

**Tajemnica zawodowa
radcy prawnego**



Tajemnica zawodowa radcy prawnego

**pod redakcją
Rafała Stankiewicza**

Warszawa 2018

Recenzent:
dr hab. Michał Domagała

Opracowanie redakcyjne:
Małgorzata Baranowska

© Copyright by Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji
Krajowej Rady Radców Prawnych, 2018

ISBN 978-83-946212-4-7

Skład i łamanie:
MARGINALIA Pracownia Edytorska, marginalia.eu

Druk i oprawa:
BARTGRAF ul. Piękna 24/26, 00-549 Warszawa

Wydawca:
Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji
Krajowej Rady Radców Prawnych
Al. Ujazdowskie 41 lok. 2
00-540 Warszawa

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	7
Od Redaktora	11
<i>Michał Bernaczyk</i>	
Tajemnica zawodowa radcy prawnego jako ograniczenie konstytucyjnego prawa do informacji. Między wolnością, prywatnością a interesem instytucji publicznych	15
<i>Monika Całkiewicz</i>	
Materialne i formalne podstawy prawne przeszukania w kancelarii radcy prawnego	43
<i>Andrzej Gorgol</i>	
Tajemnica zawodowa radcy prawnego jako ograniczenie przymusu raportowania schematów podatkowych	73
<i>Andrzej Kras</i>	
Tajemnica zawodowa radcy prawnego wobec kontroli operacyjnej prowadzonej w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych Policji	89
<i>Tomasz Niedziński</i>	
Problematyka ochrony tajemnicy zawodowej radcy prawnego pozostającego w stosunku pracy	115
<i>Sławomir Patyra</i>	
Konstytucyjne gwarancje ochrony tajemnicy zawodowej radcy prawnego ..	125
<i>Mirostaw Pawełczyk, Rafał Stankiewicz</i>	
Tajemnica zawodowa radcy prawnego a regulacje prawne dotyczące przeciwdziałania praniu brudnych pieniędzy	139
<i>Dominik Seroka</i>	
Tajemnica zawodowa a wykorzystywanie informacji nią objętych przez radcę prawnego we własnej sprawie dyscyplinarnej	159
<i>Rafał Stankiewicz</i>	
Tajemnica zawodowa radcy prawnego a prawo konkurencji	173
<i>Jarosław Zagrodnik</i>	
Aspekty karnoprocesowe tajemnicy zawodowej radcy prawnego	191
Autorzy	237

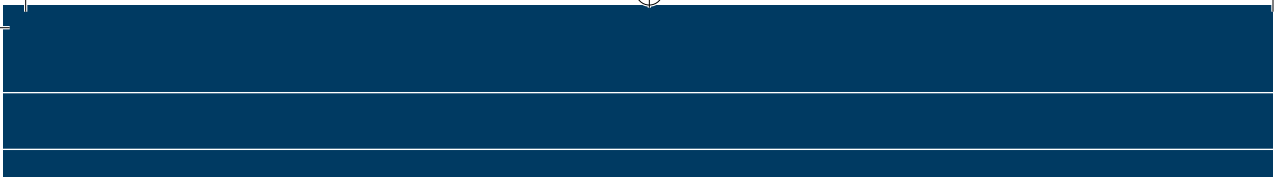


Wykaz skrótów

AUWr. PPIA	– Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji
CBOSA	– Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych
CBŚP	– Centralne Biuro Śledcze Policji
CCBE	– Rada Adwokatów i Stowarzyszeń Prawniczych Europy
CzPKiNP	– Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych
dyrektywa 2006/24/WE	– dyrektywa 2006/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. w sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności oraz zmieniająca dyrektywę 2002/58/WE (Dz. Urz. UE L 105 z 13.04.2006).
dyrektywa 2015/849	– dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniająca rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE (Dz. Urz. UE L 141 z 5.06.2015)
dyrektywa 2018/822	– dyrektywa Rady (UE) 2018/822 z dnia 25 maja 2018 r. zmieniająca dyrektywę 2011/16/UE w zakresie obowiązkowej automatycznej wymiany informacji w dziedzinie opodatkowania w odniesieniu do podlegających zgłoszeniu uzgodnień transgranicznych (Dz. Urz. UE L 139/1 z 5.06.2018)
Dz. U.	– Dziennik Ustaw
Dz. Urz. UE	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
EKPC	– europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.)
ETPCz	– Europejski Trybunał Praw Człowieka
ETS	– Europejski Trybunał Sprawiedliwości
FATF	– Financial Action Task Force
GIIF	– Generalny Inspektor Informacji Finansowej
IPOTK	– Internetowy Portal Orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego
k.c.	– ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.)

KERP	– Kodeks Etyki Radcy Prawnego – załącznik do uchwały Nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z dnia 22 listopada 2014 r. w sprawie Kodeksu Etyki Radcy Prawnego
k.k.	– ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.)
Konstytucja RP	– Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.)
k.p.	– ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 917 ze zm.)
k.p.a.	– ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2096 ze zm.)
k.p.c.	– ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1360 ze zm.)
k.p.k.	– ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1987 ze zm.)
k.p.w.	– ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 475 ze zm.)
KRRP	– Krajowa Rada Radców Prawnych
KZS	– Krakowskie Zeszyty Sądowe
MPPOiP	– Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 16 grudnia 1988 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167)
NP	– Nowe Prawo
NRA	– Naczelna Rada Adwokacka
NSA	– Naczelny Sąd Administracyjny
OECD	– Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju
ONSA	– Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego
o.p.	– ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 800 ze zm.)
OSNC	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OSNCP	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
OSNKW	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa
OSNwSD	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Dyscyplinarnych
OSPİKA	– 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
OTK ZU	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy
Pal.	– Palestra
PiP	– Państwo i Prawo
PPK	– Problemy Prawa Karnego
Prok. i Pr. reg. prok.	– Prokuratura i Prawo – rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz. U. z 2016 r. poz. 508 ze zm.)
RPO	– Rzecznik Praw Obywatelskich
SA	– Sąd Apelacyjny
SN	– Sąd Najwyższy
SO	– Sąd Okręgowy
SOKiK	– Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
SPI	– Sąd Pierwszej Instancji
TFUE	– Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 202/47 z 7.06.2016)
TK	– Trybunał Konstytucyjny
TS	– Trybunał Sprawiedliwości
TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
TUE	– Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 202/13 z 7.06.2016)
u.d.i.p.	– ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1330 ze zm.)
UE	– Unia Europejska
UOKiK	– Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
u.o.k.k.	– ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 798 ze zm.)
u.pol.	– ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 2067 ze zm.)
u.p.p.p.	– ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2018 r. poz. 723 ze zm.)
u.r.p.	– ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2115 ze zm.)
WSA	– Wojewódzki Sąd Administracyjny
WSD	– Wyższy Sąd Dyscyplinarny



Od Redaktora

„Zawód zaufania publicznego” to zawód polegający na obsłudze osobistych potrzeb ludzkich, wiążący się z przyjmowaniem informacji dotyczących życia osobistego i zorganizowany w sposób uzasadniający przekonanie społeczne o właściwym dla interesów jednostki wykorzystywaniu tych informacji przez świadczących usługi.

Mówiąc o cechach wyróżniających zawód zaufania publicznego, jakim jest zawód radcy prawnego, należy podkreślić wysoki poziom wiedzy i umiejętności osób wykonujących te zawody, związanie normami etycznymi, w tym obowiązkiem przestrzegania tajemnicy zawodowej. Pozwala to stworzyć szczególną więź między radcą prawnym a osobą, na rzecz której ten świadczy pomoc prawną, opartą na zaufaniu, jak również gwarantować niezależność i samodzielność w wykonywaniu zawodu.

Obserwowany ciągle wzrost zaufania do pomocy prawnej świadczonej przez radców prawnych oraz coraz liczniejsze ich grono, z pewnością przyczynia się do realizacji takich wartości, jak praworządność i sprawiedliwość oraz do ochrony wolności i praw obywatelskich. Posiada również coraz większy wpływ na wzrost świadomości prawnej obywateli, co ma istotne znaczenie w procesie kształtowania się społeczeństwa obywatelskiego.

Radcowie prawni mają w Polsce silnie zakotwiczone w ustawie zasadniczej gwarancje niezależności i samodzielności w wykonywaniu zawodu. Istotną kwestią staje się więc zagwarantowanie przez przepisy prawa profesjonalnym pełnomocnikom koniecznych atrybutów niezależności pozwalających na świadczenie pomocy prawnej. Niezależność we wszelkich czynnościach związanych ze sferą świadczenia pomocy prawnej jest fundamentalną wartością zawodu radcy prawnego.

W tym zakresie kwestią kluczową jest ochrona tajemnicy zawodowej. Obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej zawartego w art. 3 u.r.p. nie można oddzielać od celu, dla którego istnieje zawód radcy prawnego. Cel ten z kolei określony został w art. 2 u.r.p. Tajemnica zawodowa to niezwykle istotny czynnik zapewniający prawidłowość świadczenia pomocy prawnej i pozwalający na zbudowanie szczególnej więzi z klientem. Służy ona nie tylko osobom korzystającym z pomocy przedstawicieli zawodów prawniczych, ale stanowi element prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości i całego systemu ochrony prawnej w demokratycznym państwie. Tajemnica zawodowa jest obowiązkiem radcy prawnego, a jej przestrzeganie pozwala na zbudowanie relacji opartej na zaufaniu. Pamiętać należy bowiem, że klienci radców prawnych szukający pomocy prawnej i ochrony swoich interesów, powierzają im istotne informacje z niemal każdej sfery swojego życia osobistego czy zawodowego oraz mają prawo

oczekiwać, by były one należycie chronione przed dostępem osób trzecich. Regulacje dotyczące obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej znajdują się zarówno w ustawach regulujących wykonywanie zawodu radcy prawnego i adwokata, jak również w kodeksach etycznych uchwalonych przez oba samorzady. Tajemnicą zawodową objęte jest wszystko, o czym radca prawny dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej. Trzeba pamiętać, że na samorządzie zawodowym radców prawnych spoczywa obowiązek czuwania nad przestrzeganiem przez radców prawnych tajemnicy zawodowej, zaś realizacja tego obowiązku stanowi element sprawowania pieczy nad należytym wykonywaniem zawodu radcy prawnego. Obowiązek stałego monitorowania przestrzegania tajemnicy radcowskiej i jej potencjalnych naruszeń zawarty został w Wytycznych Krajowego Zjazdu Radców Prawnych w 2016 r. Stały się one podstawą do zawarcia w treści planu pracy Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji punktu przewidującego dokonanie oceny stanu tajemnicy zawodowej radcy prawnego w prawie pozytywnym. Niniejsza publikacja jest wynikiem przeprowadzonych analiz.

Niestety w ostatnim okresie coraz częściej spotykamy się z przyjmowaniem regulacji normatywnych, które ją naruszają. Jako przykład wskazać należy na regulacje prawne w sprawie wprowadzenia do polskiego porządku prawnego obowiązku raportowania schematów podatkowych (ang. *Mandatory Disclosure Rules*). Wszystkie propozycje rozwiązań dotyczących radców prawnych jako podmiotów zobowiązanych do raportowania schematów podatkowych stanowią naruszenie obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej radców prawnych.

Zagrożeniem dla tajemnicy zawodowej są również regulacje prawne wprowadzone ustawą z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw, które w rzeczywistości pozwalają na objęcie kontrolą operacyjną również osób, zobowiązanych do ochrony tajemnicy obrończej, w rozumieniu art. 178 k.p.k., jak również osób, których działalność objęta jest tajemnicą zawodową (między innymi tajemnicą radcy prawnego i tajemnicą adwokacką), w rozumieniu art. 180 § 2 k.p.k. W tym kontekście wprowadzone regulacje jawią się jako sprzeczne z wyrażonym w art. 42 ust. 2 Konstytucji RP prawem do obrony i związanymi z nim materialnymi oraz procesowymi gwarancjami. Poważne wątpliwości budzi w tym zakresie projektowany kształt nowej regulacji kreujący obowiązek monitorowania zagrożeń w zakresie prania brudnych pieniędzy.

W ostatnim półroczu uczestniczyliśmy w pracach nad ostatecznym kształtem nowej ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu. We wrześniu 2017 r. wnieśliśmy do projektodawcy (Ministerstwa Finansów) szczegółowe stanowisko odnoszące się do zauważalnych, poważnych zagrożeń dla istoty naszej tajemnicy zawodowej, jakie

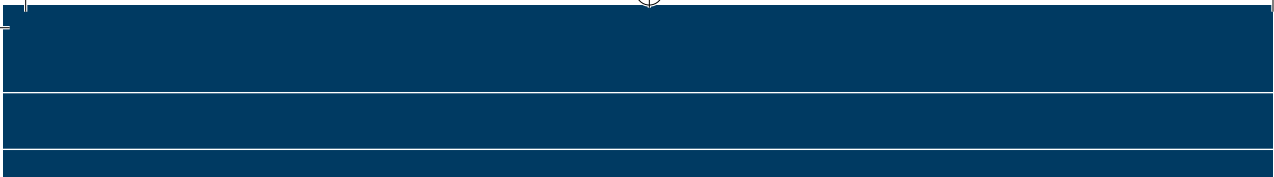
niósł ze sobą pierwszy, przedstawiony publicznie projekt tego aktu normatywnego. Ostatecznie, większość przedstawionych przez nas uwag została uwzględniona jeszcze przed skierowaniem projektu ustawy do prac parlamentarnych. Powyższe przykłady nie wyczerpują wszystkich problemów, które w ostatnich latach dotyczą tego ważnego atrybutu wykonywania naszego zawodu, jakim jest zapewnienie tajemnicy zawodowej.

Zawód radcy prawnego powinien być – szczególnie dzisiaj – misją. Mamy dbać o realizację bezpieczeństwa prawnego obywateli, przedsiębiorców i wszystkich, którzy powierzają nam swoje sprawy, interesy, tajemnice. Ważnym elementem wypełniania naszej misji staje się ochrona tajemnicy zawodowej. Wypełniamy ważną rolę publiczną, mimo że nasza działalność nastawiona jest oczywiście również na osiągnięcie środków pieniężnych służących utrzymaniu nas i naszych rodzin. Od władzy ustawodawczej powinniśmy wymagać stanowienia przepisów, które poszerzą dostęp do wymiaru sprawiedliwości, zaś nam, radcom prawnym, będą gwarantować niezależność w świadczeniu pomocy prawnej. Przedstawiciele władzy ustawodawczej i wykonawczej nie dostrzegają w nas partnera w dążeniu do realizacji zadań publicznych, w tym zapewnieniu bezpieczeństwa prawnego oraz realizacji praw i wolności obywatelskich.

Kierowany przeze mnie Ośrodek Badań Studiów i Legislacji podjął prace nad przygotowaniem obszernego opracowania dotyczące problemów przestrzegania tajemnicy zawodowej radcy prawnego. Niniejsza publikacja jest ich rezultatem. Celem wydawnictwa jest przedstawienie najważniejszych obszarów regulacji prawnych, w których tajemnica zawodowa radcy prawnego odgrywa istotne znaczenie. Szczególną uwagę zwrócono na te obszary, w których dochodzi ostatnio do naruszenia naszej tajemnicy zawodowej. Autorami poszczególnych części publikacji są radcowie prawni, będący najczęściej również przedstawicielami świata nauki, uznanymi specjalistami w swoich dziedzinach. W Ich imieniu wyrażam nadzieję, że niniejsza publikacja spotka się z zainteresowaniem oraz życzliwym przyjęciem członków naszego samorządu.

Rafał Stankiewicz

Warszawa, październik 2018 r.



Michał Bernaczyk

Tajemnica zawodowa radcy prawnego jako ograniczenie konstytucyjnego prawa do informacji. Między wolnością, prywatnością a interesem instytucji publicznych

Zagadnienie tajemnicy radcy prawnego jest jednym z najczęściej eksploatowanych pojęć w literaturze poświęconej samorządom zawodowym świadczącym pomocą prawną. Nie ma dziś opracowań poświęconych samorządowi zawodowemu radców prawnych, które nie poruszałoby w jakimś stopniu kwestii praw i obowiązków jednostki związanych z treścią art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych¹. Kolejne pokolenia prawników wykształconych w strukturach samorządu radców prawnych są tak przyzwyczajone do aktualnych (i stabilnych) reguł wykonywania zawodu, iż często umyka nam historia tej regulacji. Tekst pierwotny art. 3 u.r.p. nie posiadał przepisów tej treści, zaś opracowania poświęconej historii zawodu dość subtelnie zwracają uwagę na okoliczność, iż art. 3 u.r.p. uzupełniono z dniem 15 września 1997 r. na podstawie art. 2 pkt 3 ustawy z dnia 22 maja 1997 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze, ustawy o radcach prawnych oraz niektórych innych ustaw². Była to gruntowna nowelizacja (rozpatrywana niemal całą II kadencją Sejmu RP), stanowiąca efekt kompromisu samorządów adwokackiego i radcowskiego, który zawarto pod auspicjami ówczesnego Ministra Sprawiedliwości Lecha Ku-

¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2115 ze zm., dalej jako: u.r.p. Powołany przepis stanowi: „Radca prawny jest obowiązany zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej”. Jego odpowiednikiem jest art. 6 ust. 1–2 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1184 ze zm.; art. 6 ustawy odnoszący się do obowiązku zachowania tajemnicy istniał już w tekście pierwotnym ustawy – Dz. U. z 1982 r. Nr 16, poz. 124), a także art. 18 § 1–2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 2291 ze zm.).

² Dz. U. z 1997 r. Nr 75, poz. 471.

backiego³. Nowela przeszła w 2004 r. do niechlubnej historii polskiego prawa konstytucyjnego jako naruszenie podstawowych reguł konstrukcyjnych systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce, w zakresie, w jakim powierzała Krajowej Radzie Radców Prawnych uchwalanie zasad przeprowadzania konkursów na aplikantów radcowskich⁴. Zachowując w pamięci orzecznictwo konstytucyjne⁵ z pierwszej dekady obowiązywania Konstytucji RP, błąd ustawodawcy nie zaskakiwał, ale pokazywało to również pewną trudność w sytuowaniu roli samorządów prawniczych w nowym ustroju konstytucyjnym. Dotyczyło to w szczególności ich cech szczególnych nakreślonych lakonicznie w art. 17 ust. 1 Konstytucji RP, a które po raz pierwszy analizowano obszerniej w 2001 r. na kanwie sprawy K 37/00. Wówczas Trybunał Konstytucyjny dokonał rozróżnienia pomiędzy „samorządem zawodowym” a „innym samorządem”, skupiając się na konstytutywnych cechach obu samorządów⁶. Podkreśliśmy, że jedynie art. 17 ust. 1 mówi o „osobach wykonujących zawody zaufania publicznego”, z czego Trybunał Konstytucyjny wywiódł, że „inne rodzaje samorządu” z ust. 2 obejmują również, *a contrario*, „samorzady zawodowe osób niewykonujących zawodów zaufania publicznego”⁷. Wyrok w sprawie K 37/00 jest dziś powszechnie przywoływany z powodu wykładni pojęcia i funkcji „pieczy”, która doprowadziła Trybunał Konstytucyjny do

³ E. Kwiatkowska-Fałęcka, *Historia legislacji zasad wykonywania zawodu i etyki zasad radcy prawnego* [w:] *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasad jego wykonywania*, pod red. A. Berezzy, Warszawa 2010, s. 69. Protoplastą dzisiejszego przepisu był art. 2 pkt 2 projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze, ustawy o radcach prawnych oraz niektórych innych ustaw zawarty w druku sejmowym nr 289 Sejmu II kadencji z dnia 18 lutego 1994 r.

⁴ Zob. wyrok TK z dnia 18 lutego 2004 r., sygn. akt P 21/02, <http://www.trybunal.gov.pl> [data dostępu: 01.10.2018], w którym uznano niektóre kompetencje zgromadzeń izb adwokackich oraz Krajowej Rady Radców Prawnych za niezgodne z Konstytucją. W sprawie P 21/02 mieliśmy do czynienia z tzw. niekonstytucyjnością wtórną, lecz frapującą ze względu na fakt, że postanowienia przyszłej ustawy zasadniczej były ustawodawcy już znane w chwili uchwalania zmian sprzecznych z Konstytucją. Zakwestionowane przepisy weszły w życie 15 września 1997 r., czyli przed wejściem w życie (17 października 1997 r.) Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.), dalej jako: Konstytucja RP.

⁵ Podobne problemy wynikające z naruszenia zasad przewodnich systemu źródeł prawa były przedmiotem obszernej analizy w fundamentalnym wyroku TK z dnia 28 czerwca 2000 r. w sprawie K 25/99, <http://www.trybunal.gov.pl> [data dostępu: 01.10.2018] (dotyczącego charakteru prawnego aktów prawnych Narodowego Banku Polskiego), w którym dano pierwszą tak znaczącą wykładnię rozdziału III Konstytucji RP (*Źródła prawa*).

⁶ Zob. wyrok TK z dnia 22 maja 2001 r., sygn. akt K 37/00, OTK 2001, nr 4, poz. 86.

⁷ Zob. pkt III.2 uzasadnienia wyroku TK w sprawie K 37/00.

tezy o obowiązkowej przynależności do samorządu⁸, lecz naszej uwadze nie może uchodzić okoliczność, że punktem wyjścia dla rozumowania Trybunału było odróżnienie zawodów opartych na „zaufaniu publicznym” od tych, które takiego fundamentu nie mają (lub nie potrzebują).

Zaufanie publiczne pozostaje więc pojęciem kluczowym, jeśli idzie o kreślenie granic i treści tajemnicy radcy prawnego. Zostało podniesione do rangi ustrojowej i jego istnienie w indywidualnych okolicznościach społecznych będzie determinantą istnienia samorządu zawodowego. Paweł Sarnecki, autor kryteriów kwalifikacji zawodów zaufania publicznego – zaakceptowanych w orzecznictwie TK⁹ – wskazywał cztery cechy charakterystyczne zawodu zaufania publicznego, umieszczając je w dość wymownej kolejności: 1) powierzanie przez obywateli osobom wykonującym zawód zaufania publicznego informacji z zakresu życia prywatnego, 2) wymiar etyczny osób wykonujących zawód zaufania publicznego, 3) wysokie kwalifikacje, 4) udział w szkoleniu, kształceniu i doskonaleniu zawodowym¹⁰. O ile w wyroku w sprawie K 37/00 (dotyczącym lekarzy weterynarii) sporo miejsca poświęcono merytorycznym kwalifikacjom osób wykonujących zawód zaufania publicznego, o tyle w uzasadnieniu wyroku P 21/02 (dotyczącym adwokatów i radców prawnych) koncentrowano się już na więzi pomiędzy osobą wykonującą zawód zaufania publicznego a beneficjentem usług lub dóbr dostarczanych w ramach tego zawodu. Trybunał stwierdził tam wprost, że zaufanie publiczne musi być

⁸ Dla zrozumienia znaczenia wyroku K 37/00 należy przypomnieć, że sprawa została wszczęta z inicjatywy Zarządu Głównego Ogólnopolskiego Związku Zawodowego Lekarzy Weterynarii Inspekcji Weterynaryjnej. Wnioskodawca kwestionował przede wszystkim skutek obowiązkowej przynależności do samorządu: podwójny reżym odpowiedzialności lekarzy weterynarii za ten sam czyn, który pociągał odpowiedzialność dyscyplinarną przewidzianą dla urzędnika służby cywilnej, a z drugiej strony odpowiedzialność przez sądami lekarsko-weterynaryjnymi przy izbach lekarsko-weterynaryjnych. Wnioskodawca wskazywał również, że „zdominowane ilościowo przez prywatnie praktykujących lekarzy, izby mają prawo (na podstawie ustawy) sterować działalnością lekarzy weterynarii Inspekcji Weterynaryjnej oraz decydować o obsadzie stanowisk kierowniczych w Inspekcji” – zob. pkt I.1 uzasadnienia wyroku TK w sprawie K 37/00.

⁹ Wprawdzie można zasadnie dyskutować, czy ów element psychologiczny (zaufanie) do lekarza weterynarii występuje w takim samym lub chociażby zbliżonym stopniu, co w przypadku zawodu radcy prawnego lub adwokata, ale dla interpretacji konstytucyjnych pojęć nie miało to znaczenia. W sprawie K 37/00 Trybunał odwołał się właśnie do doktrynalnej analizy wyodrębnienia zawodu adwokata przeprowadzonej przez P. Sarneckiego. Zob. P. Sarnecki, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego (art. 17 ust. 1 Konstytucji na przykładzie adwokatury)* [w:] *Konstytucja. Wybory. Parlament. Studia ofiarowane Zdzisławowi Jaroszowi*, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 2000, s. 152-153.

¹⁰ P. Sarnecki, *W sprawie znaczenia pojęcia „zawód zaufania publicznego” z art. 17 Konstytucji*, „Biuletyn Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu” 1998, nr 2, s. 61.

„realne”: „Na zaufanie to składa się szereg czynników, wśród których na pierwszy plan wysuwają się: przekonanie o zachowaniu przez wykonującego ten zawód dobrej woli, właściwych motywacji, należytej staranności zawodowej oraz wiara w przestrzeganie wartości istotnych dla profilu danego zawodu. W odniesieniu do wykonywania prawniczych zawodów zaufania publicznego do istotnych wartości należy pełne i integralne respektowanie prawa, w tym zwłaszcza – przestrzeganie wartości konstytucyjnych (w ich hierarchii) oraz dyrektyw postępowania”¹¹. Trybunał nie rozwijał szerzej, czemu służyć ma owe przekonanie co do wysokich przymiotów osoby wykonującej zawód, ale niespełna rok wcześniej sformułował to dość wyraźnie w uzasadnieniu wyroku z dnia 26 listopada 2003 r. w sprawie SK 22/02: „[...] do istoty zawodu adwokata i radcy prawnego należą czynności z zakresu reprezentacji prawnej przed organami wymiaru sprawiedliwości”¹², ponieważ „jedynie w ten sposób może być urzeczywistniona gwarancja należytej ochrony stron i uczestników postępowania, ich praw i wolności, w tym ochrona tajemnicy życia prywatnego”¹³. Spośród szeregu praw podmiotowych Trybunał zdecydował się na wskazanie ochrony (tajemnicy) życia prywatnego. Nie powinno to dziwić, ponieważ prywatność w europejskich systemach prawnych pozostaje w ścisłym związku z pozycją jednostki wobec państwa i innych członków społeczeństwa. Ze względu na dominujący (i nierzadko destrukcyjny) wpływ informacji na relacje międzyludzkie, tajemnica radcowska powinna być postrzegana właśnie jako instytucja prawna chroniąca prywatność. W praktyce tajemnica radcowska (i adwokacka) jest powoływana wespół z prawem do sądu (lub wężiej – z prawem do obrony), ale nawet przy takiej konotacji należy pamiętać, że zaburzenie poczucia bezpieczeństwa jednostki może przełożyć się na jej skłonność do przekazywania informacji osobom świadczącym pomoc prawną. W rezultacie osoba świadcząca pomoc prawną nie uzyska adekwatnych informacji lub uzyska zniekształcony obraz, ponieważ dysponent informacji zaczyna antycypować negatywne konsekwencje ich udzielenia nie tyle podmiotom egzekwującym odpowiedzialność prawną, ile osobie przybranej do działania w jego najlepszym interesie. Jeśli pominiemy przypadki psychopatii, to wyjaśnienie tego stanu rzeczy jest dość proste i dobrze omówione w psychologii. Ewolucyjnie ludzki mózg wykształcił najpierw ośrodek odpowiedzialny za emocje, „złożone procesy orientowania się w świecie umożliwiające reakcję na wyzwania, jakie świat nam rzuca”¹⁴. Emocje występują stale,

¹¹ Zob. pkt III.7 uzasadnienia wyroku TK w sprawie P 21/02.

¹² OTK-A 2003, nr 9, poz. 97.

¹³ Zob. pkt 5.2 uzasadnienia wyroku TK w sprawie SK 22/02.

¹⁴ J.K. Gierowski, T. Jaśkiewicz-Obydzińska, M. Najda, *Psychologia w postępowaniu karnym*, Warszawa 2008, s. 37.

nie da się ich powstrzymać i mogą być wzbudzone poza świadomą kontrolą. Są określane jako „procesy orientowania się w otoczeniu”¹⁵, ale nie są procesem racjonalnego poznania. Praktyczna trudność związania ze świadczeniem pomocy prawnej (zwłaszcza) osobie fizycznej polega na neutralizowaniu mechanizmów obronnych i samooszukiwania się, które zniekształcają procesy poznawcze. Mechanizmy obronne należą do istoty zdrowia psychicznego, chronią człowieka przed lękiem i utrzymują dobry obraz samego siebie¹⁶, ale niosą ze sobą cenę, jaką jest wybiórczy odbiór i opis rzeczywistości. Stan poufności wytwarzany przez imperatyw zachowania w tajemnicy „wszystkiego, o czym [radca prawny - *przyp. M.B.*] dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej” (art. 3 ust. 3 u.r.p.) z jednej strony chroni jednostkę przed oceną świata zewnętrznego jej afekty i przejawy racjonalnego działania, ale daje też szansę na obniżenie napięć zniekształcających myślenie i postrzeganie świata zewnętrznego. Ten ostatni element ma duże znaczenie dla zwiększenia efektywności radcy prawnego.

W tym miejscu rodzi się pytanie o zasadniczą przyczynę ustanawiania tajemnicy – czy chodzi o względy czysto prakseologiczne (stworzenie radcy prawnemu warunków do uzyskiwania możliwie szerokiego spektrum informacji i ocen), czy też o podmiotowość jednostki (beneficjenta pomocy prawnej)? Poszanowanie godności jednostki jako zasada przewodnia ustroju (art. 30 Konstytucji RP) sugeruje, że podstawowe znaczenie ma ochrona prywatności jednostki (zob. art. 47–51 Konstytucji RP¹⁷), zaś stworzenie warunków pełnienia funkcji radcy prawnego (adwokata) i wykonywanie prawa do obrony ma charakter wtórny. Aby pełnić funkcję dobrego doradcy, trzeba wprawdzie stać się powiernikiem¹⁸. Nie umniejsza to jednak znaczenia dostępności tej informacji dla wykonywania zawodu. Marek Szydło widzi oba elementy w nierozzerwalnym związku, stwierdzając, że „cechą konstytutywną dla zawodów zaufania publicznego jest zatem dostęp do osobistych, a niekiedy wręcz intymnych informacji dotyczących osób trze-

¹⁵ *Ibidem*, s. 38.

¹⁶ *Ibidem*, s. 74.

¹⁷ Trybunał Konstytucyjny uznaje, że na poziomie konstytucyjnym prywatność ma bardzo szerokie podstawy, skoro jest chroniona „wieloaspektowo i obejmuje kilka praw oraz wolności – określonych w art. 47–51 Konstytucji” – zob. pkt III.5 uzasadnienia wyroku TK z dnia 23 czerwca 2009 r., sygn. akt K 54/07, OTK-A 2009, nr 6, poz. 86.

¹⁸ „Adwokat, radca prawny, notariusz, będąc osobą zaufania publicznego wykonującą wolny zawód, wykonuje funkcję doradcy i powiernika stron” – zob. pkt III.1 uzasadnienia wyroku TK dnia 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03, <http://www.trybunal.gov.pl> [data dostępu: 01.10.2018], z powołaniem na: A. Redelbach, *Tajemnica zawodowa notariusza w świetle zasady poszanowania życia prywatnego*, „Rejent” 1999, nr 6–7, s. 38.

cich przy realizowaniu czynności stanowiących istotę tych zawodów, przy czym dostęp ten jest tyleż nieunikniony, co niezbędny – jako warunek prawidłowego, a w tym przede wszystkim efektywnego wykonywania tych zawodów¹⁹. Ochrona relacji między radcą prawnym a jego klientem jest w istocie ochroną relacji intelektualnej i emocjonalnej, zmierza do wolności od napięcia emocjonalnego, strachu związanego z ujawnianiem tego, co intymne, prywatne²⁰. Ten element zaufania koniecznego do wypełnienia fundamentalnej roli w społeczeństwie demokratycznym został wyraźnie podkreślany w wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie *Michaud przeciwko Francji* (zob. § 118–119 uzasadnienia) ze wskazaniem na art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r.²¹ (prawo do prywatności) jako źródło zawodowego przywileju poufności (*legal professional privilege*²²). Zlekceważenie tego zagadnienia powoduje, że tajemnica jest uzasadniana głównie wykonywaniem prawa do sądu (bądź wężiej: prawa do obrony²³) z udziałem profesjonalnego pełnomocnika („me-

¹⁹ M. Szydło, komentarz do art. 17 [w:] *Konstytucja RP. Komentarz. T. 1: Art. 1–86*, pod red. M. Safjana, L. Boska, Warszawa 2016, s. 436.

²⁰ Leszek Korczak porównuje relację pomiędzy radcą prawnym a klientem do „szczególnej więzi opartej na zaufaniu”, podobnej do tej, którą nawiązuje się „z lekarzem czy księdzem” – L. Korczak, komentarz do art. 3 [w:] *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, pod red. T. Schefflera, Warszawa 2018, s. 106.

²¹ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm., dalej jako: EKPC.

²² Zob. § 119 uzasadnienia wyroku ETPCz w sprawie *Michaud przeciwko Francji*. Orzecznictwo ETS również opiera się na doktrynie *legal privilege*, której istotą jest zakaz przymusowego ujawniania komunikacji między klientem a jego prawnikiem w postępowaniach przed organem władzy publicznej, a także zakaz wykorzystywania dowodu ujawnionego wbrew ich woli – zob. R. Stankiewicz, *Zakres ochrony tajemnicy zawodowej radcy prawnego jako „prawnika wewnętrznego” w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji* [w:] *Publicznoprawny status radcy prawnego*, pod red. M. Pawełczyka, R. Stankiewicza, Warszawa 2012, s. 310 oraz powołana tam literatura (przypis 8).

²³ Pojęcie prawa do obrony wywodzono z klauzuli demokratycznego państwa prawnego (do 17 października 1997 r. wynikało z art. 1 przepisów konstytucyjnych w brzmieniu nadanym nowelą grudniową, natomiast w obowiązującej Konstytucji RP znalazło ono miejsce w art. 42 ust. 2. Należy dodać, że jest rozumiane szeroko, jako prawo podmiotowe odnoszące się nie tylko do postępowania karnego, ale także innych postępowań toczących się w przedmiocie odpowiedzialności o charakterze represyjnym – zob. pkt III.2 uzasadnienia wyroku TK z dnia 19 lutego 2008 r., sygn. akt P 48/06, <http://www.trybunal.gov.pl> [data dostępu: 01.10.2018], z powołaniem na wyroki TK: z dnia 6 grudnia 2004 r., sygn. akt SK 29/04, OTK-A 2004, nr 11, poz. 114 oraz z dnia 19 marca 2007 r., sygn. akt K 47/05, <http://www.trybunal.gov.pl> [data dostępu: 01.10.2018]. W takich jednak sytuacjach należy mówić o „tajemnicy obrończej” jako węższej znaczeniowo od tajemnicy adwokata i radcy prawnego. Por. bezwzględny nieupełny zakaz dowodowy z art. 178 pkt 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1987 ze

rytorycznego” partnera sądu), co jest wprawdzie twierdzeniem prawdziwym, ale stanowi też poważne uproszczenie. Nie chodzi wyłącznie o to, aby w sprawie występował wykwalifikowany przedstawiciel o bogatym zapleczu faktycznym, lecz osoba, którą można obdarzyć zaufaniem (w wymiarze indywidualnym). Niestety, redukcja roli adwokata lub radcy prawnego do osobowego lub quasi-dokumentowego źródła informacji jest typowym zabiegiem w politycznej narracji przedstawicieli egzekutywy, gdzie tajemnica radcy prawnego (lub adwokacka) jest utożsamiana z instytucją procesową o swobodnie zawężanych granicach. Na przykład we wrześniu 2018 r. Ministerstwo Sprawiedliwości ogłosiło zamiar „dekonzracji” kompetencji do zwolnienia z tajemnicy zawodowej adwokata lub radcy prawnego, o której mowa w art. 180 § 2 k.p.k. O zwolnieniu z tajemnicy miałyby decydować prokurator – a nie sąd na wniosek prokuratora. Rozwiązanie uzasadniono istnieniem analogicznej konstrukcji w art. 226 zd. 2 k.p.k.²⁴ Ten ostatni pozwala prokuratorowi na zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej już na etapie postępowania przygotowawczego, podczas gdy zwolnienie z tajemnicy adwokata lub radcy prawnego leży aktualnie w gestii sądu. Argumentacja urzędników

zm.), dalej jako: k.p.k. Zgodnie z art. 178 pkt k.p.k. nie wolno przesłuchiwać jako świadków obrońcy albo adwokata lub radcy prawnego działającego na podstawie art. 245 § 1 k.p.k. co do faktów, o których dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę. Dagmara Gruszecka wyjaśnia, że „prowadzenie sprawy to uczestniczenie w niej w charakterze obrońcy. Jak się wydaje można też prowadzić sprawę osoby zatrzymanej jako jej pełnomocnik. Udzielenie porady prawnej odnosi się do sytuacji, w której porada dotyczyła informacji istotnych z punktu widzenia przedmiotu procesu, zatem miała znaczenie dla odpowiedzialności karnej osoby, której jej udzielono” – zob. D. Gruszecka, komentarz do art. 178 [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, pod red. J. Skorupki, Warszawa 2018, pkt 4.

²⁴ „W odpowiedzi na zarzuty środowiska wiceminister Warchoń przywołuje istniejący od lat w procedurze karnej przepis, zgodnie z którym to prokurator decyduje o wykorzystaniu jako dowodów w śledztwie dokumentów zawierających dane objęte tajemnicą lekarską (art. 226 k.p.k.). – Tajemnica to nie przywilej jej depozytariusza, ale jego obowiązek wyznaczany troską o interes publiczny. A prokurator jest właśnie takim rzecznikiem interesu publicznego – zaznacza wiceminister”. Zob. E. Świętochowska, *Tajemnica zawodowa na wyciągnięcie ręki prokuratora. Zmiana w procedurze karnej ułatwi zdobywanie poufnych informacji*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 25.09.2018 r. Należałoby w tym miejscu wspomnieć, że obowiązki (zakazy, nakazy działania) występują często jako korelaty dość złożonych struktur praw podstawowych. Depozytariusz tajemnicy (adwokat i radca prawny) ma obowiązek chronić informacje dotyczące jednostki, aby stworzyć jej gwarancje możliwie szerokiego urzeczywistnienia wolności. Podobnie pkt III.1 uzasadnienia wyroku TK w sprawie SK 64/03: „[...] przepisy [ustaw odnoszące się do tajemnicy adwokata, radcy prawnego i notariusza – *przyp. M.B.*] wskazują dość jednoznacznie, że zachowanie tajemnicy zawodowej stanowi obowiązek, a nie – prawo osoby wykonującej zawód prawniczy, w tym – radcy prawnego”, IPOTK.

resortu pokazuje karykaturalność dyskursu, w którym analizuje się wyłącznie skutek tajemnicy (przeszkoda w dostępie do informacji), lecz nie przyczynę ustanawiania tajemnicy, w tym jej związek z prawami podmiotowymi jednostki.

Otóż przy konstruowaniu normatywnych zasad postępowania z informacją pochodzącą od jednostki (niezależnie od tego, czy podlegała ona werbalizacji, czy też utrwaleniu na dowolnym nośniku), normy wyjątku powinny uwzględniać charakter relacji zachodzącej między osobą wykonującą zawód a osobą ujawniającą informację. Tymczasem wykorzystanie dokumentu stanowiącego tajemnicę lekarską jest ingerencją w autonomię informacyjną (a więc jeden z fundamentalnych elementów europejskiego pojmowania prawa do prywatności). Analizując treść art. 226 zd. 2 k.p.k. w obowiązującym kształcie (według stanu na 1 października 2018 r.), należy się poważnie zastanowić, jakie racjonalne argumenty przemawiały za odstępstwem od zasady równego traktowania ochrony dokumentów w sytuacji, w której pochodzą one od lekarza, a nie od adwokata lub radcy prawnego. Fakt pominięcia w procesie dowodzenia wytwórcy dokumentu (lekarza) nie zmienia przecież niczego w charakterze informacji, która *per se* dotyczy najbardziej wrażliwej sfery życia ludzkiego. Problem trafnie zidentyfikował Rzecznik Praw Obywatelskich, wskazując, że dobrem naruszonym wskutek przeniesienia procesu decyzyjnego na poziom prokuratora jest „zaufanie stanowiące podstawę prawidłowych relacji pacjenta z lekarzem”²⁵. Oczywiście wiele osób może na pierwszy rzut oka nie zdawać sobie sprawy, w jaki sposób przeniesienie kompetencji z sądu na prokuratora zmniejsza poziom ochrony autonomii informacyjnej jednostki²⁶, ale zagadnienie to należy rozpatrywać nie tylko na gruncie norm o prawach człowieka i obywatela, ale również z uwzględnieniem systemu rządów, który ma te normy realizować. Wzmocnienie pozycji prokuratora prowadziłoby do sytuacji, w której dochodzi do rozmycia zasady równości stron, równości broni w postępowaniu karnym (niezależnie od sporów o jej bezpośrednio umocowanie normatywne). Mimo deklarowanej kontradiktoryjności procesu karnego, jednostka musi liczyć się z tym, że

²⁵ Wystąpienie RPO do Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego z dnia 13 czerwca 2017 r., znak pisma II.501.2.2017.MM, <http://www.rpo.gov.pl> [data dostępu: 25.09.2018].

²⁶ Nie można również zapominać, że ewentualna kontrola sądu w przedmiocie zgodności z prawem prokuratorskiego postanowienia o zwolnieniu w przedmiocie przesłuchania lub zezwolenia na przesłuchanie musi być „efektywna” (zob. wyrok ETPCz z dnia 1 grudnia 2015 r. w sprawie *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova przeciwko Portugalii*), więc państwo nie może poprzestać na ustanowieniu gwarancji proceduralnych. Zob. także wyrok ETPCz z dnia 25 marca 1998 r. w sprawie *Kopp przeciwko Szwajcarii*, gdzie Trybunał krytycznie odniósł się do powierzenia inwigilacji linii telefonicznej komórce prawnej poczty bez nadzoru niezależnego sądu.

informacje, które jej dotyczą (mimo nominalnego statusu tajemnicy zawodowej) stają się źródłem dowodowym dla strony przeciwnej. Ewentualne przekroczenie norm, w szczególności zasady proporcjonalności rozwinętej w art. 180 § 2 zd. 1 k.p.k., nie oznacza jeszcze, że dowód uzyskany w takich okolicznościach staje się niedopuszczalny. Zgodnie bowiem z art. 168a k.p.k. dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego²⁷, chyba że dowód został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności²⁸. Tymczasem analiza orzecznictwa strasburskiego wskazuje, że naruszenie art. 8 EKPC wskutek dostępu do informacji objętych jakąś krajową odmianą „prawniczej” tajemnicy zawodowej następuje rzadziej z powodu działania bez podstawy prawnej, natomiast najczęściej z naruszeniem zasady proporcjonalności, któremu nie towarzyszy przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu (por. rozdział XIX Kodeksu karnego) lub wolności (por. rozdział XXIII Kodeksu karnego)²⁹. Sugeruje to również, aby przewyżczać dysfunkcję Trybunału Konstytucyjnego nie tyle poprzez podnoszenie kwestii walidacyjnych, ile interpretacyjnych wynikających z prawidłowego zastosowania art. 91 ust. 1 i 2 Konstytucji RP oraz pierwszeństwa art. 8 EKPC w stosunku do przepisów procesowych ustawowych nadmiernie ingerujących w tajemnicę zawodową lub co najmniej nieprawidłowo zastosowanych³⁰. Jest to zabieg prawidłowy, a wręcz

²⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.), dalej jako: k.k.

²⁸ Przepis pozostaje w obrocie prawnym i dojście do ewentualnego orzeczenia TK o jego zgodności z Konstytucją RP wydaje się być bardzo odległą kwestią z powodów czysto ustrojowych. Z zagadnieniem mierzył się Rzecznik Praw Obywatelskich, wszczynając postępowanie pod sygn. K 27/16, jednak 9 kwietnia 2018 r. Rzecznik wycofał wniosek o dokonanie kontroli abstrakcyjnej tej normy, wskazując na bezprawne zmiany w składzie wyznaczonym do rozpoznawania sprawy, w tym obsadzenie Trybunału Konstytucyjnego przez osoby niebędące sędziami – zob. pismo RPO z dnia 9 kwietnia 2018 r., znak pisma II.510.360.2016II.510.360.2016.MH, <http://www.rpo.gov.pl> [data dostępu: 01.10.2018]. Zob. także postanowienie TK z dnia 25 kwietnia 2018 r., sygn. akt K 27/16, <http://www.trybunal.gov.pl> [data dostępu: 01.10.2018].

²⁹ Zob. wyroki ETPCz: z dnia 24 maja 2018 r. w sprawie *Laurent przeciwko Francji*, z dnia 16 grudnia 1992 r. w sprawie *Niemietz przeciwko Niemcom*, z dnia 7 czerwca 2007 r. w sprawie *Smirnov przeciwko Rosji*, z dnia 22 maja 2008 r. *Iliya Stefanov przeciwko Bułgarii*.

³⁰ W sprawie P 48/06 Trybunał stwierdził, że „zejście poniżej standardu konwencyjnego [...], ze względu na konieczność uwzględniania przepisów EKPC przy wykładni gwarancji konstytucyjnych, byłoby równoznaczne z niezgodnością takiego uregulo-

konstytucyjnie nakazany, chociaż w praktyce wymaga dobrej znajomości orzecznictwa ETPCz³¹.

Podsumowując te nieco obszernie uwagi wprowadzające, należy postawić kilka podstawowych tez i związanych z nimi kwestii problemowych:

- 1) tajemnica radcy prawnego powinna być rozpatrywana jako ustawowe ograniczenie wolności pozyskiwania i rozpowszechniania informacji (zaś w stosunku do samego radcy prawnego jako ograniczenie jego wolności działalności gospodarczej); ustanowienie tego rodzaju ograniczenia następuje *explicite* w interesie publicznym (art. 17 ust. 1 Konstytucji RP), który powinien być utożsamiany przede wszystkim z ochroną wolności i praw innych osób (zob. art. 31 ust. 3 zd. 1 Konstytucji RP), a w szczególności z wieloaspektowo rozumianą prywatnością osób fizycznych³² korzystających z pomocy prawnej. Jeśli z jakiegoś powodu prawo do prywatności nie wchodzi w grę (zob. kolejny punkt), obowiązkiem ustawodawcy jest powiązanie tajemnicy radcy prawnego z inną, materialną przesłanką ograniczającą uzyskiwanie informacji zawartą w klauzulach limitacyjnych (art. 31 ust. 3, art. 61 ust. 3 Konstytucji RP) oraz precyzyjne określenie reguł wyjątku od obowiązku zachowania informacji w tajemnicy;
- 2) podbudowa tajemnicy radcy prawnego autonomią informacyjną jednostki może ulec osłabieniu, w sytuacji gdy pomoc prawna jest świadczona na rzecz osób prawnych. Dzieje się tak nie tylko z tego

wania z Konstytucją”. Takie stwierdzenie nie budzi wątpliwości, jeśli w sprawie nie ma wątpliwości, że treści normatywne Konstytucji RP i prawa wynikającego równoległe z EKPC są identyczne. W sprawie chodziło o standardy dostępu do obrony z urzędu w sprawach o wykroczenia, a lakoniczne odesłanie do orzecznictwa ETPCz sugeruje, że Trybunał Konstytucyjny dostrzegł zbieżność systemu krajowego i międzynarodowego. Należy jednak zwrócić uwagę, że istnieją takie unormowania Konstytucji RP, które sugerują znacznie wyższy standard, aniżeli wynika z aktualnego porządku konwencyjnego (np. art. 10 EKPC oraz art. 54 i 61 Konstytucji RP).

³¹ „Postanowienia EKPC mają samoistny i autonomiczny charakter normatywny, a więc w odniesieniu do stosunków wewnętrznych działają z mocy własnej i nadają się do bezpośredniego zastosowania w państwie będącym sygnatariuszem tej umowy międzynarodowej. Były one, od początku obowiązywania tego aktu, również bezpośrednio stosowane przez sądy polskie” – zob. M. Masternak-Kubiak, L. Garlicki, *Władza sądownicza RP a stosowanie prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej* [w:] *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, pod red. K. Wójtowicza, Warszawa 2006, s. 171-172.

³² Trybunał Konstytucyjny uznaje, że na poziomie konstytucyjnym prywatność ma bardzo szerokie podstawy, skoro jest chroniona „wieloaspektowo i obejmuje kilka praw oraz wolności – określonych w art. 47-51 Konstytucji” – zob. pkt III.5 uzasadnienia wyroku TK z dnia 23 czerwca 2009 r., sygn. akt K 54/07, OTK-A 2009, nr 6, poz. 86.

powodu, iż polskie ustawodawstwo odrzuca „prawo do prywatności” osoby prawnej, ale głównie z powodu braku wyraźnej konstytucyjnej dyskusji³³ i praktyki dotyczącej statusu „informacyjnego” osób prawnych³⁴. Orzecznictwo TK mierzyło się z problematyką osobowości prawnej, analizując jej wpływ na zdolność do wykonywania konstytucyjnych wolności i praw. Nawiązywano przy tym do (klasycznego w prawie konstytucyjnym³⁵) podziału na publiczną bądź prywatną proveniencję takich osób³⁶, w mniejszym zaś do stopniu analizowano treść uprawnienia (problem „zdolności do bycia nosicielem” konstytucyjnych praw podmiotowych, na którą powołuje się osoba prawna³⁷). Podtrzymuję swój pogląd, że kwe-

³³ „Szczególnie interesujące z perspektywy ochrony dóbr osobistych osób prawnych w prawie polskim są wypowiedzi przedstawicieli doktryny prawa szwajcarskiego i orzecznictwa w sprawie poszanowania sfery prywatności w odniesieniu do osób prawnych (*le droit à la vie privée*). Mimo wielu kontrowersji rodzących się wokół tej kwestii, wydaje się, że zaakceptowano jej istnienie. Stanowi to konsekwencję uznania zasady, iż każdy podmiot powinien mieć możliwość decydowania o tym, jakie informacje dotyczące jego osoby będą znane innym. W przypadku osób prawnych trudno wyróżnić w tym kontekście sfery podlegające ochronie na wzór osób fizycznych. Brak też ostatecznej zgody co do możliwości używania pojęcia «prywatność» w odniesieniu do osoby prawnej. Natomiast akceptuje się, że osoba prawna może posiadać uzasadnioną potrzebę utrzymania w tajemnicy pewnych aspektów swojej egzystencji” – A. Kubiak-Cyruł, *Dobra osobiste osób prawnych*, Zakamycze 2006, s. 35. Negatywnie o możliwości powoływania się na prywatność przez osobę prawną zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 24 listopada 2009 r., sygn. akt II SA/Wa 1584/09, CBO SA.

³⁴ Decyzja ustawodawcy zwykłego nie może przesądzać niczego, ponieważ „osobowość prawna ma na płaszczyźnie konstytucyjnej wtórne znaczenie, w tym sensie, że nie ona decyduje bezpośrednio o zakresie podmiotowym poszczególnych wolności i praw. Co więcej brak osobowości prawnej nie jest też przeszkodą do bycia podmiotem konstytucyjnych praw” – zob. uzasadnienie postanowienia TK z dnia 23 lutego 2005 r., sygn. akt Ts 35/04, OTK-B 2005, nr 1, poz. 26.

³⁵ Szerzej na temat genezy tego podziału zob. F.I. Michelman, *Constitutions and the public/private divide* [w:] *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds. M. Rosenfeld, A. Sajó, Oxford University Press 2012, s. 305.

³⁶ Zob. postanowienia TK: z dnia 20 grudnia 2007 r., sygn. akt SK 67/05, IPOTK; z dnia 8 kwietnia 2008 r., sygn. akt SK 80/06, IPOTK.

³⁷ Pod tym względem można mówić o istotnym rozchwianiu poglądów TK: od milczącej aprobaty (zob. wyrok z dnia 21 marca 2005 r., sygn. akt SK 24/04, <http://www.trybunal.gov.pl> [data dostępu: 01.10.2018]), ze wskazaniem na Agencję Nieruchomości Rolnych jako podmiot uprawniony; por. jednak krytyczne wypowiedzi o takich konstrukcjach konstytucyjnego prawa podmiotowego, w których uprawnionym miałby być podmiot władzy publicznej, co prowadziłaby do „utożsamienia podmiotów ingerujących w prawa i wolności z ich nosicielami” – zob. postanowienie TK z dnia 6 lutego 2001 r., sygn. akt Ts 148/00, <http://www.trybunal.gov.pl> [data dostępu: 01.10.2018]), po kontrowersyjną negację praw osób prawnych prawa pry-

stia stopnia ochrony konstytucyjnej osób prawnych ma charakter ewolucyjny i kierunek tego rozwoju będzie determinować zakres ochrony tajemnicy radcy prawnego lub jej brak. Wszystko zależy od tego, w jakim stopniu będziemy w stanie uznawać osoby prawne za podmioty korzystające z poszczególnych uprawnień konstytucyjnych zaliczanych do skrótowego ogólnego pojęcia prawa do prywatności. Na przykład tuż po wejściu w życie Konstytucji RP wyjaśniano znaczenie lakonicznych, konstytucyjnych sformułowań „każdy” (ew. „nikt”, „wszyscy”), tłumacząc je globalizacją standardów konstytucyjnych, ogólną tendencją wielu krajów demokratycznych, w których „uznaje się, że objęcie ochroną wolności i praw konstytucyjnych osób prawnych służy nie tyle wzmocnieniu ochrony tych osób, co intensyfikacji ochrony jednostek wchodzących w ich skład”, przy czym nie dotyczy to praw „z istoty swej związanej z osobą fizyczną”³⁸. Stanowisko doktryny akceptował Trybunał Konstytucyjny³⁹, ze wspomnianymi już zastrzeżeniami, że nie chodzi o osoby prawne, których istnienie determinuje w całości substancja majątkowa oraz działanie państwa⁴⁰. Nadal trudno o kryteria, argumenty pozwalające powiązać treść prawa podmiotowego wyłącznie z osobą fizyczną bądź takie, które pozwoliłyby uchwycić treść uprawnienia w działalności osób prawnych. Na przykład w 2013 r. słoweński sąd konstytucyjny⁴¹ uznał, że osobie prawnej przysługuje również ochrona prywatności „informa-

watnego za pomocą wyjątkowo ścisłej wykładni językowej – zob. postanowienie TK z dnia 2 grudnia 2015 r., sygn. akt SK 36/14, OTK-A 2015, nr 11, poz. 189 (jednakże por. postanowienia TK z dnia 13 września 2000 r., sygn. akt SK 4/00, IPOTK oraz z dnia 9 października 2013 r., sygn. akt Ts 98/13, IPOTK.

³⁸ Zob. B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008, s. 468. Wydaje się, że Autor miał w tym miejscu na myśli „konstytucyjne prawa i wolności” aniżeli „konstytucyjne osoby prawne”, chociaż tych ostatnich można doszukiwać się w Konstytucji RP (por. art. 11, 12, 17 i 25 Konstytucji RP).

³⁹ Zob. wyroki TK: z dnia 21 czerwca 2005 r., sygn. akt P 25/02, OTK-A 2005, nr 6, poz. 65; z dnia 8 czerwca 1999 r., sygn. akt SK 12/98, OTK ZU 1999, nr 5, poz. 96. Zob. uzasadnienie postanowienia TK z dnia 6 kwietnia 2005 r., sygn. akt Ts 9/05, OTK-B 2005, nr 3, poz. 143: „Osoby prawne mogą być adresatem wolności lub praw konstytucyjnych w ograniczonym zakresie. Po pierwsze, niektóre z tych praw ze swej istoty nie są adresowane do osób prawnych. Pod drugie, trzeba pamiętać, że osoba prawna może być podmiotem konstytucyjnych publicznych praw podmiotowych, gdy umożliwi to pełniejszą realizację tych praw przez poszczególne osoby fizyczne”.

⁴⁰ Zob. powołane wcześniej postanowienie TK z dnia 6 lutego 2001 r., sygn. akt Ts 148/00.

⁴¹ Wyrok Sądu Konstytucyjnego Republiki Słowenii z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt U-I-40/12, <http://odlocitve.us-rs.si/sl> [data dostępu: 01.10.2018].

cyjnej”, o której mowa w art. 37 ust. 1 Konstytucji Słowenii z dnia 23 grudnia 1991 r.⁴² (polskim odpowiednikiem tej zasady jest art. 49 Konstytucji RP). Kluczowy argument w przytoczonej sprawie jest zbieżny z wypowiedziami polskiej nauki⁴³: „ustanowienie i rozwój osób prawnych doprowadził nas do punktu, w którym osoby prawne muszą mieć zapewnioną ochronę w konstytucyjnie chronionych obszarach osób fizycznych, przez co ochrona osób prawnych, ze swej istoty, pojawia się z potrzeby ochrony ludzi”. Sąd podkreślił, że nie jest to celem samym w sobie, lecz wynika z faktu, że w określonych sytuacjach przypisanie praw człowieka osobie prawnej, pozwala chronić prawa człowieka należne osobie fizycznej⁴⁴. Ten zabieg zależy jednak zawsze od tego, czy prawo jednostki może zostać zastosowane wobec osoby prawnej z „uwzględnieniem treści

⁴² „Zapewnia się tajemnicę korespondencji i porozumiewania się za pomocą innych środków” – cyt. za: *Konstytucja Republiki Słowenii*, tłum. P. Winczorek, M.T. Wójcik, Warszawa 1994.

⁴³ Faktem jest jednak, że polska nauka niewiele miejsca poświęca relacjom zachodzącym między ogólną klauzulą ochrony wolności jednostki a poszczególnymi przepisami dotyczącymi szeroko pojętej prywatności. W efekcie analizy dotyczące nienaruszalności mieszkania, przeszukania mieszkania, pomieszczenia lub pojazdu (art. 50) lub wolności komunikowania się (art. 49) często poprzedza się uwagę o zbieżności, wynikaniu, doprecyzowaniu ogólnego prawa do ochrony życia prywatnego (art. 47), ale bez głębszego rozwinięcia tych relacji, za to z lakonicznymi supozycjami o objęciu ochroną również osób prawnych. Tymczasem postulat oparcia się o art. 47 ma istotne konsekwencje praktyczne dla wykładni pozostałych przepisów Konstytucji RP. Jeśli art. 47 musi być uwzględniony przy każdej czynności interpretacyjnej i inferencyjnej dotyczącej przepisów o wolności komunikowania się lub ochrony przed pozasądowym przeszukaniem, to jego dosłowność („życie prywatne”) jest kłopotliwa dla osób prawnych. Osobowość prawna powinna być jednak brana pod uwagę jako dopuszczalna forma wykonywania swojego konstytucyjnego prawa prywatności, ilekroć indywidualne osoby fizyczne wybrały i użyły osobowości prawnej do wykonywania i ochrony swych wolności lub praw (np. założenie stowarzyszenia w celu kultu pamięci wielopokoleniowej rodziny, troski o pamięć, historię rodu). Z kolei w przypadku prasy i innych środków społecznego przekazu osobowość prawna istotnie wzmacnia i ułatwia wykonywanie wolności, o których mowa w art. 54, 61 lub 73 Konstytucji RP. Przynależność do struktury organizacyjnej daje dziennikarzowi poczucie bezpieczeństwa, ponieważ jest poparte nie tylko poprawą technicznych warunków wykonywania zawodu, ale i wsparciem prawnym.

⁴⁴ Uwagi polskiego piśmiennictwa na ten temat są wyjątkowo skromne. Por. wypowiedź Mikołaja Wilda: „Podmiotami, którym przysługuje wolność i ochrona tajemnicy komunikowania, są niewątpliwie wszystkie jednostki. Należy uznać, że w pewnym zakresie na omawianą wolność mogą powoływać się osoby prawne” – M. Wild, komentarz do art. 49 [w:] *Konstytucja. Komentarz*, t. 1, pod red. M. Safjana, L. Boska, Warszawa 2016, pkt III.1.

i istoty prawa⁴⁵. Dodać należy, że sprawa wynikała na gruncie oceny ustawodawstwa umożliwiającego przeszukiwanie siedziby i dokumentacji osób prawnych (przedsiębiorców) przez Słoweńską Agencję Ochrony Konkurencji bez uprzedniej zgody sądu⁴⁶. Odnajmy, że przeszukiwanie miejsca wykonywania praktyki prawniczej, zatrzymanie dokumentów lub monitorowanie urzędzeń i komunikacji w takich pomieszczeniach⁴⁷ jest dość częstym stanem faktycznym leżącym u podstaw skarg do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka osób wykonujących zawody prawnicze;

- 3) ustawowa konstrukcja tajemnicy radcy prawnego jest wyjątkowo problematyczna do uzasadnienia na płaszczyźnie konstytucyjnej, ilekroć radca prawny pełni swą podstawową funkcję (świadczanie pomocy prawnej) na rzecz osób pełniących funkcje publiczne w organach władzy publicznej, na rzecz organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także na rzecz innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Wszystkie te podmioty zostały wymienione

⁴⁵ Podobna refleksja musiała towarzyszyć Sądowi Najwyższemu, gdy w sprawie dotyczącej ochrony dóbr osobistych odrzucił możliwość konwersji dobrego imienia i związanej z nim sfery emocjonalnej jednostki na osobę prawną prawa publicznego. Sąd przypomniał, że to nie organy mają sferę psychiki, lecz ludzie pełniący w nich powierzone funkcje. Zob. uzasadnienie wyroku SN z dnia 14 maja 2009 r., sygn. akt I CSK 440/08, <http://www.sn.pl> [data dostępu: 1.10.2018].

⁴⁶ Kontrola następcza postanowienia Agencji o przeprowadzeniu przeszukiwania odbywała się wyłącznie w postępowaniu odwoławczym od ostatecznego rozstrzygnięcia.

⁴⁷ Siedziba, struktura i inne fakty konwencjonalne dotyczące osobowości prawnej mogą być traktowane jako kolejne wyznaczniki przestrzeni odosobnienia, wolności osoby fizycznej. Należy jednak pamiętać, że znakomita większość konstytucji (np. poprzez klauzule nietykalności osoby lub nienaruszalności jej domostwa) budowała pojęcie prywatności według kryteriów ściśle empirycznych. Dopiero później zaznaczyła się (zwłaszcza w powojennej niemieckiej praktyce konstytucyjnej) tendencja do utożsamiania prywatności jako instrumentu samorozwoju człowieka, gdy już było wiadomo, że fizyczne wyodrębnienie czynników oddziaływania na człowieka pomija szereg niematerialnych i dokuczliwych środków oddziaływania (np. przetwarzanie danych osobowych bez zgody osoby, której dane dotyczą, utrwalanie wizerunku, rejestrowanie rozmów, odmowa uznania, ochrony więzi z innym człowiekiem lub grupą ludzi). W efekcie miejsce przestało mieć rozstrzygające znaczenie, zaś ważniejsza stała się istota aktywności w nim podejmowanej (np. w orzecznictwie ETPCz uznano za bezprawne prowadzenie inwigilacji rozmów między prawnikiem a klientem na posterunku policji lub zapoznanie się z treścią kartki z wiadomością przekazaną obrońcy przez zatrzymanego w trakcie eskortowania przez budynek sądu – zob. odpowiednio wyroki ETPCz: z dnia 27 października 2015 r. *R.E. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, oraz z dnia 24 maja 2018 r. w sprawie *Laurent przeciwko Francji*).

w art. 61 ust. 1 i 2 Konstytucji RP jako podmioty zobowiązane do informowania o swojej działalności. Z jednej strony ustawodawca konstytucyjny i zwykły (por. art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej⁴⁸) gwarantują prawo dostępu do informacji o działalności wyżej wymienionych podmiotów, z drugiej zaś w znikomym stopniu uwzględniają specyficzną rolę radcy prawnego zatrudnionego w tego rodzaju instytucjach i charakter informacji mu powierzanych lub przezeń gromadzonych i wytwarzanych. Owa znikoma atencja ustawodawcy wynika z dwóch czynników. Pierwszym jest nadmierna wiara w odesłanie do tajemnicy radcy prawnego, jakie następuje w art. 5 ust. 1 u.d.i.p., drugi to aktywizm orzeczniczy sądów administracyjnych. Temu zagadnieniu pragnę się przyjrzyć w dalszej części rozważań.

Na początku należy wyjaśnić, że w polskim systemie wolności i praw jednostki prawo do informacji jest pewnym skrótem myślowym, często przybierającym postać (niezbyt prawidłowego) pojęcia „prawo (dostępu) do informacji publicznej” ze wskazaniem na art. 61 Konstytucji RP. Jest to zabieg typowy dla autorów sceptycznych wobec prawa do informacji, którzy – dążąc do uzyskania możliwie wąskiego zakresu informacji o działalności państwa – izolują treść tego uprawnienia, zrywając tym samym związek z ontologicznie wyższym pojęciem wolności człowieka. Tymczasem ustawa zasadnicza nie posługuje się pojęciem „informacja o sprawie publicznej” ani „prawo do informacji publicznej” (są to wyłącznie sformułowania języka ustawowego zawartego w art. 1 ust. 1 u.d.i.p.). Prawo do informacji o działalności państwa nie może być również zredukowane do treści art. 61 Konstytucji RP, chociaż wiele elementów należących do jego istoty znalazło się właśnie w tym przepisie. Uległo ono podziałowi na kilka jednostek redakcyjnych, z których podstawowe znaczenie ma art. 54 Konstytucji RP (wolność pozyskiwania i rozpowszechniania informacji), zaś pozostałe przepisy (art. 51, 61 i 74 Konstytucji RP) zostały skonstruowane względem art. 54 w relacji „środek-cel”. Inaczej rzecz ujmując: brak pełnej wolności, swobody pozyskania informacji posiadanej przez państwo jest transformowany w kierunku wolności za pomocą prawa do świadczenia informacji (dokumentu) ze strony państwa w stosownej procedurze. Na gruncie ogólnej teorii praw jednostki opisano to zagadnienie następująco i warto je przytoczyć *in extenso*: „Pozytywna ochrona wolności wobec państwa powstaje poprzez kombinację jakiejś wolności z jakimś prawem do pozytywnej czynności. Pojęcie ochrony pozytywnej nie sprawia żadnych problemów, jeśli chodzi o takie rzeczy, jak ochrona przed osobami trzecimi poprzez normy prawa karnego. Problem powstaje w przypadku praw

⁴⁸ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1330 ze zm., dalej jako: u.d.i.p.

do świadczeń, jak na przykład subwencje. Zgodność strukturalna istnieje zatem, gdy w obu przypadkach chodzi o to, aby podmiotowi wolności to, co mu wolno i co zatem jest prawnie możliwe, było także faktycznie możliwe. Owa zgodność strukturalna usprawiedliwia, lekceważąc ogólne zastosowanie w używanym języku, nazwanie mianem «ochrona wolności» także połączenie wolności z prawem do świadczenia w węższym sensie [tj. prawem do rzeczywistych świadczeń niebędących prawem do państwowych aktów ustanawiania norm – *przyp. M.B.*], umożliwiającym faktyczną realizację tego, co można wybrać⁴⁹. Robert Alexy konkludował tę wypowiedź stwierdzeniem, że to, czy i w jakim zakresie niemiecka ustawa zasadnicza normuje pozytywną ochronę wolności jest kwestią otwartą, ale taka supozycja nie broni się już na gruncie Konstytucji RP. Szczegółowość Konstytucji RP w części poświęconej dostępowi do informacji i dokumentów nie pozwala nam na nazwanie jej „otwartą”, zarówno co do treści uprawnienia, jak i szczegółowych klauzul limitacyjnych⁵⁰. Należy więc z ogromną rezerwą podchodzić do równie licznych, co nieprzemysłanych poglądów rodzimego piśmiennictwa o swobodzie ustawodawcy⁵¹ w sferze definiowania konstytucyjnych pojęć „działalność” lub „dokument” na poziomie ustawy, ponieważ ze swej istoty mają one charakter autonomiczny⁵². Artykuły 54 i 61 Konstytucji RP ustanawiają zasadę swobodnego dostępu do informacji, a wobec recepcji poglądów R. Alexy’ego przez polski Trybunał Konstytucyjny⁵³, zadanie ustawodawcy polega na rozstrzygnię-

⁴⁹ R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, tłum. B. Kwiatkowska, J. Zajadło, Warszawa 2010, s. 183.

⁵⁰ Należy zatem przyjąć, że kwestię tak rozumianej pozytywnej ochrony wolności pozyskiwania informacji rozstrzygnięto już na poziomie polskiej ustawy zasadniczej. Taką tezę wspierają wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 16 września 2002 r., sygn. akt K 38/01, <http://www.trybunal.gov.pl> [data dostępu: 01.10.2018], posługuje się następującymi stwierdzeniami, np.: „ustrojodawca [...] całościowo uregulował bezpośrednio w samej Konstytucji zakres i granice tego prawa”; „analiza art. 61 ust. 1 oraz ust. 2 Konstytucji wskazuje, iż zakres określonego w nim prawa do informacji zdeterminowany jest w znacznej mierze przez samą Konstytucję”.

⁵¹ Przyczyny tego stanu rzeczy zostały przeze mnie dokładnie wyjaśnione na łamach odrębnego opracowania – zob. M. Bernaczyk, *„Dokument wewnętrzny” jako ograniczenie konstytucyjnego prawa do informacji. Rozstrzygnięcie kolizji w teorii i praktyce prawa*, Warszawa 2017, s. 52–56, 167–168. Najogólniej rzecz ujmując, oceniam je jako – fatalny w swych społecznych i politycznych skutkach – przykład ekstrapolacji, wyrwania z kontekstu i powielania komentarzowej wypowiedzi prof. Wojciecha Sokolewicza dotyczącej art. 61 Konstytucji RP – zob. W. Sokolewicz, komentarz do art. 61 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 4, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 2005, teza 3, s. 5.

⁵² Szerzej na temat metodyki wykładni tych pojęć zob. M. Bernaczyk, *op. cit.*, s. 97–123.

⁵³ Tak słusznie G. Maroń, *Operacjonalizacja konstytucyjnych zasad prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w pierwszych de-*

ciu kolizji pomiędzy swobodnym dostępem do dokumentu a ochroną interesów wymienionych w art. 61 ust. 3 Konstytucji RP. Ustawa zasadnicza nakłada obowiązek stworzenia w ustawie elastycznych bądź sztywnych reguł pierwszeństwa na poziomie dla kolidujących zasad. Pod tym jednak względem stan ustawodawstwa prezentuje się fatalnie, co postaram się wykazać, śledząc modelowy sposób dostępu do informacji publicznej, która została wytworzona lub zgromadzona przez radcę prawnego w ramach pomocy prawnej świadczonej instytucji publicznej.

W przypadku złożenia wniosku o udostępnienie informacji publicznej (utrwalonej na dowolnym nośniku, co nie jest bez znaczenia z punktu widzenia tajemnicy radcy prawnego⁵⁴), organ bada w pierwszej kolejności, czy informacja posiadana przez podmiot władzy publicznej dotyczy „sprawy publicznej”. Pozytywna odpowiedź zmusza organ do zastosowania przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej w celu udostępnienia wnioskowanej informacji lub ograniczenia ich dostępności na podstawie przepisów art. 5 u.d.i.p. Jeżeli organ, po uprzedniej analizie wnioskowanych informacji publicznej, stwierdza, że podlegają one ograniczeniu:

- 1) w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie **innych tajemnic ustawowo chronionych** [podkr. M.B.] (art. 5 ust. 1 u.d.i.p. oraz art. 5 ust. 2a odsyłający do ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji⁵⁵);
- 2) ze względu na prywatność osoby fizycznej, tajemnicę przedsiębiorcy niewyłączone zgodą podmiotu, którego dotyczą (art. 5 ust. 2 zd. 1 w zw. z art. 5 ust. 2 zd. 2 *in fine* u.d.i.p.);

kadach XXI wieku wobec wyzwań politycznych, gospodarczych i społecznych, pod red. S. Biernata, Warszawa 2013, s. 114 oraz powołane tam orzecznictwo TK.

⁵⁴ Zakres języka art. 3 u.r.p. powoduje, że tajemnica radcowska obejmuje informacje zwerbalizowane, ale i utrwalone na dowolnych nośnikach (analogowych, cyfrowych). Tak też L. Korczak, komentarz do art. 3 [w:] *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, pod red. T. Schefflera, Warszawa 2018, teza nr 15. Analogicznie zinterpretowano ten przepis ustawy w art. 15 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego (załącznik do uchwały Nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych w sprawie Kodeksu Etyki Radcy Prawnego z dnia 22 listopada 2014 r.). Ustawa o dostępie do informacji publicznej wyklucza wytwarzanie informacji na żądanie (nieistniejącej w momencie złożenia wniosku). W świetle art. 4 ust. 3 u.d.i.p. nie jest dopuszczalne prowadzenie swoistego „przesłuchania” osób pełniących funkcje publiczne na daną okoliczność, czego oczywiście nie należy mylić z ustnym zakomunikowaniem o czynnościach w sprawie dostępu do informacji publicznej lub przekazanie ustnie (np. odczytanie przez telefon – por. art. 3 ust. 2, art. 10 ust. 2 u.d.i.p.) informacji zawartej w źródłowym dokumencie.

