.

<sup>20</sup> M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 415.

<sup>21</sup> R. Kmiecik [w:] *Prawo dowodowe...*, s. 122. Należy zwrócić uwagę, że tenże Autor wyróżnił pięć rodzajów przeprowadzania dowodów wyodrębnionych z punktu widzenia formy wykorzystania środka dowodowego, jej obligatoryjności i stosunku do przedmiotu dowodzenia. Jednocześnie w związku z tym podziałem wskazał on, iż zakres pojęć „dowód ścisły – dowód swobodny” nie pokrywa się z zakresem pojęć „dowód formalny – dowód nieformalny”. Por. R. Kmiecik, *Dowód ścisły w procesie karnym*, Lublin 1983, s. 55–56.

przy tym, że dowodu swobodnego nie można wprost identyfikować z uprawdopodobnieniem faktu.<sup>22</sup>

Zgodzić się należy z zapatrywaniem, wedle którego art. 452 § 2 k.p.k. reguluje dowodzenie ścisłe co do istoty sprawy na rozprawie odwoławczej. Natomiast jeżeli sąd *ad quem* nie korzysta z tej możliwości i poprzestaje na „lekturze akt sprawy”, wówczas przeprowadza co do istoty sprawy dowodzenie swobodne.<sup>23</sup> Z kolei poza zakresem „istoty sprawy” w tym rozumieniu znajdują się kwestie dotyczące wyłącznie prawidłowości procedowania sądu *a quo* oraz incydentalne występujące przed sądem drugiej instancji. W odniesieniu do tych kwestii ustawa procesowa nie wypowiada się co do rodzaju dowodzenia. Wynika stąd, że możliwe jest przeprowadzenie dowodzenia swobodnego albo ścisłego. W sytuacjach, w których jest to wystarczające, można poprzestać na dowodzeniu swobodnym. Chodzi o wypadki, gdy wyniki dowodzenia swobodnego okażą się jednoznaczne, chyba że ujawni się przyczyna poddająca te wyniki w wątpliwość i zarazem pociągająca za sobą potrzebę przeprowadzenia dowodu ścisłego, jako zdatnego do rozwiania tej wątpliwości.<sup>24</sup> Dowód ścisły, jako zasadniczo dający pełniejsze możliwości poznania prawdy materialnej, powinien być zawsze przeprowadzony w odniesieniu do tych kwestii, jeżeli dowodzenie swobodne będzie niewystarczające i nie zapewni dokonania prawdziwych ustaleń.<sup>25</sup> Z uwagi na to, że dowodzenie

<sup>22</sup> Poprzez dowodzenie swobodne można zarówno dokonywać ustaleń w postaci udowodnienia, np. na rozprawie w postępowaniu odwoławczym co do istoty sprawy bez przeprowadzania postępowania dowodowego w trybie art. 452 § 2 k.p.k., jak i uprawdopodobnienia, np. wykazania na posiedzeniu w sprawie zastosowania tymczasowego aresztowania istnienia przesłanki ogólnej – dużego prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa przez podejrzanego. Por. R. Kmiecik, *Z problematyki dowodu ścisłego i swobodnego w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym*, Prokuratura i Prawo 2003, nr 1, s. 17–19; odmiennie D. Karczmarska [w:] *Prawo dowodowe...*, s. 225–226.

<sup>23</sup> Tak R. Kmiecik, *Dowód ścisły...*, s. 240–243.

<sup>24</sup> Por. również: tamże, s. 27; M. Klejnowska, op. cit., s. 396–398.

<sup>25</sup> Znaczenie tego kierunku rozumowania podkreśla również M. Klejnowska. Trzeba podzielić zapatrywanie tej Autorki, że z jednej strony nie należy na siłę wprowadzać do postępowania odwoławczego dowodów ścisłych, gdyż w wielu wypadkach dowodzenie swobodne wystarczy; jednak tam, gdzie dowodzenie ścisłe jest konieczne, nie można go unikać, byle tylko respektowało unormowania art. 452 k.p.k. Z drugiej zaś strony M. Klejnowska zasadnie wskazuje na sytuacje, w których konieczne będzie przeprowadzenie dowodu ścisłego poza ramami wyznaczonymi przez art. 452 k.p.k. W konsekwencji zaaprobować należy umotywowane stanowisko Autorki wyrażone w polemice z poglądem R. Kmiecika, dotyczącej kwestii konieczności poprzestania na dowodzie swobodnym w wypadku badania przez sąd drugiej instancji zarzutu zaniechania odebrania przyrzeczenia od świadka w warunkach bezzasadnego powołania się na treść art. 189 pkt 3 k.p.k. Por. bliżej M. Klejnowska, op. cit., s. 396–398.

ściśle charakteryzuje się sformalizowanym przebiegiem oraz jest nakazane w określonych przez ustawę sytuacjach, powstaje pytanie o podstawę prawną zastosowania dowodzenia formalnego w kwestiach leżących poza zakresem unormowania art. 452 § 2 k.p.k. Nie ulega wątpliwości, że dowodzenie ściśle w bardziej niezawodny sposób oraz przy zachowaniu pełniejszych gwarancji procesowych stron, zwłaszcza oskarżonego, pozwala na dokonanie ustaleń faktycznych w sprawie. Z tego względu przyjmuje się, że jedynie na wynikach tego rodzaju dowodzenia musi być oparte rozstrzygnięcie na rozprawie kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego.<sup>26</sup> Przesądzają o tym zresztą jednoznacznie przepisy ustawy procesowej, zwłaszcza art. 389, 391–396 k.p.k. W pozostałych kwestiach ustawodawca nie wypowiada się co do sposobu dowodzenia, można zatem poprzestać na dowodzeniu swobodnym. Jednakże w razie zaistnienia opisanej wyżej potrzeby, przepisy dotyczące dowodzenia ściślego na rozprawie sądowej co do istoty sprawy należy stosować również w odniesieniu do innych kwestii w myśl reguły *a maiore ad minus*. Skoro bowiem ustawa nakazuje dowodzić okoliczności odnoszące się do przedmiotu odpowiedzialności prawnej oskarżonego w sposób sformalizowany i kwalifikowany (w zamyśle – lepiej zabezpieczający dotarcie do prawdy), to z punktu widzenia celów procesu i gwarancji praw jego uczestników nie ma żadnych przeszkód do dowodzenia w ten sam sposób innych okoliczności, o ile zajdzie tego rzeczowa potrzeba. Z punktu widzenia celów procesu, w postaci dokonania prawidłowych ustaleń faktycznych, jest to wprost pożądane. Zawsze jednak przeprowadzenie dowodu ściślego w takich wypadkach będzie wyjątkiem, a nie regułą.

Kolejną istotną dla niniejszych rozważań kwestią, wymagającą doprecyzowania, jest określenie w art. 452 § 1 k.p.k. „istoty sprawy” jako zbiorczej kategorii przedmiotu dowodu w postępowaniu odwoławczym. W tym zakresie przychylić się wypada do poglądu, wedle którego „istotę sprawy” stanowią okoliczności dotyczące odpowiedzialności prawnej oskarżonego (karnej i cywilnej), w szczególności popełnienia zarzucanego czynu, zawinienia, kwalifikacji prawnej czynu oraz okoliczności związanych z wymierzeniem sankcji karnych.<sup>27</sup> Należy zaznaczyć,

<sup>26</sup> Tak np., R. Kmiecik, *Dowód ścisły...*, s. 46; tenże [w:] *Prawo dowodowe...*, s. 123; A. Gaberle, op. cit., s. 46; S. Waltoś: op. cit., s. 356–357.

<sup>27</sup> A. Kryże (w:) A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T. E. Wirzman, *Kodeks postępowania karnego. Praktyczny komentarz z orzecnictwem*, Warszawa 2001, s. 833; Z. Doda, A. Gaberle, op. cit., s. 336, 343; A. Gaberle, op. cit., s. 78; D. Świecki, op. cit., s. 125; K. Sychta, op. cit., s. 139; P. Pojnar: *Prawo sądu odwoławczego do własnych ustaleń faktycznych a zasada kontroli procesu – rozważania de lege lata i de lege ferenda* (w:) *Zasady procesu karnego wobec wyzwania współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltosia*, pod red. J. Czapskiej, A. Gaberle,

że chodzi tu zarówno o okoliczności bezpośrednio, jak i pośrednio dotyczące tej odpowiedzialności. Do pierwszej grupy należą te, które wprost stanowią podstawę określenia tej odpowiedzialności co do jej zasady i rozmiarów, np. przebieg zarzucanego czynu, postać zamiaru, motywacja sprawcy, jego dotychczasowa karalność, zachowanie się po popełnieniu przestępstwa, sytuacja rodzinna i majątkowa (te ostatnie oczywiście w odniesieniu do określenia i wymiaru sankcji karnej). Do drugiej zaś grupy zaliczyć trzeba takie inne okoliczności, które wprost mają wpływ na ustalenia faktyczne dokonywane w ramach pierwszej grupy. Chodzi tu o okoliczności rzutujące na wiarygodność dowodów służących do dokonania ustaleń co do odpowiedzialności prawnej oskarżonego, np. wiarygodność świadka zeznającego w kwestii tej odpowiedzialności, prawdziwość treści i okoliczności wydania dokumentu dotyczącego sytuacji rodzinnej oskarżonego czy jego dotychczasowej karalności.<sup>28</sup> I tak, dowodem co do „istoty sprawy” przeprowadzanym przez sąd drugiej instancji będą zarówno zeznania świadka przesłuchanego przed tym sądem na okoliczność przebiegu inkryminowanego zdarzenia, jak też na okoliczność ewentualnych przyczyn mogących osłabiać zaufanie do relacji innego naocznego świadka.

Poza zaś „istotą sprawy” (kategoria oznaczona powyżej – pkt III) znajdują się wszystkie pozostałe okoliczności podlegające dowodzeniu na rozprawie w drugiej instancji, zresztą nieraz nie mniej ważne z punktu widzenia prawidłowości rozstrzygnięcia sądu *ad quem*. Można je z również podzielić na podstawie kryterium rzeczowego na:

- 1) dotyczące przebiegu i sposobu procedowania w pierwszej instancji (np. co do prawidłowości wyboru trybu postępowania, właściwości sądu, uchybień merytorycznych i formalnych protokołów, naruszenia powagi rzeczy osądzonej, zdolności do orzekania członka składu orzekającego),
- 2) dotyczące kwestii incydentalnych odnoszących się do postępowania w drugiej instancji (np. nałożenia kary porządkowej, zastosowania środka

---

A. Światłowskiego i A. Zolla, Warszawa 2000, s. 711. Odmiennie M. Klejnowska (op. cit., s. 400–401), która rozszerza pojęcie „istoty sprawy” również na kwestie formalne, będące przedmiotem rozpoznania sądu odwoławczego. Por. także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2007 r., III KK 298/06, OSNKW 2007, z. 7–8, poz. 57.

<sup>28</sup> Można przy tym skonstatować, że okoliczności z omawianej grupy w znacznej mierze pokrywają się z powodami dopuszczania dowodów pochodnych w procesie: potrzebą sprawdzenia w ten sposób wiarygodności dowodu pierwotnego oraz częściowo z sytuacją, gdy dowodów pierwotnych faktycznie lub praktycznie nie ma. Jedynie sytuacja, w której dopuszcza się dowód dlatego, iż ze swej istoty ma charakter pochodny, nie pokrywa się z okolicznościami z grupy drugiej, a odnosi się do tych wskazanych w grupie pierwszej. Szczegółowo na temat powodów dopuszczania dowodów pośrednich por. M. Cieślak, op. cit., s. 330–331.

zapobiegawczego, przeprowadzenia obserwacji w zakładzie leczniczym, usprawiedliwienia niestawiennictwa uczestnika, zasadności odroczenia rozprawy).

Wypada zauważyć, że powyższej klasyfikacji można dokonać niezależnie od tej opartej na rodzaju dowodzenia, przedstawionej powyżej w pkt III. Ponadto obydwie te klasyfikacje nie pokrywają się zakresowo, oparte są na różnych kryteriach – tak więc okoliczności dotyczące przebiegu i sposobu procedowania w pierwszej instancji oraz te, dotyczące kwestii incydentalnych odnoszących się do postępowania w drugiej instancji, mogą być przedmiotem zarówno dowodzenia swobodnego, jak i ścisłego.<sup>29</sup>

Istotne jest również wskazanie na tle podziału opartego na kryterium rzeczowym na, wynikającą zarówno z przesłanek prawnych, jak i metodologicznych, konieczną chronologię postępowania dowodowego przy rozpoznawaniu apelacji przez sąd drugiej instancji. Pominąć przy tym należy ze względów oczywistych postępowanie dowodowe dotyczące kwestii incydentalnych w drugiej instancji, albowiem jest ono dość luźno związane z zarzutami apelacji oraz aktualizuje się jedynie w razie zaistnienia określonych zdarzeń na rozprawie apelacyjnej. Wówczas, jak już wskazano, w tych kwestiach zasadniczo korzysta się z dowodzenia swobodnego. W ten sposób dowodzi się np. okoliczności dotyczących stanu zdrowia oskarżonego przy rozstrzyganiu zagadnienia usprawiedliwienia jego nieobecności, zastosowania środka zapobiegawczego czy przeprowadzenia jego obserwacji w zakładzie leczniczym.<sup>30</sup> W tym zakresie można uznać za wystarczające w szczególności: pisemne lub ustne oświadczenia uczestników postępowania, zaświadczenia lekarskie, notatki urzędowe. Jeżeli jednak wyniki dowodzenia swobodnego nie okażą się niewątpliwe i jednoznaczne oraz ujawni się przyczyna pociągająca za sobą potrzebę przeprowadzenia dowodu ścisłego, jako zdatnego do rozwiania tej wątpliwości, należy skorzystać z tego ostatniego dowodu. Wówczas, aby zapewnić maksymalne zbliżenie ustaleń w tym zakresie do prawdy materialnej, trzeba przeprowadzić dowód ścisły, np. przesłuchując świadków, dopuszczając dowód z opinii biegłego lub biegłych psychiatrów na okoliczność stanu zdrowia oskarżonego.

