

Gabriela Musialik

Dopuszczalność stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego w stosunku do osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej na gruncie Kodeksu postępowania karnego z 1997 roku

Palestra 42/11-12(491-492), 86-95

1998

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Dopuszczalność stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego w stosunku do osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej na gruncie Kodeksu postępowania karnego z 1997 roku

Podsłuch telekomunikacyjny, rozumiany jako podłączenie się w sposób tajny do przewodu telekomunikacyjnego lub odpowiedniej częstotliwości w celu kontroli i utrwalenia przekazywanych za ich pomocą informacji, stanowi bardzo kontrowersyjny sposób pozyskiwania dowodów w procesie karnym, w szczególności wówczas, gdy jest wykorzystywany względem osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej. Dowodem tego jak wiele emocji zarówno wśród prawników, jak i przedstawicieli opinii publicznej może wzbudzić korzystanie z podsłuchu, jest dyskusja tocząca się w tej kwestii w Niemczech, kraju, w którym po bolesnych doświadczeniach okresu hitlerowskiego totalitaryzmu przywiązuje się olbrzymią wagę do respektowania gwarantowanych konstytucyjnie praw i wolności obywatelskich. Przykład niemiecki został powołany nie bez kozery. Przepisy zamieszczone w rozdziale 26 k.p.k., dotyczącym kontroli i utrwalania rozmów, wykazują

podobieństwo do unormowań §§ 100 a, b niemieckiej ustawy karnej procesowej określających przesłanki stosowania podsłuchu telefonicznego.

Do grudnia 1982 roku brak było w polskim ustawodawstwie przepisu, który *expressis verbis* przewidywał możliwość korzystania z podsłuchu jako sposobu pozyskiwania dowodów w procesie karnym. Zarówno art. 145 wielokrotnie nowelizowanego Kodeksu postępowania karnego z 1928 roku, jak i art. 198 k.p.k. z 1969 roku w pierwotnym brzmieniu nakładały na urzędy pocztowe, telekomunikacyjne, kolejowe i celne oraz instytucje żeglugi wodnej i powietrznej, jedynie obowiązek wydania sądowi lub prokuratorowi, na ich żądanie, korespondencji i przesyłek mających znaczenie dla toczącego się postępowania. Tylko sąd i prokurator mieli prawo je otwierać. Mimo to nieliczni przedstawiciele doktryny¹ opowiadali się za dopuszczalnością kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych w toku trwającego proce-

su karnego. Podnosili, że pojęcie „korespondencja” powinno być – stosownie do art. 87 ust. 2 Konstytucji z 1952 roku – interpretowane szeroko i obejmować nie tylko listy i inne pisma przesyłane drogą pocztową, lecz również wszelkie pozostałe sposoby przekazywania informacji przy użyciu dostępnych środków technicznych. Pogląd ten spotkał się jednak z surową krytyką opartą na twierdzeniu, iż niedopuszczalne jest dokonywanie rozszerzającej wykładni przepisów mających charakter szczególny, wyjątkowy, a zwłaszcza tych, które zawierają upoważnienie do ograniczania chronionych konstytucyjnie praw i wolności obywatelskich².

Dopiero nowelizacją dokonaną na mocy art. 13 ustawy z 18 grudnia 1982 roku o szczególnej regulacji prawnej w okresie zawieszenia stanu wojennego³ zmieniono treść art. 198 k.p.k. z 1969 r. wprowadzając możliwość wydania przez sąd lub prokuratora, po wszczęciu postępowania karnego, postanowienia o utrwaleniu treści rozmów telefonicznych mających znaczenie dla toczącego się postępowania.

O ile znowelizowany art. 198 k.p.k. z 1969 r. pozwalał na stosowanie podsłuchu telefonicznego, o tyle na gruncie nowego Kodeksu postępowania karnego można mówić o szeroko pojętym podsłuchu telekomunikacyjnym. Wprawdzie art. 237 – zamieszczony w rozdziale 26 noszącym tytuł „Kontrola i utrwalenie rozmów” – zezwala sądowi, a w wypadkach nie cierpiących zwłoki również prokuratorowi, na zarządzenie kontroli i utrwalenie treści rozmów telefonicznych, ale art. 241 stanowi, iż przepisy tego rozdziału stosuje się odpowiednio do kontroli oraz do utrwalania przy użyciu

środków technicznych treści przekazów informacji innych niż rozmowy telefoniczne. Nie ulega więc wątpliwości, że kontroli i utrwalaniu podlegają wszelkiego rodzaju przekazy informacji w telekomunikacji. Przytoczone przepisy nie przewidują natomiast podsłuchu inwigilacyjnego, polegającego na rejestrowaniu, za pomocą specjalnej aparatury rozmów odbywających się w pomieszczeniu lub na wolnej przestrzeni, co oznacza, że jest on w procesie karnym niedopuszczalny⁴.

