

ETYKA ADWOKACKA
A KONTRADYKTORYJNY
PROCES KARNY



REDAKCJA NAUKOWA
JACEK GIEZEK
PIOTR KARDAS

ETYKA ADWOKACKA A KONTRADYKTORYJNY PROCES KARNY



REDAKCJA NAUKOWA
JACEK GIEZEK
PIOTR KARDAS

Zamów książkę w księgarni internetowej

profinfo.pl
księgarnia internetowa

Stan prawny na 1 września 2015 r.

Wydawca
Monika Pawłowska

Redaktor prowadzący
Adam Choiński

Opracowanie redakcyjne
Ewa Wiater

Łamanie
JustLuk Łukasz Drzewiecki, Justyna Szumieł, Krzysztof Drzewiecki

Projekt graficzny okładki
Sławomir Sobczyk

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

prawolubni

SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ
Więcej na www.legalnakultura.pl
POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by
Wolters Kluwer SA, 2015

ISBN: 978-83-264-9306-5

Wydane przez:
Wolters Kluwer SA

Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. 22 535 82 19
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów	9
---------------------	---

O etycznych i deontologicznych standardach aktywnej obrony w zmodyfikowanym modelu procedury karnej oraz wiążącej adwokata tajemnicy zawodowej (<i>Jacek Giezek, Piotr Kardas</i>)	13
---	----

Część I

Etyka adwokacka a kontradiktoryjny proces karny

O potrzebie zmiany paradygmatu obrony w sprawach karnych w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego – kilka uwag o ustawowych determinantach powinności obrońcy w postępowaniu karnym (<i>Piotr Kardas</i>) ...	41
---	----

Odpowiedzialność obrońcy za wynik postępowania dowodowego na rozprawie w świetle zmian kodeksu postępowania karnego (<i>Paweł Wiliński</i>)	73
--	----

Granice prawa do obrony i działań obrończych w procesie karnym (<i>Jerzy Skorupka</i>)	86
--	----

Konsensualizm w procesie karnym a zasady etyki adwokackiej (<i>Jacek Giezek</i>)	118
---	-----

Spojrzenie obrońcy na sumienie sędziowskie i prawdę formalną w kontradiktoryjnym procesie karnym (<i>Andrzej Michałowski</i>)	134
---	-----

Bierność obrońcy w kontradiktoryjnym procesie karnym przesłanką jego odpowiedzialności dyscyplinarnej lub odszkodowawczej w kontekście pozycji adwokata w świetle ostatnich zmian procedur (<i>Andrzej Malicki</i>)	138
---	-----

Etyka prokuratorska a kontradiktoryjny proces karny (<i>Robert Hernand</i>)	156
---	-----

Część II

Tajemnica adwokacka

Konstytucyjne podstawy tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu adwokata i radcy prawnego (<i>Paweł Wiliński</i>)	165
Tajemnica adwokacka – wartość względna czy absolutna? O nieujawnialności informacji objętych tajemnicą adwokacką (<i>Jacek Giezek</i>)	184
O dysponowaniu tajemnicą obrońcy oraz jej granicach – perspektywa sądowa (<i>Wojciech Kociubiński</i>)	199
O dysponowaniu tajemnicą adwokacką oraz jej granicach – perspektywa adwokacka (<i>Andrzej Malicki</i>)	214
Tajemnica adwokacka a procesowe zakazy dowodowe (<i>Piotr Kardas</i>)	225
Obowiązek zachowania tajemnicy adwokackiej a interes klienta w jej ujawnieniu (<i>Małgorzata Kozuch</i>)	262
Obowiązek zachowania tajemnicy adwokackiej a kolizja interesów adwokata i jego klienta (<i>Łukasz Chojniak</i>)	279

Część III

Tajemnica adwokacka a kontradiktoryjny proces karny – głosy w dyskusji

Tajemnica obrończa a tajemnica adwokacka (<i>Jacek Izydorczyk</i>)	297
Tajemnica adwokacka. W poszukiwaniu kontratypów wyłączających bezprawność dyscyplinarną (<i>Radostaw Baszuk</i>)	305
Ochrona tajemnicy profesjonalnego pełnomocnika na przedpolu stosunku obrończego (<i>Dagmara Gruszecka</i>)	321
Rzecz o wybranych prawnokarnych aspektach ujawniania przez adwokata informacji pozyskanych wskutek świadczenia przez niego pomocy prawnej – ujęcie materialnoprawne i procesowe (<i>Szymon Tarapata</i>)	339
Ochrona wiadomości objętych tajemnicą adwokacką w kontekście informacji przekazywanych przez obrońcę i jego mandanta tzw. biegłemu prywatnemu w świetle nowelizacji procedury karnej (<i>Michał Rams</i>)	376

Tajemnica zawodów zaufania publicznego a Konstytucja RP. Kilka uwag na kanwie dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (<i>Marek Sławiński</i>)	391
Funkcjonalne rozumienie tajemnicy adwokackiej oraz jej gwarancje w procesie karnym (<i>Katarzyna Witkowska-Moździerz</i>)	413
Granice dowodowej aktywności adwokata – pełnomocnika oskarżyciela pośiłkowego lub prywatnego w znowelizowanym procesie karnym (<i>Konrad Lipiński, Paweł Zagiczek</i>)	425
Bibliografia	437

Wykaz skrótów

Akty prawne

- EKPC – europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.)
- k.c. – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 z późn. zm.)
- k.k. – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.)
- k.k.w. – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557 z późn. zm.)
- Konstytucja RP – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
- k.p.a. – ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 267 z późn. zm.)
- k.p.c. – ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 101 z późn. zm.)
- k.p.k. – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.)
- k.p.k. z 1928 r. – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 33, poz. 313 z późn. zm.)
- k.p.k. z 1969 r. – ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 13, poz. 96 z późn. zm.)
- KPP – Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 391)
- k.p.w. – ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 395 z późn. zm.)
- nowelizacja z 2013 r. – ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247 z późn. zm.)
- pr. adw. – ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 615 z późn. zm.)

rozporządzenie 1049/2001	- rozporządzenie (WE) nr 1049/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 maja 2001 r. w sprawie publicznego dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji (Dz. Urz. UE L 145 z 31.05.2001, s. 43; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 1, t. 3, s. 331 z późn. zm.)
StPO	- Strafprozeßordnung – kodeks postępowania karnego Republiki Federalnej Niemiec
u.r.p.	- ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 507 z późn. zm.)
u.u.d.	- ustawa z dnia 6 lipca 2001 r. o usługach detektywistycznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 273 z późn. zm.)
ZZEA	- obwieszczenie Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 14 grudnia 2014 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeks Etyki Adwokackiej) na podstawie uchwały 52/2011 NRA z dnia 19 listopada 2011 r., Palestra 2012, nr 1-2

Czasopisma i publikatory

AUW	- Acta Universitatis Wratislaviensis
BKKPK	- Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego
CzPKiNP	- Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych
EPS	- Europejski Przegląd Sądowy
KZS	- Krakowskie Zeszyty Sądowe. Orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Krakowie w sprawach karnych
M. Praw.	- Monitor Prawniczy
ONSA	- Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego
OSA	- Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych
OSN(K)	- Orzecznictwo Sądu Najwyższego (Izba Karna)
OSNKK	- Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa
OSNPG	- Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Wydawnictwo Prokuratury Generalnej
OSNwSD	- Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Dyscyplinarnych
OSNwSK	- Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych
OSPika	- Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych
OTK	- Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
OTK-A	- Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; zbiór urzędowy, Seria A
OTK-B	- Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; zbiór urzędowy, Seria B
PiP	- Państwo i Prawo
PPC	- Polski Proces Cywilny
Prob.Pr.K.	- Problemy Prawa Karnego
Prok. i Pr.	- Prokuratura i Prawo
PS	- Przegląd Sądowy
PUG	- Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
RPEiS	- Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny

St. Iur.	- Studia Iuridica
St. Praw.	- Studia Prawnicze
WPP	- Wojskowy Przegląd Prawniczy

Inne

ETPC	- Europejski Trybunał Praw Człowieka
kan.	- kanon
KEA	- Kodeks Etyki Adwokackiej
NRA	- Naczelna Rada Adwokacka
NSA	- Naczelny Sąd Administracyjny
SA	- sąd apelacyjny
SO	- sąd okręgowy
TK	- Trybunał Konstytucyjny
TS	- Trybunał Sprawiedliwości UE
WSD	- Wyższy Sąd Dyscyplinarny

O etycznych i deontologicznych standardach aktywnej obrony w zmodyfikowanym modelu procedury karnej oraz wiążącej adwokata tajemnicy zawodowej

W systemie wymiaru sprawiedliwości, ukształtowanym w zgodzie z wynikającą z określonej tradycji aksjologią i deontologią, każdy z zawodów prawniczych oparty jest na właściwym dla niego etosie oraz współtworzących dziedzictwo pokoleń wzorcach postępowania¹. Nie ma w tym nic dziwnego, stanowiące kościec porządku prawnego oraz zakodowane w przepisach normy są bowiem tylko jednym z elementów kształtujących sposób ich praktycznej aplikacji, których niezwykle istotnym dopełnieniem jest odzwierciedlająca określoną aksjologię płaszczyzna etyczno-deontologiczna, od dziesięcioleci współokreślająca sposób wykonywania zawodu adwokata. Jej znaczenie dostrzeżone zostało także przez środowisko radców prawnych, sędziów i prokuratorów, którzy na przestrzeni ostatnich lat wypracowali i skodyfikowali własne zasady etyczne i standardy deontologiczne². Stanowią one swoiście stabilizujący element porządku prawnego, w zmieniającej się rzeczywistości normatywnej są bowiem ostoją charakterystycznego dla prawników konserwatyizmu, a w dalszej perspektywie – przewidywalności i racjonalności systemu. Wypełniają przestrzeń nieprecyzyjnie uregulowaną przez ustawodawcę, stanowiąc jednocześnie niezwykle istotny element kontekstu interpretacyjnego. Kształtują sposób stosowania prawa, będąc niejednokrotnie podstawą i uzasadnieniem korekt dokonywanych przez praktyków w tych obszarach, w których z różnych powodów stanowiące przez ustawodawcę przepisy wymagają dostosowawczej, adaptacyjnej wykładni. Owe standardy oraz zasady, niezależnie od tego, w jaki sposób i kiedy zostały skodyfikowane dla poszczególnych profesji prawniczych, od momentu odzyskania przez Polskę niepodległości w 1918 r. opierały się na tych

¹ Zob. szerzej P. Kardas, *Kilka uwag o funkcji i znaczeniu etycznych i deontologicznych standardów wykonywania zawodów prawniczych*, *Palestra* 2014, nr 1–2, s. 42 i n.; tenże, *Etyczne i proceduralne determinanty pełnienia funkcji sędziego, obrońcy i oskarżyciela w kontradiktoryjnym procesie karnym*, *Palestra* 2014, nr 3–4, s. 40 i n.

² Zob. w tej kwestii szerzej opracowania zamieszczone w zbiorze *Etyka zawodów prawniczych w praktyce. Wzajemne relacje i oczekiwania*, red. G. Borkowski, Lublin 2012.

samych założeniach konstrukcyjnych porządku prawnego. Podstawowe zasady, ustrojowe zakorzenienie, cechy modeli, na których nabudowane były określone ustawowe rozwiązania, pozostawały bowiem przez dziesięciolecia niezienne.

Tego rodzaju właściwość porządku prawnego łatwo zauważyć i docenić, jeśli z sygnalizowanej tutaj perspektywy spojrzeć się na system prawa karnego, zarówno materialnego, jak i procesowego. Podstawowe elementy modelu procesu karnego stanowiły – historycznie rzecz ujmując – w tym znaczeniu *constans*, że występowały w nim od 1928 r., tj. od uchwalenia i wejścia w życie pierwszej nowożytnej kodyfikacji prawa karnego procesowego. Mimo zmian wprowadzonych najpierw w 1969 r., następnie zaś w roku 1997, polski proces karny oparty był na tej samej zasadzie procesu mieszanego, w którym we wszystkich stadiach dominowały elementy inkwizycyjności czy też oficjalności. Podobnie stały się punktu widzenia podstawowych założeń konstrukcyjnych system prawa karnego materialnego. Trzy kolejne kodyfikacje, z których w szczególności ta z 1969 r. wprowadzała poważne zmiany w zakresie reakcji na różne formy przestępczości godzącej w państwo i jego ekonomiczne oraz ustrojowe fundamenty, w odniesieniu do podstaw odpowiedzialności i sposobów reakcji na popełnienie przestępstwa nie różniły się w sposób znaczący. Na tej samej zasadzie kształtowały się również regulacje dotyczące prawa karnego wykonawczego. Powstające w takim właśnie otoczeniu normatywnym skodyfikowane i nieskodyfikowane standardy postępowania prawników – mimo formalnej zmiany kodeksów – charakteryzowały się daleko idącą stałością. Były uzupełniane i konkretyzowane, lecz bez naruszania tego, co decydowało o ich miejscu, funkcji i roli w wymiarze sprawiedliwości.

Rzecz znamienna, że zbudowany po kilku latach od transformacji ustrojowej system prawa karnego, oparty na kodyfikacji karnej z 1997 r., z rozmaitych przyczyn stał się przedmiotem permanentnych ingerencji prawodawcy. Stałość i niezmienność porządku prawnego, będące niegdyś jedną z podstawowych cech systemu w obrębie skodyfikowanych gałęzi prawa, zastąpione zostały równie stałymi modyfikacjami³. Niezależnie od tego, jakie były powody i uzasadnienie zmian, wprowadzanych w zasadzie od chwili uchwalenia obowiązujących kodyfikacji, bez wątpienia ich ubocznymi skutkami okazały się dewaluacja zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz przeświadczenie o tymczasowości w zasadzie każdego ustawowego rozwiązania⁴. Wobec

³ Por. J. Wróblewski, *Wartości a decyzja sądowa*, Ossolineum 1973.

