

MACIEJ FINGAS

POZAPROCESOWY KONTAKT OBROŃCY
ZE ŚWIADKIEM W PROCESIE KARNYM

Nie ulega wątpliwości, że wejście w życie tzw. noweli wrześniowej, dokonującej strukturalnej przebudowy modelu postępowania jurysdykcyjnego, stanowi punkt zwrotny w historii polskiego procesu karnego. Choć stabilność prawa stanowi niepodważalną wartość systemu prawnego, spojrzenie wstecz pomaga nam uzmysłwić sobie, że dzisiejszy proces karny tworzy struktura normatywna funkcjonująca (z niewielkimi jedynie zmianami) już od ponad sześćdziesięciu lat. Śledczy model postępowania sądowego, zapewniający maksymalne wsparcie sądu dla oskarżyciela publicznego w udowadnianiu hipotezy przedstawionej w akcie oskarżenia, gwarantujący możliwość uzupełnienia w każdym czasie braków postępowania przygotowawczego, preferujący przewodnią rolę organów procesowych w poszukiwaniu i utrwalaniu dowodów, spełniał niewątpliwie cele stawiane przed tym procesem przez prawodawcę powojennego. W istniejących obecnie warunkach polityczno-społecznych, przy w pełni profesjonalnym oraz oddzielnym od władzy wykonawczej urzędzie prokuratorskim, model ten istotnie stracił rację bytu, a jego zmiana powinna także wyeliminować część czynników generujących przewlekłość postępowania karnego.

O nowelizacji pisze się obecnie wiele. Podejmowane w literaturze zagadnienia ogniskują się głównie na kwestiach związanych z relacją pomiędzy zasadą kontrydiktoryjności a zasadą prawdy materialnej oraz zakresem aktywności sądu w postępowaniu dowodowym. Spoglądając na zbliżające się zmiany z perspektywy innych niż sąd uczestników procesu karnego, trzeba mieć zwłaszcza na uwadze to, że jednym z głównych założeń ustawodawcy jest aktywizacja stron procesowych skutkująca złożeniem na ich barki odpowiedzialności za wynik procesu¹, co stanowi niewątpliwie *novum*. Za tą odpowiedzialnością iść musi jednak nie tylko stworzenie obu stronom odpowiednich warunków, aby miały one możliwość przekonania sąd o swoich racjach. Kontrydiktoryjność postępowania nie zamyka się bowiem wyłącznie w ścisłym podziale ról procesowych i usytuowaniu sądu jako bezstronnego arbitra, z rzadka jedynie interweniującego w przebieg

¹ Zob. uzasadnienie ustawy nowelizacyjnej z 27 września 2013 r., Druk Sejmowy nr 870, s. 5.

postępowania dowodowego. Jednym z podstawowych warunków kontryktoryjności procesu jest także równouprawnienie stron wiodących spór, zwane też zasadą równości broni². Ponieważ jednak nie można mówić w procesie karnym o faktycznej równości stron procesowych, tym większego znaczenia nabiera rola efektywnego udziału w postępowaniu obrońcy, którego zadaniem jest wyrównywanie strukturalnej nierówności pomiędzy obroną a oskarżeniem³. Oskarżyciel publiczny ma wszelkie warunki oraz instrumenty procesowe do prowadzenia kontryktoryjnego sporu. Może poszukiwać i zabezpieczać dowody na użytek postępowania sądowego w oparciu o wyraźne umocowanie normatywne, usytuowane w przepisach procedury karnej. W opozycji do powyższego, kodeks milczy w kwestiach samodzielnego gromadzenia dowodów przez oskarżonego lub jego obrońcę – niezależnie od toczącego się równoległe postępowania przygotowawczego, lub też poza rozprawą główną w jurysdykcyjnej fazie procesu. Tymczasem słusznie podnosi się w piśmiennictwie, że obrońca pełni funkcję publiczną w procesie, co powinno skłonić ustawodawcę oraz organy stosujące prawo do przyznania mu większych uprawnień do realizacji stawianych przed nim istotnych zadań. Przede wszystkim zgromadzone przez niego dowody czy informacje powinny mieć większy wpływ na proces karny, niż klasyczne tzw. dowody prywatne⁴.

Kwestią budzącą w praktyce nieustające wątpliwości, a której chciałem w niniejszym opracowaniu poświęcić kilka słów, pozostaje problematyka bezpośredniego kontaktu obrońcy z pokrzywdzonym oraz ze świadkami, zarówno tymi potencjalnymi, jak i tymi, którzy swoje zeznania złożyli lub będą składać przed organem procesowym. W środowisku prawniczym – głównie wśród prokuratorów oraz sędziów – dość częste jest przekonanie, że bezpośredni kontakt ze świadkiem nie tylko oskarżonego, ale również jego obrońcy, poza formalnymi czynnościami procesowymi jest zachowaniem nagannym i wymagającym piętnowania⁵. Upatruje się bowiem w takim działaniu nadużycia prawa do obrony, zdarzały

² S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 276.

³ C. Kulesza, *Efektywność udziału obrońcy w procesie karnym w perspektywie prawnoporównawczej*, Kraków 2005, s. 363.

⁴ Tamże, s. 430. Teza o publicznym charakterze działalności obrońcy jest powszechna w opracowaniach poświęconych jego pozycji procesowej (zob. zwłaszcza: T. Grzegorzczak, *Obronca w postępowaniu przygotowawczym*, Łódź 1988, s. 16; P. Kruszyński, *Stanowisko prawne obrońcy w procesie karnym*, Białystok 1991 s. 33; A. Wąsek, *Z problematyki odpowiedzialności karnej obrońcy w sprawach karnych*, [w:] Z. Cwiakalski (red.), M. Szewczyk (red.), S. Waltoś (red.), A. Zoll (red.), *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały*, Kraków 1994, s. 285). Pojęcie „dowód prywatny” będzie używane w niniejszym opracowaniu w rozumieniu zaproponowanym przez A. Bojańczyka, tj. chodzi ogólnie o środek dowodowy przedstawiany w procesie przez podmiot prywatny, niebędący organem procesowym (zob. bliżej: *Dowód prywatny w postępowaniu karnym w perspektywie prawnoporównawczej*, Warszawa 2011, s. 229).

⁵ Obecny stan rzeczy trafnie charakteryzuje następujące stwierdzenie P. Hofmańskiego: „dzisiaj powiadamy, że kontaktowanie się ze świadkiem jest jakimś problemem z punktu widzenia rzetelności sprawowania obrony i etyki adwokackiej” (zob. tegoż, *Gwarancje prawa do obrony w świetle zmian Kodeksu postępowania karnego zawartych w ustawie z dnia 27 września 2013 r. w: Prawo do obrony w postępowaniu penalnym. Wybrane aspekty*, M. Kolendowska-Matejczuk, K. Szwarc (red.), Warszawa 2014, s. 15).

się także próby pociągnięcia obrońców do odpowiedzialności dyscyplinarnej, czy wręcz karnej z powołaniem na utrudnianie poprzez takie zachowania toczącego się postępowania karnego. Poglądy te znajdują częściowe potwierdzenie w dawnym (datującym się na połowę ubiegłego wieku) orzecznictwie organów dyscyplinarnych samorządu adwokackiego. Przyjmowano m.in., że uzyskiwanie przez adwokata informacji o sprawie karnej swego klienta od osób, które były przesłuchiwane w charakterze świadka lub podejrzanego w tej samej sprawie, stanowi naruszenie zasad godności i obowiązków zawodowych adwokata⁶. Wpływ na to orzecznictwo miał zresztą polityczny czynnik państwowy, który nigdy nie był zainteresowany tym, aby adwokaci prowadzili własne czynności, niezależnie od urzędu prokuratorskiego. Minister Sprawiedliwości PRL korzystał w tym celu z uprawnienia do wniesienia rewizji nadzwyczajnej od orzeczeń Wyższej Komisji Dyscyplinarnej do spraw adwokatów, o czym świadczyć może wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 stycznia 1964 r., w którym stwierdzono, że omawianie przez obrońcę oskarżonych ze świadkiem zgłoszonym przez stronę oskarżycielską treści oświadczenia czy podania, jakie świadek ten ma złożyć sądowi ze względu na potrzeby obrony klienta adwokata, jest poważnym przewinieniem, szczególnie jaskrawo kolidującym z zasadami godności i etyki adwokackiej⁷. Jeszcze dalej idący pogląd wyrażony został w wyroku z 24 listopada 1962 r.⁸, gdzie za naruszające podstawowe zasady etyki i godności adwokata uznano ogólnie rozmowy obrońcy z osobami, które mają wystąpić w sprawie w charakterze świadków.