⁵⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1937 ze zm.

3) ze względu na prywatność osoby pełniącej funkcje publiczne, w zakresie informacji niemających związku z pełnieniem funkcji publicznej i nieobjętej zgodą osoby, której dotyczy

- odmawia udostępnienia informacji publicznej w drodze decyzji administracyjnej (art. 16 ust. 1 i 2 u.d.i.p.), do której stosuje się przepisy postępowania administracyjnego. Proceduralne wymogi związane z rozstrzygnięciem w formie decyzji administracyjnej powodują, że adresat uzyskuje wiedzę co do faktycznych podstaw odmowy, adekwatnej przesłanki odmownej i środków zaskarżenia. W ten sposób – wydawać by się mogło – spełniony zostaje minimalny standard prawa do informacji publicznej⁵⁶. Brzmienie art. 5 ust. 1 u.d.i.p. nie zostawia cienia wątpliwości, że tajemnica radcy prawnego jest „inną tajemnicą ustawowo chronioną”, aczkolwiek praktyka sądownoadministracyjna dowiodła, że powołanie się na tę przesłankę jest wysoce problematyczne, co postaram się wykazać z odwołaniem do praktycznych efektów działalności radcy prawnego pozostającego w stosunku zlecenia albo pracy na rzecz podmiotu władzy publicznej.

Posłużmy się przykładem opinii sporządzonej przez radcę prawnego w niekwestionowanym związku przyczynowo-skutkowym z działalnością podmiotu władzy publicznej. We wszystkich podanych niżej spornych sprawach sądownoadministracyjnych przedmiotem wniosku była opinia radcy prawnego posiadana przez podmioty zobowiązane do udostępniania informacji publicznej. W praktyce tego rodzaju dokumenty są w części lub w całości oparte na informacjach uzyskanych w związku z udzieleniem pomocy prawnej, chociaż w przywołanych przeze mnie sprawach w ogóle nie analizowano tej okoliczności. Żaden z podmiotów nie zaprzeczył istnieniu wnioskowanego dokumentu ani nie wydał decyzji administracyjnej ze wskazaniem formalnej lub materialnej przesłanki odmownej, a jednak trudno jest wskazać konstytucyjnie akceptowalny wspólny mianownik tej odmowy. W orzecznictwie spotykamy się z twierdzeniem, że:

- 1) opinia radcy prawnego sporządzona dla podmiotu, o którym mowa w art. 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p., nie jest informacją publiczną (prawdopodobnie ze względu na treść odnoszącą się do wnioskodawcy; uzasadnienie jest pod tym względem niejasne⁵⁷);
- 2) opinia radcy prawnego sporządzona dla organu (w sprawie chodziło o rektora uniwersytetu) jest informacją publiczną, lecz dostęp do jej treści może podlegać ograniczeniom wskazanym w decyzji

⁵⁶ Zob. pkt III.4 uzasadnienia wyroku TK w sprawie K 38/01, <http://www.trybunal.gov.pl> [data dostępu: 01.10.2018], z powołaniem na dyrektywę Komitetu Ministrów Rady Europy Nr R/81/19 z dnia 25 listopada 1981 r. w sprawie dostępu do informacji posiadanej przez władze publiczne.

⁵⁷ Zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 12 grudnia 2012 r., sygn. akt II SAB/Wa 562/14, CBOSA.

administracyjnej wydanej w oparciu o ustawową tajemnicę radcy prawnego (sąd w ogóle nie używa w sprawie pojęcia „dokument wewnętrzny”⁵⁸; zob. kolejny punkt); stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego zmierza więc do obarczenia organu obowiązkiem badania, które treści spornego dokumentu zawierają informacje uzyskane przez radcę prawnego w sposób i w związku określonym w art. 3 ust. 3 u.r.p.;

- 3) opinia radcy prawnego sporządzona dla organu (burmistrza dzielnicy) może być informacją publiczną albo nie stanowi informacji publicznej jako „dokument wewnętrzny”, jednakże „skoro **wyłączenie dokumentów wewnętrznych (w przedstawionym wąskim ujęciu) spod reżimu ustawy [podkr. M.B.]** o dostępie do informacji publicznej ma charakter wyjątku, to organ odmawiający dostępu do danych w nich zawartych, jest zobowiązany szczegółowo uzasadniać swoje stanowisko [ustawa nie zawiera podstawy prawnej co do formy i zakresu materialno-technicznej odmowy, więc jest to działanie bez podstawy prawnej – *przyp. M.B.*]”⁵⁹.

Pierwszy z powołanych przykładów nie posiada rzeczywistej argumentacji, więc nie wiemy, w jaki sposób przebiegała wykładnia prawa w sprawie.

Odnotujmy więc, że tylko drugi z powołanych przykładów sądowej oceny opinii radcy prawnego wpisał się w uprzednio określony standard trybunalski – zarówno od strony materialnoprawnej (próba wskazania interesu publicznego chronionego przez ustawę), jak też proceduralnej (obowiązek sporządzenia uzasadnienia faktycznego i prawnego jako immanentna część decyzji administracyjnej poddawanej kontroli sądowej). Rzecz jednak w tym, że ten kierunek wykładni ustawy o dostępie do informacji publicznej został porzucony na rzecz tzw. koncepcji dokumentu wewnętrznego. Pozostałe powołane przeze mnie przykłady (pierwszy i drugi) rodzą bardzo poważne problemy dla obywateli na gruncie art. 79 ust. 1 Konstytucji RP, ponieważ ze swej istoty uniemożliwiają wydanie decyzji administracyjnej z powołaniem na art. 3 u.r.p. Utrudniają tym samym wykonywanie prawa do sądu i prawa do skargi konstytucyjnej w sprawach dotyczących dostępu do informacji publicznej. Cechą charakterystyczną tych orzeczeń jest użycie w uzasadnieniu popularnej stylizacji „informacja nie posiada cech/charakteru/właściwości informacji publicznej”, ale wyjąwszy zacytowane sformułowanie NSA o „wyłączeniu spod reżimu usta-

⁵⁸ Zob. wyrok WSA w Gliwicach z dnia 10 października 2013 r., sygn. akt IV SA/GI 815/13, CBOSA. Zob. także wyrok WSA w Gliwicach, sygn. akt IV SAB/GI 20/10, <http://www.trybunal.gov.pl> [data dostępu: 01.10.2018], oraz utrzymujący go w mocy wyrok NSA z dnia 13 stycznia 2011 r., sygn. akt I OSK 1855/10, CBOSA.

⁵⁹ Tak też wyrok NSA z dnia 21 lipca 2015 r., sygn. akt I OSK 1607/14, CBOSA.

wy” (powołana wcześniej sprawa I OSK 1607/14), często brakuje podstaw do sformułowania jednoznacznego zarzutu naruszenia Konstytucji RP⁶⁰.

Trzeci przykład posługuje się również argumentem, iż wnioskowana informacja nie dotyczy sprawy publicznej, ale tym razem konkluzja jest nieco obszerniejsza: żądania dostępu do tzw. dokumentu wewnętrznego nie da się zrealizować, ponieważ ustawa o dostępie do informacji publicznej nie obejmuje go swoim zakresem. Tak bowiem należy rozumieć posługiwanie się pojęciem „dokument wewnętrzny” na poziomie uzasadnień orzeczeń sądowoadministracyjnych. Jest to pojęcie, któremu trudno przydać określenie „koncepcja” bez jednoczesnego popadnięcia w zjawisko neutralizacji aksjologicznej konstytucji⁶¹, a także bez naruszenia zasad jej wykładni. Pod pojęciem dokumentu wewnętrznego należy rozumieć zespół wypowiedzi i argumentów natury prakseologicznej formułowanych w orzecznictwie NSA na tle art. 1 ust. 1 u.d.i.p. Powstawały one w latach 2010–2013 wskutek sukcesywnego uzasadniania odmowy dostępu do informacji publicznej rzekomym nieobjęciem wnioskowanych informacji regulacją ustawową, mimo iż w wielu przypadkach wykładnia językowa prowadziła do zupełnie odmiennej tezy⁶². Wzrost tego rodzaju wypowiedzi nastąpił po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 listopada 2013 r. (sygn. akt P 25/12), który został nieprawidłowo odczytany przez Naczelny Sąd Administracyjny jako trybunalska aprobata dla sądowoadministracyjnych wypowiedzi dotyczących dokumentu wewnętrznego. Na przykład po opublikowaniu wyroku w sprawie P 25/12 Sąd stwierdził, że „w piśmiennictwie i orzecznictwie sądów administracyjnych utrwaliło się pojęcie tzw. «dokumentu wewnętrznego» i przekonanie, że dokument taki nie jest informacją publiczną. Poglądy te **zostały również zaakceptowane** [podkr. M.B.] w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (zob. wyrok TK z 13 listopada 2013 r., P 25/12)”. Jeszcze bardziej kategorycznie wypowiedział się Naczelny Sąd Administracyjny w sprawie dostępu – co szczególnie interesujące dla prowadzonych tu rozważań – do opinii radcy prawnego: „**W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjęto** [podkr. M.B.] bowiem, że dokumenty wewnętrzne podlegają wyłączeniu z szerokiego zakresu przedmiotowego

⁶⁰ W powołanych przykładach otwiera się margines do polemiki – czy skarżący ma kwestionować ustabilizowanie błędnej interpretacji normy, czy też pominięcie ustawodawcze. W takich sytuacjach Trybunał powinien przyjmować domniemanie na korzyść skarżącego, ponieważ elementarny wymóg sprawiedliwości proceduralnej nakłada obowiązek klarownego wyjaśnienia motywów rozstrzygnięcia, zaś niedopełnienie obowiązków przez organy państwa nie powinno pogarszać sytuacji procesowej skarżącego.

⁶¹ W znaczeniu użytym przez Jerzego Zajadłę – zob. J. Zajadło, *Sędziowie i niewolnicy. Szkice z filozofii prawa*, Gdańsk 2017, s. 32.

⁶² M. Bernaczyk, *op. cit.*, s. 201–209.

informacji publicznej⁶³. Błąd Naczelnego Sądu Administracyjnego polega jednak na tym, że wyrok w sprawie P 25/12 pozostaje obojętny dla systemu źródeł prawa⁶⁴, w szczególności nie powinno mu się pod żadnym pozorem przypisywać charakteru orzeczenia stwierdzającego, że art. 1 ust. 1 u.d.i.p. – rozumiany (w praktyce sądownoadministracyjnej) w ten sposób, że informacje o charakterze roboczym (zapiski, notatki), które zostały utrwalone w formie tradycyjnej lub elektronicznej i stanowią pewien proces myślowy, proces rozważań, etap wypracowywania finalnej koncepcji, przyjęcia ostatecznego stanowiska przez pojedynczego pracownika lub zespół⁶⁵, stanowią dokument wewnętrzny niemieszczący się w pojęciu informacji o sprawie – jest zgodny z art. 61 ust. 1 lub 2 Konstytucji RP.

W naukowej analizie trybunalskich rozstrzygnięć wskazywano wariant, w którym „wyrok interpretacyjny dotyczyć będzie braku niezgodności określonego rozumienia badanego przepisu z wzorcem kontroli – z powodu nieadekwatności wzorca konstytucyjnego do przedmiotu kontroli (np. «art. X ustawy, rozumiany jako.../rozumiany w ten sposób, że..., nie jest niezgodny z art. Y Konstytucji»)»⁶⁶. Taki właśnie wyrok zapadł w sprawie P 25/12. Zgodnie z treścią art. 190 ust. 1 Konstytucji RP „orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne”. Doktryna prawa nie ma żadnych wątpliwości, że cecha ostateczności i powszechności obowiązywania odnosi się tylko do sentencji orzeczenia. Aprobując funkcję argumentacyjną i perswazyjną uzasadnień orzeczeń TK, nie mogą racjonalnie twierdzić, że obserwacje Trybunału na temat do-

⁶³ Wyrok NSA z dnia 21 lipca 2015 r., sygn. akt I OSK 1607/14, CBOŚA.

⁶⁴ „Nie powoduje żadnych skutków prawnych, poza brakiem możliwości ponownego zakwestionowania zgodności tego samego przepisu z tym samym wzorcem (również i w tym przypadku aktualna jest reguła *ne bis in idem*). Zaskarżony przepis pozostaje objęty domniemaniem konstytucyjności” – M. Wiącek, *Pytanie prawne sądu do Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2011, s. 364. Przywołując poglądy dotyczące braków skutków tego rodzaju orzeczeń, czynię to z intencją podkreślenia braku jakiegokolwiek skutku prawnego, ponieważ w literaturze przedmiotu toczy się złożone spory o to, czy skutki eliminujące lub afirmatywne mogą wynikać z sentencji wyroku TK, czy też stanowią „deklaratywne ustalenie stosunku przepisów prawnych znajdujących się w aktach prawnych o różnej randze”. Zob. K. Królikowska, *Skutki pro futuro prejudycjalnego wyroku TK („Derogacja trybunalska”) na przykładzie spraw cywilnych* [w:] *Skutki wyroków Trybunału Konstytucyjnego w sferze stosowania prawa*, pod red. M. Bernatta, J. Królikowskiego, M. Ziółkowskiego, *Studia i Materiały Trybunału Konstytucyjnego*, t. 48, Warszawa 2013, s. 60.

⁶⁵ Tak bowiem opisuje się zawartość dokumentów wewnętrznych w praktyce, co tłumaczy pewną łatwość rozciągania tego sformułowania na efekty pracy radcy prawnego pracującego w administracji publicznej. Wszak jest on wówczas włączany w ocenę prawną różnego rodzaju procesów decyzyjnych i ich skutków.

⁶⁶ Ob. W. Białogłowski, *Wznowienie postępowania w następstwie wydania przez TK wyroku interpretacyjnego* [w:] *Skutki wyroków...*, s. 195.

kumentu wewnętrznego powołane w uzasadnieniu sprawy P 25/12 stanowią *ratio decidendi* lub uzupełniają treść sentencji (obojętnej dla systemu prawnego). Krótka wypowiedź na temat dokumentu wewnętrznego nie wyjaśnia sentencji wyroku, nie pomaga w zrozumieniu łańcucha logicznego, natomiast stanowi supozycję co do możliwej podstawy rozstrzygnięcia indywidualnego (krytycznie przyjętej w zdaniach odrębnych do tego wyroku). W okolicznościach sprawy nie istniał związek merytoryczny pomiędzy postanowionym pytaniem prawnym a trybunalskim wywoodem dotyczącym dokumentu wewnętrznego⁶⁷.

A jednak wpływ wyroku w sprawie P 25/12 na działalność szeroko pojętej administracji publicznej stał się faktem, który można streścić następująco: adresaci wniosku wykazują aktywność w sprawie złożonego wniosku, nie negują istnienia wnioskowanych informacji, ich utrwalenia na nośniku, związków przyczynowo-skutkowych pomiędzy istnieniem wnioskowanej informacji a wykonywaniem zadania publicznego. Zamiast tego – w ślad za orzecznictwem sądowno-administracyjnym – twierdzą, że wnioskowane informacje stanowią dokument wewnętrzny, a więc informację nie dotyczącą sprawy publicznej. Są to stanowiska trudne do pogodzenia z brzmieniem art. 61 ust. 2 *ab initio* Konstytucji RP, który stwierdza dobitnie: „Prawo do uzyskiwania informacji obejmuje dostęp do dokumentów”. Nazwanie dokumentu „wewnętrznym” nie zmienia jednak faktu, że nie istnieje podstawa prawna do ograniczenia dostępu do informacji uzasadniona interesem wskazanym w art. 61 ust. 3 Konstytucji RP.

W efekcie powoływanie się na „wewnętrzny” charakter dokumentu (opinii radcy prawnego) jest korzystne dla podmiotu zobowiązanego i samego radcy prawnego⁶⁸, ale w sensie czysto prawnym jest niczym innym, aniżeli twierdzeniem o nieobowiązaniu normy. **To zaś nakazuje zapytać nie tyle, dlaczego ustawa nie reguluje tego zagadnienia, lecz – czy powinna je regulować?** Brzmienie art. 61 ust. 2 Konstytucji RP nie pozostawia złudzeń, że odpowiedź na tak postawione pytanie jest twierdząca. Ustawa zwykła powinna regulować także dostęp do dokumentów o działalności podmiotów władzy publicznej, więc wyłączenie dostępności, najlepiej o charakterze względnym, miarkowanym wedle zasady proporcjonalności, powinno przebiegać na podstawie ustawy. Dostęp do wiedzy radcy prawnego lub dokumentu przezeń wytworzonego jest wysoce utrudniony, ale dopuszczalny na przykład na gruncie art. 180 § 2 i art. 226

⁶⁷ Obszernie na ten temat ze wskazaniem poglądów doktryny konstytucyjnej zob. M. Bernaczyk, *op. cit.*, s. 156–158.

⁶⁸ Ten zostaje zwolniony z ustawowego obowiązku zajęcia stanowiska na okoliczność zakresu wyłączenia dostępu do informacji. Stanowisko to podlega obowiązkowemu włączeniu do decyzji administracyjnej o odmowie dostępu do informacji publicznej na mocy art. 16 ust. 2 pkt 2 u.d.i.p.

k.p.k. Ten przepis jest mechanizmem rozstrzygania kolizji zasad o charakterze konstytucyjnym (przyjmuję, bez rozwijania tezy w tym miejscu, że ustawowy zwrot „dobro wymiaru sprawiedliwości” jest manifestacją co najmniej kilku zasad ukierunkowanych na ochronę życia ludzkiego, bezpieczeństwa, porządku publicznego, któremu przeciwstawia się sferę autonomii informacyjnej jednostki; analogiczną funkcję pełni nakazy informacyjno-rejestrowe nałożone na radców prawnych ustawą z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu⁶⁹, rozstrzygając kolizję pomiędzy dobrami chronionymi obowiązkiem zachowania tajemnicy a ochroną bezpieczeństwa państwa i obywateli na korzyść tej ostatniej).

Rodzi się zatem zasadne pytanie, dlaczego aktualnie nie istnieje jakkolwiek mechanizm wyważania kolizji pomiędzy prawem dostępu do informacji (publicznej) utrwalonej w szeroko pojętym dokumencie a różnorodnie uzasadnioną ochroną informacji sporządzonych lub wytworzonych przez radcę prawnego powołanego do świadczenia pomocy prawnej podmiotom władzy publicznej? Efektem pomocy prawnej może być wytworzenie informacji sensytywnej (np. zalecenia, rekomendacje zaniechania działania albo podjęcia czynności faktycznych lub prawnych), zaś odmowa dostępu do „wszystkiego, o czym [radca prawny – *przyyp. M.B.*] dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej” w rozumieniu art. 3 ust. 3 u.r.p. będzie działaniem niewystarczającym. Co więcej, ujawnienie efektów pomocy prawnej świadczonej przez radcę prawnego w zakresie nieobjętym art. 3 ust. 3 u.r.p. może zniweczyć sens działalności, do której radca został powołany. Z kolei powoływanie się na art. 1 ust. 1 u.d.i.p. *a contrario* i twierdzenie, iż nieprzewidziany przez ustawodawcę dokument wewnętrzny niebędący sprawą publiczną jest ustawową przesłanką chroniącą działalność radców prawnych w rozumieniu art. 61 ust. 3 Konstytucji RP wymagałoby hipokryzji lub cynizmu.

Należy zatem postulować, aby polski reżim dostępu do informacji publicznej odszedł od niestabilnego orzecznictwa sądowoadministracyjnego i uzyskał precyzyjne reguły rozstrzygania kolizji pomiędzy zasadą dostępności dokumentów (informacji) a ochroną szeroko pojętych procesów decyzyjnych, z uwzględnieniem następujących postulatów:

- 1) proces decyzyjny organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne nie poddaje się precyzyjnemu definiowaniu⁷⁰; może być złożoną mozaiką różnorodnych zdarzeń oraz zachowań ludzkich, więc rozwiązywanie ewentualnych kolizji nie powinno polegać na generalizowaniu, tzn. uznawaniu tajemności za koniecz-

⁶⁹ Dz. U. z 2018 r. poz. 723 ze zm.

⁷⁰ Szerzej zob. M. Bernaczyk, *op. cit.*, s. 133 z powołaniem na siatkę pojęciową Ernesta Knosali – E. Knosala, *Zarys teorii decyzji w administracji*, Warszawa 2011, s. 27 i 43.

ną cechę procesu decyzyjnego bez pogłębionej analizy faktycznych i prawnych skutków jego poszczególnych stadiów (zob. kolejny punkt);

- 2) każde z wyodrębnionych stadiów procesu decyzyjnego powinno być oceniane pod kątem korelacji między dostępnością zgromadzonych lub wytworzonych informacji a wystąpieniem określonych enumeratywnie konstytucyjnych stanów zagrożenia (art. 61 ust. 3 Konstytucji RP);
- 3) ustanowienie i zastosowanie adekwatnej przesłanki ograniczającej wymaga odpowiedzi na pytanie, kogo lub co chcemy chronić w procesie decyzyjnym. Może bowiem chodzić o:
 - a) aspekt podmiotowy, człowieka-decydenta; w tym aspekcie możemy poruszać się od prywatności osoby pełniącej funkcję publiczną (do których radca prawny świadczący pomoc prawną na rzecz podmiotu władzy publicznej z zasady się zalicza), aż po ustawowe warianty ochrony porządku publicznego związane z ochroną jakości dostarczanych informacji; możemy więc chronić szczerłość i otwartość radcy prawnego przed napięciem psychicznym, jakie może wynikać na przykład z nacisków medialnych, pozamerytorycznych ataków, w tym aktów agresji; możemy również chronić efektywność, wydajność pracy osoby zaangażowanej w proces decyzyjny przed obowiązkiem na przykład drobiazgowego i czasochłonnego wyjaśniania opinii publicznej szczegółowych danych wyrwanych z kontekstu⁷¹; nie można również pomijać nacisku samego przełożonego i konieczności budowy prawidłowych relacji pomiędzy nim a radcą prawnym (zob. dalsze uwagi)

lub

- b) aspekt przedmiotowy, a więc informacje, które abstrahują od stanu psychicznego decydenta, wytwórcy informacji i swobodnej artykulacji ich propozycji, lecz podane do publicznej wiadomości przed wykonaniem procedowanego rozstrzygnięcia niweczą je lub co najmniej utrudniają jego wykonanie lub umożliwiają obejście prawa (np. zatarcie śladów przestępstwa

⁷¹ Żądanie poufności materiałów dokumentujących przebieg dyskusji opiera się na prawdopodobieństwie następującego związku przyczynowo-skutkowego: gdyby w okolicznościach konkretnej sprawy uczestnik procesu decyzyjnego miał świadomość ujawnienia swych ocen, stanowisk, propozycji poza grono dyskutantów, to zaprezentowane przez niego informacje przybrałyby odmienną treść, nie powstałyby lub pominęłyby inne kontrowersyjne warianty. Najkrócej rzecz biorąc: zachodzi ryzyko autocenzury. Osoba dostarczająca wiedzy, informacji decydentowi dostosowuje treść do oczekiwań opinii publicznej, w mniejszym zaś stopniu koncentruje się na potrzebach decydenta i istocie rozstrzyganego problemu.

lub wykroczenia, ukrycie mienia podlegającego zajęciu, uniknięcie kontroli nieplanowej przez osoby naruszające prawo).

Odnosząc się do relacji pomiędzy radcą prawną zatrudnionym w podmiotach władzy publicznej a ich szeroko pojętymi przełożonymi-decydentami, należy poruszyć dwie kwestie.

Po pierwsze, w polskim prawie dotyczącym dostępu do informacji publicznej nie ujawniły się dylematy związane z „zewnątrzną” lub „wewnętrzna” pozycją zawodowego prawnika, pomimo że stany faktyczne spornych spraw obejmowały zarówno dostęp do dokumentów wytwarzanych przez radców prawnych zatrudnionych w ramach stosunku pracy w podmiotach władzy publicznej, jak i przez radców prawnych opisywanych przez samych zobowiązanych jako „zewnątrzne kancelarie prawne”. Spotykano natomiast, raczej nieudolne próby argumentacji, że wnioskowane informacje publiczne nie podlegają udostępnieniu, gdyż podmiot zobowiązany ich nie posiada (art. 4 ust. 3 u.d.i.p. *a contrario*). Tłumaczono przy tym, że dokumenty przechowywane są w kancelarii adwokata lub radcy prawnego świadczącego obsługę zewnętrzną na rzecz podmiotu władzy publicznej. Nie jest to jednak problem związany z obowiązkiem zachowania tajemnicy, chociaż zobowiązani usiłowali osiągnąć w ten sposób analogiczny efekt (nieudostępnienie informacji publicznej; por. art. 23 u.d.i.p.). Jednak w takich sytuacjach sądy administracyjne słusznie odchodziły od czysto faktycznego ujęcia posiadania, traktując je szerzej niż ma to miejsce na przykład w prawie cywilnym. Przyjmowano, że „posiadanie” dokumentu oznacza możliwość jego kontroli nie tylko w aspekcie faktycznym, ale i prawnym (tzn. poprzez żądanie wydania dokumentu na podstawie umowy łączącej prawnika i publicznoprawnego klienta). Jak słusznie wskazuje Rafał Stankiewicz, wątek ten jest bardzo istotny w sektorowych regulacjach Unii Europejskiej, gdzie doszło do zróżnicowania stopnia ochrony poufności prawników wedle raczej niespornego kryterium utrwalenia informacji na piśmie (w dokumencie) oraz – co już bardziej kontrowersyjne – wymiany korespondencji z „zewnątrznym prawnikiem”⁷². W prawie UE kwestionuje się przymiot niezależności prawnika

⁷² Szerzej na ten temat zob. R. Stankiewicz, *op. cit.*, s. 314 i n., gdzie przeprowadzono ocenę potencjalnego wpływu wyroków TS (z dnia 18 maja 1982 r. w sprawie 155/79 *Australian Mining & Smelting Europe Limited (AM&S) przeciwko Komisji*, z dnia 14 września 2010 r. w sprawie *Akzo Nobel Chemicals Ltd i Akcros Chemicals Ltd przeciwko Komisji*) na zakres ochrony tajemnicy radcy prawnego zajmującego pozycję tzw. *in house lawyer* (prawnika wewnętrznego). Autor ma rację, wskazując (s. 322–323), że zmniejszenie lub zwiększenie zakresu tajemnicy radcy prawnego na poziomie prawa Unii Europejskiej w sposób kolidujący z zakresem wynikającym z ustawy o radcach prawnych lub odrębnej ustawy będzie miało zasadnicze znaczenie dla krajowej praktyki. Wynika to wprost z reguły pierwszeństwa prawa stanowionego przez organy unijne w stosunku do regulacji parlamentu krajowego (zob. art. 91 ust. 3 Konstytucji RP).

wewnętrznego poprzez sam fakt pozostawania w stosunku pracy, chociaż na gruncie ustawy o radcach prawnych istnieją silne argumenty za odmienną oceną⁷³.

Po drugie, ewentualna konstrukcja przesłanek odmownych dotyczących radców prawnych zatrudnionych w administracji samorządowej, rządowej lub należących do korpusu służby cywilnej wymaga nieco szerszego spojrzenia na ochronę utrwalonych informacji o przebiegu narad, dyskusji itd., ponieważ w istocie uzasadnia się je interesem szeroko pojętych doradców, ekspertów, konsultantów, a nie decydenta (organu władzy publicznej *in genere*). Posługiwanie się sformułowaniami: „sprawa”, „narada”, „dyskusja” lub tajemniczymi metaforami „sfery wewnętrznej” zaciemnia założenie, że to między innymi swoboda osoby fizycznej (urzędnika, doradcy, konsultanta) jest czynnikiem wpływającym na jakość dyskusji⁷⁴. Ewentualne konstruowanie przesłanki maksymalizującej kreatywność i otwartość merytoryczną obsługi prawnej w administracji publicznej powinna doprowadzić do takich rozwiązań, w których decydent (posiadacz informacji) może podjąć decyzję o odmowie udostępnienia informacji dotyczących procesu decyzyjnego, lecz zostaje obciążony ciężarem udowodnienia, że działa w interesie osób dostarczających mu wiedzy. Pozwala to zminimalizować ryzyko, że decydent (podlegający odpowiedzialności politycznej i prawnej) będzie wykorzystywał przesłankę w celu uniknięcia własnej odpowiedzialności przed elektoratem lub opinią publiczną. Dotykamy tym samym kolejnego wątku, zupełnie niedostrzeżanego w rodzimym dyskursie, tj. ochrony prawidłowych relacji pomiędzy przełożonym a podwładnymi. Dotyczy to w szczególności krajów, które tworzą apolityczną, bezstronną służbę cywilną opartą na merytorycznych kryteriach naboru i awansu. W praktyce wdrażania art. 35(1)(a) brytyjskiego Freedom of Information Act 2000⁷⁵ dostrzeżono, że kolejni polityczni

⁷³ *Ibidem*, s. 322.

⁷⁴ Sąd Pierwszej Instancji w uzasadnieniu wyroku z dnia 9 września 2008 r. w sprawie T-403/05, *MyTravel Group plc przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* trafnie wskazał, że przedmiotem ochrony nie jest sama deliberacja, ale korzyść, jaką odnosi organ lub przełożony z nieskrępowanej artykulacji poglądów przez urzędników lub przedstawicieli uczestniczących instytucji. „Ujawnienie tego sprawozdania wiązałoby się z tym, że autorzy takiego rodzaju sprawozdań liczyliby się w przyszłości z możliwością takiego ujawnienia, do tego stopnia, że doprowadziłoby to ich do stosowania autocenzury i do zaprzestania przedstawiania opinii, które mogłyby stanowić zagrożenie dla adresata takiego sprawozdania. W rezultacie Komisja nie mogłaby dłużej korzystać z wymaganej pełnej swobody wypowiedzi ze strony członków personelu i urzędników i zostałaby pozbawiona konstruktywnej krytyki wewnętrznej, wolnej od wszelkich zewnętrznych ograniczeń i nacisków [...]” – punkt 52 uzasadnienia w sprawie T-403/05 *MyTravel Group plc przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*.

⁷⁵ Przepis ten pozwala na odmowę udostępnienia „informacji odnoszących się do tworzenia i rozwoju polityki rządu”.

przełożeni zyskują możliwość udostępniania udokumentowanych opinii, porad, ekspertyz, poglądów profesjonalnego korpusu urzędniczego. Niekoniecznie chodzi o ryzyko dezawuowania odmiennych poglądów swych politycznych poprzedników, lecz przede wszystkim o wywarcie presji na podległy personel urzędniczy⁷⁶. Przekładając to na grunt polski, można sobie wyobrazić narażanie radców prawnych wchodzących w skład służby cywilnej na takie ryzyko, ponieważ swoboda wynikająca na przykład z art. 13 ust. 1 u.r.p. lub przeciwdziałanie pozamerytorycznej ocenie pracy radcy prawnego (art. 16 ust. 1 u.r.p.) nie chroni go przed upublicznianiem efektów tej pracy przez przełożonego. Oczywiście jest też druga strona tego medalu: jeżeli w państwie doszło do dekompozycji służby cywilnej wskutek upolitycznienia, redukcji kryteriów merytorycznych, to doradcy, eksperci, urzędnicy świadczący pomoc prawną (niekoniecznie legitymując się przy tym tytułem zawodowym radcy prawnego) mogą pełnić rolę podmiotów legitymizujących proces decyzyjny i z góry rozstrzygnięte „problemy” decyzyjne. Powierzona działalność doradcza może przybierać postać ukrytego wynagradzania ze środków publicznych⁷⁷, zaś jej przejawy (przy założeniu, że zostały w jakikolwiek sposób udokumentowane) mogą być ukrywane przed opinią publiczną. Jest to o tyle poważne ryzyko, że argument „przestrzeni do namysłu, swobodnej, szczerzej dyskusji” niekoniecznie wygasa po zakończeniu procesu decyzyjnego. W niektórych ustawodawstwach przyjęto skądinąd racjonalne założenie, że dokument kończący proces decyzyjny w zakresie, w jakim inkorporuje, wykorzystuje informacje dostarczone przez urzędników, doradców, konsultantów itd., wygasa sens ochrony tylko informacji inkorporowanych.

Opisane okoliczności wskazują, że obowiązek dochowania tajemnicy zawodowej radcy prawnego wymaga znacznie głębszej analizy, z uwzględnieniem specyfiki i celu świadczenia pomocy prawnej w sektorze zarówno prywatnym, jak i publicznym. A wszystko to przy założeniu, że zasygnalizowane tutaj problemy nie staną się dla władzy ustawodawczej pretekstem do petryfikacji kultury tajności lub niekoniecznie konstruktywnego do-

⁷⁶ Obszernie na ten temat wypowiedział się Trybunał ds. Informacji w uzasadnieniu decyzji z dnia 19 lutego 2007 r. w sprawie *Department for Education and Skills (DES) przeciwko Information Commissioner and Evening Standard (EA/2006/0006)*, <http://www.informationtribunal.gov.uk/Public/search.aspx> [data dostępu: 11.08.2016].

⁷⁷ Por. następującą wypowiedź: „Zjawisko korupcji wiąże się często także ze sferą usług o charakterze niematerialnym – intelektualnym, np. finansowanie badań naukowych. W wielu przypadkach honoraria, sięgające kilkudziesięciu tysięcy złotych, wypłacane są na przykład za jednostronicową opinię prawną bądź ekspertyzę. Zapłata za taką – często fikcyjną, o niskiej wartości merytorycznej – ekspertyzę jest ukrytą formą łapówki” – *Mapa Korupcji w Polsce. Stan korupcji w Polsce na podstawie danych statystycznych przekazanych przez służby i organy państwowe za lata 2004–2009*, Centralne Biuro Antykorupcyjne, Warszawa 2010, s. 14.

robku judykatywy. Konstrukcje klauzul ograniczających zawarte w art. 5 ust. 1–2a u.d.i.p. opierają się na przeszacowanym założeniu z 2001 r., że „tajemnice ustawowo chronione” uregulowane w różnych ustawach, w różnych okresach (niekiedy przed wejściem w życie Konstytucji RP), z powodzeniem zapewnią nie tylko ochronę przed stanem zagrożenia dla dóbr konstytucyjnie chronionych, ale i prawidłowe wyważenie kolizji, ilekroć obywatele, środki masowego przekazu i inne *public watchdogs* wskażą racjonalne powody przemawiające za ujawnieniem informacji. Czas pokaże, czy uwarunkowania polityczne pozwolą na przejście do stanu, w którym art. 54 i 61 Konstytucji RP zyskają realną atencję władzy ustawodawczej, zamiast trwania w dysfunkcyjnym i nieprzewidywalnym ustawodawstwie, w którym Konstytucja RP pozostaje atrakcyjnym, ale wciąż jednak ornamentacyjnym akcentem.

Monika Całkiewicz

Materialne i formalne podstawy prawne przeszukania w kancelarii radcy prawnego

Problem przeszukań prowadzonych przez organy ścigania w kancelariach radcowskich nie jest bynajmniej zagadnieniem teoretycznym. Z informacji dostępnych zarówno w mediach, jak i uzyskanych drogą oficjalną przez organy samorządu radcowskiego (zwłaszcza w trybie art. 18 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego¹ – stanowiącego, że każdy radca prawny obowiązany jest żądać udziału przedstawiciela samorządu radców prawnych w przeszukaniu, w wyniku którego mogłoby dojść do ujawnienia tajemnicy zawodowej), wynika, że od pewnego czasu dochodzi do tego nieincydentalnie. W niektórych okręgowych izbach radców prawnych – między innymi w Warszawie – wyznaczone zostały nawet osoby, powierzając im zadanie dbałości o kontakt z radcami prawnymi, których dotknęła tego rodzaju sytuacja, a także o zapewnienie im asysty (o czym mówi art. 18 KERP). W Ośrodku Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Izby Radców Prawnych opracowano syntetyczną, praktyczną instrukcję dla radców prawnych, jak należy zachować się w sytuacji, gdy dojdzie do przeszukania, w związku z którym może dojść do naruszenia tajemnicy zawodowej². Celem niniejszego opracowania jest nieco bardziej pogłębiona od strony normatywnej analiza problemu podstaw przeszukania kancelarii, przy czym od razu należy zastrzec, że pojęcie „kancelaria radcy prawnego” będzie tu rozumiane w sposób dość umowny. Poniższe rozważania będą bowiem w pełni adekwatne do przeszukania każdego pomieszczenia, w którym radca prawny faktycznie prowadzi swoją profesjonalną działalność albo przechowuje

¹ Załącznik do uchwały Nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z dnia 22 listopada 2014 r. w sprawie Kodeksu Etyki Radcy Prawnego, dalej jako: KERP.

² K. Stoga, *Zasady postępowania w przypadku przeszukania kancelarii, mieszkania lub innych pomieszczeń radcy prawnego i związanego z tym niebezpieczeństwa naruszenia tajemnicy zawodowej*, <https://oirp.krakow.pl/pdf/krystyna-stoga-zasady-postepowania-w-przypadku-przeszukania-kancelarii-mieszkania-lub-innych-pomieszczen-radcyprawnego-i-zwiazanego-z-tym-niebezpieczenstwa-naruszenia-tajemnicy-zawodowej> [data dostępu: 25.11.2018].

materiały z nią związane, a więc nie tylko kancelarii w tradycyjnym rozumieniu tego słowa, ale też na przykład prywatnego mieszkania wykorzystywanego w tym celu bądź siedziby spółki, o której mowa w art. 8 ust. 1 pkt 1)–3) ustawy o radcach prawnych³.

Zastrzeżenie to wynika wyłącznie z przyjętego tematu opracowania. Z punktu widzenia obowiązujących w Polsce przepisów karnoprocesowych tak czy inaczej definiowane pojęcie kancelarii radcy prawnego nie ma bowiem bezpośredniego znaczenia, jeśli chodzi o podstawy przeprowadzania przeszukania. Znaczenie ma jedynie to, co w tej kancelarii faktycznie się znajduje, bowiem tylko od tego zależy, czy znajdą zastosowanie przepisy różniące przeszukanie dokonywane w takiej kancelarii od tzw. zwyczajnego przeszukania. Przepisy Kodeksu postępowania karnego⁴ w ogóle nie posługują się pojęciem kancelarii radcy prawnego bądź jakimkolwiek pojęciem synonimicznym, które oznacza miejsce prowadzenia profesjonalnej działalności przez radcę prawnego – w związku z czym nie uzależniają trybu, sposobu przeprowadzenia czy samej dopuszczalności jakiegokolwiek czynności procesowej od tego, czy jest ona przeprowadzana na terenie takiej kancelarii. Kancelaria radcy prawnego nie jest też na podstawie jakichkolwiek innych przepisów objęta żadnym immunitetem o charakterze terytorialnym, wyłączającym jej obszar spod możliwości zastosowania którejkolwiek z norm karnoprocesowych, w tym także warunkujących czy regulujących czynność przeszukania. Dla jasności można dodać, że teren kancelarii nie jest też funkcjonalnie powiązany z żadnym immunitetem o charakterze personalnym, w szczególności dotyczącym osoby radcy prawnego, bo również sam radca prawny nie jest objęty żadnym immunitetem uwalniającym go od obowiązku poddania się jakiegokolwiek czynności procesowej tylko z racji tego, że wykonuje ten zawód.

W związku z tym dalszy wywód należy rozpocząć od analizy ogólnych unormowań dotyczących przeszukania, albowiem one regulują również – w zasadniczym zrębie – podstawy materialne i formalne legalnego przeprowadzenia tej czynności także na terenie kancelarii radcy prawnego. Zgodnie z art. 50 zd. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁵ przeszukiwanie mieszkania, pomieszczenia lub pojazdu może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony. Poświęcenie przeszukaniu odrębnego przepisu w akcie najwyższego rzędu wynika oczywiście z faktu, że jest ono czynnością dotkliwie ingerującą w prawa i wolności

³ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2115 ze zm.), dalej jako: u.r.p.

⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1987 ze zm.), dalej jako: k.p.k.

⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.), dalej jako: Konstytucja RP.

człowieka chronione tą samą ustawą zasadniczą, w tym zwłaszcza w netykalność osobistą (art. 41 ust. 1), prawo do ochrony życia osobistego i rodzinnego (art. 47) i nienaruszalność mieszkania (art. 50 zd. 1). Artykuł 50 zd. 2 Konstytucji RP statuuje więc wymóg uregulowania czynności przeszukania w akcie mającym rangę ustawową, a z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wynika zarazem, że regulacje te muszą odpowiadać wyliczonym wzorcom (z których w tym aspekcie zasadnicze znaczenie ma ich konieczność w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego), bowiem przeszukanie jest z założenia ograniczeniem w zakresie korzystania z niektórych konstytucyjnych praw.

Ustawą, w której uregulowane zostały zasadnicze kwestie związane z tak rozumianym przeszukaniem (legalnym, przeprowadzonym przez organy państwowe), jest oczywiście wspomniany już Kodeks postępowania karnego, a zwłaszcza specjalnie poświęcony tej czynności rozdział 25, normujący też instytucję zatrzymania rzeczy, co jest oczywiście uzasadnione ścisłym funkcjonalnym powiązaniem obu czynności. Przeszukania bowiem z założenia nie przeprowadza się dla samego przeszukania, ale zawsze w zamiarze ujawnienia rzeczy, które podlegać mogą zatrzymaniu. Oczywiście nie oznacza to, że każde przeszukanie zawsze musi prowadzić do zatrzymania jakichś rzeczy (jeśli nie ujawniono żadnej rzeczy istotnej dla sprawy, to oczywiście niczego się nie zatrzyma) albo że przeszukanie niezakończone zatrzymaniem rzeczy jest czynnością „nieudaną”, to jest pozbawioną znaczenia procesowego (z nieodnalezienia rzeczy, o posiadanie której podejrzewano dysponenta przeszukiwanym lokalem, jak najbardziej można wywodzić skutki prawne w prowadzonym procesie). Inaczej jednak niż w poprzednim Kodeksie postępowania karnego⁶ obecnie przeszukanie traktowane jest jako samodzielna – odrębna od zatrzymania rzeczy – czynność dowodowa, niezależna od czynności zatrzymania rzeczy, uregulowanej w art. 217 k.p.k. Przeszukanie jest czynnością, która jako czynność prowadząca do uzyskania dowodu może być legalnie przeprowadzona wyłącznie dla potrzeb procesu karnego oraz wykroczeniowego, przy czym w tym drugim przypadku przepisy wspomnianego tu rozdziału 25 Kodeksu postępowania karnego znajdują w dużej mierze również posiłkowe zastosowanie, gdyż Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia⁷ poświęca tej czynności tylko jeden przepis (art. 44), w dużym stopniu zresztą sformułowany w sposób niemal zbieżny z art. 219 k.p.k., w pozostałym zakresie odsyłając do odpowiedniego stosowania wyliczonych przepisów Kodeksu postępowania karnego. Przeszukanie w ramach

⁶ Art. 189 i n. ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 1969 r. Nr 13, poz. 96 ze zm.).

⁷ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 475 ze zm.).

postępowania cywilnego oraz administracyjnego nie jest w ogóle możliwe jako czynność nakierowana na odebranie rzeczy mogącej stanowić dowód w sprawie – dopuszczalne jest wyłącznie dla potrzeb skutecznej egzekucji (art. 814 Kodeksu postępowania cywilnego⁸, art. 47 i n. ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji⁹) – co nie jest przedmiotem niniejszego opracowania.

Jeśli chodzi o postępowanie karne, to przeszukanie może być przeprowadzone na każdym jego etapie, poczynając od wszczęcia aż do prawomocnego zakończenia. Co więcej, zgodnie z art. 308 § 1 k.p.k. dopuszczalne jest nawet przed formalnym wszczęciem postępowania, jeśli zachodzi wypadek niecierpiący zwłoki, a jest to konieczne dla zabezpieczenia śladów i dowodów przestępstwa przed ich utratą, zniekształceniem lub zniszczeniem, przy czym – zgodnie z art. 308 § 5 k.p.k. – takie czynności mogą być podejmowane nawet przez okres 5 dni (licząc od pierwszej z nich). Przyjmuje się, że podjęcie czynności w trybie art. 308 § 1 lub § 2 k.p.k. tożsame jest z faktycznym wszczęciem postępowania przygotowawczego, w związku z czym nie jest możliwe po ich dokonaniu wydanie postanowienia o odmowie wszczęcia dochodzenia bądź śledztwa, a jedynie jego formalne wszczęcie bądź umorzenie¹⁰. Rozwiązanie przewidziane w art. 308 k.p.k. jest co do zasady uzasadnione potrzebami skutecznego ścigania w sytuacjach nagłych, gdy wykluczone jest sformalizowanie postępowania, a jednak określone czynności procesowe muszą być przeprowadzone, jeśli mają być skuteczne. Wiąże się z tym zawsze pewne ryzyko nadużycia uprawnień – w przypadku przeszukania związane na przykład z brakiem formalnego doprecyzowania lub w ogóle określenia przedmiotu postępowania, co grozi prowadzeniem czynności dalece ingerującej w prawa jednostki o niedoprecyzowanym kierunku i zakresie. Kwestia niebezpieczeństw związanych z realizowaniem uprawnień wynikających z art. 308 k.p.k. wykracza jednak poza przedmiot tego opracowania. Dla porządku dodać tylko można, że przeszukanie nie jest natomiast dopuszczalne w ramach tzw. czynności sprawdzających (art. 307 § 2 k.p.k.), nakierowanych na uzupełnienie danych zawartych w zawiadomieniu

⁸ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1360 ze zm.).

⁹ Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1314 ze zm.).

¹⁰ P. Niedzielak, K. Petryna [w:] A. Kryże [et al.], *Kodeks postępowania karnego. Praktyczny komentarz z orzecnictwem*, Warszawa 2001, s. 529. W praktyce prokuratorskiej w przypadku stwierdzenia, że po przeprowadzeniu czynności w trybie art. 308 k.p.k. nie stwierdzono podstaw do prowadzenia postępowania, funkcjonuje dość dziwaczna formuła rozstrzygnięcia o „umorzeniu dochodzenia/śledztwa przed jego wszczęciem”. Niezależnie od wątpliwości lingwistycznych jest to z pewnością postanowienie umarzające w znaczeniu kodeksowym, ze wszelkimi jego skutkami prawnymi.

o przestępstwie. W toku tych czynności nie można bowiem (z nielicznymi wyjątkami) przeprowadzać tych, które wymagają spisania protokołu, a do nich zalicza się w każdym przypadku przeszukanie. Żadne przeszukanie – także kancelarii radcy prawnego – nie będzie możliwe w przypadku dokonywania przez organy ścigania czynności na podstawie art. 307 § 2 k.p.k., natomiast nie będzie formalnych przeszkód w przeprowadzeniu takiego przeszukania w trybie art. 308 k.p.k.

Zasadniczą materialną przesłanką każdego legalnego przeszukania prowadzonego na podstawie przepisów Kodeksu postępowania karnego jest racjonalne założenie, że w przeszukiwanym miejscu znajduje się rzecz bądź osoba istotna z punktu widzenia prowadzonego procesu karnego. Wynika to jasno z art. 219 § 1 k.p.k., który stanowi, że przeszukanie „pomieszczeń i innych miejsc” może być dokonane „w celu wykrycia lub zatrzymania albo przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej, a także w celu znalezienia rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie lub podlegających zajęciu w postępowaniu karnym”, przy czym warunkiem dopuszczalności przeszukania jest istnienie „uzasadnionych podstaw do przyjęcia”, że taka osoba bądź rzeczy w danym miejscu się znajdują. Nie można więc przeprowadzać przeszukania w celu wykrycia jakichkolwiek innych osób niż „osoba podejrzana”. Przypomnieć należy, że jest to pojęcie szersze od pojęcia „podejrzany” w rozumieniu art. 71 § 1 k.p.k., obejmujące nie tylko osoby, wobec których wydano pisemne postanowienie o przedstawieniu zarzutów albo którym przedstawiono zarzut ustnie w związku z przystąpieniem do przesłuchania w charakterze podejrzanego (co dopuszcza art. 308 § 2 k.p.k.). Kodeks postępowania karnego posługuje się także w innych miejscach pojęciem „osoba podejrzana”, ale nie zawiera jego legalnej definicji. Przyjmuje się, że chodzi tu o osobę, co do której – jak w przypadku podejrzanego – istnieje uzasadnione przypuszczenie, że dokonała ona czynu zabronionego, jednak wobec której z jakichś usprawiedliwionych realiami względów nie dokonano jeszcze powyższych czynności, przydających jej formalny status podejrzanego. Zazwyczaj okolicznością tą będzie brak czasu bądź fizycznych możliwości przeprowadzenia czynności związanych z postawieniem zarzutów, np. w sytuacji niemożności zatrzymania nieznanego jeszcze co do personaliów sprawcy albo zatrzymania go na gorącym uczynku przestępstwa i konieczności niezwłocznego zabezpieczenia jakichś dowodów z jego udziałem przed przewiezieniem do siedziby organów ścigania. Kodeks postępowania karnego wprost dopuszcza poddanie osoby podejrzanej konkretnie wyliczonym czynnościom (oprócz wspomnianego już przeszukania w celu wykrycia tej osoby, możliwe jest na przykład: przeprowadzenie oględzin zewnętrznych ciała, badań niepołączonych z naruszeniem integralności cielesnej, daktyloskopowania, fotografowania, okazania, pobrania krwi, włosów, wymazu i wydzielin ciała –

art. 74 § 3, przymusowe doprowadzenie – art. 74 § 3a i art. 247 § 1, pobranie prób pisma, utrwalenie głosu – art. 192a § 1, kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych – art. 237 § 4, zatrzymanie – art. 244 § 1, 1a i 1b, poszukiwanie – art. 278, tymczasowe zajęcie mienia ruchomego – art. 295 § 1). Ten niepotwierdzony żadną formalną decyzją procesową status osoby podejrzanej, w celu wykrycia której może być zarządzone przeszukanie, czyni oczywiście trudniejszą ocenę istnienia dostatecznych podstaw do zarządzenia przeszukania. Z pewnością jednak niedopuszczalne będzie przeszukanie, nakierowane na wykrycie osób bezspornie niebędących osobami podejrzany, a więc np.: świadków, biegłych, innych niż podejrzany bądź oskarżony stron procesu, pełnomocników i obrońców – nawet jeśli organ procesowy z jakichkolwiek względów będzie miał problemy z ustaleniem ich miejsca pobytu, doręczeniem wezwania bądź innego pisma procesowego, spowodowaniem stawiennictwa albo z jakichkolwiek innych powodów zasadnie będzie dążył do ustalenia, gdzie taka osoba się znajduje. Zgodnie z § 161 Regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury¹¹ w postanowieniu o przeszukaniu – o ile wydawane jest przez prokuratora – należy wskazać osobę, która ma być wykryta, zatrzymana albo przymusowo doprowadzona. Literalnie z przepisów to nie wynika, ale niewątpliwie chodzi tu o przywołanie zarówno jej danych personalnych w sposób niepozostawiający wątpliwości co do jej tożsamości, ale też o czytelne wskazanie, że jest to co najmniej „osoba podejrzana” w rozumieniu art. 219 § 1 k.p.k. (ewentualnie osoba formalnie już podejrzana lub oskarżona, co bezspornie mieści się w kategoriach tego przepisu). Zauważyć jednak należy, że przepisy wspomnianego Regulaminu dotyczą tylko sytuacji, gdy wydawane jest formalne postanowienie prokuratora lub sądu o przeszukaniu. W sytuacji przewidzianej w art. 220 § 3 k.p.k. (o którym mowa będzie dalej), a więc gdy przeszukania dokonuje Policja bez takiego postanowienia w sytuacji niecierpiącej zwłoki, za dopuszczalną jednak należy uznać sytuację, gdy przeszukanie dokonane ma być w celu zatrzymania osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa, której personalia są nieznane, na przykład sprawcy przestępstwa, który w trakcie pościgu podjętego bezpośrednio po jego dokonaniu, ukrył się w lokalu należącym do innej osoby (choćby w kancelarii radcy prawnego). W każdym jednak przypadku celem Policji musi być ujawnienie osoby podejrzanej w rozumieniu art. 219 § 1 k.p.k. Nielegalne będzie przeszukanie dokonywane przez Policję w tym trybie, jeśli celem przeszukających będzie ujawnienie i zatrzymanie osoby, o której Policja wiedziała, że nie może być uznana za podejznaną o popełnienie czynu zabronionego (przestępstwa lub

¹¹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz. U. z 2016 r. poz. 508 ze zm.), dalej jako: reg. prok.

wykroczenia), a tylko na przykład za świadka zdarzenia. Cytowane przepisy Regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury nie wiążą też oczywiście sądów, tymczasem w stanowiącym jego funkcjonalny odpowiednik Regulaminie urzędowania sądów powszechnych¹² w ogóle nie ma przepisów poświęconych choćby pośrednio czynności przeszukania, co oznacza, że w przypadku postanowień wydawanych przez sądy jedynym wzorcem normatywnym prawidłowości rozstrzygnięcia o przeszukaniu będą przepisy Kodeksu postępowania karnego.

Wszystkie powyższe rozważania są w pełni adekwatne do sytuacji, gdy przeszukanie ma być przeprowadzone w kancelarii radcy prawnego, gdyż jak wcześniej zaznaczono, sama kancelaria nie jest obszarem wyłączonym spod obowiązywania ogólnych unormowań procesowych regulujących zatrzymanie. Oznacza to, że formalnie dopuszczalne jest zarządzenie przeszukania kancelarii radcy prawnego w celu wykrycia, zatrzymania lub przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej, jeśli istnieją uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że osoba ta znajduje się na terenie tej kancelarii. Nie ma w szczególności jakiegokolwiek znaczenia fakt, że na przykład osoba ta posiada już formalnie status podejrzanego bądź oskarżonego, a radca prawny, w którego kancelarii zarządzono przeszukiwanie, jest jego pełnomocnikiem w innym procesie albo nawet prawidłowo ustanowionym obrońcą w postępowaniu, w ramach którego wydana została decyzja o przeszukaniu. Uprawnienia obrońcy w procesie karnym nie obejmują prawa udzielania azylu oskarżonemu, a więc do udzielenia mu skutecznej ochrony przed pozbawieniem wolności w wyniku działań organu procesowego, choćby to pozbawienie wolności było merytorycznie niesłuszne. Radca prawny będący obrońcą takiego oskarżonego może oczywiście wnieść zażalenie na samo przeszukiwanie (we własnym imieniu, jako osoba dotknięta tą czynnością) oraz na zatrzymanie czy aresztowanie klienta (w jego imieniu), jednak nie może faktycznie utrudniać samej czynności.

Wyżej opisane przesłanki ogólne każdego przeszukania miejsca dotyczą także kancelarii radcy prawnego w sytuacji, gdy celem przeszukania nie jest wykrycie osoby, ale znalezienie rzeczy¹³, co zresztą jest najczęst-

¹² Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 grudnia 2015 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2316 ze zm.).

¹³ Tylko dla porządku odnotować można, że zgodnie z art. 236a k.p.k. przepisy rozdziału 25 stosuje się odpowiednio do „dysponenta i użytkownika urządzenia zawierającego dane informatyczne lub systemu informatycznego w zakresie danych przechowywanych na tym urządzeniu lub systemie albo na nośniku znajdującym się w jego dyspozycji lub użytkowaniu, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną”. Za tą ciężką formułą kryją się oczywiście szeroko rozumiane dane zapisane w formie cyfrowej, na przykład w formatach programów Word lub Excel,

szym, jeśli nie – jak na razie – wyłącznym powodem przeprowadzania przeszukań w kancelariach radcowskich. Zgodnie z cytowanym już art. 219 § 1 k.p.k. każde przeszukiwanie, aby było merytorycznie uzasadnione, musi mieć na celu znalezienie rzeczy jednego z dwóch rodzajów: 1) mogących stanowić dowód w sprawie, 2) podlegających zajęciu w postępowaniu karnym. Ta druga kategoria obejmuje przedmioty, których dotyczy już wydane bądź dopiero potencjalne postanowienie o zabezpieczeniu majątkowym. Co do zasady wprowadzenie zabezpieczenia majątkowe dokonywane w ramach procesu karnego następuje w sposób wskazany w Kodeksie postępowania cywilnego (do którego wprost odnosi się art. 292 § 1 k.p.k.), jednak zgodnie z art. 292 § 2 k.p.k. zabezpieczenie grożącego przepadku następuje między innymi przez zajęcie ruchomości, do czego może dojść także w trakcie przeszukania pomieszczeń. Przedmiotami „podlegającymi zajęciu w postępowaniu karnym” w rozumieniu art. 219 § 1 k.p.k. mogą być też przedmioty, które kwalifikują się na razie jedynie do zajęcia tymczasowego, o którym mowa w art. 295 § 1 k.p.k. Zgodnie z tym przepisem Policja może bowiem dokonać takiego tymczasowego zajęcia „mienia ruchomego osoby podejrzanej”, jeśli zachodzi obawa usunięcia tego mienia, a postępowanie dotyczy przestępstwa, w związku z którym może nastąpić zabezpieczenie majątkowe (a więc takiego, za które lub w związku z którym można orzec grzywnę, świadczenie pieniężne, przepadek, środek kompensacyjny lub zwrot uprawnionemu podmiotowi korzyści majątkowej albo jej równowartości – co *de facto* dotyczy prawie wszystkich przestępstw, bo w związku z niemal każdym przestępstwem da się, przynajmniej teoretycznie, zastosować choćby jeden z wymienionych tu środków). Jeśli chodzi o ten cel przeszukania, to wydaje się, że w praktyce raczej rzadkim przypadkiem będzie zaistnienie uzasadnionych podstaw do przyjęcia, że akurat w kancelarii radcy prawnego osoba podejrzana posiada rzeczy podpadające pod którąś z tych kategorii, choć do końca nie da się tego wykluczyć, zwłaszcza w sytuacji, gdy to sam radca prawny prowadzący przeszukiwaną kancelarię będzie osobą podejrzaną. W takim przypadku żaden

znajdujące się na nośnikach danych takich jak dysk stacjonarny w komputerze lub jakiegokolwiek dysk przenośny (płyta CD, DVD, BR, karta SD, tzw. pendrive). Z uwagi na odmienny sposób poszukiwania, zabezpieczania bądź zwracania tego rodzaju dokumentów opracowanie to, z racji ograniczeń objętości, co do zasady nie jest im poświęcone. Jednak jeśli chodzi o same podstawy materialne i formalne przeszukania, wyrażone tu uwagi znajdą w pełni zastosowanie także do zatrzymania dokumentów sporządzonych w formie elektronicznej, różnić się natomiast istotnie będzie techniczna strona przeprowadzania czynności. Wspomnieć tylko warto, że konieczne jest odróżnianie zatrzymania danych cyfrowych (np. metodą skopiowania plików) od zatrzymania ich nośnika (komputera, płyty), które łączy w sobie zwykle zatrzymanie rzeczy materialnej z zabezpieczeniem znajdujących się na niej danych cyfrowych.

przepis nie wyłącza – co do zasady – rzeczy znajdujących się na terenie kancelarii radcy prawnego spod zajęcia tymczasowego czy zabezpieczenia majątkowego, o których mowa w rozdziale 32 Kodeksu postępowania karnego. Jeśli więc to właśnie radca prawny prowadzący przeszukiwaną kancelarię jest osobą podejrzaną o popełnienie przestępstwa, za które może zostać orzeczona na przykład grzywna lub środek kompensacyjny, to nie ma formalnych przeszkód, by – także w trybie wyżej wspomnianego policyjnego zajęcia tymczasowego – doszło do zatrzymania podczas przeszukiwania na przykład wyposażenia kancelarii (mebli, sprzętu AGD), celem zabezpieczenia zapłaty możliwych do orzeczenia w przyszłości grzywien bądź innych świadczeń majątkowych, które mogą być następstwem orzeczeń zapadłych w procesie karnym. Spod takiego zatrzymania zwolnione będą *ex lege* jedynie dokumenty zawierające tajemnicę zawodową, o których mowa w art. 225 k.p.k. W przypadku dokumentów materialnych zastrzeżenie to wydaje się zresztą bez realnego znaczenia, bo same dokumenty – jako zazwyczaj pozbawione wartości majątkowej – nie nadają się do objęcia zatrzymaniem tytułem zabezpieczenia majątkowego. Zastrzeżenie to jest jednak istotne, jeśli uwzględni się, że na poczet takiego zabezpieczenia Policja (bądź inny organ dokonujący przeszukania) może chcieć zatrzymać mający wartość materialną sprzęt elektroniczny (komputery, telefony, karty pamięci, zewnętrzne stacje dysków), będący nośnikiem danych zapisanych w formie cyfrowej, wśród których już jak najbardziej mogą znaleźć się dokumenty elektroniczne zawierające tajemnicę zawodową, w tym niekiedy obrończą. W takim przypadku znajdą zastosowanie szczególne unormowanie art. 225 k.p.k., omówione w dalszej części.

W sytuacji, gdy radca prawny, którego kancelaria poddana ma być przeszukaniu, nie jest osobą podejrzaną, wówczas – zgodnie z wyżej przywołanymi przepisami – zatrzymanie rzeczy na poczet zabezpieczenia ewentualnych świadczeń majątkowych nie powinno mu grozić. Zatrzymaniu tymczasowemu podlega bowiem wyłącznie „mienie ruchome osoby podejranej”, aczkolwiek do końca nie sposób wykluczyć, że również takie mienie w kancelarii radcy prawnego może się znaleźć i zostać ujawnione podczas przeszukania (zob. np. sytuacje opisane w art. 37 KERP). Fakt, że radca prawny otrzymał od swojego klienta jakieś pieniądze, papiery wartościowe bądź inne aktywa w związku z prowadzoną sprawą cywilną, administracyjną czy karną (np. na pokrycie opłat lub wydatków), nie wyłącza tego majątku spod ewentualnego zajęcia w wyniku przeszukania prowadzonego na podstawie przepisów Kodeksu postępowania karnego. Oczywiście truizmem będzie natomiast przypomnienie, że środki przekazane przez klienta radcy prawnemu tytułem zapłaty pod rzeczywistym i legalnym tytułem (np. jako wynagrodzenie za prowadzenie sprawy) stają się własnością radcy, a więc przestają być „mieniem ruchomym osoby po-

dejrzanej”, w związku z czym nie podpadają pod zajęcie, o którym mowa w art. 295 § 1 k.p.k.

Drugą kategorią rzeczy, które mogą zostać zatrzymane w efekcie przeszukania – i w przypadku przeszukań dokonywanych w kancelariach radcowskich raczej ich odnalezienie jest celem czynności – są rzeczy „mogące stanowić dowód w sprawie”. Rozumie się przez to przedmioty, które pochodzą bezpośrednio lub pośrednio z przestępstwa, służyły lub były przeznaczone do jego popełnienia albo posiadają cechy lub zachowały ślady mogące służyć wykryciu sprawy lub ustaleniu istotnych okoliczności przestępstwa¹⁴. Także w tym przypadku co do zasady nie ma generalnego wyłączenia spod ewentualnego zatrzymania rzeczy znajdujących się w kancelarii radcy prawnego tylko z racji tego, że właśnie tam się znalazły. Nie ma w przepisach żadnych ograniczeń o charakterze podmiotowym (np. wyłączających spod zatrzymania rzeczy stanowiące własność radcy prawnego czy spółki, w ramach której wykonuje swój zawód) czy przedmiotowym (np. wyłączających spod zatrzymania rzeczy wykorzystywane bezpośrednio do wykonywania zawodu radcy prawnego). Kodeks nie uzależnia też możliwości dokonania przeszukania w kancelarii na przykład od wagi czynu, w związku z którym prowadzone jest postępowanie, w ramach którego zarządzono przeszukiwanie. Nie wymaga też żadnego zwiększonego stopnia uprawdopodobnienia, że akurat w kancelarii radcy prawnego poszukiwana rzecz może się znajdować. Nie wymaga nawet poprzedzenia takiego przeszukania innymi czynnościami dowodowymi i stwierdzeniem, że nie wystarczyły one do dokonania niezbędnych ustaleń w sprawie – aczkolwiek, biorąc pod uwagę dolegliwy charakter samej czynności przeszukania, każde jej zarządzenie powinno mieć miejsce po wnikliwej (co nie musi oznaczać długotrwałej) analizie, czy rzeczywiście przeszukiwanie jest celowe i konieczne w kontekście cytowanego wyżej art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Podstawą do zarządzenia przeszukania w kancelarii radcy prawnego będzie w każdym przypadku ten sam cytowany już wcześniej art. 219 § 1 k.p.k., na podstawie którego przeprowadzane będzie także jakiegokolwiek inne przeszukiwanie w ramach każdego procesu karnego. Zgodnie więc z tym przepisem *prima vista* w każdym przypadku, gdy zaistnieją uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że w kancelarii radcy prawnego są jakieś rzeczy mogące stanowić dowód w sprawie (np. dokumenty dowodzące sprawstwa danej osoby bądź jej niewinności), organ procesowy uprawniony jest od razu zarządzić przeszukiwanie tej kancelarii w celu ich odnalezienia i zatrzymania. O tym, że tak nie jest, będzie mowa nieco dalej, przy okazji analizy art. 225 k.p.k. Tu natomiast należy jeszcze wskazać, że przez „uzasadnione podstawy do

¹⁴ A. Kryże [w:] A. Kryże [et al.], *op. cit.*, s. 402.

przypuszczeń” uważa się takie dane, które znajdują oparcie w materiałach przynajmniej potencjalnie będących źródłami dowodowymi w postępowaniu, a więc poddających się weryfikacji. Niektórzy autorzy wymagają nawet, by wiedza w tym zakresie już została udokumentowana zgodnie z regułami procesowymi¹⁵, a nawet uzyskana w toku już prowadzonego procesu, wykluczając wykorzystanie wiedzy nabytej jedynie w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych¹⁶. Jednakże nawet oni dostrzegają dopuszczalność zarządzenia przeszukania mimo niemożności procesowego udokumentowania wiedzy o istnieniu podstaw do jego przeprowadzenia w przypadku działania chociażby w trybie art. 308 k.p.k. (który przecież wprost dopuszcza przeprowadzenie czynności przeszukania, gdy jeszcze w ogóle nie wszczęto formalnie procesu karnego).

Wydanie postanowienia o przeszukaniu albo nakazu kierownika jednostki w rozumieniu art. 220 § 3 k.p.k. (jak również przewidziane w tym przepisie udanie się Policji w dane miejsce bez postanowienia lub nakazu celem przeprowadzenia przeszukania jedynie na podstawie legitymacji służbowej) nie oznacza, że czynność taka faktycznie musi być przeprowadzona. Zgodnie z art. 224 § 1 k.p.k. osobę, u której ma nastąpić przeszukiwanie, należy przed rozpoczęciem czynności zawiadomić o jej celu i wezwać do wydania poszukiwanych przedmiotów. Sformułowanie „osoba, u której przeszukiwanie ma być przeprowadzone” rozumiane jest szeroko – nie tylko jako osoba mieszkająca we wskazanym miejscu, ale też dysponująca lokalem magazynowym czy biurowym¹⁷. Osoba ta może więc dobrowolnie wydać poszukiwaną rzecz, oczywiście, o ile ją posiada. Jeśli organ zamierzający dokonać przeszukania uzna, że cel planowanej czynności został w ten sposób w pełni osiągnięty, powinien od niej odstąpić jako już bezcelowej¹⁸. W praktyce jednak taka sytuacja będzie należała do rzadko-

¹⁵ *Kodeks postępowania karnego. T. 1: Komentarz do artykułów 1–296*, pod red. P. Hofmańskiego, Warszawa 2011, s. 1240.

¹⁶ Zob. np. R.A. Stefański [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, pod red. Z. Gostyńskiego, Warszawa 2003, s. 980.

¹⁷ *Kodeks postępowania karnego. T. 1: Komentarz do artykułów 1–296*, pod red. P. Hofmańskiego, Warszawa 2011, s. 1243.

¹⁸ Analogicznie zresztą – choć przepisy o tym milczą – powinno być w przypadku, gdy celem przeszukania było odnalezienie osoby, która albo sama oddała się w ręce organów ścigania przed rozpoczęciem czynności, albo została dobrowolnie „wydana” przez osobę, u której czynność miała być dokonana. Milczenie przepisów wynika niewątpliwie z faktu, że jest to konkluzja wręcz oczywista: skoro bowiem dojdzie do ujęcia osoby, poszukiwanie której było jedynym celem planowanego przeszukania, to przeprowadzenie takiego przeszukania traci jakikolwiek usprawiedliwiony sens i staje się niczemu niesłużącą dolegliwością dla podmiotu poddanego przeszukaniu. Jedynie w sytuacji, gdy celem przeszukania jest zatrzymanie więcej niż jednej osoby, a dobrowolnie ujawniła się bądź została wydana tylko jedna (albo ich część),

ści. Po pierwsze, nie zawsze organ ścigania ma dostatecznie precyzyjną wiedzę, co istotnego dla sprawy może odnaleźć podczas przeszukania i w związku z tym może nie być w stanie ocenić, czy to, co zostało dobrowolnie wydane, wyczerpuje cel czynności. Jeśli na przykład Policja poszukuje dokumentacji handlowej związanej z działalnością jakiegoś podmiotu gospodarczego, o którym wiadomo, że był wykorzystywany do przestępnego procederu (np. oszustw w rozumieniu art. 286 § 1 Kodeksu karnego¹⁹ na szkodę większej liczby kontrahentów), zazwyczaj organ procesowy nie będzie w stanie z góry wskazać konkretnych dokumentów, które zostały wytworzone w związku z tą działalnością; wydanie przez radcę prawnego zatrudnionego w tym podmiocie dokumentów, które on sam uzna za związane z przedmiotem prowadzonego procesu karnego, niekoniecznie będzie oznaczało, że wydał on faktycznie wszystkie dokumenty, które za relewantne uzna także prokurator. Po drugie, dość powszechną praktyką jest wskazywanie w postanowieniu o przeszukaniu bądź nakazie przeszukania nie tylko konkretnych rzeczy, o których wiadomo, że mogą się znajdować w danym miejscu, ale też sięganie po formułki ogólnikowe („inne przedmioty mogące stanowić dowód w sprawie”, „przedmioty, których posiadanie jest zabronione”), co w pewnych sytuacjach może mieć nawet racjonalne uzasadnienie (jeśli na przykład przeszukanie ma być dokonane u pasera, którego zakres przestępczego działania był rozległy, uzależniony od niedających się przewidzieć okazji, w związku z czym organ zarządzający przeszukaniem tak naprawdę jeszcze nie wie, czego szuka, ale ma uzasadnione podstawy, by przypuszczać, że w danym miejscu znajdzie więcej przedmiotów pochodzących z kradzieży dokonanych na szkodę wielu osób). Niekiedy jednak bywa formułą nadużywaną (gdy np. przedmiotem procesu jest zabór konkretnej rzeczy i tylko ona powinna być odnaleziona wedle racjonalnych założeń przed przeszukaniem), w efekcie czego tak naprawdę nie da się z punktu widzenia tak określonego celu czynności ocenić, czy dobrowolne wydanie jakichś przedmiotów przez osobę, u której przeszukanie ma być przeprowadzone, pozwoliło zrealizować cel czynności, skoro od początku był on mglisty. Po trzecie wreszcie, nierzadko postanowienie o przeszukaniu, wydane przez prokuratora lub sąd, realizuje inny organ (zazwyczaj Policja), funkcjonalnie mu podporządkowany, co oznacza możliwość kierowania się względami o charakterze niekoniecznie merytorycznymi przy podejmowaniu decyzji o konsekwentnej realizacji postanowienia. Organ realizujący przeszukanie czuje się bowiem zobowiązany do przeprowadzenia zleconej mu czynno-

przeszukanie nakierowane także na odnalezienie reszty osób zgodne byłoby z założonym celem czynności, a więc mieściłoby się w granicach prawa.

¹⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.).

ści, z reguły zresztą nie może samodzielnie zdecydować o jej niewykonaniu, nawet jeśli postawa osoby, u której ma być prowadzone przeszukanie – to jest dobrowolne wydanie poszukiwanych rzeczy – sugeruje wyraźnie, że cel zleconej czynności został już osiągnięty. We wszystkich tych przypadkach przeszukanie zostanie więc najprawdopodobniej i tak dokonane, choćby jego efektywność nawet *ex ante* należało ocenić jako zerową z uwagi na dobrowolne wydanie wszystkich poszukiwanych rzeczy przez osobę, u której przeszukanie ma być prowadzone. Jej przeprowadzenie będzie mogło być zapewne argumentem za słusznością zażalenia na zbędną w tym układzie czynność, jednak ani nie zapobiegnie to samej dolegliwości związanej z przebiegiem dokonanego już przeszukania, ani nie wywoła żadnego pozytywnego celu *stricte* procesowego (samo zakwestionowane przeszukanie nie dostarczy bowiem – jako bezproduktywne – żadnego dowodu; kwestionowanie przeszukania nie będzie podważało zaś efektów uprzedniego dobrowolnego wydania rzeczy, które w tym kontekście będzie odrębną, skuteczną czynnością procesową).

