

ZASADA JAWNOŚCI A PRAWO DO OBRONY

Media jako „czwarta władza” pojawiły się w demokratycznym społeczeństwie stosunkowo późno, gdyż przez wieki uważano, że przestrzeganie swobód obywatelskich jest w stanie zapewnić klasyczny podział władzy na ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą. Ta ostatnia miała zapewniać przestrzeganie prawa zarówno przez przeciętnego obywatela jak sprawujących władzę wykonawczą. Jak pisał Montesquieu w roku 1757 w „Duchu praw” definicja wolności obywatelskich zawiera sama w sobie element podporządkowania się prawu: „Wolność jest to prawo czynienia wszystkiego, na co ustawy pozwalają: gdyby zaś jeden obywatel mógł czynić to, czego one zabraniają, nie byłoby już wolności, ponieważ inni posiadaliby z natury rzeczy tę samą możliwość”. Autor ten wskazywał także na konieczność powściągnięcia zapędów możliwych tego świata: „Ale wiekiuste doświadczenie uczy, iż wszelki człowiek, który posiada władzę, skłonny jest do jej nadużyć; posuwa się tak daleko, aż napotyka granice. Któż by powiedział! Nawet sama cnota potrzebuje granic. Iżby nie można było nadużywać władzy, trzeba, aby przez naturalną granicę rzeczy władza powściągała władzę. Ustrój może być taki, by nikt nie był zmuszony do czynienia rzeczy, których prawo nie nakazuje, i do zaniechania tych, których prawo dozwala”².

Konieczność zachowania równowagi między trzema rodzajami władzy dostrzegano także w polskiej Konstytucji z 3 maja 1791 r., w której zapisano: „Aby więc całość Państw, wolność obywatelska, i porządek społeczności w równej wadze na zawsze zostawały, trzy

1 Prof. dr hab. Cezary Kulesza, Uniwersytet w Białymstoku.

2 Ch.L. Montesquieu, O duchu praw, Warszawa 1957, t. II, s. 383.

Władze Rząd Narodu Polskiego składać powinny, i z woli Prawa ni-
niejszego na zawsze składać będą; to jest *Władza Prawodawcza* w Sta-
nach zgromadzonych, *Władza Najwyższa* Królu i Straży, i *Władza Są-
downicza* w jurydykcyach na ten koniec ustanowionych, lub ustanowie-
 się mających”.

W obecnych czasach truizmem jest stwierdzenie, że do owego tra-
dycyjnego triumwiratu filarów imperium państwa dołączyły media, sta-
nowiące niewątpliwie języczek równowagi między nimi. Na rolę me-
diów w sprawowaniu władzy wskazał w swoim manifestie z 1994 r.
„Kontrewolucja młodych” były Minister Edukacji Narodowej Roman
Giertych pisząc: „Największym wrogiem zorganizowania narodu do
walki o swoje prawa są środki masowego przekazu...” Demokracja jest
to system, w którym władzę ma ten, kto jest w stanie dotrzeć do ludzi.
Ponieważ dotarcie do ludzi stanowi konieczny warunek prawdziwego
sprawowania władzy, to rzeczywistych rządów w Polsce nie sprawują
Sejm czy Rada Ministrów, ale ludzie decydujący o kształcie massme-
diów.”³ Napisał również prorocze słowa: „Dzisiaj faktyczni władcy te-
lewizji zabezpieczyli się tak, że Rada Ministrów nie ma już wpływu na
obsadę stanowisk w TV”. Autor ten stwierdza dalej: „Poprzez telewi-
zję i gazety można kontrolować nastroje społeczne, wywierać wpływ
na głosowania wyborcze, kształtować postawy moralne (lub niemoral-
ne), lansować nazwiska lub twarze, przemilczać przeciwników itd. Ta
możliwość dotarcia do ludzi sprawia, że jedni postrzegani są jako źli,
a drudzy jako dobrzy. Rozróżnienie takie nie ma często nic wspólnego
z rzeczywistością, ale jest wynikiem sprawnego działania aparatu prop-
agandowego, który wykształcili jeszcze komuniści”.⁴

W innym miejscu swojego manifestu autor ten dostrzega wagę
niezawisłości sędziowskiej, niezbędnej dla właściwego przestrzega-
nia prawa: „Ażebym prawo było przestrzegane, konieczne jest istnienie
sprawnego i niezależnego od władzy wykonawczej i ustawodawczej
aparatu kontrolującego przestrzeganie prawa. Takim aparatem winny
być w Polsce sądy i prokuratury. Niestety jednak aparat ten jest dzi-
siaj w dużym stopniu zależny od władzy wykonawczej, a sędziowie,

3 R. Giertych, *Kontrewolucja młodych*, Warszawa 1994, s. 128.

4 Tamże, s. 129.

dużej mierze ulegają naciskom tej władzy. Niezbędnym więc elementem reformy państwa w duchu sprawiedliwości społecznej jest uniezależnienie sędziów od władzy wykonawczej, chociażby przez ich demokratyczny wybór. Drugim problemem jest kwestia korupcji w aparacie wymiaru sprawiedliwości. Powinno istnieć surowe prawo karzące nieuczciwych sędziów. W starożytnym Rzymie za nieuczciwość sędziego skazywany był na śmierć”.⁵

Do największych „grzechów” sądów, które nie czują ducha swojej walki klasowej autor zalicza stosowanie zbyt łagodnych kar, prowadzących jego zdaniem do szerokiego rozplenienia się przestępczości.

Tak szerokie cytowanie wywodów byłego prominentnego działacza politycznego można podsumować krótką konstatacją, że w aktualnej rzeczywistości społeczno-politycznej niezawisłość wymiaru sprawiedliwości wymagać może obrony ze strony niezależnych mediów.