⁴ Warto podkreślić, że w odniesieniu do kodyfikacji karnych z 1997 r. nigdy nie przestrzegano zasady, że stabilność systemu prawa jest jego podstawową wartością. Historia obowiązywania kodyfikacji karnych z 1997 r. to w istocie permanentny konflikt między postulatywną stałością i niezmiennością a rzeczywistą permanentną zmianą, w którym zdecydowanie wygrywa postnowoczesna zasada stałości zmian normatywnych. Warto w tym miejscu przypomnieć, że historia kodyfikacji karnych z 1997 r. rozpoczyna się od potrzeby opracowania nowelizacji do uchwalonych kodeksów jeszcze przed formalnym ich wejściem w życie. Zasada opracowywania i uchwalania „nowelizacji” stała się niestety niechlubnym stałym elementem procesu przygotowywania zmian normatywnych w prawie karnym (zob. w tym zakresie uwagi T. Kaczmarka, *Dyskusja nad prezydenckim projektem nowelizacji kodeksu karnego (Stenogram z dyskusji)* (w:) tenże, *Rozważania o przestępstwie i karze. Wybór prac z okresu 40-lecia naukowej twórczości*, Warszawa 2006, s. 816 i n., i P. Kardasa, *Refleksje po dziesięciu latach obowiązywania kodeksu karnego z 1997 r. (Uwagi o przyjmowanych kryteriach i metodach oceny obowiązującej kodyfikacji karnej)* (w:) *Kodeks karny i kodeks postępowania karnego po dziesięciu latach obowiązywania. Ocena i perspektywy zmian*, red. M. Mozgawa, K. Dudka, Warszawa 2009, s. 29 i n.).

zaznaczającej się wyraźnie tendencji do kształtowania polskiego systemu prawa karnego w taki sposób, aby – posługując się zdumiewająco dobrze charakteryzującym dostrzeżoną tendencję paradoksem – najbardziej stałym elementem tego systemu była jego zmienność, coraz pilniejsze stało się dostosowanie wypracowanych przez lata (także dzięki gromadzonym stopniowo doświadczeniom) standardów wykonywania zawodu adwokata, sędziego i prokuratora do nieustannie modyfikowanej rzeczywistości normatywnej.

Rezygnując z oczywistych powodów z detalicznego przedstawiania wszystkich zmian w systemie prawa karnego, dokonanych w niespełna 17-letnim okresie jego obowiązywania, mogących wskazywać na to, że twórcy tego systemu traktują obecne kodyfikacje – z pewnością nie bez racji – za dzieło niedoskonałe, chcielibyśmy się skoncentrować na reformie najgłębszej, która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r., nawet jeśli zdajemy sobie sprawę, że wspomniana tutaj głębia wcale nie musi iść w parze z jakością. Już same plany obecnej reformy, skądinąd zresztą znacznie rozleglejsze od ostatecznego jej kształtu, były z pewnością bardzo ambitne. Okazało się bowiem, że podjęta w 2009 r. działalność legislacyjna Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego oznaczała dla polskiego porządku prawnego – najpierw na płaszczyźnie analiz teoretycznych, następnie zaś konkretnych propozycji regulacji ustawowych – zasadniczą jego przebudowę. Już nie tyle i nie tylko modyfikacja w ramach obowiązujących od lat modeli, lecz także zmiana modelowa stała się celem działalności prawodawczej. Wiele było przyczyn tego rodzaju zmiany i z pewnością nie jest to miejsce, w którym należałoby podejmować próbę obszerniejszej ich analizy. Obecnie najistotniejsze stają się bowiem konsekwencje zasadniczo zmodyfikowanego podejścia do obowiązującego dotychczas modelu procesu karnego oraz prawa karnego materialnego, które w związku z uchwalonymi w dniu 27 września 2013 r.⁵ oraz w dniu 20 lutego 2015 r.⁶ nowelizacjami kodeksu postępowania karnego, kodeksu karnego oraz kodeksu karnego wykonawczego stały się elementem otaczającej nas rzeczywistości normatywnej. Patrząc już tylko z perspektywy procesowej, powiemy zapewne, że wprowadzone do polskiego porządku prawnego zmiany mają fundamentalny charakter. Oto bowiem w miejsce opartej na klasycznych zasadach kontynentalnych procedury karnej, charakterystycznej dla tzw. mieszanego modelu procesu karnego, będącego połączeniem przeplatającej się w różnych proporcjach inkwizycyjności oraz mocno limitowanej kontradyktoryjności, pojawiła się regulacja – co najmniej deklaratywnie – nawiązująca do anglo-amerykańskich wzorców procesu kontradyktoryjnego⁷.

⁵ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247).

⁶ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 396).

⁷ Pod wpływem fascynacji kontradyktoryjnym procesem amerykańskim i angielskim Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego zaprojektowała fundamentalne wręcz zmiany w polskiej procedurze karnej, przedstawiając je do publicznej oceny pod nośnym hasłem „w kierunku kontradyktoryjności”.

Kontradukcyjność – cokolwiek pojęcie to oznaczałoby we współczesnym prawodawstwie⁸ – miałyby się stać swoistym remedium na wszystkie bolączki, nieprawidłowości i patologie polskiego systemu prawa karnego. Bezgraniczna przewlekłość postępowania, powszechne przeświadczenie o permanentnym naruszaniu zasady równości stron przez zaangażowanie sądu w prowadzenie postępowania dowodowego (w dominującej większości przypadków w sposób sprzyjający oskarżeniu), związane z tym zastępowanie oskarżyciela przez podmiot konstytucyjnie umocowany do bezstronnego rozstrzygnięcia sprawy, nadużywanie środków procesowego przymusu, w tym w szczególności tymczasowego aresztowania – wedle przyjętych przez reformatorów założeń – miałyby zniknąć jak za dotknięciem czarodziejskiej różdżki w momencie wprowadzenia zasady, zgodnie z którą dowody w postępowaniu przed sądem przeprowadzają strony procesu, nie zaś dokonujący ich oceny sąd. Zmiana pozycji i funkcji sądu, który miałby się stać odtąd bezstronnym i niezaangażowanym w spór arbitrem, połączona z przeniesieniem ciężaru dowodu oraz ciężaru dowodzenia na strony postępowania – zasadniczo oskarżyciela i obrońcę – a w konsekwencji odmiennie ukształtowany zakres odpowiedzialności za wynik procesu, postrzegane są jako sposób na radykalną odmianę obrazu polskiego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych.

Ukierunkowana na zwiększenie elementów kontradukcyjności w stadium jurysdykcyjnym reforma procedury od początku skażona była jednak wirusem połowiczności i niekonsekwencji. Wzorując się zasadniczo na rozwiązaniach charakterystycznych dla czystego modelu kontradukcyjnego, konkretne propozycje rozwiązań ustawowych kształtowano od początku w sposób zachowawczy, sprowadzający się w istocie nie tyle do wprowadzenia zasady kontradukcyjności postępowania dowodowego do stadium rozpoznawczego, co zmiany proporcji między kontradukcyjnością i inkwizycyjnością, z zachowaniem jednak w znacznej części tej drugiej. Wyrazem zachowawczego i zarazem niespójnego podejścia do zmian modelowych było konsekwentnie zrealizowane przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego założenie utrzymania – w zasadzie bez zmian – opartego na wyraźnej dominacji elementów inkwizycyjnych modelu postępowania przygotowawczego, z przeniesioną ze starych rozwiązań ustawową podstawą do transpozycji dowodów przeprowadzonych w stadium przygotowawczym do postępowania przed sądem. W istocie – choć nigdy nie wyeksponowano tego w sposób wyraźny – wzorowano się nie tyle na anglo-amerykańskim procesie kontradukcyjnym, co na hybrydowym procesie włoskim, w którym w 1988 r. pojawiły się także elementy ograniczonej kontradukcyjności. W konsekwencji w wyniku ustaw uchwalonych we wrześniu 2013 r. i w lutym 2015 r. ukształtowano polską procedurę na modłę procesu hybrydowego, w którym nowe i kontradukcyjne elementy mieszają się z tradycyjną inkwizycyjną formułą działania oskarżyciela i sądu.

⁸ Co do różnych sposobów rozumienia kontradukcyjności i znaczenia obranego w tym zakresie podejścia dla interpretacji znowelizowanych przepisów polskiego kodeksu postępowania karnego zob. szerzej P. Kardas, *Instytucjonalne i interpretacyjne uwarunkowania skuteczności reformy procedury karnej* (w:) *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, red. M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, B.T. Bienkowska, Warszawa 2015, s. 200 i n.

Nie podejmując w tym miejscu nawet próby oceny tak zaprojektowanych i wprowadzonych zmian, można jednak wstępnie uznać trafność prognozy, że ich znaczenie dla praktyki stosowania prawa okaże się wręcz rewolucyjne. Konsekwencje inaczej rozkładającego się ciężaru dowodu oraz ciężaru dowodzenia, a także odmiennie ukształtowanej odpowiedzialności za wynik procesu – mimo zachowania w ustawie, na poziomie deklaracji, zasady prawdy materialnej w niezmienionym kształcie – w pierwszej kolejności dostrzeżone zostały przez przedstawicieli organów prokuratorskich. To właśnie oskarżyciele jako pierwsi dostrzegli zagrożenia dla realizacji powierzonych im przez ustawodawcę funkcji, wynikające z braku zmian organizacyjnych w instytucji prokuratury oraz braku odpowiedniego przygotowania do pełnienia nowej, bez wątpienia wymuszającej aktywność na sali sądowej roli. Środowisko adwokackie i sędziowskie początkowo przyjmowało informacje o projektowanych zmianach z dużą dozą sympatii, doszukując się w nich podstawy do zmiany zasad funkcjonowania w praktyce. Inne były oczywiście powody aprobującego podejścia do zmian po stronie sędziów i adwokatów. Dla tych pierwszych charakteryzujące pogłębioną kontradiktoryjność zniesienie ciężącego od lat obowiązku wykonywania czynności dowodowych z urzędu pod groźbą uchylenia orzeczenia w razie sformułowania zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych przez którekolwiek z uczestników postępowania stworzyło szansę na „rzeczywiste sądownictwo”, oderwane od konieczności inicjowania postępowania dowodowego. Z punktu widzenia adwokatury kontradiktoryjność pozwala realizować zasadę równości broni w procesie, a tym samym otwiera możliwość realnego pełnienia funkcji obrony w starciu z oskarżycielem, ale już nie z sądem. Obie perspektywy są dla każdego, kto zetknął się z praktyką stosowania prawa w sprawach karnych, w pełni zrozumiałe. Jednak nawet najbardziej atrakcyjna idea realizowana jest – jak to zresztą w praktyce zazwyczaj bywa – w takim jedynie zakresie, na jaki pozwolą nie tyle modelowe założenia, ile raczej rozwiązania szczegółowe. Pod tym względem nowelizacja zmierzająca w kierunku kontradiktoryjności nigdy nie była przygotowana w sposób satysfakcjonujący. Na poziomie rozwiązań szczegółowych pojawił się natomiast niepokojący chaos, co musiało niestety sprawić, że entuzjazm dla projektu, początkowo okazywany także w środowisku adwokatów, z czasem nieco przygasł. Okazało się również, że niekonsekwencje, jakie dostrzeżono na gruncie pierwotnej wersji nowelizacji uchwalonej we wrześniu 2013 r., nie tylko nie zostały usunięte przez „nowelę do noweli” z lutego 2015 r., lecz – co gorsza – znacznie pogłębione. Dodatkowo wraz z transformacją zasadniczych założeń modelowych procesu karnego na początku 2015 r. pojawiła się niezwykle szeroko zakrojona nowelizacja prawa karnego materialnego, w znacznym stopniu zmuszająca sędziów do zmiany reakcji karnej na czyn zabroniony⁹. Był to kolejny powód, który sprawił, że początkowa aprobata dla ogólnych założeń stopniowo przekształcała się w lęk, niezrozumienie i w konsekwencji krytyczny ogląd dokonanych modyfikacji. Adwokaci – nie tracąc z pola widzenia korzyści wynikających z pogłębionej kontradiktoryjności – z biegiem czasu dostrzegli jednak, że jej ograniczony

⁹ Zob. w szczególności P. Kardas, J. Giezek, *Nowa filozofia karania, czyli o założeniach i zasadniczych elementach nowelizacji kodeksu karnego*, Palestra 2015, nr 7-8.

charakter oznacza w istocie brak właściwych prawnych instrumentów, gwarantujących możliwość wypełnienia radykalnie rozrastających się powinności obrońcy, których niedopełnienie rodzi wielopłaszczyznowe konsekwencje związane z odpowiedzialnością za wynik procesu. To zaś – obok aprobaty – rodzi poczucie lęku i niepewności.

Z punktu widzenia prowadzonych w tym miejscu rozważań najważniejsze wydaje się jednak spostrzeżenie, że zmodyfikowane rozwiązania ustawowe nie rozstrzygają wielu kwestii istotnych z punktu widzenia pełnionych przez adwokata ról procesowych. W tym zakresie nieuregulowaną przez ustawodawcę przestrzeń wypełnić muszą skodyfikowane i nieskodyfikowane standardy postępowania oraz zasady deontyczne. Tyle tylko, że nie chodzi tutaj o historycznie ukształtowane zasady i standardy postępowania charakterystyczne dla modelu mieszanego z mniej lub bardziej wyraźną dominacją elementów inkwizycyjnych, lecz o zasady i standardy właściwe dla postępowania obrońcy w kontradyktoryjnym procesie karnym. Właśnie z tego względu uchwalone zmiany wymuszają zmianę podejścia, w zasadniczej większości spraw wymagającą wypracowania nowych zasad zachowania adwokata jako obrońcy lub pełnomocnika w procesie karnym. Niewielką w tym zakresie pociechą jest konstatacja, że podobnej modyfikacji nie będzie w stanie uniknąć druga strona procesu oraz w mniejszym nieco stopniu – także sąd¹⁰.

Mając świadomość znaczenia, jakie nowelizacja prawa karnego procesowego powinna odegrać przy kształtowaniu się odpowiednich, przystających do nowej rzeczywistości normatywnej standardów i zasad działania adwokata, od pewnego czasu środowisko adwokackie prowadziło analizy oraz badania dotyczące nieskodyfikowanych elementów, składających się na związany z etyką i deontologią zawodową paradygmat obrony w sprawach karnych, przy czym nie utracono z pola widzenia tego, że akurat w tym obszarze spojrzenie prawnoporównawcze, odwołujące się do doświadczeń prawników funkcjonujących od zawsze w modelu kontradyktoryjnym, okazać się może niezwykle cenne. W różnych aspektach – z naciskiem na elementy etyczne i deontologiczne oraz kwestie związane z tajemnicą zawodową – poszukiwano odpowiedzi na pytania fundamentalne, zapraszając do debaty szeroki krąg prawników, w szczególności sędziów i prokuratorów, a także teoretyków prawa i procesu karnego, promotorów i autorów wprowadzonych zmian. W ten sposób na przestrzeni 2 lat, po dwóch konferencjach poświęconych problematyce nowego standardu postępowania obrońcy w kontradyktoryjnym procesie karnym, udało się zgromadzić zbiór opracowań poświęconych obu sygnalizowanym zagadnieniom. Ich zwornikiem jest obowiązująca od 1 lipca 2015 r. zasada ograniczonej kontradyktoryjności postępowania dowodowego przed sądem.