Według Kodeksu postępowania karnego zasadą jednak powinno być dokonywanie przeszukania na podstawie postanowienia uprzednio wydanego – zależnie od etapu postępowania – przez prokuratora lub sąd²⁰. Postanowienie takie powinno spełniać warunki przewidziane w art. 94 § 1 k.p.k., czyli zawierać oznaczenie organu oraz osoby lub osób, które je wydały, datę wydania, wskazanie sprawy oraz kwestii, której dotyczy, a także rozstrzygnięcie z podaniem podstawy prawnej oraz uzasadnienie, gdyż ustawa nie zwalnia z tego wymogu w przypadku postanowienia o przeszukaniu. Podstawą prawną przeszukania jest w każdym przypadku art. 219 § 1 k.p.k., a uzasadnienie powinno wskazywać, że spełnione zostały wszystkie wskazane w tym przepisie przesłanki. Przywoływany już w innym miejscu § 161 reg. prok. powtarza *de facto* za nakazami Kodeksu postępowania karnego, że w postanowieniu o przeszukaniu należy „podać cel czynności, ze wskazaniem osoby podejrzanej, która ma być wykryta, zatrzymana lub przymusowo doprowadzona, albo rzeczy, które mają być znalezione lub zatrzymane”, ale też precyzuje, że w postanowieniu musi być wskazane imię, nazwisko i adres osoby lub nazwa i adres instytucji, u której czynność ma być przeprowadzona, a także organ wykonujący czynność. Przeprowadzenie czynności poza adresem wskazanym w postanowieniu lub u innej osoby – choćby nawet zamieszkującej lub mającej siedzibę pod tym samym adresem – będzie więc wykraczało poza wydane przez prokuratora upoważnienie, choć zapewne w takim przy-

²⁰ Zgodnie z art. 235 k.p.k. czynności przewidzianych w rozdziale 25 Kodeksu postępowania karnego może też – z wyłączeniem zastrzeżonych do wyłącznej kompetencji sądu – dokonać referendarz sądowy. Wyłączenia nie obejmują wydania postanowienia o przeszukaniu bądź o jego zatwierdzeniu.

padku organ dokonujący czynność będzie powoływał się na treść art. 220 § 3 k.p.k. i uzna za konieczne dokonanie przeszukania w trybie niecierpiącym zwłoki na podstawie legitymacji służbowej, co nie pozbawi czynności waloru formalnej legalności. Istotnym, choć w praktyce często nieprzestrzegany wymogiem, jest wynikający z § 161 ust. 2 reg. prok. warunek, że w uzasadnieniu postanowienia o przeszukaniu należy „przedstawić dowody lub przytoczyć okoliczności dające podstawę do przypuszczenia, że osoba podejrzana lub wymienione rzeczy znajdują się w miejscu wskazanym w postanowieniu”. Często bowiem postanowienia o przeszukaniu powielają jedynie sformułowania ustawy bądź cytowanego tu Regulaminu, co najwyżej ogólnikowo konkludując, że zebrane dowody – bliżej nieopisane, nie mówiąc o próbie wykazania, co konkretnie z nich wynika – dają podstawę do przypuszczenia, że poszukiwana osoba bądź rzeczy znajdują się w przeszukiwanym miejscu. Oczywiście nie oznacza to, że praktykę taką należy zaakceptować – zawsze prawem osoby dotkniętej przeszukaniem jest kwestionowanie legalności przeszukania zarządzonego w sytuacji, gdy organ zlecający czynność nie jest zdolny uzasadnić zasadności przeszukania odwołaniem do konkretnych dowodów bądź okoliczności. W doktrynie wyrażono nawet daleko idący pogląd, że brak materialnej przesłanki przeszukania w chwili rozpoczęcia tej czynności – tj. brak uzasadnionych podstaw do przypuszczeń, że poszukiwana osoba bądź rzecz znajduje się w danym miejscu – skutkuje nie tylko nielegalnością czynności, ale nawet w przypadku uzyskania w jej wyniku jakichś dowodów niemożnością wykorzystania ich w procesie karnym²¹. Trafność jednak tego poglądu, zwłaszcza od czasu wejścia w życie art. 168a k.p.k.²², wydaje się być niepewna.

Jak więc wyżej zasygnalizowano sam art. 219 § 1 k.p.k. nie daje gwarancji, że nie dojdzie do przeszukania kancelarii radcy prawnego w każdym przypadku, gdy organ prowadzący postępowanie karne uzna („zaistnieją uzasadnione podstawy do przypuszczenia”), że w kancelarii tej znaleźć można coś, co okaże się dowodowo przydatne, oczywiście z perspektywy interesów procesowych tego organu. A tak przecież mogłoby być zawsze, gdyby organ ten ustalił, że dany radca prawny świadczył pomoc prawną jakiegokolwiek rodzaju na rzecz osoby podejrzanej, co przecież logicznie oznaczałoby, że jakieś interesujące dla organów ścigania przedmioty dotyczące tej osoby w kancelarii mogą się znajdować. W obecnym stanie prawnym jedynym realnym ograniczeniem niebezpieczeństwa automatyczne-

²¹ K. Dudka, *Ochrona prawa do prywatności i jej ograniczenia w polskim prawie karnym*, CzPKiNP 2000, nr 2, s. 83.

²² Co nastąpiło 15 kwietnia 2016 r. na mocy ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 437).

go sięgania po przeszukanie w takich przypadkach – co przecież byłoby kuriozum, gdyż demolowałoby system profesjonalnej pomocy prawnej, opartej na zaufaniu klienta do radcy prawnego lub adwokata – są unormowania regulujące postępowanie z niektórymi przedmiotami znalezionymi (bądź dobrowolnie wydanyymi) w toku przeszukania, a więc pozornie odnoszące się wcale nie do momentu podejmowania decyzji o przeszukaniu, ale do fazy późniejszej – faktycznej realizacji już zarządzanej czynności. W rzeczywistości jednak to właśnie ich *ratio legis* oraz wynikające z ich obowiązywania następstwa wywoływać muszą efekt mrozący niepożądaną otwartość organu procesowego na pochopne zarządzanie przeszukań w kancelariach radcowskich i adwokackich. Mowa tu oczywiście o przepisach kodeksowych, które stoją na straży tajemnic prawnie chronionych, w tym aspekcie tajemnicy radcowskiej i adwokackiej oraz, stanowiącej ich specyficzny wycinek, tajemnicy obrończej. Zasadnicze znaczenie ma zaś w tej mierze art. 225 k.p.k., którego unormowania zostaną w związku z tym omówione tu nieco szerzej, jako rzutujące na kwestię wskazaną w temacie opracowania.

Paragraf 1 art. 225 k.p.k. stanowi, że w sytuacji, gdy osoba, u której przeprowadza się przeszukanie (lub u której dokonano zatrzymania rzeczy na podstawie art. 217 k.p.k., czyli bez przeszukania) oświadczy, że wydane dobrowolnie lub znalezione pismo lub inny dokument zawiera wiadomości objęte tajemnicą zawodową, to organ przeprowadzający czynność niezwłocznie przekazuje ten dokument bez jego odczytania prokuratorowi lub sądowi w opieczetowanym opakowaniu. Nie dotyczy to oczywiście sytuacji, gdy prokurator osobiście przeprowadza przeszukanie, bo wówczas absurdem byłoby oczekiwanie, że opieczetuje dokument celem późniejszego przekazania samemu sobie²³. Tylko w tym ostatnim przypadku jest więc możliwa bieżąca weryfikacja przez przeszukującego oświadczenia osoby, u której przeprowadzone jest przeszukanie – inny niż prokurator organ realizujący tę czynność nie może takiej weryfikacji dokonać, gdyż wymagałaby ona właśnie tego, czego przepis wprost zabrania, czyli zapoznania się z dokumentem, potencjalnie zawierającym dane objęte tajemnicą²⁴. Jedną z tajemnic zawodowych w rozumieniu tego przepisu jest oczywiście tajemnica radcowska, obejmująca wszystko, o czym radca dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej

²³ Teoretycznie taka sama sytuacja miałaby miejsce, gdyby sąd osobiście dokonywał przeszukania, co jednak nie jest możliwe, gdyż – jak wynika z art. 220 § 1 k.p.k. – na zlecenie sądu przeszukania dokonuje zawsze Policja.

²⁴ *Kodeks postępowania karnego. T. 1: Komentarz do artykułów 1–296*, pod red. P. Hofmańskiego, Warszawa 2011, s. 1252.

(art. 3 ust. 3 u.r.p.)²⁵. Jak wynika z literalnego brzmienia cytowanego wyżej art. 225 § 1 k.p.k., warunkiem obligującym organ prowadzący przeszukiwanie do powstrzymania się od odczytania dokumentu i do przekazania go w zabezpieczonej przed ujawnieniem formie właściwemu organowi jest samo złożenie oświadczenia odpowiedniej treści, o ile składa je osoba, u której przeprowadza się przeszukiwanie, a nie jakakolwiek inna osoba uczestnicząca w czynności (bezskuteczne z punktu widzenia art. 225 § 1 k.p.k. będzie więc złożenie takiego oświadczenia przez osobę przybraną w trybie art. 224 § 2 k.p.k., np. przedstawiciela samorządu radców prawnych, o którym mówi art. 18 KERP). Organem właściwym do przekazania mu zabezpieczonego przed ujawnieniem dokumentu mającego zawierać tajemnicę zawodową będzie sąd, który może samodzielnie podjąć decyzję o zwolnieniu z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej, bądź prokurator, który akurat do zwalniania z tego rodzaju tajemnicy zawodowej uprawnień nie ma, ale który będzie oczywiście uprawniony do zapoznania się z dokumentem (włącznie z jego odczytaniem) i ewentualnego złożenia stosownego wniosku o zwolnienie z tajemnicy do sądu w trybie art. 180 § 2 k.p.k. w zw. z art. 226 zd. 1 k.p.k. (przy czym sądem właściwym w rozumieniu tych przepisów, jak i art. 225 § 2 i 3 k.p.k. będzie sąd właściwy do rozpoznania sprawy w pierwszej instancji, co wynika z ogólnego unormowania art. 329 § 1 k.p.k.).

Z art. 226 zd. 1 k.p.k. wynika jasno, że wykorzystanie procesowe jakiegokolwiek dokumentu zawierającego tajemnicę radcy prawnego zależy od podjęcia przez sąd stosownej decyzji o zwolnieniu z obowiązku jej zachowania, co oznacza, że nawet w przypadku niezłożenia przez osobę, u której dokonywane jest przeszukiwanie, oświadczenia, o którym mówi art. 225 § 2 k.p.k., dokument taki nie stanie się automatycznie dowodem w sprawie. Niemniej jednak tylko złożenie takiego oświadczenia przez radcę prawnego, u którego dokonywane jest przeszukiwanie, w największym stopniu pozwoli uchronić wiadomości stanowiące tajemnicą przed faktycznym ich ujawnieniem, a więc przed dotarciem do nieuprawnionych osób, do których zaliczać należy też nieprokuratorskie organy ścigania przeprowadzające przeszukiwanie, dopóki oczywiście nie zapadnie ewentualnie decyzja właściwego sądu o zwolnieniu z tajemnicy. Ponieważ na radcy prawnym ciąży nie tylko prawny obowiązek troski o zachowanie tajemnicy zawodowej (zob. wspomniany art. 3 ust. 3 u.r.p.), ale też etyczny obowiązek podejmowania „wszelkich przewidzianych prawem środków dla uniknięcia lub ograniczenia określonego w przepisach prawa zwolnienia go z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej” (art. 19 KERP), oczywiście po-

²⁵ Z wyłączeniem „informacji udostępnianych na podstawie przepisów o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu – w zakresie określonym tymi przepisami”, jak od 13 lipca 2018 r. stanowi art. 3 ust. 6 u.r.p.

winien on złożyć w czasie przeszukania oświadczenie, o którym mówi art. 225 § 1 k.p.k., w każdym przypadku, gdy wydawany przezeń lub odnaleziony przez organ dokument zawiera wiadomości stanowiące tajemnicę radcowską, a także – oczywiście na ile to realnie możliwe – kontrolować, czy organ nieprokuratorski przeprowadzający tę czynność rzeczywiście powstrzymuje się od odczytania dokumentu i umieszcza go w opieczętowanym opakowaniu celem przekazania wyłącznie uprawnionemu do zapoznania się z jego treścią organowi (czyli prokuratorowi lub sądowi). Radca prawny nie ma legalnych możliwości skutecznego sprzeciwienia się wydaniu takiego dokumentu organowi przeszukującemu, ale nie ma prawnych przeszkód, by – przed jego wydaniem – sam dokonał jego zabezpieczenia przed odczytaniem przez nieuprawnione osoby, samodzielnie opakowując go w sposób w sposób utrudniający zapoznanie się z jego treścią, np. umieszczając w kopercie i zabezpieczając ją przed prostym otwarciem, w tym opieczętowując znakami własnej kancelarii w stosownych miejscach. Jeśli organ przeprowadzający przeszukanie uniemożliwi takie działania bądź w ogóle odmówi uwzględnienia oświadczenia złożonego w trybie art. 225 § 1 k.p.k., albo też postąpi z dokumentem w sposób sprzeczny z brzmieniem tego przepisu (np. umieści w opieczętowanym opakowaniu, ale w zamiarze przekazania nieuprawnionemu podmiotowi), obowiązkiem radcy prawnego będzie przynajmniej złożenie stosownych oświadczeń w tym zakresie i zadbanie o to, by zostały one odnotowane w protokole czynności, a także złożenie zażalenia na podstawie art. 236 k.p.k. Jeśli z jakichkolwiek względów radca prawny nie będzie osobiście uczestniczył w czynności przeszukania swojej kancelarii, to o złożenie stosownych oświadczeń o znajdujących się w dokumentach wiadomościach objętych tajemnicą powinien zadbać każdy inny uczestniczący w takiej czynności radca prawny – a więc zarówno osoba współprowadząca tę samą kancelarię, jak i pełnomocnik bądź obrońca nieobecnego radcy prawnego, ale też przedstawiciel samorządu, który – jak już wspomniano na wstępie – powinien być powiadomiony o każdym przeszukaniu w kancelarii, w wyniku którego może dojść do ujawnienia tajemnicy. Na samo niebezpieczeństwo ujawnienia tajemnicy prawnie chronionej ma zresztą prawo – choć już nie prawny obowiązek – zwrócić uwagę każdy inny uczestnik przeszukania, np. pracownik kancelarii niebędący radcą prawnym. Oświadczenie takie, jako niezłożone przez „osobę, u której przeprowadza się przeszukanie”, nie będzie miało wprawdzie waloru oświadczenia, o którym mowa w art. 225 § 1 k.p.k., a więc nie będzie implikowało opisanych w nim obowiązków organu przeszukającego, jednak będzie dla tego organu wiarygodną informacją, z jakimi danymi ma do czynienia, co powinno skutkować podjęciem przez ten organ z urzędu odpowiednich kroków zapobiegających ujawnieniu tajemnicy prawnie chronionej do czasu podjęcia przez właściwy organ

ewentualnej decyzji w trybie art. 226 zd. 1 k.p.k. w zw. z art. 180 § 2 k.p.k. Z uwagi jednak na najskuteczniej chroniący tajemnicę zawodową charakter unormowania przewidzianego w art. 225 § 1 k.p.k. radca prawny, u którego jest prowadzone przeszukanie, powinien podjąć wszelkie możliwe działania umożliwiające mu osobisty udział w takim przeszukaniu i realizację przysługujących mu uprawnień.

Przewidzianym w art. 225 § 2 k.p.k. odstępstwem od wyżej omówionego trybu postępowania z dokumentami, co do których złożone zostało w trybie art. 225 § 1 k.p.k. oświadczenie, iż zawierają dane objęte tajemnicą zawodową, jest sytuacja, w której posiadaczem tych dokumentów jest osoba podejrzana o popełnienie przestępstwa. Jeśli więc taką właśnie osobą jest radca prawny, w którego kancelarii prowadzone jest przeszukanie, wówczas złożenie przezeń oświadczenia, że zatrzymany bądź wydany dokument zawiera tajemnicę zawodową nie zapobiegnie niestety odczytaniu go przez organ przeprowadzający tę czynność, nawet jeśli nie będzie to prokurator. Nie zrealizuje się więc w takim przypadku formalny obowiązek niezwłocznego przekazania tego dokumentu sądowi bądź prokuratorowi w opieczętowanym opakowaniu. Należy jednak wyraźnie zaakcentować, że art. 225 § 2 k.p.k. wyłącza jedynie stosowanie art. 225 § 1 k.p.k., nie zaś art. 226 zd. 1 k.p.k. To, że radca prawny świadczący komuś pomoc prawną staje się osobą podejrzaną o popełnienie przestępstwa, nie oznacza bowiem, że cokolwiek z tego, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem tej pomocy, przestaje być tajemnicą prawnie chronioną. Wiadomości takie nadal pozostają objęte tajemnicą radcy prawnego, o której mowa w art. 3 ust. 3 u.r.p., co oznacza, że każdy organ procesowy ma obowiązek traktować je tak, jak każdą inną tajemnicę prawnie chronioną (a więc przede wszystkim chronić przed ujawnieniem wobec nieuprawnionych osób pod rygorem poniesienia odpowiedzialności na przykład na podstawie art. 266 § 2 k.k.), zaś dopuszczalność ich procesowego wykorzystania zależeć będzie bezwzględnie od podjęcia przez sąd decyzji o zwolnieniu z tajemnicy w przywołanym wyżej trybie art. 226 zd. 1 k.p.k. w zw. z art. 180 § 2 k.p.k. Artykuł 225 § 2 k.p.k. obniża więc standardy ochrony tajemnicy radcowskiej w specyficznej sytuacji, gdy to radca prawny jest osobą podejrzaną w procesie karnym, ale co do zasady tej ochrony nie wyłącza.

Drugie odstępstwo od ogólnego unormowania dotyczącego tajemnicy zawodowej, przewidzianego w art. 225 § 1 k.p.k., działające jednak w kierunku wzmocnienia przewidzianej tam ochrony, przewidziane jest w art. 225 § 3 k.p.k. Przepis ten dotyczy bezwzględnie chronionej tajemnicy obrończej, a więc tego zakresu wiadomości uzyskanych przez radcę prawnego (bądź adwokata), który związany był z udzielaniem przez niego pomocy prawnej w charakterze obrońcy. Zakres tej tajemnicy nie jest kwestią bez-

sporną. Przepisy Kodeksu postępowania karnego literalnie nie formułują ograniczenia, że chodzi jedynie o obronę w rozumieniu przepisów postępowania karnego – w tym zakresie funkcjonowanie tajemnicy obrończej pozostaje bowiem poza wszelkim sporem²⁶. W związku z tym w doktrynie prezentowany jest pogląd, że wynikający z art. 178 pkt 1) k.p.k. zakaz przesłuchania obrońcy co do faktów, o których dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę, rozciąga się również na osoby, które w innych postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy występują w roli podmiotu nazwanego „obrońcą” (np. w postępowaniach dyscyplinarnych²⁷), a więc na osoby niekoniecznie będące profesjonalnymi obrońcami (np. nauczycieli akademickich lub studentów, którzy mogą być obrońcami w postępowaniach dyscyplinarnych prowadzonych przeciw innym nauczycielom akademickim lub studentom²⁸), co jednak nie jest już poglądem podzielanym przez wszystkich przedstawicieli doktryny²⁹. Bezspornie natomiast obrońcą w postępowaniu karnym może być jedynie osoba uprawniona według przepisów o ustroju adwokatury oraz – od 1 lipca 2015 r. – ustawy o radcach prawnych (art. 82 k.p.k.), czyli niewątpliwie adwokat lub radca prawny. W judykaturze przyjmuje się nadto, że zakaz

²⁶ Podobnie zresztą, jeśli chodzi o obowiązywanie tajemnicy obrońcy występującego w postępowaniu wykroczeniowym. Nawet bowiem jeśli przyjąć, że nie wynika to wyraźnie z samego art. 225 § 3 k.p.k., to mieć należy na względzie art. 44 § 5 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 475 ze zm.), dalej jako: k.p.w. W myśl tego przepisu przy przeprowadzaniu przeszukania i zatrzymania przedmiotów w postępowaniu wykroczeniowym stosuje się odpowiednio właśnie przepisy między innymi art. 225 § 1 i 3 k.p.k. Nielogiczne byłoby zaś rozumienie przepisów obu kodeksów w ten sposób, że art. 225 § 3 k.p.k. chroni tajemnicę obrońcy występującego w postępowaniu karnym jedynie przed ujawnieniem jej w postępowaniu karnym, a już w postępowaniu wykroczeniowym może być ona wykorzystana, jak również, że analogiczna zasada obowiązuje w odniesieniu do tajemnicy obrońcy występującego w postępowaniu wykroczeniowym, które nie może być ujawniania tylko w takim procesie, a już w procesie karnym jak najbardziej. Przepisy art. 44 § 5 k.p.w. i art. 225 § 3 k.p.k. muszą być rozumiane jako wprowadzające kompleksowy zakaz wykorzystania danych objętych tajemnicą obrońcy zarówno w jednym, jak i drugim postępowaniu – niezależnie od tego, czy chodzi o tajemnicę obrońcy wynikającą z realizacji prawa do obrony w rozumieniu art. 4 § 1 k.p.w. czy art. 6 k.p.k.

²⁷ M. Kurowski [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. T. 1: Art. 1–424*, pod red. D. Świeckiego, Warszawa 2017, s. 684; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Wraz z komentarzem do ustawy o świadku koronnym*, Kraków 2003, s. 595.

²⁸ Zob. art. 146 ust. 1 i art. 218 ust. 2 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 2183 ze zm.) oraz art. 293 ust. 4 i art. 315 ust. 2 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz. U. z 2018 r. poz. 1668 ze zm.).

²⁹ *Kodeks postępowania karnego. T. 1: Komentarz do artykułów 1–296*, pod red. P. Hofmańskiego, Warszawa 2011, s. 980.

przesłuchania obejmuje tak samo aplikanta upoważnionego przez adwokata na podstawie art. 77 ustawy – Prawo o adwokaturze³⁰ do zastępowania go jako obrońcy³¹ – co w obecnym stanie prawnym dotyczyć musi także aplikanta radcowskiego, zastępującego radcę prawnego będącego obrońcą na podstawie art. 35¹ u.r.p. Z uwagi na art. 8 ust. 6 u.r.p. pomoc prawna w charakterze obrońcy nie może być świadczona przez radcę prawnego pozostającego w stosunku pracy. Takiego radcy nie może więc obowiązywać zakaz dowodowy wynikający z art. 178 pkt 1) k.p.k., jak również nie może on powoływać się na podstawie art. 225 § 3 k.p.k., że wydane przez siebie lub znalezione u niego w toku przeszukania pisma lub inne dokumenty obejmują okoliczności związane z wykonywaniem przez niego funkcji obrońcy, co oczywiście nie obejmuje sytuacji, gdy dokumenty te związane są z wykonywaniem takiej funkcji przez inną, uprawnioną do tego osobę (np. innego radcę prawnego, niepozostającego w stosunku pracy). Radca prawny pozostawający w stosunku pracy co do zasady może więc powoływać się jedynie na „zwykłą” tajemnicę radcowską, o której mowa w art. 180 § 2 k.p.k., niepodlegającą bezwzględnej ochronie w trybie analogicznym do art. 178 pkt 1) k.p.k. i niepodpadającą pod unormowanie art. 225 § 3 k.p.k., a jedynie art. 225 § 1 i § 2 k.p.k. (z wyjątkiem sytuacji, gdy radca taki występuje w roli obrońcy w innym postępowaniu niż karne, np. jako ustanowiony na podstawie art. 68 ust. 4 u.r.p. obrońca osoby obwinionej w postępowaniu dyscyplinarnym prowadzonym wobec radcy prawnego) oraz oczywiście pod warunkiem przyjęcia szerszej interpretacji tajemnicy obrończej w rozumieniu art. 178 pkt 1) k.p.k., o czym była mowa wcześniej.

W literaturze wskazuje się natomiast, że bezwzględny zakaz procesowego wykorzystania dokumentów zawierających tajemnicę obrończą znalezionych w toku przeszukania obejmuje też dokumenty obejmujące dane, o których adwokat bądź radca prawny dowiedział się, nie będąc wprawdzie formalnie obrońcą, za to działając na podstawie art. 245 § 1 k.p.k., czyli udzielając pomocy prawnej osobie zatrzymanej³². Artykuł 225 § 3 k.p.k. wprawdzie na temat tej sytuacji milczy, jednak argument ten znajduje logiczne oparcie w fakcie, że nowelizując art. 178 pkt 1) k.p.k. z dniem 1 lipca 2003 r.³³, poszerzono właśnie o te osoby bezwzględny zakaz przesłuchania

³⁰ Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1184 ze zm.).

³¹ Postanowienie SN z dnia 26 października 2011 r., sygn. akt I KZP 12/11, OSNKW 2011, nr 10, poz. 90.

³² R.A. Stefański [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, pod red. Z. Gostyńskiego, Warszawa 2003, s. 989.

³³ Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świad-

w charakterze świadka na równi z już figurującym w tym przepisie obrońcą. Brak równoczesnej nowelizacji brzmienia art. 225 § 3 k.p.k. nosi więc niewątpliwie cechy przeoczenia, nie ma bowiem absolutnie żadnych racjonalnych względów, by odmiennie niż dowód z zeznań adwokata lub radcy prawnego działającego w trybie art. 245 § 1 k.p.k. traktować zatrzymane w wyniku przeszukania dokumenty wytworzone w związku z ich działaniem w trybie tego przepisu. Argumenty za taką wykładnią można zresztą – wobec niezrozumiałego milczenia art. 225 § 3 k.p.k. – logicznie wywodzić z art. 226 k.p.k., odsyłającego do odpowiedniego stosowania art. 178 k.p.k. Czynności realizowane przez profesjonalnego prawnika na podstawie art. 245 § 1 k.p.k. wobec osoby zatrzymanej mieszczą się niewątpliwie w granicach szeroko rozumianego prawa do obrony, więc z tych samych względów jedno i drugie źródło dowodowe powinno pozostać bezwzględnie niedostępne dla organu prowadzącego postępowanie.

Abstrahując od wyżej zasygnalizowanych wątpliwości co do zakresu tajemnicy obrończej, wskazać należy na to, jaki jest związek tej szczególnej tajemnicy z kwestią przeszukania kancelarii radcy prawnego. Otóż, jak stanowi art. 225 § 3 k.p.k., jeśli obrońca lub „inna osoba, od której żąda się wydania rzeczy lub u której dokonuje się przeszukania”, oświadczy, że wydane lub znalezione w toku przeszukania dokumenty obejmują okoliczności związane z wykonywaniem funkcji obrońcy, to organ dokonujący czynności pozostawia te dokumenty tej osobie bez zapoznawania się z ich treścią lub wyglądem. Sam sposób sformułowania przepisu pod względem zasadniczej konstrukcji podobny jest do omawianego wyżej art. 225 § 1 k.p.k. – zwłaszcza jeśli chodzi o kluczowe znaczenie wymogu złożenia przez uprawnioną osobę oświadczenia stosownej treści. Ono bowiem dopiero implikuje stosowny obowiązek organu prowadzącego czynność. W tym więc aspekcie adekwatne pozostają w pełni uwagi poczynione przy okazji omawiania unormowania z art. 225 § 1 k.p.k., zwłaszcza jeśli chodzi o niebezpieczeństwa związane z niezłożeniem przez radcę prawnego stosownego oświadczenia, a także obowiązki – tak prawne, jak i etyczne – wykorzystywania przez radcę prawnego przysługujących mu na podstawie art. 225 § 3 k.p.k. kompetencji i troski o ich respektowanie, a przynajmniej o właściwe udokumentowanie przebiegu wadliwie przeprowadzanej przez organ ścigania czynności.

Warto natomiast pochylić się nad zasadniczymi różnicami pomiędzy § 1 a § 3 art. 225 k.p.k. Niewątpliwie szerzej zakreślony został krąg osób mogących złożyć prawnie skuteczne oświadczenie na temat tego, co znajduje się w znalezionym lub dobrowolnie wydanym dokumencie. O ile

ku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2003 r. Nr 17, poz. 155).

bowiem art. 225 § 1 k.p.k. mówił jedynie³⁴ o „osobie, u której dokonano zatrzymania rzeczy lub u której przeprowadza się przeszukanie”, o tyle art. 225 § 3 k.p.k. wyraźnie wylicza obok takiej osoby także obrońcę, co logicznie oznacza, że mogą to być dwie różne osoby, przy czym każda z nich niezależnie od drugiej uprawniona jest do złożenia przewidzianego w tym przepisie oświadczenia. W efekcie organ przeprowadzający przeszukanie będzie zobowiązany do pozostawienia znalezionej dokumentu bez zapoznawania się choćby tylko z jego wyglądem nie tylko w sytuacji, gdy przeszukanie będzie prowadzone u radcy prawnego będącego obrońcą, który oświadczy, że dokument ten obejmuje okoliczności związane z wykonywaniem takiej funkcji. Analogiczny skutek wywoła (co do zasady, bo z wyłączeniem sytuacji przewidzianej w art. 225 § 3 zd. 2 k.p.k., o której mowa będzie za chwilę) złożenie takiego oświadczenia przez jakąkolwiek inną osobę, u której przeprowadza się przeszukanie bądź zatrzymanie. Osobą taką będzie na przykład pracownik kancelarii radcowskiej, zajmujący się przewożeniem korespondencji procesowej, aplikant radcowski, któremu udostępniono akta sprawy w celu szkoleniowym albo przygotowujący rzeczywisty projekt pisma procesowego na zlecenie patrona, praktykant kopiujący dokumenty na polecenie radcy prawnego, czy nawet właściciel hotelu, w którym radca prawny czasowo pozostawił dokumentację procesową w związku z udziałem w rozprawie poza miejscem zamieszkania. Wymieniono tu przypadki zapewne najbardziej typowe, a przy tym oczywiste, gdy osoba niebędąca radcą prawnym w sposób legalny znajdzie się w posiadaniu dokumentu zawierającego tajemnicę obrończą albo dokument taki w sposób legalny znajdzie się w pomieszczeniu należącym do tej osoby. Z drugiej zaś strony skutek przewidziany w art. 225 § 3 zd. 1 k.p.k. nastąpi również w każdej sytuacji, gdy to nie obrońca będzie osobą, wobec której prowadzone jest przeszukanie lub zatrzymanie rzeczy, ale gdy obrońca ten z jakichkolwiek przyczyn będzie obecny przy przeszukaniu i zorientuje się, że wydany przez inną osobę lub zatrzymany u niej dokument zawiera dane objęte tajemnicą związaną z wykonywaniem przez niego funkcji obrońcy. Przykłady takiej sytuacji mogą być bardzo różne. Radca prawny będący obrońcą może oczywiście być obecny podczas przeszukania którejś z wyżej przywołanych osób, z którymi łączy go więzi zawodowe (pracownika kancelarii, aplikanta, praktykanta) albo usługowe. Mogą się wydarzyć także sytuacje raczej trudne do przewidzenia, ale niedające się wykluczyć, na przykład gdy dojdzie do włamania do kancelarii radcy prawnego, a Policja po pościgu zatrzyma sprawcę i podczas przeszukania go ujawni nie tylko skradzione przedmioty o wartości majątko-

³⁴ Pominąć bowiem można jako irrelevantne w kontekście niniejszych rozważań wymienienie w tym przepisie również kierownika instytucji państwowej lub samorządowej.

wej, ale też przypadkiem zabrane wraz z nimi dokumenty zawierające tajemnicę obrończą. W takim przypadku radca prawny, zidentyfikowawszy zatrzymany u złodzieja dokument jako zawierający tajemnicę związaną z wykonywaniem przez niego funkcji obrońcy, powinien oczywiście niezwłocznie złożyć oświadczenie, o którym mowa w art. 225 § 3 zd. 1 k.p.k., aby zapobiec jej ujawnieniu.

Takie oświadczenie w sytuacji, gdy składa je radca prawny będący w jakiejś sprawie obrońcą, a zarazem dokument zawiera dane objęte tajemnicą związaną z wykonywaniem funkcji obrońcy właśnie przez tego radcę, jest dla organu przeprowadzającego czynność bezwzględnie wiążące. Jego weryfikacja przez organ jest możliwa tylko w bardzo wąskim zakresie, wykraczającym poza wyraźny zakaz wynikający z treści przepisu, a więc gdy nie oznacza ona zapoznawania się z treścią i wyglądem dokumentu oraz gdy nie będą budziły wątpliwości pozostałe przesłanki wskazane w tym przepisie. Organ prowadzący przeszukanie może więc na przykład zażądać wykazania, że osoba składająca takie oświadczenie rzeczywiście jest radcą prawnym. Oświadczenie radcy prawnego nie wywołuje też skutków opisanych w tym przepisie, gdy będzie dotyczyło przedmiotu innego niż dokument (np. noża lub broni palnej, choćby przedmiot taki immanentnie związany był z wykonywaniem funkcji obrońcy, gdyż radca prawny zamierzał wykorzystać go dla celów procesowych, przedkładając jako dowód rzeczowy w sprawie, w której faktycznie jest obrońcą). Poza takimi przypadkami oświadczenie obrońcy musi skutkować pozostawieniem dokumentu przez organ prowadzący przeszukanie i powstrzymaniem się od jakiegokolwiek zapoznania z nim. Jakiegokolwiek wątpliwości organu co do prawdziwości oświadczenia obrońcy, że dokument zawiera wiadomości objęte tajemnicą obrończą, nie mają znaczenia i nie mogą wywołać innych skutków niż przewidziane w art. 225 § 3 zd. 1 k.p.k.

Zgodnie z art. 225 § 3 zd. 2 k.p.k. inaczej jest w sytuacji, gdy oświadczenie, o którym mowa w zdaniu 1 składa osoba niebędąca obrońcą. Wówczas organ dokonujący przeszukania może podjąć działania zmierzające do weryfikacji jej oświadczenia, ale tylko ściśle określone. Mianowicie jeśli powźmie wątpliwości co do prawdziwości tego oświadczenia – co leży w sferze swobodnego uznania organu – powinien z zachowaniem rygorów opisanych w art. 225 § 1 k.p.k., a więc bez odczytywania dokumentu, za to po umieszczeniu go w opieczętowanym opakowaniu, przekazać ów dokument uprawnionemu organowi, którym w tym przypadku jest wyłącznie sąd (nie zaś prokurator, który może zapoznawać się jedynie z dokumentami zawierającymi „zwykłą” tajemnicę zawodową). Inaczej też niż w przypadku „zwykłej” tajemnicy radcowskiej, sąd nie jest władny orzec o zwolnieniu radcy prawnego z tajemnicy obrończej. Kontrola sądowa sprowadza się do zapoznania z dokumentem i oceny, czy rzeczywiście za-

wiera on wiadomości objęte tą kwalifikowaną tajemnicą radcowską (bądź adwokacką). Jeśli tak – sąd zwraca dokument osobie, od której go zabrano, a jeśli nie – wydaje postanowienie o zatrzymaniu dla celów postępowania, oczywiście o ile dokument ten rzeczywiście ma jakieś znaczenie dla tego postępowania, w przeciwnym bowiem razie dokument ten również powinien być zwrócony, choć już nie ze względu na zawartą w nim tajemnicę obrończą, ale po prostu ze względu na brak merytorycznych powodów do jego zatrzymywania. Dokumentu zawierającego tajemnicę obrończą nie sposób w żaden sposób legalnie wprowadzić jako dowodu do procesu karnego, choćby miał on dla niego istotne znaczenie. Tajemnica ta jest chroniona w sposób bezwzględny i nie jest możliwe pozostawienie w aktach sprawy dokumentu ją zawierającego w trybie decyzji podjętej na podstawie art. 226 zd. 1 k.p.k., albowiem w tym przypadku przepis ów odsyła nie do posiłkowego stosowania art. 180 § 2 k.p.k., lecz art. 178 pkt 1) k.p.k. Nie ma przy tym znaczenia, w jaki sposób organ procesowy wszedł w posiadanie dokumentu zawierającego tajemnicę obrończą, a więc nie tylko, gdy doszło do tego w wyniku przeszukania³⁵, choćby formalnie legalnego. Na postanowienie sądu wydane w sprawie postępowania z dokumentami przekazanymi w trybie art. 225 § 3 zd. 2 k.p.k. przysługuje zażalenie na podstawie art. 236 § 1 k.p.k., przy czym nie przysługuje ono prokuratorowi bądź innemu organowi prowadzącemu postępowanie przygotowawcze albo dokonującemu przeszukania, bo żadnego z tych organów nie zalicza się on do „osób, których prawa zostały naruszone” w rozumieniu art. 236 § 1 k.p.k.

Jak zasygnalizowano w jednym z wcześniejszych fragmentów, reguły wynikające z art. 225 k.p.k. aktualizują się bezpośrednio dopiero na etapie faktycznego przeprowadzania czynności przeszukania, gdy organ procesowy zatrzyma bądź zostanie mu dobrowolnie wydany dokument, co do którego uprawniona osoba złoży oświadczenie, że zawiera on wiadomości objęte prawnie chronioną tajemnicą. Tylko jednak pozornie sięganie do tego unormowania byłoby przedwczesne już na etapie podejmowania decyzji o przeszukaniu na podstawie art. 219 § 1 k.p.k. Na unormowania regulujące czynność przeszukania należy bowiem – jak zresztą na unormowania dotyczące każdej niemal instytucji prawnej – patrzeć w sposób kompleksowy, uwzględniający cel tej czynności, jej dopuszczalne skutki, a także dbałość o przestrzeganie norm o charakterze zasadniczym, do których zalicza się te, które chronią dobra szczególnej wartości. W efekcie nie tylko za bezsensowne, ale za wręcz wprost obrażające prawo uznać należałoby przeszukanie, którego zamierzonym celem byłoby uzyskanie dokumentów zawierających wiadomości objęte tajemnicą prawnie chro-

³⁵ K. Boratyńska, A. Górski [w:] K. Boratyńska [et al.], *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 487.

nioną, z której niemożliwe jest zwolnienie (a więc na przykład tajemnicą obrończą) albo z której zwolnienie wymaga spełnienia warunków, których spełnienia oczekiwać nie należy. Tylko w przypadku odczytywania przesłanek z art. 219 § 1 k.p.k. w oderwaniu od innych przepisów (zwłaszcza art. 178, 180, 225 i 226 k.p.k.) za legalne uznać by można wydanie postanowienia o przeszukaniu kancelarii radcy prawnego po to, by znaleźć w niej dokumenty związane z udzielaniem przez radcę prawnego pomocy prawnej osobie będącej przedmiotem zainteresowania prokuratora (czyli podejrzanego bądź osoby potencjalnie podejrzaną), a których odnalezienia zasadnie można oczekiwać w takiej kancelarii, jeśli radca prawny rzeczywiście świadczył pomoc prawną temu delikwentowi. Zlecenie takiego przeszukania będzie jednak należało ocenić jako bezprawne, jeśli zarządzający je prokurator z góry będzie wiedział, że radca prawny świadczył tej osobie pomoc prawną jako obrońca lub w trybie art. 245 § 1 k.p.k., a więc że wszelkie dokumenty związane z udzielaniem tej pomocy nie będą mogły być legalnie wykorzystane w procesie karnym, a jakkolwiek wgląd w ich treść – nawet jeśli przy okazji tej czynności nastąpi, np. wskutek zaniedbania złożenia stosownego oświadczenia w trybie art. 225 § 3 zd. 1 k.p.k. – będzie działaniem w złej wierze, nakierowanym na intencjonalne naruszenie tajemnicy, której naruszać żadnemu organowi procesowemu nie wolno, a której naruszenie godzi w podstawowe prawa i wolności człowieka³⁶. W przypadku „zwykłej” tajemnicy zawodowej sytuacja jest o tyle mniej klarowna, że zwolnienie z jej zachowania jest w pewnych sytuacjach możliwe, więc co do zasady nie można wykluczyć prawidłowości i legalności decyzji o przeszukaniu, wydanej w celu ujawnienia właśnie danych objętych taką tajemnicą. Także w tym zakresie art. 219 § 1 k.p.k. należy jednak interpretować nie tylko możliwie rygorystycznie, ale też w kontekście całokształtu unormowań dotyczących tajemnicy radcy prawnego, w tym zwłaszcza takich przesłanek z art. 180 § 2 k.p.k., jak dobro wymiaru sprawiedliwości oraz niemożność ustalenia danej okoliczności na podstawie innego dowodu. W dotychczasowym orzecznictwie uznaje się, że niedopuszczalne jest wydanie postanowienia o uchyleniu tajemnicy zawodowej wiążącej konkretnego radcę prawnego, poprzez wyrażenie zgody na zatrzymanie i wykorzystanie w dalszym procesie zabezpieczonych w toku przeszukania kancelarii radcy dokumentów „z pominięciem jednoznacznej konkretyzacji przedmiotowego zakresu zgody (co do faktów, które mają być przedmiotem dowodzenia), a także bez konkretyzacji podmiotowej w zakresie wydawanej zgody w sytuacji, gdy dokumenty te zawierają

³⁶ Zob. np. wyrok ETPCz z dnia 16 grudnia 1992 r. w sprawie *Niemietz przeciwko Niemcom*, w którym stwierdzono, że przeszukiwanie kancelarii adwokackiej w toku postępowania karnego, którego celem jest znalezienie dokumentów związanych z obroną, narusza art. 8 europejskiej Konwencji praw człowieka i podstawowych wolności.

dane objęte tajemnicą zawodową (radcy prawnego, adwokata, notariusza), a zarazem są one powiązane z wykonywaniem określonych czynności zawodowych również przez inne osoby, nie objęte wnioskiem prokuratora”³⁷. Sąd nie może nigdy wydawać blankietowej zgody na uchylenie tajemnicy radcowskiej wobec całego zbioru dokumentów, lecz wyłącznie w odniesieniu do dokumentów dotyczących konkretnych faktów, które mogą być istotne dla rozstrzygnięcia konkretnego procesu³⁸. Jest przy tym obowiązkiem prokuratora uwiarygodnienie takiej tezy, a obowiązkiem sądu dokonanie weryfikacji tezy prokuratora, a nie dokonywanie za niego analizy i ocen jakiegoś kompleksu danych (z wyłączeniem oczywiście dokumentów mających zawierać tajemnicę obrończą, z którymi prokurator w ogóle nie ma prawa się zapoznawać). Pomijając kwestię tajemnicy obrończej, to na prokuratorze więc spoczywa ciężar wskazania i udowodnienia przesłanek uzasadniających zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej; nie wypełniając tego obowiązku, prokurator naraża się na oddalenie składanego w sprawie wniosku³⁹.

Z takiej linii interpretacyjnej należy logicznie wnioskować, że także samo zarządzanie przeszukania kancelarii radcy prawnego bez precyzyjnego stwierdzenia, jakie konkretnie okoliczności wymagają ustalenia i za pomocą jakich faktycznie mogących się z niej znajdować dokumentów, bez podjęcia rzetelnych prób wykazania tych okoliczności w inny sposób i bez kompetentnej analizy, na ile realne jest oczekiwanie, że sąd udzieli zgody na uchylenie tajemnicy zawodowej w tym zakresie, również oceniać należy jako działanie niemieszczące się w granicach prawa, a w związku z tym możliwe do kwestionowania w drodze stosownych środków prawnych. Ich skuteczność w kontekście budzącego tak poważne kontrowersje art. 168a k.p.k., niewątpliwie będącego nie tylko w przyszłości przedmiotem oceny nie tylko polskich organów wymiaru sprawiedliwości, ale zapewne też sądów międzynarodowych, wykracza poza temat niniejszego opracowania.

Ten fragment wywodu podsumować należy natomiast stwierdzeniem, że generalnie każde przeszukanie, jako czynność dotkliwie ingerująca w prawa i wolności człowieka, powinno mieć charakter możliwie ograniczony. Wiąże się z tym postulat kierunkowości przeszukania, znajdujący oparcie w treści art. 219 § 1 k.p.k., z którym sprzeczne jest – znane niestety

³⁷ Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 4 listopada 2010 r., sygn. akt II AKz 588/10, „Orzecznictwo Apelacji Wrocławskiej” 2011, nr 3, poz. 225.

³⁸ Zob. np. postanowienia SA w Krakowie: z dnia 19 marca 2009 r., sygn. akt II AKz 64/09, KZS 2009, z. 4, poz. 35 oraz z dnia 21 kwietnia 2010 r., sygn. akt II AKz 129/10, KZS 2010, z. 5, poz. 36.

³⁹ Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 19 września 2009 r., sygn. akt II AKz 472/09, LEX nr 534456.

z dość powszechnej praktyki – prowadzenie przeszukań bez choćby przybliżonego dookreślenia, czego się szuka. Artykuł 219 § 1 k.p.k. wymaga zaś celu, jakim jest znalezienie rzeczy „mogących stanowić dowód w sprawie”, przy czym oczywiście chodzi tu o sprawę w rozumieniu tego właśnie procesu karnego, w ramach którego przeprowadza się przeszukiwanie, a więc poświęconego konkretnemu czynowi lub czynom. Muszą przy tym istnieć uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że „wymienione rzeczy” znajdują się w miejscu, które ma być przeszukane. Nie chodzi tu więc z pewnością o szukanie w ciemno wszelkich rzeczy, które mogą w przyszłości posłużyć jako dowód w sprawie o jakiegokolwiek przestępstwo, jeszcze nieznanie organom ścigania, a których wykrycie pozwoli dopiero *ex post* potwierdzić, że znajdowały się w miejscu przeszukania. Tymczasem nawet w tych przypadkach, gdy przeszukiwanie odbywa się na podstawie formalnego postanowienia o przeszukaniu wydanego przez prokuratora – a więc przez organ niewątpliwie dobrze znający prawo i mający czas na przemyślenie swojej decyzji i prawidłowe wytyczenie granic planowanej czynności – nieincydentalna jest praktyka wskazywania jedynie na wstępie w miarę sprecyzowanych przedmiotów, które są poszukiwane w związku ze zdarzeniami będącymi przedmiotem procesu (np. konkretnego mienia będącego przedmiotem zaboru albo określonej dokumentacji księgowej związanej z procederem nadużyć podatkowych), uzupełniona formułą upoważniającą do poszukiwania także „innych przedmiotów pochodzących z przestępstwa lub służących do jego popełnienia albo których posiadanie jest zabronione”. W rzeczywistości zapis taki nie jest wskazaniem konkretnego celu przeszukania, a jedynie skrótowym przywołaniem abstrakcyjnych ustawowych przesłanek przepadku przedmiotów, przewidzianych w art. 44 § 1, 2 i 6 k.k. Daje on jednak organom realizującym taką decyzję formalny pretekst do dokonania przeszukania totalnego i zatrzymania każdej rzeczy, której pochodzenie lub przeznaczenie wzbudzi wątpliwości Policji, choćby w oczywisty sposób rzecz ta nie miała związku z dotychczasowym przedmiotem postępowania, a więc nie mogła „stanowić dowodu w sprawie”, czego wymaga art. 219 § 1 k.p.k. przy określaniu celu przeszukania. W prawie polskim nie obowiązuje jednak tzw. zakaz spożywania owoców zatrutego drzewa, w związku z czym dowody rzeczowe jakiegos innego przestępstwa, ujawnione przy okazji przeszukania wykraczającego dalece poza jego *ex ante* ocenianą zasadność, nie podlegają eliminacji, z czego zresztą wynika ta bardzo wątpliwa praktyka, znamionująca zarządzanie przeszukań. Skoro zaś nawet postanowienia wydane przez prokuratora afirmują taką praktykę, tym bardziej towarzyszyć ona musi przeszukiwaniom dokonywanym „w wypadkach niecierpiących zwłoki” w trybie art. 220 § 3 k.p.k., to jest na podstawie nakazu kierownika jednostki organu dokonującego przeszukanie lub tyl-

ko na podstawie legitymacji służbowej funkcjonariusza kierującego na miejscu przeszukaniem, co samo w sobie jest instytucją nadużywaną z uwagi na nad wyraz pojemne interpretowanie warunku „niemożności wydania postanowienia o przeszukaniu przez sąd lub prokuratora”. W doktrynie przyjmuje się, że chodzi tu o sytuację, gdy zwłoka związana z uzyskaniem postanowienia mogłaby spowodować utratę rzeczy w wyniku jej ukrycia lub zniszczenia⁴⁰, jednak osoba poddana przeszukaniu „w wypadku niecierpiącym zwłoki” nie ma niestety skutecznej możliwości przeciwstawienia się takiemu przeszukaniu, nawet jeśli dla każdego zorientowanego w realiach czynności uczestnika czynności – nie wyłączając funkcjonariuszy przeprowadzających przeszukanie – jest oczywiste, że żadne realne przeszkody w wystąpieniu do prokuratora o wydanie postanowienia o przeszukaniu nie wystąpiły, a za wypadkiem niecierpiącym zwłoki stoi w rzeczywistości czyjaś wygoda bądź wręcz lenistwo. W postępowaniu sądowym ryzyko nadużywania tej instytucji praktycznie nie występuje, gdyż na tym etapie Policja nie prowadzi już samodzielnie żadnych czynności wykrywczych bądź dowodowych, a jedynie realizuje czynności zlecone jej przez sąd, każde przeszukanie dokonywane jest więc na podstawie formalnie wydanego przez sąd postanowienia. Na etapie postępowania przygotowawczego rozwiązanie przewidziane w art. 220 § 3 k.p.k. jako wyjątkowe okazało się niestety być nad wyraz wygodne nie tylko dla Policji, ale też dla prokuratorów. Zwłaszcza że sięgnięcie po ten przepis jest możliwe w każdej sprawie, nie ma bowiem żadnych ograniczeń przedmiotowych (np. uzależnienia od rodzaju czy wagi przestępstwa), więc zazwyczaj nie ma żadnych problemów z zatwierdzeniem dokonanego bez uprzedniego postanowienia prokuratora przeszukania (czego wymaga w każdym takim przypadku art. 220 § 3 zd. 1 k.p.k.), nawet jeśli niespełnienie wspomnianego wyżej wymogu niemożności uprzedniego uzyskania postanowienia prokuratorskiego jest dość oczywiste. Niestety nie bez wpływu na to może być budząca poważne wątpliwości – choć znajdująca oparcie w obecnym stanie prawnym – instytucja doręczania takiego zatwierdzenia osobie, u której dokonano przeszukania, jedynie w razie zgłoszenia przez nią stosownego żądania, przy czym musi być ono zgłoszone do protokołu przeszukania. Wystarczy więc zapomnieć o tym uprawnieniu w momencie podpisywania protokołu (bo wtedy uczestnik czynności ma możliwość skutecznego złożenia stosownego wniosku i zadbania, by został on prawidłowo odnotowany) albo nie dostrzec lub nie w pełni zrozumieć treść pouczenia o tym uprawnieniu⁴¹,

⁴⁰ A. Kryże, *op. cit.*, s. 402.

⁴¹ W przypadku braku pouczenia przez organ (albo pouczenia mylnego) sytuacja jest odmienna. Zgodnie bowiem z art. 16 § 1 k.p.k. takie nawet nieświadome uchybienie organu nie może wywoływać ujemnych skutków procesowych dla uczestnika postę-

przedstawianego zazwyczaj do podpisu wraz z całym protokołem, by pozbawić się możliwości uzyskania informacji, czy w ogóle prokurator zatwierdził przeszukanie dokonane przez Policję bez uprzedniego postanowienia. Wgląd w akta sprawy na ogólnych zasadach uzyska wówczas tylko ta poddana przeszukaniu osoba, która jest lub stanie się stroną postępowania, przy czym będzie mogło to nastąpić z dużym opóźnieniem, zwłaszcza jeśli prokurator odmówi jej wglądu w akta sprawy przed zakończeniem postępowania przygotowawczego. Niezgłoszenie przez osobę poddaną przeszukaniu w trybie art. 220 § 3 k.p.k. wniosku o doręczenie zatwierdzenia przeszukania nie zwalnia wprawdzie Policji z obowiązku uzyskania takiego zatwierdzenia czynności, jednak – jak wspomniano – z reguły nie ma żadnych problemów z uzyskaniem takiego zatwierdzenia nawet w sytuacjach wątpliwych. Zgodnie z § 160 reg. prok. podejmując decyzję w przedmiocie zatwierdzenia zatrzymania rzeczy lub przeszukania, prokurator powinien wprawdzie nie tylko ustalić, czy czynności te były uzasadnione i czy zostały przeprowadzone oraz udokumentowane zgodnie z przepisami Kodeksu postępowania karnego, ale też ustalić, czy postanowienie o zarządzeniu przeszukania nie mogło być uprzednio wydane przez prokuratora. W praktyce jednak postanowienie o zatwierdzeniu przeszukania nierzadko sprowadza się do jednozdaniowej, abstrakcyjnej w treści formułki, że dokonanie przeszukania było uzasadnione okolicznościami sprawy i znajdowało oparcie w treści art. 219 i 220 k.p.k. Zaś kwestia możliwości bądź niemożliwości uprzedniego wydania postanowienia przez prokuratora w ogóle nie jest wyraźnie stwierdzana, co oczywiście pozbawione jest jakiegokolwiek wartości argumentacyjnej, bo takie hasłowe tezy nie poddają się w rzeczywistości jakiegokolwiek weryfikacji. Nie zmienia to w niczym faktu, że złożenie wniosku o doręczenie postanowienia zatwierdzającego przeszukania (podobnie jak analogicznego wniosku w przypadku zatrzymania dobrowolnie wydanej rzeczy – art. 217 § 4 k.p.k.) powinno być działaniem automatycznym. Zawsze bowiem zwróci uwagę prokuratora na dokonaną bez jego polecenia czynność głęboko ingerującą w prawa jednostki i być może skłoni go do rzetelnego pochylenia się nad jej legalnością i prawidłowością (choćby z uwagi na wyraźne brzmienie § 160 reg. prok.), a osobie dotkniętej tymi czynnościami da formalne potwierdzenie, że właściwy organ takiej kontroli czynności dokonał. Inna sprawa, że opisana wyżej standardowa słabość uzasadnienia decyzji o zatwierdzeniu czynności przeszukania, może okazać się później dobrym argumentem dla kwestionowania jej legalności i prawidłowości, co bezpośrednich negatywnych skutków samego przeprowadzenia czynności oczywiście już nie cofnie, ale może będzie miało znaczenie w kontek-

powania lub innej osoby, której dotyczy, co oznacza, że termin na zgłoszenie żądania pozostaje otwarty.

ście wyników całego procesu. Dla porządku należy tu jeszcze wskazać, że doręczenie postanowienia o zatwierdzeniu zatrzymania rzeczy powinno nastąpić w ciągu 14 dni od zatrzymania rzeczy (art. 217 § 4 zd. 2 k.p.k.), a postanowienia o zatwierdzeniu przeszukania – w ciągu 7 dni od tej czynności (art. 220 § 3 zd. 2 k.p.k.).

Na zakończenie można dodać, że w przypadku zatrzymania rzeczy złożenie wniosku o zatwierdzenie zatrzymania ma bardzo istotne znaczenie także z innego względu. Otóż, w myśl art. 230 § 1 k.p.k., jeżeli zatrzymanie rzeczy lub przeszukanie nastąpiło bez uprzedniego polecenia sądu lub prokuratora (czyli bez wydania postanowienia przez organ prowadzący postępowanie na danym jego etapie o przeszukaniu lub zatrzymaniu rzeczy, bo tylko w takiej formie może być wydane polecenie, o którym literalnie mówi art. 220 § 1 k.p.k.), a w ciągu 7 dni od czynności nie nastąpiło jej zatwierdzenie, wówczas należy zwrócić osobie uprawnionej zatrzymane rzeczy – jednak z wyjątkiem sytuacji, gdy nastąpiło dobrowolne wydanie rzeczy, a osoba ta nie złożyła wniosku o zatwierdzenie zatrzymania na podstawie art. 217 § 4 k.p.k. Upadek zatrzymania dotyczy zarówno sytuacji, gdy uprawniony organ – czyli z reguły prokurator – postanowieniem wprost odmówi zatwierdzenia przeszukania, jak i sytuacji, gdy z jakichkolwiek względów (choćby bezwiednie) w ogóle organ ten nie wyda rozstrzygnięcia w kwestii zatwierdzenia bądź niezatwierdzenia przeszukania. Jak podniesiono w doktrynie odmowa zatwierdzenia przeszukania pozbawia je charakteru ważnej czynności procesowej, w związku z czym również sam protokół z takiego przeszukania nie może być wykorzystany w procesie w charakterze dowodu⁴².

⁴² A. Kryże, *op. cit.*, s. 404.

Andrzej Gorgol

Tajemnica zawodowa radcy prawnego jako ograniczenie przymusu raportowania schematów podatkowych

Uwagi wstępne

Klasycznym atrybutem państwa jest wykonywanie władztwa podatkowego na własnym terytorium w stosunku do podmiotów, które mają na tym terytorium siedzibę lub miejsce zamieszkania. Zasada domicylu w prawie podatkowym powoduje, że rezydenci objęci są nieograniczonym obowiązkiem podatkowym. Oznacza to, że płacą podatki niezależnie od tego, czy zdarzenia podlegające opodatkowaniu zaistniały w kraju, czy na terytorium obcego państwa. Zakres podmiotowy jurysdykcji podatkowej rozciąga się również na nierezydentów, którzy są adresatami ograniczonego obowiązku podatkowego. Wówczas, stosownie do reguły opodatkowania u źródła podatku, podmioty te płacą w Polsce podatek tylko od dochodu, przychodu i majątku osiągniętego na jej terytorium. Wynika z tego wniosek, że jurysdykcje podatkowe różnych państwa nakładają się na siebie ze względów podmiotowych lub przedmiotowych, gdy występuje element transgraniczny w ukształtowaniu obowiązku podatkowego. Z tego powodu wypracowano reguły kolizyjne, które mają na celu eliminowanie podwójnego opodatkowania. Wskazują one na właściwość organów państwa do zajęcia się daną sprawą podatkową. Zazwyczaj mają one charakter dwu- lub wielostronnej umowy międzynarodowej, która po ratyfikowaniu przez Polskę i opublikowaniu w Dzienniku Ustaw staje się prawem powszechnie obowiązującym w kraju¹. Umowy te mają większą moc prawną w stosunku do ustaw podatkowych oraz przepisów wykonawczych wydanych na podstawie i w granicach zawartych w ich treści upoważnień.

¹ Zob. art. 91 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.), dalej jako: Konstytucja RP.

W Unii Europejskiej władztwo podatkowe państwa członkowskiego ulega dodatkowo ograniczeniu przez obowiązek stosowania bezpośrednio obowiązujących przepisów pierwotnego prawa unijnego² oraz proces harmonizacji regulacji krajowych. Można uznać, że Polska dobrowolnie przeniosła na struktury unijne niektóre atrybuty władztwa podatkowego, aby były one lepiej ukształtowane i wykonywane niż w przypadku klasycznej suwerenności podatkowej pojedynczego państwa. Granice kompetencji Unii Europejskiej wyznacza zasada przyznania³. Oznacza to, że jej organy działają tylko w granicach kompetencji przyznanych przez państwa członkowskie w postanowieniach traktatowych i które są niezbędne do zrealizowania celów tej organizacji ponadnarodowej. Następnym tego rozwiązaniem jest rozgraniczenie władztwa podatkowego państwa członkowskiego i Unii Europejskiej. Zastrzeżono jednoznacznie, że wszelkie kompetencje nieprzyznane tej organizacji w prawie traktatowym należą do państw członkowskich⁴. Warto przy tym zauważyć, że chociaż użyto liczby mnogiej w stosunku do państw, nie należy tego rozumieć jako wspólne wykonywanie władztwa podatkowego przez dwa lub więcej państw. Każde z nich ma bowiem odrębną jurysdykcję podatkową, której fundamentem jest własna ustawa zasadnicza. Niewątpliwie w Polsce jest ona prawem najwyższym, stosowanym wprost w sprawach podatkowych.

Unikanie oraz obejście opodatkowania stanowią zjawiska negatywne z punktu widzenia interesu fiskalnego państwa. Powodują bowiem erozję bazy podatkowej i przerzucenie zysków do tych państw lub terytoriów, które są przyjazne dla podatników. W agresywnej optymalizacji podatkowej wykorzystywane są nie tylko raje podatkowe, ale także schematy podatkowe transgraniczne zarówno unijne, jak i międzynarodowe. Może ona powodować zakłócenia w konkurencji rynkowej. Przedsiębiorcy unikający płacenia należnych kwot podatków uzyskują niezasadną korzyść w stosunku do pozostałych podatników, która stwarza im uprzywilejowaną pozycję na rynku. Konieczność eliminowania agresywnej optymalizacji podatkowej jest niewątpliwa i powszechnie akceptowana. Biorąc pod uwagę globalizację działalności gospodarczej, funkcjonowanie jednolitego rynku unijnego oraz fakt, że polski rynek jest segmentem większej całości unijnej, skuteczne rozwiązania ograniczające zjawiska unikania opodatkowa-

² Zob. art. 91 ust. 3 Konstytucji RP. Zasada prymatu prawa unijnego nad prawem krajowym nie jest wyrażona wprost w prawie unijnym, ale została sformułowana w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 lipca 1964 r. w sprawie C-6/64 *Flaminio Costa przeciwko E.N.E.L.* (Ente nazionale energia elettrica, impresa già della Edison Volta).

³ Zob. art. 5 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 202/13 z 7.06.2016), dalej jako: TUE.

⁴ Zob. art. 5 ust. 2 TUE.

nia i obejścia przepisów prawa podatkowego wymagają koordynowania działań i środków podejmowanych na płaszczyznach: międzynarodowej, unijnej i krajowej. Zasygnalizowane problemy i zagrożenia nie mogą być usunięte w ramach polityki podatkowej tylko jednego państwa, gdyż – jak już wspomniano – wykorzystują one różnice w regulacjach prawnych różnych jurysdykcji podatkowych oraz czynniki transgraniczne.

Niniejsze opracowanie ma na celu wykazanie, że tajemnica wykonywania zawodu radcy prawnego stała się instytucją prawa podatkowego, która kształtuje dopuszczalny zakres obowiązku raportowania schematów podatkowych organom podatkowym. Łączy się z tym nie mniej istotna teza, iż podejmowane działania zwalczające agresywną optymalizację podatkową powodują istotne zagrożenia dla wykonywania pomocy prawnej przez profesjonalnego prawnika. Zakres tematyczny rozważań obejmuje zatem unijne i krajowe regulacje schematów podatkowych, które już obowiązują lub planowane jest ich wprowadzenie. Natomiast zalecenia organizacji międzynarodowych, które nie są prawem powszechnie obowiązującym, jak i rozwiązania prawne obowiązujące w państwach członkowskich Unii Europejskiej innych niż Polska, zostały przywołane w niniejszym opracowaniu w ograniczonym zakresie tylko wówczas, gdy stanowią źródło inspiracji dla podjętych działań legislacyjnych.

I. Tajemnica wykonywania zawodu profesjonalnego prawnika jako instytucja prawa unijnego

Niewątpliwie punktem odniesienia do konstruowania w prawie unijnym obowiązku raportowania uzgodnień transgranicznych były standardy wymiany informacji finansowych opracowane w ramach Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD)⁵. Z tego powodu należy zatem uznać za zasadne ustalenie, jakie rozwiązania modelowe zalecała do zastosowania ta organizacja międzynarodowa w zakresie wspólnego występowania obowiązku przestrzegania tajemnicy zawodowej przez profesjonalnego prawnika i przeciwnej do niego powinności ujawnienia informacji o schemacie podatkowym. W 2015 r. został opublikowany końcowy raport z działań podjętych przez państwa OECD i G20 w celu przeciwdziałania erozji bazy podatkowej i transferowi zysków za pomocą wprowadzenia

⁵ Zob. pkt 1 preambuły Dyrektywy Rady (UE) 2018/822 z dnia 25 maja 2018 r. zmieniającej dyrektywę 2011/16/UE w zakresie obowiązkowej automatycznej wymiany informacji w dziedzinie opodatkowania w odniesieniu do podlegających zgłoszeniu uzgodnień transgranicznych (Dz. Urz. UE L 139/1 z 5.06.2018), dalej jako: dyrektywa 2018/822.

obowiązku raportowania uzgodnień podatkowych⁶. Wzorując się na regulacjach obowiązujących w Wielkiej Brytanii, Portugalii, Irlandii i Republice Południowej Afryki, przyjęto rozwiązanie, że adresatem obowiązku raportowania schematów podatkowych będzie podmiot korzystający z nich, gdy tzw. promotorowi zapewniono przywileje profesjonalnego prawnika⁷. Dotyczy to sytuacji, gdy schematy promowane są przez prawnika, którego przepisy prawa krajowego chronią przed ujawnianiem informacji objętych pełnym zakresem obowiązku ich raportowania. Dopuszczono alternatywne rozwiązanie, że klientowi profesjonalisty przysługuje uprawnienie do rezygnacji z ochrony, której źródłem jest przywilej przysługujący profesjonalnemu prawnikowi. Wówczas zamiast korzystającego ze schematu podatkowego adresatem obowiązku przekazania informacji o takim uzgodnieniu pozostaje prawnik – promotor. Dodatkowo OECD sformułowała również kontrowersyjną tezę, że na profesjonalistcie ciąży obowiązek poinformowania zarówno swojego klienta o obowiązku raportowania przez niego schematu podatkowego, jak i administracji skarbowej o występowaniu kolizji pomiędzy obowiązkiem ujawnienia informacji a prawnym przywilejem zachowania tych danych w tajemnicy.

Wątpliwości budzi przede wszystkim to, że w tym ujęciu OECD tajemnica zawodowa prawnika wykonującego swój zawód staje się instytucją iluzoryczną. Profesjonalista ujawnia bowiem dane objęte jej zakresem. Standardy tej organizacji postrzegają tajemnicę w kategoriach wyłącznie przywileju, a pomijają istotny w warunkach polskich aspekt przymusu jej przestrzegania. Wreszcie nie mniej ważne jest to, że ingerują w sferę szczególnie wrażliwą dla prawidłowego reprezentowania interesów klienta przez działającego w jego imieniu prawnika. Brak zaufania do profesjonalisty, wyrażający się w braku pewności zachowania przez niego w tajemnicy wszelkich poufnych danych udostępnionych na zasadzie poufności, podważa fundament świadczenia pomocy prawnej. Prawnik powinien doradzać swojemu klientowi, a nie organowi podatkowemu, który może podejmować działania niekorzystne dla mocodawcy. W takiej sytuacji występuje sprzeczność interesów, która wyklucza prawidłowe wykonywanie zawodu prawniczego. Zalecenia OECD ujmuje tajemnicę zawodową w kategoriach względnych, czyli uzależniają jej przestrzeganie od woli klienta korzystającego z obsługi prawnej. Natomiast pomijają kwestię, że przepisy krajowe mogą nakładać na profesjonalistę obowiązek zachowania w poufności informacji udostępnionych w ramach świadczenia usług prawniczych bez względu na oczekiwania mocodawcy.

⁶ OECD (2015), Mandatory Disclosure Rules, Action 12, 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris 2015, pp. 100, dalej jako: raport OECD.

⁷ Zob. pkt 70 raportu OECD.

Tajemnica zawodowa jest pojęciem normatywnym, które występuje w dyrektywie 2018/822 zarówno w jej preambule, jak i w regulacjach prawnych. W celach legislacyjnych wykorzystano je trzykrotnie. Należy zatem uznać, że stanowi uboczne sformułowanie języka prawnego, pełniące funkcje pomocnicze w stosunku do uregulowania podstawowego zagadnienia, jakim jest obowiązek raportowania schematów podatkowych. Tajemnica zawodowa nie jest koniecznym elementem do zaistnienia powinności ujawnienia informacji organom podatkowym. Wprost przeciwnie, jej oddziaływanie jest negatywne, gdyż objęte jej zakresem dane nie są jawne. Prawo unijne przewiduje zwolnienie pośrednika (w tym profesjonalnego prawnika) z obowiązku przekazywania informacji dotyczących podlegających zgłoszeniu uzgodnień transgranicznych, jeżeli takie zgłoszenie wiązałoby się z naruszeniem tajemnicy zawodowej na mocy prawa krajowego tego państwa członkowskiego⁸. Rozwiązanie to ma charakter warunkowy, gdyż przesłanką jego zastosowania jest naruszenie tajemnicy zawodowej w następstwie raportowania uzgodnień transgranicznych. Wynika z tego, że obowiązek przestrzegania tej tajemnicy stanowi wartość wyżej umiejscowioną w unijnej aksjologii niż powinność ujawnienia danych o schematach podatkowych. Uprawnienie do zastosowania zwolnienia z powinności przekazywania informacji organom podatkowym jest ukształtowane krajowymi przepisami korporacyjnymi. Pośrednik może skorzystać z tej instytucji tylko, gdy działa na podstawie i w granicach tych unormowań.

Warto podkreślić, że dyrektywa 2018/822 nie ustanawia jednolitego wzorca uregulowania wpływu tajemnicy zawodowej na stosowanie zwolnienia z obowiązku raportowania schematów podatkowych. Państwa członkowskie mają własne kompetencje w uregulowaniu funkcjonowania samorządów prawniczych. Charakter, zakres i treść tajemnicy zawodowej mogą być zróżnicowane na terytorium unijnym w wyniku suwerennych działań legislatorów praw krajowych. Unormowanie unijne nie nakłada na profesjonalnego prawnika obowiązku zwolnienia się z powinności raportowania organom podatkowym danych o uzgodnieniach transgranicznych. Jedynie pozostawia temu podmiotowi możliwość zastosowania tego przywileju korporacyjnego. Podobnie, jak wspomniane powyżej zalecenia OECD, pomijają korporacyjny obowiązek przestrzegania tajemnicy zawodowej. Wydaje się, że ta wada ma źródło w istocie dyrektywy jako unijnego aktu prawnego. Wiąże ona tylko państwa członkowskie, do których jest skierowana, w zakresie osiągnięcia oczekiwanego rezultatu⁹. Nie wynikają z niej natomiast bezpośrednio obowiązki dla innych podmiotów prawa krajowego. Prawo traktatowe gwarantuje krajowym organom swobodę

⁸ Zob. art. 8ab ust. 5 dyrektywy 2018/822.

⁹ Zob. art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 202/47 z 7.06.2016), dalej jako: TFUE.

wyboru formy i środków osiągnięcia celu wskazanego w dyrektywie. Odnosząc te rozważania do unijnego uregulowania obowiązku raportowania schematów podatkowych, należy podkreślić, że nie precyzuje ona wszystkich środków, które mogą być podjęte przez państwo członkowskie w celu objęcia profesjonalnego prawnika zwolnieniem z obowiązku informowania organu podatkowego o uzgodnieniach transgranicznych.

Z uwagi na fakt występowania wielu języków urzędowych Unii Europejskiej o równorzędnej mocy obowiązywania wykładnia celowościowa (funkcjonalna) przepisów prawa unijnego ma większe znaczenie od dominującej w prawie krajowym interpretacji językowo-gramatycznej. Ustalenie celu wprowadzenia obowiązku raportowania schematów podatkowych, zarazem związania państwa członkowskiego tym rezultatem, który ogranicza również potencjalny dobór środków ukierunkowanych na stworzenie możliwości zastosowania zwolnienia z powinności ujawnienia danych podatkowych, wymaga więc analizy preambuły dyrektywy 2018/822. Motyw działań legislacyjnych został sformułowany jednoznacznie jako „poprawa funkcjonowania rynku wewnętrznego poprzez zniechęcenie do korzystania z transgranicznych uzgodnień z zakresu agresywnego planowania podatkowego”¹⁰.

Warto więc podkreślić, że państwa członkowskie UE zobowiązane są do osiągnięcia rezultatu, jakim jest poprawa funkcjonowania jej rynku wewnętrznego. Natomiast obowiązek raportowania uzgodnień transgranicznych jest środkiem realizacji tak opisanego zamierzenia. Funkcją tego instrumentu jest prewencja, przejawiająca się w oddziaływaniu odstrasżającym podmioty od stosowania schematów podatkowych w ramach agresywnej optymalizacji podatkowej. Rozwiązanie to zostało umotywowane tym, że osiągnięcie założonego rezultatu dyrektywy 2018/822 nie może zostać zrealizowane w wystarczający sposób przez samodzielnie działające państwo członkowskie. Natomiast możliwe jest jego lepsze urzeczywistnienie w wyniku koordynacji prac na poziomie unijnym, gdyż działania skierowane są przeciwko systemom, które są opracowywane w celu potencjalnego wykorzystania nieskuteczności rynku wynikających z interakcji między odmiennymi krajowymi przepisami podatkowymi. Oznacza to, że wystąpiła przesłanka subsydiarności¹¹, która warunkuje między innymi harmonizację przepisów podatkowych prawa krajowego.

Sformułowanie „poprawa funkcjonowania rynku wewnętrznego” jest zwrotem niedookreślonym. Nie wiadomo zatem, na czym konkretnie ma ona polegać, a także czy obowiązek raportowania schematów podatkowych jest rozwiązaniem koniecznym, skutecznym, a przede wszystkim adekwatnym do osiągnięcia pożądanego stanu faktycznego – rezultatu

¹⁰ Zob. pkt 19 preambuły dyrektywy 2018/822.

¹¹ Zob. art. 5 TUE.

wdrożenia do systemu prawa krajowego standardów dyrektywy 2018/822. Kwestia ta jest bardzo istotna, gdyż Unia Europejska działa na zasadzie proporcjonalności. Oznacza to, że dyrektywa 2018/822 nie może wykroczyć „poza to, co konieczne do osiągnięcia tego celu, zwłaszcza mając na uwadze, że jej zakres jest ograniczony do transgranicznych uzgodnień dotyczących więcej niż jednego państwa członkowskiego lub państwa członkowskiego i państwa trzeciego”¹².