W przeciwieństwie do procesu śledczego nowożytny proces karny przyjmuje zasadę jawności, w której tradycyjnie rozróżnia się jej aspekt wewnętrzny i zewnętrzny. Zdaniem S. Śliwińskiego pierwszy z aspektów to jawność wobec stron uczestniczących w procesie, zaś drugi (niekiedy zwany zasadą publiczności) to jawność wobec społeczeństwa, wobec każdego, kto chce być świadkiem procesu sądowego⁶. We współczesnej literaturze przedmiotu S. Waltoś jawność zewnętrzną wiąże z pojęciem publiczności procesu, która zatacza dwa kręgi. Krąg węższy publiczności to obecność osób postronnych przy czynnościach procesowych, zaś krąg szerszy, to oprócz prawa osób postronnych do obecności, także prawo prasy (rozumianej szerzej jako media) do informowania społeczeństwa o procesie⁷.

Obaj autorzy dostrzegają gwarancyjne znaczenie tej zasady procesowej, przede wszystkim dla ochrony praw oskarżonego, rzetelnego procesu i budowania szacunku społeczeństwa dla wymiaru sprawiedliwości. Jak stwierdza S. Śliwiński: „Jawność ma wytwarzać w społeczeństwie przekonanie, że ręka sprawiedliwości dosięga winnych, nie

5 Tamże, s. 22.

6 S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1947, s. 119.

7 S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2002, s. 308–310.

krzywdzi niewinnych; jawność leży w interesie oskarżonego, gdyż zabezpiecza go przed samowolą sędziów, niewinnemu zaś daje zadośćuczynienie drogą publicznego oczyszczenia się; leży ona w interesie prawdy materialnej, gdyż osoby zeznające na publicznej rozprawie muszą więcej uważać na swoje zeznania, ich bowiem słowa są pod kontrolą publiczności; jawność zabezpiecza należyte spełnianie obowiązków nie tylko przez sędziów, lecz także przez prokuratorów i obrońców, albowiem proces odbywający się pod publiczną kontrolą niełatwo przedzieli się w „domowe” załatwianie spraw, a formy postępowania będą ściśle zachowane”.⁸ Wśród negatywnych konsekwencji wynikających dla oskarżonego z jawności procesu, wskazuje się na niebezpieczeństwo jego stygmatyzacji, utrudnienie społecznej readaptacji i publiczne roztrząsanie okoliczności przestępstwa może istotnie naruszać prywatność uczestników procesu (np. pokrzywdzonych). Z drugiej strony przedwczesne ujawnienie informacji z postępowania przygotowawczego może utrudnić wykrycie i ukaranie sprawców przestępstw, a niekiedy zbyt szczegółowy opis ich *modus operandi* zachęcać innych do ewentualnego naśladownictwa.⁹

Jeśli chodzi o jawność wewnętrzną wobec oskarżonego, to sprowadza się ona do znajomości stawianych mu zarzutów i dostępu do materiałów dowodowych, a więc gwarancji mieszczących się także w prawie do obrony. Stosunek jawności zewnętrznej do prawa do obrony można uznać za ambiwalentny: prawu do obrony służyć może zarówno realizacja zasady jawności, jak i sięganie po jej wyjątki. Wyłączenie jawności rozprawy może być bowiem podyktowane ważnym interesem oskarżonego i będzie *de facto* sprzyjać prowadzeniu obrony.¹⁰

Podjmując próbę oceny wpływu zasady publiczności na realizację prawa do obrony, zarówno w jej aspekcie materialnym jak i formalnym, skoncentrujemy się na relacjach prasowych z procesów karnych. Na wstępie można jednak uczynić, być może kontrowersyjne założenie, że z reguły realny wpływ mediów na obronę oskarżonego ma charakter negatywny. Istotne znaczenie ma fakt, że potencjalny konflikt zasady

8 S. Śliwiński, *op. cit.*, s. 119–120.

9 S. Waltoś, *op. cit.*, s. 309.

10 P. Williński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006, s. 233–234.

prawa do obrony i zasady publiczności procesu ma wymiar konstytucyjny. W prawie polskim zasada prawa do obrony została podniesiona do rangi konstytucyjnej¹¹. Zgodnie z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP każdy, przeciwko komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może on w szczególności wybrać sobie obrońcę lub na zasadach określonych w ustawie korzystać z obrony z urzędu.

Jak słusznie stwierdza się w polskiej literaturze przedmiotu, skutkiem bezpośredniego stosowania Konstytucji (art. 8 ust. 2 Konstytucji RP) ustawa karna procesowa nie może określać węższego zakresu prawa do obrony, niż czyni to Konstytucja. Jedynie w zakresie prawa do korzystania z obrońcy z urzędu, Konstytucja pozostawia ustawodawcy swobodę do określenia jej zakresu (art. 78 i 81 kpk.)¹². Ponadto w literaturze przedmiotu podnosi się, że zasada prawa do obrony jest najściślej związana z zasadą domniemania niewinności¹³, czego dowodzi chociażby fakt ich wspólnego umieszczenia w jednym artykule Konstytucji (art. 42 ust. 2 i 3) i sąsiadujących przepisach kpk. określających pozycję prawną oskarżonego (art. 5 i 6 § 1 kpk.).

Warto tu wskazać na art. 14 Konstytucji stwierdzający, że Rzeczpospolita Polska zapewnia wolność prasy i innych środków społecznego przekazu. Z kolei, jak wskazano w wyroku NSA w Warszawie z 28.06.2005 r.¹⁴ art. 54 Konstytucji RP w ust. 1 reguluje wolność pozyskiwania informacji, która ma charakter szerszy w stosunku do prawa do uzyskiwania informacji, o której mowa w art. 61 Konstytucji. Zdaniem NSA nie ulega wątpliwości, iż wolność ta, szczególnie istotna w praktyce dla dysponentów środków społecznego przekazu oraz dla dziennikarzy (przedstawicieli prasy) jest wolnością pozyskiwania in-

