

Dobrosława Szumiło-Kulczycka

Tajemnica obrończa a podsłuch procesowy i kontrola operacyjna

Palestra 58/1-2(661-662), 90-100

2013

Artykuł został 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.

TAJEMNICA OBROŃCZA A PODSŁUCH PROCESOWY I KONTROLA OPERACYJNA

Kwestia kolizji pomiędzy tajemnicą obrończą a środkami pozyskiwania dowodów, takimi jak kontrola operacyjna lub podsłuch procesowy, zawsze wywoływała kontrowersje. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu jednego ze swoich niedawnych orzeczeń wyraźnie stwierdził, że „obrońca jest oczywiście poza kręgiem osób, wobec których dopuszcza się kontrolę i utrwalanie rozmów”¹. Wyrażona przez Sąd Najwyższy oczywistość, a więc aksjomatyczność, zakazu stosowania wobec obrońcy technicznych środków niejawnego pozyskiwania informacji, na które rozciąga się tajemnica obrończa, skutkowałą niestety rezygnacją z uzasadnienia prawnego tego stanowiska. Również w literaturze zdecydowanie dominuje pogląd o zakazie stosowania podsłuchu wobec obrońcy². Mimo to warto raz jeszcze powrócić do tego problemu. W praktyce bowiem najbardziej niewralgiczne mogą okazać się nie te przypadki, w których doszło do zastosowania lub próby zastosowania podsłuchu wobec obrońcy w celu uzyskania treści informacji przekazywanych przez oskarżonego, lecz te, w których podsłuch stosowano wobec oskarżonego i w jego toku uzyskano treści stanowiące tajemnicę obrończą, bądź te, w których podsłuch stosowano w sytuacji, zanim faktycznie podejrzany uzyskał status procesowo podejrzanego i zanim adwokat uzyskał formalną pozycję obrońcy.

Wychodząc od kwestii najbardziej ogólnych, wskazać należy, że *de lege lata* nie da się wywieść istnienia prawnego zakazu stosowania kontroli operacyjnej lub podsłuchu procesowego wobec adwokata. Podobnie zresztą jak nie ma takiego ogólnego zakazu wobec innych osób zobowiązanych z mocy przepisu szczególnego do zachowania w tajemnicy powierzonych im informacji. Zakazu takiego nie da się wywieść ani co do osób, ani co do miejsc (np. konfesjonału, kancelarii adwokackiej, gabinetu psychiatrycznego). Również *de lege ferenda* nie sposób oczekiwać tego typu abstrakcyjnych i generalnych wykluczeń. Po pierwsze, zarówno osoba pełniąca funkcję księdza, jak i adwokat, dziennikarz, psychiatra itd. mogą prowadzić własną działalność stanowiącą przyczynę zastosowania wobec nich kontroli operacyjnej lub podsłuchu procesowego. Po drugie, przyjęcie bezwzględного zakazu stosowania kontroli operacyjnej lub podsłuchu procesowego w określonych miejscach prowadziłoby do tworzenia w przestrzeni publicznej swoistych enklaw, co również trudno byłoby uznać za rozwiązanie racjonalne.

¹ Postanowienie SN z 26 października 2011 r., I KZP 12/11, OSNKW 2011, nr 10, s. 90.

² K. Dudka, *Kontrola korespondencji i podsłuch w polskim procesie karnym*, Lublin 1998, s. 79; G. Musialik-Dużińska, *Dopuszczalność stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego w stosunku do osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej na gruncie Kodeksu postępowania karnego z 1997 r.*, „Palestra” 1998, nr 11–12, s. 89; Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Kraków 2005, s. 407; M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Warszawa 2007, s. 209; zob. też P. Kardas, *Ochrona tajemnicy obrończej. Kilka uwag o dopuszczalności kontroli i utrwalania treści rozmów oraz przekazów informacji realizowanych przy użyciu środków technicznych pomiędzy obrońcą a mandantem*, CzPKiNP 2001, z. 4, s. 11 oraz literatura podana w przypisie 21.

