

Kazimierz J. Pawelec*

Zakazy dowodowe, tajemnice zawodowe i inne oraz próby ich omijania podczas czynności operacyjno-rozpoznawczych i procesowych

Streszczenie

Niniejszy artykuł dotyczy trudnej i kontrowersyjnej problematyki pozyskiwania dowodów podczas czynności operacyjno-rozpoznawczych w kontekście procesowo określonych zakazów dowodowych, w tym tajemnicy obrończej, spowiedzi, mediatora, dziennikarza, biegłego i lekarza, a także sięgania po tajemnice zawodowe, w tym adwokacką, radcy prawnego, notariusza, doradcy podatkowego, lekarza, psychologa, statystycznej, pozyskiwania dokumentów zawierających tajemnice oraz oceny tego rodzaju czynności zarówno z punktu widzenia gwarancji konstytucyjnych, jak i określonych przywoleń procesowych. Autor podkreśla konieczność kompleksowej potrzeby zmian przepisów wyłączaających możliwość stosowania koncepcji dowodów pośrednio nielegalnych. Powyższe zostało oparte na analizie orzecznictwa sądowego, poglądach doktryny oraz własnych badaniach autora, który postuluje, żeby wskazany wyżej dorobek został uwzględniony przez ustawodawcę, który pracuje nad zmianą obowiązującego prawa oraz przywróceniem praworządności.

Słowa kluczowe: dowody, świadkowie, tajemnice zawodowe

* Dr Kazimierz J. Pawelec, adwokat, Okręgowa Rada Adwokacka w Warszawie, adiunkt, Instytut Nauk o Bezpieczeństwie, Uniwersytet w Siedlcach, ORCID: 0000-0001-8669-0249.

Wstęp

Wzrost przestępczości, pojawianie się coraz to nowych rodzajów czynów zabronionych, metod ich popełniania wywierają bezsporny wpływ również na postępek w dziedzinie kryminalistyki. W dobie czwartej rewolucji naukowo-technicznej technika kryminalistyczna oraz wszystkie dyscypliny nauk przyrodniczych, ekonomicznych, socjologicznych, psychologicznych, medycznych, informatycznych mają ogromny wpływ na powstawanie nowych możliwości badawczych w kryminalistyce. Nie można jednocześnie zapominać, że elektroniczne maszyny cyfrowe, określone oprogramowania otwierają nowe możliwości efektywniejszego działania służby informacyjno-rozpoznawczej¹.

Nie chodzi przy tym wyłącznie o zapobieganie oraz zwalczanie cyberterroryzmu, przestępczości komputerowej, zorganizowanej, seksualnej, poufności, nienaruszalności i dostępności danych, prawnie chronionym interesom, związanych z treściami informacji internetowych czy też nadużywaniem praw autorskich oraz pokrewnych. Jednakże zastosowanie określonych technik operacyjno-rozpoznawczych w tradycyjnym ich rozumieniu, monitorowaniu cyberprzestrzeni, stosowanie określonych szpiegowskich programów, np. Pegasus, Predatora czy Hermesa, mają swoje ograniczenia określone przez procedurę karną, normy konstytucyjne czy ratyfikowane konwencje międzynarodowe. W praktyce spotykamy próby omijania wskazanych ograniczeń przez obchodzenie zakazów dowodowych, tajemnic zawodowych, handlowych, przemysłowych, prywatności i innych. Spotykane były próby substytuowania informacji uzyskanych nielegalnie oraz przetworzenia ich na legalny materiał dowodowy. Tej też problematyce została poświęcona niniejsza publikacja powstała na podstawie analizy praktyki, zwłaszcza orzecznictwa sądowego, poglądów doktryny oraz badań własnych autora.

Zakazy dowodowe w polskiej procedurze karnej. Zagadnienia podstawowe

Zakazy dowodowe określone zostały m.in. w art. 171 § 5 kodeksu postępowania karnego (k.p.k.), niemożności zastępowania wyjaśnień lub zeznań pismami

¹ Więcej zob. B. Hołyst [w:] *Cyberprzestępczość i bezpieczne systemy zarządzania informacją klasyfikowaną*, red. B. Hołyst, J. Pejaś, J. Pomykała, Warszawa 2013, s. 11–55 oraz podana literatura.

lub zapiskami, brakiem możliwości przesłuchania jako świadka: 1) obrońcy albo adwokata lub radcy prawnego działającego na podstawie art. 245 § 1 k.p.k., co do faktów, o których dowiedział się podczas udzielania porady prawnej lub prowadzenia sprawy; 2) duchownego co do faktów, o których dowiedział się w trakcie spowiedzi (art. 178 k.p.k.). Powołany art. 178 k.p.k. określa bezwzględne zakazy dowodowe. Nie dotyczy, co zrozumiałe, wymienionych osób w sytuacji, gdyby byli podejrzanymi lub oskarżonymi. Powyższe nie dotyczy generalnego zakazu przesłuchania wymienionych osób, a jedynie okoliczności wskazanych w powołanym art. 178 k.p.k.² Przedłożony pogląd należy ocenić jako kontrowersyjny, ponieważ może prowadzić do obejścia wskazanego zakazu dowodowego³.