-
- 11 Należy zauważyć, że istnieją ustawodawstwa, gdzie prawo do obrony nie ma rangi naczelnej zasady procesowej ani tym bardziej nie jest *expressis verbis* regulacją konstytucyjną. Przykładowo w niemieckich podręcznikach procesu karnego jest ono wprawdzie wymieniane jako prawo oskarżonego, lecz nie figuruje w katalogu zasad procesowych, por. K. Volk, *Strafprozessrecht* (2. Aufl.), München 2001, s. 141–150; F. Ch. Schroeder, *Strafprozessrecht* (2. Aufl.), München 1997, s. 28–36.
 - 12 P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1–296, t. I*, (red.) P. Hofmański, Warszawa 2004, s. 50.
 - 13 Por. P. Kruszyński, *Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym*, Warszawa 1983, s. 40.
 - 14 Wyrok NSA z 28 czerwca 2005 r., OSK 1733/04, niepubl. z glosą P. Szkudlarka, ST 2006, nr 10, poz. 70

formacji „na własną rękę” i nie odpowiadają jej, w przeciwieństwie do prawa do informacji, obowiązki innych podmiotów do dostarczania informacji. Jak stwierdził ten sąd art. 54 ust. 2 Konstytucji zawiera w sobie absolutny zakaz ustanowienia przez władzę publiczną cenzury prewencyjnej, ale już nie represyjnej w stosunku do prasy, potwierdzający wyrażoną w art. 14 ustrojową zasadę wolności prasy i innych środków społecznego przekazu.

Z kolei kpk. przewiduje, że uzasadniony interes społeczny będzie przemawiał za wydaniem przez sąd zezwolenia na utrwalenie przebiegu rozprawy (art. 357 § 1 kpk.), gdy przekaz radiowy, telewizyjny, filmowy lub prasowy z przebiegu rozprawy będzie realizacją prawa obywateli do informacji o działalności organów władzy publicznej, co gwarantuje art. 61 Konstytucji RP (art. 10 EKPC); w szczególności, gdy pozwoli to zrealizować jeden z głównych celów postępowania karnego – zapobieganie przestępczości i umacnianie poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego – określony w art. 2 § 1 pkt 2 kpk.

Warunki zezwolenia sądu oznaczają też pośredni wpływ sądu na publikację zarejestrowanego obrazu, poprzez kształtowanie tego, co w ogóle będzie zarejestrowane. Nad ich przestrzeganiem czuwać powinien przewodniczący składu w ramach swych obowiązków i uprawnień płynących z art. 366 § 1 i art. 372 kpk. Sąd nie może natomiast w inny sposób oddziaływać na to, co będzie następnie opublikowane (ocenzurowanie zapisu), nie odnosi się bowiem do tej sytuacji art. 14 ust. 1 prawa prasowego, wymagającego zgody udzielającego informacji na publikację zapisu fonicznego lub wizualnego. To dziennikarz, kierując się zasadami sztuki zawodowej oraz etyką zawodową i obowiązkiem prawdziwego przedstawienia omawianych zjawisk (art. 6 ust. 1 i art. 10 ust. 1 prawa prasowego), decyduje zatem, co z zarejestrowanego obrazu rozprawy będzie ostatecznie opublikowane¹⁵.

Ochronę praw oskarżonego stanowi wyrażony w art. 13 ust. 2 prawa prasowego zakaz publikowania w prasie danych osobowych i wizerunku osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe, bez ich zgody. Zakaz ten przestaje obowiązywać, gdy

15 Szerzej o rejestracji obrazu i publikowaniu danych w świetle art. 13 i 14 prawa prasowego zob. J. Sobczak, *Ustawa prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 195–238.

ze względu na ważny interes społeczny, właściwy prokurator lub sąd zezwoli na upublicznienie ich wizerunku lub danych osobowych. Ma to miejsce zwłaszcza w szczególnie bulwersujących opinię publiczną sprawach. Jednakże w każdym takim przypadku należy szczególnie ostrożnie wyważyć krzyżujące się interesy podejrzanego (oskarżonego), którego chroni zasada domniemania niewinności z prawem opinii publicznej do informacji¹⁶.

Zdaniem R.A. Stefańskiego nie powinno się dopuszczać do nagrywania przez przedstawicieli mass mediów rozprawy, w której zarzut aktu oskarżenia opiera się na poszlakach, kiedy istnieje duże prawdopodobieństwo uniewinnienia oskarżonego. Należy brać pod uwagę ewentualne zachowanie uczestników procesu, zwłaszcza oskarżonego, na którego kamery mogą działać deprymująco, co może utrudniać właściwą obronę. Świadomość, że zachowanie się uczestników jest obserwowane przez szerokie rzesze słuchaczy lub widzów skłania, mimo woli, do pozowania, co prowadzi do zbytnej powściągliwości lub przesady przy składaniu oświadczeń procesowych.¹⁷ Nie można zapominać, że osobom składającym zeznania trzeba stworzyć optymalne warunki swobody wypowiedzi, gwarantowane w art. 171 § 6 kpk. Jednakże dopuszczenie radia, telewizji i filmu na salę rozpraw może być uzasadnione interesem oskarżonego w sytuacji, gdy wcześniej środki masowego przekazu nadały sprawie rozgłos, przedstawiając oskarżonego jako niekwestionowanego sprawcę.

Jeśli chodzi o proces karny jako przedmiot zainteresowań prasy to przeprowadzone w latach 1988–1990 badania doniesień prasowych J. Błachuta wykazały, że 72% tych doniesień dotyczyło fazy postępowania przygotowawczego, 9,9% postępowania sądowego, a 14,8% samego wyroku. Oznacza to, że prasa zorientowana jest przede wszystkim na sygnalizowanie faktów popełnienia przestępstwa. Charakterystyczne jest, że prasa w tym okresie w 47,3% relacji koncentrowała się na czynnościach dochodzeniowych policji, podczas gdy w 12,3% relacji na czynnościach dowodowych, a w 9,1% na akcie oskarżenia. Można to uzasadnić dążnością prasy do informowania o „najświeższych” zdarze-

16 M. Bransztetel, Zasada domniemania niewinności a media, Prok. i Pr. 2006, nr 9, s. 46.

17 R. A. Stefański, (w:) Z. Gostyński J. Bartoszewski, L. Gardocki, S.M. Przyjemski, S. Zabłocki, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 1998, t. II, s. 23.