Już powyższe przykłady pozwalają chyba racjonalnie założyć, że restrykcyjne orzecznictwo dyscyplinarne nie mogło pozostać bez wpływu na ukształtowanie się wśród obrońców pewnych nawyków i przyzwyczajzeń, zmierzających do unikania aktywnej postawy w sferze kontaktu ze źródłami dowodu. Obrońcy zmuszeni więc zostali do przyjęcia strategii polegającej na wyczekiwaniu na pełne wyniki postępowania przygotowawczego i koncentrowania walki procesowej w obrębie materiału dowodowego, wyznaczonego przez ramy przeprowadzonych na tym etapie procesu czynności. Również więc i dzisiaj obrońcy ze znaczną rezerwą podchodzą do sugestii przeprowadzenia jakichkolwiek własnych czynności, równoległe do toczącego się postępowania przygotowawczego. Trzeba przy tym powiedzieć, że implikacje takiego stanu rzeczy nie ograniczają się do wstępnego etapu procesu. Także w postępowaniu sądowym profesjonalni przedstawiciele procesowi mają na uwadze, aby przed salą rozpraw ich klienci trzymali się najlepiej z daleka od oczekujących na wywołanie świadków, nawet jeśli dany świadek

⁶ Orzeczenie Wyższej Komisji Dyscyplinarnej z 18.03.1961 r., Pal. 1961, nr 5, s. 133–134. W sprawie, którą badała Komisja (dalej przywoływana skrótowo jako: WKD), adwokat spotkał się z przesłuchanym już przez organy ścigania świadkiem. W rozmowie adwokat wskazał m.in., że w jakich warunkach świadek mógłby odmówić składania zeznań.

⁷ Wyrok SN z 25.01.1964 r., R. Adw. 75/63, Pal. 1964, nr 6, s. 79–80. Podobnie SN w wyroku z 23.11.1968 r., RAD 15/68, Pal. 1969, nr 3, s. 79.

⁸ Wyrok SN z 24.11.1962 r., R. Adw. 29/62, Pal. 1963, nr 3, s. 87.

oraz strona pozostają w stałych relacjach towarzyskich, czy biznesowych i naturalnie mogli jeszcze poza sądem uzgodnić treść zeznań, które zostaną złożone. W rezultacie można odnieść wrażenie, że wszyscy uczestnicy procesu zostają zmuszeni do uczestnictwa w grze, której głównym elementem jest tworzenie fikcji, że zeznania świadka są dowodem pochodzącym od źródła, na kontakt z którym wyłączność ma jedynie organ procesowy. Zasadnicze pytanie, jakie należałoby postawić, to czy ta rozbudowana czasem wręcz do niebywałych rozmiarów obawa przed bezpośrednim kontaktem osób zainteresowanych w sprawie z potencjalnym źródłem dowodu jest uzasadniona? Należy bowiem zaznaczyć, że poza sferą pewnej zastanej konwencji i istniejących przyzwyczajęń, nie istnieje konkretny substrat normatywny, który generalnie zakazywałby kontaktu ze świadkami dla celów postępowania sądowego. Co więcej, trzeba raczej przyjąć, że poszukiwanie dowodów oraz kontakt ze świadkami stanowi działanie usytuowane w zbiorze czynności prakseologicznie zmierzających do obrony, szeroko rozumianej jako odpieranie postawionych lub grożących oskarżonemu zarzutów. Wiadomym jest, że podstawowym uprawnieniem oskarżonego jest wybór sposób i środków obrony, z tym, że wybór ten musi jednak mieścić się w granicach wyznaczonych przez obowiązujące przepisy prawa⁹. W literaturze wskazano na dwa główne elementy wyznaczające granice prawa do obrony:

1. zakaz naruszania przez oskarżonego jego obowiązków procesowych, przewidzianych wyraźnie przez przepisy kodeksu postępowania karnego;
2. niedopuszczalność naruszenia przepisów prawa karnego materialnego, tj. takiego wykonywania prawa do obrony, które sprowadza się do popełniania nowych przestępstw¹⁰.

Oczywiście nie ma przepisów procesowych, które *explicite* przewidywałyby wyłączność kontaktu ze świadkami dla organów procesowych. O granicach dopuszczalnych działań obrony w tej sferze wnioskować można co najwyżej na podstawie treści niektórych przepisów procesowych rozdziału 28 k.p.k., regulującego problematykę środków zapobiegawczych. Z treści przepisu art. 249 § 1 k.p.k. wynika ogólny zakaz podejmowania takich działań, które zagrażałyby prawidłowemu tokowi postępowania karnego, zaś art. 258 § 1 pkt. 2 k.p.k. pozwala już nieco bardziej precyzyjnie stwierdzić, że niedopuszczalne jest nakłanianie innych uczestników postępowania do składania fałszywych zeznań lub wyjaśnień, a także utrudnianie postępowania karnego w inny, ale przy tym bezprawny sposób. Do podobnych wniosków prowadzić musi analiza przepisów prawa karnego

⁹ P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006, s. 267–268.

¹⁰ A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 277. Niekiedy wskazuje się także na trzeci element – zakaz takiego wykonywania prawa do obrony, które naruszałoby słuszne interesy innych uczestników postępowania (tak: P. Wiliński, *Zasada...*, s. 459). Wydaje się jednak, że interes innych uczestników postępowania powinien znaleźć odzwierciedlenie w określonej decyzji ustawodawcy przyjmującej postać przepisu materialnego lub procesowego. W przeciwnym wypadku, choćby w miarę precyzyjne określenie ram prawa do obrony nie byłoby możliwe, zaś ograniczanie działań obrony w oparciu o taką ogólną przesłankę miałoby charakter arbitralny.

materialnego, w zakresie normatywnego obszaru penalizacji czynów godzących w prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości. Nie ulega więc wątpliwości, że zarówno oskarżony, jak i obrońca nie mogą namawiać świadka do zeznania nieprawdy lub zatajenia prawdy, gdyż takie działanie podlega ocenie karnoprawnej jako podżeganie do popełnienia przestępstwa stypizowanego w art. 233 § 1 k.k.¹¹. Niedopuszczalne jest także wywieranie wpływu na świadka, choć należy zaznaczyć, że formułowanie w rozmowie ze świadkiem sugestii co do przebiegu zdarzenia nie stanowi karalnego wpływu na tegoż, ponieważ penalizowane jest jedynie wywieranie na niego wpływu przy użyciu przemocy lub groźby bezprawnej (art. 245 k.k.)¹². Tym bardziej też w pełni aktualne pozostaje wyrażone w orzecznictwie Sądu Najwyższego stanowisko, zgodnie z którym obrońca nie może odpowiadać za podżeganie do przestępstwa, czy też popełnienie przestępstwa poplecznictwa, jeżeli nakłania samego oskarżonego do złożenia nieprawdziwych wyjaśnień, czy też sprzecznych ze złożonymi uprzednio w tym samym postępowaniu karnym¹³.