Problem dopuszczalności korzystania z podsłuchu wobec osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej zarysował się już na gruncie przepisów Kodeksu postępowania karnego z 1969 r., choć w literaturze nie poświęcono mu zbyt wiele uwagi. Przepis art. 198 d.k.p.k. nie zawierał żadnych unormowań ograniczających krąg podmiotów, wobec których możliwe było uruchomienie kontroli łączności telefonicznej⁵. Dlatego też przyjmowano, że w ramach określonego postępowania karnego, jeżeli było to niezbędne dla realizacji jego celów, podsłuchem można było objąć nie tylko prywatny aparat telefoniczny oskarżonego, ale także inny aparat pozostający w dyspozycji osoby fizycznej bądź instytucji, o ile istniało uzasadnione przypuszczenie, iż za jego pomocą ktoś kontaktuje się z oskarżonym lub on sam korzystając z niego przekazuje istotne dla sprawy informacje. Innymi słowy podsłuchiwanie mogły być zarówno rozmowy inicjowane przez oskarżonego lub do niego skierowane, jak i rozmowy osób trzecich mające znaczenie dla toczącego się procesu karnego⁶.

Co do możliwości korzystania z podsłuchu telefonicznego wobec osób, z których działalnością wiąże się szcze-

gólny obowiązek zachowania tajemnicy ukształtowały się w doktrynie trzy stanowiska. Maria Lipczyńska⁷ i dzielająca jej punkt widzenia Wojciech Osiecki⁸ uważali, że kontrola rozmów telefonicznych takich osób jest dopuszczalna pod warunkiem wyrażenia zgody przez władzę zwierzchnią lub dyscyplinarną. Akceptowali jednak rezygnację z tego wymogu, gdy państwu, życiu ludzkiemu lub mieniu znacznej wartości groziło bezpośrednie niebezpieczeństwo, a natychmiastowe wydanie zgody przez władzę zwierzchnią nie było możliwe.

Inny pogląd prezentowali Stanisław Hala⁹ i Sławomir Wołosik¹⁰.

Uznając stosowanie podsłuchu wobec tych podmiotów za niedopuszczalne podkreślili, że nie można stawiać znaku równości pomiędzy nimi a oskarżonym, który – popełniając przestępstwo – musi być przygotowany na adekwatną do jego czynu reakcję organów państwa.

Pozostali autorzy zajmujący się podsłuchem telefonicznym w ogóle tego zagadnienia nie poruszali. Można więc domniemywać, że albo nie dostrzegali tego problemu, albo dopuszczali dokonywanie kontroli rozmów telefonicznych osób zobligowanych z mocy przepisów szczególnych do zachowania tajemnicy bez żadnych dodatkowych ograniczeń.

W porównaniu z poprzednio obowiązującymi unormowaniami Kodeks postępowania karnego z 1997 r. wprowadza bardziej precyzyjne i surowsze przesłanki stosowania podsłuchu jako sposobu przymusowego poszukiwania, wydobycia i odebrania dowodów w procesie karnym. Jednocześnie na podkreślenie zasługuje fakt, że zmiana regulacji prawnej w tym przedmiocie stanowi istotny krok na drodze dostosowania polskiego

ustawodawstwa do standardów wynikających z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹¹, która w art. 8 ust. 1 poręcza tajemnicę korespondencji rozumianej nie tylko jako tradycyjne formy przekazywania informacji drogą listową lub telegraficzną, lecz także jako wszelkie ekwiwalentne formy porozumiewania się przy użyciu środków technicznych.