<sup>29</sup> Wydaje się, że podobnie rzecz ujmuje M. Klejnowska, op. cit., s. 396–398.

<sup>30</sup> Tak też trafnie R. Kmiecik, który wskazał, że zasadniczo należy poprzestać na dowodzie swobodnym (o ile brak jest szczególnych względów przemawiających za przeprowadzeniem dowodzenia ścisłego), gdy przedmiotem dowodzenia są okoliczności nieistotne dla określenia odpowiedzialności karnej oskarżonego, stanowiące podstawę rozstrzygnięć ściśle procesowych. Jest tak również wówczas, gdy chodzi o kwestię ustalenia stanu zdrowia psychicznego oskarżonego, nie musi to następować poprzez dopuszczenie dowodu z opinii biegłych lekarzy psychiatrów. W tym zakresie Autor słusznie skrytykował odmienną linię orzecznictwa Sądu Najwyższego. Por. bliżej R. Kmiecik, *Posiedzenie sądu...*, s. 16–18.

Wracając do chronologii postępowania dowodowego przy rozpoznawaniu apelacji, należy dla uniknięcia nieporozumień silnie zaakcentować kategorialną różnicę pomiędzy okolicznościami podlegającymi dowodzeniu a zarzutami środka odwoławczego. Te ostatnie są twierdzeniami autora środka odwoławczego wskazującymi na uchybienia prawne, którymi – wedle tych twierdzeń – dotknięta jest zaskarżona decyzja.<sup>31</sup> Zarzuty te mogą dotyczyć prawidłowości: ustaleń faktycznych poczynionych przez sąd pierwszej instancji, postępowania sądu *a quo*, zastosowania prawa materialnego (art. 438, 439 k.p.k.). Okoliczności podlegające dowodzeniu przed sądem drugiej instancji dzielą się zaś, jak powiedziano, na odnoszące się co do istoty sprawy i znajdujące się poza istotą sprawy (w tym dotyczące przebiegu postępowania przed sądem pierwszej instancji); są to kategorie rozłączne.<sup>32</sup> Natomiast przedstawiony podział materii, do której mogą się odnosić zarzuty, nie jest rozłączny w odniesieniu do ustaleń faktycznych i postępowania sądu pierwszej instancji. Otóż, najogólniej rzecz ujmując, błąd w ustaleniach faktycznych, choć w doktrynie wyraźnie delimitowany od przyczyny odwoławczej z art. 438 pkt 2 k.p.k., jest niewątpliwie wynikiem naruszenia przez sąd *a quo* prawa procesowego *sensu largo*.<sup>33</sup> Wyodrębnienie przyczyny odwoławczej błędu w ustaleniach faktycznych z ogólnej kategorii naruszenia prawa procesowego jest spowodowane wyłącznie potrzebami ukształtowania właściwego systemu kontroli odwoławczej.<sup>34</sup> Tak więc zarzuty co do prawidłowości postępowania w pierwszej instancji mogą być tożsame z zakwestionowaniem ustaleń faktycznych.<sup>35</sup> Stąd też wynika jasno, że będące przedmiotem dowodowego badania okoliczności co do istoty sprawy (art. 452 § 1 i 2 k.p.k.) nie będą jednocześnie

<sup>31</sup> M. Cieślak, op. cit., s. 386.

<sup>32</sup> Stanowią on razem łącznie kategorię dowodów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia. Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2007 r., III KK 298/06, OSNKW 2007, z. 7-8, poz. 57 oraz K. Sychta, op. cit., s. 138–139.

<sup>33</sup> Przyczyną błędu w ustaleniach faktycznych sądu mogą być bowiem: a) niewłaściwy stosunek do wiarygodności źródła dowodowego lub b) nieprawidłowe wnioskowanie sądu. Por. S. Paweła, *Względne przyczyny odwoławcze*, Warszawa 1970, s. 124–125; W. Kociubiński, *Własne ustalenia...*, s. 144–145; inaczej Z. Doda, A. Gaberle: op. cit., s. 129; M. Klejnowska, op. cit., s. 103 (co jedynie zamazuje granicę pomiędzy tymi dwoma rodzajami zarzutów). Organ procesowy musi jednak zawsze czynić ustalenia faktyczne nie dowolnie, lecz w trybie i na zasadach określonych w ustawie procesowej i w konsekwencji obydwie przyczyny spowodzają się do naruszenia w określonym zakresie art. 7 k.p.k.

<sup>34</sup> W odniesieniu do charakterystyki tej przyczyny odwoławczej i jej odgraniczenia od naruszenia prawa procesowego (w pozostałym zakresie) por. S. Paweła, op. cit., s. 116–123, 132–139.

<sup>35</sup> Por. np. S. Paweła, op. cit., s. 137–139; M. Klejnowska, op. cit., s. 103; Z. Z. Muras, op. cit., s. 151.

okolicznościami dotyczącymi przebiegu i sposobu procedowania w pierwszej instancji, natomiast zarzuty dotyczące prawidłowości postępowania sądu *a quo* mogą być jednocześnie (choć nie muszą) również zarzutami co do prawidłowości ustaleń faktycznych w zakresie istoty sprawy.

Jak z powyższego widać, zarzuty środka odwoławczego mogą dotyczyć istoty sprawy lub przebiegu i sposobu procedowania w sądzie *a quo*. W pierwszej kolejności badaniu podlegają zarzuty proceduralne. Jeżeli bowiem uzasadniony (tzn. w stopniu wymagającym uchylecia wyroku) okazałby się zarzut tego typu, wówczas dokonane w warunkach istotnego naruszenia reguł procesowych ustalenia faktyczne dotyczące oskarżonego i zarzucanego mu czynu nie mogłyby być przedmiotem kontroli,<sup>36</sup> jako dotknięte w tym układzie procesowym swoistym nieusuwalnym domniemaniem wadliwości. Taki jest bowiem sens wprowadzenia dokonywania ustaleń w zakresie odpowiedzialności prawnej oskarżonego obligatoryjnie w oparciu o dowody ścisłe; ujmując rzecz lapidarnie, prawidłowość formy otwiera drogę do badania treści. W warstwie normatywnej tę metodologiczną dyrektywę wyraża treść art. 436 k.p.k.<sup>37</sup> Zasadność zarzutów dotyczących przebiegu i sposobu procedowania w pierwszej instancji może być badana – w uzależnieniu od tego, czy dotyczy jednocześnie istoty sprawy – już to z uwzględnieniem wymogów art. 452 § 2 k.p.k., już to bez ich uwzględnienia.<sup>38</sup> Tak więc jeżeli zarzut natury procesowej odnosi się jednocześnie do istoty sprawy (np. bezzasadnie oddalono wniosek dowodowy o przesłuchanie naocznego świadka zdarzenia), po zbadaniu pierwszoinstancyjnego materiału dowodowego przy zastosowaniu dowodzenia swobodnego (po „lekturze akt sprawy”), można dopuścić dowody ścisłe tylko po spełnieniu warunków i na zasadach określonych w art. 452 § 2 k.p.k., w przeciwnym wypadku w razie wniesienia uzasadnionego środka odwoławczego trzeba wydać rozstrzygnięcie o charakterze kasacyjnym. Jeżeli natomiast zarzut natury procesowej nie odnosi się jednocześnie do istoty sprawy (np. członek składu orzekającego nie był obecny na całej rozprawie), wówczas zasadniczo stosuje się dowodzenie swobodne („lektura akt sprawy”), jednakże jeżeli okaże

<sup>36</sup> Por. W. Kociubiński, op. cit., s. 140–141.

<sup>37</sup> Na tę funkcję normy kreowanej przez art. 436 k.p.k. zwracają uwagę w szczególności: P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II*, Warszawa 2007, s. 648; S. Zabłocki [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 93; J. Grajewski [w:] J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II*, Kraków 2010, s. 63; K. Marszał [w:] *Proces karny...*, s. 223. Logiki tej kolejności nie zmienia fakt, że – co zgodnie podkreślają Autorzy – ograniczone rozpoznanie środka odwoławczego jest wedle treści tego przepisu fakultatywne.

<sup>38</sup> Podobnie W. Kociubiński, op. cit., s. 141; M. Klejnowska: op. cit., s. 396–398. Por. również R. Kmiecik, *Z problematyki dowodu...*, s. 29–30.

się ono niewystarczające, w razie zaistnienia takiej potrzeby i w celu pełniejszego urzeczywistnienia zasady prawdy materialnej, można przeprowadzić dowodzenie ścisłe bez ograniczeń wynikających z art. 452 § 2 k.p.k.

Gdy zarzuty środka odwoławczego dotyczą wyłącznie istoty sprawy (np. błędnego opisu przypisanego oskarżonemu czynu, bezzasadnego odstąpienia od wymierzenia kary), ustosunkowanie się do nich następuje po rozpoznaniu i stwierdzeniu w wyżej opisanych warunkach niezasadności (w stopniu wymagającym uchylenia wyroku) zarzutów dotyczących przebiegu i sposobu postępowania w pierwszej instancji oraz braku uchybień podlegających uwzględnieniu z urzędu, powodujących taki sam skutek procesowy. Wówczas, przy zachowaniu tej kolejności, zarzuty wyłącznie co do istoty sprawy podlegają rozważeniu w drodze dowodzenia swobodnego, a jeżeli zajdzie taka potrzeba – dowodzenia ścisłego, z zachowaniem ograniczeń dowodowych, o których mowa w art. 452 § 2 k.p.k.

Istotne znaczenie dla określenia zakresu dopuszczalności prowadzenia postępowania dowodowego na rozprawie przed sądem odwoławczym ma prawidłowa wykładnia art. 452 § 1 k.p.k. Zgodnie z nim sąd odwoławczy nie może przeprowadzić postępowania dowodowego co do istoty sprawy. Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że zarówno przepisy tego, jak i drugiego paragrafu art. 452 k.p.k. dotyczą jedynie dowodzenia ścisłego, nie zaś swobodnego.<sup>39</sup> Przyjęcie przeciwniej tezy sprowadzałoby rzecz do zupełnego absurdu – wykluczyłoby bowiem oparcie się sądu odwoławczego przy wyrokowaniu na jakichkolwiek dowodach. Skoro każdy wyrok sądu, w tym i odwoławczego, ma być oparty na określonej podstawie faktycznej, to sąd zawsze musi przeprowadzić postępowanie dowodowe co do istoty sprawy celem uzyskania tej podstawy. Przybiera ono w odniesieniu do sądu drugiej instancji postać dowodzenia swobodnego („lektury akt sprawy”); wyjątkowo tylko, z zachowaniem warunków art. 452 § 1 i 2 k.p.k., sąd ten może przeprowadzić co do istoty sprawy dowody ścisłe. Kolejną kwestią jest zakres pojęcia „postępowanie dowodowe” w ujęciu tego przepisu. Art. 452 § 1 k.p.k. zakazuje przeprowadzania w drugiej instancji „postępowania dowodowego” co do istoty sprawy jako funkcjonalnie wyodrębnionego typu czynności,<sup>40</sup> nie zabrania zaś przeprowadzania w określonej sytuacji procesowej konkretnych dowodów

<sup>39</sup> Por. D. Świecki, op. cit., s. 124 i tam wskazaną literaturę.

<sup>40</sup> W przepisie tym jest mowa o „postępowaniu” jako funkcjonalnie wyodrębnionym typie czynności, czyli „postępowaniu dowodowym”, co nie jest równoznaczne z poszczególnymi czynnościami dowodowymi przeprowadzanymi przez organ procesowy. Por. M. Cieślak, op. cit., s. 12.

co do istoty sprawy, o czym upewnia wprost jednoznaczne brzmienie § 2 tego artykułu.<sup>41</sup> Tych kategorii pojęciowych nie można utożsamiać, wszak ustawodawca nie bez powodu używa w każdym z paragrafów odmiennych określeń. Obydwie jednostki redakcyjne w art. 452 k.p.k. należy interpretować we wzajemnym powiązaniu, za czym przemawiają reguły wykładni systemowej. Wskazany tu pogląd koresponduje ponadto z treścią art. 427 § 3 k.p.k., zezwalającego odwołującemu się na wskazanie w środku odwoławczym lub w instancji odwoławczej nowych faktów lub dowodów – a chodzi przede wszystkim o te, które odnoszą się do istoty sprawy. Z uwagi na powyższe nie zasługuje na podzielenie pogląd, wedle którego ujawnienie w postępowaniu odwoławczym nowego dowodu co do istoty sprawy, wskazującego na błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych przez sąd pierwszej instancji, który mógł mieć wpływ na treść orzeczenia, skutkować musi zawsze uchYLENIEM zaskarżonego orzeczenia i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania, nigdy zaś orzeczeniem reformatoryjnym, skoro dowód taki nie może być przeprowadzony na rozprawie odwoławczej i tym samym nie może stanowić podstawy dokonania ustaleń faktycznych przez sąd odwoławczy. Wyjątek miałby być dopuszczalny jedynie dla chęci zapoznania się przez sąd *ad quem* z dowodem co do istoty sprawy, ale „wyłącznie po to, żeby lepiej, z wykorzystaniem własnej wiedzy płynącej z zasady bezpośredniości, ocenić stanowisko sądu pierwszej instancji, wyrażone wobec tego dowodu w zaskarżonym orzeczeniu”.<sup>42</sup> Prezentowane zapatrywanie znacząco odbiega bowiem od treści art. 452 § 1 i 2 k.p.k. Jest oczywiste w odniesieniu do dowodzenia ścisłego, że sąd drugiej instancji z jednej strony nie powinien przeprowadzać postępowania dowodowego co do istoty sprawy, gdyż nie powinien „wcielać się” w rolę sądu *a quo*, a jego postępowanie służy kontroli zaskarżonego orzeczenia,<sup>43</sup> z drugiej zaś strony możliwość przeprowadzania w instancji odwoławczej dowodów co do istoty sprawy bywa wręcz nieodzowna dla prawidłowego rozpoznania apelacji.<sup>44</sup> W konsekwencji za T. Grzegorzcykiem należy skonkludować, że przepis art. 452 § 1 k.p.k. nie zabrania przeprowadzania dowodów co

<sup>41</sup> Tak również wyraźnie T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 974; A. Kryże [w:] A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T. E. Wirzman, op. cit., s. 833. Odmiennie zwłaszcza W. Kociubiński, op. cit., s. 150–151.

