

## RECENZJE

DOROTA ORKISZEWSKA

**RECENZJA KSIĄŻKI MAŁGORZATY ŻOŁNY,  
EKSPERYMENT PROCESOWO-KRYMINALISTYCZNY.  
ISTOTA I DOWODOWA ROLA,  
WYDAWNICTWO DIFIN, WARSZAWA 2011, S. 260**

Autorka recenzowanej książki podjęła trud opracowania i usystematyzowania zagadnień związanych z eksperymentem jako czynnością dowodową o charakterze kryminalistycznym, analizując je zarówno w płaszczyźnie jurystycznej, jak i – przede wszystkim - kryminalistycznej. Wybór tematu pracy należy uznać za w pełni uzasadniony, jako że poprzednio opublikowana monografia odnosząca się do tej problematyki autorstwa S. Rybarczyka<sup>1</sup> ukazała się w 1973 r., a zatem jeszcze w okresie obowiązywania poprzedniego stanu prawnego. Kwestie w niej zaprezentowane wymagały uzupełnienia w szczególności w związku z rozwojem taktyki, a zwłaszcza techniki kryminalistycznej, który nastąpił na przestrzeni minionych trzydziestu lat, a w płaszczyźnie jurystycznej – uwzględnienia zmian w przepisach nowego k.p.k. z 1997 r.

Dwuczłonowa przydawka w tytule książki wskazuje, że poza zakresem rozważań pozostają eksperymenty procesowe (art. 211 k.p.k.), które nie wymagają wiedzy kryminalistycznej i pozwalają organom procesowym wykonywać tę czynność dowodową bez udziału biegłych i specjalistów (kryminalistów). Opracowanie nie obejmuje również problematyki doświadczeń („eksperymentów”) podejmowanych w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych, jako czynności nieprocesowych (niedowodowych), choćby wymagały wiedzy kryminalistycznej, umożliwiającej weryfikację informacji na etapie przedprocesowym.<sup>2</sup>

W rozdziale II i III recenzowanej pracy Autorka sformułowała poprawne metodologicznie zalecenia taktyczne oraz wskazania umożliwiające wykorzystanie techniki kryminalistycznej w zakresie realizacji eksperymentów procesowo – kryminalistycznych, cenne z punktu widzenia kształtowania

---

<sup>1</sup> S. Rybarczyk: *Eksperyment jako dowód w procesie karnym*, Warszawa 1973 r.

<sup>2</sup> Trafnie zwracają uwagę na taką możliwość Z. Czeczot i M. Czubalski *Zarys kryminalistyki*, Warszawa 1972, s. 36.

prawkłowej praktyki. Chodzi zwiłszcza o wykorzystanie osiłgnięć postępu naukowo-technicznego, których nie mogły uwzględnic jeszcze monograficzne opracowania S. Rybarczyka, a wcześniej A. Rozwadowskiego.<sup>3</sup> M. Żoła w szczególności przedstawia i opisuje nowoczesne metody oraz urządzenia wykorzystywane w celu dokumentacji eksperymentu procesowo-kryminalistycznego, postulując m.in. wprowadzenie do zasobów „oręża kryminalistycznego” nowatorskiej metody rejestracji związanej z użyciem skanerów laserowych, z powodzeniem wykorzystywanej już w innych krajach.

O ile w płaszczyźnie kryminalistycznej książka zasługuje na pozytywną ocenę, o tyle jednak zastrzeżenia mogą budzić niektóre zaprezentowane przez M. Żołą poglądy natury procesowej.