Trudno wyobrazić sobie, żeby w stosunku do obrońcy był zastosowany podsłuch, naruszono tajemnicę jego korespondencji, pod każdą postacią, z oskarżonym, żeby następnie przekształcić uzyskane w ten sposób informacje na dowód w sprawie. Podobnie należy potraktować duchownego, który określoną wiedzę uzyskał podczas spowiedzi. Jednakże próby obchodzenia wskazanych tajemnic znajdujemy w art. 225 § 3 k.p.k. Dotyczy on zatrzymania rzeczy, tj. pism oraz dokumentów związanych z wykonywaniem obrony przez adwokata lub radcę prawnego, a które zostały ujawnione podczas przesłuchania, oraz możliwości ich wykorzystania. Podzielić należy pogląd Cezarego Kuleszy⁴, że mimo wąskiego ujęcia treści art. 178 w związku z art. 226 k.p.k. występuje niedopuszczalność wykorzystania w procesie treści uzyskanych w trakcie kontroli operacyjnej lub podsłuchu procesowego nagrań rozmów między sprawcą a adwokatem także w sytuacji, gdy w chwili ich odbywania adwokat nie był jeszcze formalnie ustanowiony obrońcą, a nawet wówczas, gdy wypowiedziano mu pełnomocnictwo do obrony czy też nie mógł sprawować obrony z powodu tzw. kolizji interesów.

Podobne zakazy dotyczą przesłuchania jako świadka mediatora na okoliczności, o których dowiedział się od oskarżonego bądź pokrzywdzonego podczas prowadzenia postępowania mediacyjnego (art. 178a k.p.k.). Zakaz ten nie dotyczy informacji o przestępstwach wskazanych w art. 240 § 1 kodeksu karnego (k.k.), czyli dotyczących czynów stypizowanych w następujących przepisach k.k.: 118, 118a, 120–124, 127, 128, 130, 134, 140, 148, 148a, 156,

2 Por. Postanowienie SA w Krakowie z 10 maja 2000r., II AKa 96/00, Lex nr 41728.

3 Por. Wyrok SA w Gdańsku z 11 września 2019r., II A Ka 789/19, Lex nr 2772604; C. Kulesza [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, Warszawa 2020, s. 365.

4 Ibidem.

163, 166, 189, 197 § 3–5, 198, 200, 252 oraz przestępstw o charakterze terrorystycznym.

Powyższe dotyczy również tajemnicy dziennikarskiej. Dziennikarza nie można zwolnić z podania danych umożliwiających identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o tym charakterze, a także identyfikację osób udzielających informacji wydrukowanych lub przeznaczonych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły swoje dane (art. 180 § 3 k.p.k.). Dziennikarz nie może odmówić zeznań, jeżeli posiadał informacje dotyczące przestępstw wymienionych w art. 240 § 1 k.k. Należy wspomnieć, że w praktyce organy ścigania podejmowały próby omijania tajemnicy dziennikarskiej przez np. pozyskiwanie bilingów jego rozmów telefonicznych, prowadzenie inwigilacji, a nawet stosowanie podsłuchu.

Osoby korzystające z wymienionych tajemnic nie mogą być przesłuchane jako świadkowie. Informacje, jakie posiadały, nie mogą być zastępowane wynikami czynności operacyjnych czy też pochodzącymi z innych źródeł substytuowane dowodami pośrednimi.

Nie można także posłużyć się informacjami uzyskanymi z czynności operacyjnych w stosunku do świadka, który skorzystał z prawa do odmowy zeznań, a także biegłego lub lekarza, co zostało sprecyzowane w art. 199 k.p.k. Powyższa kwestia wymaga dokładniejszego omówienia, dlatego że praktyka dostarcza aż nadto przykładów nieprzestrzegania wskazanego zakazu.