Wobec nałożenia na obrońcę odpowiedzialności za wynik procesu (związanej z przeniesieniem zasadniczej części ciężaru dowodzenia) okazało się, że głębokiego namysłu wymaga stary, zakorzeniony w procesie inkwizycyjnym

¹⁰ Zob. w tej kwestii szerzej P. Kardas, *Kilka uwag...*, s. 42 i n.; tenże, *Etyczne i proceduralne...*, s. 40 i n.

paradygmat biernej obrony¹¹. Zasadny i skuteczny, przede wszystkim jednak bezpieczny w okresie, gdy sąd związany zasadą prawdy materialnej zobowiązany był do wszechstronnego wyjaśnienia sprawy, stał się anachroniczny i niebezpieczny w świecie zwiększonej kontrydiktoryjności. Wertowany przez pryzmat różnorodnych aspektów szczegółowych stary paradygmat okazał się całkowicie nieadekwatny już od etapu inkwizycyjnego postępowania przygotowawczego. Wystarczyło wziąć pod uwagę zakres zmian dotyczących tzw. trybów konsensualnych, aby dostrzec, że bierna postawa obrońcy w postępowaniu przygotowawczym generuje różnorodne zagrożenia, których sanacja częstokroć nie będzie możliwa na ewentualnych późniejszych etapach procesu. Oczywista w procesie o dominacji elementów kontrydiktoryjnych potrzeba aktywności dowodowej w stadium jurysdykcyjnym już chociażby z tego powodu wymaga rozciągnięcia na stadium przygotowawcze. Jeśliby mierzyć znaczenie nowelizacji tylko w tym zakresie, to zmiana sposobu podejścia do pełnienia funkcji obrońcy i zastąpienia dominującej niegdyś, a trzeba podkreślić – w pełni zasadnej, postawy świadomie biernej postawą aktywną, wyrażającą się w inicjowaniu określonych czynności dowodowych, uznana być może za rewolucyjną. A przecież konsekwencji nowelizacji jest zdecydowanie więcej. Zmienia się nie tylko funkcja obrony, lecz także, a być może przede wszystkim – jej normatywne granice, które wymagają poważnej analizy nie tylko ze względu na wprowadzone na mocy ustaw nowelizujących modyfikacje, lecz także z uwagi na nowy kontekst normatywny, przesądzający o możliwości, a częstokroć konieczności innego sposobu wykładni także niezmienionych przepisów¹².

Konstytutywne dla nowelizacji zmiany co do sposobu i zakresu postępowania dowodowego powodują, że obrońca, podobnie zresztą jak pełnomocnik pokrzywdzonego, staje się odpowiedzialny za wynik postępowania dowodowego, a w konsekwencji również za wynik całego procesu. Uświadomienie sobie tej zmiany przez środowisko adwokackie oraz spojrzenie na jej konsekwencje w perspektywie różnych regulacji szczegółowych to zadanie bez mała pierwszoplanowe. Postępowanie dowodowe to w nowym świecie procedury karnej przede wszystkim w zasadzie nieznaną polskim adwokatom sfera czynności dowodowych wykonywanych poza procesem po to, by umożliwić sobie wypełnianie powinności dowodowych w jego ramach. Kluczowe z punktu widzenia wprowadzonych zmian stało się zwłaszcza pojęcie dowodów prywatnych, których wyszukiwanie, gromadzenie, zabezpieczanie, wreszcie wytwarzanie

¹¹ Zob. szerzej C. Kulesza, *Od obrony formalnej do obrony realnej? Nowa rola obrońcy w projekcie reformy procedury karnej* (w:) *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga Jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego*, red. A. Błażnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska, Warszawa 2013, s. 462 i n.; P. Wiliński, *Konsensualizm a kontrydiktoryjność w polskim procesie karnym w świetle projektowanych zmian* (w:) *Adwokatura a modele procedur sądowych*, red. J. Giezek, M. Malicki, Warszawa 2013, s. 23 i n.; P. Kardas, *Obrońca i oskarżyciel w procesie karnym – granice kontrydiktoryjności a możliwość współpracy* (w:) *Współczesna adwokatura wobec innych zawodów prawniczych*, red. J. Giezek, Warszawa 2011, s. 29–62; P. Kardas, *Etyczne i proceduralne aspekty relacji między sędzią, obrońcą i oskarżycielem w kontrydiktoryjnym procesie karnym* (w:) *Etyka zawodów prawniczych w praktyce. Relacje na sali rozpraw*, red. G. Borkowski, Lublin 2013, s. 213–233.

¹² O znaczeniu teoretycznych i modelowych założeń nowelizacji oraz kontekstu normatywnego w procesie wykładni zob. szerzej P. Kardas, *Instytucjonalne i interpretacyjne...*, s. 200 i n.

i ostatecznie przeprowadzanie okazuje się na gruncie znowelizowanych przepisów nie tylko możliwe, lecz wręcz z punktu widzenia obrońcy w wielu wypadkach także obowiązkowe¹³. To bez wątpienia całkowicie nowy obszar dla przywykłych do innego otoczenia normatywnego adwokatów.

Porównując dotychczasowy model procedury karnej z jego ujęciem od niedawna obowiązującym przy uwzględnieniu kryterium stopnia aktywności uczestników procesu karnego, moglibyśmy – w odniesieniu do modelu dotychczasowego – z łatwością zauważyć powtarzającą się zazwyczaj prawidłowość, zgodnie z którą po dużej aktywności prokuratora na etapie postępowania przygotowawczego bardzo często następował znaczący jej spadek w stadium jurysdykcyjnym, podczas gdy w przypadku obrońcy sytuacja przedstawiała się dokładnie odwrotnie, a więc po niewielkiej zwykle aktywności w postępowaniu przygotowawczym nadchodził czas na znaczący jej wzrost na etapie postępowania sądowego. Tymczasem w modelu wchodzącym w życie zarówno oskarżyciel, jak i obrońca będą musieli istotnie zmodyfikować swoje dotychczasowe przyzwyczajenia, żadna ze stron nie będzie bowiem mogła – na żadnym z etapów postępowania – pozwalać sobie na postawę wyczekującą i swoistą bierność, licząc jednocześnie na to, że przejmujący inicjatywę, a więc działający z urzędu sąd, „naprawi” wszystkie błędy, jakie z postawy takiej mogłyby wyniknąć. Wniosek z porównania obu modeli w perspektywie stopnia aktywności występujących w nich uczestników wydaje się więc dość oczywisty. Model obecnie obowiązujący jest znacznie bardziej wymagający dla stron, które nie będą mogły pozostać pasywne na żadnym etapie postępowania, mniej natomiast wymagający dla sądu (zwłaszcza pierwszej instancji), który będzie musiał jednak powściągnąć swoje dotychczasowe przyzwyczajenia, przejawiające się w absolutnej niemalże dominacji na sali rozpraw.

Godząc się na pewne uproszczenie, można by zatem przyjąć, że o ile w dotychczasowym modelu zachowaniem etycznym oraz pozostającym w zgodzie z tradycyjnie ukształtowaną deontologią zawodową znacznie częściej było zaniechanie, o tyle obecnie etyczne oraz deontologicznie poprawne będzie przede wszystkim działanie. Nie ma chyba nic odkrywczego w stwierdzeniu, że pasywność sprzyja postrzeganiu m.in. tajemnicy zawodowej jako bezwzględnej oraz porównywanej niekiedy do tajemnicy spowiedzi. Z łatwością zauważymy również, że stanowiąca znak zbliżającego się czasu aktywność będzie się wiązać m.in. z koniecznością swoistej „obróbki” informacji, zarówno tych, które będą pozyskiwane od klienta, jak i zdobywanych przez adwokata na własną rękę. Mówiąc zaś inaczej – aktywność, jaką wymuszać będzie nowy model procesu karnego, to przede wszystkim praca nad wykorzystaniem informacji oraz ich wprowadzeniem do procesu karnego na różnych jego etapach. Bezwzględność tajemnicy adwokackiej w jej dotychczasowym znacze-

¹³ Co do pojęcia dowodów prywatnych oraz jego znaczenia i funkcji na gruncie znowelizowanych przepisów zob. szerzej P. Kardas, *Dowody publiczne (urzędowe) a dowody prywatne (w:) Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r. Przewodnik po zmianach*, red. P. Wiliński, Warszawa 2015; P. Kardas, *Pozapprocesowe czynności obrońcy a tzw. dowody prywatne w świetle nowelizacji procedury karnej*, *Palestra* 2014, nr 9, s. 119 i n.

niu mogłaby się okazać swoistym paralizatorem, który potencjalnie stałby się nawet istotną przeszkodą na drodze do generowania pożądaney aktywności.

Pojawia się pytanie, czy obrońca uprawniony jest do gromadzenia informacji dotyczących sytuacji faktycznej i prawnej oskarżonego, przeprowadzając – zwłaszcza w przypadku niepełnego dostępu do akt toczącego się postępowania – własne, choć oczywiście zupełnie niesformalizowane śledztwo. Przy uwzględnieniu kompleksu gwarancji wynikających z prawa do obrony opowiedziano się w literaturze – jeszcze na gruncie starego stanu prawnego – za dopuszczalnością podejmowania różnego rodzaju czynności zmierzających do poszukiwania relewantnych z punktu widzenia toczącego się postępowania dowodów, dostrzegając przede wszystkim, że związane z nim uprawnienia stanowią prostą konsekwencję i dopełnienie praw przysługujących podejrzanemu i jego obrońcy w ramach procesu karnego, takich jak: prawo do udziału w czynności, prawo do składania wniosków dowodowych czy prawo wglądu do akt¹⁴. Dodać jednak należy, że legalność oraz zgodność z zasadami etyki własnej aktywności obrońcy – w przeszłości, choć w przekonaniu wielu przedstawicieli palestry także obecnie – wcale nie była postrzegana jako tak oczywista. Przede wszystkim rodziła się bowiem obawa, że przykładowo kontakt adwokata ze świadkiem poza salą sądową sugerować może, iż podjęta została próba wpływania na treść jego zeznań, w skrajnych zaś przypadkach – nakłaniania go do przedstawienia nieprawdziwych informacji. Obawa taka nie uprawnia jednak do formułowania wniosku, że obrońca musi – zwłaszcza w stadium przygotowawczym – biernie oczekiwać na udostępnienie mu gromadzonego materiału dowodowego, gdyż może on we własnym zakresie podejmować zgodne z prawem próby docierania do takiego materiału¹⁵. Brakuje bowiem przepisów, które zakazywałyby obrońcy przejawiania inicjatywy w poszukiwaniu dowodów, polegającej przykładowo na kontaktowaniu się z osobami (m.in. świadkami lub innymi oskarżonymi w sprawie) w celu ustalenia stanu ich wiedzy na temat okoliczności przestępstwa będącego przedmiotem toczącego się postępowania. Obrońcy wolno – a obecnie obowiązująca regulacja przesłuchania świadków (art. 370 k.p.k.) wręcz to wymusza – kontaktować się ze świadkami obrony, aby ustalić okoliczności, o których posiadają oni wiedzę i na temat których mogliby zeznawać. W przeciwnym razie trudno byłoby sobie wyobrazić składanie przez obrońcę jakichkolwiek wniosków dowodowych, do czego ponad wszelką wątpliwość jest przecież uprawniony. Nie da się również wykluczyć, że obrońca – nie ustalwszy wcześniej, jaką wiedzę ma osoba, która miałaby zostać objęta jego wnioskiem dowodowym – doprowadzi do przesłuchania, którego wynik okaże się ewidentnie niekorzystny dla oskarżonego, co mogłoby wszak być postrzegane jako działanie naruszające normę wynikającą z art. 86 § 1 k.p.k. W tym kontekście jako w pełni zasadny ocenić należałoby zapewne postulat, aby adwokat nie obawiał się ani tym bardziej *a priori* nie wykluczał własnych działań wyjaśniających, jeśli ich zakresem będą objęte przede wszystkim czynności poszukiwawcze. Ich głównym celem mogłoby być oczywiście pozyskiwanie informacji

¹⁴ Zob. P. Girdwoyń, *Zarys kryminalistycznej taktyki obrony*, Kraków 2004, s. 106 i n.

¹⁵ Zob. J. Giezek, *Taktyka obrończa oraz jej wpływ na decyzję sędziego (w:) Współczesna adwokatura wobec innych zawodów prawniczych*, red. J. Giezek, Warszawa 2011, s. 97 i n.

dowodowych¹⁶. Chodzi tutaj m.in. o działania, które – podobnie jak działania operacyjne – dostarczyć mogą obrońcy informacji o dowodach, a przy tym – co wydaje się niezwykle ważne – są legalne oraz nie wkraczają w kompetencje organów ścigania, uprawnionych do działania z urzędu w interesie publicznym¹⁷. Inna sprawa, że regulacji, które wyraźnie określałyby granice oraz formy aktywności obrońcy na etapie postępowania przygotowawczego, brakowało nie tylko w dotychczasowym stanie prawnym, lecz – o czym będzie jeszcze mowa w dalszych rozważaniach – trudno byłoby je odnaleźć również w nowych przepisach, obecnie już obowiązujących, co jest właśnie jednym z przejawów utrzymania inkwizycyjnego modelu tego etapu postępowania.

Już te ogólnie zarysowane kwestie zdają się dość wyraźnie wskazywać na potrzebę pilnego przemyślenia opartego na dotychczasowych regulacjach i uświęconego wieloletnią tradycją modelu obrony biernej, w znacznym stopniu zachowawczej, odwołującego się do zasady swoistego wyczekiwania na inicjatywę dowodową i czynności procesowe wykonywane przez prokuratora w stadium przygotowawczym i zasadniczo przez sąd w stadium jurysdykcyjnym. Pojawia się także pytanie, czy model ten może zostać w sposób nierodzający negatywnych konsekwencji przeniesiony na grunt znowelizowanych przepisów¹⁸. Stara zasada „wyczekiwania” na działania prokuratora w postępowaniu przygotowawczym, gwarantująca bezpieczne, ponieważ co do zasady reaktywne działania obrońcy, stanowiące w istocie odpowiedź na zdarzenia procesowe, generować może w wielu przypadkach swoiste trudności. I nie chodzi tutaj wyłącznie o sygnalizowane powyżej znaczenie poszerzenia tzw. trybów konsensualnych, skutkujące podziałem polskiego procesu karnego na dwa modele¹⁹, lecz o wszystkie elementy regulacji podporządkowanej zasadzie przeprowadzania dowodów przez strony postępowania przed sądem. Zachowanie inkwizycyjnej formy postępowania przygotowawczego nie ma w tym zakresie większego znaczenia, skoro niezależnie od obranego sposobu zakończenia tego stadium postępowania w jego ostatniej fazie obrońca staje przed koniecznością w pełni aktywnego i zaangażowanego udziału w końcowym zaznajomieniu ze zgromadzonymi w toku postępowania dowodami. Ten element procesu pozostaje dla obrońcy czynnością fakultatywną. Jednak łączy się z istotnymi konsekwencjami. Znowelizowana procedura nie tylko stwarza możliwości, lecz wręcz obliguje także prokuratora do dokonania selekcji zgromadzonego w toku postępowania przygoto-

¹⁶ Pojawia się jednocześnie pytanie, czy – uwzględniając zmodyfikowany model procedury karnej, czyniący obrońcę w znaczeniu większym niż dotychczas stopniowo odpowiedzialnym za wynik toczącego się postępowania – aktywność dowodowa obrońcy powinna się ograniczać jedynie do tego rodzaju czynności.