<sup>42</sup> W. Kociubiński, op. cit., s. 149.

<sup>43</sup> Por. A. Gaberle, op. cit., s. 82–83; Z. Doda, A. Gaberle, op. cit., s. 337–340.

<sup>44</sup> Por. S. Waltoś, op. cit., s. 537–539; K. Marszał (w:) *Proces karny...*, s. 234; G. Artymiak [w:] *Proces karny...*, s. 148; J. Korczyński, *Problematyka postępowania dowodowego przed sądem karno-rewizyjnym*, Bydgoskie Towarzystwo Naukowe. Prace Wydziału Nauk Humanistycznych 1981, nr 14, s. 86.

do istoty sprawy w instancji odwoławczej, a jedynie zakazuje przeprowadzania postępowania dowodowego co do istoty sprawy w zakresie wykraczającym poza granice określone w jego § 2.<sup>45</sup>

Z powyższego wynika, że art. 452 § 2 k.p.k. wyznacza granice prawnie dopuszczalnego przeprowadzania dowodów ścisłych co do istoty sprawy na rozprawie przed sądem odwoławczym. Skoro zaś stanowi on wyjątek od ogólnego zakazu z § 1, przeto zasadnie podnosi się w doktrynie, iż przy jego interpretacji w myśl zasady *exceptiones non sunt extendae* nie wolno stosować wykładni rozszerzającej.<sup>46</sup> Zasadą w postępowaniu odwoławczym jest zatem zakaz przeprowadzania postępowania dowodowego i zarazem dowodów co do istoty sprawy. Zakaz ten w odniesieniu do postępowania dowodowego jest zakazem bezwzględnym, natomiast w zakresie przeprowadzania dowodów znajduje wyjątek w postaci regulacji § 2 art. 452 k.p.k.

W pierwszym rzędzie, przed przystąpieniem do omawiania regulacji art. 452 § 2 k.p.k., należy ustosunkować się do często spotykanego w doktrynie i orzecznictwie stwierdzenia, wedle którego dowód (lub dowody) przeprowadzany w trybie tego przepisu jest dowodem uzupełniającym. Problem bowiem w tym, że sformułowania tego używa się w różnych znaczeniach. Niektórzy łączą je z uzupełnianiem materiału dowodowego w celu weryfikacji w ten sposób przez sąd drugiej instancji zasadności środka odwoławczego i zarzutów tam podniesionych,<sup>47</sup> inni zaś twierdzą, iż pod tym określeniem należy rozumieć uzupełnienie dotychczas przeprowadzonego postępowania dowodowego (w zakresie dowodzenia ścisłego) w sprawie.<sup>48</sup> Jest to kwestia natury terminologicznej; autorzy, którzy sądzą, że dowodzenie ścisłe w sądzie odwoławczym ma na celu jedynie weryfikację zasadności środka odwoławczego – tak też rozumieją znaczenie „dowodu uzupełniającego”. Ci, którzy twierdzą, że w ten sposób można wprost uzupełniać materiał dowodowy przeprowadzony podczas przewodu sądowego przez sąd *meriti*, będą termin ten utożsamiać z poszerzeniem podstawy dowodowej, na której

<sup>45</sup> T. Grzegorzcyk, op. cit., s. 974.

<sup>46</sup> D. Świecki, op. cit., s. 126.

<sup>47</sup> P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 765–766; S. Zabłocki, [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 273; J. Grajewski [w:] J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, op. cit., s. 130; G. Artymiak [w:] *Proces karny...*, s. 148; A. Sakowicz [w:] K. T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 1034–1035; W. Kociubiński, *Możliwości reformacyjnego...*, s. 105; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2006 r., II KK 284/05, LEX nr 176040; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 16 marca 2006 r., II AKa 160/05, Prokuratura i Prawo – dodatek Orzecznictwo 2007, nr 1, poz. 34.

<sup>48</sup> D. Świecki, op. cit., s. 126–127; J. Korczyński, op. cit., s. 70.

łącznie oprze się wyrokując sąd odwoławczy. W niniejszych rozważaniach przyjęto to ostatnie rozumienie tego terminu jako zgodne z zaprezentowaną tu wykładnią art. 452 § 2 k.p.k. oraz odczuciem semantycznym, płynącym z faktu, że uzupełnianie jest w drugiej instancji postępowanie dowodowe przed sądem *a quo*, a sąd odwoławczy orzeka na podstawie całości zgromadzonego w obu instancjach materiału dowodowego (art. 437 § 1 i 2 k.p.k.). Z uwagi na możliwość przyjęcia odmiennych konwencji terminologicznych, posługiwanie się koncepcją „dowodu uzupełniającego” jako samodzielnym argumentem przemawiającym za określonym kierunkiem wykładni art. 452 § 2 k.p.k. w zw. z art. 437 § 2 k.p.k. jest chybione.

Nie ma jednolitości poglądów w odniesieniu do wyodrębnienia przesłanek przeprowadzenia dowodu przez sąd odwoławczy w trybie art. 452 § 2 k.p.k. Generalnie rzecz biorąc, zarysowały się w tej mierze trzy stanowiska. Wedle pierwszego z nich, należy mówić na tle tego przepisu o czterech przesłankach – dwóch ogólnych i dwóch szczególnych. Przesłanki ogólne generalnie określają warunki dopuszczenia dowodu w postępowaniu odwoławczym; są to: zajście wyjątkowego wypadku oraz potrzeby uzupełnienia przewodu sądowego. Przesłanki szczególne dotyczą oceny dopuszczalności przeprowadzenia konkretnego dowodu w postępowaniu odwoławczym – pierwsza, o charakterze pozytywnym, wymaga, by przeprowadzenie dowodu przyczyniło się do przyspieszenia postępowania; druga, o charakterze negatywnym, polega na tym, aby nie było konieczne przeprowadzenie na nowo przewodu w całości lub w znacznej części.<sup>49</sup> Z kolei drugi pogląd, nacechowany notabene dużą kreatywnością interpretacyjną, zakłada istnienie trzech przesłanek – dwie z nich pokrywają się z przesłankami szczególnymi w podanym wyżej znaczeniu, trzecią jest wyjątkowość sytuacji procesowej. Ową „wyjątkowość” należy pojmować w ten sposób, że podejmowane czynności dowodowe nie mogą prowadzić do ukształtowania w postępowaniu odwoławczym podstawy faktycznej rozstrzygnięcia co do istoty sprawy, odmiennej od uznanej za udowodnioną przez sąd pierwszej instancji.<sup>50</sup> Wreszcie trzecie stanowisko wyodrębnia jedynie dwie przesłanki – wymaganie, by przeprowadzenie dowodu przyczyniło

<sup>49</sup> D. Świecki, op. cit., s. 126–127; M. Klejnowska, op. cit., s. 399.

<sup>50</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 2008 r., V KK 389/07, OSNKW 2008, z. 8, poz. 61. Por. krytykę przyjętego w tym judykacie rozumienia „wyjątkowości” sytuacji procesowej, przeprowadzoną przez P. Rogozińskiego, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 2008 r., V KK 389/07*, Przegląd Sądowy 2010, nr 5, s. 114–126. Częściowo krytyczną głosę do tego postanowienia ogłosił także R. Kmiecik (*Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 2008 r., V KK 389/07*, Orzecznictwo Sądów Polskich 2009, nr 1, poz. 9), podnosząc, że zachodzi istotna różnica, czy w wyniku ukształtowania w postępowaniu odwoławczym odmiennej podstawy faktycznej dochodzi do pogorszenia sytuacji procesowej oskarżonego, czy też nie (tamże, s. 53–54).

się do przyspieszenia postępowania, oraz brak konieczności przeprowadzenia na nowo przewodu w całości lub w znacznej części.<sup>51</sup>

Analizując powyższe zapatrywania, wypada opowiedzieć się za trzecim z nich, które zresztą podzielane jest przez zdecydowaną większość doktryny. Łączy się to z zanegowaniem celowości wyodrębnienia dwóch przesłanek ogólnych, proponowanego przez D. Świeckiego. Wydaje się bowiem, że stanowią one swoiste *superfluum* w odniesieniu do dwóch pozostałych, zasadniczych przesłanek. Nie kreują odrębnych warunków ustawowych przeprowadzenia dowodu, lecz dookreślają zastosowanie dwóch przesłanek szczególnych. I tak, potrzeba uzupełnienia przewodu sądowego jest równoznaczna z zaistnieniem podstaw do dopuszczenia dowodu (art. 170 § 1 k.p.k. *a contrario*), otwierających – w uzależnieniu od wystąpienia dwóch zasadniczych przesłanek z art. 452 § 2 k.p.k. – możliwość przeprowadzenia tego dowodu już to w postępowaniu odwoławczym, już to, po uchyleniu zaskarżonego orzeczenia, w ponownym postępowaniu pierwszoinstancyjnym. Konkretyzując, w postępowaniu apelacyjnym potrzeba uzupełnienia przewodu sądowego może się zaktualizować w razie wystąpienia przynajmniej jednej z następujących dwóch sytuacji: 1) gdy po wydaniu wyroku sądu *a quo* ujawnią się nowe okoliczności lub nowe dowody, 2) gdy należy dokonać weryfikacji dotychczas przeprowadzonych dowodów.<sup>52</sup> Jeżeli zaś chodzi o „uzupełnienie przewodu sądowego”, to niewątpliwie odnosi się ono do przewodu sądowego uprzednio przeprowadzonego w pierwszej instancji, z tym, że w drodze wykładni funkcjonalnej należy je odnieść również do postępowania dowodowego na posiedzeniu w pierwszej instancji, jeżeli apelacja została wywiedziona od wyroku wydanego na tym posiedzeniu.<sup>53</sup> Z kolei pojęciu „wyjątkowego wypadku”, przy powszechnej

<sup>51</sup> P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 766; A. Kryże [w:] A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T. E. Wirzman, op. cit., s. 833; T. Grzegorzczak [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009, s. 815; J. Grajewski, *Przebieg procesu karnego*, Warszawa 2008, s. 319; K. Marszał [w:] *Proces karny...*, s. 234; T. Nowak [w:] T. Nowak, S. Stachowiak, *Prawo karne procesowe. Dynamika postępowania*, Bydgoszcz 2000, s. 142; W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 475–476; A. Sakowicz [w:] K. T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, op. cit., s. 1036; Z. Z. Muras, op. cit., s. 322; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2002 r., IV KK 90/02, LEX nr 54391; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2004 r., V KK 228/04, LEX nr 133458.

<sup>52</sup> Nieco inaczej: D. Świecki, op. cit., s. 127; H. Kempisty [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, pod red. M. Mazura, Warszawa 1976, s. 619–620 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 1973 r., V KRn 449/73, OSNKW 1974, z. 5, poz. 99 z uwagami M. Cieślaka i Z. Dody, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego (I półrocze 1974 roku)*, „Palestra” 1975, nr 3, s. 67–68.

<sup>53</sup> Tak trafnie J. Grajewski [w:] J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, op. cit., s. 133–134; odmiennie D. Świecki, op. cit., s. 127.

doktrynalnej aprobacie, odbiera się znaczenie odrębnego, różnego od iloczynu logicznego dwu zasadniczych przesłanek, warunku prawnego dopuszczenia dowodu ścisłego na rozprawie odwoławczej. Jest to pogląd słuszny, albowiem w tym ujęciu na tle komentowanego przepisu „wyjątkowość” nie niesie ze sobą żadnych, wykraczających poza zakres tego iloczynu logicznego, treści.<sup>54</sup> Wedle niego „wyjątkowy wypadek” zachodzi wówczas, gdy kumulatywnie spełnione są obydwie przesłanki wymienione w tym przepisie: przeprowadzenie dowodu przez sąd odwoławczy przyczyni się do przyspieszenia postępowania oraz nie jest konieczne przeprowadzenie przewodu sądowego w całości lub w znacznej części.<sup>55</sup> Natomiast owa „wyjątkowość” ma dodatkowo podkreślać uprawnienie, a nie obowiązki, podjęcia decyzji o przeprowadzeniu dowodu w instancji odwoławczej<sup>56</sup> oraz nakazywać raczej ścieśniającą wykładnię tego przepisu – jako wyjątku od zasady prowadzenia postępowania dowodowego wyłącznie przez sąd pierwszej instancji. Drugi wskazany powyżej pogląd, przewidujący istnienie trzech przesłanek, nie może być zaakceptowany ze względu na przyjęte w jego uzasadnieniu rozumienie „wyjątkowości”. Otóż uznać je trzeba za dowolne, albowiem nie opiera się ono ani na wykładni językowej przepisu, ani też logicznie nie wynika z brzmienia innych unormowań postępowania odwoławczego. Przyjęto po prostu w przedstawionej interpretacji pojęcia „wyjątkowości” arbitralne stanowisko, wedle którego orzekanie przez sąd *ad quem* co do istoty sprawy na podstawie odmiennie przez siebie ustalonego stanu faktycznego, po uprzednim przeprowadzeniu postępowania dowodowego w trybie art. 452 § 2 k.p.k., jest niedopuszczalne. Po pierwsze jednak, prawdziwość tego twierdzenia jest wcale często poddawana krytyce w doktrynie i orzecznictwie,<sup>57</sup> po drugie, nie ma żadnych merytorycznych powodów, by twierdzić, że ustawodawca pragnął łączyć dopuszczalność orzekania na podstawie zmienionych ustaleń faktycznych z kwestią „wyjątkowego wypadku” w rozumieniu art. 452 § 2 k.p.k., po trzecie wreszcie, byłoby to swoiste antycypowanie wyniku przeprowadzenia dowodu, którego dopuszczenie jest dopiero

<sup>54</sup> Wynika to również z ujęcia D. Świeckiego (op. cit., s. 126).

<sup>55</sup> P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 766; A. Kryże [w:] A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T. E. Wirzman, op. cit., s. 833; T. Grzegorzczak [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, op. cit., s. 815; W. Grzeszczyk, op. cit., s. 475; K. Marszał [w:] *Proces karny...*, s. 234; Z. Z. Muras, op. cit., s. 322; P. Rogoziński, op. cit., s. 124.