niach kryminalnych, w jak najkrótszym czasie od dotarcia wiadomości o ich popełnieniu do organów ścigania.¹⁸ Jeśli w relacjach kryminalnych pojawiają się oceny, to w najszerszym zakresie dotyczą one osoby podejrzanego, oskarżonego (35,4%), czynu (32,1%) i ofiary (16,5%). Sprawców oceniano bardzo negatywnie bądź negatywnie w 53,5% przypadków, a bardzo pozytywnie lub pozytywnie w 5,8% przypadków. Prasa w zasadzie unikała ocen organów ścigania czy wymiaru sprawiedliwości. Nie było ani jednego przypadku oceny obrońcy.¹⁹

Odnośnie przewidzianego w art. 31 ust. 2 prawa prasowego zakazu publikowania w prasie danych osobowych i wizerunku osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe, to mimo że typowe było podawanie imienia i pierwszej litery nazwiska (59,3%) i niezamieszczania fotografii tych osób (97,5%), prawie w połowie relacji prasowych istniała, zdaniem czytającego, możliwość identyfikacji sprawcy. W prasowych doniesieniach kryminalnych stosowano najczęściej określenie sprawca przestępstwa (45,5%), rzadziej podejrzany (7,4%) i oskarżony (6,2%). Jeśli uwzględnić, że 72% relacji dotyczyło postępowania przygotowawczego, a tylko w 29,6% relacji podejrzany przyznał się do winy, to należy uznać, że określenie „sprawca przestępstwa” było przez prasę nadużywane i stosowane wobec osób z pogwałceniem zakazu, wynikającego z zasady domniemania niewinności. W 80,7% przypadków relacji sprawstwo uznano za pewne. Zdaniem autorki badań w 51% doniesień prasowych nastąpiło przedwczesne osądzenie podejrzanego czy też oskarżonego.²⁰

Jednocześnie badaniami objęto 30 sędziów rejonowych (Kraków, Tarnów, Warszawa), z którymi przeprowadzono wywiady odnośnie relacji dziennikarskich z procesów i zapytano ich, czy dopuszczają możliwość wpływu tych relacji na podejmowane przez siebie decyzje procesowe oraz ich wpływu na innych uczestników procesu. Sędziowie bardzo nisko ocenili obiektywizm relacji prasowych. Według 76,5% sędziów prasa codzienna, pisząc o sądownictwie, ocenia je negatywnie,

18 J. Błachut, *Doniesienia kryminalne w polskiej prasie codziennej*, (w:) *Relacje o przestępstwach i procesach karnych w prasie codziennej*, (red.) D. Döelling, K.H. Göessel, S. Waltoś, Kraków 1997, s. 90–91.

19 Tamże, s. 92–94.

20 Tamże, s. 99–102.

stosunkowo rzadko bywa neutralna (16,7%) i raczej opowiada się za surowszą polityką karną (56,7%) niż za łagodniejszą. Jednocześnie 76,6% sędziów zdecydowanie zaprzeczyło, że doniesienia prasowe mogły kiedykolwiek wywrzeć wpływ na ich decyzje procesowe, jednak 23,4% nie wykluczyło takiej możliwości. Są natomiast zdania (96,7%), że prasowe informacje o toczącym się postępowaniu mogą wywrzeć wpływ na innych uczestników procesu. W najszerszym zakresie dotyczyć to może świadków (100%) i ławników (73,3%), w nieco węższym oskarżonych (31%), biegłych (27,6%) i prokuratorów.²¹

W tym kontekście należy wskazać na spór w doktrynie procesu karnego, jaki powstał wokół dopuszczalności tzw. „prywatnego podsłuchu” w wyroku Sądu Najwyższego²² z 10 października 2002 r. stwierdzającego, że „przepisy rozdziału 26 kpk. odnoszące się do kontroli i utrwalania rozmów przy użyciu środków technicznych nie dotyczą prywatnego gromadzenia w ten sposób dowodów. Dlatego taśma magnetofonowa z utrwaloną na niej przez pokrzywdzonego (oskarżyciela posiłkowego) rozmową z oskarżonym może stanowić dowód w sprawie karnej, który podlega ocenie na zasadach ogólnych”. W aprobującej glosie do tego wyroku A. Bojańczyk podzielił zdanie SN, że „treść działu V kpk. zatytułowanego »Dowody«, w szczególności przepisy rozdziału 19, w ogóle nie regulują gromadzenia dowodów przez osoby prywatne”. Z takiego stanu rzeczy autor ten wysnuł dość niebezpieczną tezę, że „z regulacji dotyczącej np. prowadzenia kontroli (i utrwalania rozmów) wynika tylko, że prowadzona przez organy ścigania kontrola i utrwalanie rozmów odbywać się może tylko w trybie i warunkach określonych w przepisach art. 237–243 kpk., nie zaś – że podmioty prywatne takiej kontroli prowadzić nie mogą. Ustawa wcale nie wyłącza aktywności stron innych niż oskarżyciel posiłkowy w tym zakresie”.²³ Odnosząc się do treści art. 393 § 3 kpk. autor traktuje ten przepis jako ustawowy zakaz dowodu, którego *ratio legis* wynika z założenia ustawodawcy, że dokumenty prywatne sporządzone w postępowaniu karnym i dla jego celów dotknięte są tak poważną skazą braku obiektywizmu (jako

21 Tamże, s. 106–107.

22 Wyrok SN z 10 października 2002 r., WA 22/02, OSNKW 2002, nr 9–10, poz. 77.

23 A. Bojańczyk, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 10 maja 2002 r., Pal. 2003, nr 7–8, s. 248.

spreparowane specjalnie dla potrzeb procesu w sposób nieuregulowany żadnymi przepisami), że należy je z góry wyeliminować z kręgu dowodów podlegających swobodnej ocenie. Jest to, jego zdaniem, niepodważalne domniemanie niewiarygodności takich dokumentów, które skutkuje ich apriorycznym wyłączeniem z procesu karnego.²⁴

Jednakże przy przyjęciu forsowanego przez siebie założenia, że nagranie taśmy magnetofonowej nie stanowi dokumentu w rozumieniu powołanego przepisu art. 393 § 3 kpk., uznał stanowisko SN za uzasadnione.