¹⁷ Por. A. Taracha, *O dowodach prywatnych w świetle konstytucji – polemicznie*, Palestra 2005, nr 1-2, s. 99.

¹⁸ Szerzej interesująco pisze o tym C. Kulesza, *Od obrony formalnej...*, s. 462 i n.

¹⁹ Co do możliwości rekonstruowania na gruncie znowelizowanych przepisów dwóch modeli procesu karnego zob. szerzej P. Kardas, *Jeden czy dwa modele procesu karnego? (Kilka uwag o paradokсах związanych z nowelizacją Kodeksu postępowania karnego w perspektywie funkcji prawa karnego)* (w:) *Fiat iustitia pereat mundus. Księga jubileuszowa poświęcona Sędziemu Sądu Najwyższego Stanisławowi Zabłockiemu z okazji 40-lecia pracy zawodowej*, red. P. Hofmański przy współpracy P. Kardasa i P. Wilińskiego, Warszawa 2014, s. 243 i n.; zob. też P. Wiliński, *Konsensualizm a kontradiktoryjność...*, s. 23 i n.

wawczego materiału dowodowego i w konsekwencji przekazania wraz z aktem oskarżenia do sądu tylko tych wybranych dowodów, które oskarżyciel uważa za zasadne z punktu widzenia formułowanej przez siebie skargi inicjującej postępowanie jurysdykcyjne. Formalne zachowanie w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego zasady obiektywizmu działań prokuratora oraz powinności uwzględniania zgodnie z tą zasadą zarówno okoliczności przemawiających na korzyść, jak i na niekorzyść podejrzanego nie może zniwelować naturalnej na gruncie kontradiktoryjnego postępowania dowodowego przed sądem tendencji do przedstawiania przez oskarżyciela sądowi wraz z aktem oskarżenia przede wszystkim, o ile nie wyłącznie, dowodów uzasadniających wnoszoną skargę oskarżycielską²⁰. Pragmatyczne podejście, połączone z sygnalizowaną wielokrotnie zasadą przeniesienia odpowiedzialności za wynik procesu na strony, musi powodować, że oskarżyciel kierować się będzie przede wszystkim potrzebą wykazania zasadności formułowanych w skardze twierdzeń. To zaś oznacza, że wybór materiałów z postępowania przygotowawczego przekazywanych wraz z aktem oskarżenia do sądu wymagać będzie kontroli ze strony obrońcy.

Podkreślenia wymaga, że stosowny mechanizm, opierający się na dostrzeżeniu opisanej powyżej możliwości działania prokuratora, został wkomponowany do nowych przepisów. Regulacje dotyczące czynności końcowego zaznajomienia stwarzają bowiem nie tylko gwarancje zapoznania się z całością zgromadzonego w toku postępowania przygotowawczego materiału (nie zaś wyłącznie z częścią wyselekcjonowaną przez prokuratora), lecz także określają podstawy do złożenia przez obrońcę wiążącego żądania dołączenia do materiałów przekazywanych wraz z aktem oskarżenia także tych elementów zalegających w aktach postępowania przygotowawczego, które prokurator uznał – z różnych zresztą powodów – za nieistotne z punktu widzenia oceny zasadności i prawidłowości konstruowanej przez siebie skargi. W tym zakresie obrońca – uzyskując możliwość kształtowania zakresu materiałów przekazywanych sądowi – staje się zarazem podmiotem szczególnie zobowiązanym do dokonania starannej, opartej na merytorycznych przesłankach oceny materiału dowodowego i wyboru tego, co z punktu widzenia powierzonej mu przez ustawodawcę funkcji jawi się jako istotne.

Nie powinno się również tracić z pola widzenia tego, że obrońca jest podmiotem, którego czynności wyznaczane są przez dwa elementy: obowiązujące przepisy prawa oraz nakaz działania wyłącznie na korzyść reprezentowanego mandanta. Inaczej zatem niż oskarżyciel, obrońca – analizując zgromadzone w toku postępowania przygotowawczego materiały – nie jest związany zasadą obiektywizmu, lecz zasadą działania na korzyść reprezentowanej przez siebie osoby. Takie usytuowanie obrońcy przesądza, że najpóźniej w momencie przystępowania do czynności końcowego zaznajomienia powinien dysponować kompleksową koncepcją obrony. Tylko bowiem w tym wypadku istnieje możliwość dokonywania selekcji pozostawionego poza zakresem zainteresowania prokuratora materiału z akt postępowania przygotowawczego i umieszczenia pewnej jego części wśród dowodów, które powinny zostać dodatkowo załączono-

²⁰ Zob. szerzej P. Kardas, *Wpływ kontradiktoryjnego modelu rozprawy głównej na przebieg postępowania przygotowawczego*, Prok. i Pr. 2015, nr 1-2, s. 218 i n.

ne do aktu oskarżenia bez ryzyka, że wnioski i żądania obrońcy na dalszych etapach procesu skutkować mogą negatywnymi konsekwencjami dla oskarżonego. Analiza materiału postępowania przygotowawczego w trakcie końcowego zaznajomienia powinna zatem z uwagi na zmienione regulacje proceduralne opierać się na wypracowanej w sposób całościowy – oczywiście w stopniu możliwym i osiągalnym na tym etapie procesu – koncepcji obrony, obejmującej projekcję czynności dowodowych, jakie obrońca zamierza przeprowadzić na podstawie własnych wniosków przed sądem. Ocena zawartości pominiętego przez prokuratora materiału z akt postępowania powinna zatem następować w kontekście znaczenia tych dowodów dla linii obrony oraz potencjalnego wsparcia linii oskarżenia. Jednocześnie wybór materiałów załączanych na wniosek obrońcy musi uwzględniać wszystkie te informacje i dowody, którymi dysponuje lub będzie z odpowiednim stopniem prawdopodobieństwa dysponował obrońca, tak by zestaw wskazywanych przez niego, a następnie przeprowadzanych środków dowodowych służył wypełnieniu ustawowej funkcji. Należyte przygotowanie się do tej czynności, dotychczas postrzeganej raczej jako czysta formalność, przesądza, że w stadium przygotowawczym – niezależnie od decyzji co do aktywności dowodowej – obrońca musi wypracować koncepcję obrony. To zaś przesądza, że paradygmat biernej obrony w postępowaniu przygotowawczym wydaje się paradygmatem anachronicznym.

Drugim z elementów nowości wskazującym na potrzebę zmiany podejścia do sposobu pełnienia funkcji obrońcy jest wprowadzenie zasady przeprowadzania dowodów przez strony po ich dopuszczeniu przez sąd. Na pierwszy rzut oka reguła określająca sposób przeprowadzania dowodów na sali rozpraw, gwarantująca zachowanie bezstronności przez sąd, pozostający z tego punktu widzenia w pozycji w pewnym sensie „pasywnego”, oceniającego działania dowodowe stron arbitra odnosi się wyłącznie do postępowania jurysdykcyjnego²¹. Jednak już tylko nieco dokładniejsze wejrzenie w treść art. 167 § 1 k.p.k. pozwala dostrzec zdecydowanie szersze znaczenie tej regulacji. By skorzystać z uprawnienia do przeprowadzenia dowodów przed sądem obrońca musi jednak dysponować zasobami „własnych” informacji o dowodach, które stanowić będą podstawę formułowanych przez niego wniosków dowodowych, a po dopuszczeniu przez sąd, będą przedmiotem czynności dowodowych realizowanych przez obrońcę w toku postępowania jurysdykcyjnego. W tej perspektywie kwestia materiałów przekazywanych wraz z aktem oskarżenia do sądu ma znaczenia podstawowe²². Nie ma jednak wątpliwości, że dowody wskazane przez prokuratora jako istotne i z tego powodu podlegające przesłaniu do sądu wraz z aktem oskarżenia stanowić będą podstawę formułowanych przez oskarżyciela wniosków dowodowych. Niezależnie od tego, w jaki sposób potraktuje się wykaz dowodów, o których przepro-

²¹ Przy założeniu, że w prawidłowo przeprowadzonym postępowaniu dowodowym nie ma dowodów „neutralnych”, lecz jedynie takie, które – ujmując kwestię z pewnym uproszczeniem – przemawiają na korzyść też formułowanych albo przez oskarżenie, albo przez obronę, trudno nie zgodzić się ze spostrzeżeniem, że sąd, który dopuściłby dowód z urzędu, stałby się tym samym „rzecznikiem” jednej ze stron (por. J. Giezek, *Kontradiktoryjność procesu karnego – uwagi wprowadzające* (w): *Adwokatura jako uczestnik procesu legislacyjnego*, red. J. Giezek, A. Malicki, Warszawa 2012, s. 29).

²² Zob. szerzej P. Kardas, *Podstawy i ograniczenia przeprowadzania oraz wykorzystywania w procesie karnym tzw. dowodów prywatnych*, Palestra 2015, nr 1-2, s. 7 i n.

wadzenie wnosi oskarżyciel, dowody te będą przedmiotem jednego zbiorczego (zawartego w akcie oskarżenia) wniosku dowodowego lub jednostkowych, przedstawianych przez niego sukcesywnie, wniosków dowodowych. W tym zakresie obrońca ma możliwość uczestniczenia w przeprowadzeniu dowodów na zasadach określonych w kodeksie postępowania karnego. Nigdy jednak dowody te nie będą uznane za przeprowadzane przez obrońcę na jego wniosek. Jeśli zatem nie zamierza ograniczać swojej roli procesowej do „asystowania” w stadium jurysdykcyjnym w czynnościach dowodowych przeprowadzanych przez oskarżyciela, musi dysponować „własnymi” środkami dowodowymi, stanowiącymi podstawę wniosków dowodowych obrońcy. Jednym ze źródeł w tym zakresie mogą być materiały z postępowania przygotowawczego w tej części, którą prokurator uznaje za nieistotną z punktu widzenia oceny zasadności konstruowanego aktu oskarżenia. Końcowe zaznajomienie ze zgromadzonym w postępowaniu materiałem dowodowym pełni zatem i tę szczególną funkcję.

Trudno jednak uznać, że do tego ograniczać się może aktywność dowodowa obrońcy, zwłaszcza że ustawodawca w znowelizowanych przepisach przewidział nowe możliwości działania, określając podstawy do wykorzystywania w procesie dowodów pozyskanych przez obrońcę lub przez inne osoby poza sformalizowanym postępowaniem przygotowawczym. Z kontradiktoryjnością postępowania dowodowego przed sądem łączy się bowiem zmiana charakteru, znaczenia i funkcji tzw. dowodów prywatnych. Jakkolwiek ustawodawca w znowelizowanych przepisach nie posługuje się terminem „dowód prywatny”, to jednak z istoty rozwiązania zawartego w art. 167 § 1 k.p.k. wynika, że skoro dowody przed sądem przeprowadzane są przez strony postępowania oraz na ich wniosek, to do tego rodzaju aktywności obrońca musi być odpowiednio przygotowany. Jest zarazem oczywiste, że dowody wskazane w akcie oskarżenia – niezależnie od tego, czy taki wykaz potraktuje się jako jeden zbiorczy wniosek dowodowy, czy też jako podstawę do formułowania przez oskarżyciela sukcesywnie kolejnych jednostkowych wniosków dowodowych – nie mogą stanowić podstawy formułowania wniosków i przeprowadzania dowodów przez obrońcę. W tym zakresie podstawą działalności dowodowej obrońcy mogą być omówione powyżej materiały z postępowania przygotowawczego, które objął on żądaniem o załączenie do materiałów przekazywanych wraz z aktem oskarżenia do sądu. Podstawą przekazania tych materiałów będzie oczywiście aktywność dowodowa obrońcy oraz jego wnioski formułowane w trakcie czynności końcowego zaznajomienia. Jeśli zatem – poza wskazanym zakresem – obrońca nie zamierza „asystować” przy wykonywaniu czynności dowodowych przez oskarżyciela, musi dysponować adekwatnymi źródłami dowodowymi umożliwiającymi przedstawienie własnych wniosków dowodowych, a następnie – po ich dopuszczeniu przez sąd – ich odpowiednie przeprowadzenie. Konieczność podejmowania tego rodzaju czynności stanowi jeden z konstytutywnych elementów kontradiktoryjności postępowania dowodowego przed sądem.

Potrzebę stworzenia odpowiednich ram prawnych do ich wykonywania zdawał się dostrzegać także ustawodawca. Jakkolwiek w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego nie wprowadzono żadnych jednoznacznych rozwiązań w tym zakresie, to jednak sam fakt oparcia postępowania dowodowe-

go na wnioskach stron – tj. oskarżyciela i obrońcy – oraz zmiana podejścia do dokumentów prywatnych wytworzonych dla potrzeb procesu karnego uzasadniają potrzebę nowego spojrzenia na problematykę tzw. dowodów prywatnych. Koncepcję uzasadniającą możliwość ich wykorzystywania w procesie karnym przedstawiono w piśmiennictwie na podstawie art. 167 § 1 k.p.k. oraz znowelizowanego art. 393 § 3 k.p.k. Chodzi tutaj o dającą się zrekonstruować z nowych regulacji możliwość przeprowadzania przez nieinstytucjonalne strony procesu poza formalnymi ramami postępowania karnego różnorodnych czynności, polegających na zdobywaniu informacji, wyszukiwaniu, gromadzeniu, zabezpieczeniu, wreszcie sporządzaniu lub wytwarzaniu dowodów, ostatecznie zaś wnioskowaniu o dopuszczenie do ich przeprowadzania przez obrońcę w formie przewidzianej prawem²³. „Dowody prywatne” stanowią zatem jeden z kluczowych elementów normatywnej nowości. Warto przy tym pamiętać, że w zakresie aktywności podejmowanej przez obrońcę na przedpolu składania wniosków dowodowych, kierowanych do prowadzącego postępowanie w stadium przygotowawczym lub sądu w stadium jurysdykcyjnym, czynności związane z wyszukiwaniem dowodów, ich gromadzeniem, zabezpieczaniem, opracowywaniem, wytwarzaniem lub sporządzaniem – mogą obejmować wszystkie środki dowodowe, w tym w szczególności dokumenty oraz osobowe źródła informacji.