Unijny cel poprawy funkcjonowania rynku wewnętrznego jest zestawiony w preambule dyrektywy 2018/822 z zapobieganiem „lukom w proponowanych ramach prawnych”¹³. Przyjęto zatem założenie, że wspólny rynek wymaga uregulowania przepisami prawa, co wymusza interwencjonizm organów zarówno unijnych, jak i krajowych. Luki w systemie prawnym mogą powodować perturbacje ekonomiczne zakłócające mechanizmy rynkowe, a w szczególności reguły konkurencyjności przedsiębiorców i ochrony konsumentów. Niewątpliwie regulacje podatkowe są elementem systemu prawa. Następstwem nieprawidłowej legislacji są między innymi luki w prawie podatkowym, które mogą być wykorzystywane do jego obejścia lub unikania opodatkowania. Należy zatem uznać za trafną tezę, że prawidłowe funkcjonowanie rynku wewnętrznego wymaga eliminowania luk w jego uregulowaniach prawnych.

Wprowadzenie obowiązku raportowania schematów podatkowych oznacza zastosowanie instrumentu poprawy funkcjonowania mechanizmu rynkowego w Unii Europejskiej oraz służącemu usunięciu wad legislacji podatkowej. Ten środek osiągnięcia rezultatu wskazanego w dyrektywie 2018/822 powinien być powszechny pod względem podmiotowym. Oznacza to, że adresatem powinno być ujawniania danych podatkowych są wszystkie podmioty, które zwykle zaangażowane są w opracowywanie, wprowadzanie do obrotu, organizowanie lub nadzorowanie wdrożenia podlegającej zgłoszeniu transakcji transgranicznej lub serii takich transakcji, a także udzielające pomocy lub porad w tym zakresie¹⁴. W tym kontekście preambuła dyrektywy 2018/822 wyraźnie odwołuje się do tajemnicy zawodowej pośrednika (profesjonalnego prawnika), wskazując na skutki jej występowania¹⁵. Wyłącza ona egzekwowalność prawnego obowiązku raportowania schematu podatkowego przez ten podmiot. Zwolnienie z tej powinności ma charakter jedynie podmiotowy. Organy podatkowe nie tracą bowiem możliwości otrzymywania informacji na temat uzgodnień podatkowych potencjalnie powiązanych z agresywnym planowaniem po-

¹² Zob. pkt 19 preambuły dyrektywy 2018/822.

¹³ Zob. pkt 8 preambuły dyrektywy 2018/822.

¹⁴ Zob. pkt 8 zd. 1 preambuły dyrektywy 2018/822.

¹⁵ Zob. pkt 8 zd. 2 preambuły dyrektywy 2018/822.

datkowym¹⁶. Brak przedmiotowych następstw zwolnienia oznacza, że jest ono instrumentem zmiany adresata powinności raportowania uzgodnień transgranicznych na podatnika lub innego pośrednika¹⁷. Powoduje również powstanie pochodnego obowiązku informacyjnego po stronie podmiotu zwolnionego. Profesjonalny prawnik obowiązany krajowym prawem korporacyjnym do przestrzegania tajemnicy zawodowej zostaje bowiem zobowiązany mocą przepisów podatkowych implementowanych przez państwo członkowskie do bezzwłocznego poinformowania jego sukcesora o powinności raportowania schematów podatkowych¹⁸.

Należy uznać, że dyrektywa 2018/822 w znacznym stopniu podważa praktyczne znaczenie tajemnicy zawodowej jako środka formalnej gwarancji ochrony praw klienta korzystającego z pomocy prawnej, który oczekuje, że jego wrażliwe dane podatkowe nie będą ujawnione podmiotom trzecim, w tym organom władzy publicznej. Warunki zastosowania zwolnienia z obowiązku raportowania schematów podatkowych są zbyt restrykcyjne, gdy w dokonywaniu uzgodnień transgranicznych uczestniczy więcej niż jeden pośrednik¹⁹. Wówczas unijne unormowanie ogranicza skuteczność tajemnicy zawodowej tylko do zakresu, w jakim dany pośrednik dysponuje dowodem, że inny pośrednik ujawnił już organowi te same dane podatkowe. Co więcej uzależnia uznanie danego źródła za dowód od spełnienia przez nie wymagań określonych w krajowych przepisach proceduralnych. Pozycja prawna profesjonalnego prawnika jest zatem ukształtowana przez innego pośrednika. Zwolnienie z obowiązku raportowania schematów podatkowych w większym stopniu jest uwarunkowane bezprzedmiotowością ponownego jego wykonywania niż koniecznością przestrzegania tajemnicy zawodowej. Tym większe kontrowersje budzi dodatkowa przesłanka dowodowa warunkująca jego zastosowanie. Pojawia się praktyczna trudność związana z uzyskaniem od innego pośrednika informacji o przekazywaniu przez niego danych do organu podatkowego. Uzyskanie koniecznego dowodu utrudnia chociażby fakt występowania w prawie polskim tajemnicy skarbowej²⁰.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Zob. art. 8ab ust. 5 dyrektywy 2018/822.

¹⁸ Zob. art. 8ab ust. 5 i 6 dyrektywy 2018/822.

¹⁹ Zob. art. 8ag ust. 9 dyrektywy 2018/822.

²⁰ Tajemnica skarbowa jest unormowana przepisami działu VII ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 800 ze zm.), dalej jako: o.p.

II. Tajemnica wykonywania zawodu profesjonalnego prawnika jako instytucja polskiego prawa podatkowego

Dyrektywa 2018/822 nakłada na państwa członkowskie Unii Europejskiej obowiązek przyjęcia i opublikowania przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych niezbędnych do wykonania tego aktu prawa unijnego w ostatecznym terminie do 31 grudnia 2019 r.²¹ Przewiduje zastosowanie swoistej instytucji *vacatio legis*, gdyż przepisy prawa krajowego stanowiące jej implementację będą stosowane dopiero od 1 lipca 2020 r. Oznacza to ich „spoczywanie” przez okres co najmniej 6 miesięcy. Rozwiązanie to zasługuje na aprobatę, gdyż pozwala adresatom unormowań prawnych na przygotowanie się do ich stosowania.

W Polsce trwają prace legislacyjne mające na celu wdrożenie standardów unijnych raportowania schematów podatkowych do krajowego systemu prawnego. Minister Finansów skierował do Rządowego Centrum Legislacyjnego projekt ustawy, utworzony dnia 24 sierpnia 2018 r., o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy – Ordynacja podatkowa oraz o zmianie niektórych innych ustaw²². Ten projekt o statusie otwartym został zarejestrowany pod numerem UC135²³. Obecnie jest on procedowany w Sejmie, gdzie ma postać druku sejmowego nr 2860²⁴.

Projektowane zmiany ustawowe wykraczają poza zakres zagadnień podatkowych i dotyczą bezpośrednio ustawowego obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej przez przedstawicieli prawniczych zawodów zaufania publicznego. Tożsame rozwiązania prawne przewidziano do wdrożenia w samorządach zawodowych radców prawnych, adwokatów, doradców podatkowych, notariuszy i rzeczników podatkowych²⁵. Znoszą one obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej w odniesieniu do informacji przekazywanych na podstawie przepisów rozdziału 11a działu III Ordynacji podatkowej. Ta część ustawy jest zatytułowana *Informacje o schematach podatkowych*. Niewątpliwie raportowanie takich danych organowi

²¹ Zob. art. 2 dyrektywy 2018/822.

²² Powołany dalej jako: projekt ustawy.

²³ Wykaz prac legislacyjnych i programowych Rady Ministrów: <https://bip.kprm.gov.pl/kpr/bip-rady-ministrow/prace-legislacyjne-rm-i/prace-legislacyjne-rady/wykaz-prac-legislacyjny/r2709333668,Projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-podatku-dochodowym-od-osob-fizycznych-ustawy-o.html> [data dostępu: 05.10.2018] oraz <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12315309/12530088/dokument355344.pdf> [data dostępu: 05.10.2018].

²⁴ Zob. <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=2860> [data dostępu: 05.10.2018].

²⁵ Por. art. 5, 6, 7, 10 i 11 projektu ustawy.

podatkowemu jest obecnie objęte zakresem ustawowego obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, a zmiana tej regulacji nie ma umocowania w żadnym przepisie dyrektywy 2018/822. Co więcej należy uznać, że w prawie unijnym ten obowiązek jest konstruowany w zgodzie z zastanym zakresem obowiązywania tajemnicy zawodowej profesjonalnego pośrednika. Natomiast w prawie polskim ta relacja zostanie odwrócona. To przepisy podatkowe będą wyznaczać zakres występowania powinności przestrzegania tajemnicy zawodowej. Stanowi to zaprzeczenie standardu unijnego, przewidującego zwolnienie pośrednika z obowiązku raportowania uzgodnień transgranicznych w zakresie, gdy krajowe przepisy zobowiązują go do zachowania w tajemnicy danych podatkowych. Zwolnienie staje się zbędne, gdy raportowane schematy podatkowe nie są objęte tajemnicą zawodową. Już chociażby z tego powodu projekt ustawy stanowi niewłaściwą implementację dyrektywy 2018/822.

Można sformułować zarzut braku precyzji w uregulowaniu tajemnicy zawodowej profesjonalnego prawnika. Przyjęto bowiem konstrukcję jej ograniczenia, którego unormowanie uwzględnia zarówno „informacje”, jak i „zakres określony przepisami”. Jednak w przypadku radców prawnych, adwokatów, doradców podatkowych, notariuszy i rzeczników podatkowych nie wymieniono bezpośrednio katalogu tych danych, lecz użyto ogólnego ich opisu, który w rzeczywistości odwołuje się do przepisów ustawowych. Analogicznie nie jest sprecyzowany aspekt zakresowy niestosowania tajemnicy zawodowej. Należy więc uznać, że komentowane uregulowanie ma charakter blankietowy i odsyłający. Powoduje to przesunięcie i rozproszenie ciężaru unormowania tajemnicy zawodowej radcy prawnego z jednego przepisu samorządowej ustawy korporacji prawniczej²⁶ na liczne, bliżej nieskonkretyzowane przepisy ogólnego prawa podatkowego. Zaprojektowane rozwiązanie osłabi stabilność ukształtowania tajemnicy zawodowej, gdyż zakres jej występowania będzie uzależniony od zmian przepisów Ordynacji podatkowej. Biorąc pod uwagę liczbę nowelizacji ustawy o radcach prawnych i kodyfikacji ogólnego prawa podatkowego²⁷, można uznać, że zmiany uregulowań podatkowych są częstsze, liczniejsze i obszerniejsze zakresowo. Gwarancje formalnej ochrony zachowania w poufności danych przekazanych profesjonalnemu prawnikowi w ramach wykonywania przez niego pomocy prawnej ulegną istotnemu osłabieniu.

²⁶ Zob. art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2115 ze zm.), dalej jako: u.r.p.

²⁷ Liczba zmian w Ordynacji podatkowej jest tak duża, że w pełni uzasadniało to konieczność aż pięciokrotnego sporządzania jej tekstu jednolitego.

Projektowane zmiany w treści Ordynacji podatkowej wprowadzają fikcję prawną braku naruszenia prawnie chronionej tajemnicy zawodowej²⁸. Rozwiązanie dotyczy przekazania lub przesłania danych w trzech sytuacjach. Po pierwsze, przekazujący informację o schemacie podatkowym nie został zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej. Niewątpliwie rozwiązanie to odnosi się do pełnego zakresu podmiotowego i przedmiotowego występowania tej tajemnicy. Wszystkie dane o schematach podatkowych uzyskane przez radcę prawnego z zastrzeżeniem poufności będą mogły być ujawnione bez postawienia mu zarzutu naruszenia ustawowej powinności ich nieujawniania. Po drugie, tożsamy przypadek dotyczy danych o schematach podatkowych standaryzowanych. Po trzecie, to sytuacja, gdy promotor, który poinformował korzystającego lub inne podmioty o obowiązku przekazania informacji o schemacie podatkowym²⁹. Zawiadamia także Szefa Krajowej Administracji Skarbowej o poinformowaniu korzystającego lub innych podmiotów o obowiązku przekazania schematu podatkowego temu organowi, wskazując datę udostępnienia schematu podatkowego lub dokonania czynności związanej z wdrażaniem schematu podatkowego oraz liczbę poinformowanych podmiotów.

Określenie „radca prawny” wyraźnie zostało użyte w definicji promotora³⁰ w ramach wyliczenia podmiotów o takim statusie. Ta przykładowa egzemplifikacja zawiera enumeratywne wyliczenie następujących profesjonalistów: doradcę podatkowego, adwokata, radcę prawnego, pracownika banku lub innej instytucji finansowej doradzającego klientom. Normatywnym wyróżnikiem promotora jest to, że opracowuje, oferuje, udostępnia, wdraża lub zarządza wdrażaniem uzgodnienia uznane za schemat podatkowy. Nie ma znaczenia, czy jego miejsce zamieszkania, siedziba, zarząd znajdują się w kraju, czy za granicą, a także czy jest on osobą fizyczną, osobą prawną, czy też jednostką organizacyjną niemającą osobowości prawnej.

Wprowadzenie obowiązku raportowania schematów podatkowych spowoduje dywersyfikację przedstawicieli samorządu radcowskiego na dwie grupy w zależności od tego, czy informacje objęte tym obowiązkiem zostały uzyskane w związku z udzielaniem pomocy prawnej, czy poza zakresem jej świadczenia. Radca prawny może być podmiotem świadczącym usługi prawne na rzecz innych podmiotów, jak i nabywcą usługi związanej z opracowaniem, oferowaniem, udostępnianiem, wdrażaniem lub zarządzaniem wdrażania uzgodnienia uznanego za schemat podatkowy. Pomoc prawna świadczona przez radcę prawnego ma na celu ochronę

²⁸ Zob. art. 86b ust. 7 projektu nowelizacji o.p.

²⁹ Zob. art. 86b ust. 7 projektu nowelizacji o.p.

³⁰ Zob. art. 86a § 1 pkt 7 projektu nowelizacji o.p.

prawną interesów podmiotów, na których rzecz jest wykonywana³¹. Wówczas ciąży na nim ustawowy obowiązek zachowania w tajemnicy wszystkiego, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej³². Natomiast, gdy jest korzystającym z cudzego schematu podatkowego, nie jest objęty zakresem powinności przestrzegania tajemnicy zawodowej.

Tajemnica zawodowa radcy prawnego jest wartością warunkującą prawidłowe wykonywanie pomocy prawnej. Bez przekonania jego mocodawcy, że wrażliwe dla niego dane nie zostaną udostępnione innym podmiotom, ten zawód zaufania publicznego traci rację bytu. Nikt racjonalnie myślący nie będzie przekazywał radcy prawnemu informacji, mając uzasadnione przypuszczenie, że mogą być użyte przeciwko niemu. Jak już wspomniano, profesjonalny prawnik świadczący pomoc prawną ma obowiązek działania w interesie swojego mocodawcy, a nie na rzecz organów podatkowych. Projektowane zmiany ustawowe czynią w praktyce z radcy prawnego pomocnika tych organów, zmuszonego do kierowania się fiskalnymi względami. Pojawia się zatem swoista instytucja przymusu donoszenia na własnego mocodawcę. Rozwiązanie to nie jest stosowane nawet w sprawach karnych. Unikanie opodatkowania w wyniku zastosowania schematów nie jest przestępstwem i nie może być mylone z uchylaniem się od płacenia należnych podatków. W myśl definicji ustawowej polega ono na dokonaniu czynności, przede wszystkim w celu osiągnięcia korzyści podatkowej, sprzecznej w danych okolicznościach z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej, która nie skutkuje osiągnięciem korzyści podatkowej, jeżeli sposób działania był sztuczny³³.

Nakaz zachowania tajemnicy zawodowej jest fundamentalnym obowiązkiem radcy prawnego, bez niego nie można mówić o wykonywaniu zawodu zaufania publicznego – albowiem nie można zbudować zaufania pomiędzy radcą prawnym a klientem³⁴. Samorząd radcowski jako samorząd zawodowy został umocowany do działania przepisem konstytucyjnym³⁵. Czyni to z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej radcy prawnego istotną wartość ustrojową³⁶, która nie powinna być ograniczana przepisami ustawowymi. W literaturze przedmiotu trafnie zauważono, że „przepis art. 17 Konstytucji RP został zamieszczony w Rozdziale I – *Rzeczpospolita*. Takie systematyzacyjne usytuowanie tego przepisu jest istotną

³¹ Zob. art. 2 u.r.p.

³² Zob. art. 3 ust. 3 u.r.p.

³³ Zob. art. 119a § 1 o.p.

³⁴ L. Korczak, komentarz do art. 3 [w:] *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, pod red. T. Schefflera, Warszawa 2018, Legalis.

³⁵ Zob. art. 17 ust. 1 Konstytucji RP.

³⁶ Szerzej na temat konstytucyjnej ochrony tajemnicy radcy prawnego i adwokata zob. A. Kalwas, *Ograniczenie tajemnicy zawodowej wolnych zawodów prawniczych w ustawie o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy*, „Glosa” 2004, nr 6, s. 5–6.

wskazówką interpretacyjną odnośnie do tego, jaki charakter i jakie znaczenie prawne w polskim porządku prawnym mają unormowane w tym przepisie instytucje samorządu zawodowego i inne rodzaje samorządu, w tym m.in. samorząd gospodarczy. W tym kontekście należy przypomnieć, że rozdz. I Konstytucji RP zawiera najistotniejsze dla naszego państwa rozstrzygnięcia ustrojowe³⁷.

Z uzasadnienia projektu ustawy wynika kontrowersyjna teza, że wprowadzenie obowiązku raportowania schematów podatkowych nie narusza gwarantowanego prawnie obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej przez osoby wykonujące zawody zaufania publicznego, a proponowane rozwiązania mają na celu jak najdalej idącą ochronę tajemnicy zawodowej, co przejawia się jakoby w: 1) zasadzie nieujawniania danych korzystających ze schematów podatkowych w przypadku braku zwolnienia promotora lub wspomagającego z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej; 2) zasadzie raportowania schematów przez korzystającego, jeśli promotor lub wspomagający nie zostaną zwolnieni z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej; 3) zasadzie raportowania schematów standaryzowanych, w których nie będą ujawniane dane korzystających objęte tajemnicą zawodową, które pozwoliłyby na identyfikację korzystających. Zdaniem Ministra Finansów przyjęte w projekcie rozwiązania pozwalają na realizację celu ustawy, przy jednoczesnym respektowaniu obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej przez promotorów lub wspomagających³⁸.

Teza, że nowelizacja Ordynacji podatkowej nie wpływa na obowiązek przestrzegania tajemnicy zawodowej, a wręcz „respektuje ją” jest niewątpliwie fałszywa. Wydaje się, że wynika ona z nieznamości zakresu przedmiotowego tajemnicy radcowskiej. Jest ona jednoznacznie uregulowana ustawowo jako obowiązek zachowania przez radcę prawnego w tajemnicy wszystkiego, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej³⁹. Sformułowanie „wszystko” wskazuje, że dane niejawnne to nie tylko informacje podmiotowe (dane osobowe), ale także przedmiotowe. Tajemnica zawodowa ma zakres obowiązywania pochodny w stosunku do zakresu świadczonej pomocy prawnej. Rozciąga się zatem na wszystkie dane udzielone przez mocodawcę, jak i uzyskane w wyniku własnych działań radcy prawnego. Nawet, gdy profesjonalny prawnik udzieli informacji zanonimizowanych o korzystającym ze schematów podatkowych, uchybi powinnościami przestrzegania tajemnicy zawodowej. Warto również zauważyć, że gdyby projekt ustawy rzeczywiście nie wpływał na obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej, zbędne byłoby ujęcie w nim fikcji

³⁷ M. Szydło, komentarz do art. 17 [w:] *Konstytucja RP. T. 1: Komentarz do art. 1–86*, pod red. M. Safjana, L. Boska, Warszawa 2016, Legalis.

³⁸ Uzasadnienie projektu ustawy, s. 94.

³⁹ Zob. art. 3 ust. 3 u.r.p.

prawnej uznania ujawnienia danych podatkowych za sytuację, w której nie doszło do uchybienia powinności zachowania tych danych w poufności.

Podsumowanie

Tajemnica zawodowa radcy prawnego to przede wszystkim niezwykle ważna instytucja prawa regulującego funkcjonowanie samorządu tej kategorii profesjonalnych prawników. Przestrzeganie tajemnicy jest zarówno przywilejem, jak i obowiązkiem korporacyjnym. Stanowi ona fundament niezbędny do prawidłowego ukształtowania relacji zaufania pomiędzy radcą prawnym świadczącym pomoc prawną a podmiotem, który udostępnia wrażliwe informacje, w tym dane podatkowe. Uczynienie z tajemnicy zawodowej instytucji iluzorycznej, pozbawionej praktycznego znaczenia, „wydrażonej” z typowych elementów gwarancji formalnej ochrony informacji przed ich ujawnieniem narusza konstytucyjne standardy demokratycznego państwa prawnego. Podważa także ustrojowe podstawy funkcjonowania prawniczych samorządów zawodowych, których wyróżnikiem jest prawny obowiązek przestrzegania tej tajemnicy. Jeżeli informacje poufne nie będą chronione, a podmioty korzystające z pomocy prawnej stracą zaufanie do radców prawnych, ich samorząd stanie się praktycznie zbędny.

Tajemnica zawodowa nie jest elementem konstrukcji podatków. Jednakże stała się instytucją prawa podatkowego. Uregulowania obowiązku raportowania schematów podatkowych odwołują się do tej tajemnicy. Proces jej podatkowej jurydyzacji zakończył się na poziomie unijnym w wyniku wejścia w życie dyrektywy 2018/822. Natomiast w prawie polskim nie doszło jeszcze do implementacji standardów tego aktu prawnego. Podjęte działania legislacyjne ukierunkowane są na zmiany przepisów ogólnego prawa podatkowego, które wywołują następstwa, polegające na wprowadzeniu bardzo istotnych ograniczeń w zakresie obowiązywania ustawowej tajemnicy zawodowej radcy prawnego.

Projektowana nowelizacja Ordynacji podatkowej jest nadmierna w stosunku do rozwiązań przewidzianych w dyrektywie 2018/822, gdyż wykracza poza zakres uzgodnień transgranicznych. Przewiduje zastosowanie środków nieproporcjonalnych i innych niż niezbędne do osiągnięcia rezultatu określonego w unijnym akcie prawnym. Zamiast dokonania prawidłowej transpozycji standardów do polskiego prawa podatkowego, zaplanowano ich modyfikację, która nie jest zgodna z celem i treścią dyrektywy 2018/822. Tajemnica zawodowa w ujęciu tego aktu prawnego jest wartością wyższą niż obowiązek raportowania schematów podatkowych. Z tego

powodu ogranicza zakres jego występowania. Odbywa się to w wyniku zwolnienia profesjonalistów zobowiązanych przepisami prawa krajowego do przestrzegania tajemnicy zawodowej. Natomiast w projekcie nowelizacji Ordynacji podatkowej przyjęto rozwiązanie przeciwstawne, gdyż przepisy prawa podatkowego ograniczają zakres zastosowania tajemnicy zawodowej. Radca prawny zostanie zobowiązany do ujawnienia danych o schematach podatkowych, które obecnie objęte są zakresem tej tajemnicy.

Następstwem zmian podatkowych będzie konieczność uwzględnienia w ustawie o radcach prawnych ich wpływu na tajemnicę zawodową. Projektowane jest ograniczenie jej zastosowania do zakresu nieuregulowanego przepisami znowelizowanej Ordynacji podatkowej, odnoszącymi się do obowiązku raportowania schematów podatkowych. Nowe rozwiązanie prawne będzie miało charakter blankietowy i odsyłający do przepisów ogólnego prawa podatkowego, co wywoła niepewność i niestabilność ustawowego standardu przestrzegania tajemnicy zawodowej. Wprowadzenie fikcji prawnej braku naruszenia prawnie chronionej tajemnicy spowoduje iluzoryczność jej zastosowania jako gwarancji formalnej ochrony praw podmiotu korzystającego z pomocy prawnej. Pomimo faktycznego naruszenia poufności danych, w myśl prawa polskiego, nie będzie to stanowiło uchybienia tajemnicy zawodowej. Projektowane rozwiązanie uczyni bezprzedmiotowym istotny standard unijny, że radca prawny powinien być zwolniony z obowiązku ujawnienia danych o schematach podatkowych, gdy jest obowiązany do przestrzegania ich w tajemnicy.



Andrzej Kras

Tajemnica zawodowa radcy prawnego wobec kontroli operacyjnej prowadzonej w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych Policji

Wprowadzenie

Problematyka tajemnicy zawodowej radcy prawnego stanowi interesujący poznawczo obszar rozważań w zakresie podstawowych reguł prawidłowego wykonywania zawodu zaufania publicznego. W poświęconych temu zagadnieniu publikacjach¹ podkreśla się jej szczególne znaczenie dla relacji zawodowej, zachodzącej pomiędzy profesjonalnym pełnomocnikiem a jego klientem. Relacja ta jest szczególnie subtelna, bowiem stanowi efekt zaufania, jakim klient darzy radcę prawnego, przekazując mu swoją sprawę i oczekując równocześnie zachowania stosownej dyskrecji i poufności. Stąd też tajemnicę zawodową niejednokrotnie określa się mianem zarówno „prawa do milczenia”, jak i „obowiązku milczenia”, które to łącznie stanowią jeden z podstawowych warunków prawidłowego wykonywania zawodu radcy prawnego w przestrzeni szeroko pojętego wymiaru sprawiedliwości.

Problematyka tajemnicy zawodowej radcy prawnego zyskuje na znaczeniu szczególnie w kontekście ewolucji uprawnień oraz kompetencji organów ścigania i służb specjalnych w zakresie kontroli obywateli. Metodyka formacji powołanych do zwalczania działań o charakterze kryminalnym niejednokrotnie ukierunkowana jest na głęboką ingerencję w prawa oraz wolności jednostki. Rodzi to uzasadnioną wątpliwość o sposób i za-

¹ Zob.: R. Stankiewicz, *Obyś żył w ciekawych czasach...*, „Radca Prawny” 2018, nr 176, s. 16–18; Z. Klatka, S. Ciupa, K. Stoga, *Zasady etyki zawodowej [w:] Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, pod red. A. Berezy, Warszawa 2015, s. 321–338; Z. Klatka, *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 11–40.

kres stosowania w demokratycznym państwie prawnym przewidzianych ustawą narzędzi inwigilujących społeczeństwo, formalnie w celu sprawnego przeciwdziałania zagrożeniom dla bezpieczeństwa publicznego oraz obywateli. Z perspektywy pracy zawodowej profesjonalnego pełnomocnika zasygnalizowana sytuacja rodzi również dalsze pytanie w zakresie możliwości zapewnienia faktycznej poufności informacji, które zostają mu przekazane przez klienta. Aspiracją Autora pracy jest podjęcie próby znalezienia odpowiedzi na zasygnalizowane wątpliwości, przy skupieniu uwagi na kompetencjach i narzędziach przyznanych przez ustawodawcę w powyższym zakresie Policji.

I. Policja jako formacja służąca społeczeństwu

Policja, jako najliczniejsza spośród cywilnych formacji mundurowych, została powołana w celu zapewnienia ochrony bezpieczeństwa ludzi oraz do utrzymywania bezpieczeństwa i porządku publicznego. Jest to służba mundurowa i uzbrojona, służąca społeczeństwu, która działa w oparciu o przepisy ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji².

Spośród licznych zadań, które ustawodawca powierzył Policji do wykonania, należy wyróżnić:

- 1) ochronę życia i zdrowia ludzi oraz mienia przed bezprawnymi zamachami naruszającymi te dobra;
- 2) ochronę bezpieczeństwa i porządku publicznego, w tym zapewnienie spokoju w miejscach publicznych oraz w środkach publicznego transportu i komunikacji publicznej, w ruchu drogowym i na wodach przeznaczonych do powszechnego korzystania;
- 3) inicjowanie i organizowanie działań mających na celu zapobieganie popełnianiu przestępstw i wykroczeń oraz zjawiskom kryminogennym i współdziałanie w tym zakresie z organami państwowymi, samorządowymi i organizacjami społecznymi;
- 4) prowadzenie działań kontrterrorystycznych w rozumieniu ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych³;
- 5) wykrywanie przestępstw i wykroczeń oraz ściganie ich sprawców;
- 6) gromadzenie, przetwarzanie i przekazywanie informacji kryminalnych.

Efektywna realizacja wskazanych zadań jest możliwa poprzez czynności operacyjno-rozpoznawcze, dochodzeniowo-śledcze i administracyjno-porządkowe.

² Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 2067 ze zm.), dalej jako: u.pol.

³ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 452 ze zm.

II. Czynności operacyjno-rozpoznawcze Policji

Pojęcie czynności operacyjno-rozpoznawczych po raz pierwszy zostało użyte formalnie w art. 6 ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o urządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i zakresie działania podległych mu organów⁴. Zwrot ten nie doczekał się dotychczas definicji ustawowej⁵, przez co charakterystyka czynności operacyjno-rozpoznawczych była przedmiotem zainteresowania i interpretacji przedstawicieli doktryny.

Jedną z pierwszych definicji tego pojęcia zaprezentował Leon Schaff, według którego „czynności operacyjne są to pozaprocesowe techniczne i taktyczne czynności wykształcone przez praktykę organów ścigania karnego, służące profilaktycznej walce z przestępczością”⁶. Inną definicję przedstawiał Jan Widacki, zdaniem którego jest to „ogół tajnych (bądź poufnych) pozaprocesowych działań organów ścigania zmierzających bądź do zdobycia informacji na potrzeby procesu (toczącego się lub przyszłego), bądź też do uniemożliwienia popełnienia przygotowanego przestępstwa”⁷. W ostatnim czasie szeroką definicję czynności operacyjno-rozpoznawczych zaprezentował Paweł Czarnecki, który przyjął, że jest to „ogół niejawnych działań upoważnionych ustawowo, wyspecjalizowanych służb i organów państwowych, których celem jest: jak najbardziej sprawne wykrywanie negatywnych zjawisk godzących w porządek publiczny i bezpieczeństwo powszechne, rozpoznawanie grup i środowisk przestępczych, ustalanie źródeł dowodowych, zabezpieczanie środków dowodowych i przeprowadzanie dowodów, które mogą zostać wykorzystane w procesie karnym, pozyskiwanie podmiotów współpracujących z organami ścigania oraz ujawnienie okoliczności sprzyjających popełnieniu zachowań nieakceptowanych społecznie”⁸. Trudno nie wskazać również autorów, takich jak Stanisław Waltoś lub Dobrosława Szumiło-Kulczycka, którzy unikają jednoznacznej charakterystyki czynności operacyjno-rozpoznawczych, przyjmując, że wobec zbyt wielu niewiadomych towarzyszących temu pojęciu, brak jest możliwości formalnego zakreślenia jego

⁴ Dz. U. z 1983 r. Nr 38, poz. 172.

⁵ Stanisław Hoc wyraził pogląd, że jest to celowy zabieg ustawodawcy, który w tym przypadku odsyła do dorobku doktryny – S. Hoc, *Sytuacja organizacyjno-prawna polskich służb specjalnych*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2002, nr 3, s. 34.

⁶ L. Schaff, *Zakres i formy postępowania przygotowawczego*, Warszawa 1961, s. 77.

⁷ J. Widacki [w:] *Kryminalistyka, cz. I*, pod red. J. Widackiego, Katowice 1984, s. 127.

⁸ P. Czarnecki, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze a postępowanie karne*, Pal. 2014, z. 7–8, s. 122.

ram⁹. W zamian postulują oni przede wszystkim analizę celów¹⁰, jakim służą te czynności.

Przytoczone wyżej propozycje definicji pojęcia „czynności operacyjno-rozpoznawcze” bynajmniej nie wyczerpują katalogu interpretacji zwrotu przez przedstawicieli doktryny¹¹, jednakże pozwalają wyróżnić pewne cechy charakterystyczne dla tego rodzaju działań.

Przede wszystkim czynności operacyjno-rozpoznawcze są prawnie określonym systemem działania organów ścigania. Ich podstawy znajdują oparcie w naukach kryminalistycznych. Celem tych czynności jest zwalczanie przestępstw. Cel ten jest realizowany poprzez uzyskiwanie i weryfikowanie informacji o działaniach lub zjawiskach kryminogennych ze społecznego punktu widzenia. Czynności z zasady wykonywane są w sposób niejawnym lub z zachowaniem wymogów niejawności. Działania te różnią się od czynności procesowych, czynności administracyjnych lub innych czynności służbowych oraz są podejmowane na wszystkich etapach walki z przestępczością, począwszy od momentu rozpoznania zagrożenia, poprzez fazę zapobiegania lub przeciwdziałania, wykrycia przestępstw i ich sprawców, kończąc na udowodnianiu im ich winy¹². Skłania to do stwierdzenia, że czynności te pełnią następujące funkcje: rozpoznawczą, wykrywczą, zapobiegawczą (profilaktyczną), informacyjną, ochronną, zabezpieczającą¹³ oraz pomocniczą wobec czynności procesowych¹⁴. Choć działania te z zasady nie są prowadzone *stricte* na potrzeby postępowania

⁹ S. Waltoś, *Model postępowania przygotowawczego na tle porównawczym*, Warszawa 1968, s. 146; D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 108–111.

¹⁰ Zgodnie z treścią art. 14 ust. 1 u.p.o. wykonywanie czynności operacyjno-rozpoznawczych, dochodzeniowo-śledczych i administracyjno-porządkowych służy rozpoznawaniu, zapobieganiu oraz wykrywaniu przestępstw i wykroczeń, poszukiwaniu osób ukrywających się przed organami ścigania lub wymiaru sprawiedliwości, jak również poszukiwaniu osób, które na skutek wystąpienia zdarzenia uniemożliwiającego ustalenie miejsca ich pobytu należy odnaleźć w celu zapewnienia ochrony ich życia, zdrowia lub wolności.

¹¹ Inne definicje pojęcia czynności operacyjno-rozpoznawczych zob.: R. Ponikowski, *Aspekty procesowe i kryminalistyczne pierwszej informacji o przestępstwie*, NP 1973, nr 5, s. 685; M. Siewierski, *Nowe rozwiązania kodyfikacyjne w części szczególnej kodeksu postępowania karnego*, PiP 1970, z. 1, s. 29; S. Hoc, *Zagadnienia odpowiedzialności karnej za szpiegostwo*, Warszawa 1985, s. 339–340; S. Owczarski, *Problematyka postępowania operacyjnego w świetle prawa i praktyki*, „Przegląd Sądowy” 1994, nr 4, s. 70; M. Kulicki, *Kryminalistyka. Wybrane zagadnienia teorii i praktyki śledczo-sądowej*, Toruń 1994, s. 63–64.

¹² K. Ożóg-Wróbel, *Katalog metod prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2012, nr 4, s. 116–117.

¹³ T. Hanausek, *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 112.

¹⁴ L. Schaff, *O niektórych problemach dotyczących zakresu postępowania przygotowawczego*, NP 1957, nr 12, s. 130.

karnego, to jednak stanowią impuls do jego wszczęcia lub też warunkują jego dalszy sens lub przebieg, dostarczając odpowiedniego materiału informacyjnego¹⁵.

Warto zauważyć, że percepcja czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz ich rola w postępowaniu karnym ewoluowała na przestrzeni lat. Do lat 90. ubiegłego wieku czynności te nie były eksponowane w wymiarze legislacyjnym. Ich odzwierciedleniem były natomiast niejawne instrukcje o pracy operacyjnej organów ścigania, tj. byłej Milicji Obywatelskiej i Służby Bezpieczeństwa¹⁶. Równocześnie w polskiej doktrynie kryminalistycznej tamtego okresu można było dostrzec sceptyczne nastawienie wobec ich znaczenia procesowego¹⁷. Pierwsze lata po 1990 r. przyniosły zmiany prawa, będące konsekwencją powołania nowych organów i instytucji, którym powierzono zadania w zakresie utrzymania porządku i bezpieczeństwa państwa. W konsekwencji także Policji przyznano uprawnienia z zakresu czynności operacyjno-rozpoznawczych, takie jak: kontrola korespondencji czy stosowanie podsłuchów. Nowe regulacje prawne zainicjowały również proces zmiany percepcji wskazanych działań¹⁸ w kierunku określenia ich relacji ze sformalizowanym postępowaniem karnym¹⁹. Czas po 1995 r. to okres przyznawania Policji kolejnych, często nieznanych dotychczas uprawnień (np. w zakresie stosowania prowokacji lub podstępu), umożliwiających bardziej efektywną realizację zadań operacyjno-rozpoznawczych.

¹⁵ P. Czarnecki, *op. cit.*, s. 122.

¹⁶ J. Mąka, *Ustawa o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych – czy jest potrzebna w obecnym stanie prawnym w Polsce?*, Prok. i Pr. 2009, nr 4, s. 127.

¹⁷ S. Owczarski, *op. cit.*, s. 69–70.

¹⁸ A. Taracha, *Wykorzystanie informacji uzyskanych w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych w procesie karnym* [w:] *Nowy kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*, pod red. E. Skrętowicza, Kraków 1998, s. 184–189; R. Kmiecik, *Prawnodowodowe aspekty ochrony programów komputerowych w postępowaniu karnym (problematyka wszczęcia postępowania)*, Prok. i Pr. 1997, nr 6, s. 16; T. Hanausek, *Wybrane zagadnienia prawa policyjnego* [w:] *Prawo policyjne. T. 1: Komentarz*, pod red. S. Sagana, Katowice 1992, s. 11; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1996, s. 345.

¹⁹ Wymaga odnotowania, że w tamtym okresie, na kanwie rozważań doktryny, przez Wiesława Daszkiewicza została zaprezentowana koncepcja „wydłużonego działania”, zgodnie z którą reguły i zasady kodeksowe miałyby zastosowanie zarówno w przypadku czynności przedprocesowych, operacyjno-rozpoznawczych, jak też procesowych. Koncepcja ta została jednak zanegowana i uznana w literaturze za niemożliwą do realizacji. Zob.: W. Daszkiewicz, *Glosa do wyroku SN z dnia 15 czerwca 1981 r.*, sygn. akt I KR 109/81, OSPiKA 1983, z. 1, s. 18; idem, *Taktyka kryminalistyczna a procesowe gwarancje jednostki i prawa obywatelskie*, PiP 1985, z. 3, s. 54; S. Waltoś, *Tajny agent policji (na obrzeżach odpowiedzialności karnej)*, Prok. i Pr. 1993, nr 11–12, s. 24–28; S. Pomorski, *Dozwolone granice prowokacji a doktryna „entrapment” (uwagi na tle prawa amerykańskiego)*, PiP 1994, z. 10, s. 27–32; B. Kurzępa, *Podstęp w toku czynności karno-procesowych i operacyjnych*, Toruń 2003, s. 215–218.

III. Metody i formy prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych

Czynności operacyjno-rozpoznawcze są prowadzone w określonych formach oraz ustalonymi metodami. Pierwsze zagadnienie stanowi zainteresowanie przedstawicieli doktryny pod względem pojęciowym. Tadeusz Hanausek charakteryzuje metody jako „[...] celowo stosowany zespół zachowań i środków, który dzięki konsekwencji oraz wykorzystaniu wiedzy i doświadczenia pozwala na optymalną realizację założonych celów”²⁰. Zbieżną charakterystykę metod prowadzenia działalności operacyjno-rozpoznawczych przedstawia również Zdzisław Uniszewski, który – oprócz optymalnej realizacji zadań wykrywczych – rozszerza cel ich zastosowania na zadania dezintegracyjne i inne, dopuszczalne w granicach prawa²¹.

Natomiast w odniesieniu do form czynności operacyjno-rozpoznawczych leżących w kompetencji Policji możemy wyróżnić w szczególności następujące działania: kontrola operacyjna, tzw. zakup kontrolowany, tzw. prowokacja policyjna, współpraca z osobowymi źródłami informacji (tajnym agentem) oraz niejawne nadzorowanie. Należy nadmienić, że czynności te w istocie składają się z innych, prostszych form prowadzenia działań. Przykładem powyższego może być kontrola operacyjna, która zgodnie z wolą ustawodawcy²² polega na niejawnym:

- 1) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych, w tym za pomocą sieci telekomunikacyjnych;
- 2) uzyskiwaniu i utrwalaniu obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków transportu lub miejsc innych niż miejsca publiczne;
- 3) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści korespondencji, w tym korespondencji prowadzonej za pomocą środków komunikacji elektronicznej;
- 4) uzyskiwaniu i utrwalaniu danych zawartych w informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych;
- 5) uzyskiwaniu dostępu i kontroli zawartości przesyłek.

Mając na uwadze obszerność problematyki czynności operacyjno-rozpoznawczych, jak również pierwotne założenia niniejszego opracowania, dalsze rozważania będą prowadzone przy koncentracji uwagi na kontroli operacyjnej, z pominięciem innych form działań operacyjnych Policji.

²⁰ T. Hanausek, *Kryminalistyka...*, s. 114.

²¹ Z. Uniszewski, *Żargon zawodowy pracowników śledczych i operacyjnych. Problematyka kryminalistyczna*, Wrocław 1999, s. 148.

²² Zob. art. 19 ust. 6 u.p.o.

IV. Konstytucyjne granice ingerencji Policji w prawa i wolności jednostki w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych

Dopuszczalność stosowania środków operacyjno-rozpoznawczych przez Policję od wielu lat wywołuje wiele kontrowersji, zarówno w wymiarze prawnym, jak i społecznym. Wskazany powyżej przykład możliwości działania w ramach kontroli operacyjnej jednoznacznie potwierdza, że czynności te z zasady niezwykle mocno ingerują w elementarne prawa jednostki o randze konstytucyjnej lub międzynarodowej²³. Wskutek podjęcia tych czynności dochodzi do naruszenia takich dóbr, jak: prywatność, życie rodzinne, własność, tajemnica korespondencji, a szerzej – komunikowania się, nienaruszalności mieszkania, autonomii informacyjnej czy też prawa do obrony. Z drugiej strony działania operacyjno-rozpoznawcze, ukierunkowane na zwalczanie przede wszystkim najcięższych typów przestępstw, ze swojej natury mają charakter wysoce poufny i niejawnny. W innym wypadku ich skuteczność byłaby znikoma lub żadna. W konsekwencji dochodzi do kolizji dwóch ważnych wartości – wolności i praw człowieka oraz bezpieczeństwa powszechnego i porządku prawnego. Propozycją złagodzenia tego konfliktu jest zasada wyrażona w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, która umożliwia wprowadzenie ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, jednakże tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób, a ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Co istotne wskazany przepis formułuje ogólną zasadę zachowania proporcjonalności ewentualnego ograniczania wolności i praw konstytucyjnych w sytuacji, gdyby miało to nastąpić poprzez dalsze wprowadzenie tego rodzaju restrykcji na poziomie ustawy. Wymaga przy tym podkreślenia, że niedochowanie tej zasady stanowi podstawę do stwierdzenia, że przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania prawne są niekonstytucyjne.

Warto zauważyć, że poufny charakter czynności operacyjno-rozpoznawczych powoduje, że działania te są podatne na nadużycia. Tym bardziej ich ustawowa regulacja wymaga zachowania zasady proporcjonalności w zakresie, w jakim dochodzi do ingerencji w prawa jednostki, w imię

²³ W szczególności w wymiarze społecznym mowa tu o art. 49, natomiast w wymiarze prawnoprocesowym o art. 45 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.), dalej jako: Konstytucja RP. Warto zwrócić uwagę na art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.) czy też w art. 17 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz. U. z 1966 r. Nr 28, poz. 167).

ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego. Co więcej oczekiwane jest również stworzenie mechanizmu, który umożliwiłby weryfikację możliwości naruszenia zasady proporcjonalności w praktyce. W innym wypadku instrumenty, w szczególności w postaci działań operacyjno-rozpoznawczych, które mają służyć zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego, same w sobie będą stanowić zagrożenie dla tych wartości. Taka sytuacja wystąpi, gdy ograniczenia będą wprowadzane arbitralnie, będą nieproporcjonalne wobec zagrożeń, dla których zostały przyjęte oraz gdy będą pozbawione nadzoru ze strony organów lub instytucji właściwych dla demokratycznego państwa prawa²⁴.

Trybunał Konstytucyjny niejednokrotnie akcentował potrzebę zachowania przez ustawodawcę dużej uwagi i roztropności w procesie kształtowania przepisów prawa, które głęboko ingerowałyby w sferę prywatności jednostki. W takim wypadku ustawodawca powinien uwzględnić zasady dookreśloności i konkretności przygotowywanych zapisów, jak również każdorazowo rozważyć, czy zostaje zachowana odpowiednia równowaga w korelacji rozbieżnych wobec siebie wartości. Jak stwierdził bowiem Trybunał Konstytucyjny, „nie wystarczy, aby stosowane środki sprzyjały zamierzonym celom, ułatwiały ich osiągnięcie albo były wygodne dla władzy, która ma je wykorzystać do osiągnięcia tych celów. Środki te powinny być godne państwa określanego jako demokratyczne i prawne. Co istotne, czynności operacyjne o tyle tylko mogą być uznane za usprawiedliwione, o ile ich własnym celem jest właśnie obrona wartości demokratycznego państwa prawnego”²⁵. Trybunał zważył również, że „realizacja tej zasady wymaga efektywnej kontroli zapobiegającej ekscesowi. Wedle standardów demokratycznego państwa prawa dopuszczalne jest bowiem nawet głębokie wkroczenie w sferę prywatności, jeśli jednak jednocześnie wkroczenie to, opatrzone należytych gwarancjami proceduralnymi, nie doprowadzi do naruszenia godności osoby poddanej kontroli”²⁶. W innym wypadku czynności operacyjno-rozpoznawcze będą prowadzić do erozji fundamentów ustrojowych tego państwa.

Rolą ustawodawcy jest zapewnienie takich regulacji prawnych, które pozwolą utrzymać odpowiedni stopień równowagi pomiędzy prawami jednostki a możliwością ich ograniczenia, w celu zapewnienia bezpieczeń-

²⁴ Analiza Biura Bezpieczeństwa Narodowego w sprawie propozycji zmian przepisów prawnych dotyczących kontroli operacyjnej i procesowej pod względem konieczności zapewnienia konstytucyjnie chronionych praw podmiotowych, Biuro Bezpieczeństwa Narodowego, Warszawa 2010, s. 8, <https://www.bbn.gov.pl/pl/prace-biura/publikacje/analizy-raporty-i-nota/2135,Analiza-w-sprawie-propozycji-zmian-przepisow-prawnych-dot-kontroli-operacyjnej-i.html> [data dostępu: 30.08.2018].

²⁵ Wyrok TK z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04 (Dz. U. z 2005 r. Nr 250, poz. 2116).

²⁶ *Ibidem*.

stwa państwa i przestrzegania prawa. Analiza rozwoju ustawodawstwa policyjnego pozwala stwierdzić nieustanną tendencję legislacyjną w kierunku poszerzania kompetencji Policji w zakresie możliwości podejmowania czynności operacyjno-rozpoznawczych aniżeli ochrony konstytucyjnych praw jednostki.

V. Wytyczne Trybunału Konstytucyjnego w zakresie reguł podejmowania kontroli operacyjnej sformułowane w ramach analizy zasad udostępniania służbom policyjnym danych telekomunikacyjnych

Warto zauważyć, że jeszcze do 2003 r. nie istniały regulacje prawne, które nakazywały operatorom telekomunikacyjnym zatrzymywania i udostępniania Policji danych telekomunikacyjnych swoich abonentów. Na podstawie nieobowiązującej obecnie ustawy z dnia 21 lipca 2000 r. – Prawo telekomunikacyjne²⁷ dane te miały charakter informacji prawnie chronionych, jako element tajemnicy telekomunikacyjnej. W ramach tej samej regulacji Policja posiadała dostęp do tych danych oraz możliwość ich wykorzystania na potrzeby prowadzonych postępowań, jednakże – co należy wyraźnie podkreślić – nie miało to żadnego związku z obowiązkiem operatorów do ich retencji. W tamtym czasie dane te służyły przede wszystkim celom gospodarczym – naliczaniu opłat klientom czy też rozstrzygnięciu reklamacji dotyczących płatności. Z zasady dane telekomunikacyjne były usuwane lub anonimizowane z chwilą zakończenia połączenia. Do wyjątków zaliczano natomiast archiwizowanie danych bilingowych do końca okresu, w którym korzystającym z usług przysługiwała reklamacja²⁸.

Wydanie rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24 stycznia 2003 r. w sprawie wykonywania przez operatorów zadań na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego²⁹, a następnie wprowadzenie nowego prawa telekomunikacyjnego³⁰ istotnie zmieniło dotychczasową praktykę. Od tego czasu operatorzy i dostawcy telekomunikacyjni byli zobowiązani do zatrzymania danych stanowiących rejestr kontaktów telefonicznych abonentów i użytkowników usług telekomunikacyjnych przez okres 12 miesięcy. Podczas kolejnych no-

²⁷ Dz. U. z 2000 r. Nr 73, poz. 852 ze zm.

²⁸ *Jawność i jej ograniczenia. T. 10: Przeciwdziałanie przestępczości*, pod red. G. Szpor, J. Majewskiego, Warszawa 2015, s. 66.

²⁹ Dz. U. z 2003 r. Nr 19, poz. 166.

³⁰ Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1954 ze zm.).

welizacji prawa telekomunikacyjnego okres ten został wydłużony do lat 2 (przy czym w gronie poselskim postulowany był projekt prolongaty tego czasu do lat 5, a nawet 15 lat³¹). Działanie to stanowiło również pokłosie obowiązku transpozycji do polskiego systemu prawnego treści dyrektywy 2006/24/WE³². Jej głównym celem było zobowiązanie dostawców usług łączności lub publicznych sieci łączności do zatrzymywania i przechowywania określonych kategorii danych telekomunikacyjnych dla potrzeb organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, by w ten sposób „zapewnić dostępność przedmiotowych danych do celu dochodzenia, wykrywania i ścigania poważnych przestępstw, określonych w ustawodawstwie każdego państwa członkowskiego” (art. 1 dyrektywy 2006/24/WE). Regulacja ta nie zawierała norm prawnych w zakresie zasad działania organów powołanych do ich zwalczania, pozostawiając państwom członkowskim Unii Europejskiej względną swobodę w zakresie unormowania tej kwestii w ustawodawstwie wewnętrznym. Swoboda ta stanowiła jednocześnie pokusę do wzmocnienia mechanizmów umożliwiających monitoring osób zarówno aktualnie podejrzanych o popełnienie przestępstwa, jak również „potencjalnie podejrzanych”³³. Pokusie tej nie oparł się również polski ustawodawca, czego konsekwencją były trzy wystąpienia do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją RP przepisów ustaw związanych z implementacją dyrektywy 2006/24/WE, wniesione między innymi przez Rzecznika Praw Obywatelskich i Prokuratora Generalnego. Zarzuty formułowane przez powyższe organy dotyczyły następujących kwestii:

- 1) nieprecyzyjność przepisów, skutkująca możliwością korzystania między innymi przez Policję z danych chronionych tajemnicą komunikowania się w dowolnym i arbitralnie ustalonym zakresie i wypadku, a nie w przypadku ustalonym ustawą;
- 2) niezapewnienie zewnętrznych mechanizmów kontroli korzystania między innymi przez Policję z szerokich uprawnień w zakresie dostępu do danych objętych tajemnicą komunikowania się;
- 3) niesprecyzowanie maksymalnego czasu przeprowadzania czynności niejawnych;
- 4) brak jednoznacznych reguł niszczenia zgromadzonych danych;

³¹ K. Mordaszewski, *Retencja danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną w świetle prawa europejskiego i polskiego*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2011, nr 4, s. 67.

³² Dyrektywa 2006/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. w sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności oraz zmieniająca dyrektywę 2002/58/WE (Dz. Urz. UE L 105/54 z 13.04.2006), dalej jako: dyrektywa 2006/24/WE.

³³ *Jawność i jej ograniczenia...*, s. 16.

- 5) niezachowanie zasad proporcjonalności, adekwatności i konieczności w zakresie umożliwiającym ingerencję państwa w prawa i wolności obywateli wskutek zezwolenia na gromadzenie oraz przetwarzanie danych telekomunikacyjnych.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego, który zapadł w dniu 30 lipca 2014 r. na skutek złożonych wniosków, można zaliczyć do przełomowych. W pierwszej części uzasadnienia Trybunał dokonał zwięzłej rekapitulacji dotychczasowego dorobku orzeczniczego w zakresie konstytucyjności przepisów normujących czynności operacyjno-gospodarcze, których wykorzystanie oddziaływało na sferę prywatności jednostki i tajemnicy komunikowania się³⁴. Przywołane zostały również wymogi minimalne, jakie w swoim orzecznictwie określił Europejski Trybunał Praw Człowieka³⁵, które to powinny być spełnione, aby inwigilacja jednostki była zgodna z art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Szczególną wartość poznawczą niesie dalsza część uzasadnienia wyroku, w której Trybunał szczegółowo odniósł się do konstytucyjnych przesłanek dopuszczalności czynności operacyjno-rozpoznawczych nie tylko w zakresie danych telekomunikacyjnych, ale również w wymiarze ogólnym. Innymi słowy w sposób wyraźny zakreślone zostały wymogi, które powinna spełniać regulacja prawna stanowiąca podstawę do niejawnego pozyskiwania danych o jednostkach przez władze publiczne w społeczeństwie informacyjnym.

Przede wszystkim Trybunał Konstytucyjny wskazał, że konstytucyjna ochrona obejmuje „wszelkie sposoby przekazywania wiadomości, w każdej formie komunikowania się, bez względu na fizyczny ich nośnik (np. rozmowy osobiste i telefoniczne, korespondencja pisemna, faks, wiadomości tekstowe i multimedialne, poczta elektroniczna). Ochrona konstytucyjna obejmuje nie tylko treść wiadomości, ale także wszystkie okoliczności procesu porozumiewania się, do których zaliczają się dane osobowe uczestników tego procesu, informacje o wybieranych numerach telefonów, przeglądanych stronach internetowych, dane obrazujące czas i częstotliwość połączeń czy umożliwiające lokalizację geograficzną uczestników rozmowy, wreszcie dane o numerze IP czy numerze IMEI. W ramach konstytucyjnie gwarantowanej wolności człowieka i jego autonomii informacyjnej mieści się nadto ochrona przed niejawnym monitorowaniem jednostki oraz prowadzonych przez nią rozmów, nawet w miejscach publicznych i ogólnie dostępnych. Nie ma znaczenia, czy wymiana informacji dotyczy życia ściśle prywatnego, czy też prowadzonej działalności zawodowej, w tym działalności go-

³⁴ *Ibidem*, s. 90.

³⁵ Zob. decyzja ETPCz z dnia 29 czerwca 2006 r., *Weber i Savaria przeciwko Niemcom*, nr skargi 54934/00.

spodarczej. Nie ma bowiem takiej sfery życia osobistego człowieka, co do której konstytucyjna ochrona byłaby wyłączona bądź samoistnie ograniczona. W każdej z tych sfer jednostka ma więc konstytucyjnie gwarantowaną wolność przekazywania i pozyskiwania informacji, w tym udostępniania informacji o sobie samej³⁶. Trybunał zwrócił ponadto uwagę, że przedmiotem zgłoszonych wniosków nie była kwestia obowiązku lub towarzyszących mu warunków retencji danych przez przedsiębiorstwa telekomunikacyjne. W erze powszechnego wykorzystania nowoczesnych technologii komunikacyjnych tego rodzaju kompetencja, przyznana między innymi Policji, jest co do zasady dopuszczalna i uzasadniona z uwagi na konieczność zapewnienia w szczególności bezpieczeństwa państwowego, dobrobytu gospodarczego kraju, ochrony porządku czy też przeciwdziałaniu poważnym przestępstwom. Zarzuty skarżących w istocie dotyczyły obowiązujących zasad udostępniania i wykorzystywania tych danych, między innymi przez Policję, w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, które to zarzuty Trybunał po części uwzględnił. W ocenie Trybunału w tym też zakresie zachodziła konieczność wprowadzenia stosownych zmian legislacyjnych, przy zachowaniu w szczególności następujących zasad i wytycznych:

- 1) „nie można gromadzić, przechowywać oraz przetwarzać danych dotyczących osób bez wyraźnej i precyzyjnej podstawy ustawowej;
- 2) należy określić precyzyjnie organy państwa upoważnione do przeprowadzania kontroli operacyjnej;
- 3) przepisy powinny precyzyjnie określać przesłanki stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz ograniczać ją tylko do wykrywania poważnych przestępstw oraz do zapobiegania im;
- 4) należy wskazać nie tylko środki niejawnego pozyskiwania informacji, ale także rodzaje informacji gromadzonych za pomocą poszczególnych środków;
- 5) czynności z zakresu kontroli operacyjnej i inne czynności polegające na gromadzeniu danych powinny być subsydiarnym środkiem pozyskiwania informacji lub dowodów;
- 6) ustawa powinna określać maksymalny okres prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych, który nie powinien naruszać zasady konieczności wynikającej z zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP);
- 7) należy precyzyjnie unormować w ustawie procedurę zarządzania czynności operacyjno-rozpoznawczych, w tym powinien znaleźć się obowiązek pozyskania zgody niezależnego organu na niejawne pozyskiwanie informacji;

³⁶ Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11 (Dz. U. z 2014 r. poz. 1055).

- 8) konieczne jest precyzyjne określenie w ustawie zasad postępowania z materiałami zgromadzonymi w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych;
- 9) należy zagwarantować bezpieczeństwo zgromadzonych danych;
- 10) konieczne jest unormowanie procedury następczego informowania jednostek o niejawnym pozyskaniu informacji na ich temat, a także wprowadzenie procedury zaskarżania czynności operacyjno-rozpoznawczych³⁷.

VI. Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego w zakresie ochrony tajemnicy zawodowej wobec czynności operacyjno-rozpoznawczych

Konieczność zapewnienia ochrony tajemnicy zawodowej w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych również była przedmiotem wniosków złożonych do Trybunału Konstytucyjnego. Wnioskodawcy zbieżnie wskazywali na dotychczasowy brak wystarczających regulacji prawnych, umożliwiających wyłączenie spoza zakresu czynności operacyjno-rozpoznawczych elementów, które są objęte ograniczeniami lub zakazami dowodowymi w postępowaniu karnym, w szczególności osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej³⁸. W ocenie Prokuratora Generalnego zapewnienie daleko idących gwarancji tajemnicy obrończej w procesie karnym, zakazujących przesłuchiwania obrońcy o faktach poznanych podczas udzielania porady prawnej lub prowadzenia sprawy, powoduje, że „możliwość niejawnego uzyskiwania informacji w toku kontroli operacyjnej w zakresie objętym tą tajemnicą, samo przez się, stanowi naruszenie konstytucyjnego prawa do obrony”³⁹.

W toku analizy sprawy swoje stanowiska wyrazili również przedstawiciele samorządów zaufania publicznego. Naczelna Rada Adwokacka zwróciła uwagę, że pomoc prawna świadczona przez profesjonalnego pełnomocnika nie zawsze jest związana z postępowaniem sądowym. „Może ona dotyczyć doradztwa pozaprocesowego lub alternatywnych metod

³⁷ Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 18 lutego 2016 r., https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wniosek_do_TK_kontrola_operacyjna.pdf [data dostępu: 15.10.2016].

³⁸ Z uwagi na poruszaną problematykę Autor publikacji w sposób zamierzony pominął kwestię tajemnicy dziennikarskiej, która również była przedmiotem rozważań i rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego w sprawie prowadzonej pod sygn. akt K 23/11.

³⁹ Uzasadnienie do wyroku TK z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11, <https://www.saos.org.pl/judgments/206460> [data dostępu: 05.10.2018].

rozwiązywania sporów. W każdym z tych wypadków niezbędne jest istnienie zaufania klienta do adwokata lub radcy, a także obowiązywanie stosownych gwarancji prawnych tego zaufania, czyli tajemnicy zawodowej. Wyłącznie w warunkach pełnego zaufania możliwe jest świadczenie rzetelnej pomocy prawnej i efektywne działanie profesjonalnego pełnomocnika na rzecz klienta⁴⁰. Zwrócono również uwagę, że „sama świadomość naruszenia tajemnicy obrończej, polegająca na możliwości zastosowania podsłuchu operacyjnego, będzie mogła skutecznie powstrzymać klientów przed ujawnianiem informacji profesjonalnemu pełnomocnikowi, co istotnie utrudni analizę sprawy i udzielenie profesjonalnej pomocy prawnej”⁴¹. W zastałym stanie prawnym nie można było bowiem wykluczyć sytuacji, że „służby odpowiedzialne za ściganie przestępstw mogą zapoznać się z materiałami objętymi tymi tajemnicami, w tym sporządzić akt oskarżenia na tej podstawie”⁴². Nieznaczenie odmienne stanowisko zaprezentowała Krajowa Rada Radców Prawnych, w ocenie której zasadniczym problemem w tym zakresie sprawy nie jest kwestia dopuszczalności stosowania wobec radców prawnych kontroli operacyjnej, ale kwestia wykorzystywania informacji uzyskanych w efekcie takiej kontroli, w zakresie objętym zakazami dowodowymi. W ocenie Krajowej Rady ujawnienie materiałów, które zebrano w jej toku, nie może powodować obejścia przepisów o tajemnicach ustawowo chronionych. Co interesujące, dalej idące stanowisko zaprezentował Rzecznik Praw Obywatelskich, który w rekapitulacji złożonego wniosku przyjął, że „nie ma podstaw do podmiotowego wyłączenia określonych kategorii osób spod kontroli operacyjnej. Z punktu widzenia wolności i praw jednostek konieczne jest natomiast unormowanie sposobu postępowania z materiałami zgromadzonymi w toku kontroli operacyjnej, a w szczególności przesłanek uchylania tajemnicy zawodowej oraz niszczenia materiałów, jeśli uchylenie tajemnicy nie jest niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości”⁴³. W toku rozpatrywania sprawy Trybunał Konstytucyjny uzyskał również potwierdzenie od Prezesa Sądu Najwyższego, że dotychczas „nie wykształciła się stała i jednolita linia orzecznicza, wyłączająca możliwość zarządzenia kontroli operacyjnej wobec podmiotów zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej bądź też obowiązująca zniszczenie materiałów zawierających treści, uznawane na gruncie przepisów postępowania karnego za objęte bezwarunkowymi i warunkowymi zakazami dowodowymi”⁴⁴. Analogiczną odpowiedź przekazali również Prezesi Sądów Apelacyjnych i Okręgowych mających

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² *Ibidem.*

⁴³ *Ibidem.*

⁴⁴ *Ibidem.*

siedzibę w miastach będących siedzibą apelacji. Wskazano przy tym również, że sądy te najczęściej nie analizowały, czy osoby poddane kontroli operacyjnej podlegają pod zakazy dowodowe, stąd też kwestia wyłączenia takiej osoby poza czynności operacyjno-rozpoznawcze nie była nigdy rozważana. Uwzględniając zgłoszone stanowiska i przekazane informacje, Trybunał Konstytucyjny uznał za uzasadnione odniesienie się do kwestii braku unormowania wyłączającego stosowanie czynności operacyjno-rozpoznawczych (tj. kontroli operacyjnej oraz pozyskiwania danych telekomunikacyjnych) w odniesieniu do podmiotów zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej.

W uzasadnieniu wyroku Trybunał potwierdził, że wprawdzie tajemnica zawodowa i gwarancje jej poszanowania, w postaci między innymi bezwarunkowych i warunkowych zakazów dowodowych w postępowaniu karnym, stanowią jeden z instrumentów ochrony zaufania, to jednak nie są one wartościami autotelicznymi i absolutnymi. „Jakkolwiek zachowanie poufności przez podmioty wykonujące zawody zaufania publicznego musi być zawsze widziane jako integralna wartość demokratycznego państwa prawa, to jednak podstawową ich funkcją jest ochrona wolności i praw konstytucyjnych jednostek przekazujących w dyskrekcji pewne informacje na swój temat osobom wykonującym zawody zaufania publicznego”⁴⁵. Ochrona tajemnicy zawodowej powinna być zatem w każdym przypadku postrzegana jako przejaw ochrony wolności i praw jednostki, zwłaszcza jej prywatności, autonomii informacyjnej, prawa do obrony, prawa do sądu, wolności sumienia i wyznania czy też wolności pozyskiwania informacji. W konsekwencji „Trybunał podkreślał – odnosząc się do tajemnicy radcy prawnego – że prawo do prywatności i poufności informacji przysługuje nie radcom prawnym, ale ich klientom; natomiast na radcach prawnych spoczywa obowiązek respektowania tego prawa”⁴⁶. W ocenie Trybunału stanowisko to nie utraciło swojej aktualności w odniesieniu do pozostałych tajemnic zawodowych.

W szerszym ujęciu poruszanego zagadnienia Trybunał zwrócił uwagę, że przeprowadzenie, a nawet sama dopuszczalność zarządzenia czynności operacyjnej, powoduje ingerencję w szczególnie wrażliwą relację pomiędzy jednostką a przedstawicielem zawodu zaufania publicznego, opartą na zaufaniu i dyskrekcji. Może to rodzić szerokie i negatywne konsekwencje, zarówno w wymiarze indywidualnym, jak i społecznym. Jednakże w ocenie Trybunału tego sytuacja nie może powodować, że pierwszeństwo w kolizji między interesem prywatnym a interesem publicznym zawsze ma zyskiwać ochrona wolności i praw jednostki, a pośrednio sama

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Wyrok TK z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03 (Dz. U. z 2004 r. Nr 255, poz. 2568).

tajemnica zawodowa. W tym też aspekcie możliwość pozyskiwania przez służby policyjne i ochrony państwa informacji o charakterze poufnym, przekazywanym podmiotom wykonującym zawody zaufania publicznego jest konstytucyjnie uprawniona. Co więcej, „zważywszy na znaczenie nowych technologii w efektywnej walce z zagrożeniami, zdaniem Trybunału, ogólne wyłączenie spod kontroli operacyjnej podmiotów zobowiązanych w ustawie do zachowania tajemnicy zawodowej, a nawet wyłączenie informacji uznawanych za stanowiące tajemnicę zawodową, jako bezwzględnie niedopuszczalnych do pozyskania w tym trybie, prowadziłyby do istotnych utrudnień w gromadzeniu materiału dowodowego niektórych rodzajów przestępstw, popełnianych np. z wykorzystaniem nowych technologii”⁴⁷. W kontekście powyższego wymagane było zwrócenie uwagi na dwie kluczowe kwestie:

- 1) niezwykle trudne jest abstrakcyjne określenie – w kategoriach ważności – relacji między dobrem prywatnym a publicznym. Wartościowanie takie jest możliwe w odniesieniu do konkretnego przypadku, z uwzględnieniem towarzyszących mu okoliczności, najczęściej gdy znana jest już doniosłość zagrożenia, z uwagi na które ma być uchylona tajemnica zawodowa, a także istotność informacji stanowiącej tajemnicę zawodową, która ma być ujawniona;
- 2) charakter kontroli operacyjnej w istocie nie sprowadza się do utrwalania indywidualnych komunikatów pomiędzy konkretnymi osobami, lecz jest swoistą obserwacją źródła informacji (np. podsłuch, kontrolowanie korespondencji pisemnej i elektronicznej) wobec podmiotu objętego stosowanym zarządzeniem sądowym. Dopiero zakończenie czynności i analiza zebranego materiału pozwala ustalić jego specyfikę i rozstrzygnąć o jego dalszym przeznaczeniu.

Tym samym zamiast, postulowanego przez niektórych wnioskodawców, ustawowego wyłączenia poza zakres kontroli operacyjnej określonych podmiotów zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej, w ocenie Trybunału rozwiązaniem trafniejszym byłoby „zapewnienie stosownych gwarancji proceduralnych, eliminujących nieuprawnione pozyskanie przez służby policyjne oraz służby ochrony państwa informacji, które – z uwagi na ich treść i okoliczności przekazania – powinny podlegać ochronie prawnej”. Instrumentem, który miał taką gwarancję zapewniać, był przewidziany w art. 180 § 2 Kodeksu postępowania karnego⁴⁸ mechanizm zwolnienia z tajemnicy zawodowej przez sąd, jeżeli jest to konieczne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, zaś dana okoliczność nie może zostać

⁴⁷ Uzasadnienie do powołanego wcześniej wyroku TK z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11.

⁴⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1987 ze zm.), dalej jako: k.p.k.

wykazana w inny sposób, niełamiający tajemnicy zawodowej. W ocenie Trybunału zastosowanie w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, w tym kontroli operacyjnej, rozwiązań właściwych dla postępowania karnego jest tym bardziej wskazane z uwagi na niejawnosć kontroli oraz jej ponadprocesowy charakter.

Trybunał dostrzegł również istotne braki legislacyjne w zakresie obowiązków uprzedniej, sądowej kontroli zgromadzonych danych, jak też możliwości ewentualnego uchylenia tajemnicy zawodowej w konkretnej sprawie. Odnosiło się to w szczególności do sytuacji, w której zachodziłoby uzasadnione podejrzenie, że zgromadzone w sprawie materiały zawierają informacje objęte tajemnicą zawodową i z tego powodu wymagają szczególnej ochrony. W takim wypadku oczekiwana byłaby ich dodatkowa weryfikacja przez sąd, posiadający kompetencję do ewentualnego zwolnienia tych materiałów z tajemnicy zawodowej, jeszcze przed przekazaniem ich funkcjonariuszom służb bądź prokuratorowi. Poza zakresem regulacji ustawowej pozostawała również kwestia procedury niszczenia zebranych w toku kontroli operacyjnej informacji stanowiących tajemnicę zawodową.

Ostatecznie Trybunał wyraził się negatywnie wobec niezapewnienia przez ustawodawcę rozwiązań prawnych w odniesieniu do tych tajemnic zawodowych, które z uwagi na doniosłe znaczenie w procesie realizacji prawa do obrony, powinny podlegać szczególnej ochronie przed ujawnianiem ich treści służbom stosującym kontrolę operacyjną. „Jakkolwiek możliwość niejawnego uzyskiwania informacji objętych tajemnicą obrończą, samo w sobie, nie narusza jeszcze istoty prawa do obrony (oskarżony może bowiem korzystać z pomocy prawnej obrońcy, komunikując się z nim osobiście bez wykorzystywania takich kanałów komunikacji, które mogą być objęte kontrolą operacyjną), to jednak, zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, ustawodawca nie przeciwdziałał należycie głębokim naruszeniom tego prawa przez służby policyjne i ochrony państwa”⁴⁹. W tym też wypadku Trybunał uznał za uzasadniony postulat wprowadzenia ustawowego wymogu uprzedniego uzyskania zgody na pozyskiwanie danych telekomunikacyjnych osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej.

⁴⁹ Uzasadnienie do powołanego wcześniej wyroku TK z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11.

VII. Ustawowe zasady ochrony tajemnicy zawodowej w ramach realizacji kontroli operacyjnej

Wyrok z dnia 30 lipca 2014 r. stanowił początek procesu przygotowania i wprowadzenia zmian legislacyjnych, które w założeniu miały odpowiadać na oczekiwania Trybunału Konstytucyjnego. Projektowane poprawki objęły również treść ustawy o Policji, a ich wyrazem było wprowadzenie jednej większej⁵⁰ i wielu mniejszych nowelizacji przedmiotowej regulacji. Analiza treści obszerniejszej noweli rodzi uzasadnione przekonanie, że cel, dla którego została ona przygotowana, udało się zrealizować jedynie szczątkowo, a wprowadzone zmiany w istocie nie tylko pogłębiały stan niezgodności przepisów z ustawą zasadniczą, ale również rodziły poważne wątpliwości co do ich zgodności z prawem unijnym oraz orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Ograniczając się do zagadnienia ochrony tajemnicy zawodowej profesjonalnych pełnomocników w trakcie kontroli operacyjnej podejmowanej przez funkcjonariuszy Policji, należy zasygnalizować wprowadzenie nowych zasad postępowania w powyższym zakresie. W ich ramach przyjęto, że w przypadku, gdy materiały uzyskane w toku kontroli operacyjnej:

- 1) zawierają informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji obrońcy, adwokata, radcy prawnego – Komendant Główny Policji, Komendant Centralnego Biura Śledczego Policji (dalej: Komendant CBŚP) albo komendant wojewódzki Policji zarządza ich niezwłoczne, komisyjne i protokolarne zniszczenie;
- 2) mogą zawierać informacje pochodzące od mediatora, z wyłączeniem informacji o przestępstwach, o których mowa w art. 240 § 1 Kodeksu karnego⁵¹, albo informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu między innymi adwokacką, radcy prawnego – Komendant Główny Policji, Komendant CBŚP albo komendant wojewódzki Policji przekazuje prokuratorowi te materiały.⁵²

⁵⁰ Ustawa z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 147).

⁵¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn. Dz. U z. 2018 r. poz. 1600 ze zm.).

⁵² Zob. art. 19 ust. 15f u.pol.

