

Piotr 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

1. Zagadnienie ochrony tajemnicy obrończej uregulowane zostało w polskim systemie prawa w sposób szczególny. Z jednej strony w doktrynie prawa konstytucyjnego i procesowego podkreśla się, że ochrona tajemnicy obrończej związana jest nierozdzielnie z formalnym aspektem konstytucyjnego prawa do obrony, uregulowanego w art. 42 ust. 2 Konstytucji¹. W perspektywie konstytucyjnej prawo do obrony rozumiane jest stosunkowo szeroko, zarówno jako prawo do podejmowania wszelkich niesprzecznych z prawem działań mających na celu ochronę jednostki „przed wszelkimi konsekwencjami, a w szczególności ingerencjami w sferę wolności i praw, jakim zagraża bądź ze swej istoty powoduje proces karny”², jak i prawo

¹ Zob. P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011, s. 180 i n. Na związku ochrony tajemnicy adwokackiej, w tym w szczególności tajemnicy obrończej, z konstytucyjnym prawem do obrony wskazuje się także w orzecznictwie SN. Odnosząc się do tej kwestii SN w postanowieniu z 26 X 2011 r. (I KZP 12/11), rozważając problematykę zakazu określonego w art. 225 § 3 k.p.k., podkreślił, że „art. 225 § 3 k.p.k. ma gwarantować ochronę tajemnicy obrończej w sytuacji, gdy taka potrzeba wyłoni się przy czynnościach zatrzymania rzeczy i przeszukania (rozdział 25 kodeksu postępowania karnego). Normy w nim zawarte należą do kategorii tych, które zapewniają realizację konstytucyjnego prawa do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji), stanowiącego zarazem jedną z podstawowych zasad postępowania karnego (art. 6 k.p.k.)”.

² W tej części przepis art. 42 ust. 2 Konstytucji statuuje tzw. materialny aspekt prawa do obrony. W podany wyżej sposób prawa do obrony w aspekcie materialnym D. D u d e k, *Konstytucyjna wolność człowieka a tymczasowe aresztowanie*, Lublin 1999, s. 153–154. Zob. też P. S a r n e c k i, *Komentarz do art. 42 Konstytucji*, w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. 3, Warszawa 2003, s. 8;

do korzystania z pomocy wykwalifikowanego pełnomocnika procesowego (obrońcy)³. Konkretyzując dwa aspekty konstytucyjnego prawa do obrony w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wskazuje się, że „obrona materialna to możliwość bronięcia przez oskarżonego jego interesów osobiście (np. możliwość odmowy składania wyjaśnień, prawo wglądu w akta i składania wniosków dowodowych). Obrona formalna to prawo do korzystania z pomocy obrońcy z wyboru lub z urzędu”⁴. Istotne jest podkreślenie, że na poziomie konstytucyjnym definiuje się podmiotowe prawo do obrony jako „prawo do obrony człowieka, a nie jego „roli” czy statusu w procesie karnym”⁵. W aspekcie formalnym związanym z uprawnieniem do korzystania z wykwalifikowanej pomocy podstawowym zadaniem obrońcy jest ochrona interesów jednostki w taki sposób, by cel procesu karnego został osiągnięty przy jednoczesnym zagwarantowaniu prawa do obrony⁶. Zarazem podkreśla się, że korzystanie z pomocy obrońcy wymaga zapewnienia takich warunków kontaktu oraz jego poufności, aby umożliwić swobodne i realne korzystanie z pomocy. Prawo do obrony w aspekcie formalnym oparte jest zatem na zasadzie autonomii informacyjnej oraz poufności kontaktów z obrońcą. W tym aspekcie prawo do obrony wiąże się integralnie i nierozzerwalnie z ochroną tajemnicy obrończej.

Możliwość wyinterpretowania z przepisu art. 42 ust. 2 Konstytucji bezwzględnego nakazu zachowania tajemnicy zawodowej przez obrońcę nie budzi wątpliwości w orzecznictwie TK. Trzeba jednak zaznaczyć, że stanowiący podstawę dekodowania tego prawa przepis art. 42 ust. 2 Konstytucji, postrzegany jest jako źródło konstytucyjnego prawa „[...] każdej osoby, przeciwko której prowadzone jest postępowanie karne, do nieskrępowanego kontaktu z obrońcą”. Takie ujęcie sprawia, że istotę omawianej regulacji TK postrzega nie w tym, iż statuuje ona „[...] konstytucyjne prawo adwoka-

P. W i n c z o r e k, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2008, s. 105. Zob. też P. W i l i ń s k i, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Warszawa 2006, s. 198 i n.; P. W i l i ń s k i, *Proces...*, *op. cit.*, s. 177 i n. oraz powołane w tym opracowaniu orzecznictwo TK.

³ W tym zakresie przepis art. 42 ust. 2 Konstytucji statuuje tzw. formalny aspekt prawa do obrony. Zob. szerzej P. W i l i ń s k i, *Proces...*, *op. cit.*, s. 179 i n. oraz powołane tam orzecznictwo TK. Por. też Z. K w i a t k o w s k i, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Kraków 2005, s. 178 i n.

⁴ Wyrok TK z 17 II 2004 r., SK 39/02, OTK-A 2004, nr 2, poz. 7.

⁵ Por. D. D u d e k, *op. cit.*, s. 153–154.

⁶ Zob. w tej kwestii wyrok TK z 17 II 2004 r., SK 39/02, OTK-A 2004, nr 2, poz. 7. Por. także P. W i l i ń s k i, *Zasada...*, *op. cit.*, s. 618–619; P. W i l i ń s k i, *Proces...*, *op. cit.*, s. 179–180.

tów do poszanowania tajemnicy obrończej”, lecz w tym, że przepis art. 42 ust. 2 określa „prawo podejrzanego i oskarżonego, czyli osób korzystających z pomocy prawnej”⁷. W podobny sposób ujmuje się zasadniczą podstawę i funkcję instytucji ochrony tajemnicy obrończej w orzecznictwie SN, podkreślając, że „u podstaw instytucji tajemnicy obrończej jest ochrona prawa oskarżonego do obrony i umożliwienie mu korzystania z tego prawa. Urzeczywistnia się ona także przez wyłączenie prawnej możliwości uzyskania przez organy prowadzące postępowanie wiedzy, którą obrońca posiadał w sprawie, w tym informacji co do zamierzonego sposobu wykonywania obrony”⁸. Pozwala to przyjąć, że prawo do autonomii informacyjnej oraz zasada ochrony poufności kontaktów mandanta z obrońcą stanowi konstytucyjny element prawa do obrony, postrzeganego jako publiczne prawo podmiotowe przysługujące jednostce w sytuacji uzasadniającej skorzystanie z tego prawa⁹.

Uprawnienie do możliwości korzystania ze swobodnych kontaktów z obrońcą należy także do podstawowych standardów prawa międzynarodowego. Do tej kwestii odnoszą się wszak regulacje zawarte w art. 14 ust. 3 lit. b oraz d Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych¹⁰ oraz art. 6 ust. 3 lit. b i c europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹¹.

⁷ Wyrok TK z 22 XI 2004 r., SK 64/03, OTK-A 2004, nr 10, poz. 107 oraz omówienie tego orzeczenia dokonane przez W. G r e s z c z y k a, *Wpływ orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na procedurę*, Prok. i Pr. 2005, nr 11, s. 43–45. Por. też P. W i l i Ń s k i, *Proces...*, *op. cit.*, s. 181.

⁸ Uzasadnienie postanowienia SN z 26 X 2011 r., I KZP 12/11.

⁹ Taki sposób ujęcia konstytucyjnego prawa do obrony wiąże się z wyjątkowo złożonym problemem wyznaczenia momentu, od którego aktualizuje się możliwość korzystania z tego prawa. Zob. szerzej w tej kwestii M. B i e l s k i, *Wyłączenie przestępności składania fałszywych zeznań w związku z przysługującym sprawcy prawem do obrony*, CPKiNP 2011, z. 3, s. 73 i n. Por. też P. K a r d a s, *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.

¹⁰ Przepis ten stanowi: „Każda osoba oskarżona o popełnienie przestępstwa ma prawo, na zasadach pełnej równości, co najmniej do następujących gwarancji: [...] b) dysponowania odpowiednim czasem i możliwościami w celu przygotowania obrony i porozumiewania się z obrońcą przez siebie wybranym”.

¹¹ Przepis ten stanowi: „Każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma co najmniej prawo do: [...] b) posiadania odpowiedniego czasu i możliwości do przygotowania obrony, c) bronięcia się osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę, a jeśli nie ma wystarczających środków na pokrycie kosztów obrony – do bezpłatnego korzysta-

Realizacji formalnego aspektu konstytucyjnego prawa do obrony na poziomie ustawowym służą regulacje określające z jednej strony zakres i treść obowiązku zachowania przez obrońcę tajemnicy zawodowej przewidziane zarówno w ustrojowej ustawie – Prawo o adwokaturze¹², jak i w rozlicznych przepisach Kodeksu postępowania karnego statuujących zakazy dowodowe¹³, wreszcie znajdujące swoje dopełnienie w regulacji z zakresu prawa karnego materialnego¹⁴. Złożoną materię regulacji ustawowej, odnoszącej się do problematyki ochrony tajemnicy obrończej, uzupełniają regulacje wewnętrzne korporacji adwokackiej zawarte w przyjętych zasadach etyki i godności zawodu, mających status wewnątrzorganizacyjnego kodeksu etyki¹⁵. Regulacja odnosząca się do prawa do obrony w aspek-

tania z pomocy wymiaru sprawiedliwości”. Zob. też P. Hofmański, A. Wróbel, w: *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. I: *Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 414 i n.

- ¹² W kontekście analizowanego zagadnienia zasadnicze znaczenie ma przepis art. 6 ustawy z dn. 26 V 1982 r. – Prawo o adwokaturze (tekst jednolity Dz.U. z 2009 r., Nr 146, poz. 1188 ze zm.), zgodnie z którym: „1. Adwokat obowiązany jest zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej. 2. Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie może być ograniczony w czasie. 3. Adwokata nie można zwolnić od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę. 4. Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie dotyczy informacji udostępnianych na podstawie przepisów ustawy z 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu brudnych pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1505 ze zm.) – w zakresie określonym tymi przepisami”.
- ¹³ Zob. w tym kontekście interesujące uwagi zamieszczone w uzasadnieniu postanowienia SN z 26 X 2011 r., I KZP 12/11, w którym, odnosząc się do normatywnej istoty i podstawowej funkcji regulacji zawartej w art. 225 § 3 k.p.k., podkreślono, że „art. 225 § 3 k.p.k. ma gwarantować ochronę tajemnicy obrończej w sytuacji, gdy taka potrzeba wyłoni się przy czynnościach zatrzymania rzeczy lub przeszukania (rozdział 25 kodeksu postępowania karnego”.
- ¹⁴ Swoistym dopełnieniem regulacji odnoszącej się do ochrony tajemnicy adwokackiej i obrończej zawartej w ustawie – Prawo o adwokaturze oraz w Kodeksie postępowania karnego jest regulacja zawarta w art. 266 k.k., kryminalizującym zachowania polegające na ujawnieniu tajemnicy zawodowej. Zob. szerzej W. Wróbel, w: A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiąkański, P. Kardas, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczegółowa*, t. II, wyd. 3, Warszawa 2008, s. 1272 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo. Naruszenie zasady zachowania tajemnicy obrończej stanowi może także podstawę odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokata pełniącego tę funkcję procesową.
- ¹⁵ Zbiór Zasad etyki adwokackiej i godności zawodu (Kodeks etyki adwokackiej) – to wewnętrzny akt normatywny samorządu adwokackiego, uchwalony przez Naczelną Radę Adwokacką w dn. 10 X 1998 r. Odnoszący się do problematyki tajemnicy zawodowej

cie formalnym, związanego z zasadą autonomii informacyjnej oraz ochroną poufności kontaktów z obrońcą jest w polskim systemie prawa mocno rozbudowana, zaś odnoszące się do tej kwestii przepisy zostały umieszczone na wszystkich bez mała piętrach hierarchicznie uporządkowanego systemu prawa¹⁶. Stanowiące konsekwencję wykorzystanej przez polskiego prawodawcę techniki legislacyjnej rozczłonkowanie regulacji dotyczącej ochrony tajemnicy obrończej nie jest jednak czymś szczególnym z punktu widzenia przyjmowanych w systemie prawa zasad regulacji określonych zagadnień, wszak wielokrotnie ustawodawca z różnorodnych powodów decyduje o kompleksowym uregulowaniu pewnych kwestii w różnych aktach prawnych. Specyfiką rozwiązań odnoszących się do zasad ochrony tajemnicy obrończej jest bowiem nie tyle – występujące także na gruncie innych instytucji – rozczłonkowanie przepisów odnoszących się do tej kwestii, co brak koherencji regulacji zawartych w różnych aktach prawnych, w szczególności w odniesieniu do zakresu i charakteru ochrony tajemnicy obrończej, a także możliwości uzyskiwania informacji objętych tajemnicą obrończą w związku z możliwością przeprowadzania dowodów w określonych sytuacjach procesowych, w szczególności zaś tzw. procesowego oraz tzw. pozaprocesowego podsłuchu¹⁷.