Brak takich ogólnych wykluczeń nie oznacza jednak równocześnie przyzwolenia i akceptacji dla nieograniczonego stosowania tego typu środków wobec określonych osób lub w określonych miejscach. Punktem wyjścia do analizy tego problemu powinien stać się – *de lege lata* – art. 226 k.p.k. Stosownie do treści tego przepisu: „W kwestii wykorzystania dokumentów zawierających informacje niejawne lub tajemnicę zawodową, jako dowodów w postępowaniu karnym, stosuje się odpowiednio zakazy i ograniczenia określone w art. 178–181”, przy czym w postępowaniu przygotowawczym o wykorzystaniu, jako dowodów, dokumentów zawierających tajemnicę lekarską decyduje prokurator. Artykuł 226 k.p.k. zawarty jest w rozdziale 25 zatytułowanym: *Zatrzymanie rzeczy. Przeszukanie*. Byłoby jednak nadmiernym uproszczeniem wywodzenie z tego, że ogranicza on swoje oddziaływanie wyłącznie do takich dokumentów, w posiadanie których organy postępowania karnego weszły na takiej właśnie drodze. Nie ma żadnych racjonalnych przesłanek, aby przepis ten nie znajdował zastosowania do wszystkich dokumentów, niezależnie od tego, w jaki sposób znalazły się one w dyspozycji organu procesowego³. Pytaniem do rozważenia jest zatem, na ile przepis ten może znaleźć zastosowanie także do treści nagrań zarejestrowanych w ramach podsłuchu lub w ramach kontroli operacyjnej, a ściślej, czy takie nagrania są także dokumentem w rozumieniu tego przepisu. Kodeks postępowania karnego nie zawiera definicji pojęcia „dokument”. Z kolei zgodnie z treścią art. 115 § 14 k.k. dokumentem jest każdy przedmiot lub inny zapisany nośnik informacji, z którym jest związane określone prawo albo który ze względu na zawartą w nim treść stanowi dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mającej znaczenie prawne. Stosując zatem wprost definicję dokumentu zawartą w Kodeksie karnym także do interpretacji tego pojęcia w Kodeksie postępowania karnego, nie byłoby wątpliwości co do zaliczenia treści nagrania do zakresu pojęcia „dokument”. Mimo to w literaturze zdania wydają się być podzielone. Zdecydowanymi przeciwnikami szerokiego traktowania na gruncie procesowym pojęcia „dokument” zdają się być T. Grzegorzczuk i K. Marszał. Zdaniem T. Grzegorzczuka „w rozumieniu procesowym dokumentem jest w istocie jedynie każde stwierdzenie pismem ręcznym, maszynowym lub drukiem okoliczności istotnej dla postępowania”⁴. „Taśma filmowa lub magnetofonowa to samoistny dowód stanowiący zapis obrazu bądź dźwięku”⁵. K. Marszał wskazuje, że dokumentem jest „wyrażenie myśli w postaci pisemnej, bez względu na rodzaj użytych znaków graficznych i bez względu na to, na jakim podłożu została ona utrwalona, jeżeli zawiera informacje mogące mieć znaczenie dla prowadzonej sprawy karnej”⁶. Podobne, choć mniej zdecydowane, stanowisko wyraża A. Ważny, stwierdzając jednak, że „nie jest samodzielnym dokumentem kasetą magnetofonowa, wideo, płyta DVD”⁷. Również A. Bojańczyk wydaje się być zwolennikiem węższego, niż ma to miejsce na gruncie k.k., rozumienia pojęcia dokumentu w znaczeniu procesowym. Autor ten odwołuje się przy tym do treści art. 393 k.p.k. i podnosi argumenty oparte na fakcie,

³ Tak też P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Tom I*, Warszawa 2007, s. 1034; K. T. Boratyńska, (w:) K. T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 531.

⁴ T. Grzegorzczuk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 1999, s. 482.

⁵ *Ibidem*, s. 484.

⁶ K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1998, s. 226.

⁷ A. Ważny, (w:) K. T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego*, s. 875.

że przepis ten, dokonując przykładowego wyliczenia dokumentów, wymienia jedynie „tekstowe ujęcia pewnych treści”, a nadto iż posługuje się pojęciem „odczytanie”, co w naturalny sposób nie może odnoszone być do treści w postaci nagrania⁸.

Odmienne zapatrywanie, przewidujące potrzebę szerokiego właśnie traktowania pojęcia dokumentu w znaczeniu także procesowym, prezentuje natomiast S. Waltoś. Zdaniem tego autora: „Istotą dokumentu jest zapis o jakiegokolwiek treści, byle stanowił dowód tych okoliczności, o których mówi art. 115 § 14 k.k. Z tego powodu nie ma dostatecznego uzasadnienia wyróżnianie dokumentu wyłącznie w rozumieniu procesowym, którego cechą charakterystyczną byłoby pismo lub druk. Każdy zapis informacji na jakimkolwiek przedmiocie dzisiaj ten przedmiot kwalifikuje jako dokument i tej kwalifikacji nie zmienia fakt, że dokument jest równocześnie rzeczą⁹”. Stanowisko to w pełni poparł K. Woźniewski¹⁰. Wcześniej za możliwością zaliczania nagrań rejestrowanych na nośnikach do kategorii dokumentów w rozumieniu prawa karnego procesowego opowiadali się także T. Taras, Z. Kegel, A. Szwarc, E. Skrętowicz, K. Dudka, M. Rusinek¹¹. Wreszcie niektórzy z autorów dokonują rozróżnienia, czy chodzić ma o utrwalone na nośniku zapisy obrazów lub dźwięków rejestrujących moment popełnienia przestępstwa, i tym przyznają walor dowodów rzeczowych, czy też chodzić ma o inne zapisy, np. w postaci utrwalonych na nośniku oświadczeń osoby, i tym przyznają walor dokumentów¹².