Zgodnie z art. 237 k.p.k. przesłankami, których kumulatywne zaistnienie warunkuje dopuszczalność stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego są:

1) wszczęcie postępowania karnego (art. 237 § 1 k.p.k.);

2) dążenie do wykrycia i uzyskania dowodów dla toczącego się postępowania lub do zapobieżenia popełnieniu nowego przestępstwa (art. 237 § 1 k.p.k.);

3) stwierdzenie, że toczące się postępowanie lub uzasadniona obawa popełnienia nowego przestępstwa dotyczy enumeratywnie wyliczonych w ustawie czynów (art. 237 § 3 k.p.k.).

Nie można również zapomnieć o tym, że podsłuch należy do środków przymusu. Dlatego konieczne jest uwzględnienie wypracowanych przez doktrynę ogólnych reguł stosowania przymusu procesowego, a w szczególności zasady proporcjonalności (umiaru) obejmującej trzy dyrektywy:

1) stosowanie właściwego środka, tj. takiego, który nadaje się do osiągnięcia określonego celu;

2) stosowanie tego spośród przewidzianych przez ustawę środków karno-procesowych, który w danym przypadku jest łagodniejszy, w mniejszym stopniu wkracza w sferę praw obywatelskich;

3) stosowanie takiego środka, który nie spowoduje szkód oczywiście nieproporcjonalnych do zamierzonego skutku¹².

W § 4 art. 237 k.p.k. wskazano zakres podmiotowy podsłuchu telekomunikacyjnego stwierdzając, że jest on dopuszczalny w stosunku do osoby podejrzanej, oskarżonego oraz w stosunku do pokrzywdzonego lub innej osoby, z którą może kontaktować się oskarżony, albo która może mieć związek ze sprawcą lub grożącym przestępstwem.

Biorąc pod uwagę wykładnię językową powołanego przepisu należałoby przyjąć, że ustawodawca nie przewidział żadnej szczególnej ochrony dla osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji. Jeżeli więc takie osoby „mieściłyby się” w dyspozycji art. 237 § 4 k.p.k., byłoby możliwe stosowanie wobec nich podsłuchu telekomunikacyjnego, o ile oczywiście wystąpiłyby w danym przypadku wszystkie przesłanki przedmiotowe tej formy pozyskiwania dowodów w procesie karnym. Przeciwno twierdzeniu o tak szerokiej możliwości kontrolowania łączności telekomunikacyjnej podmiotów, na których ciąży obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej – zwłaszcza gdy występują one w roli pokrzywdzonego bądź osoby, z którą może się kontaktować oskarżony, albo która może mieć związek ze sprawcą lub grożącym przestępstwem – można jednak podnieść zarzut, że art. 237 i n. k.p.k. zawierają upoważnienie do wkroczenia przez organy procesowe jedynie w sferę tajemnicy komunikowania się, gwarantowanej przez art. 49 Konstytucji RP, a nie w korzystające z ochrony prawnej stosunki zaufania i tajemnicy

związane z wykonywaniem zawodu lub pełnieniem funkcji. Z kolei wprowadzenie w drodze wykładni generalnego zakazu korzystania wobec nich z podsłuchu byłoby całkowicie sprzeczne z dosłownym brzmieniem przepisu art. 237 § 4 k.p.k. Tym bardziej, że uzasadnianie go wyłącznie w drodze analogicznego stosowania przepisów k.p.k., statuujących zakazy dowodzenia za pomocą określonego dowodu (tak, jak to próbowano czynić na gruncie przepisów k.p.k. z 1969 r.), nie może mieć miejsca. Obowiązują one bowiem tylko w takim zakresie, w jakim zostały ustanowione i nie mogą być poddawane wykładni rozszerzającej. Unormowania te, podobnie jak i pozostałe przepisy Kodeksu postępowania karnego, mogą stanowić podstawę ustaleń jak intensywna jest ochrona tajemnicy zawodowej przed ingerencją organów procesowych. Gdyby wynikało z nich, że w danym przypadku ochrona ma charakter absolutny, to nie można uznać za dopuszczalne jej przełamania w drodze stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego. Natomiast w przypadkach, w których ochrona ta byłaby niepełna, należałoby rozważyć potrzebę uzależnienia dopuszczalności korzystania z podsłuchu od spełnienia dodatkowych przesłanek. Przy czym uważam, że *a priori* trzeba odrzucić koncepcję, zgodnie z którą ową dodatkową przesłanką miałyby być wyrażenie zgody przez władzę zwierzchnią lub dyscyplinarną i to z dwóch powodów. Po pierwsze, zachodzi uzasadniona obawa braku obiektywizmu tego rodzaju organów, które – jako reprezentujące partykularne interesy określonego środowiska – mają niewątpliwie tendencję do preferowania tychże interesów kosztem dążenia do