przepis § 19 Kodeksu etyki adwokackiej stanowi: 1. Adwokat zobowiązany jest zachować w tajemnicy oraz zabezpieczyć przed ujawnieniem lub niepożądanym wykorzystaniem wszystko, o czym dowiedział się w związku z wykonywaniem obowiązków zawodowych. 2. Znajdujące się w aktach adwokackich materiały objęte są tajemnicą adwokacką. 3. Tajemnicą objęte są nadto wszystkie wiadomości, notatki i dokumenty dotyczące sprawy uzyskane od klienta oraz innych osób, niezależnie od miejsca, w którym się znajdują. 4. Adwokat zobowiąże swoich współpracowników i personel oraz wszelkie osoby zatrudnione przez niego podczas wykonywania działalności zawodowej do przestrzegania obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej. 5. Adwokat posługujący się w pracy zawodowej komputerem lub innymi środkami elektronicznego utrwalania danych zobowiązany jest stosować oprogramowanie i inne środki zabezpieczające dane przed ich niepowołanym ujawnieniem. 6. Przekazywanie informacji objętych tajemnicą zawodową za pomocą elektronicznych i podobnych środków przekazu wymaga zachowania szczególnej ostrożności i uprzedzenia klienta o ryzyku związanym z zachowaniem poufności przy wykorzystaniu tych środków. 7. Obowiązek przestrzegania tajemnicy zawodowej jest nieograniczony w czasie. 8. Adwokatowi nie wolno zgłaszać dowodu z zeznań świadka będącego adwokatem lub radcą prawnym w celu ujawnienia przez niego wiadomości uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu”.

¹⁶ Co do hierarchicznej struktury porządku prawnego i wynikających z tego implikacji zob. szerzej K. P ł e s z k a, *Hierarchia w systemie prawa*, Kraków 1998.

¹⁷ Co do zakresu znaczeniowego terminów: „procesowy” oraz „pozaprocesowy” podsłuch zob. szerzej T. G r z e g o r c z y k, *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2008, s. 518 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu.

Szczególną cechą obowiązujących rozwiązań prawnych, odnoszących się do ochrony tajemnicy zawodowej, jest także odrębne uregulowanie w strukturze Kodeksu postępowania karnego kwestii związanych z konstrukcją zakazów dowodowych odnoszonych do możliwości uzyskiwania informacji objętych tajemnicą obrończą w ramach przeprowadzania dowodu z przesłuchania świadka oraz odrębne uregulowanie zasad ochrony tajemnicy w kontekście informacji zawartych w prowadzonych przez obrońcę aktach sprawy, wreszcie odrębne uregulowanie kwestii dotyczących możliwości przeprowadzania kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych, kontroli i utrwalania innych rozmów lub przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną. Regulacje odnoszące się do wymienionych wyżej obszarów tworzą złożoną i skomplikowaną mozaikę przepisów, określających w różny sposób i z różnym stopniem szczegółowości kwestie związane z zachowaniem tajemnicy obrończej. Rozczłonkowanie regulacji prawnej odnoszącej się do zagadnienia ochrony tajemnicy obrończej istotnie utrudnia dekodowanie norm określających zasady postępowania w określonych sytuacjach procesowych. Dodatkowe komplikacje w odkodowaniu norm określających zasady ochrony tajemnicy obrończej wynikają z faktu zamieszczenia przez prawodawcę w ustawach ustrojowych dotyczących organów ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego szczególnych regulacji dotyczących czynności polegających na kontroli i utrwalaniu treści rozmów telefonicznych, innych rozmów lub przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną¹⁸.

Przedstawienie rozważań dotyczących wszystkich ujawniających się na gruncie zagadnień ochrony tajemnicy obrończej problemów wymagałoby monograficznego opracowania, zdecydowanie wykraczającego poza ramy niniejszego szkicu¹⁹. Stąd też przedmiotem zamieszczonych poniżej uwag

¹⁸ Stosowne regulacje zawarte są m.in. w art. 27 ustawy z dn. 24 V 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst jednolity Dz.U. z 2010 r., Nr 29, poz. 154 ze zm.); art. 17 ustawy z dn. 9 VI 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. Nr 104, poz. 708); art. 19 ustawy z dn. 6 IV 1990 r. o Policji (Dz.U. z 2007 r., Nr 43, poz. 277 ze zm.).

¹⁹ Zob. szerzej w tej kwestii R. Łyczyszek, *Prawo do formalnej obrony według prawa o adwokaturze w związku z Konstytucją PRL*, „Palestra” 1983, nr 1/2; K. Łojewski, *Instytucja odmowy zeznań w polskim procesie karnym*, Warszawa 1970; P. Kruszyński, *Stanowisko prawne obrońcy w polskim procesie karnym*, Białystok 1991; S. Maciejowska, *Adwokat świadkiem w procesie a problem tajemnicy zawodowej*, w: *Nowa kodyfikacja karna*, t. III, red L. Bogunia, Wrocław 1998; G. Musiałik, *Problem kontroli i utrwalania rozmów zatrzymanego z adwokatem*, PPK 2000, nr 23.

będzie jedynie wycinek tej złożonej i skomplikowanej materii, dotyczący kwestii możliwości kontroli i utrwalania oraz procesowego wykorzystania utrwalonych treści rozmów telefonicznych, inny rozmów lub przekazów informacji, w tym także korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną pomiędzy obrońcą a mandantem postrzeganej z perspektywy zasady ochrony tajemnicy obrończej.

2. Kwestie związane z kontrolą i utrwalaniem rozmów telefonicznych, innych rozmów lub przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną z jednej strony regulują kompleksowo przepisy zgrupowane w rozdziale 26 k.p.k., zatytułowanym „Kontrola i utrwalanie rozmów”, z drugiej zaś przepisy szczególne zawarte w ustawach dotyczących organów ochrony bezpieczeństwa i porządku prawnego, określających zasady tzw. podsłuchu pozaprocesowego²⁰. Otwierający wskazany rozdział 26 k.p.k. przepis art. 237 § 1 k.p.k. stwarza podstawy do zarządzenia przez sąd na wniosek prokuratora, po wszczęciu postępowania karnego, kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych w celu wykrycia i uzyskania dowodów dla toczącego się postępowania lub zapobieżenia popełnieniu nowego przestępstwa. Przepis art. 237 § 3 k.p.k. zawiera katalog przestępstw, w przypadku których możliwe jest zarządzenie kontroli i utrwalania rozmów. Regulację dotyczącą kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych zawartą w art. 237–240 stosuje się na mocy art. 241 k.p.k. odpowiednio do kontroli i utrwalania innych niż telefoniczne rozmów oraz przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną. Wedle treści art. 237 § 4 k.p.k.: „kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych są dopuszczalne w stosunku do osoby podejrzanej, oskarżonego oraz w stosunku do pokrzywdzonego lub innej osoby, z którą może się kontaktować oskarżony albo która może mieć związek ze sprawcą lub z grożącym przestępstwem”. Treść art. 237 § 4 k.p.k. nie zawiera żadnego ograniczenia kręgu podmiotów, co do których możliwe jest zainstalowanie podsłuchu – jest on praktycznie nieograniczony i, z punktu widzenia wskazanego przepisu, obejmuje także obrońcę oraz jego mandanta²¹.

²⁰ Stosowne regulacje dotyczące tzw. podsłuchu pozaprocesowego zawierają sygnalizowane już wyżej przepisy: art. 19 ustawy z dn. 6 IV 1990 r. o Policji (Dz.U. z 2007 r., Nr 43, poz. 277 ze zm.); art. 27 ustawy z dn. 24 V 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu (Dz.U. Nr 74, poz. 676 ze zm.); art. 17 ustawy z dn. 9 VI 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. Nr 104, poz. 708 ze zm.).

²¹ Trzeba jednak już w tym miejscu zaznaczyć, że kwestia zakresu podmiotowego instytucji tzw. procesowego podsłuchu nie jest bynajmniej jednolicie rozstrzygana

Łatwo zauważyć, że powołane przepisy w żaden sposób wprost nie regulują kwestii związanych z ewentualną możliwością zarządzenia kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych, innych rozmów lub przekazów informacji między wykonującym czynności obrończe adwokatem i jego mandantem. Jedyną regulację odnoszącą się do kwestii zasad postępowania z utrwalonym w trakcie przeprowadzania tzw. podsłuchu procesowego materiałem zawierają przepisy art. 238 § 3–5 k.p.k. Zgodnie z treścią art. 238 § 3 k.p.k.: „prokurator po zakończeniu kontroli wnosi o zarządzenie zniszczenia wszystkich utrwalonych zapisów, jeżeli w całości nie mają one znaczenia dla postępowania karnego. Sąd orzeka w przedmiocie wniosku niezwłocznie, na posiedzeniu bez udziału stron”. Wedle art. 238 § 4 k.p.k.: „po zakończeniu postępowania przygotowawczego prokurator wnosi o zarządzenie zniszczenia utrwalonych zapisów w części, w jakiej nie mają znaczenia dla postępowania karnego, w którym zarządzono kontrolę i utrwalanie rozmów telefonicznych, oraz nie stanowią dowodu, o którym mowa w art. 237a. Sąd orzeka w przedmiocie wniosku na posiedzeniu, w którym mogą wziąć udział strony”, zaś § 5 omawianego przepisu stanowi, że: „z wnioskiem o zarządzenie zniszczenia utrwalonych zapisów, nie wcześniej niż po zakończeniu postępowania przygotowawczego, może wystąpić także osoba wymieniona w art. 237 § 4 k.p.k. Sąd orzeka w przedmiocie wniosku na posiedzeniu, w którym mogą wziąć udział strony oraz wniosko-

w piśmiennictwie procesowym. Z jednej bowiem strony akcentuje się, sygnalizowany już wyżej a wynikający z brzmienia art. 237 § 4 k.p.k., brak ograniczenia kręgu osób, w stosunku do których możliwe jest zarządzenie kontroli i utrwalania rozmów (tak w szczególności: P. Hofmański, E. Sądziak, K. Zgrzyzek, *Kodeks postępowania karnego*, t. I, wyd. 2, Warszawa 2004, s. 970; identycznie P. Hofmański, E. Sądziak, K. Zgrzyzek, *Kodeks postępowania karnego*, t. I, wyd. 4, Warszawa 2011, s. 1300); z drugiej – wskazuje się, że poza kręgiem podmiotów, wobec których jest to możliwe, pozostaje obrońca, z uwagi na istnienie bezwzględного zakazu dowodowego (tak z kolei T. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 518; R.A. Stefański, w: J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2003, s. 1020). Zob. też w tej kwestii G. Musiałik-Dudzińska, *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; G. Musiałik-Dudzińska, *Podsłuch pozaprocesowy (operacyjny) na gruncie znolizowanej ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji*, „Przełęcz Sądowa” 2004, nr 4, s. 49 i n.; M. Klejnowska, *Podsłuch operacyjny i prowokacja*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 3, s. 95 i n.; A. Herzog, *Wykorzystywanie materiałów operacyjnych w postępowaniu dyscyplinarnym*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 2, s. 87 i n.