W rezultacie dotychczasowych ustaleń należy więc postawić tezę, że brak jest jakichkolwiek normatywnych podstaw do formułowania twierdzeń o niedopuszczalności osobistego kontaktu obrońcy ze świadkami oraz prowadzenia w tym celu przez obrońcę własnych czynności wyjaśniających (tzw. prywatnego śledztwa). Przychylić należy się zatem do poglądu, zgodnie z którym uprawnienie do podejmowania czynności mających na celu zdobywanie informacji poza procesem stanowi prostą konsekwencję i dopełnienie praw przysługujących podejrzalnemu i jego obrońcy w procesie karnym¹⁴. Zaakceptowanie zaś aktywnej roli obrońcy, jako profesjonalnego przedstawiciela oskarżonego w procesie karnym, jest tym bardziej konieczne wobec modelowych zmian postępowania karnego, które wejdą w życie wraz z przepisami noweli wrześnieowej. W nowym kształcie

¹¹ W literaturze zwrócono przy tym uwagę, że podżeganie lub pomocnictwo w składaniu fałszywych zeznań jest tylko jednym z wielu sposobów utrudniania lub udaremniania postępowania karnego przez udzielenie sprawcy przestępstwa pomocy w uniknięciu odpowiedzialności karnej. A zatem zbieg przepisów art. 233 k.k. oraz art. 239 k.k. ma charakter pozorny (P. Kruszyński, *Stanowisko prawne obrońcy w procesie karnym*, Białystok 1991, s. 74–75). Odnotować też należy pogląd, zgodnie z którym odpowiedzialności za podżeganie świadków do składania fałszywych zeznań nie powinien ponosić oskarżony (zob. P. Wiliński, *Zasada...*, s. 530).

¹² Kwestie związane z innymi zachowaniami obrońcy wykraczają poza problematykę kontaktu ze świadkami. Były one jednak dość szeroko omawiane w literaturze przedmiotu. W tym zakresie zob. przede wszystkim: P. Kruszyński, *Stanowisko...*, s. 69 i n.; T. Gardocka, *Granice legalnego działania obrońcy w procesie karnym*, Palestra 1987, nr 3–4, s. 69 i n.; A. Wąsek, *Z problematyki odpowiedzialności karnej obrońcy w sprawach karnych* [w:] Z. Cwiakalski (red.), M. Szewczyk (red.), S. Waltoś (red.), A. Zoll (red.), *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały*, Kraków 1994, s. 285 i n.

¹³ Por. uchwała SN z 9.01.1964 r., VI KO 25/63, OSPIKA 1964, poz. 159 wraz z opublikowaną tam glosą R. Łyczyczyka oraz glosą Z. Papierkowskiego, OSPIKA 1965, poz. 66.

¹⁴ Wskazuje na to P. Girdwoyń, *Zarys kryminalistycznej taktyki obrony*, Kraków 2004, s. 106. Por. także: T. Grzegorzczak, *Obróńca...*, s. 153; A. Bojańczyk, *Dowód prywatny...*, s. 279–282; R.A. Stefański [w:] J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2004, s. 479; A. Wąsek, *Z problematyki...*, s. 301.

procesu, pozaprocessowy kontakt obrońcy z osobowym źródłem dowodu powinien być traktowany jako rzecz zupełnie naturalna, a czasem wręcz niezbędna¹⁵.

Za potrzebą redefinicji dotychczasowych ocen bezpośredniego kontaktu obrońcy ze świadkami przemawia kilka istotnych argumentów. Niektóre znajdują wystarczające zakotwiczenie już w obowiązującym dotychczas porządku normatywnym, inne nabierają większego znaczenia w związku z zasadniczym wzmocnieniem kontrydiktoryjności postępowania karnego. W punkcie wyjścia dla dalszych wywodów umieścić należy przepis art. 86 § 1 k.p.k., zgodnie z którym obrońca może przedsięwziąć czynności procesowe jedynie na korzyść oskarżonego. *Ex definitione* obrońca nie może zaszkodzić swoim działaniem lub zaniechaniem swojemu klientowi. Obrońca, pomimo publicznego charakteru jego działalności, nie jest strażnikiem prawdy obiektywnej, może więc ujawniać tylko te fakty, które są dla oskarżonego korzystne¹⁶. Takie założenie nie miałyby jednak żadnego pokrycia w rzeczywistości, gdyby obrońca zobligowany był do informowania organu procesowego o znanym mu źródle dowodu – bez przeprowadzenia weryfikacji, jakie rezultaty dla oskarżonego przyniesie wprowadzenie tego dowodu do procesu. Złożenie wniosku dowodowego o przesłuchanie w charakterze świadka osoby, co do której obrońca nie wie, jakie okoliczności są jej znane i co w związku z jej przesłuchaniem może zostać ujawnione przed organem procesowym, może *in concreto* stanowić w ostatecznym rezultacie działanie na niekorzyść jego klienta¹⁷. Pomijając przypadki, gdy obrońca jest całkowicie pewny rzeczywistego obrazu zdarzenia (jeśli kiedykolwiek można w ogóle być tego pewnym), niesprawdzony świadek może przecież ujawnić nowe nieznanne, obciążające oskarżonego okoliczności. Taki wniosek dowodowy obarczony byłby zatem ryzykiem, że będzie stanowić uzupełnienie materiału dowodowego prezentowanego przez oskarżyciela. Jeżeli więc oczekujemy, że obrońca będzie w kontrydiktoryjnym postępowaniu karnym stanowić w miarę adekwatną przeciwwagę dla organów ścigania, to nie można stawiać go przed fatalnym wyborem pomiędzy pasywnym oczekiwaniem na rozprawę, a składaniem „w ciemno” wniosków dowodowych, które może poprawią sytuację jego klienta, a może ją pogorszą. Uzyskanie informacji na temat potencjalnej treści zeznań, jakie mógłby świadek złożyć, jest zatem wpisane w istotę działania na korzyść oskarżonego. Informacje takie uzyskiwać można rzecz jasna wyłącznie poprzez bezpośredni kontakt ze źródłem dowodu.

¹⁵ Podobnie P. Kardas, który wskazuje, iż obrońca zobligowany jest do podejmowania czynności mających na celu wyszukiwanie informacji o dowodach, zabezpieczanie, a w niezbędnym zakresie także utrwalanie dowodów (tegoż, *Pozaprocessowe czynności obrońcy a tzw. dowody prywatne w świetle nowelizacji procedury karniej*, *Palestra* 2014, nr 9, s. 125).

¹⁶ P. Kruszyński, *Stanowisko...*, s. 38.

¹⁷ Por. tamże, s. 71; T. Gardocka, *Granice...*, s. 74; A. Bojańczyk, *Dowód prywatny...*, s. 513; M. Warchoł, *Śledztwo obrońcy i nielegalne dowody – wybrane zagadnienia reformy procedury karnej*, [w:] *Prawo do obrony...*, s. 53; S. Pawelec, *Aktywność dowodowa obrońcy w zreformowanym procesie karnym*, [w:] *Prawo do obrony...*, s. 71.