realizacji zasadniczego celu procesu karnego, tj. rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności określonej osoby za zarzucane jej przestępstwo. Tym bardziej że w większości wypadków są one wybieralne, a tym samym podatne na naciski swojego elektoratu. Po drugie, w odniesieniu do pewnych grup zawodowych istotny problem stanowiłoby wskazanie organu uprawnionego do ewentualnego wyrażenia zgody na stosowanie podsłuchu. O ile w przypadku lekarzy czy adwokatów taką rolę mogłaby spełniać właściwa izba lekarska lub okręgowa rada adwokacka, o tyle trudności mogłyby powstać w odniesieniu do psychologów, czy też pracowników opieki społecznej, dla których źródłem obowiązku przestrzegania tajemnicy zawodowej są nie przepisy ustawy, lecz powszechnie akceptowane zbiory zasad etyki zawodowej.

Ograniczeń dopuszczalności stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego w stosunku do osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej w sytuacjach, w których ochrona sfer zaufania i tajemnicy przed ingerencją organów procesowych jest w świetle przepisów k.p.k. niepełna, można natomiast poszukiwać w konieczności respektowania zasady proporcjonalności, a zwłaszcza tej jej dyrektywy, która zakazuje stosowania środka powodującego szkody oczywiście nieproporcjonalne do zamierzonego skutku. W przypadku osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej używanie automatycznych z reguły urządzeń podsłuchowych prowadzi bowiem do objęcia kontrolą nie tylko rozmów istotnych z punktu widzenia procesu karnego, lecz także prowadzonych z udziałem osób trzecich,

w ogóle nie uwikłanych w toczące się postępowanie.

Udzielając odpowiedzi na pytanie, czy i ewentualnie pod jakimi dodatkowymi warunkami istnieje możliwość korzystania z podsłuchu telekomunikacyjnego wobec osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub pełnieniem funkcji, konieczne jest zwrócenie uwagi na fakt, że ustawodawca wyodrębnił i potraktował w sposób szczególny tajemnicę adwokacką, lekarską i dziennikarską, z kolejnymi odmiennościami w odniesieniu do tej ostatniej. Podstawowe uregulowanie dotyczące osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej zawiera art. 180 § 1 k.p.k., ustanawiający względny zakaz przesłuchiwania ich w charakterze świadków co do okoliczności, na które ten obowiązek się rozciąga. Sąd lub prokurator jest jednak uprawniony do zwolnienia tych osób od obowiązku zachowania tajemnicy. Ze wskazanego przepisu wynika, że tajemnica zawodowa – poza wymienionymi wyżej wyjątkami, które zostaną omówione w dalszej części artykułu – jest bardzo słabo chroniona przed ingerencją organów procesowych. Jednocześnie podkreśla się w literaturze, że tylko wyjątkowo przyczyny uzasadniające zachowanie tajemnicy mogą uzyskiwać przewagę nad wymaganiami dochodzenia do prawdy w procesie karnym, a poszerzenie obszarów objętych tajemnicą zawodową, której nie można uchylić, łatwo mogłoby zostać wykorzystane do obrony interesów nie zasługujących na ochronę¹³. Dlatego nie można sformułować bezwzględnego zakazu stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego w stosunku do tych osób, o których mowa w art. 180