<sup>56</sup> Por. również D. Świecki, op. cit., s. 129; P. Rogoziński, op. cit., s. 124 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 2004 r., III KK 90/04, OSNwSK 2004, poz. 2231.

<sup>57</sup> Por. D. Świecki, op. cit., s. 120–122; T. Grzegorzczak, op. cit., s. 974; tenże [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, op. cit., s. 815–816; W. Grzeszczyk, op. cit., s. 476; A. Kryże [w:] A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T. E. Wirzman, op. cit., s. 833–834; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2002 r., IV KKN 391/98, LEX nr 54389.

przedmiotem rozważań. Takie rozumienie „wyjątkowości” byłoby zatem zupełnie dowolne i stanowiłoby równocześnie przejaw „prawotwórstwa orzeczniczego” lub przynajmniej „kreatywnej wykładni”.

W konkluzji stwierdzić należy, że art. 452 § 2 k.p.k. statuuje dwie przesłanki przeprowadzenia dowodu ścisłego co do istoty sprawy na rozprawie odwoławczej. Są to mianowicie: przyczynienie się tego dowodu do przyspieszenia postępowania oraz brak konieczności przeprowadzenia na nowo przewodu sądowego w całości lub w znacznej części.

Pierwsza przesłanka ma charakter pozytywny i odwołuje się do dyrektywy szybkości postępowania i ekonomii procesowej. U jej podstaw leży uzasadniony postulat ograniczenia do niezbędnego minimum rozstrzygnięć o charakterze kasacyjnym i w ich konsekwencji przekazywania spraw do ponownego rozpoznania przez sąd *a quo*.<sup>58</sup> W związku z powyższym można sformułować dyrektywę, wedle której zasadniczo przeprowadzenie każdego dowodu co do istoty sprawy w instancji odwoławczej przyczyni się do przyspieszenia postępowania, o ile oczywiście zachodzą podstawy dopuszczenia takiego dowodu (art. 170 § 1 k.p.k. *a contrario*).<sup>59</sup> Rzecz jasna, nie przesądza to jeszcze, czy w wyniku przeprowadzenia takiego dowodu zostanie wydane rozstrzygnięcie co do istoty sprawy, czy też o charakterze kasacyjnym. Wyjątkiem od tej reguły jest sytuacja, gdy – niezależnie od kwestii zaistnienia podstaw dopuszczenia dowodu – nie ulega wątpliwości, że bez względu na to, czy dowód zostanie dopuszczony, czy też nie, wyrok sądu pierwszej instancji, z uwagi na już stwierdzone uchybienia, podlegać będzie uchyleniu (zwłaszcza sytuacja określona w art. 436 k.p.k.). Przykładowo, jeżeli apelacja zarzuci błąd w ustaleniach faktycznych i zasadnie podniesie konieczność przesłuchania nowego świadka co do przebiegu inkryminowanego zdarzenia, a sąd odwoławczy stwierdzi fakt nienależytej obsady sądu *a quo*, wówczas nie będzie przeprowadzał dowodu z przesłuchania tego świadka i uchyli wyrok do ponownego rozpoznania, a dowód ten zostanie dopuszczony w toku późniejszego procedowania w pierwszej instancji. Wydaje się również, że wyjątek od reguły, zgodnie z którą przeprowadzenie każdego dowodu co do istoty sprawy w instancji odwoławczej przyczyni się do przyspieszenia postępowania, i w konsekwencji odstąpienie od przeprowadzenia dowodu, może mieć miejsce także w sytuacji,

<sup>58</sup> Por. J. Korczyński, op. cit., s. 82; D. Świecki, op. cit., s. 128.

<sup>59</sup> Odmiennie J. Korczyński, op. cit., s. 71, który proponuje dokonywanie każdorazowo oceny *in casu* danego wypadku, uwzględniając m. in. możliwości skrócenia bezpośredniego postępowania dowodowego przed sądem pierwszej instancji, sytuację kadrową w obydwu sądach czy odległość miejsca zamieszkania świadków, biegłych i oskarżonych od sądów obydwu instancji.

w której z uwagi na stwierdzoną negatywną przesłankę procesową, przesądzającą o umorzeniu postępowania, zapoznanie się z danym dowodem co do istoty sprawy jest niecelowe. Ważne jest przy tym zastrzeżenie, że przeprowadzenie dowodu (dowodów) w trybie art. 452 § 2 k.p.k., z uwagi na stan i kompletność dotychczas zebranego materiału dowodowego, nie miałoby znaczenia w odniesieniu do możliwości wydania w instancji odwoławczej jeszcze korzystniejszego rozstrzygnięcia dla oskarżonego, np. umorzenia postępowania z uwagi na znikomy stopień społecznej szkodliwości albo uniewinnienia.<sup>60</sup> Przykładowo, jeżeli sąd drugiej instancji stwierdzi, że nastąpiło przedawnienie karalności i w związku z tym postępowanie należy umorzyć, wówczas może dopuścić dowód co do istoty sprawy na okoliczność popełnienia przestępstwa w trybie art. 452 § 2 k.p.k. tylko wówczas, gdy otwarta jest możliwość wydania orzeczenia korzystniejszego dla oskarżonego. Jeżeli zaś zebrany w pierwszej instancji materiał dowodowy zawiera braki bądź został on wadliwie przeprowadzony, w stopniu uzasadniającym uchylenie zaskarżonego wyroku do ponownego rozpoznania, dopuszczanie w instancji odwoławczej dowodu w trybie art. 452 § 2 k.p.k. jest bezcelowe i sąd ten powinien umorzyć postępowanie karne.

Druga przesłanka dopuszczenia dowodu ścisłego co do istoty sprawy na rozprawie odwoławczej ma charakter negatywny i wymaga stwierdzenia braku konieczności przeprowadzenia na nowo przewodu sądowego w całości lub w znacznej części. Trafnie wskazuje się w doktrynie, że uzasadnieniem tego ograniczenia w przeprowadzaniu dowodów w instancji odwoławczej jest dążenie do tego, by sąd ten nie wcielał się w rolę organu procesowego pierwszej instancji, którego podstawowym zadaniem jest zebranie kompletnego materiału dowodowego w sprawie.<sup>61</sup> Dodać również można, że rozwiązanie takie jest zgodne z przyjętym w naszym prawie procesowym rewizyjnym modelem postępowania odwoławczego, w którym sąd drugiej instancji jest organem kontrolującym orzeczenie i w przeciwieństwie do modelu apelacyjnego nie przeprowadza ponownego postępowania dowodowego co do istoty sprawy. Nadto, co ważne, takie ograniczenie przeprowadzania dowodów co do istoty sprawy w drugiej instancji harmonizuje z zasadą kontroli (instancyjności), przez to, że otwiera w możliwie szerokim zakresie perspektywę

<sup>60</sup> Por. w przedmiocie zbiegu procesowej przesłanki formalnej lub przedawnienia z materialnym warunkiem odpowiedzialności karnej S. Steinborn [w:] *Prawo karne procesowe – część ogólna*, pod red. J. Grajewskiego, Warszawa 2009, s. 188 i tam wskazane poglądy doktryny oraz orzecznictwo.

<sup>61</sup> Por.: Z. Doda, A. Gaberle, op. cit., s. 340; D. Świecki, op. cit., s. 128; M. Klejnowska, op. cit., s. 400; W. Grzeszczyk, *Postępowanie dowodowe na rozprawie odwoławczej*, Prokuratura i Prawo 2008, nr 3, s. 17.

instancyjnej weryfikacji ustaleń faktycznych. Należy jednak stanowczo zaznaczyć, iż przewidziane ustawą węższe lub szersze możliwości przeprowadzania w drugiej instancji dowodów co do istoty sprawy oraz czynienia na ich podstawie ustaleń faktycznych nie mogą być przez to uznane za sprzeczne z zasadą kontroli w znaczeniu konkretnym, o czym dalej. Przechodząc do analizy określenia tej przesłanki, stwierdzić należy, że konieczność przeprowadzenia na nowo przewodu sądowego w całości będzie zachodziła wówczas, gdy trzeba by było w drugiej instancji ponownie przeprowadzić wszystkie dowody ścisłe, na podstawie których sąd ma merytorycznie orzekać w sprawie, z jednoczesnym wyłączeniem zastąpienia możliwych do przeprowadzenia w drugiej instancji dowodów dowodami ścisłymi przeprowadzonymi uprzednio przed sądem *a quo*. W praktyce określenie takiej sytuacji nie powinno spowodować trudności interpretacyjnych. Inaczej jest pod tym względem ze stwierdzeniem braku konieczności przeprowadzenia na nowo przewodu sądowego w znacznej części. „Znaczna część” to bowiem pojęcie nieostre, wysoce ocenne. W doktrynie trafnie postuluje się, aby interpretować je w sposób zawężający.<sup>62</sup> Przy wykładni tego pojęcia należy wziąć pod uwagę dwa czynniki, które powinny występować łącznie.<sup>63</sup> Po pierwsze, chodzi o stosunek ilościowy, arytmetyczny pomiędzy wszystkimi dowodami ścisłymi co do istoty sprawy przeprowadzonymi w postępowaniu pierwszoinstancyjnym a tymi, które powinny zostać przeprowadzone w postępowaniu odwoławczym (należy brać pod uwagę zarówno źródła dowodowe już wcześniej dopuszczone, jak i nowe).<sup>64</sup> Wydaje się, że jeżeli ilość dowodów do przeprowadzenia w postępowaniu odwoławczym miałaby przekroczyć połowę, z reguły powinno to stanowić przeszkodę do skorzystania z trybu art. 452 § 2 k.p.k. Po wtóre, trzeba ocenić również wagę dowodów, z którymi należałoby się zapoznać w postępowaniu odwoławczym, dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy.<sup>65</sup> Nie chodzi przy tej ocenie o to, by kwestionować możliwość przeprowadzenia dowodu ścisłego na rozprawie odwoławczej, wówczas gdy jest to dowód o zasadniczym znaczeniu dla istoty sprawy, w szczególności dla przypisania oskarżonemu popełnienia przestępstwa. Taka wykładnia

<sup>62</sup> A. Kulemba, E. Prętki, *Uzupełnienie dowodów w postępowaniu rewizyjnym*, Zeszyty problemowo-analityczne Ministerstwa Sprawiedliwości 1966, nr 4, s. 76.

<sup>63</sup> W odniesieniu do określenia tych czynników zgodnie w doktrynie i w orzecnictwie: T. Grzegorzczak, op. cit., s. 975; D. Świecki, op. cit., s. 128; Z. Doda, A. Gaberle, op. cit., s. 340; A. Gaberle, op. cit., s. 82–83; M. Klejnowska, op. cit., s. 400; J. Korczyński, op. cit., s. 70; W. Grzeszczyk, op. cit., s. 18–19; Z. Z. Muras, op. cit., s. 322; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2007 r., V KK 229/06; LEX nr 260685.

<sup>64</sup> Tak również: D. Świecki, op. cit., s. 128; Z. Doda, A. Gaberle, op. cit., s. 340; H. Kempisty [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 619.

<sup>65</sup> Nieco inaczej w szczegółach D. Świecki, op. cit., s. 128–129.

słaby niewątpliwie za daleko, ograniczając w istocie wykorzystanie trybu z art. 452 § 2 k.p.k. do dowodów o małym znaczeniu, dotyczących pobocznych okoliczności związanych z zakresem odpowiedzialności prawnej oskarżonego.<sup>66</sup> Wydaje się raczej, że z punktu widzenia wagi przeprowadzanych dowodów negatywna przesłanka z art. 452 § 2 k.p.k. zasłaby, gdyby przed sądem odwoławczym miałby być dopuszczony jedyny dowód lub większość dowodów o zasadniczym znaczeniu dla istoty sprawy, a przy tym przesądzający lub przesądzająca o przypisaniu sprawstwa przestępstwa oskarżonemu (np. jedyny naoczny świadek, większość naocznych świadków). Dodatkowym warunkiem winno być także to, że dowody te nie były przeprowadzone uprzednio przed sądem *a quo*. Nie powinno być bowiem objęte negatywną przesłanką, np. przesłuchanie przez sąd odwoławczy jedynego naocznego świadka, który składał zeznania przed sądem pierwszej instancji, celem zweryfikowania jego wiarygodności, sposobu składania zeznań czy doprecyzowania szczegółów uprzedniej relacji.<sup>67</sup> Jeżeli natomiast taki jedyny naoczny świadek zostałby ujawniony dopiero po wydaniu wyroku, zwłaszcza w procesie poszlakowym, w pierwszej instancji, waga tego dowodu oraz – co za tym idzie – konieczność skonfrontowania go z pozostałymi dowodami, z reguły pośrednimi, wymagałaby przeprowadzenia ponownego pełnego postępowania przed sądem pierwszej instancji. W sytuacji, gdy dowodów przesądzających o sprawstwie jest więcej, np. kilku naocznych świadków, objęte negatywną przesłanką winno być wyjście na jaw większości takich dowodów dopiero po wydaniu wyroku pierwszoinstancyjnego. Nie powinno bowiem nic stać na przeszkodzie, aby przykładowo przesłuchać na rozprawie odwoławczej ujawnionego kolejnego naocznego świadka zdarzenia, który nie był znany sądowi pierwszej instancji. Może on z jednej strony potwierdzić zgodne zeznania innych naocznych świadków, z drugiej zaś – w wyniku jego zeznań mogą powstać wątpliwości powodujące konieczność uchylenia wyroku. Ze względu na wagę dowodów, które należałoby przeprowadzić w postępowaniu odwoławczym, dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy stwierdzić należy negatywną przesłankę zastosowania trybu z art. 452 § 2 k.p.k. również w razie oczywistych zaniedbań dowodowych w sądzie *meriti*,

<sup>66</sup> Por. J. Grajewski [w:] J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, op. cit., s. 134. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 maja 1970 r., IV KR 26/70, OSNKW 1970, z. 10, poz. 131, wyraźnie wskazał, że ujawnienie się po wydaniu przez sąd pierwszej instancji wyroku skazującego nowych faktów lub dowodów nieznanymi temu sądowi, a wskazujących na to, iż skazany jest niewinny lub został skazany za przestępstwo zagrożone karą surowszą niż to, które popełnił, obliguje sąd odwoławczy do przeprowadzenia tych dowodów przede wszystkim w trybie art. 452 § 2 k.p.k.