Ustalenie w ogólnym zarysie, że świadek ma określone wiadomości w sprawie to jednak wciąż mało. Nawet jeśli obrońca uzyska wiedzę co do tego, że świadek ma informacje, które można wykorzystać na korzyść oskarżonego, to nie ma innego wyjścia – powinien dowiedzieć się, co dokładnie świadkowi jest w sprawie wiadomo. Inaczej obrońca nie będzie w stanie sformułować poprawnej, precyzyjnej tezy dowodowej. Jak wiadomo, do niedawna ani orzecznictwo, ani piśmiennictwo karnoprocesowe nie przywiązywało do kwestii tezy dowodowej specjalnej wagi¹⁸. Nie może to szczególnie dziwić, przede wszystkim ze względu na fakt, że niezależnie od aktywności stron formułujących wnioski dowodowe – których elementem obligatoryjnym jest oznaczenie okoliczności, które mają być udowodnione – przewodniczący składu orzekającego związany był i tak zawartym w przepisie art. 366 § 1 k.p.k. nakazem baczenia, aby zostały wyjaśnione wszystkie istotne okoliczności sprawy, a w miarę możliwości także okoliczności sprzyjające popełnieniu przestępstwa. Realną granicą przesłuchania świadków był więc jedynie zakaz zadawania pytań, które należało uznać za „nieistotne” (art. 171 § 6 k.p.k.). Nowelizacja wrześnieiowa zwiększa znaczenie tezy dowodowej, obligując oskarżyciela publicznego, aby zawarty w akcie oskarżenia wykaz dowodów, o których przeprowadzenie podczas rozprawy głównej oskarżyciel wnosi, zawierał określenie dla każdego dowodu, jakie okoliczności mają być udowodnione (art. 333 § 1 k.p.k.) oraz limitując przeprowadzenie przez sąd dowodu w sytuacjach wymienionych w art. 167 § 1 k.p.k. do granic zakreślonych tezą dowodową. Odejście od dotychczasowego modelu wszechstronnego wyjaśniania okoliczności sprawy zmierza do tego, że w większym niż dotychczas stopniu oczekiwać należy od stron precyzyjnego formułowania wniosków dowodowych. W literaturze trafnie podkreśla się, że wprowadzone zmiany procedury karnej zmierzają do racjonalizacji postępowania dowodowego przed sądem, obejmującej także właściwą selekcję dowodów, zmierzającą do ograniczenia przypadków przeprowadzania dowodów niepozostających we właściwych relacjach z okolicznościami stanowiącymi podstawę zarzutów¹⁹. Tymczasem sformułowanie tezy dowodowej, w przypadku złożenia wniosku o przesłuchanie w charakterze świadka osoby, co do której jest nie wiadomo, jaką ma wiedzę w sprawie, zmusza do ujęcia tezy w formie szeregu spekulacji lub pytań (np. „na okoliczność tego, kto był obecny na miejscu zdarzenia, jakie mogły być przyczyny zachowania oskarżonego”), lub nadania jest maksymalnie ogólnego brzmienia (np. „na okoliczność przebiegu zdarzenia”). Konsekwencją zaś takiego określenia tezy dowodowej jest z kolei brak możliwości przeprowadzanie kontroli przydatności zgłaszanego dowodu przez sąd, który w takiej sytuacji nie może tylko z powodu lakonicznej lub ogólnej

¹⁸ A. Bojańczyk, *Teza dowodowa jako normatywny wyznacznik zakresu przeprowadzenia dowodu w procesie karnym o charakterze inkwizycyjnym i kontradiktoryjnym* [w:] *Kontradiktoryjność...*, s. 260.

¹⁹ Zob. P. Kardas, *Etyczne i proceduralne determinanty pełnienia funkcji sędziego, obrońcy i oskarżyciela w kontradiktoryjnym postępowaniu karnym*, Palestra 2014, nr 3–4, s. 47.

tezy dowodowej argumentować, że okoliczność, która ma być udowodniana, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy lub że dowód jest nieprzydatny do stwierdzenia danej okoliczności (art. 170 § 1 pkt 2–3 k.p.k.). W rezultacie zaś, dopiero w trakcie przeprowadzania dowodu może okazać się, że świadek w ogóle nie ma żadnych przydatnych informacji w sprawie. Taki stan rzeczy godzi zaś w ekonomikę postępowania i prowadzi do niepotrzebnych kosztów związanych z doręczeniem wezwania i zwrotem kosztów z tytułu obowiązkowego stawiennictwa na rozprawie, nie wspominając już o czasie poświęconym przez sąd i strony procesowe na przesłuchanie takiego świadka.

Po 1 lipca 2015 r. scharakteryzowana wyżej potrzeba kontaktu ze źródłem dowodu przed złożeniem wniosku dowodowego nie może budzić już chyba budzić żadnych wątpliwości w świetle treści wprowadzonego nowelizacją z dnia 20 lutego 2015 r. przepisu art. 367a k.p.k., który w § 1 przewiduje możliwość złożenia przez stronę postępowania sądowego wniosku o zarządzenie przez sąd dostarczenia przez odpowiedni organ dokumentów, których strona sama nie może uzyskać, albo o zwolnienie lub wystąpienie o zwolnienie określonej osoby od zachowania tajemnicy dla potrzeb złożenia wniosku dowodowego. *Explicite* wskazano, że chodzi więc o uzyskanie danych bezpośrednio od źródła dowodu – z pominięciem sądu – dla potrzeb przygotowania ewentualnego wniosku dowodowego. W przypadku osoby związanej jedną z tajemnic związanych z pełnieniem zawodu lub funkcji, strona uzyskuje możliwość zwolnienia takiej osoby z tajemnicy i naturalnie uprawniona jest do rozmowy z takim potencjalnym świadkiem. Dopiero potem strona podejmuje decyzje co do złożenia wniosku dowodowego.

Wspomniano już wcześniej, że w znowelizowanym postępowaniu karnym strony stają się odpowiedzialne za wynik procesu w większym niż dotychczas stopniu. Wiadomym jest, że w postępowaniu jurysdykcyjnym sąd może ingerować w postępowanie dowodowe w sytuacjach wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że również w postępowaniu przygotowawczym aktywność dowodowa organu procesowego ulega redukcji. Postępowanie to ma obecnie zmierzać do zebrania, zabezpieczenia i utrwalenia dowodów w zakresie niezbędnym do stwierdzenia zasadności wniesienia aktu oskarżenia albo innego zakończenia postępowania, jak również do przedstawienia wniosku o dopuszczenie tych dowodów i przeprowadzenie ich przed sądem (art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k.). Nie jest pozbawiona znaczenia również wynikająca z ostatniej ustawy nowelizacyjnej z 20 lutego 2015 r. zmiana, polegająca uchyleniu art. 297 § 2 k.p.k., który przewidywał obowiązek organu procesowego do dążenia wyjaśnienia okoliczności, które sprzyjały popełnieniu czynu. Rzecz jasna, nie zmienia się założenie o ustrojowej pozycji prokuratora jako rzecznika interesu publicznego. Jako organ postępowania przygotowawczego pozostaje on związany dyrektywami wynikającymi z zasady obiektywizmu. Nie ulega w szczególności zmianie podstawowa reguła określona w art. 4 k.p.k., zgodnie z którą organy prowadzące postępowanie karne są obowiązane badać oraz uwzględniać okoliczności przemawiające

zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego²⁰. Niemniej jednak, przywołany wyżej przepis art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k. można bez wątplenia odczytywać w ten sposób, że wobec przyjęcia przez prokuratora na podstawie zgromadzonych dowodów, że istnieje wystarczająca podstawa dowodowa, aby uzyskać przed sądem wyrok skazujący, to nie jest on już zobligowany do wyczerpania inicjatywy dowodowej w celu poszukiwania dowodów odciążających²¹. Zapewne obowiązek ten nie spoczywa także na obrońcy, gdyż nie ma normy nakazującej dowodzenie niewinności oskarżonego i zebranie w tym celu wszystkich możliwych dowodów, niemniej jednak rolą obrońcy w kontradiktoryjnym procesie jest przedstawienie własnych dowodów i przeprowadzenie ich przed sądem²². W kategorii zaniechania należytego wykonywania obowiązków obrońcy należałoby oceniać sytuację, w której poprzestaje on na dowodach zgromadzonych przez oskarżenia, pomimo że dostępne są dowody, które mogłyby doprowadzić do złagodzenia lub wręcz uwolnienia oskarżonego od poniesienia odpowiedzialności karnej. Nie wydaje się też, aby z obowiązków aktywnego prowadzenia sporu obrońcą mogły zwalniać niezmienione w sposób istotny reguły dotyczące rozkładu ciężaru dowodu, obciążające oskarżyciela do wykazania winy oskarżonego²³. Reguły procesu opartego o inkwizycyjny model wyjaśniania faktów sprawy istotnie mogły skłaniać strony do pasywnego oczekiwania na pozytywne rozstrzygnięcie jego sprawy. Obecnie zmiana modelu postępowania sądowego nakazuje przyjęcie zasadniczo odmiennego podejścia. Ustawodawca oczekuje bowiem od stron aktywnego uczestniczenia w sporze, który – według założeń filozofii dialektycznej – ma umożliwić sądowi dotarcie do prawdy.