Wydaje się, że trudno byłoby dziś uzasadnić zawężone znaczenie pojęcia dokumentu w procesie karnym wyłącznie do treści utrwalonych w formie pisemnej. Nie ma co do tego żadnych przekonujących argumentów, a z całą pewnością nie jest argumentem zawarte w art. 393 k.p.k. stwierdzenie, że dokument to coś, co podlega odczytaniu¹³. Niewątpliwie priorytetowe znaczenie z punktu widzenia oceny, czy nagrania traktować należy jako dokumenty, czy też jako dowody rzeczowe, będzie miał cel ich wykorzystania w procesie karnym. Jeżeli celem tym będzie zapoznanie się z treściami intelektualnymi zawartymi na danym nośniku informacji, to winny mieć do niego zastosowanie przepisy odnoszące się do dokumentów. Jeżeli natomiast celem miałyby być zapoznanie się z technicznymi aspektami nośnika i nagrania (jego ciągłości, prawdziwości, braku dokonywanych zmian itd.), to będzie on traktowany jak dowód rzeczowy. Rację więc przyznać należy tym autorom, którzy także nagrania postrzegają w kategoriach dokumentów, wówczas gdy chodzi o wprowadzenie do procesu zawartych na nich treści, w tym zwłaszcza treści zarejestrowanych rozmów. Fakt, że ani art. 226 k.p.k., ani art. 393 k.p.k. nie mówią wprost o nagraniach, nic tu nie zmienia. Jeżeli nawet przyjmie się, że nagrania

⁸ A. Bojańczyk, *Glosa do wyroku SN z 10 maja 2002 r., WA 22/02, „Palestra” 2003, nr 7–8, s. 245.*

⁹ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2008, s. 397.

¹⁰ K. Woźniewski, (w:) *Prawo karne procesowe – część ogólna*, red. J. Grajewski, Warszawa 2009, s. 402.

¹¹ T. Taras, *O dopuszczalności i legalności podsłuchu telefonicznego*, *Annales UMCS* 1960, vol. VII, s. 59; Z. Kegel, *Pojęcie dokumentu w ustawie, nauce i praktyce prawnokarnej*, *Probl. Kryminalistyki* 1967, nr 65, s. 25; E. Skrętowicz, *Zapis magnetofonowy jako środek dokumentacji procesowej*, *Probl. Praworządności* 1972, nr 9, s. 59; A. Szwarc, *Rola zapisu magnetofonowego w procesie karnym*, *Probl. Praworządności* 1974, nr 11, s. 27; K. Dudka, *Kontrola korespondencji*, s. 102; M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa*, s. 209, 1982, nr 10, s. 14.

¹² T. Nowak, *Dowód z dokumentu w polskim procesie karnym*, Poznań 1994, s. 139; W. Smardzewski, *Z problematyki wykorzystania taśmy magnetofonowej w procesie karnym*, *Probl. Praworządności* 1982, nr 10, s. 14 i n.; podobnie – jak się wydaje – A. Lach, *Dowody elektroniczne w procesie karnym*, Toruń 2004, s. 57.

¹³ Zob. np. uzasadnienie wyroku SN z 10 czerwca 2008 r., III KK 30/08, LEX nr 532717.

– ze względu na sposób utrwalenia – są jakościowo innym od dokumentu w rozumieniu karnoprocesowym dowodem, to i tak należałoby stosować do nich, w zakresie, w jakim miałyby służyć jako źródło informacji o treściach nagranych oświadczeń i wypowiedzi, powyższe przepisy, co najmniej w drodze analogii. Nie sposób byłoby bowiem przyjąć, że dowodowe ograniczenia wprowadzane ze względu na wartości takie, jak ochrona tajemnic komunikowania się z określonymi osobami pełniącymi określone społeczne funkcje, miałyby zastosowanie do tych tylko treści, które utwalone zostały w formie pisemnej, a nie obejmowałyby już treści utwalonych na nośnikach dźwięku.

Reasumując, należy stwierdzić, że brak jest podstaw do pomijania art. 226 k.p.k. jako warunku podlegającego uwzględnieniu przy ocenie dopuszczalności dowodowego wykorzystania treści nagrania zarejestrowanego w toku podsłuchu procesowego czy też kontroli operacyjnej. W konsekwencji to właśnie ten przepis, poprzez odesłanie do treści art. 178 pkt 1 k.p.k., staje się prawną podstawą twierdzenia, że nie jest dopuszczalne wykorzystanie w procesie jako dowodów nagrań obejmujących treści rozmów oskarżonego z obrońcą lub z adwokatem udzielającym pomocy prawnej na podstawie art. 245 § 1 k.p.k.

Dalszym pytaniem natomiast jest to, czy tego rodzaju uregulowanie jest wystarczające. Literalnie rzecz biorąc, uzależnia ono bowiem działanie zakazu dowodowego od posiadania przez adwokata formalnej kwalifikacji obrońcy lub od jego udziału w roli osoby udzielającej pomocy zatrzymanemu. W pierwszym zatem przypadku uzależnia zakres działania zakazu dowodowego od wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Od tego dopiero bowiem momentu podejrzany może ustanowić obrońcę w procesie karnym. Na wcześniejszym etapie, tj. w fazie *in rem* postępowania przygotowawczego, nie ma podejrzanego, nie ma więc także miejsca dla obrońcy. W drugim natomiast przypadku działanie zakazu dowodowego również uzależnione jest od ruchu organów postępowania, tj. od dokonania zatrzymania osoby. Nietrudno więc organom postępowania zniweczyć zakres działania tego zakazu. Wystarczy wstrzymać się z przedstawieniem osobie rzeczywiście podejrzewanej, wokół której koncentrują się czynności wykrywcze, postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Szczególnie łatwo o to, gdy w ogóle jeszcze nie podjęto formalnego postępowania przygotowawczego, a całe rozpracowanie odbywa się właśnie na drodze czynności operacyjno-rozpoznawczych. Co więcej, osoba faktycznie podejrzewana, nawet świadoma tego faktu i chcąc skorzystać z pomocy adwokata, nie ma żadnych możliwości wymuszenia na organach ścigania wydania postanowienia o wszczęciu postępowania przygotowawczego ani tym bardziej postanowienia o przedstawieniu jej zarzutu. Wąskie i literalne tylko interpretowanie pojęcia „obrońca”, o jakim mowa w treści art. 178 k.p.k., prowadzi więc do sytuacji faktycznego braku możliwości korzystania z prawa do obrony formalnej przez osoby, które choć faktycznie są podejrzewane, to nie posiadają jeszcze odpowiedniego statusu procesowego¹⁴. Szczególnego