Tajemnica biegłego i lekarza

Artykuł 199 k.p.k. określa bezwzględny zakaz dowodowy w zakresie złożonych wobec biegłego lub lekarza udzielającego pomocy medycznej oskarżonemu oświadczeń dotyczących zarzuczonego czynu. Jednakże wskazany bezwzględny zakaz dowodowy nastręcza wielu trudności interpretacyjnych co do jego zakresu. Ustawodawca w rzeczonym przepisie użył określenia dotyczącego oświadczeń oskarżonego złożonych wobec biegłego. Tymczasem rozdział 22 działu V kodeksu postępowania karnego wymienia biegłych, tłumaczy, specjalistów oraz podmioty wskazane w art. 193 § 2 i 2a k.p.k. Należy zatem postawić pytanie, czy wskazany zakaz obejmuje również oświadczenia oskarżonego złożone wobec tłumaczy i specjalistów, a także przedstawicieli jednostek wymienionych w art. 193 § 2 i 2a k.p.k. Wydaje się, że analizowany zakaz dowodowy dotyczy wszystkich podmiotów, wobec których oskarżony złożył oświadczenia. Świadczy o tym użycie przez ustawodawcę słowa „albo”. Tym samym art. 199 k.p.k. powinien obejmować np. specjalistów wykonujących

czynności niepowtarzalne, w tym oględziny miejsca, rzeczy, osoby, pobierających krew do badań czy inne wydzielinę organizmu, sporządzających z tych czynności protokoły. Za zasadnością zaprezentowanego poglądu przemawia wykładnia funkcjonalna pozostająca w zgodzie z aksjologią procedury karnej. Praktyka dostarcza aż nadto przykładów przesłuchiwanie jako świadków specjalistów, którzy nie są biegłymi, w sprawie wiedzy uzyskanej od późniejszych oskarżonych, a dotyczących istoty sprawy. Nie można zapominać, że specjaliści niebędący biegłymi, dysponujący wiadomościami specjalnymi wielokrotnie wykonywali czynności o charakterze dowodowym w postępowaniach karnych lub uczestniczyli w takich czynnościach. Mieli oni wielokrotnie bezpośredni kontakt, podobnie jak tłumacze, z uczestnikami konkretnych zdarzeń, które jeszcze nie zostały uznane za wyczerpujące znamiona konkretnego przestępstwa. Udzielali także pomocy medycznej uczestnikom zdarzeń. Osoby te nie zostały wymienione w treści art. 199 k.p.k., chociaż wykonywały czynności wymagające wiadomości specjalnych właściwych dla biegłych. Wskazani specjaliści podobnie jak inne osoby, również funkcjonariusze policji czy innych służb, mieli bezpośredni kontakt z osobami zamieszkanymi w zdarzenie, ale jeszcze nie podejrzewani, które jeżeli nie zostały zatrzymane oraz poddane specjalistycznym badaniom, to nie występowały dosłownie w żadnej roli procesowej. Niemniej jednak ich także dotyczyła zasada *nemo se ipsum accusare tenetur*, dlatego uzyskane od nich informacje przez biegłych czy specjalistów, tłumaczy bądź inne osoby uczestniczące np. w akcji ratowniczej uzasadniały istnienie ustawowego zakazu dowodowego określonego w art. 199 k.p.k.⁵

Podobnie należy traktować wiedzę uzyskaną przez udzielającego pomocy lekarza, ratownika, osoby ich wspomagające czy inne służby ratownicze. Ważne jest to, żeby określone osoby brały udział w akcji ratowniczej związanej z udzielaniem pomocy, nieważne, czy medycznej czy innej ratującej życie lub zdrowie. Podstawowe znaczenie ma to, że osoby te miały styczność z późniejszym podejrzanym i oskarżonym. Powyższe oznacza, że nie mogły być zwolnione z tajemnicy lekarskiej na podstawie art. 180 § 2 k.p.k., ponieważ art. 199 k.p.k. stanowi *lex specialis*. Oświadczenia złożone wobec lekarza i innych osób uczestniczących w akcji ratowniczej, wykonujących czynności o charakterze dowodowym biegłych, specjalistów, tłumaczy nie mogą stanowić dowodu

5 Por. K.J. Pawelec [w:] *Opiniowanie w sprawach przestępstw i wykroczeń drogowych*, red. idem, P. Krzemień, Warszawa 2023, s. 242–243 oraz podana literatura; K.J. Pawelec, *Zakres obowiązywania zakazu dowodowego określonego w art. 199 Kodeksu postępowania karnego*, „Problemy Kryminalistyki” 2018, nr 3, s. 29–34 oraz podane orzecznictwo i literatura.

także wówczas, gdy zostały złożone przed formalnym postawieniem sprawy w stan oskarżenia⁶.