Kolejną kwestią, nad którą należałoby się zastanowić, jest określenie optymalnego rozpoczęcia przez obrońcę działalności polegającej na poszukiwaniu dowodów i kontakt ze świadkami. Czy z uwagi na prowadzone postępowanie przygotowawcze, obrońca powinien wstrzymać się z tego typu działaniami aż do zamknięcia tego etapu procesu? Czy dopiero od doręczenia aktu oskarżenia obrona powinna włączyć się w poszukiwanie dowodów, celem ich przedstawienia sądowi? Ustawodawca co prawda nie reguluje w sposób wyraźny kwestii dopuszczalności równoległych do prowadzonego postępowania przygotowawczego czynności poszukiwawczych, jednak trzeba zwrócić uwagę, że w kilku miejscach kodeksu oczekuje się od oskarżonego, że złoży on własne wnioski dowodowe. Zasadniczym z tej perspektywy zdarzeniem procesowym jest doręczenie oskar-

²⁰ Por. T. Grzegorzczak, *Kształtowanie się modelu postępowania przygotowawczego na gruncie kodeksu z 1997 roku i jego nowa postać w świetle nowelizacji procedury karnej, dokonanej ustawą z 27 września 2013 roku*, [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Polski proces karny i materialne prawo karne w świetle nowelizacji z 2013 r.*, Warszawa 2014, s. 44; P. Hofmański, *Czy konieczna jest redukcja postępowania przygotowawczego?* [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Polski proces...*, s. 61–63.

²¹ Nie oznacza to natomiast, że oskarżyciel publiczny mógłby zignorować lub zataić dowodów lub okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonego, o czym szerzej pisze P. Kardas, *Etyczne...*, s. 49.

²² Zwraca na to uwagę P. Kardas, *Pozaprocesowe...*, s. 124.

²³ Por. P. Hofmański, *Gwarancje prawa...*, s. 13.

żonemu aktu oskarżenia, zawierające m.in. wezwanie do składania wniosków dowodowych w terminie 7 dni. Choć nie może budzić wątpliwości, że wskazany termin nie ma charakteru prekluzyjnego, to błędem byłoby uznanie, że przepis ten stanowi niewiele znaczącą wskazówkę co do pożądanego działania ze strony oskarżonego. Termin ten jest tak krótki, że trudno byłoby przyjąć, że ma on stanowić wyłączny okres na poszukiwanie oraz rozważenie treści wniosków dowodowych. Odczytywać go można nieco inaczej, mianowicie w ten sposób, że ustawodawca zakłada, że obrona może mieć już przygotowany program własnego postępowania dowodowego i ustawodawca oczekuje w związku z tym, że program ten zostanie zaprezentowany sądowi już na etapie przygotowania do rozprawy głównej, celem optymalnego jej zaplanowania. To ostatnie zaś nabiera szczególnego znaczenia w świetle nowej treści art. 349 k.p.k. Zgodnie z § 5 przywołanego przepisu, prezes sądu wzywa oskarżyciela publicznego, pełnomocników i obrońców do przedstawienia pisemnego stanowiska dotyczącego planowania przebiegu rozprawy głównej oraz jej organizacji, w tym dowodów, które powinny być przeprowadzone jako pierwsze na tych rozprawach, w terminie 7 dni od doręczenia wezwania. Należy zatem przyjąć, że obrona nie musi wstrzymywać się z własnymi czynnościami zmierzającymi do zgromadzenia informacji o dowodach aż do zakończenia postępowania przygotowawczego. Jest to też o tyle istotne, że w praktyce obrońca ma niewielki wpływ na przebieg postępowania przygotowawczego, działając często w warunkach ograniczonego lub wręcz wyłączonego dostępu do akt postępowania w tym stadium procesu.

Poszukując możliwości niwelowania strukturalnych nierówności pomiędzy organami ścigania a działającym na rzecz oskarżonego obrońcą, można zadać także pytanie, czy prowadząc własne „prywatne śledztwo” obrońca może na podobieństwo organów postępowania przygotowawczego dokonywać choćby w ograniczonym zakresie utrwalenia informacji, które uzyskał, celem ich przedstawienia sądowi. Pogląd najbardziej zachowawczy, który wyrażany jest w literaturze, głosi, że obrońca w ogóle nie ma prawa prowadzenia na własną rękę, niezależnie od upoważnionych do tego organów, swojego *quasi* – dochodzenia, gdyż polska konstrukcja postępowania przygotowawczego wyklucza taką możliwość. Obrońca ma jedynie współpracować z organami ścigania w zakresie, w jakim jest to korzystne dla jego klienta²⁴. Inni autorzy wskazywali jednak, że działalność taka jest w pełni legalna, dyskutować można co najwyżej nad jej zakresem i granicami²⁵. Trzeba jednak zauważyć, że dość istotnym wyznacznikiem dotychczasowego podejścia do „prywatnej” działalności stron w sferze dowodowej był przepis art. 393 § 3 k.p.k., który zastrzegał wyraźnie, że mogą być odczytywane na rozprawie wszelkie dokumenty prywatne, o ile nie powstały dla celów postępowania karnego. Wyłączało to możliwość wykorzystania w procesie dokumentów prywatnych utrwalających

²⁴ Taki pogląd prezentuje T. Grzegorzczak, *Obrońca...*, s. 154–155.

²⁵ Zob. zwłaszcza: P. Girdwoyń, *Zarys...*, s. 105–106; A. Bojańczyk, *Dowód prywatny...*, s. 510 i n.

czynności, które zamiast ich przeprowadzenia i utrwalenia przez organy procesowe zostały zgromadzone w „prywatny sposób”, między innymi prywatnych zapisów wypowiedzi potencjalnego lub aktualnego świadka²⁶. Był to też wyraźny sygnał dla stron, że dowody w postępowaniu karnym zbiera oraz utrwała wyłącznie organ procesowy. Obecnie nowelizacja wrześniowa tworzy całkowicie nowy stan rzeczy, otwierając szeroko ramy nie tylko zdobywania informacji, ale także utrwalania ich dla celów postępowania karnego. Taki wniosek wypływa z nowej treści nadanej przepisowi art. 393 § 3 k.p.k. oraz wprowadzenia do kodeksu przepisu art. 168a k.p.k. Z dotychczasowej dyspozycji pierwszego ze wskazanych przepisów usunięto tą część, która wykluczała przedstawianie tzw. prywatnych dowodów z przeznaczenia, tj. sporządzonych specjalnie dla celów postępowania karnego. Z kolei przepis art. 168a k.p.k. jasno określa granice dowodzenia w kontradiktoryjnym procesie – niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego. Znamienne są w tym zakresie motywy ustawodawcze, w których wyjaśniając wskazane zmiany normatywne akcentuje się konieczność wyrównania szans oskarżonemu w zakresie pozyskiwania dowodów już w postępowaniu przygotowawczym. W uzasadnieniu nowelizacji wrześniowej *explicite* powiedziano, że „oskarżony znajduje się na pozycji słabszej z uwagi na to, że ma niepomnie mniejsze możliwości przygotowania się do sporu w fazie poprzedzającej wniesienie aktu oskarżenia. Nie ma i nie może bowiem mieć możliwości prowadzenia sformalizowanego postępowania przygotowawczego i przeprowadzania w jego toku dowodów, które następnie prezentowałby sądowi. Wyrównanie szans stron wymaga jednak uczynienia pewnego wyłomu od dotychczas obowiązującej zasady, według której na rozprawie sądowej nie wolno odczytywać dokumentów prywatnych powstałych poza postępowaniem karnym i dla jego celów (...) Nie oznacza to jednak, że obrona będzie mogła bez ograniczeń prowadzić własne postępowanie przygotowawcze, albowiem czynności dokonane i udokumentowane w postępowaniu przygotowawczym będą mogły być w ograniczonym zakresie wykorzystywane jako podstawa dowodzenia przed sądem. W szczególności naturalną barierą stanowić będzie zakaz określony w proj. art. 174 k.p.k., dotyczący wyjaśnień oskarżonego i zeznań świadków”. W tym celowo przytoczonym *in extenso* fragmencie uzasadnienia nowelizacji wrześniowej wyraźnie określono granicę własnych czynności dowodowych strony. Zmianom towarzyszy więc założenie, że strona nie może utrwalić uzyskanych od świadków oraz oskarżonego informacji w formie, która mogłaby zostać bez ograniczeń wykorzystana na rozprawie głównej. Wyłącznie organy ścigania mają pozostać uprawnione do tego, aby wezwać świadka, przesłuchać go i udokumentować uzyskane zeznania w przepisanej formie (protokół), a następnie wykorzystać tak zgromadzony mate-

²⁶ Zob. D. Świecki [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2013, t. 2, s. 200–201 wraz z cytowaną tam literaturą.

riał dowodowy w postępowaniu jurysdykcyjnym. Jednocześnie jednak nasuwa się wniosek, że sam kontakt ze świadkiem, uzyskanie od niego informacji o sprawie – jest w ocenie projektodawców działaniem w pełni uzasadnionym w kontradiktoryjnym procesie.