dawca”²². Należy raz jeszcze podkreślić, że przepisy zgrupowane w rozdziale 26 k.p.k. w żadnym zakresie wprost nie odnoszą się do kwestii możliwości prowadzenia kontroli i utrwalania rozmów między mandantem oraz jego obrońcą, nie regulują także samoistnie zagadnienia możliwości procesowego wykorzystywania takich zapisów, przy jednocześnie bezspornym stanowisku doktryny i judykatury co do tego, że treści utrwalone w trakcie tzw. podsłuchu procesowego mogą być procesowo wykorzystywane na podstawie art. 393 § 1 k.p.k.²³

Zestawiając przepisy dotyczące szczególnego rodzaju czynności procesowych, jakimi są kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych, innych rozmów oraz przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną, których przeprowadzenie umożliwi dowodowe wykorzystywanie utrwalonego materiału z przeprowadzonej kontroli w procesie na podstawie art. 393 § 1 k.p.k. z regulacjami dotyczącymi czynności dowodowych polegających na przesłuchaniu oraz zatrzymaniu rzeczy i przeszukaniu łatwo dostrzec, że o ile w odniesieniu do dowodu z przesłuchania świadka Kodeks postępowania karnego zawiera klarownie określoną gwarancję ochrony tajemnicy obrończej określoną w art. 178 k.p.k., zaś w odniesieniu do pism lub dokumentów obejmujących okoliczności związane z wykonywaniem funkcji obrońcy w zakresie regulacji przeszukania i zatrzymania rzeczy identyczną gwarancję przewiduje przepis art. 225 § 3 k.p.k.²⁴, o tyle brak stosownej regulacji szczególnej w rozdziale 26 k.p.k. W tym kontekście jako centralna pojawia się kwestia wzajemnych relacji przepisów art. 237–242 k.p.k. oraz art. 178 i art. 180 § 2 k.p.k. Z jednej bowiem strony przepis art. 178 k.p.k. wyraża bezwzględny zakaz dowodowy zakazujący przesłuchiwanie jako świadka obrońcy lub adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1 k.p.k., co do faktów, o których dowiedział się udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę, zaś przepis art. 225 § 3 k.p.k. chroni pisma lub inne dokumenty obejmujące okoliczności związane z wykonywaniem funkcji obrońcy. Z drugiej – przepisy art. 237–242

²² Treść powołanych wyżej przepisów została ukształtowana w wyniku nowelizacji Kodeksu postępowania karnego wprowadzonej na mocy ustawy z dn. 4 II 2011 r. (Dz.U. Nr 53, poz. 273).

²³ Zob. K. Boratyńska, w: K. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego*, wyd. 3, Warszawa 2009, s. 545.

²⁴ Związki regulacji przewidzianej w art. 225 § 3 k.p.k. z zakazem dowodowym przewidzianym w art. 178 k.p.k. dobrze oddaje T. Grzegorzczak wskazując, że „dopełnieniem zakazu przesłuchiwania jest zakaz zajmowania pism i innych dokumentów związanych z wykonywaniem obrony” – T. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 406.

k.p.k. *prima facie* nie stwarzają żadnych barier przed zarządzeniem kontroli i utrwalania przekazów informacyjnych między obrońcą i jego klientem²⁵. W powyższym kontekście łatwo dostrzec, że jakkolwiek nie istnieją prawne możliwości uzyskania od obrońcy informacji związanych z pełnieniem tej funkcji procesowej w wyniku czynności przesłuchania, bowiem taka czynność jest z punktu widzenia regulacji proceduralnej co do zasady niedopuszczalna²⁶, o tyle ustawa procesowa nie zawiera żadnych regulacji zakazujących pozyskiwania informacji w wyniku realizacji czynności kontroli i utrwalania rozmów między obrońcą a mandantem. Brak szczególnej regulacji dotyczącej zasad ochrony tajemnicy obrończej w rozdziale 26 k.p.k. sprawia, iż wątpliwości wywoływać może zarówno kwestia możliwości zarządzenia i utrwalania treści rozmów między obrońcą i jego klientem, jak i zagadnienie ewentualnej możliwości procesowego wykorzystania tak uzyskanych i utrwalonych informacji. W szczególności przepisy rozdziału 26 k.p.k. *expressis verbis* nie wykluczają możliwości zarządzenia kontroli i utrwalania przekazów informacyjnych między obrońcą i mandantem, nie zawierają także wyraźnego zakazu ich procesowego wykorzystywania. Co więcej, przepisy rozdziału 26 k.p.k. nie przewidują żadnych regulacji, które wprost odnosiłyby się do zagadnienia zniszczenia utrwalonych materiałów zawierających informacje objęte tajemnicą obrończą²⁷. Zestawiając ze sobą

²⁵ Trzeba jednak już w tym miejscu zaznaczyć, że zakres zastosowania instytucji podsłuchu procesowego wywołuje wątpliwości. Z jednej strony w piśmiennictwie z zakresu prawa procesowego przyjmuje się, że „katalog osób, w stosunku do których możliwe jest zainstalowanie podsłuchu jest praktycznie nieograniczony” (tak P. H o f m a n s k i, [i inni], *op. cit.*, [wyd. 2], s. 970), z drugiej – podkreśla się, że „korzystanie z tego sposobu pozyskiwania dowodów i stosowania kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych w stosunku do obrońcy jest niedozwolone, gdyż przepisy k.p.k. zapewniają w zasadzie pełną ochronę tajemnicy obrończej przed ingerencją organów procesowych” (R. A. S t e f a n s k i, w: J. B r a t o s z e w s k i [i inni], *op. cit.*, s. 1020; podobnie kwestię tę ujmuje T. Grzegorzcyk podnosząc, że „za niedopuszczalny należy uznać podsłuch wobec osób, co do których istnieje bezwzględny zakaz dowodowy przesłuchania ich w roli świadka (art. 178), natomiast przy tzw. tajemnicach należałoby stosować zasady ogólne, w wypadku gdy podsłuchiwana rozmowa dotyczy konkretnej tajemnicy” – T. G r z e g o r c z y k, *op. cit.*, s. 518). Zob. też w tej kwestii K. D u d k a, *Kontrola korespondencji i podsłuch w polskim procesie karnym*, Lublin 1998, s. 77 i n.

²⁶ Charakteryzując istotę zakazu przewidzianego w art. 178 k.p.k. T. Grzegorzcyk podkreśla, że „zakaz przewidziany w art. 178 oznacza niedopuszczalność wzywania i przesłuchania w charakterze świadków osób tam wskazanych na okoliczności objęte zakazem przesłuchiwania; nie ma tym samym obowiązku stawiania się na takie wezwanie” – T. G r z e g o r c z y k, *op. cit.*, s. 406.

²⁷ Trzeba podkreślić, że przepis art. 238 § 3 k.p.k. dotyczy utrwalonych zapisów, które w całości nie mają znaczenia dla postępowania karnego, zaś § 4 odnosi się do tej części

wymienione regulacje można dostrzec, że o ile przepis art. 178 k.p.k. statuuje szczególnie zakaz dowodowy związany z przesłuchaniem obrońcy co do okoliczności, o których dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę²⁸, zaś przepis art. 225 § 3 k.p.k. określa zasady ochrony pism i dokumentów obejmujących okoliczności związane z wykonywaniem funkcji obrońcy, o tyle brak szczególnej regulacji dotyczącej kontroli i utrwalania rozmów oraz innych przekazów informacyjnych między obrońcą a mandantem. Dodatkowo należy podkreślić, że kontrola i utrwalanie rozmów ma charakter szczególnej czynności procesowej, dotyczy sytuacji w żaden sposób niezwiązanych z czynnościami przesłuchania lub przeszukiwania i zatrzymania rzeczy.

Wskazane wyżej właściwości obowiązującej regulacji kodeksowej sprawiają, że poszukując rozwiązania problemu dotyczącego możliwości kontroli i utrwalania rozmów pomiędzy obrońcą i jego mandantem oraz możliwości ewentualnego procesowego wykorzystania utrwalonych w wyniku przeprowadzenia czynności podsłuchu procesowego zapisów informacyjnych, w pierwszej kolejności zasadne wydaje się rozważenie relacji zachodzących między art. 178 k.p.k. i art. 237–242 k.p.k. W szczególności zaś ustalenie, czy obowiązujące przepisy umożliwiają, czy też wykluczają możliwość kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych lub innych rozmów albo przekazów informacji między obrońcą a mandantem²⁹, oraz roz-

utrwalonych zapisów, która nie ma znaczenia dla postępowania karnego, w którym zarządzono kontrolę i utrwalanie rozmów telefonicznych, oraz nie stanowią dowodu, o którym mowa w art. 237a. Wykorzystane przez ustawodawcę sformułowanie: „nie mają znaczenia dla postępowania karnego”, nie odnosi się wprost do utrwalonych zapisów zawierających wypowiedzi obrońcy w zakresie związanym z wykonywaniem tej funkcji. W powyższym kontekście obowiązek zniszczenia utrwalonych zapisów zawierających informacje pochodzące od obrońcy związane z pełnioną przez niego funkcją uzależniony jest od interpretacji przytoczonego powyżej ustawowego zwrotu.

²⁸ Szczególny charakter tego zakazu dowodowego związany jest z tym, że jest to tzw. zakaz niezupełny bezwzględny, tj. zakaz korzystania, bez możliwości uchylenia, z określonego źródła dowodowego co do określonych okoliczności. Zob. szerzej T. G r z e g o r c z y k, *op. cit.*, s. 405 i n.; Z. K w i a t k o w s k i, *op. cit.*, s. 163 i n. Zob. też P. K a r d a s, *op. cit.*, s. 475 i n.

²⁹ Kwestia ta nie jest bowiem jednoznacznie postrzegana w piśmiennictwie oraz orzecznictwie. Z jednej strony – co sygnalizowano już wyżej – twierdzi się, że katalog osób, w stosunku do których możliwe jest zainstalowanie podsłuchu jest praktycznie nieograniczony” (tak P. H o f m a n s k i, [i inni], *op. cit.*, [wyd. 2], s. 970), z drugiej podkreśla się, że „korzystanie z tego sposobu pozyskiwania dowodów i stosowania kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych w stosunku do obrońcy jest niedozwolone, gdyż przepisy k.p.k. zapewniają w zasadzie pełną ochronę tajemnicy obrończej przed ingerencją organów procesowych” (R. A. S t e f a n s k i, w: J. B r a t o s z e w s k i [i inni], *op. cit.*, s. 1020;

strzygnięcie – zwłaszcza w razie pozytywnego rozwiązania pierwszego z sygnalizowanych zagadnień – czy obowiązujące przepisy umożliwiają procesowe wykorzystywanie tak utrwalonych zapisów informacyjnych. W dalszej kolejności zaś przeprowadzenie analizy określonych w Kodeksie postępowania procesowego regulacji w zakresie gwarancji zniszczenia zapisów zawierających informacje dotyczące rozmów obrońcy z mandantem.