Za kontrowersyjny należy uznać pogląd, że omawiany zakaz ma dotyczyć wykorzystania oświadczeń oskarżonego złożonych wyłącznie wobec biegłego lub lekarza, niezależnie od tego, ile jeszcze innych osób uczestniczyło w akcji ratowniczej⁷.

Odmienne zapatrywanie stanowiłoby ewidentne przyzwolenie na substytuowanie dowodu nielegalnego dowodem legalnym, mimo że do procesu karnego dopuszczono możliwość wykorzystania dowodów pośrednio nielegalnych, co pozostaje w jaskrawej sprzeczności z zasadami uczciwego procesu.

Zakazy dowodowe a wykorzystywanie dokumentów zawierających tajemnice

Artykuł 226 k.p.k. został umieszczony w rozdziale 25 kodeksu postępowania karnego zatytułowanym „Zatrzymanie rzeczy. Przeszukanie”. Dotyczy on zakazu wykorzystania dokumentów zawierających tajemnicę niejawną lub zawodową jako dowodów w postępowaniu karnym, z odpowiednim zastosowaniem zakazów i ograniczeń określonych w art. 178–181 k.p.k., z wyjątkiem wykorzystania jako dowodów zawierających tajemnicę lekarską, o której wykorzystaniu zdecyduje prokurator. Zwrócić należy uwagę, że przeszukania osób, rzeczy, pomieszczeń służą poszukiwaniu, ujawnianiu, odebraniu, zabezpieczeniu dowodów niezbędnych dla toczącego się postępowania karnego, wkraczają one jednak w konstytucyjnie zagwarantowane prawa jednostki. Powyższe wynika z tego, że dowody pozyskane w czasie przymusowego odebrania powszechnie rozumianych rzeczy, zatrzymania przesyłek, korespondencji mogą być wykorzystane w procesie karnym jedynie wówczas, gdy czynności dowodowe przebiegały zgodnie z dyrektywami rozdziału 25 k.p.k. Przyzwolenie wykorzystania tego rodzaju dowodów zawiera art. 168a k.p.k., którego zgodność z ustawą zasadniczą budzi poważne zastrzeżenia, ale to zupełnie odrębne zagadnienie. Należy podkreślić, że pisma, zapiski, dokumenty, dane zarejestrowane w formie elektronicznej, informacje przechowywane

⁶ Więcej zob. idem, *Rozpytanie i wywiad podczas czynności niepowtarzalnych i ich dowodowe znaczenie w procesie karnym*, „Przegląd Sądowy” 2019, nr 6, s. 92–107.

⁷ Inaczej zob. M. Kornak, *Glosa do postanowienia SN z 28 czerwca 2012r., III KK 366/11*, Lex nr 2013.

w komputerach i telefonach komórkowych mogą zawierać informacje niejawnne, tajemnice zawodowe, w tym bezwzględne, a nawet z życia prywatnego. Dokumenty te mogą być w posiadaniu organu procesowego jedynie wtedy, kiedy zostały dobrowolnie wydane lub złożone przez strony. Procedura karna określa tryb postępowania z takimi pismami lub dokumentami. Artykuł 226 k.p.k. określa sposoby postępowania z tajemnicami, po które sięgnęły organy policyjne w wyniku kontroli operacyjnej lub podsłuchu procesowego, co także mogło mieć miejsce przypadkowo. Dobrośława Szumiło-Kulczycka przedstawiła następujące rygory determinujące możliwości ich wykorzystania:

- pozyskanie lub wykorzystanie w procesie karnym nagrań obejmujących treści oświadczeń osób zobowiązanych do zachowania w tajemnicy informacji niejawnnych o klauzuli „tajne” lub „ściśle tajne”, na które rozciąga się obowiązek zachowania tej tajemnicy, wymaga zgody organu przełożonego nad osobą zobowiązaną do przestrzegania tej tajemnicy;

- pozyskanie lub wykorzystanie w procesie nagrań zawierających treści informacji pochodzących od osób zobowiązanych do zachowania w tajemnicy informacji niejawnnych o klauzuli „zastrzeżone” lub „poufne” albo pochodzących od osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy związanej z wykonywanym zawodem lub pełnioną funkcją, na które rozciąga się obowiązek zachowania tej tajemnicy, będzie wymagało zgody sądu, ale na etapie postępowania przygotowawczego do wykorzystania treści takich nagrań będzie wystarczająca zgoda prokuratora, a przyzwolenie daje art. 168b k.p.k.;