¹⁴ Problem braku odpowiednich gwarancji dla osoby podejrzanej był już wielokrotnie podnoszony w literaturze, zob. np. M. Cieślak, *Przesłuchanie osoby podejrzanej o udział w przestępstwie, która nie występuje w charakterze podejrzanego*, PiP 1964, z. 5–6, s. 872; A. Murzynowski, *Faktycznie podejrzany w postępowaniu przygotowawczym*, „Palestra” 1971, nr 10, s. 36 i n.; tenże, *Udział obrońcy w postępowaniu przygotowawczym de lege lata*, „Palestra” 1987, nr 12, s. 35 i n.; E. Skreńtowicz, *Faktycznie podejrzany w polskim procesie karnym*, (w:) *Księga pamiątkowa ku czci prof. A. Murzynowskiego*, red. P. Kruszyński, „Studia Iuridica” 1997, nr 33, s. 195; P. Kruszyński, *Zasada domniemania niewinności*, Warszawa 1983, s. 143 i n.; tenże, *Prawo podejrzanego do obrony materialnej w projektach k.p.k.* (wybrane

znaczenia kwestia ta nabiera właśnie w związku ze stosowaniem takich metod pozyskiwania informacji przez organy ścigania, jak kontrola operacyjna czy podsłuch procesowy. Z samej swej natury wydają się one tym skuteczniejsze, im mniejsza jest świadomość osób, wobec których są kierowane, o snuty wobec nich podejrzeniach. Stąd stosowanie tego rodzaju metod będzie koncentrować się głównie na tych etapach, gdy nie ma jeszcze postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że problem pozyskiwania treści rozmów pomiędzy oskarżonym a jego obrońcą ma swoje przełożenie konstytucyjne. Jak wiadomo, tajemnica zawodowa jest nie tyle prawem jej dzierżyciela, ile obowiązkiem. Z obowiązkiem takim skorelowane jest prawo podmiotu, który jest pierwotnym dysponentem informacji objętych tajemnicą. W przypadku relacji obrońca–oskarżony obowiązek milczenia obrońcy wynika z prawa oskarżonego, w tym w szczególności z prawa do obrony¹⁵. Tymczasem prawo do obrony – zarówno w świetle orzecznictwa SN, jak i w świetle orzecznictwa ETPCz – bynajmniej nie zaczyna się od chwili formalnego poinformowania osoby o stawianych jej zarzutach. I tak orzecznictwo Sądu Najwyższego jednoznacznie akceptuje realizację prawa do obrony przez świadka składającego nieprawdziwe zeznania w obawie przed zarzutem, jaki mógłby mu być postawiony¹⁶. Tym samym akceptuje korzystanie z prawa do obrony także na etapie przed formalnym wszczęciem postępowania przeciwko danej osobie. Z kolei ETPCz, o ile jako zasadę przewiduje korzystanie z prawa do obrony od chwili zakomunikowania danej osobie przez właściwą władzę, że jest ona podejrzana o popełnienie czynu o charakterze karnym, o tyle dopuszcza realizowanie tego prawa na etapach wcześniejszych¹⁷. Ponieważ pojęcie „oskarżenie w sprawie karnej” ma w Konwencji charakter autonomiczny, decydujące znaczenie dla ustalenia, czy jednostka realizuje już swoje prawo do obrony, mają wszystkie okoliczności, które pozwalają określić, że rozpoczęło się już wobec niej postępowanie zmierzające do pociągnięcia jej do odpowiedzialności karnej. W konkretnych sprawach ETPCz dopatrywał się takich okoliczności między innymi w fakcie zatrzymania osoby¹⁸, jej przeszukania lub przeszukania należących do niej pomieszczeń¹⁹ czy w fakcie zajęcia konta bankowego danej osoby²⁰. Niewątpliwie w świetle powyższego jest, że realizacja prawa do obrony, w tym prawa do nieskrępowanego kontaktu z adwokatem, nie może zatem być ograniczana tylko do okresu następującego po uzyskaniu przez zainteresowanego statusu formalnie podejrzanego, a przez adwokata statusu obrońcy w toczącym się już postępowaniu karnym²¹. Kierowanie wobec określonej osoby metod

zagadnienia), „Palestra” 1993, nr 7–8, s. 22; ostatnio natomiast P. Lewczyk, *Nabywanie prawa do posiadania obrońcy a instytucja przedstawienia zarzutów*, „Palestra” 2011, nr 3–4, s. 68 i n.

¹⁵ Uzasadnienie wyroku TK w sprawie SK 64/03; zob. też: P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Warszawa 2006, s. 198 i n.; tenże, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011, s. 180; P. Kardas, *Ochrona tajemnicy obrończej*, s. 6 i n.