§ 1 k.p.k. Tym bardziej że wymogi ustawowe dotyczące dopuszczalności uruchomienia kontroli i utrwalania łączności telekomunikacyjnej (m.in. oddanie decyzji w tym przedmiocie do wyłącznej kompetencji sądu, wprowadzenie zamkniętego katalogu czynów, możliwość wniesienia zażalenia na postanowienie w przedmiocie kontroli i utrwalania rozmów) są zdecydowanie surowsze niż te, które wynikają z art. 180 § 1 k.p.k., stosowanego odpowiednio przy rozstrzygnięciu kwestii dowodowego wykorzystania dokumentów znalezionych lub wydanych podczas przeszukania, a zawierających tajemnicę zawodową (art. 226 k.p.k.). Dodatkowych ograniczeń nie można również wyprowadzić z zasady proporcjonalności, a w szczególności z tej jej dyrektywy, która zakazuje stosowania środka wywołującego szkody oczywiście nieproporcjonalne do celu, który zamierza się przy jego pomocy osiągnąć. Zamknięty katalog przestępstw zawarty w art. 237 § 3 k.p.k. obejmuje czyny o dużym stopniu społecznej szkodliwości i znacznym ciężarze gatunkowym, co z reguły będzie równoważyło nieuniknione przy stosowaniu podsłuchu naruszenie prywatności dużej liczby osób trzecich, nie uwikłanych w toczące się postępowanie oraz stosunku zaufania istniejącego pomiędzy nimi, a podmiotami zobowiązanymi do zachowania tajemnicy zawodowej. Nie można jednak całkowicie wykluczyć, że w wyjątkowych, skrajnych przypadkach konieczność poszanowania zasady proporcjonalności uniemożliwi procesową kontrolę łączności telekomunikacyjnej osób, których dotyczy art. 180 § 1 k.p.k.

Inaczej unormowano ochronę tajemnic: adwokackiej, lekarskiej i dziennika-

rskiej przed ingerencją organów procesowych. W odniesieniu do osób zobowiązanych do ich zachowania art. 180 § 2 k.p.k. wprowadza tzw. warunkowy zakaz przesłuchania. Mogą być one przesłuchane w charakterze świadków co do okoliczności, na które rozciąga się obowiązek zachowania tajemnicy tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości. Innymi słowy w razie niezastnienia tego warunku nie wolno ich przesłuchiwać¹⁴. O wzmożonej ochronie tajemnic: adwokackiej, lekarskiej i dziennikarskiej świadczą również:

1) przyznanie sądowi wyłącznego prawa do decydowania o przesłuchaniu lub zezwoleniu na przesłuchanie;

2) uzależnienie dopuszczalności przesłuchania od ustalenia, że okoliczność, której mają dotyczyć zeznania, nie może być ustalana na podstawie innego dowodu, czyli wprowadzenie zasady subsidiarności;

3) przyznanie prawa do wniesienia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie przesłuchania lub zezwolenia na przesłuchanie.

Mimo wprowadzenia surowszych przesłanek, jakie muszą zaistnieć, aby organy procesowe mogły naruszyć tajemnicę adwokacką, lekarską lub dziennikarską nie można również w odniesieniu do przedstawicieli tych zawodów sformułować bezwzględnego zakazu stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego, ani – z przyczyn wskazanych wyżej – wyprowadzać ograniczeń dopuszczalności korzystania z tego środka przymusu z zasady proporcjonalności. Należałoby natomiast postulować uzależnienie kontrolowania i utrwalania ich łączności telekomunikacyjnej od ustalenia, iż jest to niezbędne dla realizacji

celów postępowania karnego, gdyż dana okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu (zasada subsydiarności). Postulat ten jest tym bardziej uzasadniony, że – jak już zaznaczono na wstępie – polskie unormowania dotyczące podsłuchu telekomunikacyjnego są bardzo zbliżone do uregulowań obowiązujących w Niemczech, a w § 100a zd. 2, niemieckiej ustawy karnej procesowej, jako przesłankę przedmiotową warunkującą zastosowanie podsłuchu, wprowadzono zasadę subsydiarności, stanowiąc, że może on być uruchomiony tylko wtedy, gdy ustalenie stanu faktycznego lub wykrycie miejsca pobytu podejrzanego w inny sposób byłoby całkowicie pozbawione widoków powodzenia, bądź poważnie utrudnione.

Odpowiedzi wymaga również pytanie, czy wpływ na ewentualne ograniczenie możliwości stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego, ale wyłącznie w odniesieniu do dziennikarzy, powinno mieć uregulowanie zawarte w art. 180 § 3 k.p.k. Przepis ten stanowi, że dziennikarza nie można zwolnić od obowiązku zachowania w tajemnicy danych umożliwiających identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o tym charakterze, jak również identyfikację osób udzielających informacji opublikowanych lub przekazanych do opublikowania, jeżeli te osoby zastrzegły nieujawnienie powyższych danych. Art. 180 § 3 k.p.k. nie znajduje jednak zastosowania, jeżeli informacja dotyczy przestępstwa, o którym mowa w art. 240 § 1 k.k., tj. czynu objętego prawnym obowiązkiem denuncjacji (art. 180 § 4 k.p.k.).