- pozyskanie lub wykorzystanie w procesie karnym nagrań obejmujących treści informacji pochodzących od osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy: adwokackiej, radcy prawnego (z wyjątkiem obrończej i duchownego uzyskanej podczas spowiedzi), doradcy podatkowego, lekarskiej, psychologa, komorniczej, statystycznej, handlowej, przemysłowej lub dziennikarskiej, na które rozciąga się obowiązek zachowania tej tajemnicy, będzie wymagać zgody sądu niezależnie od etapu postępowania, na którym miałyby zostać wykorzystane treści takich nagrań, ale sąd może wyrazić taką zgodę dopiero po ustaleniu, że okoliczność stwierdzona nagraniem nie może być ustalona na podstawie innego dowodu oraz że jej ustalenie jest niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości. Jako niedopuszczalne należy potraktować procesowe wykorzystanie pozyskanych podczas kontroli operacyjnej lub podsłuchu procesowego nagrań rozmów dziennikarza pozwalających na identyfikację autora materiału prasowego albo osoby udzielającej dziennikarzowi informacji do opublikowanego bądź przekazanego do druku materiału, jeżeli zastrzegł on

nieujawnienie swoich danych, a informacje te nie dotyczyły przestępstw wymienionych w art. 240 § 1 k.k.;

– uzyskane z wykorzystaniem nagrań z kontroli operacyjnej lub podsłuchu procesowego osób, które skorzystały z prawa do odmowy zeznań lub uzyskały takie zwolnienie (art. 186 § 1 k.p.k.)⁸.

Przytoczone wyliczenie zostało zaakceptowane przez orzecznictwo sądowe. Przykładowo, w postanowieniu Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 9 czerwca 2020 roku (II AKa 535/20, Lex nr 3 228 033) czytamy: „Zwolnienie świadka z zachowania tajemnicy zawodowej w trybie art. 180 § 2 k.p.k. i przewidziana w art. 226 k.p.k. możliwość wykorzystania jako dowodów dokumentów zawierających tajemnicę zawodową stanowią dwie odrębne instytucje prawa procesowego. Okoliczność tego rodzaju, że przepis art. 226 k.p.k. nakazuje odpowiednie stosowanie zakazów i ograniczeń określonych w art. 178–181 k.p.k. nie oznacza jednocześnie, że kwestie możliwości wykorzystania dokumentów zawierających tajemnicę zawodową należy utożsamiać z instytucją zwolnienia świadka od zachowania tajemnicy zawodowej. Istotnie, odwołując się także do powyższych rozważań, brak sprecyzowania, o jakie konkretnie dokumenty chodzi, rodzi obawę nieograniczonego wykorzystania wszelkiej dokumentacji obejmującej stosunek prawny łączący strony oraz tajemnicę zawodową zeń związaną, z zakresu których radca prawny ma być zwolniony, co jest niedopuszczalne.

Jakkolwiek oskarżyciel publiczny zastrzega konieczność pozyskania bliżej nieokreślonej dokumentacji, co do której domniemywa, że znajdują się w posiadaniu radcy prawnego (bowiem jak zaznaczono wyżej, radca prawny nie został przesłuchany na tę okoliczność), to w pierwszej kolejności powinien wystąpić o jej wydanie w trybie art. 217 § 1 k.p.k., a następnie w sytuacji, w której radca prawny oświadczyłby, że owe dokumenty zawierają informacje objęte tajemnicą zawodową (art. 225 k.p.k.), możliwe byłoby zwrócenie się do sądu z wnioskiem w przedmiocie wykorzystania jako dowodów w postępowaniu karnym dokumentów zawierających tajemnicę radcy prawnego (art. 226 k.p.k.). Brak jest przeciwwskazań, o ile w dalszym toku postępowania pojawi się taka konieczność, aby prokurator po przesłuchaniu radcy prawnego, ponowił wnioski o zwolnienie z tajemnicy zawodowej”⁹.

⁸ Więcej zob. D. Szumiło-Kulczycka [w:] *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 276 i n. oraz podana literatura.

⁹ Por. Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 26 października 2019 r., II AKLz 111/19, Lex nr 111 519; Postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 3 lipca 2019 r.,

Nie może zatem budzić jakichkolwiek zastrzeżeń wciąż aktualny pogląd Ryszarda A. Stefańskiego, że w postępowaniu nie mogą być w ogóle wykorzystywane dokumenty zawierające wiadomości stanowiące tajemnicę obrońcą, spowiedzi ani dokumenty lekarskie zawierające przyznanie się osoby z zaburzeniami psychicznymi do popełnienia czynu zabronionego¹⁰. Podkreślić należy, że przepisy prawa procesowego nie zawierają unormowania, które co do zasady nakazywałoby wykluczyć nielegalnie uzyskane dowody. W kodeksie postępowania karnego istnieje wiele regulacji zakazujących wykorzystania określonych dowodów (art. 171 § 7, art. 186 § 1 *in fine* czy też art. 199 k.p.k.).