Już chociażby rozważania Autorki na temat definicji eksperymentu procesowego, kwestionujące obowiązującą obecnie - w świetle art. 211 k.p.k. – „dychotomię” form przeprowadzania tej czynności mogą budzić wątpliwości. W ocenie M. Żoły doświadczenie oraz odtworzenie nie „mogą być obejmowane nadrzędnym pojęciem eksperyment” (s. 28), zaś sformułowanie przepisu art. 211 k.p.k. kryje w sobie „lapsus logiczny”, jako że eksperyment musi być rozumiany „wyłącznie jako doświadczenie” (s. 22). Dlaczego „wyłącznie” i dlaczego „musi”? O ile *de lege ferenda* można zastanawiać się nad ewentualnym przeformulowaniem aktualnego brzmienia przepisu prawnego normującego czynności eksperymentu procesowego eliminując z jego zakresu „odtworzenie” (czyżby miało się stać odrębną czynnością dowodową?), o tyle aktualny charakter prawny tej czynności dowodowej jest wyznaczony przez obowiązujące unormowania ustawowe. Nie ma powodu, aby eksperyment w rozumieniu k.p.k. utożsamiać wyłącznie z „doświadczeniem” pojmowanym w konwencji terminologicznej nauk przyrodniczo-empirycznych bliskich terminologii kryminalistycznej. Język prawny (ustawowy), język prawniczy, czy wreszcie język kryminalistyki (i innych dyscyplin przyrodniczo-technicznych) to całkiem różne płaszczyzny semantyczne.

W rozważaniach Autorki zabrakło niezbędnych ustaleń terminologicznych dotyczących rozgraniczania takich pojęć, jak „czynność kryminalistyczna”, „czynność kryminalistyczno-procesowa”, „czynność kryminalistyczno-operacyjna”, nie mówiąc w tym kontekście o relacjach między ustawowymi terminami „czynność dowodowa” i „czynność operacyjno-rozpoznawcza”, zwłaszcza wobec tendencji do nadawania wynikom niektórych czynności operacyjno-rozpoznawczych waloru dowodu w sensie procesowym. Jednocześnie Autorka chętnie wypowiada się na tematy

<sup>3</sup> A. Rozwadowski: *Eksperyment w procesie karnym*. Warszawa 1970 r.

prawnoprosesowe i formułuje niekiedy co najmniej dyskusyjne tezy i polemiczne poglądy, nie podejmując jednak próby ich szerszego uzasadnienia. Można to poniekąd tłumaczyć stosunkowo skromną podstawą źródłową wykorzystaną w recenzowanej pracy w zakresie literatury karnoprosesowej, zwłaszcza w porównaniu z indeksem licznych publikacji kryminalistycznych (zob. s. 251-260).

Nie bardzo wiadomo dlaczego – zdaniem Autorki – „nie zasługują na aprobatę” (s. 33) uwagi Z. Czeczota i M. Czubalskiego na temat prostych form eksperymentu procesowego (niekoniecznie procesowo-kryminalistycznego) przedstawione w znanym podręczniku tychże Autorów<sup>4</sup>. Nie każdy eksperyment procesowy wymaga przecież wiedzy kryminalistycznej.

Niejasne jest też stwierdzenie, że *de lege ferenda* (w projekcie ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych) „nie należy włączać eksperymentu w poczet czynności operacyjno-rozpoznawczych” (s. 64). Jest oczywiste, że eksperyment podejmowany przed uzyskaniem podstawy faktycznej wszczęcia procesu (art. 303 k.p.k.) nie będzie czynnością procesową (eksperymentem „procesowo-kryminalistycznym”), lecz pozostanie czynnością operacyjną (jako eksperyment „kryminalistyczno-operacyjny”) ze wszystkimi konsekwencjami prawnymi w zakresie m.in. sposobów dokumentacji procesowej i wartości informacyjnej, która nie może być formalnie (procesowo) wykorzystanym środkiem dowodowym. „Eksperyment operacyjny” sprawdzający doświadczalnie informacje uzyskane operacyjnie na etapie działań przedprocesowych (art. 307 k.p.k.) może natomiast odpowiadać na pytanie, czy istnieje podstawa faktyczna uzasadniająca wszczęcie postępowania przygotowawczego (art. 303 k.p.k.)<sup>5</sup>.