¹⁶ Por. uchwałę SN z 20 września 2007 r., I KZP 26/07, OSNKW 2007, nr 10, poz. 71; uzasadnienie uchwały SN z 26 kwietnia 2006 r., I KZP 4/07, OSNKW 2007, nr 6, poz. 45; uzasadnienie wyroku TK w sprawie SK 39/02.

¹⁷ P. Hofmański, A. Wróbel, (w:) *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, komentarz do art. 6, nb. 55–58; por. także wyrok ETPCz z 27 lutego 1980 r. w sprawie *Deweer przeciwko Belgii*, skarga nr 6903/75, § 44.

¹⁸ Wyrok ETPCz z 10 grudnia 1982 r., w sprawie *Corigliano przeciwko Włochom*, skarga nr 8304/78, § 34.

¹⁹ Wyrok ETPCz z 22 maja 1998 r., w sprawie *Hozee p. Holandii*, skarga nr 21961/93, § 40.

²⁰ Wyrok ETPCz z 25 lutego 1993 r. w sprawie *Funke przeciwko Francji*, skarga nr 10828/84, § 38.

²¹ M. Bielski, *Wyłączenie przestępczości składania fałszywych zeznań w związku z przysługującym sprawcy prawem*

takich, jak kontrola operacyjna lub podsłuch procesowy, zwykle będzie miało związek właśnie z faktycznym podejrzewaniem jej o popełnienie przestępstw. Przypadki stosowania tych środków względem pokrzywdzonych lub innych osób, z którymi może kontaktować się sprawca, zdają się być niepomierne rzadsze. Jeżeli zaś środki takie, jak kontrola operacyjna lub podsłuch procesowy, stosowane są wobec określonej osoby w związku z podejrzeniem jej udziału w przestępstwie, to niezależnie od faktu, na którym etapie działań ma to miejsce (przedprocesowym, procesowym, w tym przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów lub po wydaniu takiego postanowienia), osoba taka z istoty rzeczy jest faktycznie podejrzana. To z kolei powoduje, że już co najmniej od tego momentu może realizować prawo do obrony. Fakt jej świadomości lub – co częściej – nieświadomości skierowania wobec niej tego rodzaju środka nie ma tu znaczenia. Prawo do obrony nie jest bowiem uzależnione od stanu świadomości uprawnionego. Ono istnieje niezależnie od tego stanu. Mając to wszystko na względzie, przyjąć wypada, że wszelkie kontakty pomiędzy podsłuchiwanym z racji podejrzenia o popełnienie przestępstwa a adwokatem, których przedmiotem są informacje dotyczące okoliczności tego przestępstwa, w istocie mieszczą się już w zakresie działań polegających na realizacji przez sprawcę prawa do obrony. Oznacza to w konsekwencji – mimo wąskiego ujęcia treści art. 178 k.p.k. w zw. z art. 226 k.p.k. – niedopuszczalność wykorzystywania w procesie treści uzyskanych w następstwie kontroli operacyjnej lub podsłuchu procesowego nagrań obejmujących rozmowy pomiędzy sprawcą a adwokatem, także w sytuacji gdy w chwili ich odbywania adwokat nie był jeszcze formalnie obrońcą, a nawet gdy ostatecznie w ogóle nim nie zostanie (bo strona np. zmieniła zdanie co do wyboru osoby obrońcy).

W tym miejscu podnieść dodatkowo wypada błędne, zbyt wąskie ujęcie art. 226 k.p.k. Otóż przepis ten nakazuje odpowiednie stosowanie przepisów art. 178–181 jedynie do wykorzystania dokumentów „jako dowodów w postępowaniu karnym”. *A contrario* mogłoby to sugerować dopuszczalność wykorzystania takich dokumentów jako informacji o dowodzie lub informacji o dalszych kierunkach działań śledczych. Takie założenie stałoby jednak w wyraźnej sprzeczności z konstytucyjną naturą prawa do obrony i wynikającym z niej bezwzględny zakaz wnikania w tajemnicę obrończą. Mimo zatem dość wąskiego ujęcia treści art. 226 k.p.k. przyjąć należy, że pozyskane nagrania rozmów pomiędzy sprawcą a adwokatem co do okoliczności, na które rozciąga się prawo do obrony, nie tylko nie mogą posłużyć jako dowód ścisły w postępowaniu karnym, ale też nie mogą być wykorzystane jako podstawa innych działań śledczych.

Dalszym zagadnieniem jest kwestia samego pozyskiwania dokumentów, w tym nagrań, obejmujących treści chronione tajemnicą obrończą. Żaden bowiem przepis Kodeksu postępowania karnego, ani tym bardziej ustaw policyjnych, takiego zakazu nie ustanawia. Nie wynika to także wprost z treści art. 226 k.p.k., który to przepis wyraźnie mówi jedynie o „wykorzystaniu”, nie zaś o pozyskiwaniu dokumentów. Patrząc na rzecz z punktu widzenia drogi, na jakiej miałyby dojść do pozyskania takich nagrań, zauważyć jednak należy, że jeżeli nagranie zawierające określone treści pochodzące od

do obrony, CzPKiNP 2011, z. 3, s. 73 i n.; P. Kardas, *Podstawy wyłączenia odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania a procesowa konstrukcja zakazów dowodowych. Próba analizy dogmatycznej na tle aktualnego stanu orzecznictwa*, (w:) *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. Pohl, Poznań 2009, s. 479 i n.