Na zakończenie powyższych rozważań należy zauważyć, że w praktyce coraz częściej są spotykane działania organów procesowych, a także powoływanych biegłych związane z pozyskiwaniem informacji zapisanych w sterownikach, „czarnych skrzynkach”, kamerach, GPS nowoczesnych samochodów oraz serwerów producentów. Powyższe wielokrotnie jest pozyskiwane z wykorzystaniem oprzyrządowania nieautoryzowanego przez producentów, poza siecią autoryzowanych przez niego serwisów, z użyciem nieautoryzowanego oprogramowania, a także dostępu do kodów dostępu. Powyższe oznacza zdobywanie informacji chronionych tajemnicą przedsiębiorstw, handlową, a także naruszanie prywatności właścicieli lub użytkowników pojazdów. Jest to jednak odrębne zagadnienie, do tej pory niedostrzegane zarówno przez praktykę, jak i doktrynę, ale ważne, zwłaszcza że zdobywanie istotnych informacji w zdecydowanej większości jest pozyskiwane przez biegłych, czyli podmioty nieuprawnione, które nie zostały wymienione w art. 226 k.p.k.¹¹.

O konieczności eliminacji nielegalnie pozyskanych dowodów

Wprowadzenie do procesu karnego wyników czynności operacyjno-rozpoznawczych czy też z pominięciem określonych zakazów dowodowych,

II AKLz 326/18, OSA „Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych” 2019, nr 3–4, poz. 393; Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 7 lipca 2015 r., 28005/12, Lex nr 1749569.

¹⁰ R.A. Stefański, *Wykorzystanie dokumentów zawierających tajemnicę państwową, służbową lub zawodową w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 5, s. 113–177.

¹¹ Więcej na ten temat zob. K.J. Pawelec, *Informacje zawarte w systemach wspomagających kierującego oraz pojazdach autonomicznych i możliwości ich procesowego wykorzystania w systemie cyberbezpieczeństwa. Udogodnienia oraz zagrożenia*, referat i publikacja na I Międzynarodową Konferencję Naukową „The multidimensionality of cybersecurity”, Józefów, 24–26 kwietnia 2024.

z naruszeniem tajemnic zawodowych, obszarów prywatności niewątpliwie nie powinno mieć miejsca, a przepisy procedury karnej próbujące wskazać zakazy pomijać lub ograniczać powinny zostać uchylone. Podobnie należy potraktować próby substytuowania nielegalnie pozyskanych dowodów dowodami legalnymi z zastosowaniem koncepcji dowodów pośrednio nielegalnych¹².

Należy podkreślić, że ustawodawca nie dał przyzwolenia na dopuszczalność przyjmowania każdego źródła dowodowego jako podstawy do czynienia ustaleń faktycznych. Procedura karna zawiera liczne ograniczenia znacząco jednak osłabione nowelizacjami uczynionymi przez ostatnie 8 lat. Nie dostrzegano przy tym utrwalonego orzecznictwa wyrażającego zapatrywania, że jeżeli dowód uznany za niedopuszczalny został uzyskany z naruszeniem przepisów Konstytucji RP (np. art. 30, 47, 49 czy 51), to nie może stanowić dowodu. W tego rodzaju sytuacji ograniczenie ustawowe wskazane w art. 168a i 168b k.p.k. nie może mieć jakiegokolwiek znaczenia. Z utrwalonego już orzecznictwa Sądu Najwyższego, a także Naczelnego Sądu Administracyjnego wprost wynika, że dopuszczalne jest badanie konstytucyjności przepisu przez inny organ sądowy niż Trybunał Konstytucyjny¹³.

Zwrócić również należy uwagę na judykaty sądowe sprzeciwiające się niekonstytucyjnym regulacjom. Przykładowo, w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z 13 kwietnia 2017 roku czytamy, że prerogatywa prokuratora określona w art. 237a k.p.k. odnosi się wyłącznie do przestępstw wyliczonych enumeratywnie w art. 237 § 3 k.p.k., a nie uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej przeprowadzonej na podstawie przepisów szczególnych nieznanających zastosowania¹⁴. Chodziło o to, że prokurator przed sądem wnioskował o przesłuchanie jako świadka osoby, która odsłuchiwała zarejestrowane rozmowy telefoniczne, ale dotyczące osób spoza zamkniętego kręgu wymienionego w art. 237 § 3 k.p.k., którego to wniosku sąd rejonowy nie uwzględnił.