3. W doktrynie prawa procesowego, analizując regulację zawartą w rozdziale 26 k.p.k., nie wskazuje się na wątpliwości dotyczące zgodności przepisów zgrupowanych w tym rozdziale ze standardem konstytucyjnym dekodowanym z art. 42 ust. 2 Konstytucji. Dostrzegając, że przepis ten stanowi podstawę do dekodowania zasady gwarantującej poufność kontaktów z obrońcą, której przestrzeganie stanowi konstytucyjny warunek swobodnego i realnego korzystania z prawa do obrony w aspekcie formalnym, podkreśla się, że realizacji zasady ochrony poufności służy szereg gwarancji, w tym w szczególności przepisy określające zakazy dowodowe³⁰, wśród których centralną i zarazem dominującą pozycję zajmuje art. 178 k.p.k., wyrażający bezwzględny zakaz przesłuchiwanie obrońcy co do okoliczności, o których dowiedział się prowadząc sprawę lub udzielając porady prawnej³¹. Brak wątpliwości co do zgodności z wzorcem konstytucyjnym regulacji zawartej w rozdziale 26 k.p.k. nie oznacza jednak, że przepi-

podobnie kwestię tę ujmuje T. Grzegorzycy podnosząc, że „za niedopuszczalny należy uznać podsłuch wobec osób, co do których istnieje bezwzględny zakaz dowodowy przesłuchania ich w roli świadka [art. 178], natomiast przy tzw. tajemnicach należałoby stosować zasady ogólne, w wypadku gdy podsłuchiwana rozmowa dotyczy konkretnej tajemnicy” – T. Grzegorzycy, *op. cit.*, s. 518). Podobne rozbieżności odnależć można w orzecznictwie, w którym raz wskazuje się, że utrwalone wypowiedzi obrońcy nie mogą zostać procesowo wykorzystane z uwagi na zakaz dowodowy przewidziany w art. 178 k.p.k., co jednak zakłada, że samo przeprowadzenie kontroli i utrwalanie rozmów obrońcy jest jednak dopuszczalne, z drugiej wskazuje się, że „obrońca jest też oczywiście poza kręgiem osób, wobec których dopuszcza się kontrolę i utrwalanie rozmów (art. 237 § 4 k.p.k.)” – uzasadnienie postanowienia SN z 26 X 2011 r., I KZP 12/11.

³⁰ W piśmiennictwie wskazuje się w szczególności na regulację zawartą w art. 178 pkt 1 k.p.k., art. 199 k.p.k., art. 225 § 3 k.p.k., a także na niemające statusu zakazów dowodowych regulacje zawarte w art. 73 k.p.k., art. 8 § 3 k.k.w. oraz art. 6 ustawy z dn. 26 V 1982 r. Prawo o adwokaturze.

³¹ Zob. w szczególności P. Wilniński, *Proces...*, *op. cit.*, s. 180 i n.; P. Hofmański, [i inni], *op. cit.*, [wyd. 2], s. 970; R.A. Stefański, w: J. Bratoszewski [i inni], *op. cit.*, s. 1020; T. Grzegorzycy, *op. cit.*, s. 518). Zob. też uzasadnienie postanowienia SN z 26 X 2011 r., I KZP 12/11.

sy zamieszczone w tym rozdziale w istocie nie generują żadnych trudności w sferze związanej z relacją zawartych w tym rozdziale rozwiązań z określonymi w art. 178 i art. 225 § 3 k.p.k. zakazami dowodowymi. Analizując zamieszczone w Kodeksie postępowania karnego regulacje dotyczące ochrony informacji uzyskiwanych przez obrońcę w związku z wykonywaniem tej funkcji procesowej dostrzec można, że wskazany powyżej przepis art. 178 k.p.k. ustanawia bezwzględny niezupełny zakaz dowodowy³², skierowany do wszystkich organów procesowych, tj. zarówno tych prowadzących postępowanie przygotowawcze, jak i sądu. Charakter wyrażonego w art. 178 k.p.k. zakazu jest tak stanowczy, że za niewątpliwy przyjmuje się brak możliwości jego uchylecia także w sytuacji, gdy na ujawnienie informacji uzyskanych przez obrońcę w związku z pełnieniem tej funkcji procesowej wyrażą zgodę wszyscy zainteresowani³³. W tym zakresie nie zachodzi żadna różnica między regulacją Kodeksu postępowania karnego a rozwiązaniem statuowanym w art. 6 ustawy – Prawo o adwokaturze. Rozwiązanie zawarte w art. 178 k.p.k. uzupełniają – sygnalizowane już wyżej – regulacje dotyczące ochrony tajemnicy obrończej związanej z zawartością akt adwokata, w tym pism lub innych dokumentów obejmujących okoliczności związane z wykonywaniem funkcji obrońcy³⁴.

Zgodnie z art. 225 § 3 k.p.k. organ procesowy, po zapoznaniu się z oświadczeniem obrońcy lub innej osoby, od której żąda się wydania rzeczy, lub u której dokonuje się przesłuchania, że pismo lub inny dokument obejmuje okoliczności związane z wykonywaniem funkcji obrońcy, zobowiązany jest do pozostawienia tych pism lub dokumentów wymienionej osobie bez zapoznania się z ich treścią lub wyglądem. Nie ma wątpliwości, że przytoczony przepis ma charakter szczególny, odnoszący się do zasady ochrony tajemnicy obrończej w zakresie dotyczącym informacji zgromadzonych w pismach lub innych dokumentach i stanowi dopełnienie regulacji zawartej w art. 178 k.p.k.³⁵ Jakkolwiek z teoretycznego punktu widzenia możliwe by-

³² W istocie przepis art. 178 k.p.k. statuuje zakaz korzystania, bez możliwości uchylecia, ze źródła dowodowego, jakim jest obrońca, co do faktów, o których dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę. Zakaz ten nie oznacza oczywiście braku możliwości przesłuchania obrońcy co do innych, niewskazanych w art. 178 k.p.k. okoliczności.

³³ Zob. m.in. L.K. Paprzycki, w: J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2010, s. 770 i n.

³⁴ Na taką relację między przepisami art. 178 k.p.k. i art. 225 § 3 k.p.k. wskazuje jednoznacznie T. Grzegorzczak, *op. cit.*

³⁵ Por. uwagi zamieszczone w uzasadnieniu postanowienia SN z 26 X 2011 r., I KZP 12/11.

łoby wprowadzenie zakazu zapoznania się z treścią i wyglądem pism lub innych dokumentów obejmujących informacje związane z wykonywaniem funkcji obrońcy z brzmienia art. 178 k.p.k., wszak zapoznanie się z treścią tych dokumentów można byłoby bez większych trudności uznać za obejście zakazu wyrażonego w art. 178 k.p.k.³⁶, to jednak prawodawca zdecydował o odrębnym, szczególnym i samodzielny uregulowaniu omawianego zakazu. Można, jak się wydaje, w powyższym kontekście twierdzić, że regulacja kodeksowa przewiduje szczególne zabezpieczenia chroniące tajemnicę obrończą, jako jeden z fundamentalnych elementów konstytucyjnego prawa do obrony w aspekcie formalnym w odniesieniu do informacji, jakimi dysponuje obrońca poprzez bezwzględny niezupełny zakaz dowodowy przewidziany w art. 178 k.p.k. oraz w odniesieniu do informacji zawartych w pismach lub innych dokumentach obrońcy poprzez bezwzględny zakaz dowodowy określony w art. 225 § 3 k.p.k.

W powyższym kontekście nieco zaskakująca jest przedstawiona już wyżej konstatacja, że przepisy rozdziału 26 k.p.k. nie zawierają odpowiednika art. 225 § 3 k.p.k., stanowiącego podstawę ochrony tajemnicy obrończej w zakresie czynności określanych jako tzw. podsłuch procesowy. Przepisy zawarte w rozdziale 26 k.p.k. nie tylko nie statuują *expressis verbis* zakazu kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych prowadzonych przez obrońcę z mandantem, lecz także nie przewidują żadnej szczególnej regulacji określającej sposób postępowania w sytuacji pozyskania w związku z realizacją kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych z utrwalonych zapisów zawierających informacje mające status danych objętych tajemnicą obrończą. W tym kontekście interesujące okazać się może przywołanie stanowisk Prokuratora Generalnego, Marszałka Sejmu oraz Rzecznika Praw Obywatelskich przedstawionych w związku z toczącym się aktualnie przed TK postępowaniem dotyczącym zgodności z art. 42 ust. 2 i art. 51 ust. 2 i ust. 4 Konstytucji przepisów art. 19 ust. 15 i 17 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji³⁷.

Odnosząc się do kwestii ochrony tajemnicy obrończej Marszałek Sejmu stwierdził, że „także regulacje k.p.k. dotyczące tzw. podsłuchu procesowego *expressis verbis* nie zawierają zakazu prowadzenia kontroli. Jednakże ustawodawca, realizując prawo do obrony, wprowadził do Kodeksu postę-

³⁶ Zob. w szczególności stanowisko P. Wilińskiego, wskazującego na taki sposób uzasadnienia braku możliwości procesowego wykorzystywania utrwalonych zapisów rozmów obrońcy z mandantem – P. W i l i Ń s k i, *Proces...*, *op. cit.*, s. 181. Por. też stanowisko Prokuratora Generalnego przedstawione w sprawie SK 7/10.

³⁷ Dz.U. z 2007 r., Nr 43, poz. 277 ze zm.

powania karnego wiele procesowych gwarancji, które pozwalają zachować poufność kontaktów pomiędzy obrońcą a oskarżonym. [...] Przede wszystkim należy do nich, sformułowany w art. 178 k.p.k., bezwzględny zakaz dowodowy przesłuchiwania jako świadków obrońcy lub adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1 k.p.k. co do faktów, o których dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę. [...] Natomiast zgodnie z art. 225 § 3 k.p.k. organ procesowy nie może żądać wydania pism lub innych dokumentów zawierających wiadomości objęte tajemnicą obrończą, a w przypadku ich uzyskania zapoznawać się z ich treścią lub wyglądem”³⁸.

Podobne stanowisko przedstawił Prokurator Generalny wskazując, że „polska procedura karna zawiera stosowne gwarancje, chroniące poufność osobistych kontaktów oskarżonego (podejrzanego) z jego obrońcą, w rozumieniu orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz standardów prawa międzynarodowego. W szczególności, zgodnie z art. 178 § 1 k.p.k., nie wolno przesłuchiwać jako świadka obrońcy lub adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1, co do faktów, o których dowiedział się udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę. [...] Ze wspomnianym wyżej art. 178 § 1 k.p.k. korespondują regulacje zawarte w art. 6 Prawa o adwokataturze. [...] Z kolei przepis art. 73 § 1 k.p.k. stanowi, że oskarżony tymczasowo aresztowany może porozumiewać się ze swym obrońcą podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie. [...] Regulacje, mające na celu ochronę tajemnicy obrończej, w tym zasady poufności kontaktów oskarżonego z jego obrońcą, zawiera art. 225 § 3 k.p.k. [...] w końcu wypadaloby wspomnieć o regulacji zawartej w art. 8 § 3 k.k.w. Zgodnie z tym przepisem, skazany pozbawiony wolności może porozumiewać się ze swoim obrońcą lub pełnomocnikiem będącym adwokatem lub radcą prawnym podczas nieobecności innych osób. [...] Analiza przytoczonych wyżej regulacji w kodeksie postępowania karnego, kodeksie karnym wykonawczym i Prawie o adwokataturze z jednej strony oraz w ustawie o Policji z drugiej strony, upoważnia do wysnucia wniosku, że o ile w toku procesu karnego tajemnica obrończa znajduje szereg stosownych zabezpieczeń, to w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych brak jakiegokolwiek ochrony normatywnej w tym zakresie. W szczególności zakwestionowany art. 19 ustawy o Policji nie zawiera regulacji określających granice wkraczania, w drodze czynności operacyjno-rozpoznawczych, w prawo do obrony w zakresie zachowania

³⁸ Stanowisko Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej przedstawione przez Marszałka Sejmu na podstawie art. 34 ust. 1 w zw. z art. 277 pkt 2 ustawy z dn. 1 VIII 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym w sprawie skargi konstytucyjnej SK 7/10, Warszawa 28 IX 2010 r., s. 15–17.

tajemnicy obrończej ani gwarancji proceduralnych, towarzyszących temu wkraczaniu”³⁹.