W odniesieniu do dokumentów szczególne znaczenie ma niewątpliwie kwestia statusu oraz zakresu procesowego wykorzystywania tzw. prywatnych opinii biegłych, natomiast z perspektywy osobowych źródeł informacji – przede wszystkim zagadnienie możliwości oraz sposobu przeprowadzania przez obrońcę rozmów z osobami, które mogą być powołane w charakterze świadków. Z uwagi na specyficzny, co do zasady pozaprocesowy charakter tych czynności trudno poszukiwać w ustawie procesowej wskazówek dotyczących zasad i trybu ich realizacji.

Rodzące się w przedstawionym wyżej zakresie dylematy widać najwyraźniej przy tzw. opinii prywatnej, czyli opinii sporządzonej na zlecenie strony niebędącej organem ścigania albo na zlecenie innego podmiotu prywatnego. Rzecz bowiem w tym, że artykuł 393 § 3 k.p.k. w nowym brzmieniu otwiera drogę do włączania w obręb podstawy dowodowej wyroku „wszelkich dokumentów prywatnych powstałych poza postępowaniem karnym”. Przyjmuje się zatem, że nowelizacja z 2013 r. usuwa dotychczasowe ograniczenie ustawowe, wyłączające z kręgu dowodów dokumenty prywatne powstałe poza postępowaniem karnym i „dla jego celów”. Podstawowe oraz jedynie przykładowe pytania, jakie – w świetle dopuszczalności opinii prywatnej w kontradiktoryjnym procesie karnym – mogą powstać z perspektywy sięgającego do tego środka obrońcy, dałoby się ująć następująco:

- 1) komu można zlecić sporządzenie opinii prywatnej;
- 2) na jakim etapie postępowania karnego opinia prywatna może być sporządzana;
- 3) czy obrońca będzie musiał uzyskać zgodę swojego klienta (podejrzanego/oskarżonego) na zlecenie sporządzenia opinii prywatnej oraz na określenie jej zakresu;

²³ W aspekcie prawnoporównawczym pogłębioną analizę problematyki tzw. dowodów prywatnych przedstawił A. Bojańczyk, *Dowód prywatny w postępowaniu karnym w perspektywie prawnoporównawczej*, Warszawa 2011.

- 4) czy obrońca będzie zobowiązany do konsultowania z klientem wyboru specjalisty, któremu miałyby zostać zlecone sporządzenie opinii prywatnej, czy też będzie mógł wyboru takiego dokonać samodzielnie;
- 5) jaki materiał dowodowy będzie podlegał udostępnieniu „prywatnemu” biegłemu na etapie postępowania przygotowawczego;
- 6) czy obrońca pozyskujący określoną wiedzę w związku z udzielaniem pomocy prawnej będzie mógł ją (w całości) przekazać „prywatnemu” biegłemu, nie narażając się na zarzut naruszenia obowiązku zachowania tajemnicy, oraz czy w takiej sytuacji może dojść do naruszenia normy wynikającej z art. 6 pr. adw. oraz § 19 Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu;
- 7) czy powinny istnieć jakieś ograniczenia ilościowe, zawężające możliwość wnoszenia o dopuszczenie dowodu z więcej niż jednej opinii prywatnej, dotyczącej tego samego zagadnienia.

W literaturze bardzo często podnosi się również argument, że zmiana normatywna polegająca na wprowadzeniu opinii „prywatnych” do procesu wywołała zjawisko zasypywania sądu ekspertyzami przez strony zamożniejsze. Tym samym wskazuje się też na swoiste ograniczenie prawa do obrony przez strony o niższym statusie materialnym, które nie mogą sobie pozwolić na sfinansowanie takiego środka dowodowego. Pojawia się pytanie, czy tak formułowana teza jest trafna.

Z punktu widzenia ograniczeń prawa do obrony wskazać należy na nowy zakaz dowodowy przewidziany w art. 168a k.p.k. oraz przepisy kodeksu karnego kryminalizujące różnorodne zachowania łączące się z czynnościami dowodowymi realizowanymi przez obrońcę²⁴. W tym kontekście istotne znacznie mają przepisy chroniące dokumenty, określające zwłaszcza podstawy kryminalizacji za tzw. fałsz materialny oraz fałsz intelektualny, a także za wykorzystywanie w procesie dokumentów podrobionych, przerobionych lub poświadczających nieprawdę. Ponadto istotne są także regulacje kryminalizujące podżeganie i pomocnictwo do składania fałszywych zeznań oraz pozostałe typy czynów zabronionych, umieszczone w rozdziale XXX kodeksu karnego, grupującym przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości.

Pierwszy z wymienionych przepisów, statuujący nowy zakaz dowodowy, nie określa co do zasady płaszczyzny dopuszczalnych lub zakazanych czynności dowodowych obrońcy. Wskazuje jedynie na procesowe konsekwencje, związane z ewentualnym posłużeniem się środkiem dowodowym (w zakresie kontroli prewencyjnej) lub dowodem (w zakresie kontroli następczej), uzyskanym za pomocą czynu zabronionego dla potrzeb postępowania karnego. Nie typizując zachowań zakazanych (zabronionych) z punktu widzenia dowodowych czynności obrońcy, przepis art. 168a k.p.k. stanowi podstawę do uznania ich za procesowo bezskuteczne. Przeprowadzenie dowodu na pod-

²⁴ Co do próby rekonstrukcji normatywnej zawartości art. 168a k.p.k. zob. w szczególności P. Kardas, *Podstawy i ograniczenia...*, s. 7 i n.; T. Razowski, *Materialne i procesowe aspekty interpretacji przepisu art. 168a k.p.k.*, CzPKiNP 2015, nr 2; M. Świerk, *Postępowanie dowodowe przed sądem*, CzPKiNP 2015, nr 2.

stawie środka dowodowego uzyskanego za pomocą czynu zabronionego nie jest bowiem dopuszczalne, co sprawia, że ustalenie, iż środek dowodowy uzyskany został w ten sposób na etapie rozstrzygnięcia wniosku o dopuszczenie przeprowadzania określonego dowodu, skutkować musi negatywną decyzją właściwego organu procesowego w tej kwestii. Z kolei ujawnienie – już po przeprowadzeniu dowodu w formie przewidzianej prawem – że stanowiący jego podstawę środek dowodowy został uzyskany za pomocą czynu zabronionego, wyklucza możliwość wykorzystania tego rodzaju dowodu w procesie, tzn. na jego podstawie nie można czynić żadnych ustaleń ani też wyprodukować jakichkolwiek wniosków. Dający się zrekonstruować z tego przepisu standard postępowania obrońcy z pewnością musi zawierać zakaz podejmowania pozaprocesowych czynności dowodowych, których istota sprowadza się do zachowania stanowiącego realizację czynu zabronionego w związku z działaniami mającymi na celu pozyskanie środka dowodowego dla potrzeb postępowania karnego.

Uzyskanie dowodu za pomocą czynu zabronionego obejmuje niezwykle szeroką kategorię zachowań, wśród których mieści się z pewnością bezprawne oddziaływanie na potencjalnego świadka w procesie, zmierzające do nakłonienia go, aby złożył niezgodne z rzeczywistością zeznania. W tym kontekście – przyjmując, że wnioski dowodowe obrońcy wymagają merytorycznego opracowania na etapie poprzedzającym ich formalne złożenie, oraz uwzględniając wynikającą z tej powinności konieczność przeprowadzenia przez obrońcę rozmów z potencjalnymi świadkami w celu uzyskania informacji o zakresie ich wiedzy oraz jej znaczeniu dla prowadzonego postępowania – zasadniczą kwestią jest konkretyzacja standardu postępowania spełniającego dwie funkcje, a mianowicie: zapewniającego zgodne z prawem realizowanie powinności obrońcy, a jednocześnie gwarantującego mu osobiste bezpieczeństwo w obliczu niedającej się wykluczyć możliwości formułowania wobec niego zarzutów dopuszczania się zachowań stanowiących realizację znamion czynu zabronionego, w tym w szczególności nakłaniania do fałszywych zeznań lub poplecznictwa.

Rzecz natomiast w tym, że środowisko adwokackie pozbawione jest w tym zakresie solidnych punktów oparcia, ponieważ wypracowane i funkcjonujące przez dziesięciolecia standardy postępowania do kwestii sposobu przeprowadzania tego rodzaju czynności w ogóle się nie odnosiły, a to w związku z rozpowszechnionym przekonaniem, że czynności takie są po prostu niedopuszczalne. Wydaje się, że dla zapewnienia komfortu i bezpieczeństwa wykonywania obowiązków obrońcy zasadne jest postulowanie reguły, która określałaby odpowiednią formę dokumentowania (rejestracji) tego typu czynności, umożliwiającą w razie pojawienia się jakichkolwiek wątpliwości odtworzenie jej przebiegu w sposób w pełni zobiektywizowany.

Łatwo zauważyć, że wypracowanie właściwej formy wykonywania zachowań składających się na realizację powinności obrońcy wiąże się z różnymi trudnościami, nie tylko natury technicznej. Jeśli bowiem celem miałyby być zobiektywizowane dokumentowanie określonych czynności, nastawione przede wszystkim na ich przyszłe dowodowe wykorzystanie – co mogłoby wszak sugere-

rować, że konieczne jest współdziałanie w tym zakresie innej jeszcze osoby niż przeprowadzający je obrońca – to pojawia się od razu kwestia zachowania wymogów związanych z obowiązkiem przestrzegania tajemnicy adwokackiej oraz zapewnienia gwarancji związanych z ochroną tajemnicy obrończej w aspekcie zewnętrznym. Obrońca jest przecież zobowiązany z mocy przepisów ustawy – Prawo o adwokaturze oraz zasad etyki adwokackiej do zachowania w poufności wszystkiego, o czym się dowiedział, prowadząc sprawę. Jest także niezwykle silnie chroniony przed zakusami wykorzystania posiadanej przez niego wiedzy przez konstrukcję bezwzględnego zakazu dowodowego określonego w art. 178 k.p.k. O ile z ochrony takiej korzystają także aplikanci adwokaccy, którzy pod nadzorem adwokata wykonują czynności związane z obroną, o tyle jest jej już pozbawiony personel techniczny kancelarii, w tym sekretarki oraz współpracownicy niemający statusu adwokatów, radców prawnych oraz aplikantów adwokackich i radcowskich. Osoby te ani nie są ustawowo zobowiązane do zachowania w poufności informacji uzyskanych w związku z wykonywaniem w kancelarii czynności zawodowych, ani też nie są chronione przed możliwością wykorzystywania ich jako źródeł informacji z uwagi na wąski zakres zastosowania zakazu dowodowego z art. 178 k.p.k. To zaś sprawia, że – wykorzystując innych niż adwokaci lub aplikanci współpracowników kancelarii do dokumentowania czynności rozmowy z potencjalnym świadkiem – obrońca naraża się na naruszenie zasad ochrony tajemnicy zawodowej. Stwarza także poważne ryzyko jej „przymusowego” ujawnienia w razie podjęcia przez organy procesowe decyzji o wezwaniu współpracowników kancelarii na przesłuchanie w charakterze świadka.

O ile poufność zachowania przez współpracowników uzyskanych w toku takich czynności informacji w poufności można zagwarantować przez zobowiązanie do jej przestrzegania, którego przełamanie skutkować mogłoby nawet odpowiedzialnością karną współpracownika kancelarii na podstawie art. 266 k.k., o tyle nie ma – jak się wydaje – skutecznej metody zagwarantowania nienaruszalności poufności w wypadku podjęcia czynności przesłuchania przez organy władzy publicznej. Oczywiście można w tym zakresie postulować wprowadzenie odpowiedniego standardu etycznego lub deontologicznego dla prokuratorów i sędziów, wyłączającego możliwość wykorzystywania tego typu osobowych źródeł informacji, nie wydaje się jednak, aby wprowadzenie odpowiednich regulacji do kodeksów etyki zawodowej mogło skutecznie niwelować ryzyka związane z tego rodzaju czynnościami. To zaś zdaje się przesądzać, że metoda obiektywizacji rejestracji takich czynności przez wykorzystywanie pracowników kancelarii jako protokolujących jej przebieg nie wydaje się wystarczająco bezpieczna.

Z podobnych przyczyn nie gwarantowałyby w pełni ochrony poufności informacji związanych z prowadzoną obroną udział notariusza w tego rodzaju czynności, sporządzającego we właściwej formie protokół z jej przebiegu. Także w tym przypadku aktualność zachowują uwagi dotyczące braku ochrony tajemnicy w aspekcie zewnętrznym z uwagi na zakres zakazu z art. 178 k.p.k. Jako możliwe jawi się w powyższym kontekście rejestrowanie przebiegu takiej czynności pozaprocesowej osobiście przez przeprowadzającego ją obroń-

cę przy wykorzystaniu urządzeń służących do rejestracji audio lub wideo. To jednak wymaga następczego odpowiedniego zabezpieczenia sporządzonych nagrań, zawierają one bowiem, niezależnie od decyzji co do złożenia wniosku dowodowego o przesłuchanie takiej osoby w charakterze świadka, informacje objęte tajemnicą obrończą. Powyższe, ogólne przecież z natury rzeczy uwagi obrazują, jak niezwykle skomplikowane, zarówno na płaszczyźnie prawnej, jak i techniczno-wykonawczej będzie przeprowadzanie tego typu czynności oraz jak bardzo potrzebne jest szybkie wypracowanie odpowiednich reguł i standardów postępowania.

Podobne trudności łączą się z możliwością zlecenia sporządzania tzw. opinii prywatnych²⁵. W tym zakresie ujawniają się poważne komplikacje związane z zasadami przekazywania tzw. prywatnemu biegłemu informacji oraz materiałów z postępowania, aktualizujące się zwłaszcza wówczas, gdy zlecenie tzw. opinii prywatnej następować będzie jeszcze w toku postępowania przygotowawczego. Jakkolwiek znowelizowane przepisy statuują zasadę względnej jawności materiałów w tym stadium procesu oraz nie określają w żadnym z przepisów zasady jego tajności, to jednak z uwagi na wiążącą obrońcę tajemnicę przekazywanie informacji zaczerpniętych z akt postępowania wymaga zapewnienia odpowiednich gwarancji ochrony poufności. W przypadku tzw. prywatnych biegłych ujawniają się identyczne jak przedstawione powyżej zagrożenia dotyczące możliwości wezwania takiego biegłego na przesłuchanie. Biegły nie korzysta bowiem z ochrony przewidzianej w art. 178 k.p.k., może zaś w związku ze sporządzaniem opinii prywatnej uzyskać informacje, które zazwyczaj będą mieć istotne znaczenie dla linii obrony. Także zatem w tym zakresie niezbędne jest wypracowanie określonych standardów postępowania.