Autorka słusznie zwróciła uwagę na konieczność dostrzegania różnic pomiędzy eksperymentem a innymi czynnościami procesowo-kryminalistycznymi. W istocie zarówno w teorii, jak i w praktyce odmienności te niekiedy zacierają się, co – jak zauważyła – wpływa na wartość dowodową wyników eksperymentu (s. 169). Niedocenianie wspomnianych różnic – jak pisał niegdyś o tym S. Rybarczyk – „prowadzi do spłykania i marginesowego traktowania problematyki eksperymentu jako czynności dowodowej”<sup>6</sup>. Słusznie zatem Autorka poświęciła tej problematyce rozdział V recenzowanej książki. Można mieć jednak wątpliwości, co do prawidłowości zaprezentowania

---

<sup>4</sup> Zwłaszcza, że Autorzy preferują nazwę „eksperyment dowodowy” obejmującą eksperymenty nie tylko dotyczące „dochodzenia przestępstw” i nie tylko „procesowo-kryminalistyczne” (Z. Czeczot, M. Czubalski, *op. cit.*, s. 37).

<sup>5</sup> Z. Czeczot i M. Czubalski wyraźnie wskazują, że eksperyment przedprocesowy może być przeprowadzony jako analogiczna pod względem taktycznym i technicznym czynność operacyjna (*op. cit.*, s. 36).

<sup>6</sup> S. Rybarczyk, *op. cit.*, s. 38.

relacji, jakie zachodzą pomiędzy eksperymentem a oględzinami, okazaniem i innymi czynnościami procesowo-kryminalistycznymi, nie mówiąc o „odpowiednikach” tych czynności w sferze działalności pozaprocesowej (operacyjno-rozpoznawczej).

Pierwszą czynnością zestawioną z eksperymentem procesowym jest wizja lokalna według Autorki „nieistniejąca w polskiej procedurze” (s. 126) oraz niemająca jakoby charakteru czynności procesowej (s. 135). Tymczasem fakt, iż nazwa „wizja lokalna” nie została wymieniona w ustawie procesowej nie oznacza, iż k.p.k. nie zawiera podstawy prawnej wykonywania czynności będącej desygnatem tej nazwy. Jest nią przepis art. 207 k.p.k. przewidujący różne rodzaje oględzin („miejsca, osoby lub rzeczy”). Już P. Horoszowski trafnie podkreślał, że „wizja lokalna” jest po prostu rodzajem oględzin miejsca, które Autorka - jak się wydaje - błędnie utożsamia wyłącznie z jednym tylko rodzajem oględzin o charakterze „wykrywczym”, tym mianowicie, które w języku prawniczym (i kryminalistycznym) określa się konwencjonalnie mianem „oględzin śledczych” (s. 135)<sup>7</sup>. Tymczasem celem oględzin miejsca - oprócz ujawnienia i zabezpieczenia śladów na miejscu zdarzenia („oględziny śledcze”) - może być również uzyskanie właściwego obrazu zdarzenia lub weryfikacja zgromadzonych poprzednio informacji. Tego rodzaju „wtórne” oględziny miejsca - w języku kryminalistyki oraz prawniczym określane są właśnie jako „wizja lokalna”. Mają one charakter weryfikacyjny, nie zaś wykrywczy i w istocie cecha ta upodabnia je do eksperymentu procesowego w postaci „odtworzenia”, również przeprowadzanego na miejscu zdarzenia. Podobieństwo tych czynności wydaje się dość oczywiste, zatem dziwi opinia Autorki negująca słuszność twierdzeń, zgodnie z którymi wizja lokalna i eksperyment mają charakter pokrewny, jako że mają na celu uzyskanie, weryfikację, bądź uściślenie brakujących lub wątpliwych informacji (s. 135). Rozważania M. Żołyń we wskazanym zakresie tracą klarowność w momencie, kiedy stwierdza, że owszem, „wizja jest przeprowadzana w celu weryfikacji i oceny posiadanych informacji w zakresie li tylko warunków panujących na interesującym