Z kolei Rzecznik Praw Obywatelskich podniósł, że „analizując przepisy regulujące postępowanie karne, dojść należy do uzasadnionego wniosku, że proces karny zawiera gwarancje skutecznego prawa do obrony. Do takich gwarancji zaliczyć należy w szczególności zakaz dowodowy z art. 178 § 1 k.p.k. [...] Do gwarancji skutecznego prawa do obrony przewidzianych na gruncie procedury karnej zaliczyć również należy korespondujące z omawianym wyżej zakazem dowodowym dwie zasady tj. zasadę poufności kontaktów tymczasowo aresztowanego z obrońcą wyrażoną w art. 73 § 1 k.p.k. i zasadę ochrony tajemnicy pism lub innych dokumentów obejmujących okoliczności związane z wykonywaniem funkcji obrońcy wyrażoną w art. 225 § 3 k.p.k. Wyjątkiem w tej materii są zastrzeżenia z § 2 i 3 art. 73 k.p.k. [...] Wspomnieć należy również w tym miejscu, iż poza wyżej wskazanymi rozwiązaniami kodeksowymi, ochronę tajemnicy adwokackiej statuuje art. 6 ustawy Prawo o adwokaturze [...]. W tym stanie rzeczy uznać wypada, że kontrola treści rozmów, kontaktów podejrzanego z jego obrońcą dokonywana przez organy władzy publicznej – poza wyjątkami przewidzianymi w § 2 i 3 art. 73 k.p.k. – jest niedopuszczalna i nielegalna na poziomie norm konstytucyjnych, jak i wskazanych wyżej rozwiązań ustawowych. Analizując natomiast uregulowania zawarte w art. 19 ustawy o Policji wskazać wpada, iż w przeciwieństwie do wyżej omówionych gwarancji kodeksowych, przepis ten nie odnosi się w żadnej mierze do zapewnienia skutecznego prawa do obrony – przejawiającego się przede wszystkim w zapewnieniu poufności kontaktów podejrzanego z jego obrońcą – w trakcie wykonywania czynności w ramach kontroli operacyjnej, przez co, w moim przekonaniu, dochodzi do nieuzasadnionego i niedozwolonego różnicowania przez ustawodawcę poziomu ochrony prawa do obrony podczas podsłuchu operacyjnego od tego, który jest stosowany podczas procesu”⁴⁰.

Przytoczone wypowiedzi pozwalają konstatować, że jakkolwiek nie wywołuje wątpliwości brak stosownej regulacji dotyczącej ochrony tajemnicy obrończej w rozdziale 26 k.p.k., a tym samym brak przepisu wyrażającego zakaz przeprowadzania kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych obrońcy z mandantem w ramach tzw. podsłuchu procesowego, to jednak z uwagi

³⁹ Stanowisko Prokuratora Generalnego przedstawione na podstawie art. 33 w zw. z art. 52 ust. 1 ustawy z dn. 1 VIII 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym w sprawie skargi konstytucyjnej SK 7/10, Warszawa 6 VII 2010 r., s. 13–16.

⁴⁰ Stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich w sprawie skargi konstytucyjnej SK 7/10, Warszawa 25 X 2010 r., s. 6.

na treść przepisów: art. 178 k.p.k., art. 225 § 3 k.p.k., art. 73 § 1 k.p.k., art. 6 ustawy – Prawo o adwokaturze oraz art. 8 § 3 k.k.w. – proces karny zawiera gwarancje skutecznego prawa do obrony także w zakresie tzw. podsłuchu procesowego, zaś kontrola treści rozmów, kontaktów podejrzanego z jego obrońcą – poza wyjątkami przewidzianymi w art. 73 § 2 i 3 k.p.k. – jest niedopuszczalna i nielegalna⁴¹. Stanowisko to nie zostało jednak poparte nie tylko szerszą, ale wręcz żadną argumentacją odnoszącą się do wzajemnych relacji wymienionych wyżej przepisów, tj. art. 178 k.p.k., art. 225 § 3 k.p.k., art. 73 § 1 k.p.k. oraz art. 8 § 3 k.k.w. do przepisów zamieszczonych w rozdziale 26 k.p.k. oraz ich znaczenia w kontekście możliwości interpretacji z regulacji zawartej w Kodeksie postępowania karnego zakazu kontroli i utrwalania rozmów obrońcy z mandantem w formie tzw. podsłuchu procesowego oraz braku możliwości wykorzystania utrwalonych zapisów tych rozmów w trakcie procesu na podstawie art. 393 § 1 k.p.k. Nie wyjaśniono także znaczenia braku jakiegokolwiek regulacji zawartej w rozdziale 26 k.p.k. oraz w przepisach wykonawczych dotyczących zniszczenia utrwalonych zapisów rozmów obrońcy z mandantem.

4. Jakkolwiek w odniesieniu do przepisów zgromadzonych w rozdziale 26 k.p.k. w doktrynie prawa procesowego nie przedstawiono zastrzeżeń co do ich zgodności ze standardem konstytucyjnym, to jednak w odniesieniu do przepisów zawartych w ustawach szczególnych określających zasady przeprowadzania tzw. podsłuchu pozaprocesowego w piśmiennictwie wskazuje się, że „wątpliwości dotyczące swobody kontaktu oskarżonego z obrońcą budzą natomiast obowiązujące przepisy art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji⁴², regulujące zasady prowadzenia kontroli operacyjnej w zakresie, w jakim nie określają granic wkroczenia przez stosujących czynności operacyjno-rozpoznawcze w sferę kontaktów oskarżonego z jego obrońcą oraz gwarancji towarzyszących takiemu wkroczeniu, jak również nie przewidują sposobu postępowania z informacjami uzyskanymi odnośnie takich kontaktów, w tym w szczególności nie określają szczególnej

⁴¹ Identycznie kwestię tę ujmują: R.A. Stefański, w: J. Bratoszewski [i inni], *op. cit.*, s. 1020; T. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 518. Identycznie SN stwierdzając jednoznacznie i lakonicznie, że „obrońca jest też oczywiście poza kręgiem osób, wobec których dopuszcza się kontrolę i utrwalanie rozmów (art. 237 § 4 k.p.k.)” – uzasadnienie postanowienia SN z 26 X 2011 r., I KZP 12/11.

⁴² Analogiczne regulacje zawierają: przepis art. 27 ustawy z dn. 24 V 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu (Dz.U. Nr 74, poz. 676 ze zm.); przepis art. 17 ustawy z dn. 9 VI 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. Nr 104, poz. 708 ze zm.).

procedury niszczenia materiałów pochodzących z podsłuchu operacyjnego, dokumentujących rozmowy podsłuchiwanego z obrońcą, jednocześnie nakazując przekazanie ich wraz z pozostałym materiałem do akt postępowania karnego, pomimo zakazu ich wykorzystania w tym postępowaniu, wynikającego z art. 178 k.p.k. Tym samym niezależnie od zakazu procesowego wykorzystania tych materiałów organy procesowe, w tym także sąd, mają swobodny dostęp do ich treści, mogąc kształtować na ich podstawie przekonanie co do okoliczności sprawy, uzyskiwać informacje co do planowanego sposobu obrony, zamierzeń⁴³. To zaś sprawia, że powyższe regulacje naruszają standard gwarancyjny określony w przepisach Konstytucji, zwłaszcza zaś w art. 42 ust. 2.

Podobne wątpliwości sygnalizowane są w powołanych wyżej stanowiskach przedstawionych przez Marszałka Sejmu, Prokuratora Generalnego oraz Rzecznika Praw Obywatelskich w toku postępowania prowadzonego w sprawie skargi konstytucyjnej dotyczącej oceny zgodności art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji z art. 42 ust. 2 oraz art. 51 ust. 2 i 4 Konstytucji. Odmienność oceny zgodności regulacji zawartej w rozdziale 26 k.p.k. oraz regulacji przewidzianej w art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji z konstytucyjnym standardem gwarancyjnym już *prima facie* może wydawać się zaskakująca, zwłaszcza jeśli uwzględni się podstawę i istotę wątpliwości dotyczących regulacji zawartych w art. 19 ustawy o Policji, które lokuje w tym, że „przepis art. 19 ustawy o Policji, w zakresie, w jakim nie określa granic wkroczenia przez stosującego czynności operacyjno-rozpoznawcze w sferę kontaktów oskarżonego z jego obrońcą oraz gwarancji proceduralnych towarzyszących takiemu wkroczeniu, jak również sposobu postępowania z informacjami uzyskanymi odnośnie takich kontaktów, jest niezgodny z art. 42 ust. 2 oraz art. 51 ust. 2 i ust. 4 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”⁴⁴. W istocie bowiem, konkretyzując zarzut niezgodności wskazanych przepisów z Konstytucją, akcentuje się wadliwość regulacji w dwóch płaszczyznach: określającej granice ingerencji w sferę kontaktów obrońcy z mandantem z uwagi na nieokreślenie przez prawodawcę granic wkraczania w obszar autonomii informacyjnej i poufności relacji między obrońcą a mandantem; korekcyjnej, regulującej sposób postępowania z utrwalonym już materiałem zawierającym zapisy przekazów informacyjnych między obrońcą a mandantem, z uwagi na nieokreślenie szczególnego

⁴³ P. Wiliński, *Proces...*, *op. cit.*, s. 181.

⁴⁴ Takie stanowisko przedstawił Prokurator Generalny w piśmie przesłanym do TK, zawierającym stanowisko w sprawie o sygn. akt SK 7/10.

sposobu postępowania z materiałami zawierającymi informacje utrwalone w wyniku wkroczenia w sferę konstytucyjnie chronionego obszaru autonomii informacyjnej i poufności kontaktów obrońcy z mandantem, w tym w szczególności nie regulującej szczególnej procedury ich niszczenia.

Takie ujęcie podstaw sygnalizowanej niezgodności regulacji zawartej w art. 19 ustawy o Policji z Konstytucją nakazuje w innej nieco niż zarysowana powyżej perspektywie spojrzeć na regulacje dotyczące tzw. podsłuchu procesowego, co do których w piśmiennictwie nie wskazuje się na wątpliwości w sferze zgodności z konstytucyjnym standardem gwarancyjnym. O ile bowiem odwołując się do określonych metod wykładniczych można aplikować do instytucji podsłuchu procesowego regulacje zawarte w przepisach statuujących zakazy dowodowe, i w ten sposób zapobiegać wykorzystywaniu utrwalonych zapisów informacyjnych w toku procesu karnego, o tyle znacznie trudniej przy pomocy tego samego zabiegu wykładniczego uzasadnić istnienie ustawowego zakazu przeprowadzenia kontroli i utrwalania rozmów oraz innych przekazów informacyjnych między obrońcą a jego mandantem. Tym samym na gruncie przewidzianej w rozdziale 26 k.p.k. regulacji tzw. podsłuchu procesowego w perspektywie zgodności z konstytucyjnym wzorcem gwarancyjnym istotne jest nie tylko to, co związane jest z wyłączeniem możliwości procesowego wykorzystania utrwalonych zapisów dotyczących przekazów informacyjnych między obrońcą a jego mandantem, lecz także to, co łączy się z brakiem wyraźnego zakazu dokonywania kontroli i utrwalania rozmów oraz innych przekazów informacyjnych między obrońcą a mandantem.