W drugim przypadku prokurator niezwłocznie po otrzymaniu materiałów kieruje je do sądu, który zarządził kontrolę operacyjną albo wyraził na nią zgodę, wraz z wnioskiem o:

- 1) stwierdzenie, które z przekazanych materiałów zawierają informacje objęte tajemnicą zawodową;
- 2) dopuszczenie do wykorzystania tych materiałów w postępowaniu karnym.⁵³

Sąd, niezwłocznie po złożeniu wniosku przez prokuratora, wydaje postanowienie o dopuszczeniu do wykorzystania w postępowaniu karnym przekazanych mu materiałów, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu, a także zarządza niezwłoczne zniszczenie materiałów, których wykorzystanie w postępowaniu karnym jest niedopuszczalne. Na powyższe postanowienie prokuratorowi przysługuje zażalenie⁵⁴. Ponadto organ Policji jest obowiązany do wykonania zarządzenia sądu dotyczącego niezwłocznego, komisyjnego i protokolarnego zniszczenia materiałów, których wykorzystanie w postępowaniu karnym jest niedopuszczalne. Organ Policji niezwłocznie informuje prokuratora nadzorującego kontrolę operacyjną o zniszczeniu tych materiałów⁵⁵.

W pozostałym zakresie, zasygnalizowanym przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 30 lipca 2014 r., a odnoszącym się do zagadnienia ochrony tajemnicy zawodowej w ramach realizacji kontroli operacyjnej, bądź też szerzej – czynności operacyjno-rozpoznawczych, ustawodawca nie zaproponował innych zmian lub rozwiązań legislacyjnych.

VIII. Ocena prawna dokonanych zmian legislacyjnych

Analiza bieżącego stanu prawnego w zakresie ochrony tajemnicy zawodowej zawodów prawniczych w ramach realizacji kontroli operacyjnej, w kontekście postulatów wyrażonych w treści wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., nie budzi jedynie pozytywnych refleksji. Faktem jest, że wskutek wydanego rozstrzygnięcia do ustawy o Policji wprowadzono nowe obowiązki o charakterze formalnym, które jakkolwiek dotyczą kwestii wyłączenia lub ograniczenia możliwości wykorzystania materiałów objętych tajemnicą zawodową adwokata lub radcy prawnego. Zagadnienie to nie było dotychczas przedmiotem ustawowych regulacji, co dla funkcjonariuszy Policji i organów ścigania tworzyło

⁵³ Zob. art. 19 ust. 15g u.pol.

⁵⁴ Zob. art. 19 ust. 15h i ust. 15i u.pol.

⁵⁵ Zob. art. 19 ust. 15j u.pol.

okazję do instrumentalnego wykorzystywania efektów prowadzonej kontroli operacyjnej, również wobec przedstawicieli prawniczych zawodów zaufania publicznego. Również pozytywnie należy ocenić zaangażowanie sądu w proces weryfikacji czarteru materiałów i oceny ich przydatności, bądź też nie, dla postępowania karnego. Może to świadczyć o dążeniu przez ustawodawcę do zapewnienia, w ramach kontroli operacyjnej, możliwie najbardziej obiektywnych i niezależnych mechanizmów weryfikacji prawnej podejmowanych przez Policję działań operacyjno-rozpoznawczych. Z drugiej strony przyjęte przez prawodawcę rozwiązania budzą zastrzeżenia prawne i nie realizują w wystarczającym stopniu oczekiwań formułowanych przez Trybunał Konstytucyjny. Warto nadmienić, że stosowne obiekcje wobec uchwalonych regulacji były formułowane już na etapie przygotowywania projektu ustawy nowelizującej, również przez samorządy prawniczych zawodów zaufania publicznego⁵⁶. W szczególności sprzeciw budził przyjęty przez ustawodawcę sposób działania Policji, polegający na przekazaniu prokuratorowi materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej, w przypadku zaistnienia przypuszczenia, że mogą one zawierać informacje objęte tajemnicą obrończą lub stanowiącą tajemnicę zawodową w szczególności adwokata lub radcy prawnego. W ocenie opiniujących tak zredagowany przepis zobowiązywał, a jednocześnie uprawniał funkcjonariuszy do dokonania wstępnej selekcji posiadanych materiałów i podjęcia arbitralnej decyzji w zakresie doręczenia ich prokuratorowi, a pośrednio sądowi, w trybie art. 19 ust. 15f u.pol. Przyjęty przez ustawodawcę sposób działania powodował uzasadnione przekonanie o iluzoryczności kontroli sądowej działań operacyjnych Policji w zakresie, w jakim ingerowały one w przestrzeń tajemnicy zawodowej profesjonalnego pełnomocnika.

W wariantcie przyjętym przez ustawodawcę można również dostrzec brak elementarnej konsekwencji legislacyjnej. Z jednej strony funkcjonariusz Policji sam wstępnie dokonuje selekcji materiałów, które mogą zawierać informacje objęte tajemnicą obrończą lub stanowiącą tajemnicę zawodową. Nie może on natomiast zwrócić się z nimi bezpośrednio do sądu, ani z wnioskiem o zniszczenie, ani o wykorzystanie tych materiałów w postępowaniu, tylko jest zobowiązany przekazać je prokuratorowi. W tym wypadku rola prokuratora sprowadza się zasadniczo do wykonania czynności formalnej wobec otrzymanych materiałów, a sam prokurator jest kolejną osobą, która ma dostęp do treści podlegającej ochronie w ramach ta-

⁵⁶ Zob.: stanowisko Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 30 grudnia 2015 r. dotyczące projektu ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 154); opinia Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 20 lipca 2015 r. do senackiego projektu ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (druk senacki nr 967).

jemnicy zawodowej. Wówczas – w ocenie opiniujących – bardziej trafnym rozwiązaniem legislacyjnym byłoby uprawnienie prokuratora, a nie funkcjonariusza Policji, do dokonywania wstępnej oceny zebranego materiału, który może stanowić tajemnicę adwokacką lub radcy prawnego. Wówczas zasadna pozostałaby również obowiązująca dla tego organu kompetencja do wystąpienia do sądu ze stosownym wnioskiem kontrolnym względem uzyskanych materiałów.

W kontekście powyższego zwrócono również uwagę na ryzyko nierzetelnej i nieobiektywnej wstępnej selekcji materiałów przez funkcjonariusza Policji, który – jako podmiot realizujący kontrolę operacyjną – może dążyć do wykazania, że uzyskany przez niego materiał nie zawiera elementów podlegających ochronie, ewentualnie zawiera informacje objęte tajemnicą zawodową, które jednak mogą podlegać dopuszczeniu przez sąd do wykorzystania w postępowaniu karnym. Wskazane wyżej zastrzeżenia, jakkolwiek trafne, nie wyczerpują jednak katalogu mankamentów przyjętej regulacji.

Ustawodawca przyjął zasadę, że sąd jest zobowiązany do dopuszczenia do wykorzystania w postępowaniu karnym przez sąd materiałów objętych tajemnicą zawodową lub związanych z pełnioną funkcją zawsze, gdy jest to konieczne ze względu na dobro wymiaru sprawiedliwości, o ile dana okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. We wskazanej regulacji można dostrzec zbieżność z mechanizmem kontroli sądowej przyjętym w art. 180 § 2 k.p.k., który umożliwia przesłuchanie osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej. Należy jednak zaznaczyć, że pomiędzy tymi rozwiązaniami prawnymi występuje kolosalna różnica. Polega ona na tym, że w postępowaniu karnym sąd decyduje o potrzebie ingerencji w tajemnicę zawodową, w celu wykorzystania pozyskanych w ten sposób informacji na rzecz toczącego się procesu. Natomiast kontrola sądowa podejmowana w ramach czynności operacyjnych sprowadza się w istocie do decyzji sądu o dopuszczeniu materiału, który został uzyskany wskutek naruszenia tajemnicy zawodowej. Tym samym dostęp do informacji objętej tajemnicą zawodową ma miejsce bez uprzedniej kontroli sądowej. Natomiast efekty uzyskania nieautoryzowanego dostępu, które posiadają wartość karnoprocesową, są następnie zatwierdzane przez sąd. Warto przy tym również zaznaczyć, że ustawodawca nie wprowadził również żadnego obowiązku sporządzenia uzasadnienia do postanowienia o wyrażeniu zgody na wykorzystanie materiałów podlegających ochronie. Taka sytuacja rodzi wątpliwość co do zasadności uznania prymatu abstrakcyjnego i niedookreślonego pojęcia „dobro wymiaru sprawiedliwości” nad klarowną wartością w postaci „prawo jednostki do obrony”.

Godny zauważenia wydaje się fakt, że istotne mankamenty omawianych regulacji dostrzegł również Rzecznik Praw Obywatelskich, który wnioskiem z dnia 18 lutego 2016 r. (czyli w ciągu niespełna 2 tygodni od dnia wejścia w życie nowelizacji) zwrócił się do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności jej przepisów z Konstytucją RP, Kartą praw podstawowych Unii Europejskiej⁵⁷ oraz Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁵⁸. Pierwotnie Trybunał miał zająć się sprawą w pełnym składzie. Co istotne wniosek ten został jednak cofnięty pismem procesowym z dnia 14 marca 2018 r. W uzasadnieniu swojej decyzji Rzecznik Praw Obywatelskich stwierdził brak możliwości na niezależne i merytoryczne rozpoznanie swojego wniosku, bowiem status sędziowski osób, którzy zostali wyznaczeni do składu orzekającego, jak również ich bezstronność w aspekcie uprawnień służb, mogła być kwestionowana. Taka sytuacja rodziła po stronie Rzecznika uzasadnione obawy, że wyrok Trybunału mógłby ugruntować stan prawny, który – w jego ocenie – jest niezgodny ze standardami konstytucyjnymi i europejskimi⁵⁹.

IX. Podsumowanie analizy

Przyznanie Policji ustawowego uprawnienia do przeprowadzania czynności operacyjno-rozpoznawczych co do zasady należy uznać za działanie trafne i uzasadnione. Formacja ta pełni bowiem doniosłą rolę w systemie bezpieczeństwa państwa i obywateli. Możliwość skorzystania przez Policję z posiadanych kompetencji sprzyja efektywnemu wykonywaniu powierzonych zadań, szczególnie w zakresie wykrywania przestępstw i ścigania ich sprawców. Niewątpliwie sprzyja temu poufny charakter, jak również sama specyfika czynności. Ich ramy dopuszczają bowiem możliwość bardzo głębokiej ingerencji Policji w życie prywatne jednostki. Taka sytuacja budzi powszechne i uzasadnione obawy o właściwy sposób wykorzystania tych narzędzi. Analiza zagadnienia z perspektywy prawnej rodzi pytanie o konstytucyjną wartość tych czynności względem praw i wolności obywatelskich, szczególnie z uwagi na treść art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Na jego podstawie istnieje możliwość ustawowego ograniczenia korzystania z wolności i praw, gdy jest to konieczne „w demokratycz-

⁵⁷ Wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 202/389 z 7.06.2016.

⁵⁸ Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 18 lutego 2016 r., https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wniosek_do_TK_kontrola_operacyjna.pdf [data dostępu: 15.10.2016].

⁵⁹ Pismo procesowe Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 14 marca 2018 r., <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/cofni%C4%99cie%20wniosku%20do%20TK%20-%20kontrola%20operacyjna%2C%2014.03.2018.pdf> [data dostępu: 15.10.2018].

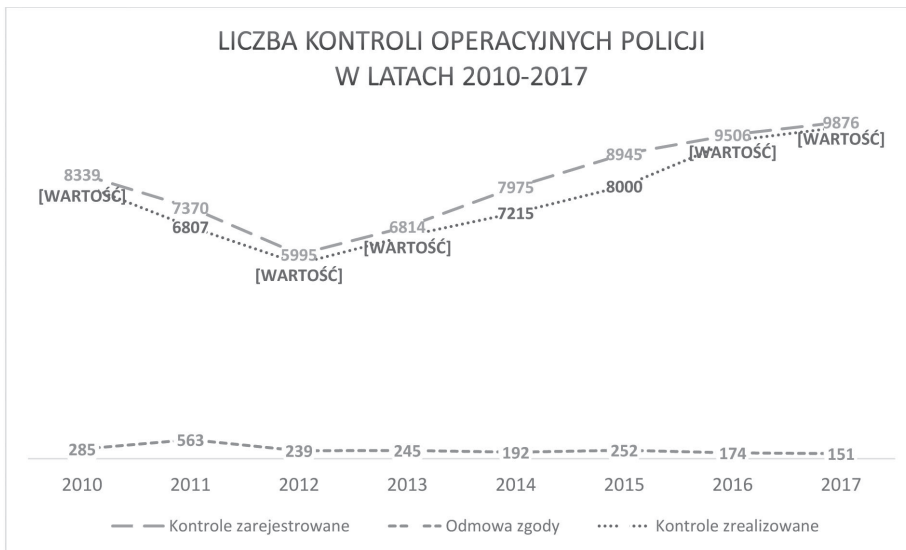
nym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób”. W konwencji zadaniem ustawodawcy jest zapewnienie takich regulacji prawnych, które pozwolą utrzymać odpowiedni stopień równowagi pomiędzy prawami jednostki a możliwością ich ograniczenia z uwagi na słuszny interes publiczny.

Analiza treści ustawy o Policji w kontekście możliwości realizacji czynności operacyjno-rozpoznawczych, a ściślej – kontroli operacyjnej, wskazuje na niedbałe wykonanie powierzonego ustawodawcy zadania. Punkt ciężkości jest wyraźnie przesunięty w kierunku uprawnień operacyjnych formacji. Wskazać jednakże należy, że w ciągu ostatnich lat, wskutek działań uprawnionych organów państwa, jak również samego Trybunału Konstytucyjnego, znaczenie praw jednostki w działaniach operacyjnych nieznacznie wzrosło. Odnosi się to w szczególności do kwestii tajemnicy informacji przekazywanej przez osobę profesjonalnemu pełnomocnikowi, w ramach konstytucyjnego prawa do obrony lub też tajemnicy zawodowej radcy prawnego. Warto zaznaczyć, że kwestia ta do 2016 r. nie była w jakikolwiek sposób ustawowo regulowana w kontekście kontroli operacyjnej Policji. Przyjęte nowelizacją z dnia 15 stycznia 2016 r. nowe zasady postępowania przez Policję z materiałem operacyjnym, który zawierał lub mógł zawierać informacje objęte tajemnicą obrończą lub zawodową, stanowiły efekt wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r. Nowelizacja, jakkolwiek oczekiwana i postulowana, szczególnie przez samorządy prawnicze i środowiska obywatelskie, nie zrealizowała w pełni oczekiwań Trybunału, w szczególności w zakresie zapewnienia odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa i sądowej kontroli nad informacjami objętymi tajemnicą radcowską. Potwierdzeniem powyższego może być fakt złożenia przez Rzecznik Praw Obywatelskich wniosku do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności jej przepisów z Konstytucją RP. Aktualnie⁶⁰ zachodzi więc uzasadniona obawa, że dane telekomunikacyjne, dane pocztowe oraz dane internetowe, którymi operuje radca prawny, nie tylko w stosunku do swoich klientów, mogą być przedmiotem zainteresowania i analizy ze strony Policji. Funkcjonariusze tej formacji – w oparciu o posiadane ustawowo uprawnienia – mają bowiem możliwość uzyskiwania i gromadzenia tego rodzaju materiałów w ramach kontroli operacyjnej, mimo że dane te korzystają z zagwarantowanej ustawowo domeny tajemnicy zawodowej.

⁶⁰ Stan na IV kwartał 2018 r.

X. Poszukiwanie ochrony dla tajemnicy zawodowej radcy prawnego

Z opublikowanej w czerwcu 2018 r. przez Ministra Spraw Wewnętrznych corocznej informacji na temat działalności Policji wynika, że uprawnione do wnioskowania o kontrolę operacyjną organy Policji zarejestrowały w 2017 r. 9876 wniosków i zarządzeń o jej zastosowanie. Spośród nich tylko 151 wniosków nie uzyskało akceptacji przez instytucje kontrolujące. Wskutek zatwierdzonych i przeprowadzonych kontroli operacyjnych w 1525 przypadkach uzyskano dowody do procesu karnego.



Wykres 1. Liczba kontroli operacyjnych Policji w latach 2010-2017
(Źródło: opracowanie własne na podstawie Informacji Ministra Spraw Wewnętrznych na temat działalności Policji w 2017 r.)

Zaprezentowana na wykresie 1 ilość tego rodzaju czynności operacyjno-rozpoznawczych, realizowanych przez funkcjonariuszy Policji w ciągu 2017 r. w całym kraju w stosunku do lat poprzednich, może rodzić uzasadnione przekonanie, że w kolejnych latach tendencja do wykorzystania kontroli operacyjnej będzie ulegać wzmocnieniu. Warto zauważyć, że podana przez Ministra Spraw Wewnętrznych informacja nie obejmuje kwestii liczby kontroli operacyjnych prowadzonych wobec osób objętych obowiązkiem zachowania tajemnicy zawodowej lub funkcyjnej, co bynajmniej nie może oznaczać, że takich działań w ogóle nie podejmowano.

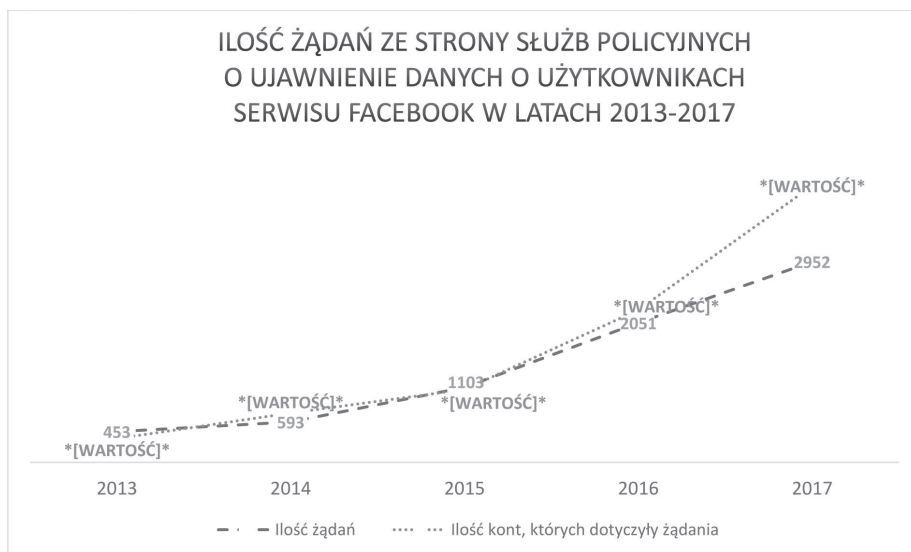
Mając na uwadze powyższe informacje oraz fakt, że ustawodawca nie zapewnia odpowiedniej ochrony prawnej dla tajemnicy zawodowej radcy prawnego oraz kierując się ustawowym obowiązkiem jej zachowania, uzasadnione jest rozważenie innych sposobów zapewnienia ochrony tajemnicy zawodowej radcy prawnego.

Jednym z nich może być skorzystanie z nowoczesnego komunikatora internetowego, który posiada zaawansowane mechanizmy szyfrujące treść przesyłanych za jego pomocą informacji. Warto zwrócić uwagę, że popularne komunikatory, takie jak: Skype, Facebook Messenger czy WhatsApp nie zapewniają (w przypadku pierwszego) albo mogą nie zapewniać (w przypadku dwóch kolejnych) odpowiedniego stopnia poufności danych⁶¹. W przypadku tego rodzaju aplikacji ich rozwój jest bardzo dynamiczny, dlatego zaleca się okresową weryfikację poziomu bezpieczeństwa, który dany produkt w danym momencie oferuje.

Coraz większą popularnością cieszy się usługa szyfrowania VPN, która – ujmując to najogólniej – umożliwia anonimowe korzystanie z sieci Internet. Pozwala ona bowiem na zamaskowanie adresu IP (który w istocie jest informacją o miejscu położenia urządzenia w sieci komputerowej) oraz zaszyfrowanie danych, którymi wymieniają się komputery. Użycie takiego narzędzia pozwala bardzo skutecznie ograniczyć do minimum możliwość bycia podsłuchanym w Internecie przez osoby trzecie.

Warto również zwrócić uwagę, jakie i w jaki sposób zamieszcza się treści w sieci Internet, szczególnie w serwisach społecznościowych. Z informacji cyklicznie publikowanych przez niektóre portale wynika, że Policja i inne służby bezpieczeństwa również sięgają do tych źródeł informacji, na potrzeby realizowanych przez siebie czynności. Bynajmniej nie dotyczy to sytuacji anonimowego przeglądania profili osób będących podmiotami zainteresowania organów ścigania, ale formalnego zwracania się do administratorów danego serwisu społecznościowego o przekazanie szczegółowych informacji w odniesieniu do danej osoby. Powyższą sytuację możemy dokładniej zilustrować przykładem serwisu Facebook.

⁶¹ Zob. artykuł w serwisie internetowym Niebezpiecznik.pl pt. *Prostujemy bzdury o komunikatorach Signal i WhatsApp w Rzeczpospolitej*, <https://niebezpiecznik.pl/post/prostujemy-nieprawdziwe-sformulowania-o-komunikatorach-signal-i-whatsapp-w-rzeczpospolitej/> [data dostępu: 15.10.2018].



Wykres 2: Ilość żądań ze strony służb policyjnych o ujawnienie danych o użytkownikach serwisu Facebook w latach 2013–2017

(Źródło: opracowanie własne na podstawie: <https://transparency.facebook.com/government-data-requests/country/PL/jan-jun-2017>)

Zgodnie z opublikowaną informacją w 2017 r. ze strony polskich służb policyjnych do tego portalu zostało skierowane 2952 zapytania, które dotyczyły łącznie 4065 kont użytkowników⁶². Portal uwzględnił i udzielił odpowiedzi na 53% złożonych żądań. Analiza dotychczasowej tendencji pozwala uznać, że w kolejnych latach służby policyjne będą coraz częściej sięgać do źródeł internetowych, które gospodarują ogromną ilością informacji na temat ich użytkowników, a które to informacje są dobrowolnie wprowadzane do danego serwisu przez samych użytkowników.

Ostatecznie należy wyraźnie zastrzec, że powyższe propozycje nie mają na celu utrudniania działań Policji lub innych służb policyjnych w dostępie do informacji ważnych z perspektywy zadań, które zostały tym formacjom przyznane przez ustawodawcę. Prezentowane rozwiązania mają jedynie charakter opinii i powinny być postrzegane jako zaproszenie do dyskusji na temat sposobów umożliwiających ograniczenie ryzyka uzyskania dostępu do informacji stanowiących tajemnicę zawodową radcy prawnego przez osoby i podmioty trzecie.

⁶² Zob. <https://transparency.facebook.com/government-data-requests/country/PL/jan-jun-2016> [data dostępu: 16.10.2018].

Tomasz Niedziński

Problematyka ochrony tajemnicy zawodowej radcy prawnego pozostającego w stosunku pracy

Zawód radcy prawnego należy do grupy tak zwanych zawodów zaufania publicznego, których wykonywanie wiąże się z koniecznością legitymowania się specjalistyczną wiedzą potwierdzoną zdaniem egzaminem państwowym bądź w ustawowym trybie uzyskaniem uprawnienia do wykonywania zawodu. Mimo że ustawodawca nie stworzył legalnej definicji pojęcia „zawód zaufania publicznego”, odpowiedzi na pytanie, kiedy mamy do czynienia z zawodem zaufania publicznego należy szukać w dość bogatym dorobku doktryny i orzecznictwa. W literaturze przedmiotu najczęściej wskazywane cechy zawodów zaufania publicznego to: a) szczególna doniosłość prawidłowego i zgodnego z interesem publicznym wykonywania – istotnego z racji znaczenia, jaką dana dziedzina społecznej aktywności zawodowej odgrywa w społeczeństwie oraz z racji konieczności zapewnienia ochrony gwarantowanych konstytucją praw podmiotowych jednostki; b) powierzanie w warunkach wysokiego zaufania uprawiającym taki zawód informacji osobistych i dotyczących życia prywatnego osób korzystających z ich usług; c) uznawanie tych informacji za tajemnicę zawodową, która nie może być ujawniona; d) objęcie osób dysponujących taką tajemnicą – w wypadku możliwości naruszenia istotnych dóbr jednostki w razie jej ujawnienia – immunitetem zwalniającym je od odpowiedzialności karnej za nieujawnienie informacji; e) korzystanie ze świadczeń tych zawodów często w razie nastąpienia realnego albo choćby potencjalnego niebezpieczeństwa dla dóbr jednostki o szczególnym charakterze (np. życie, zdrowie, wolność, godność, dobre imię); f) niepodleganie regułom hierarchii urzędniczej; g) występowanie sformalizowanej deontologii zawodowej oraz rękojmia należytego i zgodnego z interesem publicznym wykonywania zawodu, gwarantowana z jednej strony przez wysokie bariery dostępu do wykonywania każdego z zawodów zaufania publicznego, obejmujące nie tylko wymóg ukończenia odpowiedniego szkolenia, lecz również reprezentowanie odpowiedniego poziomu etycz-

nego, z drugiej – sprawowaną w interesie publicznym pieczę organów samorządu zawodowego¹.

W wyroku z dnia 26 listopada 2003 r. Trybunał Konstytucyjny zauważył ponadto, że zawód zaufania publicznego to zawód, który „polega na obsłudze osobistych potrzeb ludzkich, wiążący się z przyjmowaniem informacji dotyczących życia osobistego i zorganizowany w sposób uzasadniający przekonanie społeczne o właściwym dla interesów jednostki wykorzystywaniu tych informacji przez świadczących usługi”². Wykonywanie zawodu zaufania publicznego określane jest dodatkowo normami etyki zawodowej, szczególną treścią ślubowania, tradycją korporacji zawodowej czy szczególnym charakterem wykształcenia wyższego i uzyskanej specjalizacji (aplikacja).

Ustawodawca na mocy art. 17 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej umożliwił tworzenie w drodze ustawy samorządów zawodowych, których zadaniem jest reprezentowanie osób wykonujących zawód zaufania publicznego i sprawowanie pieczy nad należytym wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony³. Tym samym Konstytucja RP dała możliwość samorządom zawodowym tworzenia regulacji prawnych umożliwiających sprawowanie nadzoru nad sposobem i formą wykonywania zawodu. Sprawowanie nadzoru nad sposobem i formą wykonywania zawodu ma na celu stworzenie takich regulacji prawnych, które zapewnią ich członkom możliwość wykonywania działalności gospodarczej bez jakichkolwiek przeszkód przy zachowaniu transparentności i niezależności zarazem. Warto zwrócić uwagę, iż ze względu na znaczenie i rolę zawodów zaufania publicznego istnieje postulat uprawniający korporacje zawodowe do wprowadzania pewnych ograniczeń w zakresie wolności wykonywania zawodu oraz podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej w powiązaniu z wolnością wykonywania zawodu⁴.

¹ Zob. P. Sarnecki, komentarz do art. 17 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 4, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 2005, s. 340 i n.; idem, *Opinia w sprawie wykładni art. 17 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 2, s. 75–76; M. Tabernačka, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego*, AUWr. PPIA 2004, t. 62, s. 287–302.

² Wyrok TK z dnia 26 listopada 2003 r., sygn. akt SK 22/02, OTK-A 2003, nr 9, poz. 97. Szerzej zob.: P. Sarnecki, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego (art. 17 ust. 1 Konstytucji) na przykładzie adwokatury* [w:] *Konstytucja, wybory, parlament. Studia ofiarowane Zdzisławowi Jaroszowi*, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 2000, s. 155 i n.; P. Kuczyma, *Adwokat jako zawód zaufania publicznego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Pal. 2012, z. 3–4, s. 147–148.

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.), dalej jako: Konstytucja RP.

⁴ Zob. wyroki TK: z dnia 19 października 1999 r., sygn. akt SK 4/99, OTK ZU 1999, nr 6, poz. 119 oraz z dnia 21 maja 2002 r., sygn. akt K 30/01, OTK-A 2002, nr 3, poz. 32.

Zgodnie z art. 4 ustawy o radcach prawnych wykonywanie zawodu radcy prawnego polega na świadczeniu pomocy prawnej⁵. Natomiast art. 6 ust. 1 u.r.p. stanowi, że „zawód radcy prawnego polega na udzielaniu porad i konsultacji prawnych, sporządzaniu opinii prawnych, opracowywaniu projektów aktów prawnych oraz występowaniu przed urzędami i sądami w charakterze pełnomocnika lub obrońcy”. Jak zaznaczono w preambule Kodeksu Etyki Radców Prawnych: „radca prawny służy interesom wymiaru sprawiedliwości, a także podmiotom, które powierzyły mu dochodzenie i ochronę swoich wolności i praw. Jest to zawód zaufania publicznego respektujący ideały i obowiązki etyczne ukształtowane w toku jego wykonywania. Zdefiniowanie reguł postępowania w życiu zawodowym i samorządowym przyczynia się do godnego i uczciwego wykonywania zawodu radcy prawnego”⁶. Na radcy prawnym, tak jak adwokacie, ciąży szczególnie obowiązek stania na straży praworządności oraz umacniania świadomości prawnej w społeczeństwie demokratycznym. Radca prawny, wykonując zawód, obowiązany jest zawsze kierować się prawem. Żadne okoliczności pozaprawne, niemające bezpośredniego związku z obiektywnie ocenionym stanem faktycznym sprawy, albo wyrażone przez kogokolwiek polecenia czy wskazówki, nie zwalniają radcy prawnego z obowiązku rzetelnego i uczciwego wykonywania czynności zawodowych. Radca prawny, analogicznie jak adwokat, ma na celu przyczynić się do ochrony i umacniania porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej, obowiązki zawodowe wypełniać sumiennie i zgodnie z przepisami prawa, zachować tajemnicę zawodową, postępować godnie i uczciwie, kierując się zasadami etyki i sprawiedliwości. Podobnie jak adwokat, radca prawny w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych jest niezależny i podlega wyłącznie ustawie. Przy wykonywaniu czynności zawodowych radca prawny korzysta z wolności słowa i pisma w granicach określonych przepisami prawa. Niezależność radcy prawnego jest gwarancją ochrony praw i wolności obywatela oraz sprawowania wymiaru sprawiedliwości, co oznacza, że radca prawny musi być wolny od wszelkich wpływów, a szczególnie tych, które mogą wynikać z jego osobistych interesów czy nacisków zewnętrznych, ograniczeń, nakłaniania, gróźb ingerencji bezpośredniej lub pośredniej z jakiegokolwiek strony lub z jakiegokolwiek powodu. Unikanie konfliktu interesów jest jednym z podstawowych obowiązków radcy prawnego wobec klientów. Priorytetem dla radcy prawnego podczas wykonywania obowiązków służbowych jest nie-

⁵ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2115 ze zm.), dalej jako: u.r.p.

⁶ Załącznik do uchwały Nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z dnia 22 listopada 2014 r. w sprawie Kodeksu Etyki Radcy Prawnego, dalej jako: KERP.

zależność i nieuleganie wpływom. Należy zaznaczyć, że radca prawny nie może naruszać zasad etyki w celu usatysfakcjonowania klienta lub nacisków ze strony osób trzecich lub organów administracji publicznej. Kluczowa różnica pomiędzy zawodem radcy prawnego a adwokata wynika z treści art. 8 ust. 1 u.r.p., zgodnie z którym: „Radca prawny wykonuje zawód w ramach stosunku pracy, na podstawie umowy cywilnoprawnej, w kancelarii radcy prawnego oraz w spółce: 1) cywilnej lub jawnej, w której współnikami są radcowie prawni, adwokaci, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 126, poz. 1069, z późn. zm.); 2) partnerskiej, w której partnerami są radcowie prawni, adwokaci, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej; 3) komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, w której komplementariuszami są radcowie prawni, adwokaci, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej”.

Ustawodawca – w przeciwieństwie do adwokatów – umożliwił radcom prawnym wykonywanie zawodu na podstawie umowy o pracę. Powyższe wykorzystywane jest przez oponentów jako bezzasadny argument przemawiający za brakiem niezależności radcy prawnego jako pracownika zatrudnionego na etacie. Przytoczona teza jest o tyle chybiona, gdyż zgodnie z art. 13 u.r.p.: „Radca prawny nie jest związany poleceniem co do treści opinii prawnej”. Tezę dotyczącą niezależności radcy prawnego zatrudnionego na podstawie umowy o pracę potwierdzają także liczne orzeczenia Sądu Najwyższego oraz wyroki Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którymi radca prawny niezależnie od formy wykonywania zawodu określonej w art. 8 u.r.p., w tym także na podstawie umowy o pracę, wykonuje niezależny wolny zawód zaufania publicznego. Powyższe stanowi konsekwencję przepisów ustawy o radcach prawnych. W ocenie autora należy zwrócić szczególną uwagę przede wszystkim na treść przepisów art. 9, 13 i 14 u.r.p. Nie ulega wątpliwości, że dokonując analizy przedmiotowych przepisów, należy dojść do wniosku, że przepisy te mają ochronny charakter i są gwarancją niezależności radcy prawnego, oraz – co należy mocno podkreślić – dotyczą każdej formy wykonywania zawodu, gdyż ustawodawca nie wyłączył zakresu ich stosowania w stosunku

do żadnej z form wykonywania zawodu wskazanych przez art. 8 u.r.p.⁷ Przepisy te mają na celu ochronić przede wszystkim niezależność radcy prawnego w stosunkach z pracodawcą, zwłaszcza w kontekście możliwości wypowiedzenia umowy o pracę w związku z zarzutem nienależytego wykonywania obowiązków zawodowych w przypadku niewystarczającej „podległości” i zbytnej samodzielności w związku z wykonywaniem obowiązków radcy prawnego. Ustawodawca jednoznacznie oznaczył więc ograniczoną możliwość oddziaływania pracodawcy na radcę prawnego w związku z wykonywaniem przez niego obowiązków służbowych, biorąc pod uwagę samodzielność i niezależność radcy prawnego.

Uwzględniając powyższe, należy uznać, że wykonywanie zawodu radcy prawnego w ramach stosunku pracy nie wyłącza niezależnego charakteru wykonywania tego zawodu. Powyższa forma świadczenia pomocy prawnej jest o tyle specyficzna, gdyż poza przepisami Kodeksu pracy⁸ regulują ją także przepisy ustawy o radcach prawnych, Kodeksu Etyki Radców Prawnych, a także ustaw szczególnych w zależności od rodzaju wykonywanej pracy. Niezaprzeczalnie stosunek łączący pracodawcę z radcą prawnym jest osobliwy, gdyż w wielu sferach odbiega od tradycyjnego stosunku pracy. Istotną rolę odgrywa zwłaszcza kwestia podległości służbowej oraz sposoby świadczenia stosunku pracy. Jednakże, uwzględniając nawet kwestię złożoności problematyki w przypadku zatrudnienia radcy prawnego na podstawie umowy o pracę ze względu na konieczność stosowania kilku ustaw w stosunku do jednego pracownika, należy pamiętać, że niemożliwe jest nierespektowanie samodzielności i niezależności radcy prawnego wynikających z treści art. 13 i 14 u.r.p., które mają charakter zasad wykonywania tego zawodu. Opierając się na treści art. 22 § 1 w zw. z art. 100 § 1 k.p., należy podkreślić, że radca prawny jest obowiązany do wykonywania swojej pracy na rzecz i pod kierownictwem pracodawcy w sposób sumienny oraz starannie. Jednak zasada obowiązku stosowania się radcy prawnego (jako pracownika) do poleceń przełożonego, które dotyczą pracy została częściowo wyłączona przez art. 13 u.r.p. w zakresie czynności sporządzania opinii prawnych oraz przez art. 9 ust. 4 u.r.p. w zakresie polecenia wykonywania czynności, które wykraczają poza świadczenie pomocy prawnej. W związku z tym stosunek prawny pomiędzy radcą prawnym a pracodawcą oparty na umowie o pracę nigdy nie będzie zgodny z wymogami zawartymi w art. 22 § 1 k.p., co podkreśla specyfikę wykonywania zawodu radcy prawnego w ramach stosunku pracy. Czę-

⁷ K. Stoga, *Status radcy prawnego wykonującego zawód na podstawie umowy o pracę w świetle ustawy o radcach prawnych i kodeksu pracy*, www.temidium.pl [data dostępu: 11.11.2018].

⁸ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 917 ze zm.), dalej jako: k.p.

ściowe wyłączenie obowiązku stosowania się do poleceń przełożonego wynika z ustawowej gwarancji zajmowania stanowiska pracy przez radcę prawnego w sposób samodzielny. Radca prawny pozostający w stosunku pracy podlega bezpośrednio kierownikowi jednostki organizacyjnej. Taka podległość służbowa z całą pewnością ma na celu zagwarantowanie wykonywania zawodu w sposób niezależny od podmiotu, z którym zawarł umowę o pracę oraz wyłączenie podległości pracowniczej jakiegokolwiek podmiotowi pośredniczącemu. Taka pozycja radcy prawnego w strukturze organizacyjnej zapewnia stały kontakt z podmiotem podejmującym istotne decyzje dotyczące interesów danej organizacji, jak również podkreśla prestiż zawodu radcy prawnego. Powyższe stanowisko zostało podkreślone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 września 1999 r., sygn. akt I PKN 277/99, w którym Sąd wyraził pogląd, że: „Podporządkowanie pracownika (art. 22 § 1 k.p.) może polegać na określeniu przez pracodawcę czasu pracy i wyznaczeniu mu zadań, natomiast co do sposobu ich realizacji pracownik ma pewien zakres swobody, zwłaszcza jeżeli wykonuje zawód twórczy. [...] Można więc przyjąć, że w przypadku wykonywania prac na stanowiskach samodzielnych (np. lekarzy, radców prawnych, *etc.*) kierownictwo pracodawcy zostaje zmodyfikowane przez wyłączenie w całości lub części możliwości wpływania pracodawcy na sposób wykonywania pracy (np. leczenie pacjentów, treść sporządzania opinii prawnej). Tak rozumiana podległość pracownika swojemu pracodawcy określana jest mianem podporządkowania autonomicznego”⁹. Wobec powyższego zasadne jest stwierdzenie, że radca prawny w przeciwieństwie do innych pracowników nie jest zobowiązany do podporządkowania się pracodawcy w związku z postanowieniami art. 5 k.p. Niewątpliwie przepis ten, wyrażając zasadę *lex specialis derogat legi generali*, umożliwia wywnioskowanie, że ze względu na niezależność i samodzielność radcy prawnego w związku z wykonywaniem obowiązków związanych ze świadczeniem pomocy prawnej (np. czynności wchodzące w zakres pomocy prawnej, o której mowa w art. 4 i art. 6 ust. 1 u.r.p.), nie podlega on stosunkowi podległości w stosunku do pracodawcy w związku z art. 13 i 14 u.r.p.

Analizując powyższą kwestię, nie sposób nie zwrócić uwagi na problematykę zachowania tajemnicy zawodowej przez radcę prawnego zatrudnionego na podstawie umowy o pracę. Zgodnie z ustawą o radcach prawnych: radca prawny jest obowiązany zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej (art. 3 ust. 3); obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej przez radcę prawnego nie może być ograniczony w czasie (art. 3 ust. 4); nie można też radcy prawnego zwolnić z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej

⁹ Cyt. za: *Kodeks pracy. Komentarz*, pod red. A. Sobczyka, Warszawa 2014, Legalis.

co do faktów, o których dowiedział się, udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę (art. 3 ust. 5). Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej przez radcę prawnego ma na celu zapewnienie ochrony interesów prawnych klientów. Między innymi kwestia zapewnienia tajemnicy przy wykonywaniu zawodu radcy prawnego świadczy o tym, że zawód radcy prawnego jest zawodem zaufania publicznego. Atrybutem zawodu radcy prawnego jako zawodu zaufania publicznego jest zachowanie tajemnicy zawodowej przez radcę prawnego. Gwarancją zachowania tajemnicy zawodowej jest to, że obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej jest nieograniczony w czasie, co oznacza, że radca prawny ma obowiązek zachowania tajemnicy niezależnie od upływu czasu, nawet w sytuacji, gdy zaprzestanie wykonywać zawód radcy prawnego. Z uwagi na to, że obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej przez radcę prawnego ma charakter bezwzględny, to nie ma potrzeby, aby radca prawny zobowiązywał się do zachowania tajemnicy zawodowej po ustaniu stosunku prawnego łączącego go z klientem. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 czerwca 2015 r., wskazał, że zastrzeżenie w umowie o obsługę prawną odszkodowania dla radcy prawnego za zobowiązanie się do postępowania po ustaniu obowiązywania tej umowy zgodnie z ustawowym obowiązkiem zachowania w tajemnicy wszystkiego, o czym dowiedział się on w związku z udzieleniem pomocy prawnej, jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i tym samym nieważne (art. 58 § 2 Kodeksu cywilnego)¹⁰.

Znaczenie tajemnicy zawodowej w związku z wykonywaniem zawodu radcy prawnego podkreśla także rota ślubowania radcy prawnego, zgodnie z którą radca prawny ślubuje między innymi zachowanie tajemnicy zawodowej (art. 27 ust. 1 u.r.p.).

Należy zauważyć, że obowiązek zachowania w tajemnicy uzyskanych informacji przez radcę prawnego został również uregulowany w sposób bardzo szczegółowy w zasadach etyki radcy prawnego w rozdziale I działu III KERP.

Kodeks Etyki Radcy Prawnego podkreśla doniosłość zachowania tajemnicy zawodowej poprzez uznanie jej jako nie tylko jednej z podstawowych i istotnych zasad wykonywania zawodu radcy prawnego, ale także jako podstawowego obowiązku etycznego radcy prawnego. Zgodnie bowiem z art. 9 KERP dochowanie tajemnicy zawodowej jest prawem i obowiązkiem radcy prawnego. Stanowi podstawę zaufania klienta oraz jest gwarancją praw i wolności.

Na podstawie art. 15 i 16 KERP uznać należy, że istota zawodu radcy prawnego polega na tym, że uzyskuje on od klienta w zaufaniu informa-

¹⁰ Wyrok SN z dnia 19 czerwca 2015 r., sygn. akt IV CSK 590/14, LEX/el.

cje, których klient nie ujawniłby nikomu; radca prawny jest zobowiązany do zachowania w tajemnicy wszystkiego, o czym dowiedział się w związku z wykonywaniem jakichkolwiek czynności zawodowych; obowiązek zachowania w tajemnicy obejmuje wszystkie uzyskane przez radcę prawnego informacje niezależnie od źródła tych informacji, formy lub sposobu utrwalania tych informacji; tajemnicą zawodową objęte są także informacje ujawnione radcy prawnemu przed podjęciem przez niego czynności zawodowych, jeżeli z okoliczności sprawy wynika, że ujawnienie nastąpiło dla potrzeb świadczenia pomocy prawnej i uzasadnione było oczekiwaniem, że radca prawny będzie ją świadczył; tajemnica zawodowa obejmuje także tworzone przez radcę prawnego dokumenty oraz korespondencję radcy prawnego z klientem i osobami uczestniczącymi w prowadzeniu sprawy – powstałe dla celów związanych ze świadczeniem pomocy prawnej; natomiast obowiązek zachowania w tajemnicy zawodowej obejmuje nie tylko zakaz ujawnienia informacji, lecz także skorzystania z nich w interesie własnym lub osoby trzeciej. Jednocześnie radca prawny ma też obowiązek powstrzymać się od występowania na rzecz nowego klienta, jeżeli występuje ryzyko naruszenia zobowiązania do poufności wobec poprzedniego klienta lub jeśli posiadana przez niego wiedza o sprawach poprzedniego klienta dałaby nowemu klientowi nieuzasadnioną przewagę, w szczególności, gdy wiedza posiadana przez radcę prawnego w sprawach innego klienta mogłaby dać jakiegokolwiek korzyści nowemu klientowi

Powyższe zostało potwierdzone przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 22 listopada 2004 r. – klienci przekazują radcy informacje dotyczące ich ważnych dóbr i interesów. Musi temu towarzyszyć zachowanie poufności. Wymaga tego przede wszystkim ochrona tych dóbr i interesów. Zachowanie poufności jest nieodzowne także do prawidłowego wykonania zleconej usługi. Warunkiem prawidłowego udzielenia pomocy prawnej klientowi jest uzyskanie od niego wszystkich potrzebnych posiadanych przez niego informacji. Klient nie powinien powstrzymywać się przed ich przekazaniem z obawy niezachowania ich w tajemnicy¹¹.

Zapewnieniu bezpieczeństwa tajemnicy zawodowej i przeciwdziałaniu jej ujawnienia ma służyć także obowiązek żądania przez radcę prawnego udziału przedstawiciela samorządu radców prawnych w przeszukaniu lokalu radcy prawnego (art. 18 KERP).

Dodatkowymi środkami mającymi znaczenie dla zachowania tajemnicy zawodowej, które przewiduje Kodeks Etyki Radcy Prawnego jest konieczność faktycznego zabezpieczenia przed niepowołanym ujawnieniem informacji objętych tajemnicą zawodową, niezależnie od ich formy i sposobu utrwalenia. Dokumenty i nośniki zawierające informacje poufne rad-

¹¹ Wyrok TK z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03 (Dz. U. z 2004 r. Nr 255, poz. 2568).

ca prawny ma obowiązek przechowywać w sposób chroniący je przed zniszczeniem, zniekształceniem lub zaginięciem. Dokumenty i nośniki przechowywane w formie elektronicznej muszą być objęte odpowiednią kontrolą dostępu oraz zabezpieczeniem systemu przed zakłóceniem działania, uzyskaniem nieuprawnionego dostępu lub utratą danych. Dodatkowo radca prawny powinien kontrolować dostęp osób współpracujących do takich dokumentów i nośników. Radca prawny w tym celu także powinien wyraźnie zobowiązać osoby współpracujące z nim przy wykonywaniu czynności zawodowych do zachowania poufności w zakresie objętym jego tajemnicą zawodową, wskazując na ich odpowiedzialność prawną związaną z ujawnieniem tajemnicy zawodowej (art. 22 i 23 KERP). Niedopełnienie tego wymogu przez radcę prawnego nie jest jednoznaczne z tym, że wskazane osoby mogą swobodnie udostępniać informacje o kliencie. Zobowiązane one są do przestrzegania tajemnicy określonej w odrębnych przepisach prawa, jak na przykład tajemnicy danych osobowych¹².

Zapewnieniu zachowania tajemnicy zawodowej, a także ochronie swobodnego przedstawiania stanowisk podczas prowadzenia rozmów ugodowych, negocjacji mających na celu zawrzeć ugodę służy również regulacja art. 21 KERP, która nakłada na radcę prawnego obowiązek zachowania w tajemnicy, także wobec sądów i innych organów orzekających w sprawie, przebieg i treść pertraktacji ugodowych, w których brał czynny udział radca prawny.

Zasady etyki radcy prawnego zakazują radcy prawnemu zgłaszania wniosku dowodowego o przesłuchanie w charakterze świadka innego radcy prawnego lub innej osoby, z którą radca prawny może na podstawie przepisów prawa wspólnie wykonywać zawód – dla ustalenia okoliczności objętych ich obowiązkiem dochowania tajemnicy zawodowej. Oczywistym celem takiego zakazu jest zwiększenie ochrony tajemnicy zawodowej (art. 19 KERP).

Należy wskazać, że mimo regulacji zapewniających ochronę tajemnicy zawodowej, istnieje także możliwość zwolnienia radcy prawnego z obowiązku dochowania tajemnicy zawodowej. Zwolnienie takie przewiduje art. 180 § 2 Kodeksu postępowania karnego¹³. Na podstawie tego przepisu radca prawny może zostać przesłuchany co do faktów objętych tajemnicą zawodową tylko wówczas, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. O zwolnieniu radcy prawnego z obowiązku zachowania tajemnicy

¹² M. Jabłoński, J. Węgrzyn, *Ochrona tajemnic w polskim porządku prawnym – tajemnica radcowska i adwokacka*, AUWr. PPIA 2017, t. 95, s. 240.

¹³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1987 ze zm.), dalej jako: k.p.k.

zawodowej w celu przesłuchania decyduje sąd. Na postanowienie sądu w tym przedmiocie przysługuje zażalenie.

Jednak instytucja zwolnienia radcy prawnego z tajemnicy zawodowej powinna być stosowana z ostrożnością i wyjątkowo. Doniosłość społeczna zawodów objętych przepisem art. 180 § 2 k.p.k., w tym zawodu radcy prawnego, sprawia, że decyzja o zwolnieniu z tajemnicy zawodowej nie może być traktowana jak formalność. Należy zatem starannie rozważyć okoliczności konkretnej sprawy i podejmować decyzję o zwolnieniu z obowiązku zachowania tajemnicy tylko wtedy, gdy ujawnienie okoliczności objętych tą tajemnicą – i to właśnie przez radcę prawnego – jest rzeczywiście nieodzowne dla zapewnienia prawidłowego orzekania, gdyż brak jest w tym przedmiocie innych wystarczających dowodów¹⁴. Z tego względu radca prawny powinien podejmować wszelkie przewidziane prawem środki dla uniknięcia lub ograniczenia określonego w przepisach prawa zwolnienia go z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej.

Natomiast w procedurze administracyjnej, cywilnej i podatkowej nie ma możliwości zwolnienia radcy prawnego z tajemnicy zawodowej, tak jak przewiduje to procedura karna, lecz przewidziana jest możliwość odmowy przez radcę prawnego, przesłuchiwanego w charakterze świadka, odpowiedzi na pytanie w sytuacji, gdy odpowiedź na pytanie mogłaby spowodować naruszenie obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej.

Ustawa o radcach prawnych przewiduje konsekwencje naruszenia przez radcę prawnego obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej. Za naruszenie tego obowiązku radca prawny może zostać pociągnięty do odpowiedzialności dyscyplinarnej, gdyż niedochowanie tajemnicy zawodowej narusza zarówno przepisy ustawy o radcach prawnych, jak i zasady Kodeksu Etyki Radcy Prawnego – i w świetle art. 64 u.r.p. stanowi przewinienie dyscyplinarne. Zgodnie bowiem z brzmieniem tego przepisu radcowie prawni i aplikanci radcowscy podlegają odpowiedzialności dyscyplinarnej za postępowanie sprzeczne z prawem, zasadami etyki lub godnością zawodu bądź za naruszenie swych obowiązków zawodowych.

¹⁴ Postanowienie SA w Katowicach z dnia 19 czerwca 2013 r., sygn. akt II AKZ 303/13, „Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Katowicach. Biuletyn” 2013, nr 3, s. 17.

Sławomir Patyra

Konstytucyjne gwarancje ochrony tajemnicy zawodowej radcy prawnego

Wprowadzenie

W płaszczyźnie rozważań prawniczych, pojęcie tajemnicy zawodowej definiowane jest zarówno na gruncie doktryny prawa, jak również w orzecznictwie jako informacja, która ze względu na przypisywane jej znaczenie z mocy prawa objęta jest zakazem ujawniania¹. W aspekcie podmiotowym obejmuje ona określone prawnie kategorie osób, które ze względu na wykonywanie określonego zawodu lub pełnienie służby posiadają informacje podlegające ochronie przed udostępnianiem osobom nieupoważnionym. Przedmiotem owej ochrony może być szeroko rozumiany interes publiczny, w tym zwłaszcza interes państwa lub interes indywidualny wynikający z konstytucyjnych gwarancji realizowania wolności i praw jednostki². W szerokim ujęciu tajemnica zawodowa wiąże się bezpośrednio z osobami wykonującymi zawody zaufania publicznego. W kontekście niniejszego opracowania obejmuje ona przede wszystkim osoby wykonujące tzw. wolne zawody prawnicze, tj. adwokatów i radców prawnych. Ochrona tajemnicy zawodowej stanowi obowiązek wskazanych podmiotów. Jednocześnie postrzegana jest jako szczególnie istotny czynnik kształtujący zaufanie do osób, którym z racji wykonywania takiego zawodu powierzone zostały konkretne informacje i źródła ich pochodzenia z uzasadnionym przekonaniem, że przekazane w warunkach poufności treści nie zostaną ujawnione osobom trzecim³. Do tak określonych funkcji tajem-

¹ Szeroko na ten temat zob. M. Jabłoński, J. Węgrzyn, *Ochrona tajemnic osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego*, Wrocław 2016, s. 91 i n.

² Por. W. Marchwicki, *Tajemnica adwokacka. Analiza konstytucyjna*, Warszawa 2015, s. 33–34.

³ Zob. W. Brzozowski, *Prawo do prywatności* [w:] W. Brzozowski, A. Krzywoń, M. Wiącek, *Prawa człowieka*, Warszawa 2018, s. 189.

nicy zawodowej osób wykonujących wolne zawody prawnicze nawiązuje również orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, zwłaszcza wyrok z dnia 2 lipca 2007 r., w którym Trybunał objął pojęciem tajemnicy zawodowej wszelkie informacje uzyskane w ramach poufnego stosunku, którego charakter stwarza jego uczestnikom uzasadnione oczekiwania prywatności i nieujawniania. Tajemnica zawodowa prawnika odnosi do wszystkich faktów i okoliczności, o których został on poinformowany, świadcząc pomoc prawną mającą związek z postępowaniem sądowym, przy czym fakty te lub okoliczności nie służą popełnieniu przestępstwa ani innemu naruszeniu praw⁴.

Ochrona tajemnicy zawodowej osób wykonujących wolne zawody prawnicze nie ma charakteru bezwzględnego, co zresztą wielokrotnie eksponowane było w dotychczasowej praktyce orzeczniczej, również pod rządami poprzednio obowiązujących regulacji konstytucyjnych. Zwolnienie konkretnej osoby z obowiązku zachowania tajemnicy dopuszczalne jest jedynie wówczas, gdy przemawiają za tym szczególne względy procesowe, w szczególności gdy nie ma możliwości dokonania ustaleń istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy przez sąd za pomocą innych środków dowodowych⁵. W doktrynie nie budzi wątpliwości pogląd, że zwolnienie z tajemnicy zawodowej dopuszczalne jest w stosunku do funkcjonariuszy publicznych⁶. W związku z tematyką opracowania istota problemu sprowadza się zasadniczo do ustalenia, czy zwolnienie to możliwe jest również w odniesieniu do radców prawnych, a w razie pozytywnej odpowiedzi na tak postawione pytanie – do określenia prawnych granic ingerencji w sferę ich tajemnicy zawodowej, a co za tym idzie – oceny skuteczności gwarancji ochrony tajemnicy radcowskiej, uregulowanych w postanowieniach ustawy zasadniczej z 1997 r.⁷ oraz towarzyszących jej regulacjach ustawowych.

Podstawowe, konstytucyjne gwarancje ochrony tajemnicy zawodowej radcy prawnego ujęte są przede wszystkim w postanowieniach rozdziału I – *Rzeczpospolita* (art. 17) oraz rozdziału II – *Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela* Konstytucji RP (art. 42 ust. 2, art. 47, art. 49, art. 51). Analiza wymienionych przepisów stanowić będzie punkt wyjścia dla rozważań, poświęconych wskazanym wyżej zagadnieniom.

⁴ Wyrok TK z dnia 2 lipca 2007 r., sygn. akt K 41/05, OTK-A 2007, nr 7, poz. 72.

⁵ Tak np. SN w uchwale z dnia 19 stycznia 1995 r., sygn. akt I KZP 15/94, OSNKW 1995, nr 1–2, poz. 1.

⁶ Np. S. Steinborn, *Zwolnienie świadka w procesie karnym z tajemnicy państwowej*, PiP 2008, z. 2, s. 61.

⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.), dalej jako: Konstytucja RP.

I. Tajemnica zawodowa radcy prawnego a prawo do prywatności

Artykuł 47 Konstytucji RP stanowi, że każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Jak wskazuje Paweł Sarnecki, tak sformułowane prawo do prywatności powinno być raczej określane jako wolność od ingerencji państwa w sferę życia prywatnego jednostki⁸. Pogląd ten zasługuje na pełną aprobatę, zważywszy na okoliczność, iż zadaniem państwa jest w tym wypadku nie tyle stworzenie warunków materialno-instytucjonalnych dla zachowania prywatności, co nieingerowanie w tę sferę poza przypadkami prawnie dopuszczalnymi. Trzymając się utrwalonego w nomenklaturze prawniczej sformułowania, chociaż prawo do prywatności nie odnosi się wprost do kwestii ochrony tajemnicy zawodowej radców prawnych, to jednak ściśle z tą ochroną koreluje. W świetle utrwalonych poglądów doktryny istotnym komponentem prawa do prywatności jest bowiem zasada autonomii informacyjnej jednostki, wyrażona w art. 51 ust. 1 Konstytucji RP⁹. Zawarta w nim norma stanowi, że nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawniania informacji dotyczących jego osoby. Ograniczenie autonomii informacyjnej jednostki znajduje z kolei wyraz w art. 51 ust. 2 Konstytucji RP, którego sens wyraża się w umożliwieniu pozyskiwania, gromadzenia i udostępniania informacji o obywatelach przez władze publiczne, o ile informacje te są niezbędne w demokratycznym państwie prawnym.

Porównanie treści obydwu przywołanych przepisów art. 51 Konstytucji RP jednoznacznie wskazuje na niespójność tej regulacji w odniesieniu do jej zakresu podmiotowego. Używając w ust. 1 kwantyfikatora „nikt”, ustrojodawca objął autonomią informacyjną możliwie najszerszy krąg podmiotów – zarówno obywateli, jak też cudzoziemców i bezpaństwowców. Z kolei w ust. 2 tegoż artykułu zakres podmiotowy ograniczony został wyłącznie do obywateli. Oznacza to, że w odniesieniu do pozostałych dwóch kategorii podmiotów ograniczenia przyjęte w tym przepisie nie mają zastosowania. Władze publiczne mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać informacje na ich temat niezależnie od tego, czy są one konieczne w demo-

⁸ Zob. P. Sarnecki, komentarz do art. 47 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 2003, s. 1.

⁹ Zob. J. Sobczak, *Prawo do prywatności a wolność słowa i dźwięku* [w:] *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, pod red. L. Wiśniewskiego, Warszawa 2006, s. 159; R. Koper, *Problem horyzontalnego działania prawa do prywatności na tle Konstytucji RP oraz ustawodawstwa karno-procesowego*, „*Prawa Człowieka. Humanistyczne Zeszyty Naukowe*” 2008, nr 11, s. 15; J. Uliasz, *Konstytucyjna ochrona prywatności w świetle standardów międzynarodowych*, Rzeszów 2018, s. 170.

kratycznym państwie prawnym. Okoliczność ta ma również istotne znaczenie w kontekście tajemnicy zawodowej radcy prawnego, którego klientem jest cudzoziemiec lub apatryda.

Wymóg „niezbędności” pozyskiwanych informacji dla demokratycznego państwa prawnego stanowi istotną klauzulę gwarancyjną autonomii informacyjnej jednostki. W tym względzie szczególnego znaczenia nabiera precyzyjne określenie charakteru państwa, nawiązujące wprost do zasady określonej w art. 2 Konstytucji RP. Oznacza bowiem, że ocena dopuszczalności ingerencji władz publicznych w sferę autonomii informacyjnej jednostki musi być każdorazowo dokonywana z uwzględnieniem aksjologii demokratycznego państwa prawnego, którą tworzą między innymi następujące komponenty: konstytucjonalizm, legalizm działania organów władzy publicznej, zasada zaufania obywateli do państwa – czy wreszcie – szeroki katalog wolności i praw jednostki. Z samej istoty demokratycznego państwa prawnego wynikają poważne ograniczenia dopuszczalności ingerencji państwa w sferę konstytucyjnych wolności i praw człowieka oraz obywatela, daleko większe niż w jakimkolwiek innym państwie.

Klauzula „niezbędności” oznacza, że władze publiczne nie mogą ingerować w sferę autonomii informacyjnej obywateli dla celów bliżej nieokreślonych, bądź określonych, ale nieistotnych z punktu widzenia interesów państwa demokratycznego¹⁰. Stanowisko to znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który w wyroku z dnia 20 listopada 2002 r. stwierdził, że w przypadku naruszenia autonomii informacyjnej jednostki, na organach władzy publicznej spoczywa ciężar udowodnienia, że pozyskanie konkretnych informacji o konkretnych osobach było konieczne, a nie tylko „wygodne” lub „użyteczne” dla władzy¹¹. Formuła z art. 51 ust. 2 Konstytucji RP bezpośrednio łączy się z zasadą proporcjonalności, wyrażoną w jej art. 31 ust. 3, zgodnie z którą ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie prawnym dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Tym samym, każdy przypadek pozyskiwania, gromadzenia i udostępniania informacji o obywatelach przez władze publiczne podlegać musi tzw. testowi proporcjonalności. Ocena jego prawnej dopuszczalności zależeć będzie od spełnienia wymogów, określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Dotyczy ona również formy, w której wprowadza się mechanizmy ingerencji państwa w autonomię informacyjną obywateli. Zgodnie z art. 51 ust. 5 Konstytucji RP zasady i tryb

¹⁰ Por. M. Jabłoński, J. Węgrzyn, *op. cit.*, s. 47.

¹¹ Wyrok TK z dnia 20 listopada 2002 r., sygn. akt K 41/02, OTK-A 2002, nr 6, poz. 83.

gromadzenia oraz udostępniania informacji określa ustawa. Pełni ona w tym wypadku funkcję aktu wykonawczego wobec norm art. 51 ust. 1–4 Konstytucji RP, co oznacza, że ustawodawca nie może samodzielnie modyfikować zakresu korzystania z autonomii informacyjnej jednostki, jak również dopuszczalnego zakresu pozyskiwania, gromadzenia i udostępniania informacji przez władze publiczne. Jak wielokrotnie bowiem podkreślił Trybunał Konstytucyjny, gdy ustawodawca wkracza w sferę konstytucyjnie gwarantowanych wolności lub praw jednostki bez konstytucyjnego upoważnienia do ich współokreślenia, ocena proporcjonalności tego typu ingerencji winna być dokonywana przy zastosowaniu znacznie surowszych kryteriów niż w sytuacjach, gdy Konstytucja RP przyznaje ustawodawcy możliwość kreacji ograniczeń w odniesieniu do konstytucyjnie normowanej wolności lub prawa¹².

II. Tajemnica zawodowa radcy prawnego a wolność i ochrona tajemnicy komunikowania się

Z punktu widzenia problematyki ochrony tajemnicy zawodowej radcy prawnego kluczową funkcję gwarancyjną realizuje norma art. 49 Konstytucji RP. Stanowi ona, że zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się, a ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie oraz w sposób w niej określony. Istota wolności komunikowania się immanentnie związana jest z poufnością, tradycyjnie określaną jako „tajemnica”¹³. Obejmuje ona zakaz zmuszania adresatów do ujawniania treści otrzymywanych przekazów, w szczególności informacji, jak również zakaz podejmowania prób pozyskiwania treści przekazów przez wszystkie inne podmioty, nie wyłączając organów władzy publicznej, bez zgody ich adresatów.

Obowiązek zachowania poufności uzyskanych informacji spoczywa przede wszystkim na osobach wykonujących zawód zaufania publicznego, w tym również na radcach prawnych. Status „zawodu zaufania publicznego”, przyznany im na gruncie Konstytucji RP w art. 17 ust. 1, implikuje bowiem dopuszczenie radców do sfery prywatności klienta. Tym samym, w świetle art. 17 ust. 1 Konstytucji RP, tajemnica zawodowa radcy prawnego i jej dotrzymanie jest warunkiem *sine qua non* wykonywania tego zawodu. W ślad za stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego należy podkreślić, że tajemnica radcowska nie jest przywilejem tej grupy zawodo-

¹² Np. wyrok TK z dnia 23 czerwca 2009 r., sygn. akt K 54/07, OTK-A 2009, nr 6, poz. 86.

¹³ Zob. P. Sarnecki, komentarz do art. 49 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 2003, s. 3.

wej, lecz jej obowiązkiem, gdyż służy ochronie klientów, na rzecz których radcowie prawni świadczą pomoc prawną¹⁴. Z powyższych względów, za niezgodne ze standardem konstytucyjnym należałoby uznać wszelkie regulacje prawne znoszące tajemnicę radcowską (adwokacką), gdyż jednym z istotnych zadań ustawodawcy jest ochrona poufności wiadomości przekazywanych w warunkach dyskrecji osobom wykonującym zawody zaufania publicznego¹⁵.

W kontekście przywołanego orzeczenia należy podkreślić szczególne znaczenie Sejmu i Senatu w zakresie stworzenia odpowiednich gwarancji dla przestrzegania tajemnicy zawodowej radcy prawnego. Z uwagi na brak wyraźnego jej ujęcia w postanowieniach Konstytucji RP, to właśnie w gestii ustawodawcy leży odpowiednie do standardów konstytucyjnych ukształtowanie zakresu zachowania tajemnicy oraz odpowiadającemu mu prawa do zachowania milczenia radcy prawnego wobec organów władzy publicznej w związku z udzielaniem pomocy prawnej¹⁶. W doktrynie nie budzi wątpliwości fakt, że skuteczne powoływanie się na tajemnicę zawodową przez radcę prawnego możliwe jest wyłącznie wtedy, gdy istnieje w tym względzie odpowiednia regulacja ustawowa¹⁷. Zgodnie z art. 3 ust. 3 ustawy o radcach prawnych¹⁸ radca jest obowiązany zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej. Z brzmienia przywołanego przepisu wynika jednoznacznie, że tajemnicą zawodową objęte są wyłącznie te informacje, które radca prawny uzyskał od klienta w związku z prowadzoną sprawą. Zakres przedmiotowy tajemnicy obejmuje wszelkie informacje, o których mowa w art. 3 ust. 3 u.r.p., niezależnie od ich charakteru, form oraz sposobu utrwalenia. Zgodnie z art. 3 ust. 4 u.r.p. obowiązek ten ma charakter czasowo nieograniczony, tak więc spoczywa na radcy również po zakończeniu wykonywania zawodu. W znaczeniu procesowym wiąże we wszelkich fazach postępowania, w tym także w postępowaniu przed sądami, jak również innymi organami orzekającymi, np. przed Trybunałem Stanu¹⁹. Szczególnie istotną gwarancję w tym zakresie stanowi norma art. 3 ust. 5 u.r.p., formułująca wobec organów prowadzących postępowanie zakaz zwalniania radcy z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się, udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę.

¹⁴ Wyrok TK z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03, OTK-A 2004, nr 10, poz. 107.

¹⁵ Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80.

¹⁶ Por. J. Sobczak, *op. cit.*, s. 166.

¹⁷ Zob. np. M. Jabłoński, J. Węgrzyn, *op. cit.*, s. 56.

¹⁸ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2115 ze zm.), dalej jako: u.r.p.

¹⁹ Szerzej zob. L. Korczak, komentarz do art. 21 [w:] *Kodeks Etyki Radcy Prawnego. Komentarz*, pod red. T. Schefflera, Warszawa 2016, s. 117 i n.

Oprócz przepisów ustawy o radcach prawnych, obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej radcy prawnego wynika także z postanowień Kodeksu Etyki Radcy Prawnego²⁰, który już w preambule akcentuje kwestię wykonywania zawodu radcy w interesie ochrony praw i wolności osób, na rzecz których świadczy on pomoc prawną. Imperatyw dochowania tajemnicy zawodowej radcy prawnego został szeroko i szczegółowo określony w art. 15 i n. KERP. Artykuł 15 ust. 1 stanowi, że radca obowiązany jest zachować w tajemnicy wszystkie informacje dotyczące klienta i jego spraw, ujawnione mu przez klienta bądź uzyskane w inny sposób w związku z wykonywaniem przez niego czynności zawodowych, niezależnie od źródła tych informacji oraz formy i sposobu ich utrwalenia. Zgodnie z ust. 2 przywołanego artykułu tajemnicą objęte są również dokumenty tworzone przez radcę w ramach świadczenia pomocy prawnej oraz korespondencja z klientem i osobami uczestniczącymi w prowadzeniu sprawy. Uzupełnienie tej regulacji stanowi art. 15 ust. 3, obejmujący zakresem przedmiotowym tajemnicy zawodowej radcy prawnego również te informacje, które zostały mu ujawnione przed podjęciem czynności zawodowych, jeżeli z okoliczności sprawy wynika, że ujawnienie nastąpiło dla potrzeb świadczenia pomocy prawnej i uzasadnione było oczekiwaniem, że radca prawny będzie ją świadczył. Z kolei w kontekście zakresu przedmiotowego ochrony należy zwrócić uwagę na treść art. 22 KERP, który obliuguje radcę prawnego do wyraźnego zobowiązania osób współpracujących z nim przy wykonywaniu czynności zawodowych do zachowania poufności w zakresie objętym jego tajemnicą zawodową, wskazując na ich odpowiedzialność prawną, związaną z ujawnieniem tajemnicy zawodowej²¹.

Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej spoczywa na wszystkich radcach prawnych świadczących pomoc prawną, niezależnie od formy wykonywania zawodu. Niewątpliwie jednak tajemnica zawodowa radców wykonujących wolny zawód, tj. świadczących usługi na rzecz klientów zewnętrznych, podlega szerszej ochronie niż w przypadku radców świadczących obsługę prawną w ramach stosunku pracy²². Stosunkowo najbardziej ograniczony zakres ochrony tajemnicy zawodowej dotyczy

²⁰ Załącznik do uchwały Nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z dnia 22 listopada 2014 r. w sprawie Kodeksu Etyki Radcy Prawnego, dalej jako: KERP.

²¹ Tym samym, obowiązkiem zachowania tajemnicy zawodowej objęci są aplikanci, praktykanci oraz pracownicy kancelarii radcy prawnego, co rozszerza obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej poza zakres wynikający z ustawy o radcach prawnych. Por. M. Jabłoński, J. Węgrzyn, *op. cit.*, s. 125–126.

²² Za zbyt daleko idący należy jednak uznać pogląd wyrażony w przywołanym już wyroku TK w sprawie o sygn. akt SK 64/03, zgodnie z którym radca prawny zatrudniony w ramach umowy o pracę nie wykonuje zawodu zaufania publicznego.

radców świadczących usługi na rzecz podmiotów realizujących zadania publiczne i gospodarujących majątkiem Skarbu Państwa lub mieniem komunalnym, co wynika z normy art. 61 ust. 1 Konstytucji RP. Poza zakresem ochrony tajemnicą zawodową pozostają w szczególności wszelkie dokumenty, przekazane przez radcę w ramach usługi świadczonej na rzecz podmiotów publicznych, a dotyczące sprawy publicznej w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej²³. Ochroną objęte są natomiast sporządzone przez radcę prawnego tzw. robocze materiały o charakterze wewnętrznym i abstrakcyjnym, w tym opinie i ekspertyzy mające wyłącznie wartość poznawczą, a zatem niemogące stanowić źródła informacji publicznej²⁴.

Ochrona tajemnicy zawodowej osób wykonujących wolne zawody prawnicze nie ma charakteru bezwzględnego. W ramach obowiązującego porządku prawnego istnieje możliwość zwolnienia radcy prawnego z tajemnicy z jednoczesnym zobowiązaniem do ujawnienia informacji pozyskanych w ramach świadczonej pomocy prawnej. Prawna dopuszczalność takiej sytuacji warunkowana jest uprzednim przeprowadzeniem tak zwanego testu proporcjonalności kolidujących dóbr: prawa do prywatności i tajemnicy komunikowania się z jednej strony, z drugiej zaś dostępu przez władze publiczne do informacji koniecznych dla państwa demokratycznego z przyczyn wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W odniesieniu do spraw karnych, przywoływany już na łamach niniejszego opracowania wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 listopada 2004 r. dopuścił taką możliwość wyłącznie wówczas, gdy zwolnienia z tajemnicy wymaga dobro wymiaru sprawiedliwości, a danej okoliczności nie można ustalić na podstawie innego dowodu. Formuła ta nawiązuje wprost do treści art. 180 § 2 Kodeksu postępowania karnego²⁵, zgodnie z którym osoby obowiązane do zachowania tajemnicy radcy prawnego mogą być przesłuchiwane co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Zwolnienie takie przewiduje również art. 3 ust. 6 u.r.p., stanowiąc, iż obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie dotyczy informacji udostępnianych na podstawie przepisów o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu –

²³ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1330 ze zm.).

²⁴ Tak Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 5 października 2010 r., sygn. akt I OSK 1591/10, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl> [dostęp: 01.10.2018].

²⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1987 ze zm.), dalej jako: k.p.k.

w zakresie określonym tymi przepisami²⁶. Katalog ustawowych regulacji dopuszczających możliwość zwolnienia z tajemnicy zawodowej radcy prawnego obejmuje również ustawę z dnia 21 stycznia 1999 r. o sejmowej komisji śledczej²⁷. Zgodnie z jej art. 11g ust. 1 osoby obowiązane do zachowania tajemnicy radcy prawnego mogą być przesłuchane co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla ochrony ważnych interesów państwa, a zwłaszcza ochrony bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego, a okoliczność ta nie może być ustalona na podstawie innego dowodu²⁸.

Ingerencja w sferę tajemnicy zawodowej radcy prawnego podlega kontroli sądowej. Zarówno bowiem na gruncie Kodeksu postępowania karnego, niezależnie od stadium postępowania, jak i w postępowaniu przed sejmową komisją śledczą o zwolnieniu z tajemnicy rozstrzyga sąd w drodze postanowienia²⁹. Rozstrzygnięcie w tej sprawie musi być poprzedzone rozważeniem wszystkich okoliczności sprawy, ze szczególnym uwzględnieniem wymogów, określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Formuła ta stanowi szczególną instytucjonalną gwarancję ochrony tajemnicy zawodowej radcy prawnego przed nieproporcjonalną ingerencją organów władzy publicznej w istotę prawa do prywatności oraz wolność komunikowania się. W szerszym kontekście wprost nawiązuje do mechanizmów kontroli i hamowania władz, wynikających z art. 10 ust. 1 Konstytucji RP. Tym samym, organy władzy wykonawczej w toku postępowania karnego, a organy władzy ustawodawczej w toku postępowania przed komisją śledczą, mogą wkraczać w sferę konstytucyjnie gwarantowanych wolności i praw jednostki wyłącznie pod kontrolą władzy sądowniczej.