określonych osób nie może być wykorzystane w procesie karnym, to czynność zmierzająca do jego pozyskania uznana musi być za bezzasadną. Nie można wszak racjonalnie bronić zasadności działania, którego celem miałyby być pozyskanie niewykorzystywanych procesowo informacji. Bezzasadność określonej czynności sama w sobie stanowi przesłankę do odmowy jej przeprowadzenia lub do odmowy wyrażenia zgody na jej przeprowadzenie. Z kolei patrząc na rzecz od strony skutku zarządzenia takiego podsłuchu lub kontroli operacyjnej, tj. skutku w postaci uzyskanego nagrania, to w kontekście treści art. 226 k.p.k. okazuje się ono być niedopuszczalne. Dążenie zaś do uzyskania niedopuszczalnych procesowo materiałów także przesądzać powinno o odmowie akceptacji tego rodzaju działania.

Do rozważenia pozostaje jeszcze kwestia postępowania z uzyskanymi nagraniami treści rozmów sprawy i adwokata co do okoliczności, na które rozciąga się prawo do obrony. Rzecz jasna, uzyskanie nagrań obejmujących takie treści może mieć charakter czysto przypadkowy, np. podczas stosowania skądinąd legalnej kontroli operacyjnej lub podsłuchu procesowego wobec osoby faktycznie podejrzewanej, podejrzanego lub oskarżonego. Ponieważ treść takich nagrań, jak wskazano wyżej, nie może być wykorzystana w postępowaniu karnym ani w charakterze dowodów ścisłych, ani w charakterze źródeł informacji o dowodach, celowe byłoby ich niezwłoczne eliminowanie z materiałów gromadzonych przez organy ścigania. Tymczasem gwarancji takiej brak. Problematyka usuwania i niszczenia materiałów pozyskanych w ramach kontroli operacyjnej lub podsłuchu jest zresztą wyjątkowo źle uregulowana. I tak, stosownie do treści art. 19 ust. 17 ustawy o Policji: „Zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały niezawierające dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub dowodów mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu i komisijnemu zniszczeniu. Zniszczenie materiałów zarządza organ Policji, który wnioskuje o zarządzenie kontroli operacyjnej”. W ustawie o Straży Granicznej znalazła się regulacja, zgodnie z którą „organ Straży Granicznej, który wnioskuje o zarządzenie kontroli operacyjnej, dokonuje niezwłocznie po zakończeniu kontroli protokolarnego, komisijnego zniszczenia zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej materiałów niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub niemających znaczenia dla toczącego się postępowania karnego” (art. 9e ust. 18). W ustawie o Żandarmerii Wojskowej ustawodawca stwierdził, że: „Zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały niezawierające dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub niemające znaczenia dla toczącego się postępowania karnego podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu, komisijnemu zniszczeniu. Zniszczenie materiałów zarządza organ Żandarmerii Wojskowej, który wnioskuje o zarządzenie kontroli” (art. 31 ust. 18). Z kolei w ustawach o CBA (art. 17 ust. 16) oraz SKW i SWW (art. 31 ust. 15) przyjęto, że: „Zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały, które nie stanowią informacji potwierdzających zaistnienie przestępstwa, podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu, komisijnemu zniszczeniu”. Zniszczenie materiałów zarządza szef właściwej służby. W ustawie o ABW (art. 27 ust. 16) mowa jest, że: „Zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały, które nie są istotne dla bezpieczeństwa państwa lub nie stanowią informacji potwierdzających zaistnienie przestępstwa, podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu, komisijnemu zniszczeniu. Zniszczenie materiałów zarządza

Szef ABW". I wreszcie w ustawie o kontroli skarbowej (art. 36d ust. 3) stwierdzono, że: „Materiały uzyskane w wyniku czynności podjętych w ramach wywiadu skarbowego niezawierające informacji lub dowodów pozwalających na wszczęcie albo niemające znaczenia dla postępowania kontrolnego, postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe albo postępowania w sprawach o przestępstwa lub wykroczenia podlegają niezwłocznemu, komisijnemu i protokolarnemu zniszczeniu”. Zarządza je stosownie do okoliczności Generalny Inspektor Kontroli Skarbowej lub kierownik komórki organizacyjnej właściwej do spraw wywiadu skarbowego.