5. Spoglądając na zakres regulacji zawartych w art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji oraz uregulowań zawartych w rozdziale 26 k.p.k. trudno doszukać się między nimi zasadniczej odmienności w sferze postanowień gwarancyjnych służących ochronie tajemnicy obrończej. Przepis art. 237 § 6 k.p.k. stanowi, że: „prawo odtwarzania zapisów ma sąd lub prokurator, a w wypadkach nie cierpiących zwłoki, za zgodą sądu lub prokuratora, także Policja”. Paragraf 7 tego przepisu zawiera natomiast postanowienie, wedle którego: „prawo zapoznawania się z rejestrem przeprowadzonych kontroli rozmów telefonicznych ma sąd, a w postępowaniu przygotowawczym – prokurator”, zaś § 8 przewiduje ograniczenie, zgodnie z którym: „wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest możliwe zarządzenie takiej kontroli”. W art. 238

§ 3 k.p.k. zawarto dyrektywę, zgodnie z którą: „prokurator po zakończeniu kontroli wnosi o zarządzanie zniszczenia wszystkich utrwalonych zapisów, jeżeli w całości nie mają znaczenia dla postępowania karnego. Sąd orzeka w przedmiocie wniosku niezwłocznie, na posiedzeniu bez udziału stron”. Zaś § 4 tego przepisu stanowi, że „po zakończeniu postępowania przygotowawczego prokurator wnosi o zarządzanie zniszczenia utrwalonych zapisów w części, w jakiej nie mają znaczenia dla postępowania karnego, w którym zarządzono kontrolę i utrwalenie rozmów telefonicznych, oraz nie stanowią dowodu, o którym mowa w art. 237a. Sąd orzeka w przedmiocie wniosku na posiedzeniu, w którym mogą wziąć udział strony”. Trzeba dodać, że art. 238 § 5 k.p.k. przewiduje możliwość wystąpienia z wnioskiem o zarządzanie zniszczenia utrwalonych zapisów przez osobę wymienioną w art. 237 § 4 k.p.k., z tym zastrzeżeniem, że może to nastąpić nie wcześniej niż po zakończeniu postępowania przygotowawczego. Z kolei art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji ust. 15 stanowi, że „w przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania lub mających znacznie dla toczącego się postępowania karnego, Komendant Główny Policji lub komendant wojewódzki Policji przekazuje właściwemu prokuratorowi wszystkie materiały zgromadzone podczas kontroli operacyjnej, w razie potrzeby z wnioskiem o wszczęcie postępowania karnego. W postępowaniu przed sądem, w odniesieniu do tych materiałów, stosuje się odpowiednio przepisy art. 393 § 1 zdanie pierwsze k.p.k.”⁴⁵ Wprowadzone na mocy ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. do art. 19 ustawy o Policji dodatkowe przepisy § 15a i 15b stanowią odpowiednio, że „wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot”, „prokurator, o którym mowa w ust. 1, podejmuje decyzje o zakresie i sposobie wykorzystania przekazanych materiałów.

⁴⁵ Trzeba zaznaczyć, że kwestia możliwości procesowego wykorzystywania informacji zebranych w wyniku stosowania tzw. pozaprosesowego podsłuchu jest nad wyraz kontrowersyjna. Warto w tym kontekście przywołać stanowisko prezentowane przez P. Hofmańskiego, wskazującego, że „jest rzeczą sporną, czy i w jakim zakresie informacje zebrane w tej formie mogą być bezpośrednio wykorzystane dowodowo w procesie karnym, gdyż oznaczałoby to obejście rygorów procesowych określonych w komentowanym przepisie i innych przepisach rozdziału 26. Nie da się jednak nie zauważyć, że ustawodawca dopuszcza procesowe wykorzystanie materiałów operacyjnych z podsłuchu w postępowaniu karnym, nakazując, w odniesieniu do tych materiałów, odpowiednie stosowanie w postępowaniu przed sądem art. 393 § 1 k.p.k. To wszelako zdaje się być dopuszczalne tylko o tyle, o ile materiały zostały zgromadzone poza postępowaniem karnym i nie dla jego celów” – P. H o f m a ń s k i, [i inni], *op. cit.*, [wyd. 4], s. 1301.

Artykuł 238 § 3–5 oraz art. 239 k.p.k. stosuje się odpowiednio”. Zmodyfikowany na mocy powołanej wyżej ustawy przepis art. 19 ust. 17 ustawy o Policji zawiera regulację, zgodnie z którą: „zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały niezawierające dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub dowodów mających znaczenie dla toczącego się postępowania podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu i komisijnemu zniszczeniu. Zniszczenie materiałów zarządza organ Policji, który wnioskuje o zarządzenie kontroli operacyjnej”.

Na gruncie obu regulacji – podkreślić warto to raz jeszcze – brak jest jakiegokolwiek rozwiązania odnoszącego się wprost do zakazu kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych, innych rozmów oraz przekazów informacji między obrońcą a mandantem, zarazem określone zostały podstawy zniszczenia utrwalonych materiałów. Co prawda obie regulacje nieco inaczej określają przesłanki zniszczenia utrwalonych w trakcie podsłuchu materiałów, bowiem ustawa o Policji nakazuje zniszczyć te utrwalone materiały, które nie zawierają dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego, zaś Kodeks postępowania karnego zawiera regulację dotyczącą zniszczenia utrwalonych materiałów niemających znaczenia dla postępowania karnego, w którym zarządzono kontrolę i utrwalanie rozmów oraz nie stanowią dowodu, o którym mowa w art. 237a k.p.k., to jednak żadna z tych regulacji nie zawiera jednoznacznie określonych przesłanek umożliwiających, lub wręcz nakazujących zniszczenie materiałów zawierających informacje objęte tajemnicą obrończą. Ponadto ani regulacja zawarta w rozdziale 26 k.p.k., ani regulacja przewidziana w art. 19 ustawy o Policji nie zawierają szczególnej normy wyłączającej możliwość dokonywania kontroli i utrwalania rozmów oraz innych przekazów informacyjnych między obrońcą a mandantem. W powyższym kontekście interesujące jest rozstrzygnięcie, co stanowi podstawę do prezentowanej w piśmiennictwie tezy, że regulacja zawarta w rozdziale 26 k.p.k. w tym zakresie nie wywołuje wątpliwości z punktu widzenia zgodności z konstytucyjnym standardem gwarancyjnym, które ujawniają się natomiast na gruncie rozwiązania przewidzianego w art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji.

6. Analizując piśmiennictwo z zakresu prawa procesowego trudno odnaleźć w opracowaniach podręcznikowych, komentarzach lub wypowiedziach zawartych w opracowaniach monograficznych, artykułach lub glosach szersze odniesienia do relacji między przepisami rozdziału 26 k.p.k. a treścią art. 178 k.p.k. i art. 225 § 3 k.p.k.⁴⁶ Wskazanie na znaczenie tych przepi-

⁴⁶ W opracowaniach komentatorskich wskazuje się jedynie na wyłączenie możliwości

sów z punktu widzenia możliwości przeprowadzania kontroli i utrwalania rozmów między mandantem i obrońcą, a w szczególności na możliwość uznania na podstawie tych przepisów podsłuchu w omawianym zakresie za „niedopuszczalny i nielegalny zarówno na poziomie norm konstytucyjnych, jak i wskazanych wyżej rozwiązań ustawowych” odnaleźć można wyłącznie w komentarzach autorstwa Ryszarda Stefańskiego i Tomasza Grzegorzcyka, a także w powołanych wyżej pismach zawierających stanowisko Marszałka Sejmu, Prokuratora Generalnego oraz Rzecznika Praw Obywatelskich w sprawie oceny zgodności z art. 42 ust. 2 i art. 51 ust. 2 i 4 Konstytucji przepisu art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji. W żadnym z wymienionych opracowań nie przedstawiono jednak, co było już powyżej sygnalizowane, uzasadnienia takiego twierdzenia. Analizując powołane w tych pismach orzecznictwo można jedynie domniemywać, że przepisy art. 178 i art. 225 § 3 k.p.k. wskazywane są jako podstawa ograniczenia, a raczej wyłączenia możliwości kontroli i utrwalania rozmów mandanta z obrońcą oraz ich procesowego wykorzystania w oparciu o konstrukcję niedopuszczalnego obejścia zakazu dowodowego przewidzianego w art. 178 k.p.k.⁴⁷

przeprowadzania kontroli utrwalania rozmów obrońcy z uwagi na treść zakazu wyrażonego w art. 178 k.p.k. Takie stanowisko w polskim piśmiennictwie prezentują: R. A. Stefański, w: J. Bratoszewski [i inni], *op. cit.*, s. 1020; T. Grzegorzcyk, *op. cit.*, s. 518, a także SN w uzasadnieniu postanowienia SN z 26 X 2011 r., I KZP 12/11. Por. też szerzej: A. Lach, B. Sitkiewicz, Glosa do postanowienia SN z 26 IV 2007 r., I KZP 6/07, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 10, s. 146 i n.; G. Musiałik-Dudzińska, *Dopuszczalność...*, *op. cit.*, s. 92 i n.; Z. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 178 i n.; K. Eichstaedt, *Zarządzenie przez sąd kontroli operacyjnej w ujęciu procesowym*, PiP 2003, nr 9, s. 28 i n.; K. Dudka, *Kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych w projekcie kodeksu postępowania karnego z 1991 r.*, PS 1994, nr 7/8, s. 127 i n.; J. Skorupka, Glosa do postanowienia SN z 26 IV 2007 r., I KZP 6/07, PiP 2008, nr 2, s. 140 i n.

⁴⁷ Na związki między wymienionymi przepisami oraz ich komplementarną funkcję w zakresie ochrony tajemnicy obrończej interesująco wskazuje SN akcentując, że „organy procesowe nie są uprawnione do uzyskiwania tej wiedzy od obrońcy środkami przewidzianymi w procedurze karnej. Wyraża się to w obowiązywaniu bezwzględnego zakazu przesłuchiwania jako świadków obrońcy lub adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1 k.p.k. co do faktów, o których dowiedział się on udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę (art. 178 pkt 1 k.p.k.). Obrońca jest też oczywiście poza kręgiem osób, wobec których dopuszcza się kontrolę i utrwalanie rozmów (art. 237 § 4 k.p.k.). Z tych samych względów w toku przeszukania nie wolno zatrzymać pism lub innych dokumentów obejmujących okoliczności związane z wykonywaniem przez adwokata funkcji obrońcy, niezależnie od tego, czy wykonuje on tę funkcję w sprawie, której dotyczy przeszukiwanie, czy w innej, przy czym samo oświadczenie obrońcy o takim charakterze dokumentów jest wiążące dla organu dokonującego przeszukiwania” – uzasadnienie postanowienia SN z dnia 26 października 2011 r., I KZP 12/11.

Na taki sposób rozumowania zdaje się wskazywać w szczególności powoływane w cytowanych wyżej pismach Prokuratora Generalnego, Rzecznika Praw Obywatelskich i Marszałka Sejmu stanowisko SA w Krakowie, który uznał, że: „słusznie sąd wojewódzki odmówił przeprowadzenia dowodu z zeznań osoby delegowanej przez prokuratora do obecności przy widzeniu oskarżonego z obrońcą na okoliczność treści rozmowy. Przeprowadzenie takiego dowodu naruszałoby prawo oskarżonego do obrony i stanowiłoby obejście zakazu przesłuchiwania obrońcy co do faktów, o których dowiedział się przy pełnieniu swej funkcji”⁴⁸, oraz SA w Lublinie, wskazującego, że skoro przepisy ustawy o Policji „upoważniają sąd do ujawnienia zebranych w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych, prowadzonych w formie kontroli operacyjnej, dokumentów, w trybie stosowanego odpowiednio art. 393 § 1 k.p.k., to wszelkie dokumenty wytworzone i uzyskane podczas tych czynności mogą zostać ujawnione poprzez ich odczytanie, ale, co oczywiste, tylko wówczas, gdy nie dojdzie do naruszenia zakazów dowodowych zawartych w przepisach k.p.k.”⁴⁹ Identycznie wypowiedział się w tej kwestii SN, podkreślając, że: „niezbędnym warunkiem uznania materiałów zdobytych w rezultacie takiej czynności za dowód w postępowaniu karnym, podlegający ujawnieniu na podstawie art. 393 § 1 k.p.k., jest stwierdzenie, że do jego uzyskania i utrwalenia doszło w sposób odpowiadający ustawowemu rygorom”⁵⁰.