Podobna sytuacja miała miejsce podczas rozpoznania apelacji prokuratora przez Sąd Apelacyjny w Katowicach. W niej również oskarżyciel próbował

12 Więcej na ten temat zob. *ibidem*; K.J. Pawelec, *Praktyczny komentarz...*, s. 180–182; *idem*, *Substytuowanie dowodowe...*, s. 78–79 oraz podana literatura.

13 Więcej zob. M. Gabriel-Węglowski, *Dopuszczalność badania konstytucyjności przepisu przez inny organ sądowy niż Trybunał Konstytucyjny*, LEX/el. 2022.

14 Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 13 kwietnia 2017 r., XI Ka 129/17, Lex nr 2282522.

substytuować uzyskane nielegalnie dowody zeznaniami funkcjonariusza, który miał z nimi kontakt¹⁵.

Analizując problematykę związaną z pozyskiwaniem dowodów pośrednio nielegalnych, należy wspomnieć o wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 29 września 2016 roku, w którym został sformułowany następujący pogląd: „W przepisie z art. 168a k.p.k. nie chodzi o dowody zebrane w sposób sprzeczny z ustawą, np. informacje uzyskane w ramach kontroli operacyjnej poza procedurami kontrolnymi sądu i wykraczające poza granice dopuszczalności określone przykładowo w art. 19 ustawy z 1990 r. o Policji. Wprawdzie te dowody pozbawione są atrybutu legalności, jednak ich pozyskanie nastąpiło nie za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k., ale z naruszeniem przepisów, czynu zabronionego, ale nie wbrew przepisom, które normują poszukiwanie i pozyskiwanie dowodów w wyniku kontroli operacyjnej [...]”¹⁶.

W tym miejscu nie można nie wspomnieć o wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27 kwietnia 2017 roku. Ze sformułowanych pięciu tez przytoczam dwie, które są szczególnie ważne dla przedłożonych rozważań. W pierwszej z nich czytamy: „Skoro ustawa [...] odnośnie kontroli operacyjnej wymaga, już we wniosku do sądu o jej zastosowanie, wskazania zarówno osoby, której ma ona dotyczyć, jak i czynu lub czynów, odnośnie których kontrola ta ma być zastosowana, to jedynie w takim właśnie podmiotowym i przedmiotowym zakresie, określonym w postanowieniu sądu o zarządzeniu tej kontroli, kontrola operacyjna staje się dopuszczalnym, legalnym wkroczeniem w sferę wolności. Dowody pozyskane wprawdzie w ramach zarządzanej przez sąd kontroli, ale poza jej granicami, a więc niezgodnie z wymogami ustawy, nie są dowodami uzyskanymi legalnie”¹⁷.

Teza druga: „Dowód może zostać uznany za niedopuszczalny, jeżeli został uzyskany z naruszeniem przepisów Konstytucji RP [...]. W takiej sytuacji ograniczenie ustawowe wyrażone zwrotem wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego nie ma zastosowania”¹⁸.

15 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 20 grudnia 2012 r., II AKa 409/12, Lex nr 1246644.

16 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 29 września 2016 r., II AKa 97/16, Lex nr 2208315.

17 Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27 kwietnia 2017 r., II AKa 213/16, Lex nr 2292416.

18 Ibidem. Por. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13 czerwca 2016 r., II AKa 133/16, Lex nr 2171252.

Zakończenie

Podsumowaniem przedłożonego wyводу niech będzie fragment cytowanego wcześniej uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie: „Trudno wszak uznać ograniczenie możliwości wykorzystania dowodów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej zarządzonej co do innego czynu czy osoby, do potencjalnie każdego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego za określone w ustawie – jak wymaga tego art. 49 zd. 2 Konstytucji – przypadków, kiedy wykorzystanie takie było możliwe. Co więcej, choć wymienione przepisy k.p.k. określają sposób owego ograniczenia tajemnicy komunikacji, to jednak przyjęcie, iż prokurator podejmie decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu, zdaje się naruszać art. 175 ust. 1 Konstytucji, który nie wymienia tego organu wśród sprawujących wymiar sprawiedliwości. Skoro bowiem prokurator miałby arbitralnie decydować o wykorzystaniu danego dowodu, i to nie jedynie na etapie postępowania przygotowawczego, lecz w toku całego procesu, to tym samym niejako determinowałoby zakres postępowania dowodowego także w fazie jurysdykcyjnej. Niepodobna jednak, nawet bez odwołania się do Konstytucji, stan taki akceptować. Nie do przyjęcia byłoby, aby wyprowadzać z treści art. 168b k.p.k. (i odpowiednio art. 237a k.p.k.) wniosek, że to prokurator definitywnie przesądza o dopuszczalności korzystania przez sąd z dowodu uzyskanego w drodze kontroli operacyjnej. Uznać zatem wypada, że na etapie postępowania sądowego prokurator może jedynie postulować przeprowadzenie takiego dowodu, wykorzystanego we wcześniejszej fazie postępowania, do sądu należeć będzie ocena takiego wniosku [...]”¹⁹.