Mimo wszystko, z oceną tak zaprojektowanego układu sił w procesie karnym mogą wiązać się jednak pewne dylematy. Z jednej strony trzeba odnotować, że otwierają się znacznie szerzej drzwi dla tzw. prywatnych dowodów, i to dowodów z przeznaczenia – sporządzonych wyłącznie dla potrzeb procesu karnego. To nowa jakość, zwiększająca w sposób zasadniczy kontradykcyjność postępowania. Z drugiej jednak strony, cały czas trzeba mieć świadomość, że wprowadzone zmiany nie usuwają znacznej dysproporcji pomiędzy obroną a oskarżeniem. Oskarżyciel publiczny ma niepomiarne większe możliwości w zakresie poszukiwania i przeprowadzania dowodów. Nie tylko stoi za nim cały aparat państwowy, ale też dysponuje on uprawnieniem wzywania świadków, przesłuchiwania ich i dokumentowania uzyskanych zeznań w przepisanej prawem formie, z prawem do wykorzystania tak zgromadzonego materiału dowodowego w postępowaniu sądowym. Tymczasem nawet będący podmiotem profesjonalnym obrońca nie posiada żadnego mechanizmu prawnego, dzięki któremu mógłby uzyskać i utrwalić w podobny sposób własny materiał dowodowy²⁷. Chcąc zabezpieczyć materiał dowodowy w przygotowawczym etapie procesu, obrońca może co najwyżej złożyć wniosek do organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze, nie mając jednak żadnej gwarancji, że dowód taki zostanie istotnie przeprowadzony w jego obecności²⁸. Można jednak zastanawiać się, jakie skutki procesowe mogłyby wywołać przedstawienie spisanego w obecności obrońcy pisemnego oświadczenia świadka, zawierającego określony opis przebiegu badanego w procesie zdarzenia²⁹. Taka prywatna notatka może nawet przybrać formę zbliżoną do protokołu spisywanego przez organ procesowy w postępowaniu przygotowawczym. Przepis art. 174 k.p.k. wyłącza jedynie możliwość zastąpienia treści zeznań świadka treścią pism, zapisków, notatek urzędowych. Jeżeli jednak wniosek dowodowy został złożony i świadek jest przesłuchiwany przez organ procesowy, wówczas można twierdzić, że złożenie takiego prywatnego dokumentu nie zmierza do zastąpienia jego zeznań treścią notatki. Aby nie doszło do wykluczenia z procesu dowodów mogących mieć kapitalne znaczenie dla poczynienia prawidłowych ustaleń faktycznych, wskazane byłoby,

²⁷ Por. J. Dubois, *Ze świadkiem pod rękę*, Na Wokandzie 2014, nr 23; P. Kardas, *Pozaprocessowe...*, s. 124 i n.

²⁸ Odwołując się do własnej praktyki adwokackiej oraz informacji uzyskiwanych od innych obrońców nie mogę nie zauważyć, że zdarzają się dość często sytuacje informowania obrońcy o terminie przesłuchania świadka z minimalnym wyprzedzeniem, czasem takim, że trudno nie odnieść wrażenia, że chodzi o utrudnienie udziału w czynności. Trudno bowiem uznać, że czynności procesowe planowane są przez organ postępowania przygotowawczego z kilkugodzinnym wyprzedzeniem. To dość niezrozumiały przejaw braku lojalności procesowej wobec innych, profesjonalnych uczestników postępowania.

²⁹ Na możliwość odebrania pisemnego oświadczenia od świadka wskazuje także P. Kruszyński, *Stanowisko...*, s. 73–74.

aby przepis ten wyklądać w sposób ścisły, ale i jednocześnie możliwie racjonalny. W nowoczesnym, kontradyktoryjnym procesie karnym należy więc wypracować taki sposób jego wykładni, który nie będzie pozostawał w wyraźnej sprzeczności z szerokim dopuszczeniem do postępowania dowodowego dowodów prywatnych, sporządzonych dla celów postępowania karnego. Wydaje się więc, że za zastępowanie zeznań/wyjaśnień powinno się uznawać wyłącznie sytuację, gdy postępowanie dowodowe prowadzone byłoby z całkowitym pominięciem osobowego źródła dowodu w postaci świadka lub oskarżonego, wynikiem czego ustalenia faktyczne poczynione miałyby być wyłącznie w oparciu o dokumenty zmierzające do rekonstrukcji zeznań/wyjaśnień³⁰.

Cel złożenia przez obrońcę takiego dokumentu mógłby być wyłącznie jeden – wykazanie, że relacja świadka różni się od tej, która została przedstawiona wcześniej obrońcy, a zatem podważenie wiarygodności złożonych przez niego przed sądem zeznań. Obrona uzyskałaby w ten sposób zabezpieczenie – takie samo jakim dysponuje oskarżyciel publiczny – przed sytuacją, w której świadek zmienia swoje zeznania na rozprawie. Można więc sformułować tezę, iż nie stanowią przeszkody do odczytania takiego dokumentu na rozprawie ani przepis art. 174 k.p.k., ani też art. 393 § 3 k.p.k. Należy natomiast rozważyć, czy i ewentualnie jaki charakter ma relacja pomiędzy przepisem art. 393 § 3 k.p.k., a dyspozycją przepisu art. 391 § 1 k.p.k., który uprawnia stronę do odczytywania protokołów zeznań świadka złożonych przez niego w postępowaniu przygotowawczym lub przed sądem w tej lub innej sprawie albo innym postępowaniu przewidzianym przez ustawę. Strona może uczynić to jedynie, gdy świadek bezpodstawnie odmawia zeznań, zeznaje odmiennie, albo oświadczy, że pewnych okoliczności nie pamięta, przy czym odczytanie nastąpić może jedynie w niezbędnym zakresie. Z jednej więc strony nie ma przeszkód, aby odczytać wszelkie dokumenty prywatne, z drugiej zaś, ustawodawca przewiduje dość wyraźne kryteria odczytywania świadkowi treści jego zeznań. Oczywiście, oświadczenia złożone wobec obrońcy nie są zeznaniami, tak jak i nie powinno chyba budzić wątpliwości, że działania obrońcy nie stanowią innego postępowania przewidzianego przez ustawę, o którym mówi wskazany przepis. Gdyby jednak zachowawczo uznać, że wszelkie działania sprowadzające

³⁰ Por. szerokie uwagi A. Bojańczyka dotyczące trudności z racjonalną interpretacją art. 174 k.p.k. (*Dowód prywatny...*, s. 526 i n.). Dość elastycznie do omawianej tematyki podchodzi ustawodawca niemiecki. Jak wskazywał w 1991 r. P. Kruszyński, tamtejszy Zbiór zasad etyki adwokackiej zaleca wręcz odbieranie pisemnych oświadczeń od świadków, gdy istnieje niebezpieczeństwo utraty dowodu lub obawa, że na formalnym przesłuchaniu świadek nie będzie zeznawać zgodnie z prawdą. Odczytanie pisemnego oświadczenia świadka sporządzonego na prośbę obrońcy, należy analogicznie potraktować jak odczytanie notatki urzędowej. Odczytane oświadczenie nie zastępuje dowodu z zeznań, ale występuje obok niego i służy np. do oceny wiarygodności zeznań (zob. bliżej: P. Kruszyński, *Stanowisko...*, s. 71–73). Podobne rozwiązania przewidziane jest w ustawodawstwie włoskim. Obrońca w ramach swojego śledztwa przeprowadza rozmowy, odbiera oświadczenia lub zbiera informacje. Oświadczenie spisywane jest przez osobę, która je składa, obrońca zatwierdza ich autentyczność swoim podpisem. Rozwiązania włoskie, precyzyjnie regulujące granice prywatnego śledztwa obrończego szerzej omawia M. Warchoń, *Śledztwo obrońcy...*, s. 51.