Wykaz tych regulacji – abstrahując już od ich różnicowania – wyraźnie wskazuje na brak poszanowania przypadkowo ujawnionych podczas wykonywania kontroli operacyjnej bezwzględnie chronionych tajemnic. Jeżeli, zgodnie z wcześniejszym założeniem, nagrania obejmujące takie treści nie będą mogły być wykorzystane w procesie ani w charakterze dowodów ścisłych, ani w charakterze informacji o dowodach, to niewątpliwie powinny ulegać eliminacji niezwłocznie po ich uzyskaniu. Tymczasem żadna z powyższych regulacji tego nie gwarantuje. Po pierwsze, przewidując obowiązek niezwłoczności zniszczenia uzyskanych materiałów, odnoszą go do całej kontroli operacyjnej, nie zaś do faktu uzyskania konkretnego nagrania. Zdecydowanie zatem wydłużają perspektywę czasową, w jakiej powinno nastąpić rzeczywiste zniszczenie materiałów. Po drugie, część tych regulacji przewiduje niszczenie materiałów tylko wówczas, gdy nie wykazują ani znaczenia dowodowego, ani też żadnego innego dla postępowania karnego (tak w ustawach o Żandarmerii Wojskowej, o Straży Granicznej, o kontroli skarbowej). Tymczasem o ile nagranie rozmowy sprawcy czynu zabronionego z adwokatem nie może mieć znaczenia dowodowego, o tyle nie ma wątpliwości, że ze względów faktycznych w ogóle będzie miało dla organów ścigania znaczenie, co w konsekwencji sugerować może brak podstaw do ich zniszczenia. Podobny problem pojawia się w przypadku uregulowania uzależniającego zniszczenie pozyskanych w drodze kontroli operacyjnej materiałów od tego, że nie stanowią one informacji potwierdzających zaistnienie przestępstwa (tak w przypadku uregulowania zawartego w ustawie o CBA, ABW oraz SKW i SWW). Użyte tam sformułowanie „informacje potwierdzające zaistnienie przestępstwa” nie ma w ogóle swojego odniesienia do procesu i procesowej wykorzystywalności zebranych materiałów. Tymczasem nie ma wątpliwości, że zarejestrowana rozmowa podejrzanego z adwokatem na okoliczność popełnionego przez niego przestępstwa jest niczym innym, jak właśnie materiałem potwierdzającym – choć procesowo niewykonywalnym – zaistnienie przestępstwa. I w tym zatem przypadku powołane przepisy nie tylko nie stanowią gwarancji niszczenia takich materiałów, lecz przeciwnie – wskazują niemożność ich zniszczenia. Wreszcie po trzecie – i chyba najważniejsze – wszystkie przytoczone regulacje odnoszą się do sytuacji, gdy w ogóle prowadzona kontrola operacyjna nie dała podstaw do podjęcia działań procesowych lub nie przyniosła informacji mogących mieć znaczenie dla toczącego się procesu karnego. Sytuacja jednak wygląda zupełnie odmiennie w przypadku, gdy w ramach prowadzonej kontroli pozyskano – poza faktem nagrania rozmowy sprawcy czynu z adwokatem udzielającym mu w tym zakresie pomocy prawnej – inne materiały, które mogą posłużyć za dowód w postępowaniu karnym lub mogą mieć znaczenie dla toczącego się postępowania karnego. W takiej bowiem sytuacji właściwy organ jednostki prowadzącej kontrolę operacyjną zobowiązany jest przekazać prokuratorowi w s z y s t k i e materiały

zgrupowane podczas kontroli²². O dalszym sposobie wykorzystania tych materiałów oraz o ich zakresie decyduje prokurator, przy czym czyni to w zgodzie z zasadami określonymi w art. 238 § 3–5 oraz art. 239 k.p.k., a zatem zasadami mającymi zastosowanie do materiałów pochodzących z podsłuchu procesowego. Z kolei stosownie do treści tych przepisów, po zakończeniu kontroli lub podsłuchu prokurator może: a) wnieść do sądu o zniszczenie wszystkich utrwalonych zapisów, jeżeli w całości nie mają one znaczenia dla postępowania karnego, b) wnieść do sądu o zarządzenie zniszczenia utrwalonych zapisów w części, w jakiej nie mają znaczenia dla postępowania karnego. Odnosząc te regulacje do sytuacji przypadkowego uzyskania nagrania rozmowy podejrzanego z adwokatem udzielającym mu pomocy w ramach prawa do obrony, nie sposób nie dostrzec, że mają one działanie zdecydowanie spóźnione. Przewidują bowiem ewentualne niszczenie takich zapisów nie wcześniej niż po zakończeniu postępowania przygotowawczego. Wreszcie niesatysfakcjonujące z tego punktu widzenia wydaje się także sformułowanie przewidujące niszczenie tych zapisów, które nie mają znaczenia dla postępowania karnego. Sformułowanie takie abstrahuje zarówno od dowodowego aspektu takich materiałów, jak też od ich aspektu w postaci informacji o dowodzie²³. Co prawda, jak wcześniej wywieziono, z istoty prawa do obrony i będącej pochodną tego prawa bezwzględnie chronionej tajemnicy obrończej wynika, że jej naruszenie nie jest dopuszczalne zarówno dla celów dowodowych, jak i dla innych celów procesowych, jednak zawarte w art. 238 § 4 sformułowanie nie daje jednoznacznej pewności takiej właśnie interpretacji tego przepisu.

Podsumowując, należy stwierdzić, że o ile *de lege lata* można wywieść w drodze interpretacji zakaz pozyskiwania w drodze kontroli operacyjnej lub podsłuchu procesowego oraz zakaz wykorzystywania w procesie karnym treści rozmów prowadzonych przez osobę, która należy do kręgu faktycznie podejrzanych o popełnienie przestępstwa, z adwokatem udzielającym jej w tym zakresie porady prawnej, choć niekoniecznie jeszcze korzystającym ze statusu formalnego obrońcy, o tyle zupełnie brak jest regulacji pozwalających na skuteczne eliminowanie z materiałów, jakimi dysponują organy ścigania, nagrań tak przypadkowo pozyskanych rozmów. Obie zatem kwestie wymagają ingerencji ustawodawczej w celu wyraźnego sprecyzowania zarówno zakazu pozyskiwania takich informacji w ramach prowadzonej kontroli operacyjnej lub podsłuchu, jak i nakazu natychmiastowego usuwania przypadkowo pozyskanych treści, na które taki zakaz się rozciąga.