<sup>67</sup> Tak też F. Prusak, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego. Tom 2*, Warszawa 1999, s. 1275 oraz wskazane tam orzecznictwo.

które z góry przesądzą o konieczności uchylenia wyroku z uwagi na zaniechanie wszechstronnego zbadania sprawy,<sup>68</sup> np. nieprzeprowadzenia konfrontacji, eksperymentu procesowego, wizji lokalnej, w wielu wypadkach także opinii biegłego. Zatem niemożność dopuszczenia dowodu na rozprawie odwoławczej z uwagi na dużą jego wagę dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy powinna następować w sytuacjach, kiedy z góry wiadomo, że niezbędne będzie, ze względu właśnie na wagę dowodu lub dowodów, uchylenie zaskarżonego wyroku i skierowanie sprawy do ponownego rozpoznania. W pozostałych wypadkach dopiero po przeprowadzeniu dowodu w postępowaniu odwoławczym należy zdecydować, czy można wydać orzeczenie co do istoty sprawy, czy też konieczne będzie rozstrzygnięcie o charakterze kasacyjnym. Obydwa wymienione czynniki, składające się na przesłankę stwierdzenia braku konieczności przeprowadzenia na nowo przewodu sądowego w znacznej części, powinny występować łącznie, to znaczy z tego punktu widzenia w postępowaniu odwoławczym dowód ścisły co do istoty sprawy może być przeprowadzony tylko wówczas, gdy zarówno względy ilościowe, jak i waga dowodu dla rozstrzygnięcia sprawy nie stoją temu na przeszkodzie.

Spoglądając na stylizację art. 452 § 2 k.p.k., nasuwa się pytanie, czy przeprowadzenie dowodu lub dowodów w trybie tego przepisu jest – w wypadku zaistnienia przesłanek jego zastosowania – obligatoryjne czy też fakultatywne. Sformułowanie zdania w modalności aleicznej i użycie przez ustawodawcę funktora „może” sugerowałoby fakultatywność przeprowadzenia dowodu ścisłego co do istoty sprawy przed sądem odwoławczym. Jednak należy stanąć na stanowisku, że w razie zaistnienia wszystkich przesłanek z art. 452 § 2 k.p.k. sąd odwoławczy jest zobligowany do przeprowadzenia dowodu lub dowodów uzupełniających.<sup>69</sup> Przemawia za tym w sposób jednoznaczny konieczność respektowania w drugiej instancji zasad prawdy materialnej oraz ekonomii procesowej (szybkości i koncentracji procesu). Pozostawienie decyzji w tym względzie do swobodnego uznania sądu odwoławczego nie miałoby rzeczowego uzasadnienia, a w praktyce nierzadko odstępianie od przeprowadzenia dowodu mogłoby być podyktowane swoistym wygodnictwem.<sup>70</sup> W każdym zaś razie o braku takiej swobody świadczy trafne

<sup>68</sup> W znaczeniu, o które chodzi w art. 297 § 1 pkt 4 k.p.k. Por. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom IV. Aktualizacje*, Warszawa 2008, s. 182–183.

<sup>69</sup> M. Klejnowska, op. cit., s. 399; odmiennie D. Świecki, op. cit., s. 129.

<sup>70</sup> Zwrócić tu należy uwagę na, wydane na tle art. 386 § 2 i 4 k.p.c., lecz *mutatis mutandis* znajdujące zastosowanie do procedury karnej, orzeczenia Sądu Najwyższego, który stwierdził, że nieprzeprowadzenie postępowania dowodowego w drugiej instancji – wbrew przesłankom kodeksowym – i będące tego następstwem niezasadne uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji może uzasadniać stwierdzenie

zapatrywanie wyrażone w judykaturze, wedle którego decyzja sądu odwoławczego o zaniechaniu prowadzenia postępowania dowodowego stosownie do treści art. 452 k.p.k. powinna być poprzedzona szczegółową analizą, a w razie potrzeby wcześniejszą weryfikacją przesłanek leżących u podstaw tej decyzji.<sup>71</sup>

Przepis art. 452 § 2 k.p.k. nie różnicuje środków dowodowych, które mogą być dopuszczone w tym trybie w postępowaniu odwoławczym. Nie ma również znaczenia, czy dowody te były już przeprowadzane w pierwszej instancji, czy też nie.<sup>72</sup> Oznacza to, że nie ma w tym względzie żadnych formalnych ograniczeń i mogą to być wszystkie dowody ścisłe, osobowe bądź rzeczowe, tak jak przed sądem pierwszej instancji.<sup>73</sup> Jednak z punktu widzenia układu przesłanek dowodzenia ścisłego na rozprawie odwoławczej do rzadkości będzie należało przeprowadzenie dowodu zwłaszcza z: eksperymentu procesowego, wizji lokalnej, niektórych rodzajów oględzin i opinii biegłego. „Przeprowadzenie dowodu”, w rozumieniu komentowanego artykułu, oczywiście nie oznacza zastrzeżenia, by sąd drugiej instancji musiał ograniczyć się do jednego dowodu. Przy zachowaniu wskazanych wyżej przesłanek zastosowania art. 452 § 2 k.p.k. dowodów tych może być więcej, nie sposób z góry określić ich maksymalnej liczby.<sup>74</sup> Należy pamiętać wszakże

---

przewlekłości postępowania w trybie ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki (Dz. U. Nr 179, poz. 1843). Por. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 29 listopada 2004 r., III SPP 48/04, OSNP 2005, z. 5, poz. 75; z dnia 27 października 2005 r., III SPP 142/05, OSNP 2006, z. 9–10, poz. 167.

<sup>71</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2004 r., II KK 388/03, OSNKW 2004, z. 11–12, poz. 103. Por. również uwagi K. Woźniewskiego zamieszczone w glosie do tego wyroku (Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa 2005, nr 1–2, s. 157 i nast.).

<sup>72</sup> Por. H. Kempisty [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 619; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II*, Warszawa 2007, s. 768; J. Grajewski [w:] J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, op. cit., s. 130; D. Świecki, op. cit., s. 128; S. Zabłocki [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 272; A. Kryże [w:] A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T. E. Wirzman, op. cit., s. 834; W. Grzeszczyk, op. cit., s. 18; F. Prusak, op. cit., s. 1275. Szerzej również M. Klejnowska, op. cit., s. 402. Por. także J. Korczyński (op. cit., s. 76–79), który relacjonuje wątpliwości wyrażane w tym zakresie w dawniejszej literaturze.

<sup>73</sup> Por. D. Świecki, op. cit., s. 143–147; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 768; S. Zabłocki [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 272; M. Klejnowska, op. cit., s. 402; J. Korczyński, op. cit., s. 66.

<sup>74</sup> Nie wydaje się w związku z tym trafne stanowisko A. Kaftala, postulujące – niezależnie od realiów konkretnej sprawy i liczby wszystkich dopuszczonych w pierwszej instancji dowodów – ograniczenie ilości przeprowadzanych w trybie art. 452 § 2 k.p.k. dowodów (osobowych i rzeczowych) do co najwyżej kilku. Por. A. Kaftal, *System środków odwoławczych w polskim procesie karnym (Rozważania modelowe)*, Warszawa 1972, s. 197. Jeszcze bardziej restrykcyjne stanowisko zajmuje J. Korczyński (op. cit., s. 70), ograniczając tę możliwość w zasadzie tylko do jednego dowodu.

o tym, by z uwagi na szeroki zakres dowodzenia na rozprawie apelacyjnej postępowanie to nie nabrało charakteru przede wszystkim rozpoznawczego, właściwego postępowaniu pierwszoinstancyjnemu, zatracając przez to swą funkcję kontrolną.<sup>75</sup> Liczba tych dowodów powinna być zatem ograniczona i raczej niezbyt duża.<sup>75</sup> Podobnie jak w odniesieniu do postępowania dowodowego przed sądem pierwszej instancji, poszczególne dowody przeprowadzane w trybie art. 452 § 2 k.p.k. mogą być dopuszczane na wniosek stron, podmiotu określonego w art. 416 k.p.k. albo z urzędu (art. 167 k.p.k.). Z uwagi na wymogi zasady prawdy materialnej i uwarunkowany nimi brak prekluzji dowodowej, wnioski o przeprowadzenie danego dowodu mogą być składane po raz pierwszy, bez względu na przyczynę, również w postępowaniu odwoławczym.<sup>76</sup> Niezależnie od regulacji art. 427 § 3 k.p.k., wnioski o przeprowadzenie dowodu mogą składać wszystkie uprawnione podmioty, do czasu ogłoszenia wyroku w sądzie odwoławczym, nie ma przy tym znaczenia, czy wnioskujący wniósł apelację, czy też nie.<sup>77</sup> Podzielić należy zapatrywanie, że w postępowaniu odwoławczym nie tylko decyzje procesowe o oddaleniu wniosku dowodowego (art. 170 § 3 k.p.k.), ale również decyzje o dopuszczeniu dowodu podejmuje wyłącznie sąd w formie postanowienia.<sup>78</sup> Postanowienia pozytywnie rozstrzygające wniosek powinny zapadać co do zasady na posiedzeniu (art. 452 § 2 zdanie drugie k.p.k.), co sprzyja szybkości i koncentracji procesu, chyba że nie jest to możliwe, w szczególności z uwagi na zbyt późne zgłoszenie wniosku.<sup>79</sup> W odniesieniu do relacji pomiędzy przesłankami dopuszczenia dowodu w postępowaniu karnym (art. 167 k.p.k., art. 170 § 1 k.p.k. *a contrario*, art. 193 § 1 k.p.k., art. 201 k.p.k.), obowiązującymi również w stadium odwoławczym, a przesłankami przeprowadzenia dowodu ścisłego co do istoty na rozprawie apelacyjnej warto podnieść, że ich analizę należy rozpocząć od tych pierwszych, a drugie podlegają rozważeniu w dalszej kolejności, w uzależnieniu od pozytywnego przesądzenia potrzeby dopuszczenia dowodu.<sup>80</sup> I tak, jeżeli wystąpi przesłanka oddalenia wniosku

<sup>75</sup> Podobnie D. Świecki, op. cit., s. 128–129.

<sup>76</sup> Por. M. Klejnowska, op. cit., s. 402; D. Świecki, op. cit., s. 130–131; A. Kryże [w:] A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T. E. Wirzman, op. cit., s. 834; W. Grzeszczyk, op. cit., s. 19–20.

<sup>77</sup> Por. W. Grzeszczyk, op. cit., s. 19.

<sup>78</sup> Tak trafnie D. Świecki, op. cit., s. 133–134.

<sup>79</sup> Por. D. Świecki, op. cit., s. 132; T. Grzegorzczak, op. cit., s. 976; S. Zabłocki [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 276; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 769; W. Grzeszczyk, op. cit., s. 20; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2004 r., V KK 228/04, LEX nr 133458; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 marca 2005 r., V KK 307/04, LEX nr 148200.

<sup>80</sup> Por. również D. Świecki, op. cit., s. 134–135; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 769.

dowodowego, to sąd odwoławczy winien ten wniosek oddalić i nie ma w ogóle powodu do analizy warunków z art. 452 § 2 k.p.k. Natomiast, gdy należy dany dowód w świetle przepisów ogólnych dopuścić, wówczas, po podjęciu decyzji w tym przedmiocie, rozważyć trzeba przesłanki przeprowadzenia dowodu na rozprawie odwoławczej i – w razie ich zaistnienia – dowód ów przeprowadzić albo też – gdyby nie zostały spełnione – uchylić wyrok i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania, a w zupełnie wyjątkowych wypadkach również umorzyć postępowanie w sprawie.<sup>81</sup> Zgodzić się w całej pełni wypada przy tym ze sformułowaniem w doktrynie stanowiskiem, wedle którego w sytuacji merytorycznej zasadności przeprowadzenia określonego dowodu w postępowaniu odwoławczym (zasadności wniosku dowodowego), lecz w braku wystąpienia przesłanek zastosowania trybu z art. 452 § 2 k.p.k., nie powinno się wydawać postanowienia o dopuszczeniu dowodu i niemożności przeprowadzenia go w postępowaniu apelacyjnym, gdyż stanowiłoby to swoisty „przedsąd”. Wystarczy, by przewodniczący poinformował, że decyzja w tej sprawie zostanie podjęta podczas narady nad wyrokiem, a zalecenie przeprowadzenia dowodu, zamieszczone w uzasadnieniu wyroku uchylającego wyrok sądu pierwszej instancji, będzie dla tego ostatniego w dalszym postępowaniu wiążące.<sup>82</sup> Podkreślić też silnie należy, iż § 1 i 2 art. 452 k.p.k. nie zawierają żadnego zakazu dowodowego ani zakazu dowodzenia, w konsekwencji nie mogą stanowić też podstawy do oddalenia wniosku dowodowego.<sup>83</sup>

Sąd drugiej instancji przeprowadza dowód ścisły w trybie art. 452 § 2 k.p.k. w taki sam sposób, jak czyni to sąd *a quo*. Należy tu zwrócić uwagę na art. 458 k.p.k., nakazujący odpowiednie stosowanie przed sądem odwoławczym przepisów dotyczących postępowania przed sądem pierwszej instancji, jeżeli przepisy o postępowaniu apelacyjnym nie stanowią inaczej. Podstawowym forum zapoznania się z dowodem są zatem czynności podejmowane na rozprawie (przesłuchanie oskarżonego, świadka, odczytanie dokumentu, zapoznanie się z dowodem rzeczowym itd.), ale nie ma też przeszkód do przeprowadzenia dowodu ścisłego poza rozprawą, jeżeli ustawa procesowa taką możliwość przewiduje. Chodzi tu więc w szczególności o oględziny przez sędziego wyznaczonego lub sąd wezwany (art. 396 § 1 k.p.k.),

<sup>81</sup> Por. wyżej wypowiedziane uwagi dotyczące sytuacji, w której następuje zbieg procesowej przesłanki formalnej lub przedawnienia z materialnym warunkiem odpowiedzialności karnej oraz źródła powołane w przypisie 60.

<sup>82</sup> Tak trafnie D. Świecki, op. cit., s. 137.