W następnych publikacjach A. Bojańczyk rozwinął swoją koncepcję śledztw prywatnych polemizując na łamach Państwa i Prawa²⁵ z R. Kmiecikiem i A. Tarachą w kwestii możliwości wprowadzania do procesu karnego dowodów prywatnych (nawet nielegalnie uzyskanych) i nadania im pełnej mocy dowodowej w procesie. Stał on na niebezpiecznym dla zasady rzetelnego procesu i praworządności gruncie nadrzędności wymogów dążenia do prawdy obiektywnej kosztem zakazów procesowych, a konkretnie w drodze ich zawężającej interpretacji. Zdaniem A. Bojańczyka obecnie obowiązujący kpk. nie zna zakazu dowodowego, który obejmowałby swoją dyspozycją dowody w postaci sporządzonych przez osoby prywatne rejestracji dźwięku na nośnikach elektromagnetycznych i elektronicznych. Wywód swój zakończył dość ryzykowną konkluzją: „Ustawodawca dokonał świadomego i w pełni uzasadnionego aksjologicznie wyboru: w sytuacji kolizji na gruncie procesu karnego dóbr prawnych w postaci zasady prawdy materialnej (umożliwiającej m.in. realizację konstytucyjnego prawa do sądu w sprawach karnych) i potrzeby zapewnienia ochrony konstytucyjnego prawa do prywatności i prawa do tajemnicy komunikowania

24 Tamże, s. 251.

25 A. Bojańczyk, W kwestii dowodu z dokumentów prywatnych w procesie karnym, PiP 2004, z. 8, s. 104–110, gdzie nie zgodził się ze zdaniem R. Kmiecika o traktowaniu takiego „prywatnego nagrania” jako dowodu prywatnego objętego zakazem art. 393 § 3 kpk. i tegoż, Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności niektórych dowodów prywatnych w procesie karnym, Pal. 2004, nr 9–10, s. 44–58. Por. zdanie przeciwne „śledztwom prywatnym”, prowadzonym przez dziennikarzy i osoby prywatne z naruszeniem praw innych obywateli, R. Kmiecik, Dowody prywatne i ich „prywatne gromadzenie” w sprawach karnych, PiP 2004, z. 5, s. 14–15.

się przed naruszeniami ze strony osób prywatnych, pierwszeństwo dał pierwszej z tych wartości”.²⁶

Przyznam, że jako adwokat i prawnik wychowany chyba w zbyt pruderyjnej i skostniałej szkole procesu karnego, która np. zasadę swobodnej oceny dowodów zawarła w art. 7 kpk. przywykła odnosić do oceny, a nie kwestii legalności wprowadzenia dowodu do procesu, nie jestem w stanie w pełni docenić świeżości takich idei. Z drugiej jednak strony cieszę się, że urodziłem się trochę za późno, aby – tak jak moi starsi koledzy adwokaci – na własnej skórze odczuć czasu, gdy dążenie do swoiście rozumianej prawdy obiektywnej (wtedy w jej klasowym wymiarze) było realizowane za wszelką cenę, kosztem praw obywatelskich. Dlatego też bliższe są mi argumenty przeciwnika powyższych haseł, A. Taracha,²⁷ *nomen omen* zwolennika, jak wskazałem wcześniej, rosnącej roli wyników czynności operacyjno-rozpoznawczych w procesie karnym. Autor ten nie odmawia osobom prywatnym prawa do nieformalnego poszukiwania dowodów rzeczowych i dokumentów (także prywatnych) w przewidzianych przez kpk. granicach, jak też informacji o nieznanach jeszcze organom ścigania źródłach dowodowych. Będą to więc działania dostarczające głównie informacji o dowodach (podobnie jak działalność operacyjna), a nie „gotowych” środków dowodowych (zwłaszcza pojęciowych). Muszą to być jednak działania legalne, nie naruszające praw osób trzecich, które „nie wkraczają w kompetencje organów ścigania uprawnionych do działania z urzędu w interesie publicznym”.²⁸ Przykładem takiego dopuszczalnego dowodu mogłoby być nagranie magnetofonowe przebiegu zdarzenia przestępnego, co nie jest kwestionowane w doktrynie.²⁹

Tym większa jest moja sympatia do tego autora (mimo że, w teorii stoimy po przeciwnych stronach barykady), że wspiera on stanowisko przedstawicieli palestry w kwestii tzw. śledztw dziennikarskich.³⁰ Zgadzam się ze stanowiskiem S. Mikkego o przemożnym wpływie mediów

26 A. Bojańczyk, Z problematyki..., *op. cit.*, s. 57–58.

27 A. Taracha, Jeszcze raz w sprawie tzw. „prywatnego gromadzenia” dowodów, PiP 2005, z. 1, s. 90–91.

28 A. Taracha, O dowodach prywatnych w świetle konstytucji – polemicznie, Pal. 2005, nr 1–2, s. 99.

29 Tamże, s. 99 i podana tam literatura.

30 Tamże, s. 95.

na obecny proces karny i wynikających stąd zagrożeń dla zasady domniemania niewinności i prawa oskarżonego do obrony.³¹ Praktyką tolerowaną przez organy ścigania jest prowadzenie „wywiadów” (czy też, jak określa ten autor, „przesłuchań”) dziennikarskich ze świadkiem lub podejrzanym wezwanym przez prokuratora lub sejmową komisję śledczą. Nie można wykluczać w takich sytuacjach prób wpływania przez dziennikarza na przyszłe zeznania lub wyjaśnienia, które te osoby będą składały przed wzywającymi je organami, co np. w przypadku obrońcy mogłoby być poczytane za próbę mactwa lub wypełnianie znamion przestępstwa poplecznictwa określonego w art. 239 kk. Ingerencja nieetycznych dziennikarzy w proces karny może przyczynić się nie tylko do zahamowania lub wypaczenia jego biegu (np. przez oczernianie prowadzących go policjantów lub prokuratorów), lecz także szkodzić, przez stawianie na tanią sensację, nie tylko podejrzanym, lecz także ofiarom przestępstw.³²