III. Tajemnica zawodowa radcy prawnego a prawo do obrony

Problematyka gwarancji ochrony tajemnicy zawodowej radcy prawnego nabrała nowego, szerszego znaczenia w związku z umożliwieniem radcom prawnym występowania w charakterze obrońcy w postępowaniu kar-

²⁶ Zob. ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2018 r. poz. 723 ze zm.).

²⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 1024.

²⁸ Szerzej na ten temat zob. M. Lewandowski, A. Kowalski, T. Osiński, *Sejmowa komisja śledcza. Ustawa z 1999 r. z komentarzem*, Warszawa 2006, s. 140 i n.

²⁹ W ostatnim przypadku jest to wyłącznie Sąd Okręgowy w Warszawie.

nym³⁰. Tajemnica obrończa stanowi szczególnie istotny komponent konstytucyjnego prawa do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji RP). Działając w interesie podejrzanego (oskarżonego), radca prawny jako obrońca nie może być zobowiązany do udziału w rekonstruowaniu rzeczywistego zachowania się jego klienta w związku z zarzucanym mu czynem. Skoro bowiem, zgodnie z fundamentalną zasadą procesu karnego, oskarżony nie ma obowiązku dostarczania dowodów przeciwko sobie, to tym bardziej obowiązek ten nie może spoczywać na jego obrońcy. Implikuje to szczególny charakter relacji obrońcy z klientem, którego podstawę stanowią musi poufność kontaktów, związanych z toczącym się postępowaniem karnym. Obejmuje ona nie tylko swobodę komunikowania się z podejrzanym lub oskarżonym, ale również z zatrzymanym, w stosunku do którego nie zostało jeszcze wydane postanowienie o przedstawieniu zarzutów³¹. Tajemnicą obrończą objęte są również kontakty obrońcy z klientem odbywającym karę pozbawienia wolności, co wpisuje się w konwencyjne standardy ochrony prawa do prywatności i tajemnicy komunikowania się³². Zgodnie z art. 8 § 3 Kodeksu karnego wykonawczego skazany pozbawiony wolności może porozumiewać się ze swoim obrońcą, pełnomocnikiem będącym adwokatem lub radcą prawnym podczas nieobecności innych osób, a rozmowy z tymi osobami w trakcie widzeń i rozmowy telefoniczne nie podlegają kontroli³³.

Analogicznie do szeroko rozumianej tajemnicy zawodowej radcy prawnego tzw. tajemnica obrończa również może podlegać ograniczeniom prawnym, o ile wprowadzone regulacje pozytywnie przejdą wspomniany już test proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP³⁴. Ograniczenie to, obwarowane koniecznością spełnienia wymogu proporcjonalności, mieści się

³⁰ Art. 82 k.p.k. w wersji znowelizowanej ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r. poz. 1247).

³¹ M. Kolendowska-Matejczuk, P. Tarwacki, *Istota prawa do pomocy prawnej dla osoby zatrzymanej procesowo*, Pał. 2013, z. 7–8, s. 45. W wyroku z dnia 11 grudnia 2012 r., sygn. akt 37/11, Trybunał Konstytucyjny stwierdził brak istnienia przesłanki, która uzasadniałaby kontrolowanie przez zatrzymującego rozmowy obrońcy z zatrzymanym, w tym zakresie uznając tym samym za niezgodny z Konstytucją RP art. 245 § 1 k.p.k.

³² Zob. np. wyrok ETPCz w sprawie *Kaid przeciwko Francji*.

³³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 652 ze zm.). Rozmowy te odbywają się przy użyciu tych samych aparatów telefonicznych, z których realizowane są pozostałe kontakty skazanych, podlegające kontroli. Jak trafnie zauważa Marcin Mazierski, brak jest zatem gwarancji, że rozmowa skazanego z obrońcą nie będzie jednak poddana kontroli czy rejestracji, a następnie wykorzystaniu przez funkcjonariuszy wymiaru sprawiedliwości – zob. M. Mazierski, *Czy tymczasowo aresztowanemu przysługuje prawo do rozmów telefonicznych z obrońcą?*, Pał. 2013, z. 7–8, s. 155.

³⁴ Wyrok TK z dnia 3 czerwca 2008 r., sygn. akt K 42/07, OTK-A 2008, nr 5, poz. 77.

również w standardach międzynarodowych, określonych przede wszystkim w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r.³⁵, a rozwiniętych w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu³⁶. Kluczowy problem w odniesieniu do ingerencji w sferę tajemnicy obrończej stanowi dopuszczalność prowadzenia przez organy państwa niejawniej kontroli rozmów obrońcy z klientem i innych przekazów informacji, obejmujących kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicznych oraz treści innych rozmów i przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej drogą elektroniczną³⁷. Ustawodawca dopuszcza taką ingerencję w ramach tak zwanej kontroli procesowej, podejmowanej w ramach toczącego się postępowania karnego (art. 237 k.p.k.)³⁸. W zakresie faktów objętych tajemnicą zawodową radcy prawnego, zarządzenie i utrwalenie treści rozmów telefonicznych możliwe jest jedynie za zgodą sądu i jedynie wówczas, gdy oprócz przesłanek dopuszczających możliwość kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych, określonych w art. 237 k.p.k. zostaną także spełnione przesłanki odnoszące się do możliwości zwolnienia radcy prawnego z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, o których mowa w art. 180 § 2 k.p.k.³⁹

O wiele bardziej problematycznie jawi się w tym względzie dopuszczalność tak zwanego podsłuchu pozaprocesowego, podejmowanego w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, czyli kontroli operacyjnej regulowanej przez ustawy szczególne⁴⁰. Kwestia ta stała się przedmiotem rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego, który stwierdził, że regulacje dotyczące kontroli operacyjnej naruszają Konstytucję RP w zakresie, w jakim między innymi nie gwarantują niezwłocznego, komisyjnego i protokolarnego zniszczenia materiałów zawierających informacje objęte zaka-

³⁵ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.

³⁶ Zob. np. wyrok ETPCz w sprawie *Smirnov przeciwko Rosji*.

³⁷ Kwestia ta jest przedmiotem licznych orzeczeń ETPCz, z których jednoznacznie wynika, że podsłuchiwanie rozmów obrońcy z klientem stanowi naruszenie tajemnicy zawodowej, na której opiera się relacja zaufania klienta do prawnika. Zob. np. wyroki w sprawach: *Pruteanu przeciwko Rumunii* czy *Kopp przeciwko Szwajcarii*.

³⁸ Szerzej na ten temat zob. J. Uliasz, *op. cit.*, s. 172–173.

³⁹ Zob. K. Eichstaedt, komentarz do art. 237 [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, pod red. D. Świeckiego, Warszawa 2005, s. 763.

⁴⁰ Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 2067 ze zm.); ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 2365 ze zm.); ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz. U. z 2018 r. poz. 430 ze zm.); ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1920); ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1993 ze zm.); ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1978 ze zm.).

zem dowodowym, co do których sąd nie uchylił tajemnicy zawodowej lub uchylenie której było niedopuszczalne. Za niezgodny z Konstytucją RP Trybunał uznał również brak enumeratywnego wskazania przestępstw, podejrzenie popełnienia których miałyby uprawniać do wszczęcia kontroli operacyjnej⁴¹. W obecnym kształcie obowiązujące regulacje jedynie połowicznie wykonują przywołany wyrok Trybunału Konstytucyjnego. W odniesieniu do wymogu precyzyjnego określenia przedmiotowych przesłanek stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych poprzez wskazanie w ustawie zamkniętego i możliwie wąskiego katalogu poważnych przestępstw, uzasadniającego zarządzanie ich wdrożenia, ustawodawca – wbrew jednoznacznej sygnalizacji Trybunału Konstytucyjnego – powielił mankamenty zakwestionowane przez Trybunał we wspomnianym orzeczeniu. Ustawy o służbach nadal posługują się bowiem zwrotem niedookreślonym, dopuszczając stosowanie kontroli operacyjnej w odniesieniu do przestępstw umyślnych, ściganych z oskarżenia publicznego. Zamiast wskazania wąskiego katalogu przestępstw, ustawodawca przyjął więc kategoryzację rodzajową, obejmującą bardzo szeroki katalog czynów zabronionych, określonych w ustawach karnych. Formuła ta nie spełnia wymogu pożądanej precyzji, nie tylko pod kątem niezbędnych gwarancji tajemnicy zawodowej radcy prawnego, ale przede wszystkim z punktu widzenia interesów jednostki. W stosunku do człowieka i obywatela ustawa powinna nie tylko jednoznacznie definiować zachowania narażające go na odpowiedzialność karną, ale również takie, w przypadku których dopuszczalna jest głęboka ingerencja państwa w sferę jego prywatności poprzez prowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych. Biorąc pod uwagę szczególnie – z punktu widzenia statusu jednostki – charakter regulowanej materii, ujęcie przedmiotowego zakresu stosowania kontroli operacyjnej w obecnym kształcie stoi w sprzeczności z regułą pewności prawa i godzi w zasadę zaufania obywatela do państwa oraz zasadę przyzwoitej legislacji.

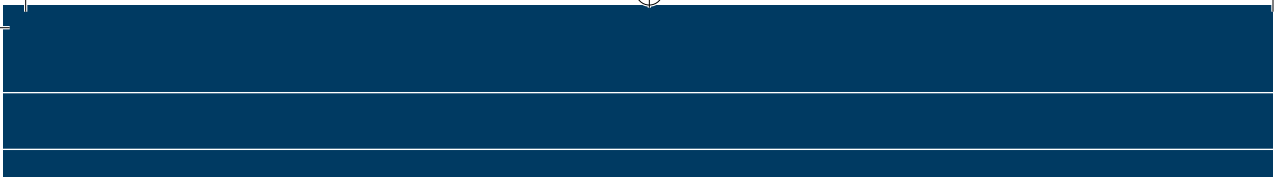
Konkluzje

Tajemnica zawodowa osób wykonujących zawody zaufania publicznego, w tym radców prawnych, nie została ujęta wprost w postanowieniach ustawy zasadniczej z 1997 r. Jej istotę i treść należy zatem rekonstruować na podstawie przepisów kształtujących w sposób ogólny wolności i prawa jednostki, regulowane przede wszystkim w rozdziale II Konstytucji RP. Rzeczywisty kształt tajemnicy zawodowej radców prawnych determinują też przepisy odpowiednich ustaw oraz praktyka sądowego stosowania

⁴¹ Zob. przywołany wcześniej wyrok TK z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03.

prawa, której wyraz stanowi dorobek orzeczniczy Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych i administracyjnych. Na kanwie aktualnych doświadczeń ustrojowych brak wyraźnego zakotwiczenia tajemnicy radcowskiej w przepisach Konstytucji RP należy postrzegać jako mankament i zagrożenie dla gwarancji jej przestrzegania. Podważanie aksjologii demokratycznego państwa prawnego w działalności ustawodawcy, dekompozycja Trybunału Konstytucyjnego oraz działania władzy politycznej, zmierzające do ograniczenia, czy wręcz zakwestionowania zasady niezależności sądów i niezawisłości sędziów, jako zjawiska trwale obecne w aktualnej praktyce ustrojowej, w konsekwencji prowadzić mogą do znaczącej redukcji mechanizmów ochrony tajemnicy zawodowej osób wykonujących wolne zawody prawnicze, a nawet – wbrew zasadzie wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP – do zakwestionowania jej istoty⁴².

⁴² Dowodzi tego między innymi projekt nowelizacji Kodeksu postępowania karnego, przygotowany przez Radę Ministrów, zmierzający do pozbawienia sądów na rzecz prokuratorów kompetencji w zakresie wyrażania zgody na zwolnienie z tajemnicy adwokackiej, radcowskiej, lekarskiej i dziennikarskiej, a także tajemnicy doradcy podatkowego. Projekt przygotowany w tej materii przez Ministerstwo Sprawiedliwości spotkał się ze zdecydowanym sprzeciwem środowisk prawniczych, w tym również Krajowej Rady Radców Prawnych, w efekcie którego rząd wycofał się z tej inicjatywy. Szerzej na ten temat zob. E. Siedlecka, *Prokurator wymusi*, „Polityka” 2018, nr 40, s. 9; E. Flieger, E. Ivanova, *Ziobro się wycofuje, tajemnice na razie bezpieczne*, „Gazeta Wyborcza” z 6-7.10.2018 r.



Mirostaw Pawełczyk, Rafał Stankiewicz

Tajemnica zawodowa radcy prawnego a regulacje prawne dotyczące przeciwdziałania praniu brudnych pieniędzy

Wstęp

Pranie pieniędzy to „proces służący w pierwszej kolejności ukryciu prawdziwego źródła pochodzenia określonych środków majątkowych, a w dalszej – wytworzeniu wiarygodnych podstaw ich pochodzenia ze źródeł odmiennych”¹. W szerokim ujęciu pieniądze są „brudne”, zarówno jeśli pochodzą z działalności przestępczej, jak i wówczas, gdy ich obrót i związana z nim maksymalizacja zysku pochodzą z tzw. szarej strefy. W związku z powyższym z „praniem pieniędzy” mamy do czynienia wówczas, gdy „określone środki pieniężne pochodzą z nielegalnego przedsięwzięcia, ale również gdy pochodzą z działalności prawnie dopuszczalnej, ale ukrytej przed opodatkowaniem”².

Problematyka przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu nabrała – również w aspekcie tworzenia normatywnych regulacji na poziomie międzynarodowym oraz krajowym – szczególnego znaczenia w ostatniej dekadzie. Na radców prawnych jako przedstawicieli zawodów zaufania publicznego nałożono szereg obowiązków związanych z realizacją przepisów niedawno uchwalonej ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu³. Ustawa ta dokonuje implementacji do polskiego porządku prawnego przepisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmienia-

¹ K. Buczkowski, M. Wojtaszek, *Pranie pieniędzy*, Warszawa 2001, s. 21.

² *Ibidem*, s. 22.

³ Dz. U. z 2018 r. poz. 723, dalej jako: u.p.p.p.

jąca rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG)⁴. Przedmiotem niniejszej analizy jest treść nowych regulacji krajowych w zakresie kreowanych na radcach prawnych obowiązków związanych z realizacją przepisów ww. ustawy. Problematyka ta zostanie poddana analizie pod kątem ewentualnej ingerencji tychże przepisów w treść instytucji tajemnicy zawodowej radcy prawnego (tzw. tajemnicy radcowskiej). Dokonano również analizy treści przepisów ww. ustawy z punktu widzenia jej zgodności z treścią dyrektywy 2015/849.

Sama dyrektywa 2015/849 stanowi, że oprócz dalszego rozwijania instrumentów prawno-karnych na szczeblu Unii, niezbędne są ukierunkowane i proporcjonalne działania zapobiegające wykorzystaniu systemu finansowego do prania pieniędzy i finansowania terroryzmu na poziomie krajowym. Niestety, pośpiech legislacyjny regulacji przyjętej przez Sejm na początku marca 2018 r. z uwagi na zbliżający się nieuchronnie termin implementacji przepisów tej dyrektywy [nowa ustawa o przeciwdziałaniu praniu brudnych pieniędzy weszła w życie 13 lipca 2018 r. – *przyp. aut.*] jest widoczny podczas analizy poszczególnych rozwiązań, co z bardzo wysokim prawdopodobieństwem spowoduje przyspieszoną konieczność nowelizacji dopiero co uchwalonego aktu normatywnego.

Dodać należy, że autorzy niniejszego opracowania, jak też inni eksperci Ośrodka Badań Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych, brali aktywny udział w pracach legislacyjnych nad treścią tejże ustawy. Przygotowano w tym zakresie szczegółową opinię do pierwszego projektu ustawy z dnia 4 maja 2017 r.⁵ Jej treść w zasadniczy sposób wpłynęła na przedstawiony parlamentowi projekt ustawy, który został ostatecznie uchwalony w marcu 2018 r.

I. Zakres ochrony tajemnicy radcowskiej a przepisy o przeciwdziałaniu praniu brudnych pieniędzy

Zgodnie z art. 3 ust. 3 ustawy o radcach prawnych⁶ radca prawny jest obowiązany zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej. Wobec braku konstytucyjnego prawa tajemnicy radcowskiej Trybunał Konstytucyjny uznał, że w gestii ustawo-

⁴ Dz. Urz. UE L 141/73 z 5.06.2015, dalej jako: dyrektywa 2015/849.

⁵ Dalej jako: projekt ustawy.

⁶ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2115 ze zm.), dalej jako: u.r.p.

dawcy leży kształtowanie zakresu obowiązku zachowania tajemnicy przez radcę prawnego. Przykładem ograniczenia obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej pozostaje przepis art. 3 ust. 6 u.r.p. Zgodnie z tym przepisem obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie dotyczy informacji udostępnianych na podstawie przepisów ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Przepis ten również był przedmiotem kontroli przez Trybunał Konstytucyjny, który wypowiedział się w przedmiocie jego zgodności z ustawą zasadniczą⁷ w wyroku z dnia 2 lipca 2007 r., w sprawie o sygn. K 41/05⁸. Zważywszy na okoliczność, że w orzeczeniu tym Trybunał Konstytucyjny w sposób kompleksowy przedstawił problematykę możliwości ograniczenia obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, zasadne pozostaje przytoczenie obszernych fragmentów tego orzeczenia.

Na wstępie wskazać należy, że w ww. wyroku Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, iż zawody zaufania publicznego, do których należy zawód radcy prawnego, „wykonywane są – zgodnie z ich konstytucyjnym określeniem – w sposób założony i społecznie aprobowany, o ile ich wykonywaniu towarzyszy realne «zaufanie publiczne». Na zaufanie to składa się szereg czynników, wśród których na pierwszy plan wysuwają się: przekonanie o zachowaniu przez wykonującego ten zawód dobrej woli, właściwych motywacji, należytej staranności zawodowej oraz wiara w przestrzeganie wartości istotnych dla profilu danego zawodu. W odniesieniu do wykonywania prawniczych zawodów zaufania publicznego do istotnych wartości należy pełne i integralne respektowanie prawa, w tym zwłaszcza – przestrzeganie wartości konstytucyjnych (w ich hierarchii) oraz dyrektyw postępowania”⁹. Dalej Trybunał Konstytucyjny zauważa, że cechą charakterystyczną zawodów zaufania publicznego jest „dostęp do osobistych, a niekiedy wręcz intymnych informacji dotyczących osób trzecich przy realizowaniu czynności stanowiących istotę tych zawodów, przy czym dostęp ten jest tyleż nieunikniony, co niezbędny – jako warunek prawidłowego, a w tym przede wszystkim efektywnego wykonywania tych zawodów”¹⁰.

Co istotne – zdaniem Trybunału – „art. 45 ust. 1 Konstytucji [...] wyznacza łącznie z innymi przepisami Konstytucji (w tym przede wszystkim zasadą demokratycznego państwa prawnego) oraz normami europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (która – jako ratyfikowana umowa międzynarodowa – jest częścią krajowego

⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483), dalej jako: Konstytucja RP.

⁸ OTK-A 2007, nr 7, poz. 72.

⁹ Uzasadnienie wyroku TK z dnia 2 lipca 2007 r., sygn. akt K 41/05, pkt 6.1.

¹⁰ *Ibidem*, pkt 6.3.

porządku prawnego Rzeczypospolitej) standard ochrony praw jednostki [...]”¹¹. W ten sposób elementem prawa do sądu jest prawo do rzetelnego procesu sądowego, w tym prawo dostępności do profesjonalnego pełnomocnika prawnego zarówno w sprawach cywilnych, jak i karnych. W dalszej części orzeczenia wskazano, że „prawo do rzetelnego procesu sądowego wymaga, aby każdy uczestnik postępowania karnego czy cywilnego mógł przedstawić we właściwy sposób swoją sprawę sądowi. To znaczy, że z prawa do rzetelnego procesu sądowego wywieść można – śladem ETPCz – prawo jednostki zaangażowanej w sprawę sądową (także na etapie bezpośrednio poprzedzającym jej wszczęcie, jak i po jej formalnym zakończeniu, ale w związku z nią) do korzystania z profesjonalnej pomocy prawnika”¹².

W ocenie Trybunału Konstytucyjnego, „w demokratycznym państwie prawnym ochrona tajemnicy komunikowania się osoby poszukującej pomocy prawnej u przedstawiciela zawodu zaufania publicznego, jako wywodzona m.in. z prawa do rzetelnego procesu sądowego, dotyczy tych sytuacji, w których spełnione są następujące warunki:

- komunikują się dwa podmioty: klient (lub osoba dążąca do uzyskania tego statusu) oraz prawnik występujący w swoim charakterze zawodowym (np. radcy prawnego czy adwokata);
- komunikacja ma miejsce w ramach poufnego stosunku, którego charakter stwarza jego uczestnikom uzasadnione oczekiwanie prywatności i nieujawniania [...];
- komunikacja odnosi się do faktów lub okoliczności, o których prawnik został poinformowany, świadcząc pomoc prawną mającą związek z postępowaniem sądowym;
- fakty lub okoliczności, których dotyczy komunikacja, nie służą popełnieniu przestępstwa ani innemu naruszeniu prawa”¹³.

Niemniej Trybunał Konstytucyjny stanowczo zauważa, że „w ten sposób wytyczony zakres tajemnicy zawodowej oraz gwarancje jej dochowania nie mogą być wykorzystywane przez prawników wykonujących zawody zaufania publicznego do podejmowania działań sprzecznych z prawem, w tym np. działań mających ukryć przestępne pochodzenie środków czy zabezpieczyć je przed zajęciem [...]”¹⁴.

Stąd też, mając na uwadze szczególny cel regulacji ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, w ocenie Trybunału Konstytucyjnego nie ulega wątpliwości, że wynikające z przepisów

¹¹ *Ibidem*, pkt 8.2.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*, pkt 8.6.

¹⁴ *Ibidem*, pkt 8.7.

ww. regulacji ograniczenia tajemnicy komunikowania się mają oparcie w wartościach konstytucyjnych usprawiedliwiających ingerencję w sferę konstytucyjnych wolności i praw jednostek. Takie ograniczenia są więc konieczne i proporcjonalne.

Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego jest kontynuacją myśli zawartej w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 26 czerwca 2007 r., w sprawie o sygn. C-305/05¹⁵, w którym ETS rozstrzygnął sprawę zapoczątkowaną wnioskiem belgijskiego sądu konstytucyjnego o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Istotą tego orzeczenia była odpowiedź na pytanie, czy zgodne z prawem wspólnotowym i z podstawowymi zasadami, które ono chroni, jest nakładanie na adwokatów obowiązku informowania odpowiednich władz o każdym czynie mogącym wskazywać na pranie pieniędzy. „Jest znamienne, że także w tej sprawie jednym z kluczowych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia było ustalenie, według jakich kryteriów można dokonać rozdziału tego, co obejmuje tajemnica zawodowa, od tego, co nie jest nią objęte”¹⁶. Referując to orzeczenie, Trybunał Konstytucyjny odniósł się do stanowiska Rzecznika Generalnego zaprezentowanego w sprawie, który wskazał, że „w każdej sytuacji, w której adwokat wykonuje swe obowiązki zawodowe, musi on dokonać oceny sytuacji prawnej klienta. Czym innym jest jednak – według rzecznika – tłumaczenie zawiłości prawnych zamierzonej operacji, a czym innym dokonywanie oceny w celu dokonania wyboru najlepszej strategii w interesie klienta dla doprowadzenia do transakcji ekonomicznej lub handlowej. Jeśli ocena ma na celu wyłącznie udzielenie pomocy klientowi w zorganizowaniu jego działań w poszanowaniu prawa i poddaniu jego zamierzeń regułom prawnym, ocena ta powinna być rozumiana jako udzielanie porady i nie powinna podlegać obowiązkowi przekazania informacji na jej temat, bez względu na kontekst, w jakim jest dokonywana. Jeśli zaś ocena jest dokonywana przede wszystkim w celu doprowadzenia do lub przeprowadzenia transakcji handlowej lub finansowej i jeśli podlega ona instrukcjom klienta (zwłaszcza dążącego do znalezienia najkorzystniejszego ekonomicznie rozwiązania), adwokat nie działa już jako niezależny adwokat, lecz jako «przedstawiciel interesów», który wykorzystuje swoją wiedzę w działalności pozaprawniczej”¹⁷.

Ponadto Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, że „także Europejski Trybunał Sprawiedliwości, wskazując na treść art. 6 ust. 3 akapitu drugiego dyrektywy 91/308/EWG zmienionej dyrektywą 2001/97/WE [...] stwierdził, że dokładny zakres obowiązku informacji i współpracy

¹⁵ „Zbiory Orzecznictwa Trybunału Europejskiego” 2007, s. I-05305.

¹⁶ Uzasadnienie wyroku TK z dnia 2 lipca 2007 r., sygn. akt K 41/05, pkt 9.3.

¹⁷ *Ibidem*.

ciążący na adwokatach nie jest do końca jasny¹⁸. Dalej Trybunał Konstytucyjny stwierdza, iż „ETS przypominał, że Unia Europejska na podstawie art. 6 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej przestrzega jako zasadę ogólną prawo do rzetelnego procesu sądowego ukształtowane w szczególności przez art. 6 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Przepis ten przyznaje każdej osobie, czy to w ramach sporów o prawa i obowiązki o charakterze cywilnym, czy to w ramach postępowania karnego, prawo, by jego sprawa została rzetelnie rozpatrzona¹⁹. Profesjonalny pełnomocnik prawny nie będzie mógł – zdaniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości – „wypełnić swej misji doradzenia, obrony i reprezentacji klienta w odpowiedni sposób i klient ten będzie w konsekwencji pozbawiony praw, które zapewnia mu art. 6 Konwencji, jeżeli pełnomocnik ten w ramach postępowania sądowego lub jego przygotowywania byłby zobowiązany do współpracy z władzami publicznymi, polegającej na przekazywaniu im informacji uzyskanych w trakcie konsultacji prawnych, mających miejsce w ramach takiego postępowania²⁰”.

O ile więc nie budzi obecnie najmniejszych wątpliwości, iż ustawodawca ma prawo do ustawowego ograniczenia obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej przez radcę prawnego, to nie należy tracić na uwadze okoliczności, że takie ograniczenie winno mieć zasadniczo charakter wyjątkowy. Musi ono przy tym, po pierwsze, uwzględniać cel ustanowienia obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, immanentnie związany z prawem do rzetelnego procesu. Zaś z drugiej strony musi ono być ustanowione wyłącznie dla ochrony szczególnie istotnego interesu całego społeczeństwa.

II. Nowe regulacje ustawowe

1. Pojęcia podstawowe dla stosowania ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy

Na wstępie należy zacząć od przedstawienia podstawowych regulacji, które mają znaczenie dla obowiązków wynikających z ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy. Zgodnie z brzmieniem art. 1 u.p.p.p. określa ona zasady i tryb przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Nowa ustawa z 2018 r. ma oczywiście w zamiarze dostosowywać swoje regulacje do nowej dyrektywy 2015/849. Jednym z podstawowych pojęć dla ww. ustawy jest pojęcie „instytucja obowiązana”. Zostało ono ok-

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

reślone przez ustawodawcę w art. 2 u.p.p.p. Znamienne jest, iż w tym zakresie zdecydowano się dokonać enumeratywnego wyliczenia podmiotów wchodzących w zakres powyższego pojęcia. Generalnie, wyliczenie to zawiera ponad 20 kategorii podmiotów, które mogą być uznane za instytucje obowiązane. Zalicza się tutaj głównie rozmaite instytucje finansowe oraz podmioty gospodarcze, ale również osoby wykonujące wolne zawody prawnicze, jak: notariusze, adwokaci oraz radcowie prawni. Podobny zresztą katalog instytucji obowiązanych wynikał z treści poprzedniej ustawy.

Stosownie do art. 2 ust. 1 pkt 14 u.p.p.p., instytucjami obowiązаныmi są również adwokaci, radcowie prawni, prawnicy zagraniczni, doradcy podatkowi w zakresie, w jakim świadczą na rzecz klienta pomoc prawną lub czynności doradztwa podatkowego dotyczące:

- a) kupna lub sprzedaży nieruchomości, przedsiębiorstwa lub zorganizowanej części przedsiębiorstwa;
- b) zarządzania środkami pieniężnymi, instrumentami finansowymi lub innymi aktywami klienta;
- c) zawierania umowy o prowadzenie rachunku bankowego, rachunku papierów wartościowych lub wykonywania czynności związanych z prowadzeniem tych rachunków;
- d) wnoszenia wkładu do spółki kapitałowej lub podwyższenia kapitału zakładowego spółki kapitałowej;
- e) tworzenia, prowadzenia działalności lub zarządzania spółkami kapitałowymi lub trustami

- z wyjątkiem radców prawnych oraz prawników zagranicznych wykonujących zawód w ramach stosunku pracy lub służby w urzędach obsługujących organy administracji publicznej, innych państwowych lub samorządowych jednostkach organizacyjnych oraz w podmiotach innych niż spółki, o których mowa w art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, oraz doradców podatkowych wykonujących zawód w ramach stosunku pracy w podmiotach innych niż te, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym.

Co więcej, ustawodawca – przez fakt nałożenia statusu instytucji obowiązanej na podmioty świadczące usługi polegające między innymi na tworzeniu spółek lub też zapewnianiu siedziby, adresu prowadzenia działalności lub adresu korespondencyjnego dla spółek – spowodował, że ustawa o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy objęła swym zakresem również kancelarie, które taką działalnością na co dzień się zajmują (dokładne brzmienie przepisów znajduje się w art. 2 ust. 1 pkt 16 u.p.p.p.).

W praktyce doszło więc do ograniczenia zakresu – w porównaniu z poprzednio obowiązującą regulacją prawną – w jakim adwokaci, radcowie prawni, prawnicy zagraniczni oraz doradcy podatkowi podlegają obowiązkom związanym z przeciwdziałaniem praniu pieniędzy oraz finanso-

waniu terroryzmu. Nowa regulacja prawna, w porównaniu z poprzednio obowiązującą, ogranicza zakres, w jakim na osoby fizyczne wykonujące zawody prawnicze są nałożone obowiązki instytucji obowiązanych.

Nadanie statusu instytucji obowiązanej osobom fizycznym uprawnionym do wykonywania zawodów prawniczych znajduje swoje źródło w art. 2 ust. 3 lit. b dyrektywy 2015/849. Zgodnie z motywem 9 preambuły dyrektywy 2015/849 profesjonalisci świadczący pomoc prawną lub czynności doradztwa podatkowego powinni być objęci przepisami krajowymi wydanymi na podstawie dyrektywy 2015/849 w przypadku, gdy pomoc prawna lub czynności doradztwa podatkowego są wykonywane w odniesieniu do transakcji związanych z wysokim ryzykiem wykorzystania ich do celów prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. Transakcje te zostały wyszczególnione w art. 2 ust. 3 lit. b pkt i-v dyrektywy 2015/849. Katalog ten znajduje swoje odzwierciedlenie w art. 2 ust. 1 pkt 14 lit. a-e. Ponadto projektodawca, kierując się definicją pojęcia „prawnicy oraz inni profesjonalisci świadczący pomoc prawną” wypracowaną przez Financial Action Task Force (FATF)²¹, zdecydował się na nienadawanie statusu instytucji obowiązanej radcom prawnym, prawnikom zagranicznym oraz doradcom podatkowym wykonującym zawód w ramach stosunku pracy w podmiotach innych niż spółki wskazane w ustawie o radcach prawnych.

2. Transakcja i przeprowadzanie transakcji w myśl ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy

W zapisie ww. ustawy znajdują się dwa kluczowe pojęcia, tj. „transakcja” oraz „przeprowadzanie transakcji”. Większość bowiem obowiązków instytucji obowiązanych wiąże się z transakcjami oraz właśnie przeprowadzeniem transakcji w rozumieniu ww. ustawy, a nie wszystkimi transakcjami, jakie przeprowadza podmiot noszący miano instytucji obowiązanej. Stosownie do brzmienia art. 2 ust. 2 pkt 21 u.p.p.p., pod pojęciem transakcji rozumie się czynność prawną lub faktyczną, na podstawie której dokonuje się przeniesienia własności lub posiadania wartości majątkowych, lub czynność prawną lub faktyczną dokonywaną w celu przeniesienia własności lub posiadania wartości majątkowych. Z kolei, w art. 2 ust. 2 pkt 15 u.p.p.p. pojawia się również pojęcie „przeprowadzanie transakcji”, przez co rozumie się wykonanie przez instytucję obowiązaną dyspozycji lub zlecenia wydanych przez klienta lub osobę działającą w jego imieniu.

²¹ Definicja ta brzmi: „Lawyers, notaries, other independent legal professionals and accountants – this refers to sole practitioners, partners or employed professionals within professional firms. It is not meant to refer to ‘internal’ professionals that are employees of other types of businesses, nor to professionals working for government agencies, who may already be subject to AML/CFT measures”.

3. Stosowanie środków bezpieczeństwa

W rozdziale 5 ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy (*Środki bezpieczeństwa finansowego oraz inne obowiązki instytucji obowiązanych*) określono zasady stosowania przez instytucje obowiązane środków bezpieczeństwa finansowego. Artykuł 33 ust. 1 u.p.p.p. statuuje obowiązek instytucji obowiązanych do zastosowania środków bezpieczeństwa finansowego. Konkretyzacja poszczególnych wymagań związanych z prawidłową realizacją tego obowiązku jest uregulowana w kolejnych artykułach rozdziału 5.

Zgodnie z art. 13 ust. 2 dyrektywy 2015/849, korespondującym treścią z rekomendacji FATF nr 10, na instytucjach obowiązanych ciąży obowiązek zastosowania każdego ze środków bezpieczeństwa finansowego. Przepis art. 33 ust. 4 u.p.p.p. transponuje do krajowego porządku prawnego zasadę, wynikającą również z art. 13 ust. 2 dyrektywy 2015/849, że zakres środków bezpieczeństwa finansowego zastosowanych w danym przypadku jest uzależniony od stopnia rozpoznanego ryzyka prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu związanego z danymi stosunkami gospodarczymi lub transakcją okazjonalną.

W art. 33 ust. 3 u.p.p.p. zawarto otwarty katalog elementów stosunków gospodarczych lub transakcji okazjonalnych, które powinny być wzięte pod uwagę w procesie rozpoznania oraz oceny ryzyka prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu związanych z danymi stosunkami gospodarczymi lub transakcją okazjonalną. Zgodnie z powoływanym przepisem instytucje obowiązane dokumentują rozpoznane ryzyko prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu związane ze stosunkami gospodarczymi lub z transakcją okazjonalną oraz jego ocenę, uwzględniając w szczególności czynniki dotyczące:

- 1) rodzaju klienta;
- 2) obszaru geograficznego;
- 3) przeznaczenia rachunku;
- 4) rodzaju produktów, usług i sposobów ich dystrybucji;
- 5) poziomu wartości majątkowych deponowanych przez klienta lub wartości przeprowadzonych transakcji;
- 6) celu, regularności lub czasu trwania stosunków gospodarczych.

Zgodnie z art. 33 ust. 4 u.p.p.p. instytucje mają obowiązek stosować środki bezpieczeństwa finansowego w zakresie i z intensywnością uwzględniającymi rozpoznane ryzyko prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu związane ze stosunkami gospodarczymi lub z transakcją okazjonalną oraz jego ocenę.

Artykuł 34 ust. 1 u.p.p.p. zawiera katalog środków bezpieczeństwa finansowego. W sposób jednoznaczny wskazano, że na instytucji obowiązanej ciąży obowiązek identyfikacji beneficjenta rzeczywistego, a nie jedynie podjęcia działań w celu jego identyfikacji.

I tak, środki bezpieczeństwa finansowego obejmują:

- 1) identyfikację klienta oraz weryfikację jego tożsamości;
- 2) identyfikację beneficjenta rzeczywistego oraz podejmowanie uzasadnionych czynności w celu:
 - a) weryfikacji jego tożsamości,
 - b) ustalenia struktury własności i kontroli – w przypadku klienta będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej;
- 3) ocenę stosunków gospodarczych i, stosownie do sytuacji, uzyskanie informacji na temat ich celu i zamierzonego charakteru;
- 4) bieżące monitorowanie stosunków gospodarczych klienta, w tym:
 - a) analizę transakcji przeprowadzanych w ramach stosunków gospodarczych w celu zapewnienia, że transakcje te są zgodne z wiedzą instytucji obowiązanej o kliencie, rodzaju i zakresie prowadzonej przez niego działalności oraz zgodne z ryzykiem prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu związanym z tym klientem,
 - b) badanie źródła pochodzenia wartości majątkowych **będących w dyspozycji klienta** – w przypadkach uzasadnionych okolicznościami,
 - c) zapewnienie, że posiadane dokumenty, dane lub informacje dotyczące stosunków gospodarczych są na bieżąco aktualizowane.

W art. 34 ust. 2 u.p.p.p. zawarto wynikający z art. 13 ust. 1 zd. ostatnie dyrektywy 2015/849 obowiązek podjęcia przez instytucje obowiązane działań obejmujących identyfikację i weryfikację tożsamości osoby upoważnionej do działania w imieniu klienta oraz jej umocowania do działania w imieniu klienta.

Zgodnie z art. 34 ust. 2 u.p.p.p. instytucje obowiązane stosując środki bezpieczeństwa finansowego, identyfikują osobę upoważnioną do działania w imieniu klienta oraz weryfikują jej tożsamość i umocowanie do działania w imieniu klienta. Instytucje mają obowiązek dokumentować zastosowane środki bezpieczeństwa finansowego oraz wyniki bieżącej analizy przeprowadzanych transakcji. Na żądanie Generalnego Inspektora Informacji Finansowej (GIIF) lub innych organów odpowiedzialnych za realizację ww. ustawy instytucje obowiązane mają obowiązek wykazać, że przy uwzględnieniu poziomu rozpoznanego ryzyka prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu związanego z danymi stosunkami gospo-

darczymi lub transakcją okazjonalną zastosowały odpowiednie środki bezpieczeństwa finansowego.

Przepisy określają również uprawnienia i obowiązki instytucji obowiązanych w zakresie przetwarzania danych. I tak, zgodnie z art. 34 ust. 4 u.p.p.p., instytucje obowiązane na potrzeby stosowania środków bezpieczeństwa finansowego mogą przetwarzać informacje zawarte w dokumentach tożsamości klienta i osoby upoważnionej do działania w jego imieniu oraz sporządzać ich kopie. Przed nawiązaniem stosunków gospodarczych lub przeprowadzeniem transakcji okazjonalnej instytucje obowiązane informują klienta o przetwarzaniu jego danych osobowych, w szczególności o obowiązkach instytucji obowiązanej wynikających z ustawy w zakresie przetwarzania tych danych²². Przetwarzanie informacji o beneficjentach rzeczywistych przez instytucje obowiązane odbywa się bez wiedzy osób, których informacje te dotyczą²³.

Artykuł 35 u.p.p.p. określa przypadki, w których środki bezpieczeństwa finansowego powinny być zastosowane. I tak, instytucje obowiązane stosują środki bezpieczeństwa finansowego w przypadku:

- 1) nawiązywania stosunków gospodarczych;
- 2) przeprowadzania transakcji okazjonalnej:
 - a) o równowartości 15.000 euro lub większej, bez względu na to, czy transakcja jest przeprowadzana jako pojedyncza operacja, czy kilka operacji, które wydają się ze sobą powiązane, lub
 - b) która stanowi transfer środków pieniężnych na kwotę przekraczającą równowartość 1000 euro;
- 3) przeprowadzania gotówkowej transakcji okazjonalnej o równowartości 10.000 euro lub większej, bez względu na to, czy transakcja jest przeprowadzana jako pojedyncza operacja, czy kilka operacji, które wydają się ze sobą powiązane – w przypadku instytucji obowiązanych, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 23;
- 4) obstawiania stawek oraz odbioru wygranych o równowartości 2000 euro lub większej, bez względu na to, czy transakcja jest przeprowadzana jako pojedyncza operacja, czy kilka operacji, które wydają się ze sobą powiązane – w przypadku instytucji obowiązanych, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 20;
- 5) podejrzania prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu;
- 6) wątpliwości co do prawdziwości lub kompletności dotychczas uzyskanych danych identyfikacyjnych klienta.

²² Art. 34 ust. 5 u.p.p.p.

²³ Art. 34 ust. 6 u.p.p.p.

III. Dyrektywa 2015/849 a nowe rozwiązania krajowe w zakresie obowiązków nakładanych na radców prawnych w związku z realizacją przepisów ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy

Świadomość szczególnego charakteru działalności wykonywanej przez radców prawnych jako reprezentantów zawodu zaufania publicznego towarzyszyła twórcom dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849. Bowiem, jak wskazano w pkt. 9 preambuły: „Przedstawiciele wolnych zawodów prawniczych, zgodnie z definicją stosowaną przez państwa członkowskie, powinni podlegać niniejszej dyrektywie w przypadku udziału w transakcjach finansowych lub korporacyjnych, włączając w to świadczenie usług doradztwa podatkowego, wówczas gdy istnieje największe ryzyko nadużywania usług świadczonych przez przedstawicieli tych zawodów do celów legalizowania dochodów pochodzących z działalności przestępczej lub do celów finansowania terroryzmu. Powinny jednak istnieć wyłączenia z obowiązku zgłaszania informacji uzyskanych przed rozpoczęciem, w czasie lub po zakończeniu postępowania sądowego albo przy ustalaniu sytuacji prawnej klienta. W związku z tym doradztwo prawne powinno nadal podlegać obowiązkowi zachowania tajemnicy zawodowej, chyba że przedstawiciel wolnego zawodu prawniczego bierze udział w praniu pieniędzy lub finansowaniu terroryzmu, porada prawna jest udzielana w celu prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu lub wie on, że klient zwraca się o poradę prawną do celów prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu”.

Natomiast w pkt. 39 preambuły stwierdzono: „W odniesieniu do niektórych podmiotów zobowiązanych państwa członkowskie powinny mieć możliwość wyznaczenia właściwego organu samorządu zawodowego, jako organu, do którego należy kierować informacje w pierwszej kolejności, zamiast do jednostki analityki finansowej. Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka system przekazywania informacji w pierwszej kolejności do organu samorządu zawodowego stanowi istotne zabezpieczenie mające na celu wspieranie ochrony podstawowych praw w odniesieniu do obowiązków zgłaszania mających zastosowanie do prawników. Państwa członkowskie powinny przewidzieć środki i sposoby ochrony tajemnicy zawodowej, poufności i prywatności”.

Z kolei pkt 40 preambuły brzmi: „W przypadkach, w których państwo członkowskie podejmuje decyzję o wyznaczeniu takiego organu samorządu zawodowego, może ono zezwolić takiemu organowi na nieprzekazywanie lub nałożyć na taki organ obowiązek nieprzekazywania jednostce analityki finansowej żadnych informacji otrzymanych od osób, które organ

ten reprezentuje, w przypadku gdy osoby te otrzymują takie informacje od jednego ze swoich klientów lub które uzyskują na temat jednego ze swoich klientów, podczas ustalania sytuacji prawnej danego klienta lub podczas wykonywania swoich obowiązków polegających na obronie lub reprezentowaniu tego klienta w postępowaniu sądowym, lub w związku z takim postępowaniem, włącznie z udzielaniem porad w sprawie wszczęcia lub uniknięcia takiego postępowania, bez względu na to, czy takie informacje są otrzymane lub uzyskane przed zakończeniem takiego postępowania, w jego trakcie czy po jego zakończeniu”.

Odnosząc się do przyjętych przez projektodawców rozwiązań, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 3 lit. b dyrektywy 2015/849 jej przepisy stosuje się do „notariuszy oraz innych przedstawicieli wolnych zawodów prawniczych, gdy uczestniczą, działając w imieniu i na rzecz swojego klienta, w dowolnych transakcjach finansowych lub transakcjach dotyczących nieruchomości lub gdy udzielają klientowi pomocy w planowaniu lub przeprowadzaniu transakcji dotyczących:

- (i). kupna i sprzedaży nieruchomości lub podmiotów gospodarczych;
- (ii). zarządzania pieniędzmi, papierami wartościowymi lub innymi aktywami klienta;
- (iii). otwierania rachunków bankowych, rachunków oszczędnościowych lub rachunków papierów wartościowych i zarządzania tymi rachunkami;
- (iv). organizacji wkładu niezbędnego do tworzenia spółek, prowadzenia przez nie działalności lub zarządzania nimi;
- (v). tworzenia trustów, spółek, fundacji lub podobnych struktur, prowadzenia przez nie działalności lub zarządzania nimi”.

Jak dalej wskazuje się w art. 33 dyrektywy 2015/849: „Państwa członkowskie nakładają na podmioty zobowiązane, a w stosownych przypadkach także na członków ich kadry kierowniczej i pracowników, wymóg pełnej współpracy polegającej na niezwłocznym:

- a) informowaniu jednostki analityki finansowej – z własnej inicjatywy podmiotów zobowiązanych – również w drodze przekazania zgłoszenia, w przypadku gdy dany podmiot zobowiązany wie, podejrzewa lub ma uzasadnione podstawy, by podejrzewać, że określone środki finansowe, niezależnie od kwoty, o jaką chodzi, są dochodami pochodzącymi z działalności przestępczej lub są powiązane z finansowaniem terroryzmu, a także na niezwłocznym odpowiadaniu na wnioski jednostki analityki finansowej o udzielenie dodatkowych informacji w takich przypadkach; oraz
- b) dostarczaniu jednostce analityki finansowej, bezpośrednio lub pośrednio, na jej wniosek, wszelkich niezbędnych informacji zgodnie

z procedurami ustanowionymi w mających zastosowanie przepisach.

Wszystkie podejrzane transakcje, w tym próby przeprowadzenia takich transakcji, trzeba zgłosić”.

Należy w tym miejscu wskazać, że zgodnie z art. 34 ust. 2 dyrektywy 2015/849 „państwa członkowskie nie stosują obowiązków określonych w art. 33 ust. 1 do notariuszy, innych przedstawicieli wolnych zawodów prawniczych, biegłych rewidentów, zewnętrznych księgowych oraz doradców podatkowych jedynie w ścisłym zakresie, w jakim wyłączenie to dotyczy informacji, które otrzymują oni od jednego ze swoich klientów lub które uzyskują na temat jednego ze swoich klientów, podczas ustalania sytuacji prawnej danego klienta lub podczas wykonywania swoich obowiązków polegających na obronie lub reprezentowaniu tego klienta w postępowaniu sądowym, lub w związku z takim postępowaniem, włącznie z udzielaniem porad w sprawie wszczęcia lub uniknięcia takiego postępowania, bez względu na to, czy takie informacje są otrzymane lub uzyskane przed zakończeniem takiego postępowania, w jego trakcie czy po jego zakończeniu”.

Połączenie obydwu ostatnich cytowanych tutaj przepisów dyrektywy 2015/849 (tj. art. 33 ust. 1 oraz art. 34 ust. 2) oznaczało w praktyce konieczność wprowadzenia do krajowego (w tym polskiego) ustawodawstwa wyłączenia dla radców prawnych spod obowiązku informowania jednostki analityki finansowej (GIIF).

Tymczasem, w zaprezentowanym początkowo projekcie ustawy nie dokonano pełnej implementacji powyższych rozwiązań. Co prawda bowiem w art. 71 projektu ustawy wskazano, że radcowie prawni są wyłączeni z obowiązku zawiadamiania GIIF „w zakresie informacji uzyskanych podczas ustalania sytuacji prawnej klienta w związku z postępowaniem sądowym, wykonywania obowiązków polegających na obronie, reprezentowaniu lub zastępowaniu klienta w postępowaniu sądowym albo udzielaniu klientowi porady prawnej dotyczącej wszczęcia postępowania sądowego lub uniknięcia takiego postępowania”, co realizuje założenia wynikające z dyrektywy 2015/849, to jednak ustawodawca nie dokonał odpowiednich uregulowań w zakresie przekazywania przez radców prawnych stosownych żądanych informacji na podstawie projektowanego art. 72.

Ostateczny projekt ustawy – po interwencji KRRP – przybrał kształt odpowiadający treści dyrektywy 2015/849. Obecnie powyższe zagadnienia reguluje art. 75 u.p.p.p., gdzie uregulowano wyłączenia od obowiązku przekazywania informacji o powziętych podejrzeniach popełnienia przestępstwa. Przepis ten obecnie stanowi, że obowiązek przekazywania informacji i zawiadomień, o których mowa w art. 74 ust. 1, art. 86 ust. 1, art. 89

ust. 1 oraz art. 90 u.p.p.p., nie dotyczy instytucji obowiązanych, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 14, w zakresie informacji uzyskanych podczas ustalania sytuacji prawnej klienta w związku z postępowaniem sądowym, wykonywaniem obowiązków polegających na obronie, reprezentowaniu lub zastępowaniu klienta w postępowaniu sądowym albo udzielaniu klientowi porady prawnej dotyczącej wszczęcia postępowania sądowego lub uniknięcia takiego postępowania, niezależnie od czasu uzyskania tych informacji.

Należy w tym miejscu wskazać przypadki, które podlegają wyłączeniu. I tak, obowiązek przekazywania informacji przez radców prawnych nie dotyczy:

- zawiadamiania GIIF o okolicznościach, które mogą wskazywać na podejrzenie popełnienia przestępstwa prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu (art. 74 ust. 1 u.p.p.p.);
- niezwłocznego zawiadamiania GIIF, za pomocą środków komunikacji elektronicznej, o przypadku powzięcia uzasadnionego podejrzenia, że określona transakcja lub określone wartości majątkowe mogą mieć związek z praniem pieniędzy lub finansowaniem terroryzmu (art. 86 ust. 1 u.p.p.p.);
- niezwłocznego zawiadamiania właściwego prokuratora o przypadku powzięcia uzasadnionego podejrzenia, że wartości majątkowe będące przedmiotem transakcji lub zgromadzone na rachunku pochodzą z przestępstwa innego niż przestępstwo prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu lub z przestępstwa skarbowego albo mają związek z przestępstwem innym niż przestępstwo prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu lub z przestępstwem skarbowym (art. 89 ust. 1 u.p.p.p.);
- niezwłocznego zawiadamiania GIIF za pomocą środków komunikacji elektronicznej, o przeprowadzeniu transakcji, o której mowa w art. 86 ust. 1, w przypadku gdy przekazanie zawiadomienia było niemożliwe przed jej przeprowadzeniem (art. 90 ust. 1 u.p.p.p.).

Wskazać należy również na brzmienie art. 76 u.p.p.p., gdzie określono przedmiot żądania wystosowanego przez Generalnego Inspektora. Zgodnie z ust. 1 tegoż artykułu na żądanie GIIF instytucja obowiązana niezwłocznie przekazuje lub udostępnia posiadane informacje lub dokumenty, niezbędne do realizacji zadań Generalnego Inspektora określonych w ustawie, w tym dotyczące:

- 1) klientów;
- 2) przeprowadzonych transakcji;
- 3) rodzaju i wielkości wartości majątkowych oraz miejsca ich przechowywania;

- 4) stosowania środka bezpieczeństwa finansowego;
- 5) adresów IP, z których następowało połączenie z systemem teleinformatycznym instytucji obowiązanej, oraz czasów połączeń z tym systemem.

Zgodnie z art. 34 akapit drugi dyrektywy 2015/849: „Państwa członkowskie nie stosują obowiązków określonych w art. 33 ust. 1 do notariuszy, innych przedstawicieli wolnych zawodów prawniczych, biegłych rewidentów, zewnętrznych księgowych oraz doradców podatkowych jedynie w ścisłym zakresie, w jakim wyłączenie to dotyczy informacji, które otrzymują oni od jednego ze swoich klientów lub które uzyskują na temat jednego ze swoich klientów, podczas ustalania sytuacji prawnej danego klienta lub podczas wykonywania swoich obowiązków polegających na obronie lub reprezentowaniu tego klienta w postępowaniu sądowym, lub w związku z takim postępowaniem, włącznie z udzielaniem porad w sprawie wszczęcia lub uniknięcia takiego postępowania, bez względu na to, czy takie informacje są otrzymane lub uzyskane przed zakończeniem takiego postępowania, w jego trakcie czy po jego zakończeniu”. W praktyce oznacza to, że zgodnie z dyrektywą 2015/849 radca prawny winien poinformować jednostkę analityki finansowej (w przypadku projektu ustawy – GIIF), gdy co najmniej ma uzasadnione podstawy, żeby podejrzewać o możliwości, że dane środki finansowe pochodzą z prania pieniędzy lub są przeznaczone na finansowanie terroryzmu. Obowiązek ten nie ma charakteru absolutnego.

Tymczasem, w przedstawionym w 2017 r. projekcie ustawy nie dokonano pełnej implementacji powyższych rozwiązań. Co prawda bowiem w art. 71 tegoż projektu wskazano, że radcowie prawni są wyłączeni z obowiązku zawiadamiania Generalnego Inspektora Informacji Finansowej „w zakresie informacji uzyskanych podczas ustalania sytuacji prawnej klienta w związku z postępowaniem sądowym, wykonywania obowiązków polegających na obronie, reprezentowaniu lub zastępowaniu klienta w postępowaniu sądowym albo udzielaniu klientowi porady prawnej dotyczącej wszczęcia postępowania sądowego lub uniknięcia takiego postępowania”, co realizuje założenia wynikające z dyrektywy 2015/849, niemniej jednak ustawodawca nie dokonał odpowiednich uregulowań w zakresie przekazywania przez radców prawnych stosownych żądanych informacji art. 72 tegoż projektu.

Podobnie stało się w przedstawionym przez rząd parlamentowi tekście ustawy uchwalonej w marcu 2018 r. W ostatecznie uchwalonym art. 76 u.p.p.p. zakres obowiązku informacyjnego jest szerszy niż przewidziany w art. 2 pkt 3 lit. b dyrektywy 2015/849 i nie stosuje się do niego ochrony opisanej w art. 75 u.p.p.p. Aktualna pozostaje więc uwaga wynikająca

z opinii Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji KRRP, iż ze wszechmiar pożądanym byłoby wskazanie w ustawie o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy, że radca prawny będzie mógł się uchylić od obowiązku udzielenia informacji Generalnemu Inspektorowi Informacji Finansowych w analogicznych przypadkach jak w art. 75 u.p.p.p.

Należy zauważyć, że przepis ten, w przeciwieństwie do art. 68 projektu ustawy, nie zawiera ograniczeń w odniesieniu do zakresu informacji, jakich zobowiązany będzie udzielić radca prawny. Może zatem dojść do sytuacji, w której radca prawny zostanie zobligowany przez GIIF do udzielania informacji, które pozyskał w ramach tzw. tajemnicy obrończej. W obecnym brzmieniu przepisów radca prawny nie będzie miał prawa odmówić udzielenia takich informacji, co nie tylko pozostaje w sprzeczności z przepisami dyrektywy 2015/849, ale przede wszystkim z sensem omawianej regulacji – która w aktualnym kształcie może umożliwiać swiste obejście przepisów o tajemnicy zawodowej radców prawnych.

Należy zauważyć, że w toku prac legislacyjnych przed przekazaniem ustawy do parlamentu, na skutek interwencji KRRP, doszło do istotnej zmiany omawianej regulacji w zakresie zakresu zawiadomień, do których zobowiązani są radcowie prawni.

W tym miejscu należy odnieść się do treści art. 14 dyrektywy 2015/849, a zwłaszcza ust. 4 tegoż artykułu. W art. 14 ust. 1 wskazano, że państwa członkowskie wymagają, aby weryfikacja tożsamości klienta i beneficjenta rzeczywistego odbywała się przed nawiązaniem stosunków gospodarczych lub przed przeprowadzeniem transakcji. W ust. 4 wskazano zaś, że w przypadku, gdy podmiot zobowiązany nie jest w stanie spełnić wymogów należytej staranności wobec klienta określonych w art. 13 ust. 1 akapit pierwszy lit. a), b) lub c), państwa członkowskie wymagają, aby nie przeprowadzał on transakcji za pomocą rachunku bankowego, nie nawiązywał stosunków gospodarczych ani nie przeprowadzał transakcji, oraz aby rozwiązał stosunek gospodarczy i rozważył przekazanie jednostce analityki finansowej zgłoszenia o podejranej transakcji w odniesieniu do danego klienta zgodnie z art. 33. Co wydaje się istotne z punktu widzenia rozważanego wątku, zdanie ostatnie ust. 4 wskazuje, że państwa członkowskie nie stosują przepisów akapitu pierwszego do przedstawicieli wolnych zawodów prawniczych jedynie w ścisłym zakresie, w jakim osoby te ustalają sytuację prawną swojego klienta lub wykonują obowiązki polegające na obronie lub reprezentowaniu tego klienta w postępowaniu sądowym lub w związku z takim postępowaniem, włącznie z udzielaniem porad w sprawie wszczęcia lub uniknięcia takiego postępowania.

Ostateczny kształt ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy uchwalonej przez parlament uwzględnia zapis art. 14 ust. 4 dyrektywy 2015/849.

W art. 41 ust. 1 u.p.p.p. wskazano, że w przypadku, gdy instytucja obowiązana nie może zastosować jednego ze środków bezpieczeństwa finansowego, o których mowa w art. 34 ust. 1, tj.:

- 1) nie nawiązuje stosunków gospodarczych;
- 2) nie przeprowadza transakcji okazjonalnej;
- 3) nie przeprowadza transakcji za pośrednictwem rachunku bankowego;
- 4) rozwiązuje stosunki gospodarcze – instytucja obowiązana ocenia, czy niemożność zastosowania środków bezpieczeństwa finansowego stanowi podstawę do przekazania Generalnemu Inspektorowi zawiadomienia²⁴.

Co istotne, w art. 41 ust. 3 znalazł się wyraźny zapis zakładający, że powyższych rozwiązań nie stosuje się do instytucji obowiązanych, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 14 (w tym do radców prawnych), w zakresie, w jakim instytucje te ustalają sytuację prawną klienta w związku z postępowaniem sądowym, wykonywaniem obowiązków polegających na obronie, reprezentowaniu lub zastępowaniu klienta w postępowaniu sądowym albo udzielaniu klientowi porady prawnej dotyczącej wszczęcia postępowania sądowego lub uniknięcia takiego postępowania. Tym samym, ostateczny kształt ustawy przyjętej przez parlament uwzględnia zawarte w art. 14 ust. 4 dyrektywy 2015/849 wyłączenie w zakresie obowiązku przerwania stosunków gospodarczych, niedokonania transakcji oraz zawiadomienia GIIF w stosunku do radców prawnych w zakresie, w jakim osoby te ustalają sytuację prawną swojego klienta lub wykonują obowiązki polegające na obronie lub reprezentowaniu tego klienta w postępowaniu sądowym lub w związku z takim postępowaniem, włącznie z udzielaniem porad w sprawie wszczęcia lub uniknięcia takiego postępowania.

Zauważyć należy również, że nie wprowadzono możliwości przekazywania informacji przez radców prawnych za pośrednictwem organów samorządu zawodowego. Jak podkreślano to już wcześniej w niniejszym opracowaniu, w pkt. 39 i 40 preambuły do dyrektywy 2015/849 wskazano na możliwość udziału samorządu zawodowego w procesie przekazywania informacji o podejrzeniu popełnienia przestępstwa prania pieniędzy. Realizację tej możliwości przewidziano w art. 34 ust. 1 dyrektywy 2015/849, gdzie wskazano, że „w drodze odstępstwa od art. 33 ust. 1, państwa członkowskie mogą – w przypadku podmiotów zobowiązanych, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 3 lit. a), b) i d) – wyznaczyć odpowiedni organ danego samorządu zawodowego jako organ, do którego należy kierować informacje, o których mowa w art. 33 ust. 1. Bez uszczerbku dla przepisów ust. 2, wyznaczony organ samorządu zawodowego w przypadkach,

²⁴ Art. 41 ust. 2 u.p.p.p.

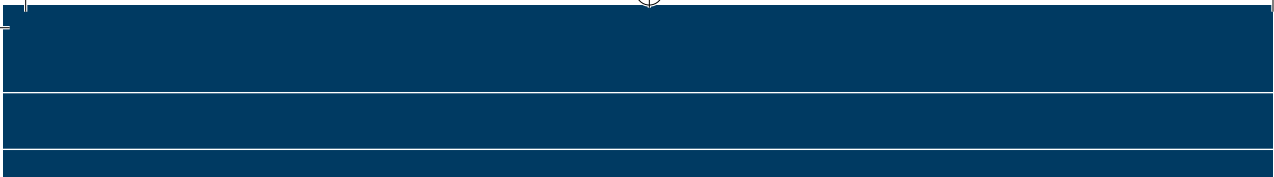
o których mowa w akapicie pierwszym niniejszego ustępu, niezwłocznie przekazuje informacje jednostce analityki finansowej z zachowaniem ich pierwotnej formy i treści”.

Drugim elementem wzmacniającym prawo do rzetelnego procesu, przy jednoczesnej ochronie interesu publicznego w zakresie ścigania przestępstw prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu byłoby przyznanie samorządowi zawodowemu kompetencji do oceny zasadności zgłoszenia podejrzenia. Rozwiązanie takie pozwoliłoby na zachowanie ochrony tajemnicy radcowskiej, bez uszczerbku dla skuteczności rozwiązań przewidzianych w ustawie. Tego jednak nie uczyniono.

Podsumowanie

Tajemnica zawodowa radcy prawnego stanowi istotny element gwarancyjny prawidłowości świadczenia pomocy prawnej. Możliwość ingerencji w tajemnicę zawodową przewidują również omawiane w niniejszym opracowaniu regulacje prawne ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy. Należy wyrazić satysfakcję, że również dzięki interwencji Krajowej Rady Radców Prawnych ostateczny kształt ustawy uchwalonej w maju 2018 r. wypełnia większość gwarancji prawidłowego wykonywania zawodu radcy prawnego przewidzianej treścią dyrektywy unijnej. Pewne wątpliwości budzą nadal regulacje dotyczące ewentualnej kontroli radcy prawnego w trybie stosowania przepisów ww. ustawy.

W związku z wejściem w życie dnia 13 lipca 2018 r. nowej ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, która nakłada nowe obowiązki na instytucje obowiązań (w tym radców prawnych w zakresie wskazanym w ustawie), Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji KRRP przygotował opracowanie stanowiące pomoc dla radców prawnych w wypełnieniu ww. obowiązków. Opracowanie zawiera między innymi: wewnętrzną procedurę przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu wraz z załącznikami, analizy ryzyka, a także przedstawienie harmonogramu czynności i opisu mechanizmu wdrożenia procedury. Zostało ono przekazane na potrzeby zainteresowanych do wszystkich izb radców prawnych w Polsce.



Dominik Seroka

Tajemnica zawodowa a wykorzystywanie informacji nią objętych przez radcę prawnego we własnej sprawie dyscyplinarnej

Obowiązek zachowania przez radcę prawnego tajemnicy zawodowej, możliwość zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej radcy prawnego przez sąd, postępowanie dyscyplinarne prowadzone w stosunku do radcy prawnego, jego prawo do obrony a możliwość ujawnienia tajemnicy zawodowej w trakcie tego postępowania oraz jawność rozprawy postępowania dyscyplinarnej. Te zagadnienia spędzają sen z powiek wielu praktykom i teoretykom prawa, a spór na argumenty obydwu stron trwa nieustannie.

I. Tajemnica zawodowa radcy prawnego

Zgodnie z art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych¹ radca prawny obowiązany jest zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej. Ustęp 5 art. 3 definiuje zasadę, że radca nie może być także zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy co do faktów, o których dowiedział się, udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę. Od zasad oczywiście istnieją wyjątki, ale o tym w dalszej części opracowania. W związku z powyższym możemy wywnioskować, że nakaz zachowania tajemnicy zawodowej przez radcę prawnego jest fundamentalnym obowiązkiem, bez którego nie można mówić o wykonywaniu zawodu zaufania publicznego. Nie można zbudować zaufania pomiędzy radcą a klientem, w sytuacji, gdy klient nie ma pewności, że informacje przekazane radcy prawnemu nie będą objęte tajemnicą zawodową. Zatem rolą radcy prawnego jest jej zachowanie².

¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2115 ze zm., dalej jako: u.r.p.

² L. Korczak [w:] *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, pod red. T. Schefflera, Warszawa 2018, s. 72–73.

Świadczenie pomocy prawnej oraz obowiązek jej zachowania ma na celu przede wszystkim ochronę interesów podmiotów, na rzecz których jest ona wykonywana³. W doktrynie przeważają głosy, że instytucja tajemnicy zawodowej nie została ukształtowana w celach ochrony osób wykonujących zawody zaufania publicznego, natomiast w celu realizacji ochrony osób trzecich, słusznym interesów i ich praw, które to korzystają z pomocy przedstawicieli tych zawodów. Realizacja celów tajemnicy zawodowej służy celom publicznym, a w szczególności zachowaniu poufności informacji uzyskanych w związku z wykonywaniem czynności zawodowych w interesie osób, które z pomocy korzystają⁴.

Tajemnicą zawodową są również objęte informacje, które dotyczą klienta, chociażby nie były wprost wykorzystywane przez niego w świadczeniu pomocy prawnej, informacje ujawnione przez klienta, które go dotyczą oraz jego spraw, informacje uzyskane w inny sposób w związku z wykonywaniem przez radcę jakichkolwiek czynności, niezależnie od źródła informacji oraz sposobu i formy ich utrwalenia, wszelkie dokumenty tworzone przez radcę prawnego oraz jego korespondencja z klientem i osobami uczestniczącymi w prowadzeniu sprawy, które powstały w związku ze świadczeniem pomocy prawnej (art. 15 ust. 1 i 2 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego⁵). Jeżeli do powzięcia informacji przez radcę prawnego w związku z wykonywaniem obowiązków zawodowych doszło nawet przez ich przekazanie przez klienta nieświadomie, otrzymanie ich od współnika, rodziny czy pracowników, to takie informacje również są objęte obowiązkiem zachowania tajemnicy zawodowej⁶. Tajemnicą są także objęte informacje ujawnione radcy prawnemu przed podjęciem przez niego czynności zawodowych, jeżeli z okoliczności sprawy wynika, że ujawnienie nastąpiło w związku z oczekiwaniem, że radca prawny będzie pomoc prawną świadczył (art. 15 ust. 3 KERP).

Zgodnie z art. 16 KERP: „Dochowanie tajemnicy zawodowej obejmuje nie tylko zakaz ujawniania informacji i dokumentów, o których mowa w art. 15, ale również zakaz skorzystania z nich w interesie własnym lub innej osoby, chyba że przepisy prawa lub Kodeksu stanowią inaczej”.

W związku z powyższym, zakazane jest radcy prawnemu wykorzystywanie informacji powziętych w związku z wykonywaniem czynności zawodowych (świadczenia pomocy prawnej) do osiągnięcia własnych celów

³ *Ibidem*, s. 73.

⁴ P. Kardas, *Konstytucyjne i ustawowe aspekty ochrony tajemnicy zawodowej powierzanej przedstawicielom zawodów zaufania publicznego*, CzPKiNP 2014, nr 4, s. 5–51, LEX.

⁵ Załącznik do uchwały Nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z dnia 22 listopada 2014 r. w sprawie Kodeksu Etyki Radcy Prawnego, dalej jako: KERP.

⁶ L. Korczak [w:] *Ustawa o radcach...*, s. 75–76.

lub w interesie osób trzecich. Kwestia wyjątków oraz jakie konstytucyjne prawa i wolności osobiste mogą upoważniać radcę prawnego do złamania zakazu dochowania tajemnicy zostaną poddane analizie w dalszej części opracowania.

II. Zwolnienie z tajemnicy zawodowej radcy prawnego

W świetle przepisów ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego⁷ osoby, które są obowiązane do zachowania tajemnicy zawodowej (notarialnej, adwokackiej, radcowskiej, doradcy podatkowego, lekarskiej, dziennikarskiej lub statystycznej) mogą być przesłuchane co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. W postępowaniu przygotowawczym w przedmiocie przesłuchania lub zezwolenia na przesłuchanie decyduje sąd. Decyzja zostaje podjęta na posiedzeniu bez udziału stron, a na postanowienie sądu przysługuje zażalenie (art. 180 § 2 k.p.k.). Do zwolnienia na podstawie ww. przepisu może dojść wyłącznie, gdy zostają spełnione kumulatywnie dwie przesłanki: jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości oraz okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu⁸.

W zakresie tajemnicy zawodowej, oprócz regulacji zawartych w Kodeksie postępowania karnego, istnieje również możliwość zwolnienia radcy prawnego z obowiązku jej dochowania. Są to między innymi: ustawa z dnia 21 stycznia 1999 r. o sejmowej komisji śledczej⁹ (w zakresie przesłuchania), ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁰ (w zakresie przeszukania), a także ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji¹¹ (w zakresie wykorzystywania informacji pocztowych, telekomunikacyjnych i internetowych)¹². Pojawiają się również stanowiska, które odmiennie podchodzą do kwestii tajemnicy zawodowej. Pierwsze z nich wskazuje, że zachowanie tajemnicy zawodowej utożsamiane jest z fundamentalną zasadą nieskazitelności zawodów zaufania publicznego i w żadnym wypadku nie powinno się jej naginać. Istnieje również pogląd,

⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1987 ze zm., dalej jako: k.p.k.

⁸ Postanowienie SA w Katowicach z dnia 17 lutego 2016 r., sygn. akt II AKz 64/16, LEX nr 2023126.

⁹ Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 1024.

¹⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 798 ze zm.

¹¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 2067 ze zm.

¹² L. Korczak [w:] *Ustawa o radcach...*, s. 87–88.

że w sytuacji zwolnienia przez sąd na podstawie art. 180 § 2 k.p.k., nie należy ujawniać wiadomości powziętych w związku z wykonywaniem czynności zawodowych. Wówczas radca prawny staje przed wyborem jednej z dwóch wartości: z jednej strony – poszanowania tajemnicy zawodowej, a z drugiej – poszanowania praworządności. W takiej sytuacji radca prawny podejmuje wewnętrzną polemikę, która z powyższych wartości jest dla niego bardziej doniosła. Czy powinien odmówić składania zeznań w charakterze świadka, w sytuacji, gdy został zwolniony z zachowania tajemnicy przez sąd, co może skutkować postawieniem zarzutów zatajenia nieprawdy czy przystąpić do przesłuchania, narażając się na prawdopodobieństwo wszczęcia postępowania dyscyplinarnego w związku z nieochowaniem tajemnicy zawodowej i wypełnieniem znamion deliktu dyscyplinarnego? Kwestie te wymagają suwerennej decyzji każdego, kto znajduje się w takiej sytuacji.

Według Piotra Kardasa obowiązek dochowania tajemnicy zawodowej powinien być utożsamiany z ustawową zasadą pierwszeństwa przed innymi wartościami, skorelowaną z odpowiednio precyzyjnie określonymi wyjątkami, spełniającymi warunki przewidziane w art. 31 ust. 3 Konstytucji z 1997 r.¹³, których spełnienie przesądzać będzie o tym, iż w pewnych wypadkach ochrona informacji oparta na istocie tajemnicy zawodowej ustępować będzie na rzecz innych wartości konstytucyjnie chronionych¹⁴. Autor sugeruje, że obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej, który ma rangę ustawową, może być zwolniony tylko na rzecz innych konstytucyjnie chronionych wartości, w tym w szczególności dobra wymiaru sprawiedliwości.

W doktrynie wskazuje się jeszcze jeden przypadek, który może mieć zastosowanie również do tajemnicy zawodowej radcy prawnego w związku ze świadczeniem pomocy prawnej. W kwestiach nieuregulowanych w ustawie o radcach prawnych i aktach wykonawczych stosuje się odpowiednio (art. 74¹ u.r.p.) przepisy Kodeksu postępowania karnego oraz przepisy rozdziałów I-III ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny¹⁵. Bez wątplenia jeden z kontratypów może znaleźć tu zastosowanie, mianowicie art. 26 k.k. – stan wyższej konieczności¹⁶.

¹³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483), dalej jako: Konstytucja RP.

¹⁴ P. Kardas, *op. cit.*

¹⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm., dalej jako: k.k.

¹⁶ Art. 26 k.k. w brzmieniu:

„§ 1. Nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakiemukolwiek dobru chronionemu prawem, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć, a dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego.

Odnosząc się do powyższego, dobro ratowane będzie musiało przedstawiać zawsze wartość wyższą niż dobro poświęcone. Nie wystarczy jednak, żeby dobro nie przedstawiało wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego. Zdaniem Autora komentarza do ustawy o radcach prawnych art. 26 k.k. w postępowaniu dyscyplinarnym, stosowany odpowiednio, może przyjąć treść: „Nie popełnia przewinienia dyscyplinarnego, kto działa w celu ochrony dobra chronionego prawem, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć, a dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego”¹⁷.

Jeżeli szkoda spowodowana ujawnieniem tajemnicy zawodowej będzie niższa od korzyści radcy prawnego osiągniętej przez ochronę jego interesów, to radca nie powinien ponosić z tego tytułu odpowiedzialności dyscyplinarnej. Każdy z przypadków powinien być rozpatrywany indywidualnie i nie może stanowić zasady zwalniającej radcę prawnego od zachowania tajemnicy zawodowej w przypadku jakiegokolwiek postępowania, które radcy prawnego dotyczy¹⁸.