<sup>83</sup> Bliżej w tym przedmiocie por. D. Świecki, op. cit., s. 134–135; a nadto: T. Grzegorzczak, op. cit., s. 975; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 766; K. Sychta, op. cit., s. 136. Por. również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2004 r., II KK 388/03, OSNKW 2004, z. 11–12, poz. 103 z głosem K. Woźniewskiego, Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa 2005, nr 1–2, s. 157 i nast.

przesłuchanie świadka przez sędziego wyznaczonego lub sąd wezwany (art. 396 § 2 k.p.k.) czy czynności z zakresu zagranicznej pomocy prawnej (art. 585 k.p.k.).<sup>84</sup> W doktrynie przyjmuje się też, że sąd odwoławczy w razie stwierdzenia istotnych braków postępowania przygotowawczego może zastosować instytucję zobowiązania oskarżyciela publicznego do przedstawienia dowodów z art. 397 k.p.k.<sup>85</sup> Warunkiem jej zastosowania w konkretnym wypadku jest jednak także zgodność z przesłankami dopuszczenia dowodu, określonymi w art. 452 § 2 k.p.k., tak więc będą to ramy zdecydowanie węższe niż na rozprawie przed sądem pierwszej instancji.<sup>86</sup>

Pamiętać przy tym należy, że przeprowadzenie dowodów przez sąd odwoławczy z naruszeniem art. 452 § 2 k.p.k. ma ten skutek, iż materiał dowodowy z niego wynikający nie może być uwzględniony przy ocenie skargi apelacyjnej. O jej zasadności (niezasadności) musi zadecydować ocena dowodów przeprowadzonych w sądzie pierwszej instancji. Dowody bowiem uzyskane sprzecznie z przepisami ustawy procesowej nie mogą stanowić przedmiotu ocen, a następnie być użyte do czynienia ustaleń w sprawie. Korzystanie z dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa w dalszym postępowaniu nie jest już dopuszczalne, ani przez sąd odwoławczy, ani przez sąd pierwszoinstancyjny. Usunięcie bowiem wadliwych czynności dowodowych możliwe jest jedynie przez ich ponowienie.<sup>87</sup>

Jeżeli chodzi o kwestię przeprowadzania dowodu na rozprawie w postępowaniu apelacyjnym, to należy jeszcze ustosunkować się do zakresu materiału dowodowego, który jest przedmiotem oceny tego sądu – i to zarówno, gdy wydanie wyroku w drugiej instancji poprzedza wyłącznie dowodzenie swobodne, jak również gdy sąd ten przeprowadza na rozprawie dowód ścisły. Otóż ocenie nie podlega całość materiału dowodowego zawarta w aktach sprawy, lecz tylko dowody przeprowadzone w toku przewodu sądowego na rozprawie głównej (art. 410 k.p.k.), uzupełnione o ewentualnie przeprowadzone dowody

<sup>84</sup> Por.: D. Świecki: op. cit., s. 138; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1978 r., Rw 408/78, OSNKW 1979, z. 3, poz. 30. Na marginesie zwrócić należy uwagę na brzmienie art. 402 § 2 k.p.k. z 1969 r., który przewidywał „bezpośrednie” przeprowadzenie dowodu na rozprawie, co wywoływało ówczesnie w doktrynie spory w odniesieniu do dopuszczalności skorzystania przez sąd odwoławczy z pomocy prawnej w tym trybie.

<sup>85</sup> Por. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 655; T. Grzegorzczak, op. cit., s. 927–928; tenże [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, op. cit., s. 808; D. Świecki, op. cit., s. 139; M. Klejnowska: op. cit., s. 402. Zastrzeżenia do powyższego poglądu zgłosił J. Grajewski [w:] J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, op. cit., s. 68–69. Autor ten wskazał, że powołanie art. 397 k.p.k. w obecnym brzmieniu w treści art. 437 § 2 k.p.k. należy uznać za przeoczenie nowelizatora.

<sup>86</sup> Tak słusznie P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 655.

<sup>87</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1999 r., IV KKN 484/99, Prokuratura i Prawo 2000, nr 5, poz. 11 (wkładka).

ściśle w trybie art. 452 § 2 k.p.k.<sup>88</sup> Tak więc nawet jeżeli sąd *ad quem* dokona zmiany ustaleń faktycznych sprawy po podjęciu dowodzenia swobodnego, musi oprzeć się jedynie na tych dowodach. Pozostałe materiały mogą stanowić co najwyżej tzw. informację o dowodzie, którą sąd odwoławczy może uwzględnić w ramach zarzutu niewyjaśnienia okoliczności sprawy przez sąd pierwszej instancji i nieprzeprowadzenia przez ten sąd znanych mu i potencjalnie dostępnych dowodów. W tym zakresie sąd drugiej instancji może na podstawie art. 452 § 2 k.p.k. sam przeprowadzić w sposób ścisły dowód, w odniesieniu do którego informacje zawarte są w aktach sprawy, a w razie braku ku temu przesłanek – uchylić zaskarżony wyrok oraz przekazać sprawę do ponownego rozpoznania. Powstaje również problem – tym razem tylko w wypadku przeprowadzenia dowodu w trybie art. 452 § 2 k.p.k. – przy przesłuchaniu oskarżonego, świadka lub biegłego, dopuszczalności odczytania, w razie zaistnienia ku temu warunków prawnych (art. 389 § 1, 391 § 1, 393 § 1 k.p.k.), protokołów uprzednio złożonych przez nich zeznań, wyjaśnień czy opinii. Należy w tym zakresie udzielić odpowiedzi pozytywnej, i to niezależnie od tego, czy odnośne protokoły i opinie były również ujawniane w tym trybie w toku przewodu sądowego przed sądem pierwszej instancji. Sąd odwoławczy, jeżeli już dopuszcza dowód ścisły, jest zobowiązany do jego wnikliwego przeprowadzenia i w razie ujawnienia się konieczności skonfrontowania relacji przesłuchiowanych osób z ich wcześniejszymi wypowiedziami utrwalonymi w formie pisemnej, obowiązkiem sądu statuowanym w odnośnych przepisach jest uczynienie tego.<sup>89</sup> Sąd drugiej instancji może w ten sposób naprawić błąd sądu *a quo*, który, przesłuchując tę osobę wcześniej, wbrew stanowisku ustawy nie ujawnił protokołu uprzednio składanych przez nią wyjaśnień (zeznań, opinii). Wówczas ujawnione protokoły (lub opinia) wejdą w skład dowodowej podstawy rozstrzygnięcia. Możliwe jest również, że sąd pierwszej instancji, przesłuchując daną osobę wcześniej, nie miał potrzeby ujawnienia treści protokołu lub opinii, bo np. świadek zeznawał identycznie jak w postępowaniu przygotowawczym. Natomiast przesłuchany na rozprawie odwoławczej w trybie art. 452 § 2 k.p.k. tenże sam świadek mógł wiele okoliczności nie pamiętać, co obliuguje sąd drugiej instancji do ujawnienia w odpowiednim zakresie w trybie art. 391 § 1 k.p.k. protokołów zeznań tego świadka składanych w postępowaniu przygotowawczym, które również przez

<sup>88</sup> Por. A. Murzynowski, op. cit., s. 319. Autor ten trafnie zauważa, że w istocie sąd drugiej instancji opiera się w swych orzeczeniach – jeżeli sam nie przeprowadza dowodu ścisłego – na protokole rozprawy głównej i na dokumentach zaliczonych w poczet materiałów dowodowych przez sąd pierwszej instancji.

<sup>89</sup> Por. A. Sakowicz [w:] K. T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, op. cit., s. 1036.

to wejdą w skład dowodowej podstawy rozstrzygnięcia (zeznania złożone w toku przewodu sądowego w pierwszej instancji zawsze w takim wypadku będą stanowiły tę podstawę, bez procesowej potrzeby ich odczytywania). Wreszcie i w drugiej instancji, tak jak w pierwszej, może nie być potrzeby ujawniania protokołów przesłuchania oskarżonego i świadków z postępowania przygotowawczego, a wówczas definitywnie nie wejdą one w skład dowodowej podstawy rozstrzygnięcia. Sąd odwoławczy – jeżeli przeprowadza na rozprawie dowód ścisły – ma w zakresie ujawniania protokołów przesłuchania i odczytywania opinii biegłych takie same uprawnienia i obowiązki, jak sąd pierwszej instancji.<sup>90</sup> Ewentualnie ujawnione protokoły i opinie podlegają ocenie sądu odwoławczego zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów na równi z innymi dowodami, w szczególności mogą być podstawą wydania wyroku co do istoty sprawy lub o charakterze kasacyjnym.<sup>91</sup>

Należy podkreślić w zakresie poruszanej tu tematyki, że podjęcie przez sąd odwoławczy w trybie art. 451 k.p.k. decyzji o sprowadzeniu na rozprawę apelacyjną oskarżonego pozbawionego wolności musi być uzasadnione okolicznościami sprawy, a nie może być dowolne. W szczególności, co od dawna silnie podkreślano w doktrynie<sup>92</sup> i orzecznictwie,<sup>93</sup> należy zarządzić sprowadzenie takiego oskarżonego, gdy sąd zamierza uzupełnić przewód sądowy poprzez przeprowadzenie dowodu zgodnie z art. 452 § 2 k.p.k. Stanowisko takie zostało także zaprezentowane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.<sup>94</sup>

Pozostaje jeszcze rozważyć kwestię dopuszczalności zmiany ustaleń faktycznych przez sąd drugiej instancji bez przeprowadzania i po przeprowadzeniu

<sup>90</sup> Tak też M. Cieślak, *Proces karny. Część III*, Kraków 1953, s. 146; A. Sakowicz [w:] K. T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny: op. cit., s. 1036.

<sup>91</sup> Zakwestionować w znacznym stopniu należy zatem zastrzeżenia R. Kmiecika (*Z problematyki dowodu...*, s. 22–24), który wyszedł z co najmniej wątpliwego założenia, wedle którego sąd drugiej instancji mógł rozporządzać pełną swobodą wykorzystywania danych dowodowych w przypadku nieskorzystania z art. 452 § 2 k.p.k., dysponując wówczas wszelkimi protokołami zawartymi w aktach sprawy. Otóż w rzeczywistości owa pełna swoboda ogranicza się do dowodów ścisłych przeprowadzonych w toku pierwszoinstancyjnego przewodu sądowego.

<sup>92</sup> Por. przykładowo: J. Grajewski [w:] J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, op. cit., s. 131–132; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 761–752; T. Grzegorzczuk, op. cit., s. 972; S. Zabłocki [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 268, 277; A. Kryże [w:] A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T. E. Wirzman, op. cit., s. 835.

<sup>93</sup> Por. np. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 9 października 1997 r., II KKN 261/96, OSNKW 1998, z. 1–2, poz. 9; z dnia 3 września 2002 r., III KKN 414/99; LEX nr 55529; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 4 stycznia 2001 r., II AKa 1/01, Prokuratura i Prawo 2001, nr 12, poz. 27 (wkładka).

<sup>94</sup> Por. zwłaszcza wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 25 marca 1998 r., 47/1997/829/1035, w sprawie *Belziuk v. Polska*.

dowodów ścisłych na rozprawie odwoławczej, w szczególności zaś wpływu tych dowodów na zmianę ustaleń. Często można napotkać pogląd, według którego podejmowane w trybie art. 452 § 2 k.p.k. czynności dowodowe nie mogą prowadzić do ukształtowania w postępowaniu odwoławczym podstawy faktycznej rozstrzygnięcia co do istoty sprawy, odmiennej od uznanej za udowodnioną przez sąd pierwszej instancji. Ten kierunek interpretacyjny został uzasadniony możliwością naruszenia zasady kontroli (instancyjności), z uwagi na to, że ukształtowanie w postępowaniu odwoławczym odmiennej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia co do istoty sprawy niż przed sądem pierwszej instancji z reguły przemawia za podjęciem orzeczenia reformatoryjnego. Nadto, wedle tego poglądu, wydanie przez sąd drugiej instancji wyroku kończącego postępowanie co do istoty sprawy, po przeprowadzeniu dowodu w trybie art. 452 § 2 k.p.k. i zmianie ustaleń faktycznych sprawy przez ten sąd, wiodłoby również do naruszenia samej istoty postępowania odwoławczego jako realizującego zasadę kontroli procesu. Wysuwane są też zastrzeżenia w zakresie zgodności takiego rozwiązania z zasadą bezpośredniości.<sup>95</sup> Poglądy te jednak mogą budzić wątpliwości.

Ustawa procesowa nie przewiduje generalnego zakazu orzekania co do istoty sprawy (utrzymania w mocy zaskarżonego wyroku albo jego zmiany) przez sąd drugiej instancji na podstawie odmiennie niż przed sądem *a quo* ustalonego stanu faktycznego sprawy. W doktrynie i orzecznictwie panuje zgodność, że sąd odwoławczy ma prawo w tym zakresie orzec odmiennie na podstawie dowodów przeprowadzonych w pierwszej instancji.<sup>96</sup> Nie ma również zasadniczych rozbieżności

<sup>95</sup> Por. S. Zabłocki [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 273; J. Grajewski [w:] J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, op. cit., s. 130; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 765; W. Kociubiński, *Możliwości reformacyjnego...*, s. 105; idem: *Własne ustalenia...*, s. 151; P. Pojnar, op. cit., s. 710 i n.; G. Artymiak [w:] *Proces karny...*, s. 148; Z. Z. Muras, op. cit., s. 321–322; W. Hermeliński, B. Nita, op. cit., s. 67; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2008 r., III KK 404/07, LEX nr 359593; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 2008 r., V KK 389/07, OSNKW 2008, z. 8, poz. 61; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2008 r., V KK 111/08, LEX nr 468650; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2006 r., II KK 284/05, LEX nr 176040; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 marca 2005 r., III KK 276/04, OSNKW 2005, z. 6, poz. 55; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 2004 r., III KK 90/04, OSNwSK 2004, poz. 2231, z. 6, poz. 55; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 16 marca 2006 r., II AKa 160/05, Prokuratura i Prawo – dodatek Orzecznictwo 2007, nr 1, poz. 34. Odmiennie, D. Świecki, op. cit., s. 120–122; T. Grzegorzczuk, op. cit., s. 974; tenże [w:] T. Grzegorzczuk, J. Tylman, op. cit., s. 816; W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania...*, s. 476; A. Kryże [w:] A. Kryże, P. Niedziela, K. Petryna, T. E. Wirzman, op. cit., s. 833–834; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2002 r., IV KKN 391/98, LEX nr 54389.