Wspólnym mianownikiem wszystkich dyskusji i sporów dotyczących „śledztw prywatnych” jest brak (przynajmniej w publikacjach, do których dotarłem) odniesienia do „śledztw” prowadzonych przez adwokatów. Wymieniani są tam bowiem dziennikarze i „osoby prywatne”. Z kolei, jak wykazały przytaczane badania P. Girdwoynia, sami adwokaci sceptycznie zapatrują się na problem dopuszczalności takich śledztw i praktycznej użyteczności (przy stosunkowo wysokiej ocenie abstrakcyjnej). Wynika to niewątpliwie z negatywnych doświadczeń, jakie obrońcy nabyli w kontaktach z organami procesowymi w trakcie przesłuchiwania przez nie świadków, z którymi obrona miała wcześniejszy kontakt. Z mojej praktyki wynika, że sądy nie chcąc się narażać na wnioski obrony składane na podstawie art. 41 kpk. i w trosce o stosowną kulturę rozprawy nie czynią widocznego rozróżnienia co do wiarygodności świadków oskarżenia i obrony (który to podział, w przeciwieństwie do procesu anglosaskiego nie ma oparcia w kpk.).

31 S. Mikke, *Mediokracja*, Pal. 2004, nr 9–10, s. 103–105. Na niebezpieczeństwo naruszania przez media zagrożeń dla rzetelnego procesu wskazuje się także w literaturze angielskiej i amerykańskiej, por. np. J. Armstrong, *You Say „Fair Trial” and I Say „Free Press”: British and American Approaches to Protecting Defendants’ Rights in High Profile Trials*, *New York University Law Review* 2000, vol. 75, s. 1412–1451.

32 Por. np. C. Kulesza, *Ofiara przestępstwa w polskiej prasie*, (w:) *Relacje o przestępstwach i procesach karnych w prasie codziennej w Niemczech i w Polsce*, (red.) D. Dölling, K. H. Góssel, S. Waltoś, Kraków 1997, s. 151–162.

Zdarzają się jednak dość agresywne ataki słowne prokuratorów (jako czystej wody oskarżycieli) na świadków, wyręczających niekiedy sądy w przypominaniu świadkom o odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania.

Podsumowując te wywody – odnoszące się do problemu dopuszczalności własnych czynności wyjaśniających adwokatów – należy się do nich odnieść pozytywnie, jeśli ich zakresem będą objęte przede wszystkim czynności poszukiwawcze. Ich głównym celem powinno być, zgodnie chociażby z poglądem A. Tarachy, raczej pozyskiwanie informacji dowodowych niż gotowych środków dowodowych. Argumentem na poparcie tezy o generalnej legalności takich działań adwokatów jest szczególna pozycja zajmowana przez obrońców w procesie karnym. Wśród zwolenników różnych koncepcji stanowiska prawnego obrońcy w polskim procesie karnym istnieje zgodność, że obrońcy, z jednej strony jako pomocnicy oskarżonych są zobowiązani do działania wyłącznie na korzyść oskarżonego (art. 86 § 1 kpk.), z drugiej zaś pełnią funkcję publiczną, obejmującą także dbanie o praworządność postępowania. Jeśli tak, to wymóg skutecznego działania na korzyść oskarżonego wymaga, aby w momencie planowania i podejmowania decyzji każdy obrońca posiadał wiedzę i informacje niezbędne do oceny *ex ante* kierunku takich działań do interesu prawnego oskarżonego.³³

Z drugiej zaś, uznanie obrońcy za osobę pełniącą funkcję publiczną powinno skłonić ustawodawcę bądź też organy stosujące prawo do przyznania mu większych uprawnień (ustawowych lub swobody faktycznej) do realizacji stawianych przed nim istotnych zadań, jakie pełni nie tylko w stosunku do oskarżonego, ale i szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości. Pełniąc funkcję publiczną (w swoistym, a nie w znaczeniu określonym chociażby w kk.), nie jest on „czystą” osobą prywatną, a więc zgromadzone przez niego dowody czy informacje powinny mieć większy wpływ (gwarantowany przez ustawę – zmiana art. 393 § 3 kpk. lub praktykę orzeczniczą) na proces karny niż klasycz-

33 Zakres takiej informacji będzie zależny od klasy prawnika, zgodnie z jednym z praw Spencera głoszącym, iż: 1. Dowolny prawnik potrafi rozpoznać sprawę, mając dostateczną liczbę faktów. 2. Dobry prawnik potrafi rozpoznać sprawę bez dostatecznej liczby faktów. 3. Prawnik doskonały potrafi działać przy całkowitej nieznajomości faktów, A. Bloch, Prawnicze prawa Murphy'ego, *op. cit.*, s. 21.

ne „dowody prywatne”. Uwzględnienie publicznego charakteru profesji obrońcy powinno być bowiem postrzegane nie tylko w kategoriach zwiększonej odpowiedzialności za przestrzeganie prawa (granice legalności działań obrońcy), lecz i zwiększonych uprawnień. Jeśli chodzi o dopuszczalność własnych czynności wyjaśniających adwokatów w kontekście kanonów etyki tego zawodu, to powstałe jeszcze w latach 60. XX w. orzecznictwo SN i sądów dyscyplinarnych adwokatury nie zawsze przystaje do obecnej rzeczywistości, gdzie aktywna rola obrońcy i konsensualne formy zakończenia procesu stanowią o jego nowej jakości. Można tu wskazać na orzeczenie Sądu Najwyższego³⁴ z 24 listopada 1962 r., podnoszące, że wezwanie przez obrońcę do zespołu adwokackiego osób, które mają zeznawać w charakterze świadków, w celu odbycia z nimi rozmowy, stwarza pozór urabiania świadków przez adwokata i wywierania wpływu na kształtowanie biegu sprawy, sprzecznego z obowiązującym porządkiem prawnym.³⁵ Jednakże wątpliwości natury etycznej budzić może dyktowanie np. świadkom oskarżenia treści ich oświadczeń, które mają złożyć przed organem procesowym,³⁶ a za sprzeczne także z prawem, jeśli podana w nich treść jest przejawem kłamstwa procesowego.