---

<sup>7</sup> Polemika Autorki ze stwierdzeniami P. Horoszowskiego, który Jej zdaniem „doszedł (...) do nieprawidłowych wniosków” (s. 134) jest całkowicie chybiona. A. Horoszowski zapewne nie miał monopolu na „prawidłowe wnioski” (co potwierdza jego polemika z M. Cieślakiem – zob. P. Horoszowski: *O właściwe pojmowanie „dowodu”*, Państwo i Prawo 1964 r., z. 1, s. 96-100), ale w tym wypadku jego ustalenia dotyczące zarówno wizji lokalnej, jak i eksperymentu – formułowane zresztą w okresie gdy czynność eksperymentu nie miała w k.p.k. wyraźnych podstaw prawnych, czego Autorka zdaje się nie dostrzegać – były całkiem poprawne. W tamtym czasie eksperymentu nie wyodrębniano wyraźnie z zakresu szeroko pojmowanych oględzin, „instytucjonalizacja” procesowa eksperymentu nastąpiła bowiem dopiero w k.p.k. z 1969 r.

organ procesowy terenie lub pomieszczeniu”, podczas gdy „eksperyment-procesowo kryminalistyczny jest to doświadczenie” (s. 136). Wiadomo przecież, że w języku ustawy procesowej (w języku prawnym) eksperymentem może być zarówno „doświadczenie” jak i „odtworzenie”, co zresztą trafnie M. Żoła odnotowuje analizując pojęcie „eksperymentu na gruncie prawa” (s. 18-19). Gdyby nie uwaga na stronie 19 recenzowanej książki wskazująca na to, że Autorka odróżnia konwencję języka prawniczego i ustawowego (prawnego), nie mówiąc o swoistej terminologii kryminalistycznej, można by tłumaczyć cytowane stwierdzenia – np. o wykluczeniu „wizji” z zakresu pojęcia „ogłędziny miejsca” (art. 207 k.p.k.) – chaosem pojęciowym występującym niekiedy w publikacjach kryminalistycznych tych autorów, którzy wkraczając na grunt procedury karnej nie dostrzegają zasadniczych odrębności (w tym również terminologicznych) dzielących kryminalistykę i naukę procesu karnego.

W tych warunkach łatwo o nieporozumienie, gdy np. Autorka próbuje podważyć słuszny pogląd M. Kulickiego, zgodnie z którym sąd w razie trudności w zrealizowaniu eksperymentu może przeprowadzić wizję lokalną. Według M. Żoły, gdy organ procesowy nie jest w stanie zebrać w sposób wszechstronny informacji niezbędnych do przeprowadzenia eksperymentu musi odstąpić od zrealizowania „doświadczenia”; „nie można działać alternatywnie: wizja albo eksperyment” (s. 133). Tymczasem jeśli eksperyment miałby przybrać postać odtworzenia, lecz ostatecznie podejrzany odmówiłby aktywnej współpracy z organem procesowym (art. 74 k.p.k. nie obliguje oskarżonego do udziału w eksperymencie) realizując swoje prawo do „nieobciążania się”, przedstawiony powyżej pogląd M. Kulickiego zakładający niejako „przekształcenie” eksperymentu w wizję lokalną nie wydawałby się błędny, gdyby Autor ten nie utożsamiał „eksperymentu” wyłącznie z „doświadczeniem”. Wiadomo przecież, że w trakcie „ogłędzin wtórnych” aktywny udział oskarżonego nie jest konieczny. Wizja lokalna - w sytuacji utrudnień w realizacji eksperymentu z udziałem oskarżonego – mogłaby mimo to rozszerzyć wiedzę organów procesowych o miejscu popełnienia przestępstwa i jego hipotetycznym przebiegu.

Oczywiście część konstatacji Autorki zamieszczonych w omawianym podrozdziale (5.2) uznać należy za trafne i prawidłowe. Jeśli jednak jej celem było usunięcie występujących w teorii i praktyce wątpliwości w zakresie rozróżniania eksperymentu i „ogłędzin wtórnych” - co nie jest zadaniem łatwym w szczególności w sytuacji, kiedy wizja lokalna przeprowadzana jest z udziałem podejrzanego i świadków, podobnie jak eksperyment procesowy w postaci rekonstrukcji – to trudno byłoby uznać, iż cel ten został w pełni zrealizowany. Wydaje się, że na uwagę zasługiwał sygnalizowany w literaturze „statyczny” charakter wizji lokalnej, jako cecha wyróżniająca ją od