się odczytania oświadczeń dowodowych świadka złożonych wobec obrońcy są niedopuszczalne, z uwagi na fakt, że art. 391 k.p.k. kompleksowo reguluje zasady odczytywania świadkowi dokumentów odnoszących jego zeznań, wówczas w znacznej mierze unicestwiłoby to cel ustawodawcy towarzyszący zmianom w art. 393 § 3 k.p.k. Dodatkowym argumentem w tym zakresie wydaje się być otwierająca się również z dniem 1 lipca 2015 r. dopuszczalność wykorzystania w procesie karnym wszelkich prywatnych nagrań, zdobytych zgodnie z prawem³¹. Nagranie przez obrońcę jego rozmowy ze świadkiem stanowi formę utrwalenia jego oświadczeń dowodowych dalej idącą, niż ich „zaprotołowanie” przez obrońcę. W nowym stanie prawnym przeprowadzenie zaś takiego dowodu nie powinno budzić większych wątpliwości, o ile tylko został on zdobyty zgodnie z prawem. Wydaje się więc, że przedstawiony przez obrońcę dokument zawierający oświadczenia dowodowe świadka powinien zostać zaliczony w poczet materiału dowodowego, zaś względy zasady koncentracji procesu nakazują chyba przyjąć, że lepszym rozwiązaniem jest umożliwienie świadkowi ustosunkowania się do jego treści już w trakcie składania zeznań. Alternatywnie bowiem, po odczytaniu takiego dokumentu, świadka można byłoby do sądu wezwać i zadać mu dodatkowe pytania, jak wyżej wspomniano kłóci się to jednak z ekonomią postępowania. Kwestia ta pozostaje niemniej jednak dyskusyjna, zapewne odpowiednie reguły postępowania w takich sytuacjach zostaną wypracowane w niedługim czasie w orzecznictwie.

Z dotychczasowego wywodu dość wyraźnie wynika zatem wniosek o dopuszczalności własnych czynności obrońcy, w ramach których uprawniony on jest do kontaktu z osobowymi źródłami dowodu celem ustalenia, co im jest wiadomo w sprawie. Otwarte natomiast pozostaje postawione w związku z tym ostatnio w piśmiennictwie

³¹ Dotychczas orzecznictwo dość restrykcyjnie podchodziło do tematyki wykorzystania prywatnych nagrań w procesie karnym. Reprezentatywny w tym zakresie pogląd wyrażony w postanowieniu z 7 lutego 2007 r., zgodnie z którym zakaz zastępowania wyjaśnień oskarżonego i zeznań świadka treścią pism, zapisów i notatek urzędowych, stoi również na przeszkodzie dopuszczeniu w postępowaniu karnym dowodu w postaci zapisu magnetycznego na taśmie magnetofonowej, magnetowidowej czy innym nośniku magnetycznym, zawierającym uzyskane poza procesem i nie przez organy procesowe treści, które winny zostać uzyskane i utrwalone w sposób przewidziany przez stosowne przepisy procedury karnej dla przesłuchania oskarżonego (podejrzanego) i świadka (zob. postanowienie SN z 7.02.2007 r., III KK 237/06, OSNKW-R 2007, poz. 383, postanowienie SN z 27.09.2012 r., III KK 5/12, KZS 2013, nr 2, poz. 27). Przyjmowano jedynie, że nagranie utrwalające sam fakt popełnienia przestępstwa może zostać wykorzystane w procesie. Orzecznictwo wprost dopuściło nagranie przez pokrzywdzonego słów osoby znieważającej go na potrzeby postępowania karnego i włączenie tego nagrania w poczet materiału dowodowego (zob. bliżej: wyrok SN z 10.05.2002 r., WA 22/02, OSNKW 2002, nr 9–10, poz. 77). Otwarcie ram postępowania dowodowego na tzw. prywatne dowody z przeznaczenia stanowi jak się wydaje asumpt do zasadniczej reorientacji poglądów wyrażanych w judykaturze w tym zakresie. W podobnym tonie wypowiada się Z. Kwiatkowski, wskazując, iż wyrażenie „wszelkie dokumenty prywatne” obejmuje również dowody prywatne w postaci utrwaleń dźwięku na nośnikach elektronicznych, tj. taśmą magnetofonową, płytami CD i DVD, co w świetle nowego ujęcia art. 393 § 3 k.p.k. pozwala wykorzystać taki dowód w postępowaniu karnym (tenże, *Dowód prywatny w projekcie zmian KPK*, Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury 2012, nr 3, s. 21). Odnosnie szerokiego rozumienia terminu „dokument” por. zwłaszcza: S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces...*, s. 390; T. Nowak, *Dowód z dokumentu w polskim procesie karnym*, Warszawa 1982, s. 144 i n.; T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011, s. 548–550; R. Kmiecik, *Dokumenty prywatne i ich „prywatne gromadzenie” w sprawach karnych*, PIP 2004, nr 5, s. 5 i n.

pytanie, czy regulacje zawarte w zbiorze zasad etyki adwokackiej wymagają uzupełnienia o elementy określające sposób przeprowadzenia czynności zmierzających do uzyskania informacji o dowodach oraz zasady ewentualnego kontaktu ze świadkami na etapie poprzedzającym przesłuchanie na rozprawie³². Jest to niewątpliwie sugestia zasługująca na bliższą analizę. Istotnie bowiem, kodeksy etyki zawodowej samorządów adwokackiego oraz radcowskiego nie zawierają w tym zakresie żadnych szczególnych reguł postępowania. Oczywiście, istnieją podstawy do tego, aby argumentować, że wystarczające pozostają umieszczone w powołanych zbiorach dość ogólnie sformułowane nakazy takiego postępowania, jakie nie naraża godności wykonywanego zawodu. Równocześnie jednak należy dostrzec, że pomimo pewnej różnorodności sytuacji, jakie pojawić mogą się w trakcie „prywatnego śledztwa” obrońcy, można wskazać na pewne kategorie sytuacji, wymagających zachowania zwiększonej ostrożności. W odpowiednim więc zakresie nie jest pozbawione racji rozważanie wprowadzenia dodatkowych reguł w przepisach etyki zawodowej.

Przed wszystkim należy w tym zakresie zwrócić uwagę, że obrońca musi działać z dużym wyczuciem, jeśli planuje kontakt ze świadkiem oskarżenia lub osobą pokrzywdzoną. Działania graniczne stanowi zwłaszcza skłanianie pokrzywdzonego do nieskładania wniosku o ściganie, do cofnięcia skargi prywatnej lub niezawiadomiania organów ścigania o popełnionym przestępstwie objętym tzw. społecznym obowiązkiem denuncjacji. Należy przyjąć, posiłkując się przy tym starszym orzecznictwem, że działania takie nie realizują znamion czynu zabronionego. Trafnie bowiem wykazano w judykaturze, że próby pojednawcze połączone z przeproszeniem, odszkodowaniem czy też innym zadośćuczynieniem, przedstawienie pod rozwagę argumentów na korzyść sprawcy, a nawet perswazja, aby pokrzywdzony nie składał wniosku o ściganie lub cofnął skargę prywatną, same przez się nie stanowią poplecznictwa, jakkolwiek w ich wyniku może zostać udaremnione postępowanie karne. Za niedopuszczalne uznać jednak należałoby zastosowanie w tym celu jakichkolwiek form nacisku lub podstępu³³. Podobnie oceniać należy przekonanie pokrzywdzonego, aby nie składał zawiadomienia o przestępstwie, pokrzywdzony bowiem nie jest bowiem związany zasadą legalizmu i wyłącznie od jego woli zależy, czy uruchomi ściganie karne, czy też nie. Za dopuszczalne uznać należy także nakłanianie osób najbliższych, aby skorzystały z prawa odmowy zeznań³⁴. Brak jest przeszkód, aby obrońca w rozmowie z takimi osobami argumentował na rzecz swojego Klienta, odwołując się zarówno do stanowiska obrony, jak i do więzi rodzinnych łączących go ze świadkiem.