W pierwszej kolejności postulować należałoby zmianę treści art. 226 k.p.k. Jego umiejscowienie w Kodeksie, jak też nie dość precyzyjna treść, powodują, że nie zawsze bywa on dostrzegany w doktrynie jako podstawa do eliminacji pozyskanych z naruszeniem zakazów dowodowych nagrań. W przyszłości należałoby zatem postulować zmianę jego treści, tak aby z jednej strony wyraźnie wskazywał, że ma zastosowanie nie tylko wobec tradycyjnie rozumianych dokumentów, ale także wobec zapisów dźwięku i obrazu, z drugiej zaś aby wyraźnie rozciągał swoje oddziaływanie również na etap pozyskiwa-

²² Por. art. 19 ust. 15 ustawy o Policji, art. 27 ust. 15 ustawy o ABW, art. 17 ust. 15 ustawy o CBA, art. 9e ust. 16 ustawy o Straży Granicznej, art. 31 ust. 16 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 31 ust. 14 ustawy o SKW i SSW.

²³ Tak też P. Kardas, *Ochrona tajemnicy obrończej*, s. 12.

nia tego rodzaju dokumentów lub zapisów. Wreszcie powinien rozstrzygać, co należy uczynić w sytuacji, gdy mimo istniejącego zakazu określone dokumenty lub zapisy zostały już pozyskane. Wydaje się, że mógłby on przybrać kształt, zgodnie z którym:

Do pozyskiwania oraz wykorzystywania dokumentów oraz nagrań dźwięku lub obrazu stosuje się odpowiednio zakazy i ograniczenia określone w art. 178–181.

Nagrania obejmujące treści, których wykorzystanie w procesie karnym jest niedopuszczalne, podlegają niezwłocznemu zniszczeniu. Dokumenty obejmujące takie treści podlegają zwrotowi osobie, od której zostały pozyskane, a w przypadku braku uprawnionego do odbioru podlegają zniszczeniu.

O zwrocie lub zniszczeniu dokumentów lub nagrań orzeka sąd, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator.

W dalszym postępowaniu dowodzenie treści zniszczonych lub zwrotzonych dokumentów lub nagrań innymi środkami dowodowymi jest niedopuszczalne.

Postulować należałoby także zmianę sposobu ujęcia art. 178 k.p.k. Niewątpliwie bowiem przepis ten, odczytywany dosłownie, zbyt wąsko chroni tajemnicę obrończą. W każdym razie nie chroni przed możliwością wnikania w jej zakres poprzez zastosowanie innych niż przesłuchanie obrońcy metod pozyskiwania informacji. Nie daje także podstaw do odmowy złożenia przez adwokata zeznań, w sytuacji gdy pozyskał on określone informacje od osoby w istocie podejrzewanej i z tych przyczyn realizującej już swoje prawo do obrony, choć jeszcze formalnie niepodejrzanej, a w konsekwencji nieuprawnionej do posiadania obrońcy. Wydaje się więc, że na przyszłość lepszym ujęciem treści art. 178 k.p.k. byłoby ujęcie eksponujące nie osobę, która ma być źródłem dowodowym, ale treści, których dany dowód miałby dotyczyć. Można postulować następujące brzmienie tego przepisu.

Nie mogą stanowić dowodu w sprawie oświadczenia złożone przez oskarżonego wobec obrońcy lub adwokata działającego na podstawie art. 245 k.p.k. dotyczące zarzuczonego mu czynu. Zakaz ten dotyczy także oświadczeń złożonych przez oskarżonego przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów.

Nie mogą stanowić dowodu w sprawie oświadczenia złożone wobec duchownego podczas spowiedzi.

Dowodzenie treści takich oświadczeń jakimikolwiek środkami dowodowymi jest niedopuszczalne.

S u m m a r y

Dobrosława Szumilo-Kulczycka

THE DEFENDING COUNSEL'S SECRET VERSUS TELEPHONE TAPPING
DURING CRIMINAL PROCEEDINGS AND OPERATIONAL SURVEILLANCE

The use of tapping by law enforcement authorities may lead to obtaining information that is covered by the defending counsel's secret. In this respect, the Polish legal system does not provide sufficiently clear regulation. Article 178 of the Code of Criminal Proceedings sets only a prohibition on the hearing of a defending counsel as a witness, regarding the circumstances which he/she learned of in the course of providing legal

advice or in conducting the case. This article does not prohibit *expressis verbis* the use of phone tapping in order to obtain such information, nor does it regulate situations occurring before a court action is instituted against a given person i.e. when the latter takes advice from a barrister before he/she is formally recognized as a defending counsel. An attempt is made in the above paper to justify, through interpretation of legal norms, the fact that obtaining such information is legally prohibited. Also included are suggested amendments to legal provisions which would unambiguously regulate this issue, as well as include the obligation to destroy recordings involving such contents.

KEY WORDS: barrister, defending counsel's secret, telephone tapping, evidence, illegal evidence

POJĘCIA KLUCZOWE: adwokat, tajemnica obrończa, podsłuch telefoniczny, dowody, dowód nielegalny