bardziej „dynamicznego” eksperymentu procesowego. Ten aspekt różnicujący obie czynności został pominięty. Być może dlatego, że Autorka nie zgadza się z twierdzeniem sformułowanym przez T. Hanauska, iż „przez swe funkcje sprawdzające wizja lokalna jest zbliżona do eksperymentu, od którego różni ją jednak to, że nie odtwarza ona zdarzenia w aspekcie dynamiki jego przebiegu, a więc nie polega ona na poznaniu poprzez rekonstrukcję” (s. 136). Choć przedstawiony pogląd T. Hanauska nie należy do odosobnionych<sup>8</sup> i przez procesualistów jest powszechnie akceptowany M. Żoła nie przedstawiła argumentów przemawiających za stanowiskiem odmiennym.

Wątpliwości wyłaniają się również po lekturze kolejnego podrozdziału dotyczącego relacji jakie zachodzą pomiędzy eksperymentem procesowym a oględzinami. Wbrew sugestii Autorki oględziny (z wyjątkiem oględzin zwłok) należą do czynności fakultatywnych, przeprowadzanych „w razie potrzeby”<sup>9</sup> (art. 207 k.p.k.) i cecha ta bardziej upodabnia je do eksperymentu, aniżeli różni (s. 139). Zastanawiające jest twierdzenie, iż czynność oględzin śledczych miejsca w oderwaniu od innych „jedynie w minimalnym stopniu spełnia zadania pracy wykrywczej”, koncentrując uwagę na funkcji dowodowej. Oczywiście z procesowego punktu widzenia funkcja dowodowa oględzin jest nie do przecenienia, niemniej jednak nie powinno się umniejszać doniosłości oględzin w zakresie realizacji celów wykrywczych. Szczególne znaczenie w poszukiwaniu odpowiedzi na tzw. „7 pytań kryminalistyki”, odzwierciedlających kompleks zagadnień wykrywczych, ma przecież interpretacja wyników oględzin śledczych.

Słusznie z kolei Autorka zauważa, że eksperyment w stosunku do oględzin jest czynnością następczą. Z reguły tak jest w praktyce. Trudno jednak kwestionować twierdzenie Z. Młynarczyka, że „w toku oględzin można przeprowadzić eksperyment” (s. 141). W każdym razie jeśli Autorka jest innego zdania wskazane byłoby uzasadnienie swego stanowiska, zwłaszcza że możliwości przeprowadzania eksperymentów (doświadczeń) o nieskomplikowanym charakterze równoległe z oględzinami nie sposób wykluczyć *in abstracto*.

W końcowej fazie rozważań zamieszczonych w omawianym podrozdziale Autorka sugeruje (s. 144), iż A. Wróblewska jakoby nie zrozumiała istoty eksperymentu prezentując pogląd, zgodnie z którym „eksperyment może być czynnością samodzielną, jak również można go zrealizować w ramach innej czynności”, a wówczas „jego przebieg i wyniki protokołuje

<sup>8</sup> Por. J. Widacki (red.): *Kryminalistyka*, Warszawa 2008 r., s. 122.

<sup>9</sup> Oczywiście trudno byłoby pozostawić swobodnemu uznaniu organu procesowego konieczność przeprowadzenia np. oględzin miejsca znalezienia zwłok. Wówczas z pewnością będzie zachodziła taka „potrzeba”.

się w protokole czynności, w ramach której jest przeprowadzany”. Wydaje się, że nie ma jednak przeszkód by eksperyment procesowy był przeprowadzony także w toku innej czynności, przybierając na przykład postać doświadczenia w trakcie przesłuchania.<sup>10</sup> Nie oznacza to wcale, iż traci on wtedy charakter odrębnej czynności procesowej, nawet wówczas gdy z obydwu czynności sporządzony został jeden protokół. Odrębna dokumentacja procesowa nie jest wszakże warunkiem uznania „samodzielności”<sup>11</sup> poszczególnych czynności procesowych i ich roli dowodowej w świetle k.p.k., zwłaszcza jeśli są podejmowane podczas rozprawy, której przebieg utrwalany jest w jednym protokole. Również w sytuacji, gdy np. oględziny „zewnętrzne” zwłok utrwalone zostały w protokole oględzin miejsca ich znalezienia, w świetle przepisów procesowych nie będą pozbawione cech odrębnej czynności dowodowej. Zapewne regułą w postępowaniu przygotowawczym jest sporządzenie odrębnych protokołów dla poszczególnych czynności procesowych. Jednakże utrwalenie różnych, choć funkcjonalnie „pokrewnych” czynności w jednym protokole oględzin „rozległego w terenie miejsca zdarzenia” nie jest niedopuszczalne<sup>12</sup>.