W ramach pozaprocesowych czynności dowodowych obrońcy poza wskazanymi wyżej zagadnieniami szczegółowego uregulowania w zasadach etyki i deontologii zawodowej wymaga szereg innych kwestii. Jakkolwiek z punktu widzenia granic prawa do obrony przyjąć należy, że dopuszczalne jest podejmowanie wszelkich ukierunkowanych na korzyść mandanta działań, jeśli tylko nie zostały zakazane przez prawo, to jednak z uwagi na publicznoprawne aspekty funkcji obrońcy, a także szczególnie jego status jako przedstawiciela zawodu zaufania publicznego, istnieją związane z tymi właśnie aspektami naturalne wręcz ograniczenia. Zasady etyki adwokackiej nie przewidują w tym obszarze żadnych regulacji, nigdy dotąd nie były one bowiem adwokatom potrzebne. Z całą pewnością zmiana zasad przeprowadzania dowodów w postępowaniu jurysdykcyjnym nie uzasadnia zmiany podejścia do zasady samodzielności obrońcy. Nie ma także podstaw, aby w związku ze zmianą modelu procesu karnego forsować pogląd, że obrońca zobligowany jest do wykonywania wszystkich czynności, jakie mogłyby się okazać korzystne dla mandanta.

²⁵ Co do kwestii rozwiązywania na gruncie znowelizowanych przepisów problemu tzw. opinii prywatnych zob. w szczególności P. Kardas, *Podstawy i ograniczenia...*, s. 7 i n.; tenże, *Dowód prywatny...*

Paradygmat obrony w sprawach karnych, w tym w szczególności wynikający z zasad postępowania dowodowego w kontradiktoryjnym procesie karnym wymóg aktywności procesowej, rodzi pytanie o relacje między czynnościami obrońcy a możliwościami korzystania przez sąd z uprawnienia do przeprowadzania dowodów z urzędu. Trafnie wskazuje się w piśmiennictwie, że zachowanie bliżej nieskonkretyzowanej co do przesłanek możliwości przeprowadzania dowodów z urzędu przez sąd generuje ryzyko niejednorodności stosowania prawa²⁶. W tym kontekście z odpowiednią dozą elastyczności spoglądać należy na problem ewentualnej bierności obrońcy w postępowaniu karnym jako jednej z przesłanek jego odpowiedzialności, w tym odpowiedzialności dyscyplinarnej. Zmiana zasad przy jednoczesnym zachowaniu możliwości przeprowadzania dowodów z urzędu przez sąd sprawia, że paradygmat obrony winien być ukształtowany w sposób odpowiednio elastyczny. Jakkolwiek z uwagi na ciężar dowodu i ciężar dowodzenia oraz odpowiedzialność za wynik procesu zasadą powinna się stać obrona aktywna, to jednak nie sposób wykluczyć, że w określonych przypadkach z uwagi na sposób korzystania z wyjątkowych uprawnień dowodowych przez sąd tradycyjna bierność okazać się może strategią zdecydowanie korzystniejszą niż wynikająca z bazowego założenia kontradiktoryjności aktywność. Mając na względzie rozległe spektrum działań, a raczej czynności podejmowanych przez obrońcę, nie powinniśmy więc poddawać – niejako z góry – totalnej krytyce rozmaitych jego zaniechań (związanych np. z sugerowaniem oskarżonemu, aby odmówił składania wyjaśnień, czy z powstrzymaniem się od złożenia wniosku dowodowego na określonym etapie postępowania lub od złożenia środka zaskarżenia dotyczącego wyroku lub innego rozstrzygnięcia itp.), które zazwyczaj nie oznaczają przecież wynikającej z niedbalstwa bierności, lecz są przejawami przemyślanej taktyki obrończej. W tym kontekście można by przyjąć, że adwokat, który podejmuje się obrony, zawsze ma jakąś taktykę, albowiem – dążąc mniej lub bardziej udolnie do uzyskania jak najkorzystniejszego rozstrzygnięcia – dokonuje wyboru zachowań (czyli działań lub zaniechań) w toczącym się z jego udziałem procesie²⁷.

Istotne rozszerzenie możliwości przeprowadzania pozaprocessowych czynności dowodowych obrońcy oraz możliwości wykonywania czynności uzupełniających stwarza potrzebę wypracowania na nowo standardu lojalności procesowej stron. W ujęciu kontradiktoryjnym jest zupełnie oczywiste, że oskarżyciel i obrońca reprezentują przeciwstawne interesy oraz zmierzają do realizacji różnych celów w procesie. Temu podporządkowane są wszystkie podejmowane na etapie sądowym działania. Nie bez racji postulowano w piśmiennictwie – już na etapie prac nad projektem nowelizacji kodeksu postępowania karnego – wprowadzenie zasady interpretacyjnej, wedle której w toku postępowania przygotowawczego prokurator związany jest w sposób ścisły zasadą obiektywizmu, natomiast po podjęciu decyzji o skierowaniu do sądu aktu oskarżenia staje się przede wszystkim rzecznikiem zawartego w skardze uprawnionego oskarży-

²⁶ Zob. szerzej w tej kwestii S. Zabłocki, *Artykuł 167 k.p.k. po jego nowelizacji – wstępne nakreślenie problemów*, *Palestra* 2015, nr 7-8, s. 156 i n.

²⁷ Zob. J. Giezek, *Taktyka obrończa...*, s. 88 i n.

ciela stanowiska. To zaś sprawia, że formalnie wiążąca go zasada obiektywizmu traci ostrość, a nawet – w stadium jurysdykcyjnym – staje się swoistym, niepasującym do modelu kontradiktoryjnego anachronizmem. Realizacją czynności mających przemawiać na korzyść oskarżonego w kontradiktoryjnym procesie karnym obciążony jest przede wszystkim profesjonalny obrońca. Spełnianiu tej zasady służyć ma m.in. istotnie poszerzony zakres uprawnień do korzystania z pomocy obrońcy z urzędu, w zasadzie dostępnego na gruncie znowelizowanych przepisów na żądanie oskarżonego²⁸. To zaś może prowadzić do wniosku, że jeśli jednym z podstawowych celów procesu po nowelizacji jest weryfikacja zasadności skargi uprawnionego oskarżyciela, to na tym etapie podstawową jego powinnością jest prezentowanie racji mających na celu przekonanie sądu do zasadności zawartego w tym dokumencie stanowiska i w konsekwencji skazania oskarżonego.

Uznając, że taka forma rekonstrukcji zasady obiektywizmu nie jest kluczona na gruncie znowelizowanych przepisów, trzeba jednak powrócić do zasady lojalności procesowej, znanej przecież w krajach, w których proces oparty jest na zasadzie czystej kontradiktoryjności. W szczególności zaś – spoglądając z perspektywy zasad etyki i deontologii zawodowej – dałoby się chyba sformułować szczególnego rodzaju postulat, by w zakresie stanowiska prawnego strony procesu były zobowiązane do przedstawienia przed sądem wszystkich aspektów i sposobów rozumowania oraz wykładni, w tym także tych, które są prezentowane w znaczących judykatach, a które nie są korzystne z punktu widzenia stanowiska i interesu danej strony postępowania. Takie zasady przyjmowane są w prawie anglo-amerykańskim, w którym szczególną rolę odgrywają orzeczenia precedensowe. Co prawda polski system prawny pozostaje deklaratywnie systemem prawa stanowionego, jednak z uwagi na różnorodne czynniki, w tym także jakość stanowionego prawa, coraz większe znaczenie, częstokroć graniczące z prawotwórstwem, odgrywają orzeczenia sądowe, w tym zwłaszcza judykaty Sądu Najwyższego. To zaś powoduje, że sprawne poruszanie się w meandrach skomplikowanego i zarazem z pewnego punktu widzenia wieloźródłowego porządku prawnego jest coraz trudniejsze. Skoro tak, to w sytuacji, gdy zasada *in dubio pro reo* nie odnosi się – z uwagi na nadawany jej kształt – do kwestii prawnych, zaś ich rozstrzygnięcie, już na poziomie ustalenia źródeł stanowisk prezentowanych w danej kwestii, może w wielu wypadkach okazywać się kłopotliwe, to być może zasadne byłoby wprowadzenie do wiążących adwokatów, prokuratorów i radców prawnych standardów etycznych obowiązku przedstawiania – zarówno sobie nawzajem, jak i sądowi – kompleksowej informacji o kwestiach prawnych istotnych w danej sprawie, z uwzględnieniem stanowiska także niekorzystanego dla prezentującej te informacje strony²⁹. Tak rozumiana zasada lojalności w niektórych porządkach prawnych ma bez mała charakter bezwzględny, niedopełnienie tej powinności rodzi zaś daleko idące negatywne konsekwencje, włącznie z od-

²⁸ Zob. w tej kwestii m.in. P. Kardas, *Aktualny model obrony z urzędu a projektowana nowelizacja postępowania karnego*, *Palestra* 2013, nr 5–6, s. 9 i n.

²⁹ Zob. w tej kwestii szerzej opracowania zamieszczone w zbiorze *Etyka zawodów prawniczych...*, red. G. Borkowski.

powiedzialnością dyscyplinarną lub utratą prawa do wykonywania zawodu. Nie oznacza to oczywiście, że – akceptując obowiązek rzetelnego przedstawiania informacji o kwestiach prawnych oraz godząc się z konsekwencjami jego naruszenia – strona miałaby się tym samym pozbawiać możliwości prezentowania stanowiska własnego, nie zawsze odpowiadającego pogładowi dominującemu, a niekiedy nawet uznawanego za wysoce kontrowersyjne. Skoro bowiem w trakcie przeprowadzania wykładni obowiązujących regulacji prawnych dojść można – zwłaszcza w przypadku zastosowania różnych jej reguł – do niejednoznacznych, a niekiedy nawet wzajemnie sprzecznych rezultatów, nie rozstrzygając tym samym w sposób stanowczy dylematów interpretacyjnych, które nieustannie i z natury rzeczy towarzyszą wszak procesowi stosowania prawa, to trudno byłoby oczekiwać, aby obrońca rozwiązywał te dylematy w ewidentnej kolizji z interesem swojego mandanta.

Dostrzegając – mimo powyższego zastrzeżenia – potrzebę zachowania tak rozumianej lojalności procesowej, zwrócić należy uwagę, że kwestia ta jest na gruncie znowelizowanych przepisów zdecydowanie szersza. Z punktu widzenia zachowania zasady równości broni szczególne znaczenie mają informacje o planowanych czynnościach procesowych w postępowaniu przygotowawczym, zwłaszcza w kontekście możliwych do zastosowania jako podstawa zakończenia postępowania tzw. trybów konsensualnych. Do tej pory postępowanie przygotowawcze stanowiło skrzętnie strzeżoną domenę prokuratora, który skwapliwie unikał przekazywania informacji dotyczących planowanych czynności. Być może jednak – zwłaszcza w odniesieniu do sytuacji procesowych, w których realnie rysuje się możliwość skorzystania z trybów konsensualnych – warto rozważyć wprowadzenie do standardów etycznych zasady lojalności, gwarantującej obrońcy możliwość udziału w czynnościach procesowych mających znaczenie z punktu widzenia podstaw ostatecznej decyzji co do konsensualnego sposobu zakończenia postępowania.

Kwestia lojalności procesowej wiąże się także z zasadami wyznaczania terminów rozpraw sądowych. Jest przecież więcej niż oczywiste, że kontryktoryjność wymusza osobiste uczestnictwo w czynnościach procesowych oskarżyciela, będącego autorem skargi, oraz obrońcy, autora koncepcji obrony. Na potrzebę zagwarantowania w szczególności prokuratorom możliwości osobistego udziału w rozprawach zwracano wielokrotnie uwagę w trakcie debat nad ostatecznym kształtem nowego ujęcia przepisów procesowych. Identyczne powinności, a tym samym takie samo uzasadnienie ma potrzeba zagwarantowania możliwości osobistego udziału w rozprawach obrońcy. Ani prokuratorowska zasada substytucji, ani możliwość korzystania z obrońcy substytucyjnego nie są w stanie zagwarantować należytej realizacji procesowych funkcji: oskarżenia i obrony, a w konsekwencji realizacji podstawowych standardów składających się na rzetelność procesu karnego. Niezależnie od zasadności postulatu uregulowania tej kwestii w stosownym akcie wykonawczym do kodeksu postępowania karnego – czego domagają się zarówno prokuratorzy, jak i Naczelna Rada Adwokacka – warto dążyć do klarownego określenia zasady lojalności w kodeksach etyki: adwokackiej, radcowskiej i prokuratorskiej.

Na szczególną uwagę – o czym świadczą także umieszczone w tym zbiorze opracowania – zasługuje tajemnica zawodowa, będąca wszak jednym z fundamentów należytego wykonywania zawodu adwokata oraz pełnienia funkcji obrońcy, a jednocześnie stanowiąca konstytutywny element prawa do obrony. Jej zachowanie powinno być regułą określającą warunki rzetelnego pełnienia funkcji obrońcy w perspektywie gwarancji zachowania w poufności pozyskanych informacji w relacjach z organami władzy publicznej, dysponującymi władczymi instrumentami umożliwiającymi wymuszanie ich uzyskania od osób poddawanych czynnościom przesłuchania. Znaczenia i miejsca tajemnicy adwokackiej w tradycyjnie ukształtowanym systemie aksjologicznym adwokatury nie trzeba szerzej uzasadniać³⁰. Wystarczy przypomnieć oczywiste, a wręcz banalne nawet spostrzeżenie, że należy ona – zgodnie zresztą z ugruntowanym w tym zakresie przekonaniem – do niezbywalnych adwokackich imponderabiliów. Bez odwoływania się do znowelizowanych przepisów proceduralnych z łatwością zauważymy, że bezkompromisowe podejście do tajemnicy adwokackiej, a w konsekwencji także jej kwalifikowanej postaci (czyli tzw. tajemnicy obrończej) w jej ujęciu klasycznym, zakorzenionym w XIX-wiecznym paradygmacie adwokata-obrońcy, rodzi rozmaite problemy, nie tylko w relacjach między adwokatami a organami władzy publicznej, lecz także w relacjach wewnętrznych, między adwokatami oraz klientami i innymi osobami, dysponującymi zasobem informacji mających znaczenie dla pełnienia funkcji obrony.