III. Zwolnienie radcy prawnego z tajemnicy zawodowej przez klienta

Przepisy ustawy o radcach prawnych¹⁹ ani Kodeks Etyki Radcy Prawnego – poza sytuacjami uregulowanymi w ustawie z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu²⁰, a także wyjątkami w art. 180 § 2 k.p.k., ustawie o ochronie konsumentów i konkurencji oraz ustawie o sejmowej komisji śledczej – nie przewidują innych zwolnień od zachowania tajemnicy zawodowej. Jak w takim razie moż-

§ 2. Nie popełnia przestępstwa także ten, kto, ratując dobro chronione prawem w warunkach określonych w § 1, poświęca dobro, które nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego.

§ 3. W razie przekroczenia granic stanu wyższej konieczności, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia.

§ 4. Przepisu § 2 nie stosuje się, jeżeli sprawca poświęca dobro, które ma szczególnie obowiązek chronić nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste.

§ 5. Przepisy § 1-3 stosuje się odpowiednio w wypadku, gdy z ciężących na sprawcy obowiązków tylko jeden może być spełniony.”

¹⁷ L. Korczak [w:] *Ustawa o radcach...*, s. 81.

¹⁸ *Ibidem*, s. 81-82.

¹⁹ Art. 22¹ u.r.p. upoważnia rady okręgowych izb radców prawnych do kontroli i oceny wykonywania zawodu przez radcę prawnego i prawnika zagranicznego wpisanego na listę prawników zagranicznych. Do wyżej wskazanej kontroli i oceny są powoływani przez radę, spośród radców prawnych, wizytatorzy.

²⁰ Dz. U. z 2018 r. poz. 723 ze zm.

na zakwalifikować sytuację, w której radca prawny ujawnia informacje objęte tajemnicą zawodową w trakcie toczącego się postępowania: karnego, cywilnego, administracyjnego czy dyscyplinarnego, w celu ochrony swoich praw?²¹ Jeżeli okoliczności nie można ustalić w żaden inny sposób niż ujawnienie informacji objętych zakresem tajemnicy zawodowej, a szkoda powstała z tego powodu będzie niższa niż korzyść radcy prawnego osiągnięta w celu ochrony jego interesów, to radca nie powinien ponosić odpowiedzialności dyscyplinarnej za ujawnienie tajemnicy zawodowej. Punktem wyjścia dla oceny zachowania radcy prawnego winien być art. 26 k.k. w zw. z art. 74¹ pkt 2 u.r.p., stosowany odpowiednio, o czym była już mowa wcześniej²².

Jak ma się natomiast ujawnienie przez radcę prawnego okoliczności objętych tajemnicą zawodową w sytuacji, w której klient wyraża zgodę na jej ujawnienie, a wszystko ma być poczynione w interesie tego klienta? Czy takie zachowanie radcy prawnego wyczerpuje znamiona deliktu dyscyplinarnego niedochowania tajemnicy zawodowej? Co do zasady informacje, które są objęte tajemnicą zawodową stanowią tajemnicę klienta radcy prawnego i nie powinno być wątpliwości co do tego, że może on [klient] ujawniać je sam. Radca prawny nie powinien zatem dopuścić możliwości wymiany ról procesowych i należy pamiętać, że zadaniem radcy prawnego jest przede wszystkim świadczenie pomocy prawnej, a nie pomocy faktycznej²³. Klienci w tego typu przypadkach mogą sobie wyobrażać, że skoro wykonywanie zawodu radcy prawnego jako zawodu zaufania publicznego jest tym szeroko pojętym zaufaniem „obdarowane”, a hipotetyczne zwolnienie przez klienta z zachowania tajemnicy przez radcę prawnego i zeznawanie w charakterze świadka w trakcie postępowania może prowadzić do pozytywnego rozstrzygnięcia sprawy, bo skoro radca prawny potwierdził, co dany klient zeznał, to z pewnością tak było. Należy jednak zwrócić uwagę na to, że takie błędne postrzeganie instytucji tajemnicy zawodowej radcy prawnego, mimo że służy ona do ochrony interesów klienta, nie może być wykorzystywana w każdym celu, w jakim sobie klient zażyczy, ponieważ jest to sprzeczne z założeniami dochowania informacji związanych z wykonywaniem zawodu radcy prawnego, a co więcej może skutkować podważeniem „obdarowania” zaufaniem społecznym zawodu radcy prawnego. Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej został nałożony na radcę prawnego przez ustawę i kodeks etyki, a nie przez klienta.

²¹ L. Korczak [w:] *Kodeks Etyki Radcy Prawnego. Komentarz*, pod red. T. Schefflera, Warszawa 2017, s. 115.

²² *Ibidem*, s. 116–117.

²³ L. Korczak [w:] *Ustawa o radcach...*, s. 82–83.

Wynika on z treści przepisów regulujących zasady wykonywania zawodu i zasady etyki, a nie z umowy zawartej z klientem²⁴.

IV. Tajemnica zawodowa w postępowaniu dyscyplinarnym

Radca prawny podlega odpowiedzialności dyscyplinarnej za postępowanie sprzeczne z prawem, zasadami etyki lub godnością zawodu bądź za naruszenie swych obowiązków zawodowych (art. 64 u.r.p.). Niewątpliwie naruszenie obowiązku dochowania tajemnicy zawodowej przez radcę prawnego do takiego postępowania należy, więc radca prawny za ujawnienie tajemnicy zawodowej ponosi odpowiedzialność dyscyplinarną. W tym wypadku nie może mieć zastosowania art. 26 § 4 k.k., który mówi, że nie stosuje się § 2 w przypadku, gdy sprawca narusza dobro, które ma szczególnie obowiązek chronić. Wnioskując, wyżej przytoczony przepis nie będzie miał zastosowania w sprawach dyscyplinarnych poświęconych niedopełnieniu obowiązku dochowania tajemnicy zawodowej przez radcę prawnego, ponieważ tajemnica, która została mu powierzona przez klienta w związku z art. 3 ust. 3 u.r.p., powinna być szczególnie chroniona²⁵.

Wyższy Sąd Dyscyplinarny w sentencji orzeczenia z dnia 14 marca 2016 r. wyraził pogląd, w którym wyjaśnia, że radca prawny powinien swoim postępowaniem między innymi budować i podtrzymywać zaufanie do zawodu radcy prawnego oraz dochowywać tajemnicy zawodowej, gdyż jest to jeden z podstawowych nakazów etyki zawodowej. W dalszej części uzasadnienia Sąd negatywnie odnosi się do kwestii wykroczenia przeciwko regułom niedochowania tajemnicy zawodowej, klasyfikując tego typu zachowania jako poważne przewinienie dyscyplinarne²⁶.

Co zatem w sytuacji, gdy postępowanie dyscyplinarne zostało wszczęte w stosunku do radcy prawnego nie ze względu na naruszenie obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, a w trakcie którego dochodzi do ujawnienia tej tajemnicy? Jakie prawa i obowiązki ma zatem radca prawny, będąc stroną postępowania dyscyplinarnego i jak należy je interpretować? Sławomir Pilipiec w jednym ze swoich artykułów wskazuje, że prawo do sądu w sprawach dyscyplinarnych jest realizowane w ramach postępo-

²⁴ Wyrok SA w Krakowie z dnia 11 października 2016 r., sygn. akt I ACa 659/16, LEX nr 2144782.

²⁵ L. Korczak [w:] *Ustawa o radcach...*, s. 81.

²⁶ Orzeczenie WSD z dnia 14 marca 2016 r., sygn. akt WO-95/15, <http://wsd.kirp.pl/wo-95-15/> [data dostępu: 14.09.2018].

wania dyscyplinarnego, które ma charakter postępowania represyjnego, mającego na celu poddanie jednostki jakiejś formie dolegliwości (sankcji)²⁷.

W jednym z wyroków Trybunał Konstytucyjny wyraził – ugruntowany w orzecznictwie – pogląd, że z zasady demokratycznego państwa prawnego wynika konieczność respektowania w postępowaniach w sprawie ustalenia odpowiedzialności dyscyplinarnej gwarancji ustanowionych w rozdziale II Konstytucji RP (*Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela*). Trybunał wielokrotnie podkreślał, że gwarancje te odnoszą się do wszelkich postępowań represyjnych, tzn. postępowań, których celem jest poddanie obywatela jakiejś formie ukarania lub jakiejś sankcji. W postępowaniach dyscyplinarnych zastosowanie znajduje również art. 42 ust. 2 Konstytucji RP. Zgodnie z tym przepisem: „Każdy, przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może on w szczególności wybrać obrońcę lub na zasadach określonych w ustawie korzystać z obrońcy z urzędu”.

W wyroku z dnia 19 marca 2007 r.²⁸ Trybunał Konstytucyjny sformułował tezę o obowiązku ustawodawcy „takiego ukształtowania przepisów regulujących wszelkiego rodzaju postępowania dyscyplinarne, by, tak jak w postępowaniu karnym, zapewniały odpowiedni poziom prawa do obrony, w wymiarze materialnym i formalnym”²⁹.

Można zatem wysnuć wniosek, że prawo do obrony przysługuje w postępowaniu dyscyplinarnym radcy prawnemu (oraz aplikantowi radcowskiemu) od chwili wszczęcia przeciwko niemu postępowania³⁰, aż do prawomocnego jego zakończenia. Zasada prawa do obrony obejmuje całość kształtu instytucji prawnych przewidzianych w aktach normatywnych, których wykorzystanie pozwala obwinionemu dochodzić swojej niewin-

²⁷ S. Pilipiec, *Prawo do sądu w sprawach dyscyplinarnych radców prawnych*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, nr 3, s. 752, <http://studiaiuridica.umcs.pl> [data dostępu: 15.09.2018].

²⁸ Wyrok TK z dnia 19 marca 2007 r., sygn. akt K 47/05, OTK-A 2007, nr 3, poz. 27, LEX nr 257769.

²⁹ Wyrok TK z dnia 29 stycznia 2013 r., sygn. akt SK 28/11, OTK-A 2013, nr 1, poz. 5, LEX nr 1257924.

³⁰ Zgodnie z art. 68 ust. 3 u.r.p. obwinionym jest radca prawny lub aplikant radcowski, co do którego wydano postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Przed wydaniem wspomnianego postanowienia, radcy nie przysługuje status strony, nie występuje w charakterze obwinionego. Czy można więc zakwalifikować etap postępowania przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów jako toczącego się w stosunku do konkretnego radcy prawnego i czy możemy temu radcy przyznać uprawnienia jak stronie postępowania? Czy w ogóle taki radca prawny (czy aplikant) są uczestnikami postępowania, które – konkretyzując – toczy się w sprawie, a nie przeciwko niemu? Jak powinien zachować się radca prawny i od jakiego etapu postępowania może podjąć czynności związane z obroną i dochodzeniem swoich praw?

ności lub wskazywać na okoliczności mogące mieć wpływ na orzeczenie o winie, a w konsekwencji wymiar kary³¹.

Na kanwie poszukiwań związanych z powyższą problematyką można znaleźć również dwa artykuły, które w zupełnie odmiennym kierunku kształtują zagadnienie tajemnicy zawodowej adwokata w postępowaniu dyscyplinarnym (specyfika wykonywania zawodu adwokata i zakres odpowiedzialności w zestawieniu z zawodem radcy prawnego klarują się w analogiczny sposób).

W pierwszym Autor publikacji wyraża pogląd, w którym adwokat w żadnym wypadku nie powinien ujawniać tajemnicy zawodowej, nawet w postępowaniu dyscyplinarnym, którego jest stroną. Prawo do wglądu do akt każdej sprawy, na każdym etapie, w ramach sprawowania nadzoru Ministra Sprawiedliwości nad działalnością samorządu ma wspomniany minister oraz osoby przez niego upoważnione. Stroną postępowania dyscyplinarnego jest również pokrzywdzony, tj. osoba, która przez działanie adwokata została pokrzywdzona. Autor podaje, że obawa przed ujawnieniem informacji w związku z wzięciem udziału w sprawie przez Ministra Sprawiedliwości czy osób przez niego upoważnionych jest minimalna, natomiast nie można tego zagwarantować w przypadku pokrzywdzonego, który może być przeciwnikiem procesowym adwokata. Według Autora w tej sytuacji należy uznać, że ani obowiązujący stan prawny nie gwarantuje respektowania tajemnicy adwokackiej w postępowaniu dyscyplinarnym, ani też nie ma przepisu, który by nakazywał adwokatowi naruszenie tajemnicy adwokackiej dla potrzeb postępowania dyscyplinarnego. Przyjęcie odrębnej koncepcji może oznaczać, że tajemnica adwokacka jest fikcją, skoro zarówno inni adwokaci, urzędnicy Ministerstwa Sprawiedliwości czy przeciwnicy procesowi mogą mieć dostęp do informacji, które przez adwokata powinny być zachowane w najściślejszej tajemnicy.

„Adwokaci powinni być świadomi powyższych okoliczności. Zarówno adwokaci zasiadający w organach dyscyplinarnych nie powinni domagać się ujawnienia kwestii objętych tajemnicą, jak i sami obwinieni adwokaci nie powinni jej naruszać. W przeciwnym razie tajemnica adwokacka stanie się pustym słowem, a powierzenie sprawy adwokatowi i szczerze przedstawienie jej okoliczności, może rykoszetem obrócić się przeciwko klientowi”³².

Drugi, wcześniej wspomniany artykuł jest odpowiedzią na powyższy tekst, w którym Autor wyraża zupełnie przeciwne poglądy, odnosząc się do argumentacji przemawiającej za bezwzględnym obowiązkiem adwo-

³¹ S. Pilipiec, *op. cit.*, s. 760.

³² A. Nogał, *Tajemnica adwokacka w postępowaniu dyscyplinarnym nie jest respektowana*, <https://www.rp.pl/artykul/1065181-Nogal--Tajemnica-adwokacka-w-postepowaniu-dyscyplinarnym-nie-jest-respektowana.html> [data dostępu: 21.09.2018].

kata do dochowania tajemnicy zawodowej. We wstępie znajdujemy charakterystykę obwinionego i jedno z jego uprawnień. Mianowicie obwiniony w postępowaniu dyscyplinarnym, tak jak oskarżony w postępowaniu karnym, ma prawo składać wyjaśnienia, a także może (bez podania powodów) odmówić odpowiedzi na poszczególne pytania lub odmówić składania wyjaśnień. O prawie tym należy go pouczyć (art. 175 § 1 k.p.k.). Żaden organ procesowy nie ma prawa żądania od obwinionego złożenia wyjaśnień. Przyznanie obwinionemu prawa odmowy wyjaśnień ze względu na tajemnicę zawodową jest zbędne, gdy weźmy pod uwagę wynikające z przywołanego przepisu prawo do odmowy składania wyjaśnień bez podania przyczyny. W przypadku obwinionego, który chce złożyć wyjaśnienia, dochodzi do kolizji między prawem do ich złożenia a obowiązkiem zachowania tajemnicy zawodowej, gdyby wyjaśnienia te miały dotyczyć informacji związanych z wykonywaniem zawodu. Zestawiając ze sobą wartości tajemnicy zawodowej oraz prawa do obrony w postępowaniu dyscyplinarnym, nie sposób nie zauważyć, że prawo do obrony wydaje się być wartością wyższą. Obwiniony musi podjąć decyzję, czy przemilczeć fakty objęte tajemnicą, czy ujawnić je, korzystając z prawa do obrony³³.

Pozostając przy problematyce dotyczącej zawodu adwokata, nie sposób pominąć uchwały Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 1962 r. Sąd wyraził w niej stanowisko w związku z zachowaniem tajemnicy zawodowej adwokata, a jego prawem do obrony: „Obowiązek ten może ustać tylko w wypadkach, kiedy klient adwokata sam ujawnił treść rozmów lub ich fragmenty, dając przez to do zrozumienia, że na zachowaniu w tajemnicy rozmów w części ujawnionej mu nie zależy, a nadto gdy – w szczególności z inicjatywy takiego klienta – toczy się postępowanie dyscyplinarne lub karne, skierowane przeciwko samemu adwokatowi w związku z treścią tych rozmów. W tym ostatnim wypadku wchodzi w grę prawo do obrony, które nie może doznać ograniczenia przez związanie adwokata obowiązkiem tajemnicy zawodowej. Jeśliby bowiem obowiązek ten zachować, adwokat znalazłby się w sytuacji gorszej niż każda inna osoba pozostająca w stanie oskarżenia”³⁴.

Artykuł 6 k.p.k., wprowadzony do polskiego procesu karnego na mocy art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, określa prawo do obrony, uznawane za jedno z fundamentalnych praw człowieka, które nie może zostać ograniczone przez zachowanie tajemnicy zawodowej, we własnej sprawie.

³³ R. Baszuk, *Tajemnica zawodowa w wyjaśnieniach obwinionego i zeznaniach świadka składanych w postępowaniu dyscyplinarnym*, <http://www.adwokatura.pl/ogolnoprawne/tajemnica-zawodowa-w-wyjasnieniach-obwinionego-i-zeznaniach-swiadka-skladanych-w-postepowaniu-dyscyplinarnym/> [data dostępu: 21.09.2018].

³⁴ Uchwała SN z dnia 29 listopada 1962 r., sygn. akt VI KO 62/61, LEX nr 136235.

„Mając na względzie odpowiednie stosowanie przepisów KPK, obwiniony w postępowaniu dyscyplinarnym ma zatem ogół praw i obowiązków przewidzianych w KPK. Tym samym ma prawo do: milczenia, składania wyjaśnień, odmowy składania wyjaśnień lub odmowy odpowiedzi na pytania, składania wniosków o dokonanie określonych czynności jako realizacja inicjatywy dowodowej, udziału w czynnościach dowodowych, informacji procesowej, prawo i jednocześnie obowiązek do udziału w postępowaniu, kontroli odwoławczej, ostatniego słowa czy uzyskania końcowego rozstrzygnięcia w danej sprawie. Tym samym zakres realizacji poszczególnych uprawnień w postępowaniu dyscyplinarnym nie może być węższy od realizacji uprawnień przysługujących oskarżonemu w postępowaniu karnym”³⁵.

Możliwość uchylenia się od zachowania tajemnicy zawodowej przez radcę prawnego istnieje również w sytuacji, w której żądanie i egzekwowanie obowiązku zachowania tajemnicy nie byłoby uzasadnione. Wówczas radca prawny jest uprawniony do „samozwolnienia” z tego obowiązku. W jednej z monografii przedstawione jest następujące stanowisko – radca prawny może ujawniać służące jego obronie okoliczności objęte tajemnicą zawodową, gdy występuje w charakterze podejrzanego, oskarżonego czy obwinionego w postępowaniu dyscyplinarnym. Za takim stanowiskiem przemawia równość wobec prawa i zakaz ograniczania uprawnień radcy prawnego będącego stroną postępowania³⁶.

W związku z wyżej przytoczonymi fragmentami odnoszącymi się do zagadnienia prawa do obrony pewne staje się, że prawo to jest jedną z fundamentalnych wartości każdego człowieka, bez względu na specyfikę wykonywania zawodu i w żaden sposób nie powinno być ograniczane. Każdej osobie przyznane jest nieskrępowane prawo do podejmowania czynności dla udowodnienia swojej niewinności.

V. Zakres ujawnienia tajemnicy zawodowej

Mając na uwadze powyższe, można dojść do wniosku, że w sytuacji, w której radca prawny stał się obwinionym w postępowaniu dyscyplinarnym, nie jest obowiązany do dochowania tajemnicy zawodowej w celu dochodzenia swojej niewinności. Przysługują mu zatem uprawnienia, tożsame z prawami oskarżonego w trakcie trwania procesu karnego. Nasuwa się jednak pytanie – w jakim zakresie radca powinien i w jakim zakresie

³⁵ P. Czarnecki, *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego*, Warszawa 2013, § 4 pkt II, akapit 12, Legalis.

³⁶ Z. Klatka [w:] *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu u zasady jego wykonywania*, pod red. A. Berezny, Warszawa 2013, s. 197, pkt 4.11.

może ujawniać informacje w trakcie toczącego się postępowania, aby nie narazić się na popełnienie deliktu dyscyplinarnego związanego z niedochowaniem tajemnicy zawodowej?

Uchwałą z dnia 10 listopada 1966 r. Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej sprecyzowało stanowisko dotyczące zakresu zwolnienia z zachowania tajemnicy zawodowej. Zgodnie z powyższą uchwałą, gdy adwokat jest podejrzany albo oskarżony w postępowaniu karnym bądź obwinionym w postępowaniu dyscyplinarnym, może ujawniać konieczne dla swojej obrony okoliczności, objęte tajemnicą zawodową, o których dowiedział się w związku z wykonywaniem zawodu. Prezydium NRA podkreśla, że okoliczności te mogą być ujawnione tylko w zakresie koniecznym i niezbędnym do obrony, zaś przekroczenie tego zakresu uzasadnia odpowiedzialność dyscyplinarną z tytułu niedochowania tajemnicy zawodowej³⁷. Każde ujawnienie informacji objętych zakresem tajemnicy zawodowej w części przewyższającej konieczność obrony spełnia znamiona deliktu dyscyplinarnego niedochowania tajemnicy zawodowej i powinno być przedmiotem odrębnego postępowania dyscyplinarnego radcy prawnego.

VI. Jawność rozprawy w postępowaniu dyscyplinarnym

Zgodnie z art. 355 k.p.k. w zw. z art 74¹ pkt 1 u.r.p. rozprawa odbywa się jawnie, a ograniczenie jawności określa ustawa (k.p.k.). Jak słusznie przedstawia Dariusz Świecki: „W doktrynie można wyróżnić kilka stanowisk dotyczących rozumienia zasady jawności [...]. Pierwsze polega na szerokim podejściu do zasady jawności, w ramach której wyróżnia się dwa rodzaje jawności: jawność zewnętrzną – odnoszącą się do ogółu społeczeństwa – oraz jawność wewnętrzną – odnoszącą się do stron i ich przedstawicieli procesowych [...]. Drugie stanowisko opiera się na przyjęciu, że oba wspomniane elementy jawności stanowią dwie odrębne zasady: zasadę jawności zewnętrznej i zasadę jawności wewnętrznej [...]”³⁸.

Jawność rozprawy jest zatem jedną z zasad procesowych, których ograniczenie może mieć miejsce tylko w wypadkach określonych w ustawie (art. 359 i 360 k.p.k.). Nie wszystkie jednak wskazane w przepisach przepiadki o możliwości wyłączenia będą miały zastosowanie w postępowaniu

³⁷ Muzeum Historii Polski, *Uchwały Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej*, Pal. 1966, z. 10/12, s. 137, pkt 4, [http://bazhum.muzhp.pl/media//files/Palestra/Palestra-r1966-t10-n12\(108\)/Palestra-r1966-t10-n12\(108\)-s135-139/Palestra-r1966-t10-n12\(108\)-s135-139.pdf](http://bazhum.muzhp.pl/media//files/Palestra/Palestra-r1966-t10-n12(108)/Palestra-r1966-t10-n12(108)-s135-139/Palestra-r1966-t10-n12(108)-s135-139.pdf) [data dostępu: 22.09.2018].

³⁸ K. Eichstaedt, komentarz do art. 355 [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. T. 1: Art. 1–424*, pod red. D. Świeckiego, Warszawa 2018, s. 1323, teza 2.

dyscyplinarnym radców prawnych i aplikantów radcowskich, ponieważ nie możemy zapominać o swoistym charakterze postępowań dyscyplinarnych, w których obwinionym może być wyłącznie radca prawny lub aplikant radcowski, co do którego wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów, w postępowaniu przed sądem pierwszej i drugiej instancji.

Co zatem w sytuacji, gdy w trakcie trwania postępowania dyscyplinarnego może dojść do ujawnienia tajemnicy zawodowej – czy przez radcę prawnego, czy przez pokrzywdzonego? Zgodnie z art. 360 k.p.k. sąd może wyłączyć jawność rozprawy z urzędu lub na żądanie strony. Do wyłączenia może jednak dojść w przypadkach wskazanych w tym przepisie. Wydaje się zasadne twierdzenie, że radca prawny lub rzecznik dyscyplinarny mogą wnioskować do sądu dyscyplinarnego o wyłączenie jawności zgodnie z § 1 ust. 1 ppkt d ww. przepisu, który wskazuje jako podstawę naruszenie ważnego interesu prywatnego. Nie ulega wątpliwości, że leży to w interesie radcy prawnego, którego postępowanie dotyczy.

O krok dalej poszedł samorząd adwokatów w ustawie z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze³⁹. Zgodnie z jej art. 95a rozprawa dyscyplinarna przed sądem dyscyplinarnym jest jawna, chyba że jawność zagraża ujawnieniu tajemnicy zawodowej albo zachodzą inne wymagane przepisami prawa przyczyny jej wyłączenia. Jest to regulacja trafna i wydaje się zasadne zastosowanie podobnego rozwiązania w postępowaniu dyscyplinarnym radców prawnych i aplikantów radcowskich. Czy potrzebne jest umieszczenie takiej regulacji w ustawie o radcach prawnych, czy można dojść do tożsamego rezultatu, stosując odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego do postępowania dyscyplinarnego? Tę kwestię pozostawmy do przemyślenia.

Wnioski końcowe

Podsumowując, do zwolnienia z tajemnicy zawodowej może dojść tylko w ściśle określonych przez materię ustawową przypadkach. Za każde naruszenie obowiązku dochowania tajemnicy zawodowej radca prawny czy aplikant radcowski poniesie odpowiedzialność dyscyplinarną. Radca prawny nie może zostać zwolniony przez swojego klienta z zachowania tajemnicy zawodowej. Zwolnienia może dokonać wyłącznie sąd rejonowy, wydając w tym przedmiocie postanowienie, które jest zaskarżalne. Jest jednak jeden wyjątek, który został zaprezentowany w niniejszym opracowaniu. W sytuacji, w której radca prawny staje się stroną postępowania dyscyplinarnego/karnego i występuje w tym postępowaniu w charakterze

³⁹ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1184 ze zm.

obwinionego/podejrzanego/oskarżonego, możliwe jest ujawnienie informacji uzyskanych w związku z pełnieniem obowiązków zawodowych, natomiast zakres tajemnicy zawodowej musi być związany z dochodzeniem swojej niewinności i nie może wykraczać poza niezbędne do tego celu informacje. W przypadku przekroczenia granic niezbędnych do obrony radca prawny może zostać pociągnięty do odpowiedzialności dyscyplinarnej jak wyżej.

W wyżej analizowanej materii nie można doszukać się bogatej linii orzeczniczej, co niewątpliwie może skutkować tym, iż postępowanie dyscyplinarne radców prawnych w dalszym ciągu będzie budziło wątpliwości, a zagadnienia związane z zachowaniem tajemnicy zawodowej i uprawnieniami strony tego postępowania będą znajdowały zarówno swoich zwolenników, jak i przeciwników. Należy jednak zwrócić uwagę, że każdy z przypadków, w którym dochodzi do dokonania przez radcę prawnego czy aplikanta radcowskiego wyboru pomiędzy dwiema wartościami – dochowaniem tajemnicy zawodowej a prawem do obrony – powinno się rozpatrywać indywidualnie. Na zakończenie należy zaznaczyć, że każdy za dokonanie swoich wyborów ostatecznie odpowiada przed samym sobą.

Rafał Stankiewicz

Tajemnica zawodowa radcy prawnego a prawo konkurencji

Wstęp

Niniejszy artykuł dotyczy zasady *legal professional privilege* (czasami określanej też jako tzw. przywilej prawniczy¹ czy tajemnica obrończa²) ujmowanej w kontekście ochrony tajemnicy zawodowej kwalifikowanych pełnomocników prawnych. Jest ona w swoim założeniu zasadą, która gwarantuje ochronę poufności komunikacji pomiędzy wykwalifikowanym prawnikiem a jego klientem³, występującą zarówno na gruncie unijnego, jak też między innymi polskiego prawa konkurencji (prawa antymonopolowego). Zasada *legal professional privilege* jest prawem klienta (przedsiębiorcy) do odmowy ujawnienia – zarówno w toku kontroli, jak i przeszukania – organowi ochrony konkurencji dokumentów (oraz zawartych w nich informacji) pochodzących od adwokata/radcy prawnego, a także pism, dokumentów, notatek przeznaczonych dla adwokata/radcy prawnego w celu przygotowania na przykład opinii prawnej i mających związek z przedmiotem kontroli/przeszukania⁴. Zasada *legal professional privilege* jest interpretowana z art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁵,

¹ Za: K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych. W kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 238. Określana jest również jako tzw. ochrona tajemnicy porady prawnej – tak M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Warszawa 2011, s. 229.

² Por. m.in. R. Molski [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. T. Skocznego, Warszawa 2014, s. 1413.

³ Tak B. Turno [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. A. Stawickiego, E. Stawickiego, Warszawa 2011, s. 984–985, 1080 i n.

⁴ M. Bernatt, B. Turno, *Zasada legal professional privilege w projekcie zmiany ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2013, nr 1(2), s. 23 i 24.

⁵ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm. Szerzej zob. K. Dekeyser, C. Gauer, *The New Enforcement System For Articles 81 And 82 And The Rights Of Defence* [w:] *Annual*

zaś w sprawach, w których równolegle z prawem polskim stosowane są art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁶ także z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) oraz art. 48 ust. 2 Karty praw podstawowych UE⁷. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że zasada ta jest uprawnieniem klienta (przedsiębiorcy), który może samodzielnie (bez pośrednictwa prawnika) żądać ochrony wynikającej z tej zasady⁸. Przedsiębiorca może również zrzec się tej ochrony. Natomiast każdy prawnik obecny podczas kontroli, w tym przeszukania (nie tylko autor opinii lub porady), ma zawsze obowiązek żądać (chyba że klient tego sobie nie życzy) dla swojego klienta ochrony wynikającej z zasady *legal professional privilege*. Brak żądania przez prawnika na rzecz swojego klienta ochrony wynikającej z powyższej zasady, w sytuacji gdy były ku temu zasadne przesłanki, może stanowić podstawę odpowiedzialności dyscyplinarnej radcy prawnego lub adwokata. Ta swoista „ochrona kontaktów” klienta ze swoim prawnikiem w trakcie stosowania regulacji prawa konkurencji stała się przedmiotem regulacji w latach 80. ubiegłego stulecia we wszystkich ówczesnych państwach członkowskich Wspólnot Europejskich⁹, a następnie w wielu nowo przystępujących do Wspólnot (Unii Europejskiej) państwach¹⁰. Zauważyć można więc tendencję do tworzenia specyficznych reguł ochrony uprzywilejowanego charakteru kontaktów między klientem a prawnikiem¹¹.

Problematyka ta stanie się przedmiotem analizy w niniejszym opracowaniu, tak na tle unijnego, jak i polskiego prawa ochrony konkurencji. Tym samym problematyka zakresu zachowania tajemnicy zawodowej profesjonalnych pełnomocników prawnych (w tym tajemnicy radcowskiej) obejmie analizę zarówno prawodawstwa, jak i orzecznictwa unijnego oraz prawodawstwa i orzecznictwa polskiego w postępowaniach antymonopolowych prowadzonych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Kon-

Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, ed. B.E. Hawk, New York 2005, s. 550–552.

⁶ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE C 202/47 z 7.06.2016), dalej jako: TFUE.

⁷ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE C 202/389 z 7.06.2016).

⁸ K. Różiewicz-Ładoń, *Postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję*, Warszawa 2011, s. 287.

⁹ Za: A. Pliakos, *Le droits de la défense et le droit de la communautaire del la concurrence*, Bruxelles 1987, s. 38; K. Dekeyser, C. Gauer, *op. cit.*, s. 550–552.

¹⁰ Autorowi niniejszego artykułu nie jest – niestety – znany stan prawodawstwa w tym zakresie we wszystkich obecnych państwach członkowskich UE.

¹¹ Za: K. Kowalik-Bańczyk, *op. cit.*, s. 389.

sumentów (dalej: Prezes UOKiK) na podstawie ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹².

Problem relacji pomiędzy klientem a prawnikiem wykonującym kwalifikowany zawód prawniczy – adwokatem lub radcą prawnym objęty jest tajemnicą zawodową. Zasada powyższa, choć występuje pod różnymi nazwami i w różnym zakresie, jest respektowana we wszystkich państwach Unii Europejskiej. Znajduje ona swoje podstawy w stosunku zaufania, jaki powstaje między radcą prawnym (adwokatem) a jego klientem, co powoduje, że w celu uzyskania pomocy prawnej klient udziela prawnikowi informacji, których nie udziela i nie udzieliłby innym. Radca prawny (adwokat) może w sposób prawidłowy wykonywać swój zawód tylko wówczas, gdy klient przedstawi mu swoją sytuację w sposób obiektywny. Brak bowiem wątpliwości, że zaufanie klienta, oparte na szczególnej poufności i dyskrecji, jest uznawane za dobro szczególnie chronione¹³.

Warto zauważyć, iż na gruncie obecnie obowiązującej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów prawodawca dopuszcza daleko posuniętą ingerencję w sferę indywidualnych praw i wolności podmiotów gospodarczych poddanych tym regulacjom. Ingerencja ta ma miejsce na etapie gromadzenia materiału dowodowego, a czynności dowodzenia w znacznym stopniu zostały sformalizowane. Jak się wydaje jest to konsekwencja przyjęcia przez prawodawcę – zwłaszcza w sferze wykonywania przez odpowiednie organy uprawnień dochodzeniowych – prymatu skuteczności działania. Postępowania prowadzone przez organ antymonopolowy opierają się w dużej mierze na daleko idącej ingerencji w sferę aktywności podmiotów gospodarczych, które wykorzystują instrumenty pozwalające w sposób skuteczny kompletować materiał dowodowy, jak również kontrolować wykonywanie przepisów prawa ochrony konkurencji przez te podmioty¹⁴. Dla przykładu uprawnienia Prezesa UOKiK do przeprowadzania kontroli podmiotów gospodarczych przewidziane zostały w odrębnym rozdziale V ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁵. Na podstawie tychże przepisów upoważnieni pracownicy właściwego orga-

¹² Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 798 ze zm., dalej: u.o.k.k.

¹³ Z. Klatka, *Wykonywanie zawodu radcy prawnego i adwokata*, Warszawa 2004, s. 64.

¹⁴ Szerzej o kontroli w toku postępowania antymonopolowego por. m.in. M. Materna [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. T. Skoczego, Warszawa 2014, s. 1208 i n. Por. także: M. Błachucki, R. Stankiewicz, *Kontrola przedsiębiorcy w prawie antymonopolowym* [w:] *Kontrola działalności gospodarczej*, pod red. M. Pawełczyka, R. Stankiewicza, Warszawa 2013, s. 47-70; R. Stankiewicz, D. Szafrański, *O niektórych aspektach kontroli przedsiębiorcy prowadzonej na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* [w:] *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym*. Cz. 3, pod red. B.T. Bienkowskiej, D. Szafrańskiego, Warszawa 2011, s. 245-260.

¹⁵ Por. art. 105a-105l u.o.k.k.

nu ochrony konkurencji (organu antymonopolowego) mają prawo między innymi żądać udostępnienia akt, ksiąg, wszelkiego rodzaju dokumentów i nośników informacji (w tym komputerów lub osobistych notatników) związanych z przedmiotem kontroli oraz ich odpisów i wyciągów, a także sporządzania z nich notatek. W każdym z powyższych przypadków w toku właściwej kontroli kontrolujący mogą stykać się z dokumentami opracowanymi przez profesjonalnych pełnomocników działających na podstawie udzielonego przez określony podmiot gospodarczy pełnomocnictwa do reprezentowania go. Powstaje w związku z tym pytanie o zakres możliwego wglądu do tychże dokumentów przez właściwy organ oraz o możliwość skutecznego (zgodnego z prawem) wykorzystania ich treści w toku konkretnego postępowania.

To właśnie w trakcie prowadzenia postępowania dowodowego przez właściwy organ ochrony konkurencji lub w toku postępowania kontrolnego może dojść do pojawienia się konfliktu pomiędzy wartością, jaką jest zachowanie w tajemnicy wszystkiego, o czym radca prawny (adwokat) dowiedział się w związku z udzielaniem porady prawnej oraz świadczeniem pomocy prawnej, a dążeniem tegoż organu do obiektywnego wyjaśnienia sprawy. Do eskalacji konfliktu mogą potencjalnie prowadzić rozbudowane przepisy przyznające organowi antymonopolowemu prawo dokonywania przeszukań w lokalu podmiotu gospodarczego, a także poza nim (art. 105n–105q u.o.k.k.)¹⁶. Dalsza część niniejszego artykułu koncentrować się będzie na problematyce zasady *legal professional privilege* jako gwaranta realizacji idei tak zwanej sprawiedliwości proceduralnej¹⁷.

Dalsze rozważania poprzedzone zostaną krótką prezentacją zagadnień związanych z regulacjami dotyczącymi ochrony tajemnicy zawodowej. Na wstępie należy dodać, że na poziomie unijnym brak jest odrębnych regulacji w tym zakresie. Kwestie dotyczące tajemnicy zawodowej regulowane są w orzecznictwie. Wyłącznie prawodawstwo krajowe odnosi się w szeroki sposób do tychże zagadnień. W Polsce można wskazać na istnienie tajemnicy adwokackiej oraz tajemnicy radcy prawnego (tajemnicy radcowskiej). Ograniczono się jednak do wskazania regulacji obszaru tajemnicy radcowskiej.

¹⁶ Szerzej o instytucji przeszukania w postępowaniu antymonopolowym por. m.in. M. Sieradzka [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. T. Skoczego, Warszawa 2014, s. 995 i n.

¹⁷ Realizacji tej idei w postępowaniu antymonopolowym poświęcono w polskiej literaturze odrębną monografię – por. M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Warszawa 2011.

I. Tajemnica zawodowa radcy prawnego – podstawy prawne i jej zakres

Zasada tajemnicy radcowskiej sformułowana została w art. 3 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych¹⁸. Zgodnie z art. 3 ust. 2 u.r.p. radca prawny jest obowiązany zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej. Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie może być ograniczony w czasie (ust. 4). Ponadto radca prawny nie może być zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się, udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę (ust. 5). Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie dotyczy informacji udostępnianych na podstawie przepisów ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu¹⁹ w zakresie określonym tymi przepisami (art. 4 ust. 5 u.r.p.). O obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej wspomina również Kodeks Etyki Radcy Prawnego²⁰. Zgodnie z art. 9 KERP dochowanie tajemnicy zawodowej jest prawem i obowiązkiem każdego radcy prawnego. Stanowi podstawę zaufania klienta, będąc gwarancją praw i wolności.

Zachowanie tajemnicy zawodowej stanowi istotę gwarancji wolności jednostki oraz prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. W myśl art. 15 ust. 1 KERP: „radca prawny jest obowiązany zachować w tajemnicy wszystkie informacje dotyczące klienta i jego spraw, ujawnione radcy prawnemu przez klienta bądź uzyskane w inny sposób w związku z wykonywaniem przez niego jakichkolwiek czynności zawodowych, niezależnie od źródła tych informacji oraz formy i sposobu ich utrwalenia (tajemnica zawodowa)”. Tajemnica zawodowa obejmuje również wszelkie tworzone przez radcę prawnego dokumenty oraz korespondencję radcy prawnego z klientem i osobami uczestniczącymi w prowadzeniu sprawy – powstałe dla celów związanych ze świadczeniem pomocy prawnej (art. 15 ust. 2 KERP). Tajemnicą zawodową objęte są również informacje ujawnione radcy prawnemu przed podjęciem przez niego czynności zawodowych, jeżeli z okoliczności sprawy wynika, że ujawnienie nastąpiło dla potrzeb świadczenia pomocy prawnej i uzasadnione było oczekiwaniem, że radca prawny będzie ją świadczył (art. 15 ust. 3 KERP). Obowiązek zachowania tajemnicy obejmuje więc wszystkie uzyskane przez radcę prawnego informacje, niezależnie od ich formy lub sposobu ich utrwalenia. Co istotne dla

¹⁸ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2115 ze zm., dalej jako: u.r.p.

¹⁹ Dz. U. z 2018 r. poz. 723 ze zm.

²⁰ Załącznik do uchwały Nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z dnia 22 listopada 2014 r. w sprawie Kodeksu Etyki Radcy Prawnego, dalej jako: KERP.

podejmowanych dalej rozważań, w powoływanych przepisach nie różni się zakresu chronionej tajemnicy w zależności od formy wykonywania zawodu przez radcę prawnego.

W art. 17 KERP wskazano z kolei, że obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie może być ograniczony w czasie i istnieje również po zaprzestaniu wykonywania zawodu. Zaś w art. 19 KERP podkreślono, że radca prawny powinien podejmować wszystkie przewidziane prawem środki dla uniknięcia lub ograniczenia określonego w przepisach prawa zwolnienia go z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej.

II. Zasada *legal professional privilege* w prawie unijnym

Zasada *legal professional privilege* – będąca swoistą zasadą ochrony poufności komunikacji pomiędzy wykwalifikowanym prawnikiem a jego klientem²¹ lub też jako ochrona tajemnicy porady prawnej²², zarówno na gruncie unijnego, jak i polskiego prawa konkurencji – jest źródłem wielu kontrowersji²³. Pod tym pojęciem rozumie się zasadę, według której pewne wiadomości uzyskane na linii prawnik–klient nie mogą być przedmiotem przymusowego ujawnienia w postępowaniu prowadzonym przez organ ochrony konkurencji (antymonopolowy). Jeśli by jednak zostały ujawnione, wbrew woli klienta, takie wiadomości są niedopuszczalne jako dowody w tym postępowaniu²⁴. Zasada *legal professional privilege* będzie w praktyce oznaczać: 1) ochronę poufności komunikacji pomiędzy wykwalifikowanym prawnikiem a jego klientem oraz 2) ochronę porady prawnej.

Wskazać należy, że zasadę tę wypracowano na gruncie stosowania regulacji unijnych w zakresie prawa ochrony konkurencji. Pod tym pojęciem rozumie się zasadę, według której pewne wiadomości uzyskane na linii prawnik–klient nie mogą być przedmiotem przymusowego ujawnie-

²¹ Tak B. Turno [w:] *Ustawa o ochronie...*, s. 984–985, 1080 i n.

²² Tak M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna...*, s. 229.

²³ Na temat obecnego kształtu, zakresu i procedury związanej z zasadą *legal professional privilege* w unijnym prawie konkurencji – zob. *DG Competition Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU*, pkt 47, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/best_practice_articles.pdf [data dostępu: 23.06.2018] oraz wskazane tam orzecznictwo.

²⁴ B. Turno, *Zagadnienie tajemnicy adwokackiej na gruncie prawa konkurencji* [w:] *Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji*, pod red. C. Banasińskiego [et al.], Warszawa 2006, s. 180, cyt. za: E. Gippini-Fourier, *Legal Professional Privilege in Competition Proceedings Before the European Commission: Beyond the cursory Glance*, s. 4, <http://www.ssrn.com> [data dostępu: 23.06.2018].

nia w postępowaniu prowadzonym przez organ. Jeśliby jednak zostały ujawnione, wbrew woli klienta, takie wiadomości są niedopuszczalne jako dowody w tym postępowaniu²⁵. Można więc przyjąć, że pojęcie „legal privilege” oznacza zakaz dowodowy związany z tajemnicą zawodową (adwokacką lub radcowską)²⁶. Na gruncie unijnego prawa ochrony konkurencji wszelkie tezy odnoszące się do tak pojmowanej tajemnicy zawodowej określonych prawników reprezentujących zawody zaufania publicznego i związane z nią zakazy dowodowe wyprowadzane są z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS).

Specyficzne podejście unijnych organów ochrony konkurencji (Komisji Europejskiej oraz Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości) do problematyki zakresu tajemnicy adwokatów i radców prawnych w postępowaniach rozpoczęło się już 30 lat temu. Zasadza się ono głównie na założeniu konieczności wyważenia swoistego konfliktu pomiędzy wartościami opartymi na realizacji interesu publicznego a respektowaniem konieczności ochrony tajemnicy zawodowej. Interesy podmiotów korzystających z pomocy prawnej, jak też zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej (w tym tajemnicy radcy prawnego) mogą bowiem pozostawać w konflikcie z innymi wartościami.

Wypracowanie wspólnotowego standardu *legal privilege* ochrony tajemnicy adwokackiej Trybunał Sprawiedliwości UE uznał za niezbędne w odniesieniu do spraw z zakresu prawa ochrony konkurencji podlegających kompetencji organów unijnych. Stwierdzenie to zostało oparte na przekonaniu o konieczności zapewnienia efektywnej realizacji zasad prawa unijnego. Bezpośrednie (bez koniecznych zmian) zastosowanie krajowych regulacji dotyczących tajemnicy zawodowej mogłoby bowiem doprowadzić do zaistnienia znacznych różnic w poziomie ochrony informacji. Wspomnieć należy, iż zasadniczym dla zdefiniowania zakresu zakazu dowodowego związanego z zagadnieniem *legal privilege* było orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 maja 1982 r. w sprawie 155/79 *Australian Mining & Smelting Europe Limited (AM&S) v. Commission*²⁷. Była to również pierwsza sprawa przed Trybunałem, w której CCBE wystąpiła jako interwenient. Stąd nie można przecenić znaczenia tego sporu dla ustalenia zasad wykonania zawodu i roli prawnika na podstawie prawa unijnego – zapewne również w innych sprawach normowanych prawem unijnym. Sformułowano w nim również pewne założenia instytucji *legal privilege*, oparte w głównej mierze na tradycji funkcjonowania

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*, s. 181.

²⁷ Zbiór orzecznictwa 1982, nb. 1575, cyt. za: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo. T. 1: Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1962–1989*, oprac. i wpraw. A. Jurkowska, T. Skoczny, Warszawa 2004, s. 297–299.

ww. instytucji, w niektórych państwach członkowskich. Rozstrzygnięcie w sprawie *Australian Mining & Smelting Europe Limited (AM&S) v. Commission* posiadało w omawianej sprawie zasadnicze znaczenie, gdyż pozwoliło na ustalenie, że zawodowe reguły, w szczególności dotyczące poufności korespondencji między klientem a prawnikiem, powinny być respektowane na płaszczyźnie wspólnotowej. Tym samym instytucje wspólnotowe zostały ograniczone w swoich uprawnieniach i nałożono na nie obowiązek przestrzegania zasady poufności. To niewątpliwe zwycięstwo zawodu zostało jednak ograniczone o tyle, że przywilej poufności ograniczono tylko do prawników niezależnych, rozumianych jako prawnicy zewnętrzni, niezwiązani z klientem stosunkiem pracy. W orzeczeniu tym Trybunał stwierdził, że Komisja Europejska może zająć korespondencję podmiotu gospodarczego z jej wewnętrznym prawnikiem, nawet jeśli jest on kwalifikowanym radcą prawnym lub adwokatem. Sąd przyjął tym samym, że kontakty w obrębie firmy prowadzone z wewnętrznymi prawnikami nie są objęte przywilejem *legal privilege*.

Istotne znaczenie posiada również inne orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Orzeczenie z dnia 14 września 2010 r. w sprawie *Akzo Nobel Chemicals Ltd i Akros Chemicals Ltd v. Commission* (dalej jako: *Akzo Nobel*)²⁸ potwierdziło dotychczasową linię orzecznictwa odmawiającego ochrony opartej na wykorzystaniu instytucji tajemnicy radcowskiej tym informacjom, które zawarte są w dokumentach pisemnych czy też zapisane na nośnikach informatycznych, a przekazywane w kontakcie pomiędzy kierownictwem lub pracownikami przedsiębiorcy a prawnikiem wewnętrznym. Termin „prawnik wewnętrzny” będzie w tym przypadku oznaczał prawnika zatrudnionego u danego przedsiębiorcy, niezależnie od tego, czy będzie on wykonywał kwalifikowany zawód prawniczy²⁹, czy też wyłącznie posiadał tytuł zawodowy magistra prawa. W warunkach polskich rozważania Trybunału zawarte w przedmiotowym wyroku należy zatem odnieść przede wszystkim do radców prawnych. Tylko członkowie tej korporacji mogą bowiem świadczyć pomoc prawną na podstawie stosunku pracy, a zatem to właśnie oni mogą być zarówno „adwokatami wewnętrznymi” w takim sensie, w jakim terminu tego używa Trybunał,

²⁸ Wyrok ETS z dnia 14 września 2010 r. w sprawie C-550/07 P. Por. też wcześniejszy wyrok Sądu Pierwszej Instancji w sprawach T-125/03 i T-253/03 *Akzo Nobel Chemicals Ltd i Akros Chemicals Ltd przeciwko Komisji* oraz Zawiadomienie Komisji w sprawie najlepszych praktyk w zakresie prowadzenia postępowań w związku z art. 101 i 102 TFUE (Dz. Urz. UE C 308/6 z 20.10.2011).

²⁹ W przedmiotowym wyroku Trybunał posługuje się angielskim pojęciem „in-house lawyer” (odpowiednio również pojęciem niemieckim „Syndikusanwalt” bądź francuskim „l’avocat interne”).

jak i „adwokatami zewnętrznymi”. W niniejszym opracowaniu będzie występowało pojęcie „prawnik wewnętrzny”³⁰.

W wyroku *Akzo Nobel* utrzymano zasadę ograniczenia chronionego zakresu ochrony poufności porady prawnej tylko do sytuacji, gdy porada ta jest świadczona przez zewnętrznego, niezależnego prawnika, który nie jest zatrudniony u danego przedsiębiorcy. Pracownicy Komisji Europejskiej nie mają prawa domagać się analizy dokumentów, co do których przedsiębiorca twierdzi, że stanowią jego korespondencję z prawnikiem zewnętrznym. Dokumenty takie, w przypadku sporu pomiędzy Komisją a kontrolowanym, powinny zostać opieczątowane i przekazane bez ujawniania ich treści Sądowi (General Court), który podejmuje decyzję co do możliwości ich ujawnienia Komisji. Przedsiębiorcy powinni zatem być w stanie wykazać w momencie kontroli, że dane dokumenty zawierają korespondencję z prawnikiem (zewnętrznym). W praktyce musi to wiązać się z odpowiednim zorganizowaniem pracy przedsiębiorstwa, polegającym na czytelnym oznaczaniu tych dokumentów, które powinny być chronione klauzulą poufności (np. więc temat e-maila powinien wskazywać, że jego treść stanowi poradę prawną). Klauzulą poufności mogą być chronione również materiały przygotowawcze opracowane przez samego przedsiębiorcę, które były podstawą zasięgnięcia porady prawnej. Powinny być one jednak przygotowane wyłącznie w celu zasięgnięcia tejże porady w ramach realizacji prawa do obrony³¹.

Podkreślić należy, że w sprawie *Akzo Nobel* ustalono, iż ochronie podlega komunikacja z prawnikiem zewnętrznym. Przedmiotowa sprawa pociąga za sobą szerokie implikacje, także dla „wewnętrznych prawników” z innych państw, którzy mogą być członkami samorządów zawodowych, w tym w szczególności polskich radców prawnych. Nie można bowiem wykluczyć, że ewentualny – taki, a nie inny – sposób pojmowania zakresu zasady *legal professional privilege* również w innych postępowaniach prowadzonych przez organy unijne może spowodować, iż gwarantowana przepisami ustawy korporacyjnej tajemnica radcowska radców prawnych zatrudnionych na podstawie umowy o pracę może podlegać próbie ograniczenia³².

Nie można jednakże zapominać o stosownych rozwiązaniach, przewidzianych treścią ustawy o radcach prawnych, które faktycznie mają kre-

³⁰ W tym miejscu należy także nadmienić, że polski oficjalny tekst tłumaczenia opinii rzecznika generalnego przedstawionej Trybunałowi w sprawie *Akzo Nobel Chemicals Ltd i Akros Chemicals Ltd v. Commission* posługuje się pojęciem „radca prawny” obok pojęcia „adwokat”.

³¹ Zob. K. Kowalik-Bańczyk, *op. cit.*, s. 389–395.

³² J. Kosuniak, *Dlaczego powinniśmy pamiętać o sprawie Akzo Nobel*, „Radca Prawny” 2011, nr 4, s. 10.

ować niezależność wykonywania przez nich zawodu również w stosunku pracy z przedsiębiorcą. Zgodnie z przepisem art. 9 ust. 1 u.r.p. radca prawny wykonujący zawód w ramach stosunku pracy zajmuje samodzielne stanowisko podległe bezpośrednio kierownikowi jednostki organizacyjnej. Stosownie do brzmienia art. 9 ust. 4 u.r.p. radcy prawnemu nie można polecać wykonania czynności wykraczającej poza zakres pomocy prawnej, a przy wykonywaniu czynności zawodowych radca prawny korzysta z wolności słowa i pisma (art. 11 ust. 1 u.r.p.). Należy również podkreślić, że radca prawny nie jest związany poleceniem co do treści opinii prawnej (art. 13 ust. 1 u.r.p.). Powyżej wskazywano już, że radca prawny jest związany uchwalanymi przez władze korporacji zasadami etyki zawodowej. Wspominano już brzmienie art. 10 KERP, który precyzuje powyższe kwestie. Powyższe regulacje prawne mają gwarantować niezależność wykonywania zawodu radcy prawnego zatrudnionego na podstawie umowy o pracę. Trudno byłoby więc twierdzić, że przyjęte w orzecznictwie ETS pojęcie prawnika wewnętrznego, którego nie obejmuje zasada *legal professional privilege* odnosi się do radcy prawnego zatrudnionego na podstawie stosunku pracy.

Prawnik wewnętrzny nie może – niezależnie od gwarancji, którymi dysponuje w wykonywaniu swego zawodu – być traktowany jak prawnik zewnętrzny ze względu na status pracownika, którym jest objęty status, ze swej natury niepozwalający prawnikowi wewnętrznemu na pominięcie strategii handlowych jego pracodawcy, a tym samym stawia pod znakiem zapytania jego zdolność do działania w sposób niezależny zawodowo³³. Trybunał niestety oparł takie ujednoczenie na najniższym możliwym standardzie ochrony prawa do obrony, zakładającym najwęższy stopień niezależności, z jakiego prawnik wewnętrzny mógłby korzystać w którymkolwiek krajowym systemie prawnym w Unii Europejskiej.

Zgodnie z rozwiązaniami wypracowanymi w przedmiotowym orzeczeniu pracownicy Komisji nie mają prawa domagać się analizy dokumentów, co do których przedsiębiorca twierdzi, że stanowią jego korespondencję z prawnikiem zewnętrznym. Dokumenty tego typu, w przypadku sporu pomiędzy Komisją a podmiotem kontrolowanym, powinny zostać opieczetowane i przekazane bez ujawniania ich treści sądowi (tzw. procedura kopertowa), który podejmuje decyzję co do ujawnienia ich Komisji. Przedsiębiorcy powinni zatem być w stanie wykazać w momencie kontro-

³³ Por. pkt 47 wyroku w sprawie *Akzo Nobel*. Trybunał podkreślił, że pomimo ewentualnego wpisu na listę adwokacką oraz podlegania pewnej liczbie zasad zawodowych adwokat zatrudniony nie korzysta z tego samego stopnia niezależności od swego pracodawcy co adwokat wykonujący zawód w ramach kancelarii zewnętrznej w stosunku do swego klienta (por. też pkt 56 przedmiotowego wyroku). Por. także A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law*, Oxford 2011, s. 1069.

li, że dane dokumenty zawierają korespondencję z prawnikiem zewnętrznym. Oznacza to jednak, że przedsiębiorcy powinni zorganizować pracę w taki sposób, aby korespondencja z prawnikiem zewnętrznym była jednoznacznie oznaczona jako korespondencja chroniona klauzulą poufności. Dotyczy to także materiałów przygotowawczych, które zostały opracowane przez przedsiębiorcę w celu kontaktu z prawnikiem zewnętrznym. Należy zgodzić się z poglądem wyrażonym przez Bartosza Turno (jeszcze przed wydaniem wyroku przez Trybunał), iż rozwiązań ograniczających zasadę *legal professional privilege* „[...] nie da się łatwo i w całości implementować na grunt polskiego systemu prawnego”³⁴. Nie można zakładać, iż w postępowaniach prowadzonych wyłącznie na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez Prezesa UOKiK może zostać oparte na omawianym orzecznictwie sądów unijnych.

III. Zasada *legal professional privilege* w prawie polskim

Zaznaczyć trzeba również, że przez lata jedyną podstawą do uznania obowiązywania zasady *legal professional privilege* w prawie pozytywnym było odesłanie w trakcie realizacji instytucji kontroli w postępowaniu przed Prezesem UOKiK do art. 225 Kodeksu postępowania karnego³⁵. Przepis ten zawiera dwie odrębne instytucje, które gwarantują ochronę tajemnicy urzędniczej oraz tajemnicy obrończej. Wskazać można na następujące elementy odnoszące się do realizacji zasady *legal professional privilege* w praktyce urzędniczej UOKiK: uwzględnianie postulatów doktryny o respektowaniu tejże zasady; uznanie podstawy do ochrony w oparciu o art. 225 § 3 k.p.k. tajemnicy powierzonej przez kontrolowanego przedsiębiorcę adwokatowi lub radcy prawnemu niepodlegającemu kontrolowanemu w związku z toczącym się postępowaniem przed Prezesem UOKiK, jeśli jej przedmiot wiązał się z zakresem i przedmiotem prowadzonego postępowania; w sytuacji, gdy kontrolowany wskaże pisma lub inne dokumenty zawierające informacje objęte taką tajemnicą, kontrolujący niezwłocznie przekaże pismo lub dokument bez jego odczytywania, w opieczętowanym opakowaniu (w tzw. procedurze kopertowej) do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK), który może zwrócić informacje przedsiębiorcy, gdy uzna, że są objęte tajemnicą³⁶.

³⁴ B. Turno, *Zagadnienie tajemnicy...*, s. 185.

³⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1987 ze zm.), dalej jako: k.p.k.

³⁶ Opisany mechanizm znalazł potwierdzenie w dotychczasowej praktyce SOKiK (por. zarządzenie SOKiK z dnia 4 kwietnia 2007 r., sygn. akt XVII Amo 8/06,

Jak widać podstawy do stosowania zasady *legal professional privilege* miały prawie polskim praktycznie szczątkowe podstawy normatywne, chociaż planowana w 2012 r. nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakładała jej szerokie wprowadzenie (wyprzedzając w założeniu nawet rozwiązania prawa unijnego). Przewidywano bowiem, że ochroną miałyby być objęta nie tylko komunikacja z adwokatem i zewnętrznym radcą prawnym (a więc wykwalifikowanymi prawnikami niezwiązanymi stosunkiem pracy z przedsiębiorcą), lecz także z wewnętrznym radcą prawnym, który jest związany z przedsiębiorcą stosunkiem pracy. Projektodawcy słusznie zdawali się nie podzielać (nieuzasadnionych, jak się wydaje) wątpliwości Trybunału Sprawiedliwości UE i Komisji Europejskiej dotyczących braku wymaganej niezależności po stronie tak zwanych *in-house lawyers*. Prawidłowo więc UOKiK zakładał, że ustawa z 1982 r. o radcach prawnych i Kodeks Etyki Radcy Prawnego stanowią wystarczającą barierę przed naruszeniem (przez pracodawców) gwarancji niezależności wewnętrznych radców prawnych.

Prawidłowo również projektodawca tychże rozwiązań (UOKiK) proponował, aby to przedsiębiorca (a nie na przykład tylko adwokat czy radca prawny) mógł podnieść zarzut objęcia określonej komunikacji ochroną wynikającą z zasady *legal professional privilege*. Słuszna była także propozycja, aby „procedura” w zakresie postępowania w sytuacji podniesienia przez przedsiębiorcę lub jego prawnika zarzutu związanego z zasadą była wzorowana na zasadach unijnych. Pracownicy UOKiK w sytuacjach wątpliwych powinni mieć bowiem prawo do pobieżnego wglądu (ang. *cursorly look*) do pisma, tj. na nagłówki dokumentu, jego adresatów czy tematu opinii (bez zapoznawania się oczywiście z fragmentami pisma, a tym bardziej jego całością). Sugestię odnośnie do zasadności gwarantowania dokumentowi ochrony wynikającej z powyższej zasady może stanowić także sposób, w jaki dokument jest przechowywany u przedsiębiorcy i gdzie może być znaleziony w toku kontroli. Pobieżny wgląd ma niewątpliwie na celu upewnienie się, że przedsiębiorca nie nadużywa przysługujących mu praw. Zadaniem prawników jest natomiast wypracowanie takiego sposobu przygotowywania opinii prawnych (w tym układu dokumentu), aby ten pobieżny wgląd nie prowadził do naruszenia przez kontrolujących zasady *legal professional privilege*.

Niestety, przedłożony przez UOKiK do trybu prac rządowych projekt zmiany ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawierał w tym zakresie pierwotnej wersji zasady *legal professional privilege*. Ostatecznie

niepubl.; por. także zarządzenie SOKiK z dnia 5 sierpnia 2010 r., sygn. akt XVII Amo 14/10, niepubl.). Przyjęto więc, że SOKiK może zwrócić przedsiębiorcy dokumenty zawierające wskazane informacje i nie ujawniać ich Prezesowi UOKiK, gdy uzna, że zasługują one na ochronę.

rządowy projekt zmiany ww. ustawy przedstawiony parlamentowi nie zawierał tychże rozwiązań. Uchwalona nowelizacja tejże ustawy nie zawarła żadnych szczególnych, bezpośrednich regulacji w zakresie omawianej zasady³⁷. Wprowadzono wyłącznie do jej treści art. 105q, będący w gruncie rzeczy powtórzeniem uchylonego art. 105c ust. 4 u.o.k.k. Zgodnie z przepisem art. 105q ust. 3 do przeszukania stosuje się odpowiednio art. 225 k.p.k. Sądem właściwym na potrzeby stosowania tychże przepisów jest sąd ochrony konkurencji i konsumentów³⁸.

Zauważyć należy, że ustanowienie tego typu regulacji znacznie ogranicza możliwą ochronę dokumentów w toku czynności dowodowych w postępowaniach prowadzonych przed Prezesem UOKiK. Regulacja zawarta w art. 105q ust. 3 u.o.k.k. dotyczy wyłącznie stosowania instytucji przeszukania. Nie dotyczy natomiast instytucji kontroli (występującej przecież znacznie częściej w praktyce postępowań antymonopolowych). Rozwiązanie takie należy za niezrozumiałe i niekorzystne dla realizacji sprawiedliwości proceduralnej w postępowaniu antymonopolowym. Co do samej możliwości tak zwanego odpowiedniego stosowania regulacji zawartej w art. 225 k.p.k., należy poczynić następujące uwagi. W pierwszej kolejności należy wskazać, że funkcją dwóch odrębnych instytucji zawartych w art. 225 k.p.k. jest ochrona interesów osób, które osobom wykonującym kwalifikowany zawód prawniczy powierzyły swoje tajemnice. Przede wszystkim, przepis art. 225 k.p.k. reguluje kwestie związane z udostępnianiem dokumentów zawierających informacje niejawne lub wiadomości objęte tajemnicą państwową, służbową, zawodową lub inną chronioną ustawą, albo mające charakter osobisty (art. 225 § 1 k.p.k.), albo też związane z istnieniem tajemnicy obrończej (art. 225 § 3 k.p.k.). Żadna z tychże kategorii nie oddaje w pełni istoty oraz szerokich uprawnień przedsiębiorców wynikających z zasady *legal professional privilege*.

Należy zauważyć daleko posuniętą nieadekwatność stosowania (poprzez odesłanie) wskazanych powyżej instytucji Kodeksu postępowania karnego (choćby tylko „odpowiednio”) do rzeczywistej realizacji w praktyce omawianej zasady. Instytucja odesłań nie jest jednolita, na co wyraźnie wskazuje literatura przedmiotu³⁹. W związku z powyższym możliwość

³⁷ Jak wskazuje Małgorzata Sieradzka: „ustawodawca uznał, iż wystarczające w zakresie tajemnicy obrończej stanie się odesłanie do art. 225 § 3 k.p.k.” – por. M. Sieradzka *op. cit.*, s. 1001.

³⁸ Por. art. 105q ust. 3 u.o.k.k. *in fine*.

³⁹ Józef Nowacki wymienia co najmniej trzy metody zastosowania instytucji odesłania w prawie administracyjnym. Po pierwsze, przepisy aktów, do których odsyła inny akt mogą być stosowane bezpośrednio bez konieczności ich odpowiedniej modyfikacji dla potrzeb aktu, z którym będą stosowane. Po drugie, przepisy, do których odsyła inny akt prawny muszą być zmienione, aby można je było stosować w połączeniu z innym aktem prawnym, adekwatnie do charakteru oraz rodzaju spraw.

jej praktycznego zastosowania zależy w każdym przypadku od indywidualnej oceny dokonywanej przez organ administracji publicznej, który stosuje prawo, czy konkretne rozwiązanie wskazane w przepisach określonej ustawy, wskazujące na odniesienie do innej ustawy jest możliwe do bezpośredniego zastosowania, czy istnieje możliwość jego zastosowania po dokonaniu odpowiedniej modyfikacji, czy też, mimo istnienia odesłania, przepisy prawa są na tyle sprzeczne lub też instytucja, do której odnosi się określone odesłanie jest bezprzedmiotowa dla konkretnego jej wykorzystywania wraz z innym aktem prawnym. Należy poczynić generalną uwagę, iż rozwiązania zawarte w art. 225 k.p.k. w trakcie realizacji omawianej zasady powinny być stosowane wybiórczo i kierunkowo, z określonymi modyfikacjami. W tym miejscu omówione zostaną obydwie zawarte w art. 225 k.p.k. przepisy, których „odpowiednio stosować” nakazuje ustawodawca w trakcie przeszukań prowadzonych przez Prezesa UOKiK. Zgodnie z § 1 tegoż artykułu, jeżeli kierownik instytucji państwowej lub samorządowej albo też osoba, u której dokonano zatrzymania rzeczy lub u której przeprowadza się przeszukanie, oświadczy, że wydane lub znalezione przy przeszukaniu pismo lub inny dokument zawiera informacje niejawne lub wiadomości objęte tajemnicą zawodową lub inną tajemnicą prawnie chronioną, albo ma charakter osobisty, to organ przeprowadzający czynność przekazuje niezwłocznie pismo lub inny dokument bez jego odczytania prokuratorowi lub sądowi w opieczętowanym opakowaniu. Powyższy przepis reguluje tak zwaną tajemnicę urzędniczą. Z kolei w art. 225 § 3 k.p.k. wskazano, że jeżeli obrońca lub inna osoba, od której żąda się wydania rzeczy lub u której dokonuje się przeszukania, oświadczy, że wydane lub znalezione w toku przeszukania pisma lub inne dokumenty obejmują okoliczności związane z wykonywaniem funkcji obrońcy, to organ dokonujący czynności pozostawia te dokumenty wymienionej osobie bez zapoznawania się z ich treścią lub wyglądem. Jeżeli jednak oświadczenie osoby niebędącej obrońcą budzi wątpliwości, organ dokonując czynności, przekazuje te dokumenty z zachowaniem rygorów określonych w § 1 sądowi, który po zapoznaniu się z dokumentami zwraca je w całości lub w części, z zachowaniem rygorów określonych w § 1, osobie, od której je zabrano albo wydaje postanowienie o ich zatrzymaniu dla celów postępowania. Przepis ten reguluje tak zwaną tajemnicę obrończą.

W literaturze przedmiotu rozważana jest faktyczna trudność w stosowaniu powyższych regulacji prawnych w trakcie realizacji omawianej

I po trzecie, zachodzą sytuacje, w których przepisy innych aktów prawnych, mimo odesłania do nich, nie mogą być w żaden sposób zastosowane, ani wprost, ani też z odpowiednimi modyfikacjami, ponieważ są sprzeczne z innymi przepisami lub też są bezprzedmiotowe w danym przypadku – por. J. Nowacki, „*Odpowiednie*” stosowanie przepisów prawa, PIP 1964, z. 3, s. 367–371.

zasady. Nie można w pełni podzielić obaw wyrażonych przez Katarzynę Różiewicz-Ładoń⁴⁰, że przepisu art. 225 § 1 k.p.k. w ogóle nie można w takim przypadku stosować w postępowaniu antymonopolowym, z uwagi na fakt znacznego ograniczenia podmiotów przeprowadzających przeszukanie na podstawie tego przepisu. Zastrzeżenia tego nie można podzielić z uwagi na wcześniej powyżej metodę „odpowiedniego” stosowania powyższego przepisu.

W regulacji antymonopolowej brak jest wyraźnego wskazania, która z poniżej zacytowanych instytucji znajdzie swoje zastosowanie w trakcie realizacji zasady *legal professional privilege*. Należy zgodzić się z Maciejem Bernattem i Bartoszem Turno, że wybór podstawy prawnej do powołania się na powyższą zasadę będzie wynikać z tego, czy z wnioskiem takim wystąpi sam przedsiębiorca, czy też uczyni to jego pełnomocnik⁴¹. W przypadku zastosowania art. 225 § 3 k.p.k. SOKiK będzie miał możliwość dokonania oceny, czy dane dokumenty w ogóle zasługują na ochronę, czy też nie tylko w wypadku złożenia oświadczenia przez samego przedsiębiorcę (nie zaś jego obrońcę). Podkreślić należy, że zarządzenie SOKiK z dnia 2 kwietnia 2007 r., sygn. akt XVII AMO 8/06, wskazuje, że SOKiK będzie stosował procedurę, o której mowa w art. 225 § 3 k.p.k., a nie w art. 225 § 1 k.p.k., i tym samym kwalifikował informacje, których ochrony domaga się przedsiębiorca jako tajemnicę obrończą w rozumieniu tego przepisu.

Poważnym problemem może pozostawać kwestia zakresu i charakteru przesłanek, jakie powinien brać pod uwagę SOKiK w trakcie podejmowania decyzji w kwestii uchylenia ochrony określonych dokumentów. Jeżeli poprzez odesłanie miałyby znaleźć zastosowanie art. 226 k.p.k.⁴², to skutkiem tego będzie również zastosowanie art. 180 § 2 k.p.k. w zakresie, w jakim określa on przesłanki dla uchylenia tajemnicy zawodowej. SOKiK byłby więc uprawniony do uchylenia tajemnicy radcowskiej, na którą powołuje się przeszukiwany wówczas, gdyby byłoby to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a dana okoliczność nie mogłaby być ustalona na podstawie innego dowodu. Nie brano natomiast pod uwagę przesłanek określonych w orzeczeniu w sprawie *Akzo Nobel*.

Poprzeć należy stanowisko wyrażone przez M. Bernatta, że odpowiednie stosowanie art. 225 k.p.k. „[...] powinno mieć taki skutek, że jeżeli przedsiębiorca oświadczy, że wydane lub znalezione przy przeszukaniu pismo lub inny dokument zawiera informacje związane ze świadczoną temu przedsiębiorcy tajemnicą porady prawnej, to Prezes UOKiK powinien

⁴⁰ K. Różiewicz-Ładoń, *op. cit.*, s. 290.

⁴¹ M. Bernatt, B. Turno, *op. cit.*, s. 26.

⁴² Na możliwość jego odpowiedniego zastosowania wskazuje również art. 105q ust. 3 u.o.k.k.

przekazać niezwłocznie to pismo lub dokument bez jego odczytania SOKiK w opieczętowanym opakowaniu”⁴³.

Istotną kwestią pozostaje również to, czy na gruncie art. 225 § 3 k.p.k., w przypadku złożenia oświadczenia przez samego obrońcę lub osobę, u której dokonano przeszukania, że określone dokumenty zawierają informacje związane z wykonywaniem funkcji obrońcy dokumenty nie mogą być w ogóle przekazywane do SOKiK. Wynika to z tego, że regulacja tegoż paragrafu nakazuje pozostawić takie dokumenty osobie składającej oświadczenie bez zapoznawania się z ich treścią lub wyglądem. Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu zastosowanie „procedury kopertowej” opisanej w wyroku w sprawie *Akzo Nobel* będzie możliwe tylko w wypadku, gdy to przedsiębiorca powoła się na tajemnicę obrończą. Tylko wówczas dopuszczalne jest przekazanie dokumentów sądowi⁴⁴. Istotną kwestią pozostaje zakres czasowy stosowanej ochrony przy uwzględnieniu zasady *legal professional privilege*. W moim przekonaniu obejmuje ona zawsze zarówno dokumenty, które są wytworzone przez prawników lub ich klientów celem przygotowania obrony, w toku istniejącego już postępowania antymonopolowego, jak również dokumenty wytworzone przed wszczęciem konkretnego postępowania. Wydaje się również, że ochroną taką obejmuje się też dokumenty wytworzone przed faktycznym udzieleniem pełnomocnictwa prawnikowi⁴⁵.

Zgodzić należy się w pełni z B. Turno i M. Bernattem, że odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisu art. 225 k.p.k. jest „dysfunkcyjne” (zarówno dla przedsiębiorców, jak i dla organu antymonopolowego)⁴⁶. Takie odesłanie będzie bowiem godzić nie tylko w prawo do obrony przedsiębiorcy, lecz także w skuteczność czynności dochodzeniowych prowadzonych przez Prezesa UOKiK, a w konsekwencji w skuteczność egzekwowania przestrzegania reguł konkurencji.

⁴³ Por. M. Bernatt, komentarz do art. 105q [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. T. Skoczego, Warszawa 2014, s. 1305.

⁴⁴ M. Bernatt, B. Turno, *op. cit.*, s. 25.