Przepis art. 212 k.p.k. umożliwia dokonywanie w trakcie eksperymentu procesowego przesłuchań lub innych czynności dowodowych. Zdaniem M. Żoły ustawodawca wprowadził tym sposobem „kolejną przeszkodę dla prawidłowego zastosowania eksperymentu w praktyce śledczej”, jako że wplatanie w jego ramy wymienionych czynności „rodzi chaos” i powoduje „brak systematyczności” (s. 147). Wątpliwości Autorki co do prawidłowości wskazanego uregulowania nie wydają się jednak zasadne. W trakcie eksperymentu może zająć potrzeba przesłuchania oskarżonego, czy też świadka, który został wezwany lub też pojawił się przypadkowo w trakcie czynności. Przyjęcie od nich wówczas deponycji przybierających postać środka

<sup>10</sup> Oczywiście podejmowane w trakcie przesłuchania przez organ procesowy proste czynności sprawdzające polegające przykładowo na ściszeniu głosu celem zorientowania się, czy u świadka nie występują zaburzenia słuchu mogące rzutować na możliwość poczynienia przez niego pewnych spostrzeżeń nie są eksperymentem w rozumieniu art. 211 k.p.k. Wyniki takich czynności mogą jednak następnie stanowić asumpt do przeprowadzenia eksperymentu z udziałem biegłego np. audiologa.

<sup>11</sup> Użyte przez A. Wróblewską określenie „czynność samodzielna” miało zapewne oznaczać sytuację, kiedy eksperyment nie jest podejmowany w trakcie innej czynności procesowej. Czym innym jest natomiast „samodzielność” czynności rozumiana jako jej odrębność na tle innych czynności przewidzianych w k.p.k., choćby wykonywanych równocześnie. Przesłuchanie świadka nie traci „samodzielności”, mimo że odbywa się „w toku oględzin lub eksperymentu procesowego” (art. 212 k.p.k.).

<sup>12</sup> Zob. R. Ponikowski: *Procesowe formy utrważeń czynności dowodowych w sprawach karnych*, Wrocław 1978, s. 79.

dowodowego jest wręcz wskazane i może ostatecznie rzutować na efektywność przeprowadzanego eksperymentu. Trudno byłoby wstrzymać w takiej sytuacji odebranie od wymienionych osób zeznań lub wyjaśnień do momentu zakończenia „pierwotnej” czynności, tłumacząc to koniecznością uniknięcia „chaosu”, który jest przecież wyłącznie kwestią właściwej organizacji pracy. Warto dodać, że w wypadku kiedy zaszłaby potrzeba wykonania „czynności technicznych” podczas „innych czynności dowodowych” podjętych w trakcie eksperymentu powinien być do nich – *de lege ferenda* – odpowiednio stosowany przepis art. 205 § 1 k.p.k. określający obecnie w sposób enumeratywny czynności procesowe, w których jest przewidziany udział specjalisty.