Nie powinno przeto dziwić, że niezależnie od deklaratywnego stanowiska naczelnych organów adwokatury tajemnica zawodowa i obrończa stanowi przedmiot poważnych sporów, uwikłanych pragmatycznie, a zarazem opartych na poważnych różnicach teoretycznych dotyczących tej szczególnej instytucji³¹. Zmiana modelu procesu nie tyle otwiera rozmaite obszary analiz dotyczących tajemnicy, co raczej wyostrza pewne kwestie, sprawiając, że ich sensowne rozstrzygnięcie staje się palącym zagadnieniem praktycznym, nie tylko zaś przedmiotem intelektualnych rozważań teoretyków prawa.

Analiz poświęconych tajemnicy adwokackiej oraz jej istocie nie mogło tym samym zabraknąć w zbiorze poświęconym etyce i deontologii adwokata w kontekście kontrydiktoryjnego procesu karnego, a nawet konieczne wydawało się pewne jej uprzywilejowanie³². Mając na uwadze znaczenie tej akurat kwestii, zdecydowanie wykraczające poza zakres pragmatycznej wykładni

³⁰ Zarysowane wyżej uwagi dotyczące etycznych i deontologicznych standardów postępowania obrońcy w procesie o zwiększonej liczbie elementów kontrydiktoryjnych obrazują, jak niezwykle istotne i zarazem skomplikowane są kwestie dotyczące zakresu, charakteru oraz obowiązku ochrony tajemnicy adwokackiej. Wskazują także na znaczenie szczególnych zasad ochrony tej tajemnicy w procesie karnym opartej na konstrukcji zakazu dowodowego przewidzianego w art. 178 k.p.k.

³¹ Zob. np. J. Giezek, *O granicach tajemnicy adwokackiej oraz zgodzie „dysponenta” na jej ujawnienie*, Palestra 2014, nr 9, s. 60 i n.

³² Rzecz bowiem w tym, że przez pryzmat tajemnicy adwokackiej spojrzeć również można na wiele innych norm wynikających m.in. ze Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu, mających niewątpliwie istotne znaczenie przy wyznaczaniu granic i form aktywności adwokata w znowelizowanym modelu procedury karnej.

znowelizowanych przepisów, podejmujący tę tematykę autorzy zajmują się kwestiami fundamentalnymi, poszukując odpowiedzi na pytania podstawowe, by na nich nabudowywać różnorakie propozycje rozstrzygnięcia kwestii szczegółowych. Zupełnie naturalne wydaje się również spojrzenie na zagadnienie tajemnicy adwokackiej z perspektywy konstytucyjnej. Prowadzone w tym zakresie rozważania służyć mają odpowiedzi na pytanie, czy tajemnica adwokacka, a w konsekwencji także tajemnica obrończa, jako tajemnica wiążąca przedstawicieli zawodu zaufania publicznego, ma swoje konstytucyjne podstawy³³. Kwestia ta, o fundamentalnym wręcz znaczeniu, nie była do tej pory szerzej analizowana w piśmiennictwie³⁴. Odpowiedź na pytanie o obecność konstytucyjnych podstaw istnienia w systemie prawa instytucji chroniących tajemnicę adwokacką i obrończą, w zależności od podejścia, wymaga przeprowadzenia dystynkcji między tymi dwiema odmianami lub – w innym ujęciu – rodzajami tajemnicy. Jeśli nie utracimy z pola widzenia, że prawo do obrony ma konstytucyjne podstawy, a zarazem tajemnicę obrończą powiążemy z tym właśnie konstytucyjnym prawem podmiotowym, to – mimo podnoszonych w tym zakresie wątpliwości³⁵ – stosunkowo łatwo uzasadnimy twierdzenie, że obowiązek ochrony tzw. tajemnicy obrończej wynika z Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.). To zaś prowadzić musi do twierdzenia, że właśnie ustawa zasadnicza wymaga wprowadzenia przez ustawodawcę stosownych przepisów chroniących poufność informacji składających się na ten rodzaj tajemnicy. Takie podejście, obok oczywistej zalety, jaką jest konstytucjonalizacja tajemnicy obrończej, ma zarazem pewną dość zasadniczą wadę, a mianowicie poza zakresem tak rozumianego konstytucyjnego umocowania pozostawia zwykłą, niekwalifikowaną jako obrończa tajemnicę adwokacką. Nie tracąc z pola widzenia, że także ochrona tajemnicy adwokackiej ma określone znaczenie w procesie karnym, można by poszukiwać innego konstytucyjnego zakorzenienia zasady ochrony tajemnicy adwokackiej jako szczególnego rodzaju tajemnicy przedstawicieli zawodów zaufania publicznego. Idąc tropem jej konstytucyjnego źródła, można by oczywiście poszukiwać w przepisach chroniących prywatność zasady przekazywania, gromadzenia i przetwarzania informacji i danych osobowych podmiotów korzystających z pomocy adwokata. Takie podejście nie deprecjonuje szczególnego konstytucyjnego statusu tzw. tajemnicy obrończej, umożliwia jednak twierdzenie, że także „zwykła” tajemnica adwokacka jest konstytucyjną wartością, którą prawodawca zobowiązany jest chronić przez stosowne regulacje. Można wreszcie poszukiwać konstytucyjnego zakorzenienia instytucji tajemnicy adwokackiej w przepisie dotyczącym możliwości tworzenia samorządów zawodów zaufania publicz-

³³ Zob. P. Kardas, *Konstytucyjne i ustawowe aspekty ochrony tajemnicy zawodowej powierzanej przedstawicielom zawodów zaufania publicznego*, CzPKiNP 2014, nr 3, s. 4 i n.

³⁴ Już po złożeniu tego opracowania w Wydawnictwie opublikowana została monografia W. Marchwickiego, *Tajemnica adwokacka. Analiza konstytucyjna*, Warszawa 2015, zawierająca m.in. analizę konstytucyjnych podstaw tajemnicy adwokackiej.

³⁵ Zob. np. zawarte w tym zbiorze opracowanie P. Wilińskiego, *Konstytucyjne podstawy tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu adwokata i radcy prawnego*.

nego. Trzy podejścia, różniące się w wielu aspektach wręcz fundamentalnie, prezentowane są w drugiej części zbioru. Wybór jednego z nich jako podstawy dalszych analiz kwestii szczegółowych w znacznym stopniu determinuje sposób ich rozstrzygnięcia.

Podjmując próbę syntetycznego podsumowania przedstawionych wyżej refleksji – zarysowujących jedynie podstawowe problemy etyczno-deontologiczne, jakie wiążą się z dokonanymi przez ustawodawcę zmianami normatywnymi, a jednocześnie wprowadzających do dyskusji, która toczyła się nie tylko w ramach organizowanych od kilku lat przez Komisję Etyki Zawodowej przy Naczelnej Radzie Adwokackiej konferencji, lecz także przy wielu innych okazjach – warto zwrócić uwagę na trzy następujące zagadnienia. Po pierwsze – dokonana właśnie nowelizacja systemu prawa karnego, zarówno materialnego, jak i procesowego, będąca kolejnym ogniwem w łańcuchu permanentnych modyfikacji przepisów karnych, nie powinna być – ze względu na swój modelowy charakter – postrzegana w kategoriach zmiany czysto technicznej, której aplikacja mogłaby się sprowadzać do prostego zastąpienia regulacji dotychczas obowiązującej jakąś inną, w sposób pozbawiony głębszych konsekwencji, wchodzącą w jej miejsce. Tym razem bowiem nowelizacja oznacza swoiste przewartościowanie modelu dotychczas obowiązującego, aktualizujące konieczność nowego spojrzenia na cały proces karny oraz role odgrywane przez występujących w nim uczestników. Po drugie zatem – jeśli aplikacja dokonanych zmian ma być pełna oraz wychodzić naprzeciw intencji prawodawcy, a nawet intencję tę „odczytywać” lepiej, niżby to wynikało z literalnej wykładni często niestety niedoskonałych regulacji szczegółowych, to jej procesowi towarzyszyć musi pogłębiona refleksja etyczno-deontologiczna. Po trzecie wreszcie – próbując mniej lub bardziej udolnie zrekonstruować aksjologię dokonanych zmian systemowych, trzeba jednocześnie z nowej perspektywy spojrzeć na zasady etyki i standardy deontologiczne zawodu adwokata, zwłaszcza gdy występuje on w roli obrońcy, przy czym w takim właśnie kontekście szczególnego wyciągnięcia przed nawias zdaje się wymagać problematyka tajemnicy adwokackiej.

Mógłby ktoś oczywiście postawić pytanie, czy znowelizowana procedura karna pozostaje w bezpośrednim związku ze sposobem postrzegania fundamentalnej z punktu widzenia etyki i deontologii zawodowej kwestii tajemnicy adwokackiej oraz obowiązku jej dochowania. Na tak sformułowane pytanie dałoby się odpowiedzieć w sposób niejednoznaczny, stwierdzając, że nowelizacja procedury karnej z wielu rozmaitych względów dla tajemnicy adwokackiej pozostaje neutralna, z drugiej jednak strony – odczytywana w perspektywie inaczej ukształtowanych obowiązków obrońcy w procesie karnym – może się dla modyfikacji postrzegania zagadnień z tajemnicą związanych okazać niezwykle istotna. Neutralność zmian wynika – jak się zdaje – przede wszystkim stąd, że tajemnica jako wartość dla adwokatury od dawna podstawowa ma w gruncie rzeczy charakter ponadczasowy, a więc trudno wyobrazić sobie, abyśmy jej istotę gotowi byli postrzegać inaczej lub modyfikować nasze stanowisko w tym zakresie z tego jedynie względu, że ustawodawca zmienił taki lub inny akt prawny, nawet jeśli jego ranga jest bardzo wysoka, gdyż dotyczy kodyfika-

cji określonej dziedziny prawa. Rzecz jednak w tym, że tego rodzaju zmiany, nie tylko nakładające na adwokatów nowe obowiązki, lecz wymagające także wręcz swoistego przeorientowania deontologicznego – umieszczając tajemnicę adwokacką, w której postrzegamy wszak relację zachodzącą pomiędzy adwokatem a jego klientem, w innym zupełnie kontekście – nie mogą pozostać bez wpływu na sposób, w jaki adwokat będzie postępować z pozyskiwanymi w trakcie świadczenia pomocy prawnej informacjami. Zmiana modelu procesu bez wątplenia rzuca zatem nowe światło na zagadnienia związane z tajemnicą adwokacką oraz tzw. tajemnicą obrończą, przy czym nie chodzi tutaj wyłącznie o sygnalizowane wyżej aspekty, lecz o cały kompleks zagadnień, skomplikowanych i spornych, których nie udało się do dzisiaj nie tylko jednoznacznie rozwiązać, lecz także częstokroć nawet poprawnie zdiagnozować i opisać. Nie powinniśmy także tracić z pola widzenia, że nawet jeśli tajemnica adwokacka nabiera szczególnego znaczenia, gdy staje się tajemnicą obrończą, to nie można jej w żadnym wypadku deprecjonować, a tym bardziej lekceważyć, jeśli wiąże się ona z innymi niż proces karny obszarami działalności adwokata.

Przedstawiony poniżej zbiór opracowań, będących nie tylko pokłosiem wspomnianych już konferencji, lecz także głosów w dyskusji³⁶, która – mimo że już dość dawno temu zainicjowana – być może dopiero obecnie powinna się na dobre rozpocząć (zwłaszcza gdy zgromadzimy pewne niezbędne minimum doświadczeń wynikających z praktycznego stosowania nowych przepisów), uporządkowany został w trzech różnych częściach. Pierwsza z nich, będąca spojrzeniem na etykę adwokacką z perspektywy procesu kontradiktoryjnego, zawiera rozważania dotyczące wyłaniającego się z całokształtu nowych przepisów paradygmatu obrony w sprawach karnych, granic realizowanego zarówno w sposób aktywny, jak i bierny prawa do obrony, odpowiedzialności za jej wynik, także wówczas, gdy jest on osiągany w jednym z trybów konsensualnych, z jednoczesnym – przynajmniej fragmentarycznym – nawiązaniem do etyki innych uczestników procesu karnego. Część druga w całości jest już poświęcona tajemnicy adwokackiej, jej istocie, konstytucyjnym podstawom, dysponowaniu nią w relacji pomiędzy adwokatem a klientem oraz ochronie przed ewentualnymi próbami naruszania jej od zewnątrz, a także niezwykle istotnym, mającym gwarantować możliwie jak najpełniejszą ochronę procesowym zakazom dowodowym. Część trzecia to głosy w dyskusji odnoszące się do rozmaitych kwestii i problemów szczegółowych, jakie w kontradiktoryjnym modelu procesu karnego, wymagającym od obrońcy wykazania się postawą znacznie bardziej aktywną niż obecna, wpływać tym samym mogą na postrzeganie tajemnicy adwokackiej.

³⁶ Dodać należy, że część zamieszczonych w tym zbiorze opracowań powstawała m.in. na podstawie wygłaszanych na konferencjach z lat 2013–2014 referatów, a więc w różnym czasie, w tym także przed wejściem w życie zmian uchwalonych ustawą z dnia 27 września 2013 r., a nawet przed uchwaleniem ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. Uznaliśmy – mimo że publikacja wszystkich opracowań następuje już w okresie obowiązywania obu ustaw – że warto pozostać przy takiej formie, w jakiej pierwotnie zostały one przygotowane, dzięki temu bowiem Czytelnik może się nie tylko zorientować, jak postrzegane były omawiane tutaj zmiany z dzisiejszej perspektywy, lecz także jaka była ich „świeża” ocena, dokonywana także z perspektywy rozpoczynającego się dopiero *vacatio legis*.

Ufając, że oddajemy do rąk Czytelnika zbiór wypowiedzi w sposób interesujący wiążących rozważania na temat dokonywanych przez ustawodawcę – mniej lub bardziej głębokich, a niekiedy mających nawet charakter systemowy – zmian normatywnych z zasadami etycznymi i deontologicznymi, wyznaczającymi zarówno procesową, jak i pozaprocesową pozycję adwokata oraz potrzebę jego większej niż dotychczas aktywności, mamy jednocześnie nadzieję, że udało się w ten sposób uzasadnić towarzyszące nam przeświadczenie, że przy wypracowywaniu standardów rzetelnego wykonywania tego zawodu analizy zasadniczych kwestii normatywnych od kształtujących etykę i deontologię podstaw aksjologicznych po prostu oddzielić niepodobna.