Należy przede wszystkim podkreślić, że czyny wymienione w art. 240 § 1 k.k.

z wyjątkiem spenalizowanych art. 118 k.k. i art. 252 k.k., mieszczą się w katalogu zawartym w art. 237 § 3 k.p.k.. W związku z tym, wobec brzmienia § 4 art. 180 k.p.k., postawione wyżej pytanie dotyczyć będzie wyłącznie czynów, co do których jest możliwe uruchomienie podsłuchu telekomunikacyjnego, a które nie zostały objęte prawnym obowiązkiem denuncjacji. Uważam, że także wówczas, gdy toczące się postępowanie lub uzasadniona obawa popełnienia nowego przestępstwa będą dotyczyły tych czynów, nie można wprowadzić zakazu stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego. Nie da się bowiem z góry przewidzieć, jakie informacje zostaną uzyskane dzięki uruchomieniu kontroli łączności telekomunikacyjnej dziennikarza związanego ze sprawą lub grożącym przestępstwem, a wzmożona ochrona przewidziana w art. 180 § 3 k.p.k. ma bardzo wąski zakres.

Do rozważenia pozostaje jeszcze niezwykle istotna kwestia dopuszczalności stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego wobec obrońcy oskarżonego.

Korzystanie z tego sposobu pozyskiwania dowodów w stosunku do obrońcy uznać należy za niedozwolone, gdyż przepisy k.p.k. i k.k.w. zapewniają w zasadzie pełną ochronę tajemnicy obrończej przed ingerencją organów procesowych. Zasadność tego twierdzenia wspiera przede wszystkim treść art. 178 pkt 1 k.p.k. Ustanawia on bezwzględny zakaz dowodowy, zabraniając przesłuchiwanie obrońcy jako świadka co do faktów, o których dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę. Zastosowanie wobec niego podsłuchu byłoby niedopuszczalną próbą obejścia tego zakazu, niezwykle istotnego z punktu widze-

nia zagwarantowania pełnej realizacji przysługującego oskarżonemu konstytucyjnego prawa do obrony.

Kolejnych argumentów na poparcie wyżej sformułowanej tezy dostarcza art. 225 § 3 k.p.k. Z przepisu tego wynika, iż organ procesowy ma obowiązek pozostawić wydane lub znalezione w toku przeszukania pisma bądź inne dokumenty, bez zapoznawania się z ich treścią lub wyglądem, jeżeli obrońca albo inna osoba, od której żąda się wydania rzeczy lub u której dokonuje się przeszukania oświadczy, że obejmują one okoliczności związane z wykonywaniem funkcji obrońcy. Przy czym w zdaniu drugim art. 225 § 3 k.p.k. przewidziano odrębny tryb postępowania w sytuacji, gdy oświadczenie osoby nie będącej obrońcą budzi wątpliwości. Wówczas organ, dokonujący czynności, przekazuje sądowi wydane lub znalezione dokumenty bez ich odczytywania, w opieczętowanym opakowaniu. I to sąd – po zapoznaniu się z nimi – podejmuje decyzję bądź o zwrocie tych dokumentów w całości lub w części osobie, której je zabrano, bądź wydaje postanowienie o ich zatrzymaniu dla celów postępowania. Należy jednak podkreślić, że gdyby nawet w tym trybie trafiły do rąk sądu dokumenty zawierające okoliczności związane z funkcją obrońcy nie mogłyby być wykorzystane jako dowody w postępowaniu karnym, gdyż zgodnie z art. 226 k.p.k. znalazłby do nich odpowiednie zastosowanie zakaz określony w art. 178 pkt 1 k.p.k.

Jedynym wyraźnie przewidzianym przez przepisy odstępstwem od zasady ochrony tajemnicy obrończej przed ingerencją organów procesowych jest uregulowanie zawarte w art. 73 k.p.k.¹⁵. W § 1 ustanowiono regulę ogólną,