W podrozdziale dotyczącym relacji eksperymentu procesowego do czynności okazania w celu rozpoznania Autorka podziela pogląd J. Wójcikiewicza, zgodnie z którym okazanie „puste” mogłoby zostać potraktowane jako eksperyment, lecz poprawniejszą formą dla tej czynności jest okazanie. Wydaje się jednak, że o ile okazanie puste mające na celu wyłącznie zweryfikowanie możliwości rozpoznawczych danej osoby w istocie wchodzi w zakres okazania rozumianego jako „samoistna” czynność kryminalistyczna, o tyle w płaszczyźnie prawnoprocesowej czynność tę należałoby raczej uznać za rodzaj eksperymentu procesowego. Jej charakter prawny powinien być wyznaczony przez unormowania ustawowe, a nie reguły celowościowo-taktyczne. Obowiązujące przepisy ustawowe nie dostarczają jednocześnie podstaw, by okazanie traktować inaczej niż jako szczególną formę przesłuchania, podczas gdy w literaturze kryminalistycznej traktuje się okazanie w taki sposób, jakoby przepisy dotyczące przesłuchania nie odnosiły się do tej czynności procesowej. Również M. Żoła wskazuje na podobieństwo okazania do przesłuchania, co sugeruje, iż nie traktuje ona „rekognicji” jako jego szczególnej formy.

Autorka odnosząc się do relacji pomiędzy eksperymentem a ekspertyzą przedstawia trafne wnioski. Zwrócić można jedynie uwagę na nieścisłość terminologiczną mogącą wynikać ze stwierdzenia, iż organ procesowy w toku realizacji eksperymentu może „skorzystać z wiedzy, doświadczenia, takich konsultantów jak biegli lub specjaliści” (s.155). Zapewne terminologia w tym zakresie jest chwiejna, można jednak termin „konsultant” zarezerwować raczej dla biegłego, który nie wykonuje ekspertyzy, a jedynie uczestniczy w czynności procesowej podejmowanej przez organ procesowy, służąc mu swoją radą czy pomocą w postaci opinii składanej do protokołu. Z kolei k.p.k. specjaliście wyznacza inne zadania (art. 205 k.p.k.). Oczywiście może on także udzielić organom procesowym nieformalnych „konsultacji” w zakresie posiadanych specjalnych wiadomości technicznych. Przybierają one wówczas postać „dowodu swobodnego”,



podczas gdy ustne opinie biegłych-konsultantów wykazują jednak walor dowodu ścisłego.<sup>13</sup>

Autorka uważa również, że „nie należy stosować eksperymentu zamiast ekspertyzy i odwrotnie” (s. 157). Zapewne czynności te mogą mieć inne cele i jedna nie stanowi alternatywy w stosunku do drugiej, choć możliwość przeprowadzenia eksperymentów rzeczoznawczych w ramach ekspertyz nie wyklucza pewnych podobieństw pod względem funkcjonalnym. Nie znaczy to – wbrew stwierdzeniom Autorki - że eksperyment procesowy przeprowadzany w celu sprawdzenia okoliczności wymagających wiadomości specjalnych z dziedziny np. medycyny nie może być podejmowany nawet wtedy, gdy z powodów prawnych nie jest dopuszczalna ekspertyza. Czy w wypadku kiedy świadek nie wyraża zgody na „pełne” badania psychologiczne, psychiatryczne bądź okulistyczne (art. 192 § 4 k.p.k.) - co wyłącza możliwość przeprowadzenia przez biegłego lekarza lub psychologa jakichkolwiek czynności o cechach eksperymentów „rzeczoznawczych” w ramach ekspertyzy - wykluczyć należałoby możliwość przeprowadzenia przez sąd eksperymentu procesowego w związku z przesłuchaniem świadka w obecności biegłego? Celem tej czynności – przeprowadzonej w związku z dopuszczalnym prawnie a subsydiarnym wobec niedopuszczalnych badań przesłuchaniem świadka z udziałem biegłego (lekarza psychiatry lub psychologa, art. 192 § 2 k.p.k.) – byłoby przecież sprawdzenie okoliczności objętych zakresem „wiadomości specjalnych”, a jednocześnie „mających istotne znaczenie dla sprawy”.<sup>14</sup> Jak to ujęła sama Autorka „odpowiedź nasunie się sama” (s. 157), tyle że nie taka, jakiej mogłaby się spodziewać. W przedstawionej sytuacji dowodowej organ procesowy nie staje przed wspomnianym dylematem: eksperyment czy ekspertyza, jako że możliwość przeprowadzenia drugiej z wymienionych czynności z przyczyn natury prawnej (brak zgody świadka) jest wyłączona. Nie jest wyłączona natomiast możliwość sprawdzenia wspomnianych wyżej okoliczności w drodze eksperymentu procesowego z udziałem biegłego, zatem organ procesowy realizując zasadę prawdy materialnej może z niej skorzystać.