Powyższe rozważania o ewentualnej dopuszczalności tzw. śledztw własnych obrońców nie zmieniają faktu, że mogą mieć one jedynie charakter prowadzonych przez adwokata osobistych czynności wyjaśniających (przy możliwym korzystaniu – w ograniczonym zakresie – z pomocy prywatnych detektywów)³⁷. Polski obrońca nie ma możliwości powoływania własnych biegłych i ekspertów, jak to jest np. w procesie niemieckim³⁸ czy też korzystania z zespołu wyspecjalizowanych funkcjonariuszy śledczych, jak to ma miejsce w przypadku obrońców ustanowionych przez oskarżonego bądź obrońców z urzędu (public defenders) w procesie amerykańskim.³⁹

34 Orzeczenie SN z 24 listopada 1962 r., R. Adw. 29/62, Pal. 1963, nr 3, s. 87

35 Cyt. za: Z. Krzemiński, *Etyka...*, *op. cit.*, s. 48.

36 Tamże, s. 47–48.

37 O Zastrzeżeniach odnośnie z korzystania przez obrońców z pomocy prywatnych detektywów ze względu m.in. na fakt, że ich działania nie są objęte tajemnicą obrończą, por. np. P. Girdwoyń, *Zarys...*, s. 122 i nast.

38 Por. M. Baumann, *Ermittlungen des Verteidigers*, Baden–Baden 1999, s. 25–30.

39 Por. np. C. Kulesza, *Efektywność udziału obrońcy w procesie karnym w perspektywie prawnoporównawczej*, Zakamycze 2005, s. 163–203 i podana tam literatura.

Dlatego też należy podkreślić po raz kolejny, że wymogiem efektywnej obrony w postępowaniu przygotowawczym jest znajomość tego postępowania, stanowiąca np. *conditio sine qua non* rzeczywistej kontradyktoryjności posiedzeń aresztowych.⁴⁰

W świetle ustawodawstwa polskiego i orzecznictwa sądowego, przez dłuższy czas nie budził wątpliwości fakt, że w czasie orzekania przez sąd w przedmiocie aresztu tymczasowego, w trakcie postępowania przygotowawczego, to nie sąd, lecz prokurator wyraża zgodę na udostępnienie akt sprawy obronie, w tym wniosku o zastosowanie tego środka zapobiegawczego. Jak wynikało z orzecznictwa, odmowa prokuratora (nawet jeśli chodzi o sam wniosek) mogła być rozważana ewentualnie jako przejściowe ograniczenie prawa do obrony.⁴¹ Orzecz-

40 Por. np. wyrok Trybunału w Strasburgu z dnia 15 stycznia 2008 r. w sprawie Łaskiewicz v. Poland, ETPC nr 28481/03, zob. także C. Kulesza, Effective defence in the pre-trial detention proceedings (Remarks in the light of the judgment of the Strasbourg Tribunal of January 15, 2008, Łaskiewicz v. Poland, ECHR nr 28481/03), (w:) Aktualne problemy prawa karnego i kryminologii [red.] E.W. Plywaczewski, Białystok (w druku).

41 Jak stwierdził Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w postanowieniu z 23 sierpnia 2007 r., II AKz 412/07, niepubl. „Kontrolując postanowienie w przedmiocie tymczasowego aresztowania sąd nie może być zwolniony od oceny, czy odmowa dostępu do akt śledztwa nie narusza fundamentalnego prawa osoby tymczasowo aresztowanej do realnej możliwości kontroli zasadności pozbawienia wolności.” Z kolei Sąd Apelacyjny w Katowicach w postanowieniu z 25 kwietnia 2007 r., II Akz 255/07 Prok. i Pr. 2007, nr 11, poz. 29 podkreślił, że specyfika tej fazy procesu karnego, jaką jest postępowanie przygotowawcze, charakteryzujące się przecięż określoną dynamiką, poszukiwaniem dowodów, weryfikacją poszczególnych wersji zdarzeń – na mocy przepisu ustawy – art. 156 § 5 kpk. uzasadnia kompetencje prokuratora do ograniczenia dostępu stronom do materiałów znajdujących się w aktach sprawy. „Uprawnienie to obejmuje również swoim zakresem ten moment procesu, w którym sprawa zawisła przed sądem rozpoznającym wniosek prokuratora o dalsze stosowanie tymczasowego aresztowania w trybie art. 263 § 4 kpk. Wniosek ten zawiera bowiem nie tylko wywoły dotyczące analizy czynności już przeprowadzonych i mających znaczenie w kontekście przesłanek stosowania środków zapobiegawczych, ale również przedstawia działania, które prokurator w najbliższym okresie zamierza – jako niezbędne – przeprowadzić. Zastrzeżenie zatem prokuratora znajdujące oparcie w treści art. 156 § 5 kpk. nie powinno być interpretowane jako naruszenie prawa do obrony – choć jednocześnie fakt ten obligować powinien prowadzącego postępowanie przygotowawcze do prowadzenia czynności w sprawie w sposób szczególnie staranny i efektywny, zwłaszcza gdy podejrzany jest tymczasowo aresztowany”. Tenże sąd w postanowieniu z 8 listopada 2006 r., II AKz 628/06 KZS 2007, nr 1, poz. 85 uznał, że „ogólnikowość argumentacji zamieszczonej w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia jest konsekwencją tego, że w chwili obecnej sprawa znajduje się jeszcze na etapie postępowania przygotowawczego, a prokurator korzystając z uprawnień, jakie daje mu przepis art. 156 § 5 kpk. zastrzegł, że nie wyraża zgody na udostępnienie akt oraz wniosku o przedłużeniu tymczasowego aresztowania stron. Takie zaś zastrzeżenie wiąże sąd, a nadto pośrednio przekłada się też na sposób uzasadniania zapadłych orzeczeń, w których sąd odwołuje się do argumentów nie w pełni znanych czy jasnych dla stron. Niewątpliwie jest to ograniczenie prawa do obrony w znaczeniu materialnym, niemniej ma ono charakter jedynie przejściowy, a prawo do domagania się materiałów dowodowych nie jest prawem absolutnym”.