w myśl której oskarżony tymczasowo aresztowany może porozumiewać się ze swoim obrońcą podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie. Natomiast w § 2 i 3 wprowadzono od niej wyjątki. Sprowadzają się one do możliwości zastrzeżenia przez prokuratora w toku postępowania przygotowawczego – ale tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach – obecności swojej lub osoby przez siebie upoważnionej przy ustnym, bezpośrednim porozumiewaniu się oskarżonego z obrońcą oraz kontroli prowadzonej między nimi korespondencji. Zastrzeżenia te, zgodnie z art. 73 § 4 k.p.k., nie mogą być jednak dokonane ani utrzymywane po upływie 14 dni od daty tymczasowego aresztowania podejrzanego. Unormowanie zawarte w art. 73 k.p.k., stanowiące próbę pogodzenia pełnej realizacji prawa do obrony z dążeniem do zapewnienia prawidłowego przebiegu procesu karnego, jest zgodne ze standardami wynikającymi z Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, a ściślej rzecz ujmując z art. 6 ust. 3b tej umowy międzynarodowej. Z orzecznictwa organów strasburskich wynika, że prawo do kontaktowania się aresztanta z obrońcą nie jest traktowane jako gwarancja absolutna i dopuszczalne są odeń pewne wyjątki pod warunkiem, że są oparte o wyraźne upoważnienie wynikające z art. 8 ust. 2 Konwencji określającego możliwe do przyjęcia ograniczenia prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, a dotyczące m.in. prawa do korespondencji¹⁶.

Należy jednak rozważyć, czy art. 73 k.p.k. w ogóle dotyczy łączności telekomunikacyjnej oskarżonego tymczasowo aresztowanego i jego obrońcy, a jeżeli

tak, to w jakim zakresie. Trudności związane z interpretacją tego przepisu mają dwojakie źródło. Po pierwsze, konieczne jest ustalenie, jak na jego gruncie rozumie się pojęcie „korespondencja”. Czy obejmuje ono wyłącznie tradycyjne, tj. listowne i telegraficzne formy przekazywania informacji, czy też mieszczą się w nim wszelkie ekwiwalentne sposoby porozumiewania się przy użyciu środków technicznych. Po drugie, art. 73 k.p.k. zawiera normy o odmiennym charakterze. W § 1 przyznano oskarżonemu tymczasowo aresztowanemu pewne uprawnienia, natomiast w § 2 i 3 zamieszczono uregulowania ograniczające je. A ma to o tyle istotne znaczenie, że dopuszczalność stosowania wykładni rozszerzającej jest m.in. uzależniona od charakteru interpretowanego przepisu.

Biorąc pod uwagę treść art. 267 k.k. (§ 1 penalizuje otwarcie zamkniętego pisma oraz podłączenie się do przewodu służącego do przekazywania informacji, a § 2 zakładanie lub posługiwanie się urządzeniem podsłuchowym), art. 218 k.p.k. (kontrola korespondencji i przesyłek), art. 237 k.p.k. (kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych), art. 241 k.p.k. (przekazy informacji inne niż rozmowy telefoniczne), art. 8 § 3 k.k.w. (prawo skazanego pozbawionego wolności do porozumiewania się ze swym obrońcą lub pełnomocnikiem będącym adwokatem korespondencyjnie lub telefonicznie), art. 105 § 1 k.k.w. (utrzymywanie przez skazanego więzi z rodziną i innymi osobami bliskimi, m.in. przez korespondencję i rozmowy telefoniczne) można przyjąć, że w nowych kodyfikacjach karnych ustawodawca pod pojęciem „korespondencja” rozumie wyłącznie tradycyjne, tj. listowne i telegraficzne sposoby przeka-

zywania informacji. Natomiast poza nim lokuje łączność telefoniczną, czy też szerszej rzecz ujmując – telekomunikacyjną. W konsekwencji należy stwierdzić, że na mocy art. 73 § 3 k.p.k., który dotyczy kontroli korespondencji, prokurator nie może w toku postępowania przygotowawczego, nawet z zachowaniem 14-dniowego terminu przewidzianego w § 4 powołanego przepisu, zastrzec kontroli łączności telekomunikacyjnej oskarżonego tymczasowo aresztowanego z jego obrońcą. Norma zawarta w art. 73 § 3 k.p.k. ma bowiem charakter wyjątku ograniczającego uprawnienie przyznane w § 1, a tym samym nie może być interpretowana rozszerzająco.