Jacek Giezek, Piotr Kardas

Część I

Etyka adwokacka

a kontradiktoryjny proces karny

O potrzebie zmiany paradygmatu obrony w sprawach karnych w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego – kilka uwag o ustawowych determinantach powinności obrońcy w postępowaniu karnym

Uchwalona w dniu 27 września 2013 r. ustawa o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹ uzupełniona i częściowo zmieniona przez regulacje uchwalone w dniu 20 lutego 2015 r. przez ustawę o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw² przynosi zasadnicze zmiany reguł pełnienia funkcji procesowych przez obrońcę³ oraz oskarżyciela⁴. Wprowadzone na mocy tej regulacji rozwiązania stawiają przed przedstawicielami profesji prokuratorskiej i adwokackiej nowe zadania, stwarzając jednocześnie wiele wyzwań i zagrożeń, niewystępujących na gruncie poprzednio obowiązujących regulacji procesowych. W konsekwencji z uwagi na wprowadzone zmiany ponownego przemyślenia i ukształtowania wymagają zasady pełnienia funkcji oskarżyciela i obrońcy w kontra-

¹ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 849).

² Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 396).

³ Co do znaczenia nowelizacji procedury karnej dla realizacji funkcji obrony zob. m.in. C. Kulesza, *Od obrony formalnej...*, s. 462 i n.; P. Wiliński, *Konsensualizm a kontradiktoryjność...*, s. 23 i n.; P. Kardas, *Obrońca i oskarżyciel...*, s. 29–62; P. Kardas, *Etyczne i proceduralne aspekty...*, s. 213–233.

⁴ Co do znaczenia nowelizacji procedury karnej dla realizacji funkcji ścigania i oskarżenia zob. m.in. uwagi R. Hernanda, *Uwag kilka na temat nowego modelu procedury karnej (w:) Adwokatura a modele...*, red. J. Giezek, A. Malicki, s. 41–57. Por. też T. Grzegorzczak, *Postępowanie przygotowawcze w świetle nowelizacji z dnia 27 września 2013 r. i rola w nim prokuratora w aspekcie sądowego stadium procesu*, Prok. i Pr. 2015, nr 1–2, s. 26 i n.; K. Dudka, *Rola prokuratora w znowelizowanym postępowaniu karnym*, Prok. i Pr. 2015, nr 1–2, s. 60 i n.; P. Hofmański, J. Śliwa, *Dwugłos w sprawie nowego kształtu postępowania przygotowawczego*, Prok. i Pr. 2015, nr 1–2, s. 77 i n.; A. Seremet, *Prokuratura a kontradiktoryjny model postępowania sądowego. Wyzwania i możliwe zagrożenia*, Prok. i Pr. 2015, nr 1–2, s. 166 i n.; P. Kardas, *Wpływ kontradiktoryjnego modelu...*, s. 219 i n.; J. Śliwa, *Wpływ kontradiktoryjnego modelu rozprawy głównej na przebieg postępowania przygotowawczego*, Prok. i Pr. 2015, nr 1–2, s. 239 i n.

dyktoryjnym procesie karnym, w tym także modyfikacji zasad deontologii i etyki zawodowej.

By należycie naświetlić ujawniające się na gruncie znowelizowanych przepisów proceduralnych problemy oraz podjąć próbę przedstawienia wstępnych propozycji ich rozwiązywania, warto na przedpolu zarysować najistotniejsze założenia i cele nowelizacji, a także wynikające z nich nowe modelowe ujęcie polskiej procedury karnej⁵. Podstawowe cele uchwalonej we wrześniu 2013 r. oraz w lutym 2015 r. nowelizacji stanowić powinny jedną z zasadniczych przesłanek wykorzystywanych w procesie wykładni wprowadzonych rozwiązań, a w dalszej perspektywie ukształtowania poszczególnych instytucji procesowych składających się na nowy model polskiego procesu karnego⁶.

Nowelizacja procedury karnej opiera się na dwóch fundamentalnych, wypracowanych przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego założeniach, determinujących zakres, charakter i kierunek zmian normatywnych. Nowa regulacja ma bowiem na celu z jednej strony modyfikację obowiązującego w polskim systemie prawa od 1928 r. modelu procedury karnej przez istotne zwiększenie elementów kontradiktoryjności postępowania karnego na wszystkich etapach procesu, z drugiej zaś poszerzenie zakresu zastosowania instrumentów konsensualnych⁷. Oba zasadnicze kierunki nowelizacji mają w ocenie projektodawców komplementarny charakter, mają służyć sanacji najpoważniejszych mankamentów polskiego procesu karnego, w tym w szczególności eliminacji lub co najmniej minimalizacji zjawiska przewlekłości postępowania, nieuzasadnionego i nadmiernie rozbudowanego wykorzystywania instrumentów przymusu procesowego, likwidacji zbędnego formalizmu, wreszcie – co stanowi klamrę spinającą wszystkie proponowane rozwiązania – zagwarantowaniu przestrzegania przez organy procesowe standardów gwarancyjnych na satysfakcjonującym z punktu widzenia międzynarodowego i konstytucyjnego poziomie. Realizację wskazanych wyżej generalnych celów i założeń nowelizacji powiązano z kilkoma obszarami szczegółowymi, podkreślając, że spełnienie zakładanych celów reformy wymaga jednoczesnego uwzględnienia wszystkich wskazywanych w projekcie nowelizacji aspektów⁸. Wagę i znaczenie komplementarności zmian

⁵ Ten fragment opracowania nawiązuje do mojego wcześniejszego opracowania – P. Kardas, *Jeden czy dwa modele...* – i w części opiera się na nim.

⁶ Zob. szerzej w tej kwestii P. Kardas, *Instytucjonalne i interpretacyjne...*, s. 256 i n.

⁷ W taki sposób zasadnicze kierunki nowelizacji procesu karnego wprowadzonej na mocy ustawy z dnia 27 września 2013 r. ujmuje także P. Wiliński, *Konsensualizm a kontradiktoryjność...*, s. 23 i n.

⁸ W uzasadnieniu projektu nowelizacji wskazano, że przedstawiony projekt zmierza do osiągnięcia następujących celów:

- 1) przemodelowania postępowania jurysdykcyjnego w kierunku większej kontradiktoryjności;
- 2) przemodelowania – w niezbędnym zakresie – postępowania przygotowawczego;
- 3) usprawnienia i przyspieszenia postępowania przez szersze wykorzystywanie konsensualnych sposobów zakończenia postępowania;
- 4) usunięcia „fasadowości” postępowania;
- 5) ukształtowania na nowo podstaw stosowania środków zapobiegawczych w sposób zapobiegający ich nadmiernemu wykorzystywaniu w praktyce;
- 6) ograniczenia przewlekłości postępowania, zwłaszcza przez nowe ukształtowanie postępowania odwoławczego;

wyeksponowano w uzasadnieniu projektu nowelizacji wskazując, że „prezentowany przez Komisję projekt stanowi spójną i kompleksowo przemyślaną całość. Jedne zmiany generują konieczność zaproponowania innych. W konsekwencji nie jest możliwe, bez szkody dla spójności systemu, częściowe wprowadzenie proponowanych w projekcie rozwiązań z jednoczesną rezygnacją z innych”⁹.

Próbując scharakteryzować konsekwencje wynikające z wprowadzonych zmian na poziomie generalnym, wskazać warto w pierwszej kolejności, że najistotniejszy i zarazem najgłębiej wnikający w istotę procesu karnego element uchwalonej nowelizacji związany z poszerzeniem zakresu kontradiktoryjności w postępowaniu jurysdykcyjnym¹⁰ nie pociąga za sobą radykalnej zmiany modelu procesu karnego. Polski proces karny, zarówno przed nowelizacją, jak i po jej wprowadzeniu, pozostaje bowiem procesem mieszanym, w którym w różnym stopniu i z różną intensywnością na poszczególnych jego stadiach przeplatają się zasady oficjalności (inkwizycyjności) oraz kontradiktoryjności¹¹. Mimo wyraźnego akcentowania szczególnego znaczenia tej części nowelizacji, która służy zwiększeniu elementów kontradiktoryjności postępowania dowodowego, nigdy nie twierdzono, że wprowadzone rozwiązania stanowią wyraz koncepcji czystej czy też pełnej kontradiktoryjności przyjmowanej w modelu anglo-amerykańskim¹². W istocie zamierzenie projektodawców zostało zakrojone znacznie skromniej, jego zasadniczym celem nie było bowiem zastąpienie mieszanego inkwizycyjno-kontradiktoryjnego procesu karnego, z jakim mieliśmy do czynienia na gruncie kolejnych kodeksów postępowania karnego z lat: 1928, 1969 i 1997, przez proces w pełni kontradiktoryjny, lecz zmiana proporcji między inkwizycyjnością a kontradiktoryjnością na poszczególnych stadiach procesu. Innymi słowy, odmienne rozłożenie akcentów między charakteryzującymi postępowanie dowodowe przed

7) odciążenia sędziów od zbędnych czynności formalnych;

8) uzyskania zgodności rozwiązań kodeksowych ze standardami międzynarodowymi i konstytucyjnymi;

9) usunięcia oczywistych i ujawnionych omyłek.

Zob. szerzej uwagi zamieszczone w opracowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego uzasadnieniu projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, Warszawa 2011, s. 8 i n.

⁹ Zob. tamże.

¹⁰ Na inne, równie znaczące elementy uchwalonej nowelizacji zwraca uwagę w interesującym także z punktu widzenia powinności obrońcy opracowaniu P. Wiliński, *Konsensualizm a kontradiktoryjność...*, s. 23 i n.

¹¹ Model obowiązujący na gruncie przepisów sprzed nowelizacji określano powszechnie jako względnie inkwizycyjny, akcentując przewagę elementów inkwizycyjnych nad kontradiktoryjnymi. Model wprowadzany na mocy uchwalonej nowelizacji określać można jako względnie kontradiktoryjny, akcentując tym samym przewagę elementów kontradiktoryjnych; zob. w tej kwestii m.in. P. Kardas, *Mieszany, kontradiktoryjny czy inkwizycyjny proces karny? Uwagi o kierunkach projektowanych zmian kodeksu postępowania karnego* (w:) *Księga dedykowana dr Ewie Weigend*, red. S. Waltoś, CzPKiNP 2011, s. 181 i n.; J. Skorupka, *W kierunku kontradiktoryjnej rozprawy głównej* (w:) *Adwokatura jako uczestnik procesu legislacyjnego*, red. J. Giezek, A. Malicki, Warszawa 2012, s. 38 i n.

¹² Zob. w szczególności P. Hofmański, S. Zabłocki, *O modelu postępowania przygotowawczego i sądowego* (W związku z pracami Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego) (w:) *Problemy penologii i praw człowieka na początku XXI stulecia. Księga poświęcona pamięci Profesora Zbigniewa Hołdy*, red. B. Stańdo-Kawecka, K. Krajewski, Warszawa 2011, s. 173–181; P. Hofmański, *Prawda materialna w kontradiktoryjnym procesie karnym* (w:) *Księga dedykowana dr Ewie Weigend*, red. S. Waltoś, s. 161 i n.

Jacek Giezek – profesor doktor habilitowany nauk prawnych, kierownik Katedry Prawa Karnego Materialnego Uniwersytetu Wrocławskiego; adwokat prowadzący od ponad 20 lat kancelarię adwokacką we Wrocławiu, członek Naczelnej Rady Adwokackiej, przewodniczący Komisji Etyki Zawodowej i wiceprzewodniczący Komisji Legislacyjnej przy NRA, członek Komitetu Redakcyjnego „Palestry”. Autor ponad 140 publikacji dotyczących przede wszystkim problematyki prawa karnego materialnego, w szczególności teoretycznych oraz dogmatycznych zagadnień nauki o przestępstwie, a także wybranych etycznych oraz procesowych aspektów związanych z wykonywaniem zawodu adwokata. Redaktor oraz współautor komentarza do kodeksu karnego, współautor podręcznika do prawa karnego materialnego oraz komentarza do przepisów karnych kodeksu spółek handlowych.

Piotr Kardas – profesor doktor habilitowany nauk prawnych, Kierownik Zakładu Prawa Karnego Porównawczego Uniwersytetu Jagiellońskiego; adwokat, członek Naczelnej Rady Adwokackiej, Przewodniczący Komisji Legislacyjnej oraz Wiceprzewodniczący Komisji Etyki Zawodowej NRA. Członek Rady Programowej Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury. Wiceprzewodniczący Prezydium Komitetu Redakcyjnego „Palestry”. Autor ponad 260 publikacji naukowych opublikowanych w kraju i za granicą dotyczących problematyki prawa karnego materialnego, konstytucyjnych podstaw odpowiedzialności karnej, teorii prawa, prawa karnego procesowego, organizacji wymiaru sprawiedliwości, problematyki harmonizacji i unifikacji prawa karnego w ramach struktur europejskich, prawa karnego międzynarodowego, prawa karnego skarbowego, etycznych standardów wykonywania zawodów prawniczych oraz zagadnień ustrojowych prokuratury i adwokatury.

- Publikacja stanowi nowatorskie na polskim rynku wydawniczym opracowanie dotyczące podstawowych kwestii łączących się z etyką zawodową oraz tajemnicą adwokacką, prezentowanych z perspektywy – zmienionych tzw. dużą nowelizacją k.p.k. – reguł procesu karnego.
- Zagadnienia te są analizowane w kontekście podstaw konstytucyjnych, kontradyktoryjnych reguł prowadzenia postępowania karnego oraz wyzwań wynikających ze zmienionych regulacji proceduralnych.
- Autorzy po raz pierwszy odnoszą się do najbardziej kontrowersyjnych i zarazem znaczących w praktyce stosowania prawa aspektów etyki zawodowej oraz tajemnicy adwokackiej i tajemnicy obrończej. Przedstawiają również wiele propozycji interpretacyjnych i wskazówek dotyczących sposobu postępowania w różnorodnych sytuacjach procesowych, a także pogłębione analizy teoretyczne i dogmatyczne.
- Czytelników szczególnie zainteresuje omówienie wynikających ze znowelizowanej procedury karnej standardów etycznych oraz nowych obowiązków obrońcy zmuszających do większej niż dotychczas aktywności procesowej.
- Książka jest skierowana do adwokatów, radców prawnych, sędziów, prokuratorów oraz aplikantów adwokackich, radcowskich, sądowych i prokuratorowskich. Będzie przydatna również dla teoretyków prawa karnego i studentów prawa.

ISBN 978-83-264-9306-5



9 788326 493065

Cena 79 zł
(w tym 5% VAT)

Zamówienia:

infolinia 801 04 45 45, fax 22 535 80 01
zamowienia.ksiazki@wolterskluwer.pl
www.wolterskluwer.pl
księgarnia internetowa www.profinfo.pl



9788326493065 W01P01