Intencją niniejszej publikacji adresowanej przede wszystkim do ustawodawcy pracującego nad zmianami procedury karnej oraz innych ustaw jest, żeby w szerokim zakresie dostrzegał obszerny dorobek orzecznictwa sądowego, nauki oraz przewidywał następstwa uchwalanego prawa z uwzględnieniem, że ma już miejsce czwarta rewolucja naukowo-techniczna, w tym rozwój nowych technologii, informatyki, co stwarza wiele pokus dla władzy wykonawczej, czego doskonałym przykładem może być nielegalne oprogramowanie Pegasus, a także innych technik mających coraz większe możliwości. Ich zastosowanie musi być pod ścisłą kontrolą zarówno sądową, jak i społeczną, co daje gwarancję przestrzegania akceptowanego prawa stojącego na straży

bezpieczeństwa państwa oraz obywateli w powszechnym rozumieniu ich znaczenia. Nie może powtórzyć się sytuacja, którą zajmował się Sąd Apelacyjny we Wrocławiu i wskazał, że nie należy stosować oprogramowania szpiegującego, w tym Pegasusa, do gromadzenia dowodów przez służby policyjne i specjalne. Faktem jest, że w polskich przepisach brakuje zakazu zarówno stosowania takiego oprogramowania, jak i ograniczenia jego zastosowania. Jego stosowanie narusza prawa konstytucyjne. Jest to bardzo daleko idąca ingerencja w prywatność i nie może się ona odbywać w sposób nieograniczony, bez jasnych zasad i reguł, bez właściwej kontroli sądowej²⁰.

Bibliografia

- Cyberprzestępczość i bezpieczne systemy zarządzania informacją klasyfikowaną*, red. B. Hołyst, J. Pejaś, J. Pomykała, Warszawa 2013.
- Gabriel-Węglowski M., *Dopuszczalność badania konstytucyjności przepisu przez inny organ sądowy niż Trybunał Konstytucyjny*, LEX/el. 2022.
- Kulesza C. [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, Warszawa 2020.
- Opiniowanie w sprawach przestępstw i wykroczeń drogowych*, red. K. J. Pawelec, P. Krzemień, Warszawa 2023.
- Pawelec K.J., *Rozpytanie i wywiad podczas czynności niepowtarzalnych i ich dowodowe znaczenie w procesie karnym*, „Przełąd Sądowy” 2019, nr 6.
- Pawelec K.J., *Zakres obowiązywania zakazu dowodowego określonego w art. 199 Kodeksu postępowania karnego*, „Problemy Kryminalistyki” 2018, nr 3.
- Stefański R.A., *Wykorzystanie dokumentów zawierających tajemnicę państwową, służbową lub zawodową w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 5.
- Szumiło-Kulczycka D. [w:] *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012.

Inadmissibility in Evidence, Professional and Other Secrets, and Circumvention Attempts Made as Part of Investigative and Procedural Operations

Abstract

The article deals with the challenging and controversial issues of obtaining evidence as part of investigative operations in the context of procedurally defined inadmissibility in evidence, including attorney-client privilege, seal of confession, mediation secrets, reporter's privilege, expert's privilege and doctor-patient privilege, as well as resorting to professional secrets, including those of advocates, attorneys-at-law, civil-law notaries, tax advisors, doctors, psychologists and statisticians, obtaining documents containing secrets, and evaluating such activities from the point of view of both constitutional

²⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 11 maja 2023 r., II AKa 480/21, Lex nr 3652572.

guarantees and certain procedural permissions. It emphasises the comprehensive need to amend the currently binding provisions, which exclude the applicability of the concept of indirectly illegal evidence. It was based on an analysis of court jurisprudence, views expressed by legal commentators, and the author's own research. The author advocates that the above-mentioned body of work be taken into account by the legislator working on amendments to the currently binding law and on restoring the rule of law.

Key words: evidence, witnesses, professional secrets