Przywołane wyżej wypowiedzi judykatury odnoszą się wprost do możliwości procesowego wykorzystania utrwalonych w trakcie kontroli zapisów rozmów lub innych przekazów informacyjnych pochodzących od obrońcy w oparciu o treść art. 393 § 1 k.p.k. z uwagi na bezwzględny zakaz dowodowy wyrażony w art. 178 k.p.k. Zarazem nie wskazuje się w nich na istnienie lub możliwość dekodowania zakazu wykonywania czynności kontroli i utrwalania rozmów obrońcy. Co więcej, w warstwie technicznej podkreśla się, że selekcionowanie na etapie kontroli i utrwalania rozmów rejestrowanych wypowiedzi w ten sposób, iż wyłączone z czynności polegającej na utrwalaniu rozmów zostaną wypowiedzi obrońcy, jest technicznie niemożliwe, co sprawia, że trudno w takiej sytuacji konstruować zakaz dokonywania tych czynności. Nieco inaczej i bardziej stanowczo w odniesieniu do płaszczyzny możliwości objęcia rozmów lub innych przekazów informacyjnych obrońcy

⁴⁸ Wyrok SA w Krakowie z 25 XI 1993 r., II Aka 144/93. Por. też P.K. Sowiński, *Zwolnienie adwokata z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w procesie karnym*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 3, s. 114 i n.

⁴⁹ Wyrok SA w Lublinie z 9 X 2006 r., II AKa 273/06.

⁵⁰ Postanowienie SN z 22 IX 2009 r., III KK 58/09.

zakresem kontroli i utrwalania rozmów prezentowane jest w doktrynie prawa procesowego, w której wskazuje się, że „ustanowienie proceduralnych gwarancji, ograniczających obowiązek dostarczania organom procesowym informacji, powoduje, że również w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych nie można czynić tego, na co te gwarancje nie pozwalają. Ten kategoryczny zakaz pewnych czynności operacyjnych dotyczy jednak wyłącznie takich zakresów informacji, które w prawie karnym procesowym objęte są zakazami dowodowymi bezwzględными. Brak »obudowania« art. 19 ust. 15 ustawy o Policji wymaganiem respektowania zakazów dowodowych o charakterze bezwzględnym mógłby prowadzić – przez posłużenie się podsłuchem pozaprocesowym – do pozyskiwania pełnowartościowych dowodów z obejściem przepisów kodeksu postępowania karnego, mających charakter gwarancyjny”⁵¹, w ujęciu komentatorskim zaś konstatuje, że: „korzystanie z tego sposobu pozyskiwania dowodów i stosowaniu kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych w stosunku do obrońcy jest niedozwolone, gdyż przepisy k.p.k. i k.k.w. zapewniają w zasadzie pełną ochronę tajemnicy obrończej przed ingerencją organów procesowych”⁵². Trzeba zaznaczyć, że identyczne stanowisko zostało niedawno przedstawione przez SN, zdaniem którego: „za niedopuszczalny należy uznać podsłuch wobec osób, co do których istnieje bezwzględny zakaz dowodowy przesłuchania ich w roli świadka”⁵³.

7. Przytoczone powyżej poglądy opierają się – jak można przypuszczać – na założeniu, wedle którego możliwość procesowego wykorzystania utrwalonych w wyniku kontroli rozmów danych uzależniona jest od stwierdzenia nienaruszenia żadnego z zakazów dowodowych przewidzianych w Kodeksie postępowania karnego, zaś w kontekście stanowiącego zasadniczy przedmiot rozważań problemu możliwości utrwalania oraz wykorzystania rozmów i innych przekazów informacyjnych między mandantem a obrońcą – nienaruszenia zakazu przewidzianego w art. 178 k.p.k. Tym samym stanowisko to zakłada, że regulacje zawarte w rozdziale 26 k.p.k. są uzupełniane przez stosowne przepisy statuujące zakazy dowodowe, w tym w szczególności art. 178 k.p.k. Przy czym zasadniczo pogląd ten opiera się na koncepcji obejścia zakazu dowodowego poprzez wykorzystanie zapisów informacji dotyczących rozmów mandanta z obrońcą, bowiem kontrola

⁵¹ G. Musiałik-Dudzińska, *Dopuszczalność...*, *op. cit.*, s. 62.

⁵² R.A. Stefański, w: J. Bratoszewski [i inni], *op. cit.*, s. 1020.

⁵³ T. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 518.

i utrwalanie rozmów nie ma charakteru przesłuchania obrońcy co do okoliczności, o których dowiedział się udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę. Tym samym przyjmuje się, że uzyskanie tych informacji w wyniku kontroli i utrwalania rozmów lub innych przekazów informacji zastępowałyby zeznania, których uzyskanie jest wykluczone z uwagi na bezwzględny zakaz dowodowy.

Przyjmując to stanowisko należałoby zarazem uznać, że przepisy określające zakazy dowodowe mają charakter szczególny w tym sensie, iż określają w sposób generalny w odniesieniu do całości regulacji zawartej w Kodeksie postępowania karnego oraz w ustawach szczególnych przesłanki i warunki przeprowadzenia określonych czynności procesowych, w tym przesłanki przeprowadzania czynności kontroli i utrwalania rozmów, a także – co zupełnie już w powyższym kontekście oczywiste – przesłanki procesowego wykorzystania określonych informacji w wyniku przeprowadzenia dowodów lub innych czynności, w tym także podsłuchu procesowego oraz podsłuchu pozaprocesowego, prowadzących do uzyskania przez organy postępowania określonych informacji, a w konsekwencji dowodów. Stanowisko to wydaje się uzasadnione, bowiem przyjęcie poglądu przeciwnego skutkowałoby brakiem przeszkód do przeprowadzenia dowodów dotyczących okoliczności objętych zakazem dowodowym oraz brakiem przeszkód do ich procesowego wykorzystania jako dowodów.

Trzeba jednak podkreślić, że przyjęty przez polskiego ustawodawcę sposób uregulowania zakazów dowodowych może stanowić podstawę do prezentowania zastrzeżeń dotyczących tej koncepcji interpretacyjnej, związanych z tym, iż przepis art. 178 k.p.k. odnosi się *expressis verbis* do przesłuchania świadka. Czynności związane z kontrolą i utrwalaniem rozmów telefonicznych mają zupełnie inny charakter, co sprawia, że wykorzystanie zakazu dowodowego określonego w art. 178 k.p.k. opierać się musi na konstrukcji obejścia prawa. Twierdzenie takie z kolei napotyka na swoją trudność w kontekście regulacji zawartej w art. 225 § 3 k.p.k., której odpowiednika nie zamieszczono w rozdziale 26 k.p.k., ani w przepisach ustawy o Policji i pozostałych aktów normatywnych przewidujących regulacje dotyczące tzw. podsłuchu operacyjnego. Niezależnie od powyższych zastrzeżeń trudno nie dostrzec, że wykorzystanie konstrukcji zakazu dowodowego z art. 178 k.p.k. skutkować może przede wszystkim ograniczeniami lub wyłączeniem możliwości wykorzystania utrwalonych treści rozmów telefonicznych w procesie, bowiem przepis ten stanowić może podstawę do wyłączenia możliwości odczytania zapisów na podstawie art. 393 § 1 k.p.k. Stanowisko takie prezentowane jest konsekwentnie w orzecznictwie, przy

czym odnosi się ono zarówno do regulacji zawartej w rozdziale 26 k.p.k., jak i do rozwiązań szczególnych określających podstawy, zakres i tryb pozaprosesowej kontroli i utrwalania rozmów. Przyjęcie przedstawionego wyżej poglądu skutkować jednak musi konstatacją, że w zakresie możliwości procesowego wykorzystywania treści rozmów utrwalonych w trakcie podsłuchu nie zachodzi i nie zachodziła także przed dokonaniem nowelizacji art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji żadna różnica, bowiem nie sposób uzasadnić twierdzenia, iż zakaz dowodowy przewidziany w art. 178 k.p.k. rozciągał się na sferę czynności dowodowych, polegających na odczytaniu na rozprawie zapisów utrwalonych treści rozmów telefonicznych w trybie tzw. podsłuchu procesowego na podstawie art. 393 § 1 k.p.k., zaś nie rozciągał się na tę samą czynność realizowaną na podstawie tego samego przepisu w odniesieniu do zapisów utrwalonych treści rozmów w wyniku realizacji tzw. podsłuchu pozaprosesowego.

Z punktu widzenia możliwości procesowego wykorzystywania uzyskanych w wyniku przeprowadzenia podsłuchu zapisów informacyjnych możliwe jest zatem jedynie alternatywne ujęcie: albo przyjęcie koncepcji, wedle której zakazy dowodowe, w tym w szczególności zakaz określony w art. 178 k.p.k., rozciągają się na przypadki pozyskiwania źródeł informacji w trybie podsłuchu procesowego i pozaprosesowego; albo przyjęcie stanowiska przeciwnego, zgodnie z którym w odniesieniu do informacji uzyskanych w drodze podsłuchu nie aktualizuje się zakaz dowodowy z art. 178 k.p.k., przy czym z powodów zupełnie oczywistych twierdzenie to dotyczy zarówno pozaprosesowego, jak i procesowego podsłuchu. Nie dostrzegając dostatecznych racji ku temu, by zaaprobować drugie z przedstawionych powyżej alternatywnie stanowisk, pozostaje konstatować, że *de lege lata* na płaszczyźnie procesowego wykorzystywania informacji uzyskanych w wyniku kontroli i utrwalania rozmów przepis art. 178 k.p.k. stanowi bezwzględną przeszkodę wykluczającą możliwość uznania tych materiałów za dowody w sprawie. Znacznie trudniej natomiast uzasadnić twierdzenie, że zakaz dowodowy przewidziany w art. 178 k.p.k. stanowi podstawę do wyłączenia lub ograniczenia możliwości wykonywania kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych między obrońcą a mandantem, a tym samym tezę, że z tego przepisu można lub wręcz należy dekodować zakaz wyłączający możliwość wkraczania na podstawie regulacji dotyczącej tzw. podsłuchu procesowego i pozaprosesowego – w sferę autonomii informacyjnej i poufności kontaktów osoby korzystającej z prawa do obrony z obrońcą. Dodać trzeba, że stanowisko takie w polskim piśmiennictwie zostało przedstawione wyłącznie w odniesieniu do podsłuchu procesowego. Praktyka stosowania prawa zdaje

się jednak skrzętnie ignorować ograniczenia wnikające z prezentowanych w doktrynie prawa procesowego poglądów.

8. W powyższym kontekście pojawić się musi pytanie, czy ukształtowana w taki sposób regulacja procesowa spełnia w dostatecznym stopniu wymagania wynikające z konstytucyjnego standardu gwarancyjnego w zakresie formalnego aspektu prawa do obrony, nakładającego na ustawodawcę obowiązek takiego ukształtowania systemu prawa, by gwarantował zachowanie autonomii informacyjnej i poufności kontaktów obrońcy z mandantem. Spoglądając na regulacje proceduralne w tym zakresie warto przypomnieć, że za nienaruszający standardu konstytucyjnego uznano w orzecznictwie TK jedynie przypadek uregulowany w art. 73 § 2 i 3 k.p.k., podkreślając, że przewidziane w tych przepisach ograniczenia mają charakter czasowy oraz stosowane są jawnie⁵⁴. W tej perspektywie, zwłaszcza mając na uwadze prezentowane w piśmiennictwie stanowisko, wedle którego w sferze procesowego wykorzystywania utrwalonych w wyniku podsłuchu – procesowego i pozaprocessowego – informacji wyłączenie możliwości ich dowodowego wykorzystania wynika z art. 178 k.p.k. z odwołaniem się do konstrukcji obejścia bezwzględny zakaz dowodowy wątpliwości wywoływać musi brak wyraźnej regulacji ustawowej wyłączającej możliwość przeprowadzania kontroli i utrwalania rozmów między obrońcą a mandantem⁵⁵. Samo wkroczenie w sferę autonomii informacyjnej i poufności kontaktów z obrońcą poprzez kontrolę i utrwalanie treści rozmów objętych tajemnicą obrończą, w stosunku do której ustawodawca wprowadził bezwzględny niezupełny zakaz dowodowy, może być traktowane jako naruszenie konstytucyjnego prawa do obrony w aspekcie formalnym.

⁵⁴ Wyrok TK z 17 II 2004 r., SK 39/02, OTK-A 2004, nr 2, poz. 7.