Na pierwszy rzut oka dywagacje, czy art. 73 § 3 k.p.k. pozwala również na inwigilację łączności telekomunikacyjnej mogą się wydawać pozbawione sensu, gdyż w § 1 tego przepisu ustawodawca również użył terminu „korespondencja”, nie obejmującego, jak ustalono wyżej, rozmów telefonicznych i przekazów informacji innych niż rozmowy telefoniczne. W rzeczywistości jednak tak nie jest, a to z uwagi na różnicę w charakterze norm zawartych w § 1 i 3 art. 73 k.p.k. Normy przyznające określone uprawnienia uczestnikom procesu karnego, a w szczególności oskarżonemu jako podmiotowi zagrożonemu zastosowaniem przewidzianej przez ustawę kary lub środka karnego, mogą być interpretowane rozszerzająco. Dlatego przy takim założeniu można przyjąć, że art. 73 § 1 k.p.k., wbrew jego dosłownemu brzmieniu, przyznaje oskarżonemu tymczasowo aresztowanemu prawo kontaktowania się ze swym obrońcą również telefonicznie, bądź przy wykorzystaniu innych dostępnych mu technicznych środków przekazywania informacji.

Przypisy:

¹ T. Taras: *O dopuszczalności i legalności podsłuchu telefonicznego*, „Annales UMCS”, vol. VII, 2 sectio G, Lublin 1960, s. 38; A. Gubiński, J. Sawicki: *Ochrona osobowości a postęp techniczny*, „Palestra” 1960, nr 6, s. 42.

² M. Lipczyńska: *Kontrola rozmów telefonicznych jako środek pozyskiwania dowodów w procesie karnym*, „Problemy Kryminalistyki” 1966, nr 63, s. 628; Z. Młynarczyk: *Podsłuch telefoniczny a art. 198 k.p.k. i 172 k.k.*, „Nowe Prawo” 1979, nr 12, s. 31; W. Osiecki: *Kontrola rozmów telefonicznych w ustawodawstwie polskim*, „Nowe Prawo” 1987, Nr 9, s. 101.

³ Dz.U. z 1982 r., Nr 41, poz. 237.

⁴ Por. K. Marszał: *Podsłuch w polskim procesie karnym de lege lata i de lege ferenda*, (w:) *Problemy Nauk Penalnych*. Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok, Katowice 1996, s. 343 i n.

⁵ Dawny k.p.k. dopuszczał jedynie stosowanie podsłuchu telefonicznego, a nie telekomunikacyjnego.

⁶ Tak m.in.: T. Taras: op. cit., s. 57; M. Lipczyńska: op. cit., s. 626; J. Karpacz: *Nowe uregulowania w zakresie prawa karnego*, Warszawa 1983, s. 92.

⁷ M. Lipczyńska: op. cit., s. 627.

⁸ W. Osiecki: op. cit., s. 103.

⁹ S. Hala: *Dowód z kontroli i rejestracji rozmów telefonicznych – aspekty praktyczne i teoretyczne*, „Problemy Praworządności” 1989, Nr 1, s. 122.

¹⁰ S. Wołosik: *Wybrane zagadnienia stosowania podsłuchu w polskim i amerykańskim procesie karnym (próba porównania)*, (w:) *Z problematyki prawa karnego*, Białystok 1994.

¹¹ Została sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r. Polski tekst Konwencji opublikowano w Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

¹² K. Marszał: *Proces karny*, Katowice 1997, s. 272.

¹³ Z. Doda, A. Gaberle: *Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz*, tom I, *Dowody w procesie karnym*, Warszawa 1995, s. 237.

¹⁴ Z. Gostyński: *Tajemnicę dziennikarską, a obowiązek składania zeznań w procesie karnym*, Warszawa 1997, s. 113.

¹⁵ Uregulowanie to musi być postrzegane w związku z art. 215 i 217 k.k.w. Z uwagi na treść wskazanych unormowań można na gruncie nowych kodyfikacji karnych przyjąć, że jedynym przepisem pozwalającym na czasowe kontrolowanie korespondencji tymczasowo aresztowanego z obrońcą jest art. 73 § 3 k.p.k. Art. 215 § 1 k.k.w. nie przewiduje bowiem cenzurowania korespondencji prowadzonej pomiędzy tymi podmiotami, a art. 217 § 1 k.k.w. nie może być wykorzystywany jako podstawa prawna tego rodzaju ingerencji, gdyż art. 215 § 1 k.k.w. – jako *lex specialis* – wyłącza jego stosowanie.

¹⁶ Por. P. Hofmański: *Konwencja Europejska a prawo karne*, Toruń 1995, s. 256.