³² Zob. P. Kardas, *Etyczne...*, s. 50.

³³ Wyrok SN z 5.02.1973 r., I KR 340/72, OSNKW 1973, nr 7–8, poz. 98. Por. T. Gardocka, *Granice...*, s. 71.

³⁴ Wskazują na to P. Kruszyński, *Stanowisko...*, s. 73; T. Gardocka, *Granice...*, s. 73. Odmienne T. Grzegorzczak, *Obrońca...*, s. 155, który uznaje, że obrońca co najwyżej może pouczyć takie osoby o uprawnieniu do odmowy składania zeznań w procesie.

Powyższych kwestii nie można jednak oceniać w oderwaniu od ustawy z dnia 7 stycznia 2015 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka³⁵ wprowadzającej szereg przepisów, dzięki którym adresy pokrzywdzonych oraz świadków nie będą znane innym niż organy procesowe uczestnikom postępowania. Przede wszystkim, stosownie do treści art. 148 § 2a–2c dane dotyczące miejsca zamieszkania oraz miejsca pracy pokrzywdzonego oraz świadka będą umieszczone w odrębnym załączniku adresowym do akt sprawy. Przy czym udostępnienie tych danych innym, niż organy państwowe lub organy samorządu, podmiotom będzie dopuszczalne wyłącznie, jeśli przemawia za tym ich ważny interes (art. 156a k.p.k.). Nowe regulacje czynią zadość postulatowi zwiększenia ochrony tych uczestników procesu, którzy z uwagi na swój status procesowy mogą się obawiać różnego rodzaju bezprawnych zachowań, głównie ze strony oskarżonego lub osób z nim związanych. Dlatego też bezpośrednie próby kontaktu przez samego oskarżonego z tymi osobami z reguły nie powinny mieć miejsca, przede wszystkim dlatego, że samo nawiązanie kontaktu przez oskarżonego już może powodować naturalną, właściwie odruchową i całkiem uzasadnioną obawę, że chce on wpłynąć na dalsze zachowania procesowe tych osób. Nieco inaczej oceniać należy działania obrońcy, który może podejmować kontakt w szczególności w celu zaproponowania rozwiązania sporu w oparciu o przepis art. 59a k.k., składając ofertę naprawienia szkody oraz zadośćuczynienia wyrządzonej krzywdzie. W tym też zakresie uznać należy, że dane kontaktowe pokrzywdzonego mogą zostać udostępnione obrońcy przez organ procesowy, choć postulować należałoby raczej uprzednie uzyskanie zgody pokrzywdzonego oraz uzgodnienie z nim przez organ udostępniający dane formuły i miejsca kontaktu z obrońcą. Nieco bardziej problematyczne wydaje się kontaktowanie obrońcy ze świadkami oskarżenia. Organ procesowy z reguły nie będzie miał żadnych szczególnych powodów, aby przekazywać obrońcy dane kontaktowe świadków. Jeśli zaś obrońca sam dotarłby do świadka, powinien przyjąć ze zrozumieniem fakt, że świadek nie będzie chciał z nim w ogóle rozmawiać, a w razie rozmowy należałoby oczekiwać, że obrońca będzie unikał jakichkolwiek sformułowań, które mogłyby zostać potraktowane jako próba odwiedzenia świadka od składania zeznań i skoncentrował się na uzyskaniu od świadka wyłącznie informacji o faktach. Nieco mniej komplikacji rodzi kontakt obrońcy z potencjalnym świadkiem, który nie zeznawał jeszcze w procesie karnym³⁶. Także jednak i tu obrońca powinien ściśle przestrzegać reguły, aby nie wywierać na świadka presji, ani też nie wprowadzać go w błąd co do określonych faktów. Obrońca nie powinien też sugerować świadkowi złożenia zeznań o określonej treści, odmiennej od jego stanu wiedzy³⁷. Dopuszczalne wydaje się poinformowanie o stanowisku jego klienta oraz toczącym się postę-

³⁵ Dz.U. z 2015 r., poz. 21.

³⁶ Por. C. Kulesza, *Efektywność...*, s. 423.

³⁷ T. Grzegorzczak, *Obrońca...*, s. 155.

powaniu karnym, przy uwzględnieniu jednak tajności informacji, które ewentualnie znane są obrońcy z akt postępowania przygotowawczego. Nie ma także przeszkód, aby uzyskać od świadka stosowne pisemne oświadczenie, choć jak powiedziano wcześniej, wątpliwości budzi dopuszczalność wykorzystania takiego oświadczenia w postępowaniu jurysdykcyjnym.

Przedstawione tu uwagi stanowią w zasadzie jedynie szkic tematyki, która zapewne będzie wymagać w nieodległej przyszłości szerszego opracowania, uwzględniającego doświadczenia praktyki w funkcjonowaniu części nowych regulacji prawnych. Trzeba jednak podkreślić na koniec, że w większym niż dotychczas stopniu należy spoglądać na działalność pozaprocesową obrońcy, jako realizującą interes publiczny, a nie jedynie indywidualny. Od zapewnienia obrońcy odpowiednich warunków działania w procesie i poza nim, zależy to, czy będzie on stanowił w kontradykcyjnym postępowaniu odpowiednią przeciwwagę dla aparatu ścigania i mógł skutecznie występować w imieniu oskarżonego.

POZAPROCESOWY KONTAKT OBROŃCY ZE ŚWIADKIEM W PROCESIE KARNYM

Streszczenie

Podjęta w artykule problematyka dotyczy dopuszczalności oraz zasad pozaprocesowego kontaktu obrońcy ze świadkami. Przeprowadzone wywody koncentrują się na wykazaniu pełnej dopuszczalności kontaktu z potencjalnym świadkiem, utrwalenia przez obrońcę uzyskanych w ten sposób informacji oraz przedstawiają w sposób węzłowy kwestie możliwości późniejszego wykorzystania ich w procesie karnym, przy uwzględnieniu zmian normatywnych, które weszły w życie z dniem 1 lipca 2015 r.

Słowa kluczowe: *proces karny, obrońca, gromadzenie dowodów, dowody prywatne, prywatne śledztwo*

NON-PROCEDURAL CONTACTS OF COUNSEL FOR THE DEFENCE WITH WITNESSES IN THE CRIMINAL PROCEEDING

Summary

The issues discussed in the article concern admissibility and rules of non-procedural contact of counsel for the defence with witnesses. Taking into account the normative changes that entered into force on 1 July 2015, the analyses concentrate on proving

complete admissibility of counsel's for the defence contacts with potential witnesses, recording information obtained this way and presenting it later in the criminal proceeding before court.

Key words: *criminal procedure, counsel for the defence, evidence collection, private evidence, private investigation*

LE CONTACT HORS DE PROCÈS DE L'AVOCAT ET DU TÉMOIN DANS LE PROCÈS PÉNAL

Résumé

La problématique traitée dans cet article concerne l'admissibilité et les principes des contacts hors du procès entre l'avocat et les témoins. Les considérations y menées se concentrent pour démontrer l'admissibilité complète du contact avec le témoin potentiel, la présentation des informations acquises de cette façon par l'avocat ainsi qu'elles montrent principalement les questions des possibilités de les exploiter dans le procès pénal même quand on se rend compte des changements normatifs qui sont entrés en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2015.

ВНЕПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ОБЩЕНИЕ АДВОКАТА СО СВИДЕТЕЛЕМ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Резюме

Проблематика, представленная в статье, касается допустимости, а также принципов внепроцессуального общения адвоката со свидетелями. Проводимое исследование сконцентрировано на определении полной допустимости общения с потенциальным свидетелем и фиксации адвокатом полученных таким образом сведений. С принципиальной точки зрения представлены также вопросы возможности дальнейшего использования полученной информации в уголовном процессе, при учёте нормативных изменений, вступивших в силу 1 июля 2015 г.