⁵⁵ Nie zachodzi, jak się wydaje, konieczność szerszego uzasadnienia konsekwencji takiego stanu normatywnego, otwierającego w praktyce możliwość dokonywania czynności podsłuchu, w szczególności pozaprocessowego, skutkującego utrwalaniem rozmów lub innych przekazów informacyjnych pochodzących od obrońcy. Na kanwie takiego właśnie stanu faktycznego, w którym utrwalono i załączono do akt postępowania zapisy zawierające wypowiedzi obrońców w zakresie objętym bezwzględnym zakazem dowodowym złożona została skarga konstytucyjna inicjująca postępowanie o sygn. akt SK 7/10 prowadzone przed TK, w ramach którego przedstawione zostały powoływane wyżej stanowiska Prokuratora Generalnego, Rzecznika Praw Obywatelskich oraz Marszałka Sejmu, wskazujące na niezgodność z konstytucyjnym standardem gwarancyjnym dekodowanym w pierwszej kolejności z art. 42 ust. 2 Konstytucji, statuującego konstytucyjne prawo do obrony.

Szczególnie wyraźnie swoistość regulacji niewyłączającej możliwości kontroli i utrwalania rozmów objętych tajemnicą obrońcą widać przy zestawieniu szczególnej regulacji dotyczącej informacji zawartych w pismach i innych dokumentach przewidzianej w art. 225 § 3 k.p.k., na mocy którego wykluczone jest nawet dokonanie zewnętrznych oględzin tych dokumentów przez organ procesowy, z nieograniczoną możliwością kontroli i utrwalania rozmów mandanta z jego obrońcą. W tym zakresie wszakże z samego faktu przeprowadzenia tej czynności wynikają daleko idące konsekwencje, bowiem organ procesowy zapoznaje się z treścią informacji, objętych bezwzględny zakaz dowodowy. Niczego w powyższym kontekście nie zmienia wynikający z przedstawionej wyżej koncepcji wykładniczej zakaz procesowego wykorzystywania utrwalonych zapisów dotyczących tych informacji na podstawie art. 393 § 1 k.p.k. Dodać należy, że obowiązujące przepisy nie tylko umożliwiają dokonywanie kontroli i utrwalania rozmów obrońcy z mandantem, lecz także – paradoksalnie przepisy, które wprowadzone zostały całkiem niedawno z uwagi na konieczność zwiększenia zakresu regulacji gwarancyjnej – nakładają na prokuratora obowiązek zapoznania się z treścią utrwalonych zapisów, bowiem dopiero przeprowadzenie ich analizy umożliwia dokonanie oceny, czy zawierają one informacje mające znaczenie dla postępowania karnego, w ramach którego zarządził kontrolę i utrwalaniem rozmów lub informacje stanowiące dowód, o którym mowa w art. 237a k.p.k. (art. 238 § 3 i 4 k.p.k.), lub czy zawierają informacje obejmujące dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub dowody mające znaczenie dla toczącego się postępowania karnego (art. 19 ust. 17 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji), a tym samym podjęcie decyzji w przedmiocie ich ewentualnego zniszczenia. Dodać należy, że przepis art. 19 ustawy o Policji umożliwia i nakazuje zapoznanie się z utrwalonymi zapisami rozmów obrońcy z mandantem także przez funkcjonariuszy Policji. W powyższym kontekście można mieć zastrzeżenia co do zgodności tak ukształtowanej regulacji z konstytucyjnym standardem gwarancyjnym.

9. Niezależnie od przedstawionej powyżej kwestii możliwości kontroli i utrwalania rozmów obrońcy z mandantem oraz możliwości, a wręcz konieczności zapoznania się z ich treścią przez funkcjonariuszy Policji oraz prokuratora wątpliwości wywoływać może także regulacja dotycząca przesłanek i trybu niszczenia zapisów informacji utrwalonych w wyniku przeprowadzenia podsłuchu procesowego. Jakkolwiek zmodyfikowany art. 19 ustawy o Policji zawiera regulacje odsyłające do art. 238 § 3–5 k.p.k.

w zakresie przesłanek zniszczenia, a także samoistnie określa podstawy zniszczenia, to jednak w żadnym zakresie regulacje te nie odnoszą się do podmiotu, od którego pochodzą utrwalone w trakcie kontroli rozmów i innych przekazów informacyjnych zapisy, w szczególności zaś ustawodawca nie przewidział w obowiązującej regulacji podstawy zniszczenia utrwalonych zapisów z uwagi na źródło utrwalonych informacji, tj. objęcie zapisem wypowiedzi obrońcy, stanowiących chronioną przez bezwzględny i niezupełny zakaz dowodowy tajemnicę obrończą. W stosownych przepisach prawodawca posługuje się sformułowaniem: „nie mają znaczenia dla postępowania karnego” lub nie zawierają dowodów, o których mowa w art. 237a k.p.k., co zdaje się wiązać podstawę zniszczenia z zawartością treściową utrwalonych zapisów ocenianą z punktu widzenia zakresu dowodzenia wyznaczanego przez typ przestępstwa, w sprawie którego doszło do zarządzenia kontroli. Można oczywiście twierdzić, że za materiały nie mające znaczenia dla postępowania karnego należy uznać także te, które co prawda z punktu widzenia zawartości treściowej mogłyby stanowić interesujący i zarazem znaczący dowód w sprawie, jednak z uwagi na aktualizację przesłanek bezwzględnego zakazu dowodowego nie mogą być w żadnym zakresie procesowo wykorzystane, nie jest to jednak twierdzenie, które w sposób konieczny wynika z omawianej regulacji.

Brak możliwości dowodowego wykorzystania takich zapisów można także rozumieć jako rozstrzygnięcie o braku procesowego znaczenia utrwalonych zapisów dla postępowania karnego, a tym samym o aktualizacji przesłanki ich zniszczenia. Jeżeli jednak dokonuje się oceny zgodności z konstytucyjnym standardem gwarancyjnym regulacji określającej podstawy, zasady i tryb przeprowadzenia kontroli i utrwalania rozmów oraz innych przekazów informacyjnych między obrońcą a mandantem, zarówno w ujęciu dotyczącym tzw. podsłuchu procesowego, jak i tzw. podsłuchu pozaprocessowego, to mając na uwadze publicznoprawną funkcję ochrony tajemnicy obrończej, zarówno z punktu widzenia konstytucyjnego standardu gwarancyjnego, jak i zupełności i przejrzystości konstrukcyjnej systemu prawa można, a w moim subiektywnym przekonaniu wręcz należy poddać pod rozważenie wprowadzenie do systemu prawa szczególnych regulacji odnoszących się do obu wskazanych powyżej płaszczyzn – tj. płaszczyzny przesłanek kontroli i utrwalania rozmów oraz innych przekazów informacyjnych między obrońcą a mandantem oraz płaszczyzny określającej sposoby postępowania z utrwalonymi zapisami zawierającymi treści rozmów oraz innych przekazów informacyjnych między obrońcą a mandantem – sprowadzających się do umieszczenia w ramach każdej z funkcjonujących

w systemie prawa regulacji dotyczącej kontroli i utrwalania rozmów regulacji określającej ogólny zakaz dokonywania takich czynności – tj. procesowej i pozaprocesowej kontroli i utrwalania rozmów i innych przekazów informacyjnych – między obrońcą a mandantem oraz wprowadzenie przepisów dotyczących szczególnej procedury o charakterze korekcyjnym, określających podstawy, sposób i tryb niszczenia materiałów zawierających utrwalone z naruszeniem wskazanego powyżej zakazu zapisy rozmów lub innych przekazów informacyjnych między obrońcą a mandantem. Przy czym w odniesieniu do drugiej z sygnalizowanych sfer proponowanego rozwiązania ustawowego zasadnym wydaje się rozważenie nie tylko jednoznacznego wskazania, że zniszczeniu ulegają utrwalone zapisy zawierające informacje dotyczące obszaru autonomii informacyjnej i poufności kontaktów obrońcy z mandantem, lecz także wprowadzenie zasady niezwłoczności zniszczenia takich zapisów, a także procedury umożliwiającej przedstawienie we właściwej procesowo formie wniosku o zniszczenie zapisów oraz gwarantującej udział zainteresowanego obrońcy w technicznych czynnościach zniszczenia takich materiałów.

Powyższy postulat uzasadnia dodatkowo także i to, że z uwagi na postępujące zmiany technologiczne „właściwe wyważenie proporcji między potrzebami państwa w zakresie ochrony spokoju i bezpieczeństwa a prawami jednostki do poszanowania jej życia prywatnego wymaga obecnie dużo dokładniejszej regulacji prawnej, niż jeszcze kilkadziesiąt lat temu. Wielokrotnie zresztą potrzebę tę podnosił Trybunał Konstytucyjny, choć jak dotąd w zasadzie wyłącznie w odniesieniu do metod pozyskiwania informacji na drodze czynności operacyjno-rozpoznawczych”⁵⁶.

Ogólnikowość obowiązującej regulacji prawnej, niezależnie od ograniczających możliwość stosowania podsłuchu wobec obrońcy wypowiedzi przedstawicieli doktryny procesu karnego, sprawia, że w praktyce stosowania prawa dominuje zasada, iż „dowodem może być wszystko co nie zostało przez ustawodawcę wyraźnie zakazane. Nie kwestionując generalnej trafności tej zasady warto jednak pamiętać, że normy regulujące proces karny, których jedną z podstawowych funkcji jest funkcja gwarancyjna, nie tylko mogą, lecz wręcz powinny wyznaczać precyzyjne granice, w jakich dopuszczalne jest pozyskiwanie dowodów, w tym zwłaszcza, w jakich dopuszczalne jest stosowanie metod istotnie naruszających prywatność

⁵⁶ Por. D. Szumiło - Kulczycka, *Nowe metody pozyskiwania dowodów, a prawo do prywatności*, w: *Księga dedykowana dr Ewie Weigend*, red. S. Waltoś, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”, Rok XV, 2011, s. 297–298.

i prawo do autonomii informacyjnej jednostki. W tym zakresie, jak ujęła to jedna z przedstawicielek doktryny procesu karnego, „nasz kodeks pozostaje bowiem daleko w tyle za zmieniającą się rzeczywistością”⁵⁷.

Inną zupełnie kwestią jest rozstrzygnięcie, czy sygnalizowane wyżej regulacje miałyby odnosić się wyłącznie do treści informacyjnych pochodzących od obrońcy, czy też informacji przedstawianych przez interlokutora, tj. mandanta. O ile bowiem postulat wprowadzenia zakazu kontroli i utrwalania rozmów oraz innych przekazów informacyjnych w odniesieniu do obrońcy można uzasadniać odwołując się do bezwzględnego zakazu dowodowego określonego w art. 178 pkt 1 k.p.k., który co do instytucji procesowego i pozaprocessowego podsłuchu wymaga konkretyzacji w sposób odpowiadający regulacji zawartej w art. 225 § 3 k.p.k. w odniesieniu do pism i innych dokumentów obrońcy, o tyle kwestia możliwości kontroli i utrwalania rozmów i informacji pochodzących od mandanta w ten sposób uzasadniona być już nie może. Co do tej kwestii *prima facie* ujawnia się pytanie o najgłębsze źródło zakazu określonego w art. 178 k.p.k., w tym w szczególności jego ewentualnych związków z zasadą *nemo se ipsum accusare tenetur*⁵⁸. Rozważenie tej kwestii, chociażby z najogólniejszych zarysach, przekraczałoby jednak ramy niniejszego szkicu.

⁵⁷ *Ibid.*, s. 300.

⁵⁸ Zob. szerzej w tej kwestii Z. S o b o l e w s k i, *Samooskarżenie w świetle prawa karnego (nemo se ipsum accusare tenetur)*, Warszawa 1982, oraz powołana w tej pracy literatura przedmiotu i orzecznictwo. Por. też A. S a k o w i c z, *Zasada prawdy materialnej a prawo do milczenia*, w: *Węzłowe problemy procesu karnego*, red. P. Hofmański, Warszawa 2010, s. 645 i n.