---

<sup>13</sup> Por. S. Wiewiórka: *Opinia biegłego uczestniczącego w przesłuchaniu świadka w warunkach niedopuszczalności badań lekarskich lub psychologicznych (art. 192 § 2 k.p.k.)*, (w:) *Problemy stosowania prawa sądowego. Księga ofiarowana Profesorowi Edwardowi Skrętowiczowi*, red. I. Nowikowski, Lublin 2007, s. 505. Zob. też - R. Kmieciak: *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izby Karnej w zakresie zagadnień kryminalistyczno-dowodowych w postępowaniu karnym (w latach 1997-2001)*, Prokuratura i Prawo nr 7-8, 2002 r., s. 32.

<sup>14</sup> Por. *ibidem*, s. 35. Na temat ekspertyzy psychologicznej i eksperymentu procesowego z udziałem biegłego psychiatry – zob. M. Cieślak, K. Spett, W. Wolter: *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1968, s. 364-366.

W pełni natomiast można podzielić pogląd Autorki, która kwestionuje odosobnioną i *de lege lata* nie do przyjęcia tezę A. Bojańczyka, jakoby „eksperyment procesowo-kryminalistyczny” mógł przeprowadzać obrońca podejrzanego lub inny podmiot prywatny (s. 48)<sup>15</sup>.

Można też zgodzić się – choć nie bez zastrzeżeń – z krytycznym podejściem Autorki do stanowiska A. Lacha, który eksperyment procesowy zalicza do „badań niepołączonych z naruszeniem integralności ciała”, a więc do czynności procesowych obligujących oskarżonego do biernego „poddania się” im na podstawie art. 74 § 2 k.p.k. (s. 52); kwestia zapewne dyskusyjna, zwłaszcza że przepis art. 74 § 2 pkt 1 zd. 2 k.p.k. wskazuje czynności tam wymienione w sposób nieenumeratywny („w szczególności”).

Reasumując można stwierdzić, że recenzowana książka – jak wspomniano na wstępie – stanowi wartościowe, w szczególności z punktu widzenia taktyki i techniki kryminalistycznej, opracowanie monograficzne eksperymentu jako czynności procesowo-kryminalistycznej, które może przyczynić się do ukształtowania prawidłowej praktyki przeprowadzania tej czynności w procesie karnym. W recenzji zaakcentowane zostały w sposób krytyczny niektóre ustalenia M. Żoły z obszaru zagadnień ściśle procesowych, co nie podważa wartości książki jako opracowania z zakresu kryminalistyki, ani nie przesądza ostatecznie o niesłuszności przedstawionych, skądinąd kontrowersyjnych poglądów Autorki, lecz może stanowić podstawę do dalszej dyskusji dotyczącej karnoprocessowej problematyki eksperymentu jako czynności dowodowej.

---

<sup>15</sup> *De lege lata* dowodem mogą być wyniki utrwalonych w formie protokolarnej eksperymentów procesowych (procesowo-kryminalistycznych) lub wyniki eksperymentów rzeczoznawczych przedstawionych w formie opinii biegłych, powołanych przez organy procesowe. Nie mogą natomiast stanowić podstawy dowodowej wyrokowania wyniki eksperymentów „prywatnych” lub podejmowanych nieformalnie przez biegłych – bez udziału organów procesowych – lub poza ramami ekspertyz obejmujących eksperymenty rzeczoznawcze. O tego rodzaju „nieformalnych eksperymentach” wykonywanych przez ekspertów z zakresu medycyny sądowej zob. T. Konopka, J. Pohl.: *Doświadczenia na zwłokach, wyjątkowa forma eksperymentu procesowo-kryminalistycznego*, (w:) *Problemy Współczesnej Kryminalistyki*, red. E. Gruza, T. Tomaszewski, M. Goc, Warszawa 2006, t. X, s. 143-147.