nictwo sądów apelacyjnych wskazuje także na dominującą rolę prokuratury przy decydowaniu o stosowaniu aresztu, gdyż to na prokuratorach (a nie sądzie) spoczywa *onus probandi* przy udowadnianiu jego zasadności⁴². Należy także dostrzec orzeczenia wskazujące, że spóźnione powiadomienie obrońcy o posiedzeniu aresztowym bądź nawet jego brak stanowi jedynie względne uchybienie procesowe, zaś to obrońca ma udowodniać, że miało ono wpływ na treść orzeczenia.⁴³

Dlatego też istotne znaczenie dla zapewnienia obronie jawności wewnętrznej przez udostępnianie akt postępowania przygotowawczego ma wyrok Trybunału Konstytucyjnego⁴⁴ stwierdzający, że art. 156 § 5 kpk. w zakresie, w jakim umożliwia arbitralne wyłączenie jawności tych materiałów postępowania przygotowawczego, które uzasadniają wniosek prokuratora w przedmiocie tymczasowego aresztowania, jest niezgodny z art. 2 oraz art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Jak wynika z poglądu Trybunału wyrażonego w uzasadnieniu wyroku, zaskarżony przepis regulując kolizję między dwiema wartościami – efektywnością postępowania przygotowawczego i skutecznością obrony osoby aresztowanej – umożliwia nadmierne ograniczenie praw jednostki, może nawet wkraczając w istotę konstytucyjnego prawa do obrony. Zdaniem Trybunału odmowa dostępu do materiałów postępowania przygotowawczego, uzasadniających

42 Jak stwierdził Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w postanowieniu z 23 maja 2007 r., II AKz 239/07, niepubl. Materialny ciężar udowodnienia sformułowanej we wniosku tezy o bezwzględnej konieczności stosowania tymczasowego aresztowania podejrzanego, obarcza prokuratora przedstawiającego ten wniosek sądowi, nie może zostać przerzucona na sąd, a nieudowodnienie tej tezy przed sądem prowadzi do przegrania procesu (także procesu wpadkowego w przedmiocie stosowania tymczasowego aresztowania)”.

43 Jak podniósł Sąd Apelacyjny w Katowicach w postanowieniu z 16 stycznia 2007 r., II AKz 879/05 KZS 2007, nr 5, poz. 53: „Późne zawiadomienie o terminie posiedzenia, ogranicza niewątpliwie prawo obrońcy do udziału w posiedzeniu sądu dotyczącym przedłużenia stosowania tymczasowego aresztowania, o którym mowa w przepisie art. 249 § 5 kpk. Uprawnienie to nie może być jednak traktowane jako obowiązkowy udział obrońcy w posiedzeniu, a więc tym samym nie zachodzi bezwzględna przesłanka odwoławcza z art. 439 § 1 pkt 10 kpk.” Z kolei Sąd Apelacyjny w Białymstoku uznał wprawdzie w uzasadnieniu postanowienia z 27 kwietnia 2006 r., II AKz 93/06 OSAB 2006, nr 1, poz. 43, że niezawiadomienie obrońcy o terminie posiedzenia w przedmiocie przedłużenia tymczasowego aresztowania, mimo że gwarantuje taką zapewnia art. 249 § 5 kpk. i nie postąpienie zgodnie z nakazem wynikającym z art. 117 § 2 kpk. – czynności nie przeprowadza się (...) – „jest rażącym naruszeniem prawa podejrzanego do obrony.” Jednakże ostatecznie oddalił zażalenie obrońcy, stwierdzając, że obrońca nie wykazał... „aby brak jego udziału w posiedzeniu miał wpływ na stan sprawy w stopniu dyskwalifikującym zaskarżone postanowienie”.

44 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 czerwca 2008 r., K 42/07, OTK 2008, nr 77/5/A/.

wniosek prokuratora w przedmiocie tymczasowego aresztowania, nie spełnia także testu subsydiarności. Efektywność tego postępowania można bowiem zagwarantować innymi, mniej dolegliwymi dla obywatela metodami, w tym zwłaszcza większą selektywnością informacji przytaczanych w uzasadnieniu wniosku aresztowego.

W świetle powyższych argumentów Trybunał stwierdził, że zaskarżony przepis w zakresie, w jakim umożliwia wyłączenie jawności materiałów postępowania przygotowawczego uzasadniających wniosek prokuratora w przedmiocie tymczasowego aresztowania, jest niezgodny z art. 42 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Trybunał nie zgodził się więc z opiniami wyrażanymi w doktrynie i orzecznictwie, zgodnie z którymi „nie powinno budzić wątpliwości, że prokurator winien samodzielnie decydować czy, kiedy i w jakim zakresie udostępnić akta” (uzasadnienie, s. 10).

Wprawdzie orzeczenie Trybunału, stwierdzające niekonstytucyjność zbadanego przepisu w zaskarżonym zakresie, nie powoduje utraty przez tę regulację mocy obowiązującej, lecz zdaniem Trybunału powinno spowodować zmianę w stosowaniu zaskarżonego przepisu, polegającą na wyeliminowaniu takiej możliwości jego interpretacji, która jest niezgodna z Konstytucją. Ponadto w opinii Trybunału w razie zainicjowania przez prokuratora postępowania incydentalnego w przedmiocie zastosowania lub przedłużenia tymczasowego aresztowania, oskarżony, którego dotyczyć ma ten środek zapobiegawczy, ma prawo wglądu do materiałów postępowania przygotowawczego – do tej części akt – które stanowią uzasadnienie wniosku prokuratora.

Niezależnie od powyższego, Trybunał stwierdził, że pożądane byłoby wprowadzenie przez ustawodawcę do kwestionowanego przepisu przesłanek ograniczających arbitralne stosowanie zaskarżonej regulacji: „Powinny one polegać na doprecyzowaniu przepisów dotyczących dostępu do akt w związku z zastosowaniem lub przedłużeniem tymczasowego aresztowania w taki sposób, aby oskarżony (jego obrońca) miał możliwość efektywnej obrony i podważenia zasadności zastosowania środka zapobiegawczego.”