<sup>96</sup> Por. D. Świecki, op. cit., s. 119 oraz tam wskazane pozycje literatury oraz orzeczenia Sądu Najwyższego.

co do tego, że takie prawo sądu odwoławczego powinno mieć charakter wyjątkowy i być ograniczone do sytuacji, w których stwierdzono ewidentny błąd sądu pierwszej instancji. Należy je przy tym stosować z daleko posuniętą ostrożnością i tylko wtedy, gdy zebrane dowody mają jednoznaczną wymowę, a ich ocena dokonana przez sąd pierwszej instancji jest oczywiście błędna.<sup>97</sup> Natomiast kontrowersyjne jest orzekanie przez sąd *ad quem* co do istoty sprawy na podstawie odmiennej przez siebie ustalonego stanu faktycznego, po uprzednim przeprowadzeniu postępowania dowodowego w trybie art. 452 § 2 k.p.k. Niektórzy autorzy wyłączają taką możliwość, wskazując, że naruszałoby to zasady bezpośredniości oraz kontroli, a użyty w art. 437 § 2 k.p.k. zwrot „jeżeli pozwalają na to zebrane dowody” odnosi się do dowodów zebranych i przeprowadzonych przed sądem pierwszej instancji. Wedle tego poglądu dowody, które na podstawie art. 452 § 2 k.p.k. może wyjątkowo przeprowadzić sąd odwoławczy, nie mogą samodzielnie doprowadzić do zmiany zaskarżonego wyroku i odmiennego orzeczenia co do istoty sprawy.<sup>98</sup>

Wyjątkowo restryktywne stanowisko zajął w tym zakresie W. Kociubiński, wedle którego zmiana orzeczenia sądu pierwszej instancji jest możliwa tylko wtedy, gdy podstawy do takiego orzekania wynikają z już przeprowadzonych w pierwszej instancji dowodów i są efektem błędu, który zostanie potwierdzony przez dowody przeprowadzone przed sądem odwoławczym. Jeśli natomiast dowody przeprowadzone przed sądem odwoławczym będą takie, że dopiero na ich podstawie będzie można kwestionować ustalone przez pierwszą instancję fakty przyjęte za podstawę rozstrzygnięcia, to trzeba orzeczenie uchylić i sprawę przekazać do ponownego rozpoznania, ponieważ w innym wypadku dojdzie do kolizji z zasadą bezpośredniości.<sup>99</sup>

<sup>97</sup> Por. np. A. Gaberle, *Funkcje kontroli instancyjnej w procesie karnym (zagadnienia podstawowe)* [w:] *Środki zaskarżenia w procesie karnym. Księga pamiątkowa ku czci prof. Zbigniewa Dody*, pod red. A. Gaberle i S. Waltosia, Kraków 2000, s. 28–29; P. Pojnar, op. cit., s. 716 i nast.; Z. Świda-Łagiewska, *Zasada swobodnej oceny dowodów w polskim procesie karnym*, Wrocław 1983, s. 322 i n.; W. Kociubiński, *Możliwości reformacyjnego...*, s. 105; tenże: *Własne ustalenia...*, s. 150; wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 18 grudnia 1973 r., V KRN 449/73, OSNKW 1974, z. 5, poz. 99; z dnia 19 lutego 2003 r., V KK 119/02, LEX nr 76996; z dnia 8 lutego 2007 r., III KK 281/06, LEX nr 249209; z dnia 3 października 2007 r., II KK 198/07, Prokuratura i Prawo – dodatek Orzecznictwo 2008, nr 5, poz. 16.

<sup>98</sup> Tak twierdzą w szczególności: S. Zabłocki [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 273–274; W. Kociubiński, *Możliwości reformacyjnego...*, s. 105; tenże: *Własne ustalenia...*, s. 151; P. Pojnar, op. cit., s. 710 i n.

<sup>99</sup> W. Kociubiński, *Możliwości reformacyjnego...*, s. 103–106. Podobnie tenże: *Własne ustalenia...*, s. 150–151. Stanowisko to zostało poddane trafnej krytyce przez M. Klejnowską, wedle której prowadzi ono do nieuzasadnionego w świetle ustawy „wartościowania” błędów

Zapłatywania te nie wydają się słuszne. Trafnie podkreślono w doktrynie, że ustawodawca, gdy chce pozbawić sąd drugiej instancji możliwości orzekania merytorycznego w oparciu o odmienne ustalenia faktyczne, wskazuje wyraźnie takie wypadki. Są to: zakaz *reformationis in peius* (art. 434 § 1 k.p.k.), reguły *ne peius* (art. 454 § 1 i 2 k.p.k.), poprawienie kwalifikacji prawnej czynu (art. 455 k.p.k.).<sup>100</sup> Wymienione ograniczenia w zakresie zmiany ustaleń faktycznych obejmują zarówno ustalenia oparte na dowodach przeprowadzonych przez sąd pierwszej instancji, jak i tych dopuszczonych w instancji odwoławczej. W ustawie brak jest zaś podobnych ograniczeń odnoszących się do orzekania na korzyść oskarżonego. Uprawnione jawi się zatem w tych warunkach przyjęcie, że skoro ustawodawca uregulował przypadki, w których następuje wyłączenie możliwości dokonania odmiennych ustaleń faktycznych, to poza nimi dopuszcza ewentualność merytorycznego orzekania przez sąd odwoławczy – i to *lege non distinguente* również na podstawie dowodów przeprowadzonych w tym ostatnim postępowaniu.<sup>101</sup> Wyrażenie wskazuje na to treść przepisów art. 437 k.p.k., z których § 1 mówi o rozpoznaniu środka odwoławczego przez sąd drugiej instancji, a więc również po dopuszczeniu dowodu przed tym sądem, natomiast § 2 – zezwala na orzeczenie „co do istoty sprawy”, jeżeli pozwalają na to zebrane (w sprawie, czyli przed sądami obydwu instancji) dowody. Nadto – jak już wspomniano – istotne jest, że art. 452 § 1 k.p.k. zakazuje przeprowadzania w drugiej instancji postępowania dowodowego „co do istoty sprawy” jako funkcjonalnie wyodrębnionego typu czynności. Wskazany tu pogląd koresponduje ponadto z treścią art. 427 § 3 k.p.k., zezwalającego odwołującemu się na wskazanie w środku odwoławczym lub w instancji odwoławczej nowych faktów lub dowodów. Z powyższego wynika w konkluzji, iż z punktu widzenia normatywnej regulacji ustawy procesowej uzasadnione jest przyjęcie możliwości orzekania merytorycznego (utrzymania w mocy zaskarżonego wyroku albo jego zmiany) przez sąd drugiej instancji na podstawie odmiennie niż przed

---

popęlnionych w pierwszej instancji i uzależnienia prawa do zmiany zaskarżonego orzeczenia od tego, by błąd był „oczywisty”, tzn. wynikł z przeprowadzonych dowodów i jeszcze został potwierdzony w postępowaniu dowodowym przed sądem odwoławczym. Kodeks postępowania karnego nie uzależnia zaś odwoławczego orzeczenia reformacyjnego od istotności czy ważności błędu popełnionego w niższej instancji. Nawet najpoważniejszy błąd może być podstawą do zmiany zaskarżonego orzeczenia, o ile pozwalają na to zebrane dowody. Por. M. Klejnowska: op. cit., s. 453.

<sup>100</sup> D. Świecki, op. cit., s. 120–121; por. również Z. Świda, *Ustalenia faktyczne sądu I i II instancji w świetle nowego k.p.k.* [w:] *Nowy kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*, pod red. E. Skrętowicza, Kraków 1998, s. 298–299; W. Hermeliński, B. Nita, op. cit., s. 69–70.

<sup>101</sup> Tak trafnie D. Świecki, op. cit., s. 121. Por. także R. Kmiecik, *Z problematyki dowodu...*, s. 21; tenże: *Glosa...*, s. 55.

sądem *a quo* ustalonego stanu faktycznego sprawy, w tym również wskutek przeprowadzonego dowodu w trybie art. 452 § 2 k.p.k.<sup>102</sup> Inną kwestią jest, w jaki sposób z takiej możliwości należałoby korzystać, o czym niżej.

To, że określone teoretyczne rozwiązanie kwestii prawnej zdaje się znajdować potwierdzenie w brzmieniu przepisów tekstu ustawy procesowej, nie musi oznaczać wcale, iż jest przez to częścią danego systemu prawnego. Może ono bowiem pozostawać w sprzeczności z innymi elementami współokreślającymi stan prawny w określonej dziedzinie, również posiadającymi znaczenie normatywne, zwłaszcza zasadami danej gałęzi prawa czy regulacjami prawa konstytucyjnego i międzynarodowego. W odniesieniu do omawianego zagadnienia należałoby ustosunkować się do kwestii zgodności postępowania odwoławczego z zasadami kontroli i bezpośredniości, gdyż najczęściej te dwie zasady wskazywane są jako stojące na przeszkodzie orzekaniu w drugiej instancji na podstawie odmiennie niż przed sądem *a quo* ustalonego stanu faktycznego sprawy.

Wedle zasady kontroli (instancyjności)<sup>103</sup> działalność uczestników procesu i jej rezultaty, w szczególności w postaci decyzji procesowych, podlega weryfikacji.<sup>104</sup> Chodzi w niniejszych rozważaniach o kontrolę instancyjną (ściśle procesową), więc też tylko do niej ograniczone zostaną kolejne uwagi. Zasadnicze znaczenie mają tu dwa przepisy Konstytucji: art. 78, wedle którego z wyjątkami przewidzianymi w ustawie każda ze stron ma prawo do zaskarżania orzeczeń wydanych w pierwszej instancji, i art. 176 ust. 1, który stanowi, iż postępowanie sądowe jest co najmniej dwuinstancyjne. Również wiążące Polskę unormowania prawa międzynarodowego odnoszą się do zasady kontroli – prawo osoby skazanej za przestępstwo odwołania się do sądu wyższej instancji celem ponownego zbadania winy i kary zgodnie z ustawą statuującą art. 2 Protokołu dodatkowego Nr 7 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC) oraz art. 14 ust. 5 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych

<sup>102</sup> Tak też: D. Świecki, op. cit., s. 120–122; T. Grzegorzczak: op. cit., s. 974; tenże [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, op. cit., s. 816; W. Grzeszczyk, op. cit., s. 476; A. Kryże [w:] A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T. E. Wirzman: op. cit., s. 833–834; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2002 r., IV KKN 391/98, LEX nr 54389. Taki pogląd przyjmuje również M. Klejnowska, obszernie i przekonująco go argumentując (op. cit., s. 455–457); nadto Autorka ta wskazuje, że wszystkie rodzaje rozstrzygnięć określone w art. 437 § 1 i 2 k.p.k. są równorzędne, ustawodawca nie preferuje żadnego, uzależniając wybór spośród nich od wyłączenia od stanu postępowania dowodowego i dokonanych w drugiej instancji ustaleń (op. cit., s. 4502453).

<sup>103</sup> W odniesieniu do kwestii terminologicznych por. J. Grajewski [w:] *Prawo karne...*, s. 128.

<sup>104</sup> Por. bliżej M. Cieślak, *Polska procedura...*, s. 376 i nast.

(MPPOP). Z powyższych unormowań wynika, że zasada instancyjności rozumiana być musi jako prawo zaskarżenia orzeczenia organu orzekającego w pierwszej instancji do instancji odwoławczej.<sup>105</sup> Z konieczności zapewnienia kontroli instancyjnej orzeczenia nie można jednak wprost wnioskować o charakterze prawnym orzeczeń zapadających w wyniku tej kontroli.<sup>106</sup> Trafnie w doktrynie podkreślono, że sąd odwoławczy, wydając odmienne orzeczenie co do istoty sprawy, przejmuje z woli ustawodawcy uprawnienia sądu pierwszej instancji, właśnie w wyniku realizacji zasady kontroli. W takiej sytuacji orzeczenie sądu odwoławczego nie podlega już dalszej kontroli w toku zwykłych środków odwoławczych, lecz pomimo tego jest to rozstrzygnięcie sądu drugiej instancji, uprawnionego do takiego orzekania przez ustawodawcę.<sup>107</sup> Ten kierunek rozumienia zasady kontroli potwierdził również Trybunał Konstytucyjny, który stwierdził, że orzeczenie sądu *ad quem* oparte na odmiennych ustaleniach od ustaleń sądu pierwszej instancji nie jest z tego powodu orzeczeniem pierwszoinstancyjnym. Z kolei przyjęcie, iż sąd apelacyjny staje się – choćby w pewnym zakresie – sądem pierwszej instancji, powodowałoby swego rodzaju trójinstancyjność postępowania, bowiem od jego orzeczenia musiałby służyć jakiś środek zaskarżenia, czyli swoista apelacja od wyroku sądu apelacyjnego.<sup>108</sup>

<sup>105</sup> K. Marszał, *Instancyjność postępowania karnego w świetle artykułu 176 ustęp 1 Konstytucji Rzeczypospolitej*, [w:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltośa*, pod red. J. Czapskiej, A. Gaberle, A. Świątłowskiego i A. Zolla, Warszawa 2000, s. 703–704; A. Murzynowski: op. cit., s. 204. Por. także: J. Grajewski [w:] *Prawo karne...*, s. 128–129; S. Waltoś, op. cit., s. 327; Z. Świda [w:] Z. Świda, R. Ponikowski, W. Posnow, *Postępowanie karne. Część ogólna*, Warszawa 2008, s. 44; K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2008, s. 70–71; R. Kmiecik [w:] R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 78; M. Rogalski [w:] *Proces karny...*, s. 58; A. Murzynowski, op. cit., s. 204; F. Prusak, *Postępowanie karne. Wprowadzenie. Zasady procesu karnego*, Warszawa 2001, s. 319–320.

<sup>106</sup> Odmienne W. Hermeliński, B. Nita, op. cit., s. 67, którzy wskazują, że treścią gwarancji dwuinstancyjności postępowania jest takie uregulowanie procedury, która zapewni dwukrotną ocenę stanu faktycznego i prawnego sprawy oraz kontrolę stanowiska sądu pierwszej instancji. Por. też wywody tych Autorów na marginesie uzasadnienia postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 czerwca 2008 r., SK 48/07, o umorzeniu postępowania zainicjowanego skargą konstytucyjną, który przyjął, że w procesie karnym z uwagi na gwarancje prawa do obrony oraz prawa do rzetelnego procesu niezbędne jest poddanie kontroli instancyjnej rozumowania sądu prowadzącego do skazania (tamże, s. 63).

<sup>107</sup> D. Świecki, op. cit., s. 122; P. Hofmański, *Zmiany w kodeksie postępowania karnego w świetle poglądów sędziów i prokuratorów*, Państwo i Prawo 2006, nr 1, s. 6–7; M. Klejnowska, op. cit., s. 453.

<sup>108</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 marca 2003 r., SK 8/02, OTK-A 2003, z. 3, poz. 20.

Należy też podkreślić, że nawet zwolennicy poglądu o sprzeczności z zasadą kontroli orzekania przez sąd drugiej instancji na podstawie odmiennych ustaleń faktycznych sprawy po przeprowadzeniu postępowania dowodowego w tejże instancji, dopuszczają jednocześnie bez zastrzeżeń takie orzekanie w kierunku na korzyść oskarżonego.<sup>109</sup> Ale przecież oczywiste jest, że w wypadku takiego rozumienia zasady kontroli (instancyjności) również orzekanie na tej podstawie w kierunku na korzyść oskarżonego byłoby z nią sprzeczne. Oskarżyciel nie mógłby bowiem w takiej sytuacji wnieść środka zaskarżenia od rozstrzygnięcia zapadłego w wyniku odmiennych ustaleń sądu odwoławczego.<sup>110</sup> Widać stąd jasno, że kwestię dopuszczalności orzekania przez sąd drugiej instancji na podstawie odmiennej oceny stanu faktycznego należy łączyć z zasadą obrony,<sup>111</sup> a nie z zasadą kontroli.

Orzekanie przez sąd odwoławczy co do istoty sprawy na podstawie odmienne ustalonego stanu faktycznego, i to niezależnie od tego, czy przeprowadzono dowody w trybie art. 452 § 2 k.p.k., nie może być również uznane za sprzeczne z zasadą bezpośredniości, oczywiście w ujęciu konkretnym, obowiązującym w polskim procesie karnym.<sup>112</sup> Nie ulega wątpliwości, że w przypadku dokonania ustaleń faktycznych na podstawie dowodów przeprowadzonych na rozprawie przed sądem odwoławczym zasada bezpośredniości jest w pełni zachowana. Jeżeli zaś chodzi o odmienną ocenę przez sąd *ad quem* dowodów dopuszczonych przed sądem pierwszej instancji, to stanowi ona odstępstwo od zasady bezpośredniości w sensie abstrakcyjnym, przewidziane wyraźnie w art. 437 § 2 k.p.k.<sup>113</sup> Taka jest bowiem natura postępowania odwoławczego, wynikająca z istoty i z praktycznych warunków kontroli procesowej, która wymaga oparcia się na materiałach zawartych w aktach sprawy.<sup>114</sup> Niezależnie zatem od tego, czy sąd drugiej instancji od-

<sup>109</sup> Por. uwagi: D. Świeckiego (op. cit., s. 122–123) i K. Marszałę [w:] *Proces karny...*, s. 234. Tak np. W. Kociubiński, *Własne ustalenia...*, s. 147.

<sup>110</sup> Dostrzegają to także: Z. Doda, A. Gaberle, op. cit., s. 338; W. Grzeszczyk, *Postępowanie dowodowe...*, s. 18. Por. również trafne uwagi R. Kmiecika, *Glosa...*, s. 54.

<sup>111</sup> Por. również P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006, s. 408 i n.; R. Kmiecik, op. cit., s. 54. Odmienne W. Hermeliński, B. Nita, op. cit., s. 67.

<sup>112</sup> W odniesieniu do zasad procesowych w sensie abstrakcyjnym i w sensie konkretnym, por. M. Cieślak, op. cit., s. 196–197.

<sup>113</sup> Tamże, s. 336; D. Świecki, op. cit., s. 122.

<sup>114</sup> M. Cieślak, op. cit., s. 336. Odmienne, ciekawą z teoretycznego punktu widzenia, lecz w literaturze raczej osobiście, koncepcję zaprezentował R. Kmiecik. Według tego Autora, przepis art. 437 § 2 k.p.k. (art. 386 § 2 k.p.k. z 1969 r.) nie przewiduje możliwości przeprowadzenia przez sąd drugiej instancji dowodu nieformalnego, a więc odmiennej oceny zebranego przed sądem *a quo* materiału dowodowego, bez przeprowadzania na rozprawie apelacyjnej postępowania dowodowego. Autor ten zaprezentował pogląd, wedle którego

miennie oceni zebrane przez sąd *a quo* dowody, czy też nie, postępowanie przed nim będzie stanowiło wyłom od abstrakcyjnie ujętej zasady bezpośredniości.<sup>115</sup>

Niezwyczajnie ważne jest uświadomienie, że z faktu, iż prawnie możliwe jest orzekanie przez sąd drugiej instancji co do istoty sprawy po przeprowadzeniu dowodu w trybie art. 452 § 2 k.p.k., na podstawie odmiennie ustalonego stanu faktycznego, nie wynika wcale, żeby w każdej takiej sytuacji należało w ten sposób czynić. Zasadnie zwrócono uwagę, że przeprowadzenie owych pojedynczych dowodów, w granicach wskazanych w § 2 art. 452 k.p.k., których wymowa mogłaby przemawiać za odmienną oceną ustaleń faktycznych, spowodować może również np. konieczność podjęcia dodatkowych czynności dowodowych, chociażby konfrontacji, ponowienia niektórych dowodów, bądź wręcz powołania nowych źródeł dowodowych itd. Ta sfera działania wykracza jednak poza uprawnienia sądu odwoławczego, wynikające z art. 452 § 2 k.p.k., wymaga zatem uchylenia wyroku, ale z zabezpieczonym już procesowo dowodem, i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji.<sup>116</sup> Również zasadny jest kierunkowy postulat, podyktowany treścią zasady prawa do obrony, wedle którego generalnie sąd odwoławczy powinien unikać czynienia całkowicie nowych, niekorzystnych dla oskarżonego ustaleń na podstawie przeprowadzonych dowodów w instancji odwoławczej. Trafna jest także dyrektywa, że celem postępowania dowodowego przed sądem odwoławczym jest przede wszystkim weryfikacja zarzutów podniesionych w środku odwoławczym, a nie czynienie własnych ustaleń faktycznych. Nie budzi ponadto wątpliwości co do swej prawidłowości wskazanie, iż postępowanie dowodowe powinno mieć charakter pomocniczy w stosunku do przeprowadzonej kontroli zaskarżonego orzeczenia, dokonywanie zaś własnych ustaleń przez sąd odwoławczy może dotyczyć uchybień popełnionych przez sąd

---

przepis art. 437 § 2 k.p.k. można odczytać jako dyrektywę, która nie wyłącza prawa sądu odwoławczego do dokonywania ustaleń merytorycznie doniosłych, nawet niekorzystnych dla oskarżonego, ale tylko w wyjątkowych warunkach – gdy sąd drugiej instancji skorzysta z przeprowadzenia dowodów w sposób ścisły, czyli w trybie art. 452 § 2 k.p.k. (art. 402 § 2 i 3 k.p.k. z 1969 r.) – i ustali w tym trybie istotną okoliczność, pominiętą przez sąd *a quo*. Autor ten konkludował, że w innych wypadkach, wskazanych w art. 452 § 1 k.p.k. (art. 402 § 1 k.p.k. z 1969 r.), gdy dowodzenie ścisłe jest wyłączone, ustalanie faktów w oparciu o „zebrane dowody” nie może przekroczyć ram zakreślonych dla dowodzenia nieformalnego. W oparciu o „zebrane dowody” sąd odwoławczy może więc zmienić ustalenia faktyczne „co do istoty”, ale tylko w kierunku korzystnym dla oskarżonego. Por. bliżej R. Kmiecik, *Dowód ścisły...*, s. 240–245.

<sup>115</sup> Por. także wnikliwe rozważania T. Nowaka (*Zasada bezpośredniości w polskim procesie karnym*, Poznań 1971, s. 193–196).

<sup>116</sup> T. Grzegorzczak, op. cit., s. 974–975.

pierwszej instancji oraz stwierdzenia faktów koniecznych do oceny poczynionych przez ten sąd ustaleń faktycznych.<sup>117</sup> Powyższe dyrektywy czynią uzasadnionym zapatrywanie, że przepisy prawne umożliwiające orzekanie przez sąd drugiej instancji co do istoty sprawy po przeprowadzeniu dowodu w trybie art. 452 § 2 k.p.k., na podstawie odmiennie ustalonego stanu faktycznego, należy wyklądać w sposób ścieśniający i w razie zaistnienia wątpliwości preferować wydanie orzeczenia o charakterze kasacyjnym. Ową wykładnię ścieśniającą, podyktowaną – jak wskazano – przede wszystkim zasadą prawa do obrony, trzeba przyjąć zatem w odniesieniu do zmiany ustaleń faktycznych na niekorzyść oskarżonego. Skoro argument dotyczący prawa do obrony odpada przy zmianie ustaleń na jego korzyść (lub też w sposób niedający się z tego punktu widzenia określić), w tych wypadkach należy postulować wykładnię literalną.

Rozważając zagadnienie w płaszczyźnie *de lege ferenda* można zastanawiać się, czy przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie jest słuszne. Wypada zwrócić uwagę w tym zakresie na dwa elementy. Po pierwsze, nie wydaje się racjonalne wyeliminowanie z naszego porządku prawnego możliwości przeprowadzenia – pod pewnymi warunkami – uzupełniającego dowodu lub dowodów na rozprawie odwoławczej. Takie rozwiązanie umożliwia bowiem uniknięcie zbędnych przypadków uchylania wyroków pierwszej instancji i przekazywania spraw do ponownego rozpoznania.<sup>118</sup> Po drugie, jeżeli ustawodawca zdecydowałby się już na wprowadzenie braku możliwości orzekania co do istoty sprawy przez sąd odwoławczy na podstawie odmiennie ustalonego stanu faktycznego po przeprowadzeniu dowodu uzupełniającego przez ten sąd (ale zarówno w kierunku na korzyść, jak i niekorzyść oskarżonego), to powinien ową niemożność uzależnić nie od tego, czy tenże dowód uzupełniający został w drugiej instancji przeprowadzony, ale od tego, czy to właśnie w wyniku przeprowadzenia tego dowodu nastąpiła zmiana ustaleń faktycznych przez sąd *ad quem*, czy też nie.

<sup>117</sup> Por. D. Świecki, op. cit., s. 123 oraz wskazana tamże literatura i orzecznictwo.

<sup>118</sup> Por. S. Waltoś, op. cit., s. 539.

## TAKING OF EVIDENCE AT THE HEARING OF APPEAL IN CRIMINAL CASES

The subject of this study is to present the evidence collecting proceedings at the hearing of appeal in criminal matters. The key considerations in this regard have been preceded by a presentation of the Polish model of appeal proceedings, which can be described as a revisory.

At the further stage of the study one can find the presentation of the classification of the means of conducting evidence by a judicial body in the form of the free and strict proof. Bearing in mind the extent of matter, in the further course of the consideration the focus is placed on the proceedings carried out at the hearing of evidence, with no look taken into the evidence issues carried out at the meeting. From the formal and structural point of view, the hearing of evidence at the trial before the court of appeal can be divided as follows:

- I. Taking of evidence on the merits as the free proof (Article 437 Paragraphs 1 and 2 of Code of Criminal Procedure)
  - 1) which resulted in the non-change of facts
  - 2) which resulted in the change of facts
- II. Taking of evidence on the merits in the form of the strict proof (Article 452 Code of Criminal Procedure):
  - 1) which resulted in the non-change of facts
  - 2) which resulted in the change of facts
- III. Taking of evidence as to the circumstances which are outside the essence of the matter:
  - 1) in the form of the free proof
  - 2) as the strict proof

The rest of the study aims at clarifying the issue what is the subject of proof in the appeal proceedings. In this regard, it was assumed that the subject of proof, regardless of what stage or type of case it is referred to, is the fact of the existence or nonexistence of a certain circumstance which is to be demonstrated in the chain of the evidence proving. Article 452 Paragraph 2 of Code of Criminal Procedure governs the strict proving process of the merit substance at the appeal hearing. However, if the court of higher instance does not utilize this possibility and merely reads the files, the free proving process on the merit substance is conducted as a result. In turn, beyond the "merit substance" in this sense are issues referring only to correctness of carrying out penal proceedings of the court a quo and the incidentally occurring issues taking shape before the court of higher instance. In relation to these issues, the Process Act does not express the type of proving, which means that both the strict and free chain of proving can be con-

ducted. It should be noted that the “merit substance” as a collective category of the item of evidence on appeal, covers the circumstances surrounding the defendant’s legal liability (criminal and civil), in particular, to commit the offense, culpability, the legal act and the circumstances surrounding the imposition of criminal sanctions. Art 452 Paragraph 2 of Code of Criminal Procedure designates a legally acceptable limit on the taking of evidence as to the strict merits of the case at the hearing before the court of appeal. It provides for an exception to this general prohibition of Paragraph 1, and therefore, in its explanation the intensive interpretation shall not be carried out.

Further on the content discusses the conditions in the taking of evidence by the court of appeal in accordance with Art 452 Paragraph 2 of Code of Criminal Procedure.

Another issue that needed to be considered was whether the taking of evidence or evidences under this provision is – in the event of use of its circumstances – mandatory or optional.

The study comes to an end with reflections on the changes regarding the admissibility of factual findings by the court of second instance without any evidence, and after close review at the hearing, in particular the impact of that evidence to alter the findings.