⁴⁵ Zgodzić należy się tutaj z opinią M. Bernatta i B. Turno, że jedyną kwestią powinno być w tym przypadku powiązanie przedmiotu komunikacji z przedmiotem postępowania antymonopolowego – por. M. Bernatt, B. Turno, *op. cit.*, s. 21. Słuszna jest również uwaga B. Turno, iż w praktyce większość dokumentów związanych z komunikacją z prawnikiem powstaje na etapie przed wszczęciem postępowania (choćby w toku przygotowania wniosku leniency) – por. B. Turno, *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2013.

⁴⁶ Podobnie K. Różewicz-Ładoń, *op. cit.*, s. 292.

Zakończenie

Realizacja zasady *legal professional privilege* stanowi gwarancję ochrony praw podmiotowych strony w postępowaniu antymonopolowym. Z tego punktu widzenia kształt takiej regulacji, obowiązujący w polskim porządku prawnym, powinien być skonstruowany w oparciu o jasne, precyzyjne i logiczne zasady. Wskazać należy, że założeń powyższych nie spełnia obowiązująca w Polsce regulacja w tym zakresie. Zwrócić trzeba przede wszystkim uwagę na brak zapowiadanej (w ostatecznych pracach legislacyjnych nad zmianą ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) odrębnej regulacji kwestii ochrony w toku kontroli i przeszukania poufności komunikacji pomiędzy wykwalifikowanym prawnikiem a klientem. Pierwotny projekt nowelizacji tejże ustawy z maja 2012 r. przewidywał wprowadzenie szerokiej zasady *legal professional privilege* (zarówno dla prawników wewnętrznych, jak i zewnętrznych), jednak obecnie nadal dla jej realizacji należy „odpowiednio” stosować Kodeks postępowania karnego. Projekt ten zakładał również stosowanie omawianej zasady zarówno w toku kontroli, jak i przeszukań. Zgodzić należy się z cytowanymi już poglądami zawartymi w literaturze przedmiotu, że brak kompleksowej regulacji omawianej zasady w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów powoduje, iż dotychczasowa praktyka odpowiedniego stosowania art. 225 k.p.k. będzie (czy wręcz powinna być) kontynuowana. Istniejące (oficjalne) wypowiedzi przedstawicieli polskiego organu antymonopolowego wskazują, że należy stosować dorobek orzeczniczy sądów unijnych w tym zakresie, m.in. wyrok ETS z 2010 r. w sprawie *Akzo Nobel* (chroniący komunikację z prawnikiem zewnętrznym). Podkreślić jednak trzeba, że odpowiednie zastosowanie art. 225 k.p.k. sugerowałoby raczej, iż z omawianej zasady mogłyby również korzystać określone dokumenty opracowane przez „prawników wewnętrznych”. Dalszy brak kompleksowej regulacji zasady *legal professional privilege* powinien dać asumpt do podjęcia kolejnych prac legislacyjnych zmierzających ku jednoznacznemu uregulowaniu tej instytucji w polskim prawie antymonopolowym. Wprowadzenie odrębnej i autonomicznej regulacji omawianej zasady w ustawie powinno przyczynić się do podniesienia poziomu respektowania w postępowaniu przed Prezesem UOKiK sprawiedliwości proceduralnej oraz stworzenia wyższych gwarancji prawa do obrony. Należy również wyrazić nadzieję, że brak jednolitej, normatywnej konstrukcji tejże zasady w prawie polskim nie spowoduje znacznego ingerowania w praktyce stosowania prawa w tajemnicę zawodową radców prawnych. Tego typu postępowanie stanowiłoby w praktyce naruszenie prawa – przepisy korporacyjne gwarantują radcom prawnym ochronę tajemnicy zawodowej, niezależnie od formy wykonywania przez nich zawodu.



Jarosław Zagrodnik

Aspekty karnoprocesowe tajemnicy zawodowej radcy prawnego

Uwagi wstępne

Tajemnica zawodowa radcy prawnego, określana dalej również mianem tajemnicy radcowskiej, ma zasadnicze znaczenie dla prawidłowego wykonywania funkcji, które sprawuje radca prawny. Stanowiące jej esencjonalną treść zobowiązanie radcy prawnego do zachowania zawodowej dyskrecji, wypływające z relacji łączącej go z klientem, jest rękojmią prawidłowego wykonywania zawodu. Uwalnia ono klienta od obawy mówienia z radcą prawnym i dzielenia się z nim faktami lub informacjami o charakterze poufnym, bez którego przeważnie wprost niemożliwe byłoby niesienie efektywnej pomocy prawnej¹. Tajemnica radcy prawnego służy zatem bezsprzecznie ochronie praw i interesów jednostek korzystających z jego pomocy². Gwarantuje przysługujące im prawo podmiotowe do zachowania w poufności faktów i informacji pozyskiwanych przez radcę prawnego w związku z udzielaną pomocą prawną oraz do ich wykorzystania w tym zakresie w sposób właściwy dla interesów jednostki³. Nie wydaje się zbyt cenne podkreślenie, że prawo to, a więc także – jak wolno sądzić – stanowiąca jego emanację, tajemnica radcy prawnego, znajdująca zakotwi-

¹ W tym duchu wypowiadał się ongiś w odniesieniu do tajemnicy adwokackiej Fernand Payen – F. Payen, *O powołaniu adwokatury i sztuce obrończej*, Sopot 2017, s. 128. Podobnie Z. Krzemiński, *Problem tajemnicy zawodowej adwokata w świetle przepisów prawnych*, Pal. 1959, z. 10, s. 32. Por. też postanowienie SA w Krakowie z dnia 13 stycznia 2009 r., sygn. akt II AKz 651/08, KZS 2009, z. 1, poz. 72.

² Zob.: Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Warszawa 2005, s. 78–79; P. Kardas, *Konstytucyjne i ustawowe aspekty ochrony tajemnicy zawodowej powierzonej przedstawicielom zawodów zaufania publicznego*, CzPKiNP 2014, nr 4, s. 18.

³ Zob. wyroki TK: z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03, OTK-A 2004, nr 10, poz. 107 oraz z dnia 2 lipca 2007 r., sygn. akt SK 41/05, OTK-A 2007, nr 7, poz. 72.

czenie w płaszczyźnie konstytucyjnej⁴ w przepisach statuujących prawo do prywatności (art. 47 Konstytucji RP), wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się (art. 49 Konstytucji RP) oraz wyznaczających granice pozyskiwania, gromadzenia i udostępniania informacji o obywatelach przez władze publiczne (art. 51 ust. 2 Konstytucji RP)⁵. *Communis opinio* stanowi, że w wymiarze publicznoprawnym tajemnica radcowska służy ochronie społecznego zaufania do zawodu i jego prawidłowego wykonywania, integralnie wpisując się w społeczną funkcję zawodu radcy prawnego⁶. Urealniając zarazem profesjonalną pomoc prawną, jest trwałym składnikiem systemu ochrony prawnej i współczynnikiem prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości w warunkach demokratycznego państwa prawnego, znajduje zatem umocowanie w treści art. 2 Konstytucji RP⁷. Z tych samych względów, w płaszczyźnie proceduralnej, na gruncie postępowania cywilnego, karnego czy dyscyplinarnego, w zakresie realizacji przez radcę prawnego spoczywających na nim zadań, tajemnica radcowska służy urzeczywistnieniu sprawiedliwości proceduralnej oraz prawa do rzetelnego procesu, zaś w aspekcie karnoprocesowym i dyscyplinarnym – w określonych przypadkach – także prawa do obrony⁸, a więc standardów gwarancyjnych przyjętych na poziomie konstytucyjnym w art. 42 ust. 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP oraz na poziomie traktatowym w art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁹

⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.), dalej jako: Konstytucja RP.

⁵ P. Kardas, *op. cit.*, s. 25 i n. W tym duchu należy także odczytywać wypowiedzi, w których tajemnicę zawodową radcy prawnego ujmuje się w kategorii gwarancji wolności jednostki. Tak m.in.: K. Kwapisz, *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 16; T. Scheffler, J. Sobutka [w:] *Kodeks Etyki Radcy Prawnego. Komentarz*, pod red. T. Schefflera, Warszawa 2017, s. 82.

⁶ W odniesieniu do adwokatów zob. m.in.: B. Kunicka-Michalska, *Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim prawie karnym*, Warszawa 1972, s. 32; M. Czerwiński, *Obronność zachowania tajemnicy zawodowej adwokata a uzasadniony interes społeczny*, Pal. 2013, z. 11–12, s. 56–57.

⁷ Por. postanowienie SA w Szczecinie z dnia 29 października 2013 r., sygn. akt II AKz 330/13, „Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Szczecinie” 2014, nr 2, poz. 37. Stanowisko SA wyrażone w powołanym orzeczeniu znajduje w zasadzie powielenie w opracowaniu Piotra Kardasa – P. Kardas, *op. cit.*, s. 28–29. Analogiczne zapatrywania formułowane w odniesieniu do tajemnicy adwokackiej zob.: A. Kaftal, *Procesowe zagadnienia tajemnicy adwokackiej*, Pal. 1970, z. 1, s. 34, 45; Z. Skoczek, *Spór o tajemnicę adwokacką*, Pal. 1969, z. 2, s. 28; M. Czerwiński, *op. cit.*, s. 57.

⁸ Wskazane przypadki zostaną bliżej scharakteryzowane w ramach dalszych rozważań na tle ustaleń dotyczących relacji między tajemnicą radcowską i tajemnicą obrończą.

⁹ Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.), dalej jako: EKPC.

oraz w art. 14 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych¹⁰.

We wszystkich tych wartościach o różnym autoramencie i różnej proveniencji należy upatrywać współcześnie aksjologicznego podłoża dla instytucji tajemnicy radcy prawnego oraz jej podstawowego unormowania, o charakterze generalnym, zawartego w art. 3 ust. 3 ustawy o radcach prawnych¹¹, zgodnie z którym radca prawny jest obowiązany zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej. Dopełnienie tej regulacji prawnej stanowią normy etyczne i deontologiczne ujęte w przepisach art. 9 i 15–24 Kodeksu Etyki Radców Prawnych¹². Dająca się dostrzec nieuzbrojonym okiem absolutyzacja obowiązku prawnego statuowanego w przytoczonym przepisie ustawy ustrojowej¹³, znajdująca wyraz w stanowczym wyłączeniu możliwości zwolnienia radcy prawnego z obowiązku zachowania tajemnicy (art. 3 ust. 5 u.r.p.), jest ściśle związana z tym, co P. Kardas w kontekście ochrony tajemnicy zawodowej przedstawicieli zawodów zaufania publicznego określa mianem perspektywy wewnętrznej¹⁴, a co łączy się z *sui generis* wyizolowaniem wskazanego obowiązku, polegającym na jego bezpośrednim odniesieniu do relacji pomiędzy radcą prawnym i osobą korzystającą ze świadczonej przez niego pomocy prawnej. W obszarze tej relacji zagwarantowaniu przestrzegania przez radcę prawnego obowiązku zachowania określonych faktów i informacji w poufności służą zasadniczo mechanizmy odpowiedzialności karnej oraz odpowiedzialności dyscyplinarnej za jego naruszenie (art. 266 Kodeksu karnego¹⁵ i art. 64 ust. 1 u.r.p.).

Do miana oczywistych może pretendować stwierdzenie, że zobowiązanie do zachowania zawodowej dyskrecji w odniesieniu do informacji i faktów o charakterze poufnym oraz wartości, którym ono przyświeca wyma-

¹⁰ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 16 grudnia 1988 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167), dalej jako: MPPOiP.

¹¹ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2115 ze zm.), dalej jako: u.r.p.

¹² Załącznik do uchwały Nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z dnia 22 listopada 2014 r. w sprawie Kodeksu Etyki Radcy Prawnego, dalej jako: KERP.

¹³ Na marginesie odnotować należy, że stanowczy i absolutny wydzźwięk normy statuującej obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej (art. 3 ust. 3 u.r.p.) doznaje już osłabienia na tym samym gruncie normatywnym, mianowicie w art. 3 ust. 6 u.r.p. Przewiduje on, że obowiązek ten nie dotyczy informacji udostępnianych na podstawie przepisów ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2018 r. poz. 723 ze zm.) – w zakresie określonym tymi przepisami.

¹⁴ P. Kardas, *op. cit.*, s. 18.

¹⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.), dalej jako: k.k.

gają również ochrony na zewnątrz relacji klient-radca prawny. Można by rzec, w płaszczyźnie proceduralnej, mając na myśli różnorodne postępowania przewidziane w obowiązujących przepisach prawa, na gruncie których tajemnica zawodowa wychodzi ze swego rodzaju izolacji, o której wspomniano wyżej, zderzając się z innymi obowiązkami prawnymi, których realizacja może prowadzić do jej naruszenia, między innymi z zasługującym na wyróżnienie w kontekście dalszych rozważań obowiązkiem składania zeznań (perspektywa zewnętrzna ochrony tajemnicy zawodowej¹⁶). Przyjęcie określonych mechanizmów i wyznaczenie granic ochrony tajemnicy radcowskiej w odniesieniu do wskazanej płaszczyzny (postępowań) opiera się zasadniczo na rozstrzygnięciu kolizji obowiązków prawnych aktualizujących się w odniesieniu do radcy prawnego, których jednoczesne spełnienie nie jest możliwe do pogodzenia ze sobą. Korzystając z dokonanego wcześniej wyróżnienia, można w tym kontekście wyeksponować kluczową w aspekcie omawianej problematyki kolizję obowiązków, która zachodzi między obowiązkiem stanowiącym treść tajemnicy radcy prawnego a obowiązkiem złożenia zeznań obejmujących wszystkie informacje znajdujące się w posiadaniu podmiotu składającego takie oświadczenia dowodowe. Do rozstrzygnięcia analizowanej kolizji prowadzi wyważenie wartości stojących za kolidującymi ze sobą obowiązkami, polegające w rozpatrywanym zakresie na porównawczym zestawieniu wartości, jaką stanowi tajemnica radcowska z innymi wartościami, które dochodzą do głosu na gruncie postępowań prowadzonych na podstawie przepisów prawa, na przykład z wartością „zasady prawdy”¹⁷, prawa do obrony czy z dobrem wymiaru sprawiedliwości¹⁸. W wymiarze normatywnym wynikiem tego ważenia, świadczącym o uznaniu przez ustawodawcę prymatu tajemnicy radcy prawnego nad innymi wartościami, z którymi pozostaje w konflikcie, są rozwiązania proceduralne statuuje zakazy dowodowe przewidujące wyłączenie lub ograniczenie możliwości przeprowadzenia i wykorzystania określonych dowodów ze względu na wskazaną tajemnicę. Zakazy te są wyrazem ochrony tajemnicy zawodowej radcy prawnego i wyznaczają, stosownie do ich ukształtowania w przepisach prawa procesowego w sposób bezwzględny lub względny, granice tej ochrony w płaszczyźnie proceduralnej¹⁹.

Kwestia zakazów dowodowych podyktowanych tajemnicą radcy prawnego nie została uregulowana w sposób całościowy i jednolity w odniesieniu do wszystkich rodzajów postępowań przewidzianych w polskim

¹⁶ *Ibidem*, s. 20–21.

¹⁷ Szerzej w kwestii tej wartości i jej porównania z innymi wartościami w systemie prawnym zob. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 486.

¹⁸ Zob. Z. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 56 i n.; zob. też P. Kardas, *op. cit.*, s. 20–21.

¹⁹ Por. P. Kardas, *op. cit.*, s. 21.

systemie prawnym. Jej unormowanie przybiera niewątpliwie najbardziej złożony kształt właśnie na gruncie procesu karnego. Wynika to przede wszystkim z normatywnego zróżnicowania zakresu i charakteru normatywnego ochrony tajemnicy radcy prawnego w związku z jego przesłuchaniem w charakterze świadka w procesie karnym w zależności od tego, czy jego zeznanie ma dotyczyć faktów i informacji, o których dowiedział w związku z udzieleniem pomocy prawnej jako po prostu radca prawny, czy też takich, o których dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę w roli obrońcy albo działając na podstawie art. 245 § 1 Kodeksu postępowania karnego²⁰. Zróżnicowanie to stanowi podstawę do wyróżnienia dwóch zasadniczych aspektów ochrony tajemnicy radcowskiej w procesie karnym, mianowicie: bezwzględnego zakazu przesłuchiwania radcy prawnego w charakterze świadka ze względu na tajemnicę obrończą (art. 178 pkt 1 k.p.k.) oraz względnego zakazu dowodzenia polegającego na zakazie jego przesłuchania ze względu na tajemnicę zawodową – tajemnicę radcowską (art. 180 § 2 k.p.k.)²¹. Aspekty te zostaną poddane kolejno szczegółowej analizie w dwóch następnych punktach niniejszego opracowania. Problematyka tajemnicy radcowskiej w kontekście procesu karnego nie zamyka się jednak na tych dwóch aspektach. W świetle sprostowania, że wymienione zakazy dowodowe znajdują zastosowanie do przesłuchania radcy prawnego w procesie karnym w charakterze świadka, w sposób naturalny wyłania się pytanie o stan obowiązku zachowania zawodowej dyskrecji przez radcę prawnego w razie składania przez niego wyjaśnień w charakterze oskarżonego w konsekwencji skierowania postępowania karnego przeciwko niemu. W kontekście praktycznego znaczenia kwestii ujętej w postawionym pytaniu nie powinno ująć uwadze, że odnosi się ona odpowiednio do postępowania dyscyplinarnego, w którym, z racji jego specyfiki, często na porządku dziennym staje konflikt prawa do obrony obwinionego radcy prawnego z ciężącym na nim obowiązkiem zachowania zawodowej dyskrecji²². Podniesiona kwestia z pewnością zasługuje na poświęcenie jej przynajmniej kilku osobnych uwag w ostatnim punkcie niniejszego artykułu. Natomiast poza zakresem dalszych rozważań należy pozostawić inne zagadnienie procesowe o dużym ciężarze gatunkowym, mianowicie sprawę przeszukania u radcy prawnego; jest ona bowiem przedmiotem odrębnej analizy w innym artykule niniejszej monografii, wobec czego jej ponowne roztrząsanie w tym miejscu byłoby niecelowe.

²⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1987 ze zm.), dalej jako: k.p.k.

²¹ W odniesieniu do tajemnicy zawodowej adwokata por. Z. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 163.

²² W odniesieniu do tajemnicy zawodowej adwokatów prawidłowość tę dostrzegł niedługo Z. Krzemiński, *op. cit.*, s. 39.

Czytelność wywodów w zapowiedzianych wyżej kwestiach, będących dalej przedmiotem szczegółowej analizy, wymaga pewnego oczyszczenia przedpola i poczynienia kilku ustaleń o charakterze terminologicznym. Gwoli uniknięcia nieudomówień w pierwszej kolejności wydaje się konieczne opatrzenie wyjaśnieniem przyjętego na początku rozumienia tajemnicy radcy prawnego. Zasadnicze znaczenie w tym względzie należy przypisać analizie samego terminu „tajemnica”. Choć jest to niewątpliwie termin ustawowy, nie został on zdefiniowany w polskim systemie prawnym. Wolno sądzić, że brak definicji legalnej omawianego terminu jest podyktowany nie tylko jego wieloznacznością w języku polskim, ale także trudnościami, jakich w jurydycznym sprecyzowaniu tego terminu przysparza wielość obszarów aktywności ludzkiej, do których znajduje lub może on znaleźć odniesienie. W myśl definicji słownikowej pod pojęciem tajemnicy kryje się „rzecz (sprawa, fakt, wiadomość), której nie należy rozgłaszać, która nie powinna wyjść na jaw, sekret; określona przez przepisy prawne wiadomość, której zapoznanie lub ujawnienie jest zakazane”, a także „nieujawnianie, ukrywanie czegoś”²³. Odwołując się do tej definicji, odzwierciedlającej potoczne rozumienie terminu „tajemnica”, w nauce prawa i procesie karnego przyjmuje się często, że termin ten oznacza „pewien sekret charakteryzujący się tajnością i tym, że nie powinien być rozgłaszany”²⁴ czy „pewne wyspecjalizowane rodzaje sekretu”²⁵ albo wiadomości lub informacje poufne, które zostały na przykład poznane w związku z wykonywaniem danego zawodu²⁶. Na gruncie przytoczonych definicji można dostrzec identyfikację treści pojęcia tajemnicy z informacją lub wiadomością (stanem rzeczy, faktem), które posiadają określone cechy; ogólnie rzecz ujmując, mają charakter sekretny (poufny), a więc nie są znane ogółowi i nie powinny być rozgłaszane. Należy zgodzić się, że takie podejście definicyjne, oznaczające wysunięcie na pierwszy plan informacji czy wiadomości, której tajemnica dotyczy, nie oddaje w pełni istoty analizowanego pojęcia²⁷. W tym kontekście wymaga przede wszystkim zaakcentowania to, dla czego można znaleźć również oparcie w zarysowanych koncepcjach definicyjnych, mia-

²³ *Słownik języka polskiego*, t. 3, pod red. M. Szymczaka, Warszawa 1996, s. 439.

²⁴ J. Warylewski, *Tajemnica adwokacka i odpowiedzialność karna za jej naruszenie (ujawnienie)*, Pal. 2015, z. 5–6, s. 7.

²⁵ B. Kunicka-Michalska, *op. cit.*, s. 6.

²⁶ Zob. M. Kucharczyk, *Charakter prawny tajemnicy adwokackiej w ujęciu historycznym*, CzPKiNP 2007, nr 1, s. 59.

²⁷ Szerzej zob. J. Giezek, *O granicach tajemnicy adwokackiej oraz zgodzie „dysponenta” na jej ujawnienie*, Pal. 2014, z. 9, s. 64–65. Wyrażając aprobatę dla poglądu powołanego Autora, odchodzę od stanowiska wyrażonego niegdyś na gruncie analizy tajemnicy zawodowej doradcy podatkowego – por. J. Zagrodnik, *Tajemnica zawodowa doradcy podatkowego i jej ochrona w procesie karnym oraz postępowaniu podatkowym*, „Doradca Podatkowy” 2011, nr 4, s. 3.

nowicie, że sama informacja lub wiadomość (nieostępne ogółowi) oraz związany z nimi przekaz nie przesądza o istnieniu tajemnicy w znaczeniu prawnym. Determinantę taką stanowi zobowiązanie określonego podmiotu do zachowania dyskrecji wynikające z relacji łączącej przekazującego (powierzającego) nieznaną ogółowi informację lub wiedzę o faktach z ich depozytariuszem. Dopiero ta powinność określonego postępowania z powierzoną informacją lub wiedzą o faktach²⁸ pozwala mówić w odniesieniu do nich o tajemnicy, o ile nie są dostępne ogółowi. Podniesione względy dają podstawę do tego, aby w opisanym zobowiązaniu upatrywać cechy konstytuującej treść analizowanego pojęcia²⁹. Samą zaś informację czy fakt (wiedzę o faktach, wiadomość, stan rzeczy, rzecz) oraz związany z nimi przekaz należy uznać za przedmiot tajemnicy, a więc to, czego tajemnica dotyczy, co jest nią objęte. Poczynione ustalenia i sformułowane wnioski dostarczają uzasadnienia dla pierwotnie przyjętych założeń i podkreślenia zarazem w tym miejscu, że treścią pojęcia „tajemnica radcowska” jest spoczywające na radcy prawnym i wynikające z relacji łączącej go z klientem zobowiązanie do zachowania zawodowej dyskrecji co do faktów i informacji o charakterze poufnym, stanowiących jej przedmiot.

Zgodnie z tym, co zostało już wyżej zasygnalizowane, przedmiotem tajemnicy są tylko takie informacje i fakty, które nie są dostępne ogółowi, a jedynie ograniczonemu kręgowi osób³⁰. W obliczu normatywnego ujęcia obowiązku zachowania dyskrecji w art. 3 ust. 3 u.r.p. wydaje się oczywiste, że informacje i fakty spełniające wskazany warunek stanowią przedmiot tajemnicy radcowskiej, jeżeli radca prawny wszedł w ich posiadanie w związku z udzielaniem pomocy prawnej. W aspekcie przedstawionej kwalifikacji nie ma znaczenia ani to, czy radca prawny uzyskał je od podmiotu korzystającego z jego pomocy, czy też z innych źródeł, na przykład w rezultacie przeprowadzenia własnych czynności dochodzeniowych mających na celu pozyskanie dowodów lub informacji o znaczeniu dowodowym³¹, ani to, jaki mają charakter lub wagę w kontekście sprawy, z którą łączy się udzielenie pomocy prawnej przez radcę prawnego³². Bez znacze-

²⁸ W tym duchu dawniej wypowiedział się Edgar Hansen – zob. E. Hansen, *Tajemnica zawodowa adwokata*, Pal. 1962, z. 9, s. 10. Współcześnie analogiczne zapatrywanie prezentuje J. Giezek, *op. cit.*, s. 65. Por. także E. Kruk, *Obowiązek zachowania tajemnicy adwokackiej jako okoliczność uzasadniająca odmowę zeznań w trybie art. 180 § 2 k.p.k.*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2017, vol. 26, z. 4, s. 27.

²⁹ Podobnie M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Warszawa 2007, s. 17; J. Giezek, *op. cit.*, s. 65.

³⁰ J. Sawicki, *Tajemnica zawodowa lekarza i dziennikarza w prawie karnym*, Warszawa 1960, s. 24. Tak również M. Rusinek, *op. cit.*, s. 16.

³¹ Tak też P. Kardas, *op. cit.*, s. 22.

³² Zob. postanowienie SN z dnia 2 czerwca 2011 r., sygn. akt SDI 13/11, OSNwSD 2011, poz. 210.

nia jest również forma i sposób utrwalenia faktów i informacji, w których posiadanie wszedł radca prawny w związku ze świadczeniem pomocy prawnej.

Pod względem treściowym można dokonać wyróżnienia dwóch zasadniczych aspektów informacji i faktów objętych tajemnicą radcowską w podanym wyżej znaczeniu. Mianowicie takich, które dotyczą życia prywatnego jednostek (np. ich życia osobistego lub rodzinnego), a więc tego, co stanowi przedmiot tajemnicy prywatnej, oraz takich, które są związane z wykonywaniem określonego zawodu lub jego organizacją (tajemnicy zawodowej *sensu stricto*)³³.

Warto podkreślić, mając na względzie to, że przedmiotem tajemnicy są jedynie fakty i informacje niedostępne ogółowi, że tajemnica radcowska nie obejmuje tak zwanych faktów niepoznanych (niem. *unerkannte Tatsachen*)³⁴, które wprawdzie stały się znane radcy prawnemu dopiero w związku ze świadczeniem pomocy prawnej określonemu podmiotowi, ale stanowią fakty dostępne powszechnie, nieznanne jedynie poszczególnym grupom ludzi lub jednostkom, z którymi jednak mogą oni się w każdym czasie zapoznać. Nie stanowiąc informacji poufnych, nie mieszczą się w zakresie przedmiotowym tajemnicy radcowskiej informacje na temat obiegu dokumentów w danej jednostce organizacyjnej, podziału pracy między radców prawnych, zakresu ich obowiązków, w tym na przykład dotyczące tego, czy świadczyli pomoc prawną określonej osobie lub czy sporządzili opinię w danej sprawie, a także informacje co do ich stanowiska w określonych kwestiach prawnych³⁵. Z innego punktu widzenia można stwierdzić, że nie stanowią przedmiotu tajemnicy zawodowej informacje składające się na tak zwane zeznania *ad generalia*, dotyczące samego radcy prawnego przesłuchiwanego w charakterze świadka, jego stosunku do stron, zwłaszcza oskarżonego, które z reguły pozwalają organowi procesowemu na zorientowanie się, że w odniesieniu do świadka aktualizuje się na przykład zakaz dowodowy wynikający z treści art. 180 § 2 k.p.k.³⁶

Odrębną kwestię o charakterze terminologicznym, która zasługuje na uwagę przed przystąpieniem do szczegółowych rozważań poświęconych uprzednio wyszczególnionym zagadnieniom, stanowi układ relacji między pojęciami tajemnicy radcowskiej i tajemnicy obrończej. Nie wymaga dowiedzenia teza, że kwestia ta pozostaje w ścisłym związku z płaszczy-

³³ Zob. M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe*, t. 1, Warszawa 1955, s. 271–272. Tak również: E. Kruk, *op. cit.*, s. 30; B. Kunicka-Michalska, *op. cit.*, s. 12–13; K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2008, s. 299; P.K. Sowiński, *Prawo świadka do odmowy zeznań w procesie karnym*, Warszawa 2004, s. 149.

³⁴ Zob. B. Kunicka-Michalska, *op. cit.*, s. 6–7 oraz powołana tam literatura.

³⁵ Powołany wcześniej wyrok TK z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03.

³⁶ Zob. P.K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 162 i n.

zną procesu karnego, na gruncie której aktualizuje się możliwość działania radcy prawnego w charakterze obrońcy³⁷. Wyróżnienie w odniesieniu do tej płaszczyzny tajemnicy obrończej znajduje jednoznaczne normatywne umocowanie w przepisie art. 178 pkt 1 k.p.k., z którego wynika autonomiczne uregulowanie zakresu ochrony informacji uzyskiwanych przez radcę prawnego w związku z udzieleniem porady prawnej lub prowadzeniem sprawy w charakterze obrońcy albo w ramach działania na podstawie art. 245 § 1 k.p.k., z którym łączy się pełnienie funkcji obrony w stosunku do osoby zatrzymanej. W świetle brzmienia art. 3 ust. 3 u.r.p. oraz ustalonego rozumienia tajemnicy radcowskiej nie powinna niczyich wątpliwości nasuwać teza, że określone w poprzednim zdaniu informacje, objęte tajemnicą obrończą, są jednocześnie przedmiotem tajemnicy radcowskiej i tym samym, stanowiącego jej treść oraz zakotwiczonego w płaszczyźnie ustrojowej, zobowiązania radcy prawnego do zachowania zawodowej dyskrecji wynikającego z relacji łączącej go z klientem. Daje to podstawę do wniosku, że z perspektywy przywołanej regulacji ustrojowej oraz w aspekcie zakresu przedmiotowego tajemnicy radcowskiej tajemnica obrończa jest jej szczególnym przejawem³⁸. Nie zmieniając optyki, można zatem skonstatować, że zakres pojęciowy terminu „tajemnica radcowska” jest szerszy w stosunku do zakresu pojęciowego terminu „tajemnica obrończa” i obejmuje tajemnicę zawodową radcy prawnego związaną z jego działaniem w roli obrońcy lub w stosunku do zatrzymanego w trybie art. 245 § 1 k.p.k.³⁹

Zaprezentowane stanowisko w kwestii relacji zachodzącej pomiędzy tajemnicą radcowską i tajemnicą obrończą w płaszczyźnie pojęciowej nie stoi bynajmniej na przeszkodzie stwierdzeniu zasadniczej odmienności zobowiązania do zachowania zawodowej dyskrecji, które stanowi treść tajemnicy obrończej⁴⁰. Wynika ona w zasadzie z samej natury stosunku łączącego radcę prawnego z osobą korzystającą z jego pomocy i jest ściśle związana ze specyfiką niesionej pomocy prawnej, wyrażającą się w realizacji funkcji obrony karnej⁴¹. Wzgląd na tę funkcję i wpisane w jej efektywną realizację założenie nieskrępowanego kontaktu obrońcy z oskarżonym

³⁷ Na marginesie wypada zauważyć, że kwestia ta znajdzie również odniesienie do postępowań w sprawach o wykroczenia oraz postępowań dyscyplinarnych, w których obwinionemu (odpowiednio: o wykroczenie lub przewinienie dyscyplinarne) przysługuje prawo do korzystania z pomocy obrońcy.

³⁸ Por. P. Kardas, *op. cit.*, s. 42.

³⁹ W odniesieniu do tajemnicy adwokackiej analogiczny pogląd wyrażają: J. Warylewski, *op. cit.*, s. 7; M. Kucharczyk, *op. cit.*, s. 59.

⁴⁰ Odmienny punkt widzenia, przynajmniej wstępnie i do pewnego stopnia, zdaje się przyjmować P. Kardas – por. P. Kardas, *op. cit.*, s. 36–36, 42–44.

⁴¹ W kwestii pojęcia funkcji obrony karnej zob. K. Marszał [w:] *Proces karny*, pod red. K. Marszała, J. Zagrodnika, Warszawa 2017, s. 38.

(radcy prawnego z zatrzymanym w warunkach określonych w art. 245 § 1 k.p.k.) nie pozostawia w gruncie rzeczy wątpliwości co do tego, że tajemnica obrończa oraz sprzężony z nią bezwzględny zakaz dowodowy statuowany w przepisie art. 178 pkt 1 k.p.k. stanowią nieodzowne składniki systemu gwarancji prawa do obrony i znajdują genetyczne zakotwiczenie w unormowaniu tego prawa na poziomie konstytucyjnym, traktatowym i ustawowym (art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, art. 6 EKPC, art. 6 k.p.k.)⁴². Należy zgodzić się, że fundamentalne znaczenie prawa do obrony w aspekcie tajemnicy zawodowej radcy prawnego związanej z realizacją funkcji obrony powoduje, że w zakresie uzasadnienia wynikającego z niej obowiązku zachowania zawodowej dyskrecji oraz normatywnego ukształtowania ochrony tej tajemnicy na dalszy plan schodzi urzeczywistnienie innych wartości, którym ona służy, np. ochrona prawa do prywatności czy wolności komunikowania się⁴³.

I. Bezwzględny zakaz przesłuchiwania radcy prawnego w charakterze świadka ze względu na tajemnicę obrończą (art. 178 pkt 1 k.p.k.)

Stosownie do wcześniejszych ustaleń w kwestii funkcjonalnego uzasadnienia i normatywnego zakorzenienia tajemnicy obrończej, zakaz ujęty w tytule tej części pracy należy ujmować w kategorii gwarancji prawa do obrony. Służy on przede wszystkim ochronie zaufania łączącego oskarżonego z obrońcą (radcą prawnego lub adwokata z zatrzymanym w ramach pomocy prawnej w trybie w art. 245 § 1 k.p.k.)⁴⁴, wykluczając w sposób absolutny i całkowity możliwość infiltracji stosunku obrończego w drodze przesłuchania radcy prawnego w charakterze świadka co do faktów, o których dowiedział się w związku z realizacją funkcji obrony. Zapewnienie w ten właśnie sposób nieskrępowanego i niekontrolowanego kontaktu oraz wymiany informacji między oskarżonym i obrońcą urealnia – jak trafnie podkreśla P. Kardas – szereg uprawnień składających się na prawo do obrony, spośród których na wyszczególnienie zasługuje uprawnienie do odmowy składania wyjaśnień, prawo do korzystania z pomocy obrońcy oraz wolność od samooskarżania⁴⁵.

⁴² Szerzej zob. P. Kardas, *op. cit.*, s. 37–47.

⁴³ *Ibidem*, s. 39.

⁴⁴ Por.: P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2004, s. 745–746; M. Rusinek, *op. cit.*, s. 16; D. Gruszecka [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, pod red. J. Skorupki, Warszawa 2018, s. 387.

⁴⁵ Szerzej zob. P. Kardas, *op. cit.*, s. 41–42, 44.

W myśl literalnego brzmienia art. 178 pkt 1 k.p.k. nie wolno przesłuchiwać jako świadka obrońcy oraz adwokata lub radcy prawnego działającego na podstawie art. 245 § 1 k.p.k. co do faktów, o których dowiedzieli się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę. W unormowaniu tym z pewnością można upatrywać amplifikacji zobowiązania do zachowania przez radcę prawnego zawodowej dyskrecji, wyrażonego *in genere* w ustawie ustrojowej (art. 3 ust. 3 u.r.p.). Przede wszystkim jednak, koncentrując uwagę na sposobie normatywnego ujęcia zakazu wysłowionego w powołanym przepisie, należy stwierdzić, że jest on adresowany do organów procesowych, do których należy przeprowadzenie dowodów lub podjęcie decyzji w kwestii dopuszczalności dowodu zawnioskowanego przez stronę⁴⁶. Zakres jego obowiązywania obejmuje więc zarówno postępowanie przygotowawcze, jak i postępowanie jurysdykcyjne⁴⁷.

Pod względem podmiotowym zakaz statuowany w art. 178 pkt 1 k.p.k. odnosi się do obrońcy oraz adwokata lub radcy prawnego udzielającego pomocy prawnej w trybie art. 245 § 1 k.p.k. Zważywszy na tytułową problematykę niniejszej monografii, wypada zaznaczyć, że radcy prawni zostali objęci analizowanym zakazem w zakresie związanym z ich działalnością na gruncie procesu karnego wraz z rozciągnięciem na nich legitymacji do pełnienia funkcji obrony w procesie karnym w drodze nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z dnia 27 września 2013 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 1247)⁴⁸. W tym kontekście nie może ująć uwadze, że uregulowanie w ustawie ustrojowej uprawnienia radców prawnych do obrony przewiduje ograniczenie jego zakresu podmiotowego, polegające na wyłączeniu tego uprawnienia w odniesieniu do radców prawnych wykonujących zawód w ramach stosunku pracy, z wyjątkiem tych, którzy są pracownikami naukowymi lub naukowo-dydaktycznymi (*arg. ex art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 6 u.r.p.*). Przyjmując, że wyłączenie to jest podyktowane obawami co do autonomii i wolności od wpływów radcy prawnego pozostającego w stosunku pracy, które mogłyby prowadzić do zachwiania zaufaniem, jakie powinien łączyć oskarżonego i obrońcę, aby funkcja obrony była realizowana w sposób optymalny, można powiedzieć, że ma ono na celu za-

⁴⁶ Zob.: P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 744; 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 2003, s. 786; M. Rusinek, *op. cit.*, s. 76. Por. też P. Kardas, *op. cit.*, s. 13, 41.

⁴⁷ Z. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 166.

⁴⁸ Na marginesie można jedynie odnotować, że w czasie poprzedzającym wskazaną nowelizację analizowany zakaz znajdował odniesienie do radców prawnych w wąskim zakresie, w jakim przysługiwało im uprawnienie do występowania w roli obrońcy w postępowaniu w sprawach o wykroczenia skarbowe (art. 24 § 1 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, Dz. U. z 2001 r. Nr 106, poz. 1148).

gwarantowanie najwyższego standardu profesjonalnej obrony ze strony radców prawnych, a tym samym również prawa do obrony oskarżonych korzystających z ich pomocy. W aspekcie głównego nurtu rozważań poczynione spostrzeżenia dają asumpt do stwierdzenia, że w zakresie dotyczącym występowania w charakterze obrońcy zakaz dowodowy określony w art. 178 pkt 1 k.p.k. może znaleźć odniesienie jedynie do radców prawnych, którzy wykonują zawód na podstawie umowy cywilnoprawnej, w kancelarii radcy prawnego lub w spółce określonej w art. 8 ust. 1 u.r.p., jeżeli nie pozostają w niej w stosunku pracy (art. 8 ust. 6 u.r.p.).

Zamierzając uniknąć niedomówień, warto podkreślić, że podmiotami analizowanego zakazu dowodowego są również aplikanci radcowscy, którzy na zasadach i w granicach określonych w ustawie o radcach prawnych zastępują radcę prawnego w roli obrońcy⁴⁹.

Opierając się na regule *lege non distinguente*, należy przyjąć, że zakaz dowodowy uregulowany w art. 178 pkt 1 k.p.k. obowiązuje niezależnie od sposobu nawiązania stosunku obrończego, a więc odnosi się zarówno do radcy prawnego, który został wyznaczony w charakterze obrońcy z urzędu, jak i radcy prawnego ustanowionego w celu występowania w tym charakterze z wyboru, przez samego oskarżonego lub inną osobę⁵⁰.

Z praktycznego punktu widzenia nasuwa się pytanie, czy zakaz przesłuchania obrońcy przewidziany w omawianym przepisie dotyczy również radcy prawnego (adwokata), który wprawdzie nie został formalnie umocowany do działania w danej sprawie w charakterze obrońcy, a więc ustanowiony przez oskarżonego lub inną osobę albo wyznaczony z urzędu, ale udzielił porady prawnej podejrzanemu w związku z toczącą się przeciwko niemu sprawą albo udzielił takiej porady przed skierowaniem ścigania karnego przeciwko określonej osobie, a nawet przed zawiązaniem procesu karnego, a nie został następnie ustanowiony obrońcą wraz z uzyskaniem przez daną osobę statusu oskarżonego (*sensu largo*). Analiza językowa art. 178 pkt 1 *in principio* k.p.k., a ściślej rzecz ujmując fakt posłużenia się w tym przepisie przez ustawodawcę terminem „obrońca”, którego zakres pojęciowy nie obejmuje radcy prawnego (adwokata) niemającego formalnie takiego statusu, mógłby *prima facie* skłaniać do udzielenia odpowiedzi przeczącej na postawione pytanie⁵¹. Wniosek taki trudno byłoby jednak zaakceptować z punktu widzenia funkcji analizowanego zakazu w aspekcie prawa do obrony. Wzgląd na zagwarantowanie tego prawa, przede wszyst-

⁴⁹ Szerzej zob. J. Zagrodmnik, *Metodyka pracy obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych i karnych skarbowych*, Warszawa 2016, s. 23.

⁵⁰ Analogiczne stanowisko w odniesieniu do adwokatów prezentują: Z. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 166; R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 787.

⁵¹ W tym duchu R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 787. Do odmiennych wniosków na podstawie wykładni gramatycznej dochodzi Z. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 166.

kim składającego się na jego treść uprawnienia do korzystania z profesjonalnej pomocy prawnej, przemawia na rzecz zapewnienia osobie zagrożonej odpowiedzialnością karną możliwości nieskrępowanego zasięgnięcia porady prawnej u osób uprawnionych do obrony, niezależnie od tego, czy przysługuje im formalny status obrońcy. Nie powinno nasuwać niczyich wątpliwości, że udzielenie takiej porady przez radcę prawnego (advokata) w aspekcie dotyczącym zagrożenia określonej osoby pociągnięciem do odpowiedzialności karnej stanowi faktyczny przejaw realizacji funkcji obrony. Pod względem treściowym tego typu porada prawna nie różni się od tej, której udziela oskarżonemu jego obrońca, można więc powiedzieć, że ma po prostu charakter obrończy⁵². Należy w tym kontekście podkreślić, że gdyby przyjąć, że zakaz dowodowy z art. 178 pkt 1 k.p.k. znajduje w rozpatrywanym zakresie odniesienie wyłącznie do radcy prawnego (advokata) legitymującego się formalnym statusem obrońcy, to osoba występująca o poradę prawną na przedpolu uzyskania statusu oskarżonego albo formalnego ustanowienia obrońcy nie mogłaby mieć pewności co do tego, że przekazanie przez nią określonych informacji radcy prawnemu (advokatowi) nie zwróci się w żadnym wypadku przeciwko niej; musiałaby bowiem liczyć się z ewentualnością zwolnienia radcy prawnego (advokata) z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej na podstawie art. 180 § 2 k.p.k. i przesłuchania go w charakterze świadka⁵³. W obliczu obaw z tym związanych, stawiających pod znakiem zapytania, a w najlepszym razie poważnie nadszarpujących zaufanie do radcy prawnego (advokata) mającego udzielić porady prawnej o charakterze obrończym, mogłaby okazać się iluzoryczną możliwość skonsultowania z nim swojej aktualnej lub przyszłej sytuacji procesowej we wskazanych przypadkach. Z tych samych przyczyn trudno byłoby mówić o realnym zapewnieniu osobie zagrożonej odpowiedzialnością karną prawa do obrony w aspekcie dotyczącym decyzji o skorzystaniu z pomocy obrońcy lub o wyborze tej czy innej osoby, która ma tę funkcję pełnić, wzięwszy pod uwagę, że w praktyce do podjęcia takich decyzji prowadzi zazwyczaj w sposób naturalny rozmowa (konsultacje) z osobą lub osobami uprawnionymi do niesienia profesjonalnej pomocy prawnej, które nie mają jeszcze określonego statusu procesowego⁵⁴. Sądząc, że przedstawione obserwacje dostatecznie uzasadniają udzielenie odpowiedzi pozytywnej na postawione wstępnie pytanie, można je spuentować stwierdzeniem, że zakaz dowodowy przewidziany w art. 178 pkt 1

⁵² Tak trafnie A. Ludwiczek, *O adwokatach, radcach prawnych i tajemnicy obrońcy w postępowaniu karnym raz jeszcze*, PPK 2008, nr 26, s. 116.

⁵³ W tym zakresie rozważania na tle pierwotnej redakcji art. 178 k.p.k. por. A. Ludwiczek, *Sytuacja prawna adwokata udzielającego zatrzymanemu pomocy prawnej w trybie art. 245 § 1 k.p.k.*, PPK 2001, nr 24, s. 104 i n.

⁵⁴ W tym duchu wypowiada się także M. Rusinek, *op. cit.*, s. 74–75.

k.p.k. odnosi się również do radców prawnych, którzy nie legitymują się formalnym statusem obrońcy, udzielających porady prawnej określonej osobie w aspekcie grożącej jej odpowiedzialności karnej (porady prawnej o charakterze obrończym) w toku postępowania karnego, także przed jego skierowaniem przeciwko niej, jak również przed jego wszczęciem⁵⁵. *Sui generis* miarą dla objęcia rzeczonym zakazem radcy prawnego, który udziela porady prawnej, nie będąc obrońcą, jest jej związek z przedmiotem procesu karnego, w którym osoba zasięgająca porady posiada lub dopiero uzyska status oskarżonego⁵⁶.

Poczynione wyżej ustalenia wymagają uwagi uzupełniającej w celu podkreślenia sygnalizowanego dotąd jedynie, wprost wynikającego z treści art. 178 pkt 1 k.p.k. odniesienia uregulowanego w nim zakazu do radcy prawnego (adwokata), który nie mając procesowego statusu obrońcy, udziela pomocy prawnej zatrzymanemu, działając w trybie art. 245 § 1 k.p.k. Uzasadnienia dla objęcia takiego radcy prawnego (adwokata) zakresem podmiotowym zakazu przesłuchania ze względu na tajemnicę obrończą należy upatrywać w spostrzeżeniu, że stosunek, jaki łączy go z zatrzymanym jest analogiczny do stosunku łączącego obrońcę z oskarżonym. Zaś to, że ze względu na stan zaawansowania procesu karnego w momencie udzielania porady prawnej nie może być jeszcze obrońcą, ponieważ zatrzymany jest osobą podejrzaną, nie przysługuje mu więc jeszcze status oskarżonego (*sensu largo*) uprawnionego do korzystania z pomocy obrońcy, nie daje dostatecznej podstawy do zróżnicowania jego sytuacji procesowej w relacji do sytuacji procesowej obrońcy⁵⁷. Jeśli weźmie się pod uwagę, że przedstawione rozwiązanie pozwala uwolnić osobę zatrzymaną od obaw, że informacje przekazane przez nią radcy prawnemu (adwokatowi) w trybie art. 245 § 1 k.p.k. ujrzą światło dzienne i będą mogły być wykorzystane przeciwko niej w wyniku jego przesłuchania w charakterze świadka, to wydaje się oczywiste, że jest ono podporządkowane urealnieniu przewidzianego w powołanym przepisie prawa do uzyskania profesjonalnej porady prawnej w związku z zatrzymaniem. Pośrednio rozwiązanie to służy również wzmocnieniu społecznego zaufania do reprezentantów środowisk za-

⁵⁵ Na marginesie, w kontekście wcześniej podniesionego ograniczenia w przepisach ustawy ustrojowej kręgu radców prawnych, którzy mogą występować w roli obrońcy w procesie karnym, warto odnotować, że ograniczenie to nie dotyczy opisanych sytuacji, w których radca prawny udziela porady prawnej o charakterze obrończym, nie mając formalnego statusu obrońcy (*arg. a contrario ex art. 8 ust. 6 w zw. z art. 8 ust. 1 u.r.p.*).

⁵⁶ R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 787. Za powołanym Autorem przedstawiony pogląd przyjmują także: M. Rusinek, *op. cit.*, s. 74–75; Z. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 166.

⁵⁷ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 746; Z. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 167.

wodowych zajmujących się niesieniem pomocy prawnej w procesie karnym⁵⁸.

W świetle brzmienia art. 178 pkt 1 k.p.k. jest niemal oczywiste, że pod względem przedmiotowym zakaz przesłuchania odnoszący się do obrońcy obejmuje fakty, o których radca prawny (adwokat) dowiedział się, udzielając prawnej lub prowadząc sprawę w ramach realizacji funkcji obrony, niezależnie od tego, z jakiego źródła pochodzą. Rozciąga się on zatem zarówno na fakty, o których zaczerpnął informację od osoby korzystającej z jego pomocy prawnej, jak i fakty, o których dowiedział się z innych źródeł, na przykład w wyniku rozmowy z osobami najbliższymi dla oskarżonego lub w efekcie przeprowadzenia we własnym zakresie czynności o charakterze dochodzeniowym, mających na celu pozyskanie dowodów lub informacji o charakterze dowodowym⁵⁹. W omawianym aspekcie istotne jest to, aby – jak wynika już z tego, co dotąd powiedziano – określone fakty stały się radcy prawnemu (adwokatowi) znane w związku z udzieleniem porady prawnej o charakterze obrończym lub prowadzeniem sprawy w roli obrońcy. Nie ma natomiast znaczenia, czy udzielanie takiej porady lub prowadzenie sprawy w ustalonej roli ma lub miało miejsce w tej sprawie, w której miałby być przesłuchany w charakterze świadka, czy w innej sprawie⁶⁰. Przyjmując inny punkt widzenia, na podstawie analizy logiczno-językowej powołanego przepisu oraz ostatnich spostrzeżeń można stwierdzić, że poza zakresem przedmiotowym analizowanego zakazu dowodowego pozostają fakty, o których radca prawny dowiedział się zanim wystąpił w roli obrońcy lub udzielił porady o charakterze obrończym, na przykład z racji tego, że był świadkiem określonego zdarzenia relewantnego prawnokarnie. W podanym przykładowo przypadku radca prawny powinien w ogóle rozważyć podjęcie obowiązków obrony, nie jest bowiem z całą pewnością pożądana dwuznaczna sytuacja związana z występowaniem w konkretnym procesie karnym w podwójnej roli procesowej, mianowicie obrońcy i osobowego źródła dowodowego, a wydaje się ona wręcz nie do zaakceptowania, gdyby złożone przez niego zeznania mogły być wykorzystane przeciwko osobie korzystającej z jego pomocy.

W wymiarze praktycznym na tle sytuacji, w których aktualizuje się zakaz dowodowy określony w art. 178 pkt 1 k.p.k., wyłaniają się pytania, czy fakt obowiązywania zakazu pociąga za sobą zakaz wzywania radcy prawnego (adwokata), który jest nim objęty w charakterze świadka, a gdyby został on wezwany w tym charakterze przez organ procesowy, czy obowiąz-

⁵⁸ W tym duchu w odniesieniu do przedstawicieli palestry zob. A. Ludwiczek, *Sytuacja prawna...*, s. 114.

⁵⁹ Zob. R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 787.

⁶⁰ *Ibidem*; Z. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 166.

zujący zakaz pozwala mu uchylić się od obowiązku stawiennictwa na to wezwanie? Kwestie podniesione w tych pytaniach nie wymagają w gruncie rzeczy długich roztrząsań. Wprawdzie poglądy w poruszonej materii, prezentowane w doktrynie procesu karnego, w pierwszej chwili wydają się istotnie różnić między sobą, przy bliższym wejrzeniu można dostrzec, że rozbieżności pomiędzy nimi – jak trafnie zauważył Zbigniew Kwiatkowski⁶¹ – mają charakter pozorny. Są podyktowane w zasadzie tym, czy problem wezwania osoby objętej zakazem dowodowym z art. 178 pkt 1 k.p.k. rozpatruje się wyłącznie pod kątem złożenia przez nią zeznań co do faktów stanowiących przedmiot tajemnicy obrończej⁶², czy też poddaje się go analizie przy założeniu szerszej perspektywy, biorąc pod uwagę, że zakaz uregulowany w wymienionym przepisie nie wyklucza przesłuchania wskazanej osoby w ogóle, ale tylko co do określonych faktów⁶³. Na tle zarysowanej różnicy staje się jasne, że udzielenie kompletnej odpowiedzi na postawione pytania wymaga zrelatywizowania kwestii wezwania w charakterze świadka radcy prawnego objętego zakazem z art. 178 pkt 1 k.p.k. i obowiązku jego stawiennictwa na to wezwanie do granic przedmiotowych tego zakazu. Wychodząc z tego założenia, należy uznać, że w tych granicach, a więc, gdy przesłuchanie radcy prawnego w charakterze świadka miałoby dotyczyć wyłącznie faktów, które są objęte zakazem dowodowym przewidzianym w powołanym przepisie, jego wezwanie w celu złożenia zeznań przez organ procesowy jest niedopuszczalne i byłoby wyrazem zlekceważenia omawianego zakazu (*arg. ex art. 178 in principio k.p.k.*)⁶⁴. Można w konsekwencji stwierdzić, że w sytuacji procesowej, w której organ procesowy z pogwałceniem tego zakazu wzywa radcę prawnego w charakterze świadka, a wezwanie wprost lub w kontekście okoliczności danej sprawy, w każdym jednak razie wyraźnie wskazuje, że przesłuchanie ma dotyczyć jedynie określonych w poprzednim zdaniu faktów, radca prawny nie ma obowiązku zastosowania się do niego⁶⁵. W odniesieniu do innych wypadków, w których na podstawie wezwania radcy prawnego przez organ procesowy w charakterze świadka w danej sprawie nie można całkowicie wykluczyć tego, że ma ono na celu jego

⁶¹ Z. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 168. Odmienne P.K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 26–28.

⁶² T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 468.

⁶³ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 745.

⁶⁴ Zob. T. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 468; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 745; Z. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 168. W zakresie dotyczącym względnego zakazu dowodowego wynikającego z art. 180 § 2 k.p.k. analogiczne stanowisko zajmuje SA w Krakowie w postanowieniu z dnia 19 marca 2009 r., sygn. akt II AKz 64/2009, KZS 2009, z. 4, poz. 35.

⁶⁵ Por. T. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 468; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 745; Z. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 168–169. Odmienne P.K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 27.

przesłuchanie co do innych faktów niż określone w art. 178 pkt 1 k.p.k., należy przyjąć, że radca prawny jest obowiązany stawić się na to wezwanie⁶⁶.

Zakaz dowodowy przewidziany w art. 178 pkt 1 k.p.k. ma charakter bezwzględny⁶⁷, nie może być bowiem w żadnym wypadku uchylony decyzją organu procesowego „nawet na wniosek samego obrońcy albo adwokata lub radcy prawnego bądź też za zgodą oskarżonego”⁶⁸. Dotyczy to także tych sytuacji, w których obrońca został skreślony z listy radców prawnych. Nie może być również uchylony decyzją samego radcy prawnego, który miałby być przesłuchany w charakterze świadka. Można więc powiedzieć, że wyłączenie w procesie karnym dowodu z przesłuchania radcy prawnego w charakterze świadka co do faktów, o których dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę w roli obrońcy lub działając w trybie art. 245 § 1 k.p.k., jest absolutne. Z tej perspektywy w przewidzianym w art. 178 pkt 1 k.p.k. unormowaniu zakazu przesłuchania ze względu na tajemnicę obrończą wolno upatrywać *sui generis* petryfikacji stanowczego i bezwzględnego ujęcia obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej na gruncie ustrojowym, w art. 3 ust. 3 u.r.p.⁶⁹ Przyjmując inną optykę, można z kolei stwierdzić, że dowód taki w granicach wyznaczonych zakazem jest niedopuszczalny⁷⁰.

W kwestii przyporządkowania omawianego zakazu do określonej kategorii zakazów dowodowych brak jest jednomyślności w piśmiennictwie.

⁶⁶ Zob. Z. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 169. Por. też P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 745.

⁶⁷ Ze względu na wąskie ramy niniejszego opracowania można jedynie zaznaczyć, że bezwzględny charakter zakazu dowodowego nie przesądza bynajmniej bezwzględnego charakteru tajemnicy zawodowej. To bowiem prowadziłoby do niedorzeczności, oznaczając, że na przykład radca prawny nie może w procesie karnym wykorzystywać dla potrzeb związanych z reprezentacją interesów procesowych jego klienta informacji, o których dowiedział się w związku z udzielaniem mu pomocy prawnej. Szerzej w kwestii względnego charakteru tajemnicy zawodowej zob. J. Giezek, *op. cit.*, s. 67 i n. Odnotować wypada, że na gruncie piśmiennictwa można niekiedy dostrzec wyraźne zacieranie – by nie powiedzieć ignorowanie – różnicy między bezwzględnym charakterem zakazu dowodowego i bezwzględnym charakterem tajemnicy zawodowej poprzez zamienne operowanie tymi pojęciami. Zob. np. M. Kucharczyk, *op. cit.*, *passim*.

⁶⁸ K. Zgryzek [w:] *Proces karny*, pod red. K. Marszała, J. Zagrodnika, Warszawa 2017, s. 339.

⁶⁹ Por. w tej materii stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w odniesieniu do adwokatów w uchwale SN z dnia 16 czerwca 1994 r., sygn. akt I KZP 5/94, OSNKW 1994, nr 7–8, poz. 41.

⁷⁰ Tak trafnie Z. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 119.

Ma on swoje źródło w różnorodności klasyfikacji zakazów dowodowych i odpowiadających im kryteriów klasyfikacyjnych⁷¹. Biorąc pod uwagę główne koncepcje podziału zakazów dowodowych, znajdujące współcześnie najszersze uznanie w piśmiennictwie, można zauważyć, że zakaz statutowany w art. 178 k.p.k. przez jednych jest zaliczany do kategorii niezupełnych bezwzględnych zakazów dowodowych⁷², inni z kolei ujmują go w grupie bezwzględnych zakazów dowodzenia za pomocą określonego dowodu⁷³. Niezależnie od jego zakwalifikowania do tej czy innej kategorii, zgodnie przyjmuje się w piśmiennictwie, że obowiązywanie omawianego zakazu nie wyłącza możliwości dowodzenia okoliczności, które są nim objęte z wykorzystaniem innych źródeł lub środków dowodowych⁷⁴. Przyłączając się do przytoczonego poglądu, niezbędne staje się jednocześnie zaakcentowanie, że jego afirmacja i przyjęcie wskazanej możliwości nie oznacza bynajmniej dopuszczalności przeprowadzenia dowodu co do treści rozmowy obrońcy z oskarżonym lub radcy prawnego z zatrzymanym w trybie art. 245 § 1 k.p.k. Dowód taki należy wykluczyć, ponieważ jego dopuszczenie i przeprowadzenie prowadziłyby w istocie do obejścia zakazu przewidzianego w art. 178 pkt 1 k.p.k. i tym samym stanowiłyby naruszenie konstytucyjnego prawa oskarżonego do obrony, w którym – jak już ustalono wcześniej – zakaz ten znajduje zakotwiczenie i którego zagwarantowaniu służy. Wyrażone zapatrywanie znajduje odzwierciedlenie w stanowisku Sądu Apelacyjnego w Krakowie, który w oparciu o przedstawione argumenty opowiedział się za odmową przeprowadzenia dowodu z zeznań osoby delegowanej przez prokuratora do obecności przy widzeniu oskarżonego z obrońcą na okoliczność treści rozmowy między nimi⁷⁵. Te same względy przemawiają na rzecz uznania za niedopuszczalną próbę obejścia zakazu przewidzianego w powołanym wyżej przepisie dowodu uzyskanego w wyniku zastosowania w stosunku do obrońcy

⁷¹ Szerszą w tej materii wszechstronną i wnikliwą analizę przeprowadzoną na tle prawnoporównawczym zob. Z. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 92–133. Zob. też K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 335 i n.

⁷² Tak: T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014, s. 459; D. Gruszecka [w:] *Proces karny*, pod red. J. Skorupki, Warszawa 2017, s. 409; M. Rusinek, *op. cit.*, s. 75.

⁷³ Z. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 119; K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 339.

⁷⁴ Tak m.in.: T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *op. cit.*, s. 457; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 745; K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 337–338; M. Rusinek, *op. cit.*, s. 75.

⁷⁵ Zob. wyrok SA w Krakowie z dnia 25 listopada 1993 r., sygn. akt II AKr 144/93, KZS 1994, z. 1, poz. 30. Odmienne stanowisko zdaje się reprezentować M. Rusinek, *op. cit.*, s. 75.

kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych lub treści innych rozmów, np. między nim i oskarżonym⁷⁶.

Nie mogąc całkowicie wykluczyć sytuacji, w których organ procesowy przeprowadzi przesłuchanie radcy prawnego w charakterze świadka co do faktów objętych zakazem dowodowym z art. 178 pkt 1 k.p.k., a sam radca prawny złoży zeznania w tym zakresie, należy stanowczo stwierdzić, że dowód taki ani nie może stanowić podstawy ustaleń faktycznych rozstrzygnięcia, ani nie może być wykorzystany przy ocenie wiarygodności innych dowodów⁷⁷. Odmienne zapatrywanie w tej materii wypaczałoby istotę analizowanego zakazu⁷⁸. Aby uniknąć nieporozumień, z tego samego powodu wymaga jednoznacznego odrzucenia możliwość upatrywania „neutralizacji” zakazu statuowanego w art. 178 pkt 1 k.p.k. i „wtórnej legalizacji” zeznań uzyskanych z jego naruszeniem w drodze zastosowania przepisu art. 168a *in principio* k.p.k., wedle którego nie można uznać dowodu za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania. Nie wdając się w szczegółową analizę i ocenę unormowania zawartego w powołanym na końcu przepisie, gdyż wykraczałoby to poza i tak nadwątlone ramy niniejszego artykułu, można poprzestać na jego gruncie na spostrzeżeniu, że niezależnie od różnic w zakresie jego interpretacji za bezsporne uchodzi stwierdzenie, że wskazane unormowanie nie może skutkować przekreśleniem systemu zakazów dowodowych⁷⁹.

W kontekście wspomnianego wyżej, niedającego się całkowicie wykluczyć samorzutnego złożenia zeznań przez radcę prawnego co do faktów objętych tajemnicą obrończą, nie może ująć uwadze, że wobec bezwzględnego charakteru zakazu przewidzianego w art. 178 pkt 1 k.p.k. przedstawione zachowanie w każdym wypadku stanowi przekroczenie normy sankcjonowanej przepisu art. 266 § 1 k.k. Wyczerpuje zarazem znamiona przewinienia dyscyplinarnego typizowanego w sposób blankietowy w art. 64 ust. 1 u.r.p. Nie przesądza to jeszcze w sposób konieczny

⁷⁶ Zob. G. Musialik, *Dopuszczalność stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego w stosunku do osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej na gruncie Kodeksu postępowania karnego z 1997 r.*, Pał. 1998, z. 11-12, s. 92 i n.

⁷⁷ Tak m.in.: R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 788; M. Rusinek, *op. cit.*, s. 237-238. Do odosobnionych należy odmienne zapatrywanie w podniesionej kwestii. W tym zakresie zob. Z. Sobolewski, *Wartość nielegalnie uzyskanego dowodu w postępowaniu karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 1976, sectio G, vol. XXIII, s. 45.

⁷⁸ W. Daszkiewicz, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 1978 r., OSPiKA 1979, z. 7-8, s. 354.

⁷⁹ Szerzej w kwestii przywołanej oceny oraz interpretacji przepisu art. 168a k.p.k. zob.: D. Gruszecka [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, s. 340-344 oraz powołana tam literatura; M. Kurowski [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, pod red. D. Świeckiego, Warszawa 2017, s. 623-632.

pociągnięcia do odpowiedzialności karnej lub odpowiedzialności dyscyplinarnej, ponieważ w konkretnych przypadkach wyłączenie takiej odpowiedzialności może wynikać z zakwalifikowania omawianego zachowania radcy prawnego w kategorii zachowania „kontratypowego” w oparciu o ustalenie, że samorzutne ujawnienie tajemnicy obrończej nastąpiło w warunkach stanu wyższej konieczności wyłączającego bezprawność (art. 26 § 1 k.k. w zw. z art. 74¹ pkt 2 u.r.p.)⁸⁰.

II. Względny zakaz przesłuchiwania radcy prawnego w charakterze świadka ze względu na tajemnicę radcowską (art. 180 § 2 k.p.k.)

Analizę tytułowego zakazu wypada rozpocząć od jego odniesienia do zakazu omówionego w poprzedniej części pracy, aby na tym podłożu zauważyć, że przewiduje on ochronę tajemnicy radcowskiej w ustalonym na początku znaczeniu w tych jej aspektach, które nie stanowią tajemnicy obrończej. Poza jego zakresem przedmiotowym pozostają zatem fakty, o których radca prawny dowiedział się w związku z udzieleniem porady prawnej lub prowadzeniem sprawy w ramach realizacji funkcji obrony, a więc działając w roli obrońcy lub świadcząc pomoc prawną o charakterze obrończym, np. zatrzymanemu w trybie art. 245 § 1 k.p.k.

W wytyczonym powyżej zakresie tajemnica radcowska nie korzysta z absolutnej ochrony na gruncie procesu karnego. Zgodnie z treścią art. 180 § 2 zd. 1 k.p.k. radca prawny może być wyjątkowo („tylko wtedy”) przesłuchiwany co do faktów objętych tą tajemnicą, gdy to jest niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Wzgląd na wyczerpujący i zamknięty sposób unormowania w tym przepisie sytuacji, w których możliwe jest przesłuchiwanie radcy prawnego co do faktów objętych tajemnicą radcowską, daje podstawę do wniosku, że zasadę stanowi wyłączenie takiej możliwości w procesie karnym. Upoważnia zarazem do upatrywania w powołanym przepisie normatywnego podłoża dla konstrukcji zakazu przesłuchiwania radcy prawnego w charakterze świadka co do faktów objętych tajemnicą radcowską. Wydaje się oczywiste, że o jego względnym charakterze, sygnalizowanym w tytule tej części pracy, przesądza przewidziana w art. 180 § 2 k.p.k. możliwość przeprowadzenia wskazanego dowodu pod pewnymi, wymienionymi wyżej warunkami.

⁸⁰ Szerzej zob. E. Plebanek, M. Rusinek, *Ujawnienie tajemnicy zawodowej w procesie karnym a odpowiedzialność karna*, CzPKiNP 2007, nr 1, s. 83–84. W podobnym duchu: P. Kardas, *op. cit.*, s. 45; J. Warylewski, *op. cit.*, s. 13.

Na gruncie unormowania zawartego w art. 180 § 2 zd. 1 k.p.k. zarysowuje się w sposób jaskrawy kolizja wartości stojących za obowiązkiem prawnym stanowiącym treść tajemnicy radcowskiej z dobrem wymiaru sprawiedliwości, ujętym w postaci jednego z warunków wyłączenia zakazu wynikającego z tego przepisu. Ustawodawca nie przesądza w tym przepisie w sposób definitywny tego, które z tych wartości waży więcej i zasługują na pierwszeństwo ich urzeczywistnienia na gruncie procesu karnego. Pozostawia ich porównawcze zestawienie *a casu ad casum* sądowi (art. 180 § 2 zd. 2 k.p.k.), przyjmując niejako pomocniczo, że w zakresie tego wartościowania dóbr prawnych należy mieć na względzie również to, czy ustalenie okoliczności, któremu miałyby służyć przesłuchanie radcy prawnego w charakterze świadka może nastąpić za pomocą innego dowodu. W kontekście dokonanych spostrzeżeń nie może jednak ująć uwadze, że sam fakt normatywnego ujęcia w kategorii wyjątku możliwości przesłuchania radcy prawnego w charakterze świadka co do okoliczności będących przedmiotem tajemnicy radcowskiej (art. 180 § 2 zd. 1 k.p.k.), przy wsparciu, jakie ten fakt znajduje w płaszczyźnie ustrojowej w ramach unormowania powinności zachowania tajemnicy zawodowej w sposób stanowczy i bezwzględny (art. 3 ust. 3 i 5 u.r.p.), daje podstawę do konstatacji, że ustawodawca w wymiarze generalnym i abstrakcyjnym, na gruncie panującego porządku prawnego przyznaje w sposób niedwuznaczny prymat tym wartościom, których ochronie służy instytucja tajemnicy radcowskiej⁸¹. Uzmysłwienie sobie tej generalnej preferencji ochrony tajemnicy radcowskiej przed ochroną dobra wymiaru sprawiedliwości ma niebagatelne znaczenie w aspekcie dalszych rozważań, przez jej pryzmat należy bowiem interpretować warunki przesłuchania radcy prawnego co do faktów objętych tą tajemnicą określone w art. 180 § 2 k.p.k.

Na tle przywołanego powyżej na pamięć stanowczego i bezwzględnie ujęcia obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej na gruncie ustrojowym, wynikającego w szczególności z treści art. 3 ust. 5 u.r.p., wykluczającego możliwość zwolnienia radcy prawnego z tego obowiązku, wyłania się kwestia relacji pomiędzy wymienionym przepisem i art. 180 § 2 k.p.k. Przepis ten przewiduje z kolei – jak już wyżej zaznaczono – możliwość przesłuchiwanie radcy prawnego co do faktów, które są przedmiotem tajemnicy radcowskiej. Wypada zauważyć, że ocena analogicznej relacji dotyczącej adwokatów, zachodzącej między przepisem ustrojowym, który przewiduje bezwzględny obowiązek zachowania tajemnicy adwokackiej (*arg. ex* art. 6 ust. 3 ustawy – Prawo o adwokaturze⁸²) i przepisem ustawy karnoprosesowej, przewidującym możliwość przesłuchania adwokata na

⁸¹ W tym duchu również P. Kardas, *op. cit.*, s. 17. Por. też E. Kruk, *op. cit.*, s. 35.

⁸² Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1184 ze zm.).

okoliczności objęte tą tajemnicą (art. 180 § 2 k.p.k., art. 163 Kodeksu postępowania karnego z 1969 r.⁸³), przez długie lata była przedmiotem żywego sporu i prowadziła do diametralnych rozbieżności w piśmiennictwie. Opierając się na analizie stanowisk prezentowanych współcześnie w judykaturze i doktrynie procesu karnego, można stwierdzić, że kontrowersje wokół podniesionej kwestii należą w gruncie rzeczy do przeszłości. Dlatego odsyłając do opracowań, w których zostały one szczegółowo zaprezentowane i omówione⁸⁴, można poprzestać na przyłączeniu się do niemal powszechnie panującego obecnie zapatrywania, zgodnie z którym pomiędzy normą wyrażoną w art. 3 ust. 3 u.r.p. i normą zawartą w art. 180 § 2 k.p.k. zachodzi relacja *lex generalia – lex specialis*⁸⁵. Pozwala to stwierdzić, że zakres zastosowania przepisu art. 3 ust. 5 u.r.p. ulega na podstawie reguły *lex specialis derogat legi generali* zawężeniu o sytuacji przewidziane w art. 80 § 2 k.p.k., w których radcę prawnego można zwolnić z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej. Do tożsamego wniosku prowadzi spostrzeżenie, że między wymienionymi normami zachodzi również relacja *lex posteriori – lex anterior*, uzasadniająca zastosowanie reguły kolizyjnej *lex posterior derogat legi priori*⁸⁶.

Posłużenie się przez ustawodawcę w art. 180 § 2 zd. 1 k.p.k. zwrotem „mogą być przesłuchiwane” świadczy dobitnie o tym, że adresatami tego przepisu i jednocześnie wynikającego z niego zakazu przesłuchiwania wymienionych w nim osób w charakterze świadków w innych sytuacjach, niż te, w których przepis ten znajduje zastosowanie, są organy procesowe. W powiązaniu z treścią art. 180 § 2 zd. 2 k.p.k. oznacza to, że organ procesowy nie może przesłuchać radcy prawnego w charakterze świadka bez zwolnienia go z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej, nawet gdy-

⁸³ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 1969 r. Nr 13, poz. 69 ze zm.).

⁸⁴ W szczególności zob.: Z. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 208–212; P.K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 166–182; M. Kucharczyk, *op. cit.*, s. 60–72.

⁸⁵ Powołany wcześniej wyrok TK z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03; postanowienie SA w Krakowie z dnia 30 grudnia 2009 r., sygn. akt AKz 536/09, Prok. i Pr. – wkładka 2010, nr 9, poz. 24; powołane już postanowienie SA w Szczecinie z dnia 29 października 2013 r., sygn. akt II AKz 330/13, s. 37; D. Gruszecka [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, s. 396; L. Korczak [w:] *Kodeks Etyki Radcy Prawnego. Komentarz*, pod red. T. Schefflera, Warszawa 2017, s. 137; M. Kucharczyk, *op. cit.*, s. 71–72; P.K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 166–182.

⁸⁶ Powołany wcześniej wyrok TK z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03. Wyrażone zapatrywanie jest związane z objęciem radców prawnych zakresem podmiotowym art. 180 § 2 k.p.k. dopiero w wyniku nowelizacji z dnia 20 lipca 2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzającego Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks karny skarbowy (Dz. U. z 2000 r. Nr 62, poz. 717).

by – sprzeniewierzając się spoczywającemu na nim obowiązкови, czego całkowicie wykluczyć niepodobna – wyraził gotowość zeznawania co do faktów objętych wskazaną tajemnicą⁸⁷. Można na tej podstawie stwierdzić, że zakaz dowodowy wynikający z art. 180 k.p.k. jest niezależny od woli świadka-radcy prawnego. Toruje to zarazem drogę uznaniu za wykluczoną możliwość legalnego, samorzutnego złożenia przez radcę prawnego zeznań co do faktów chronionych tajemnicą radcowską⁸⁸. Z tym zapatrywaniem w pełni harmonizuje pogląd Sądu Najwyższego, zgodnie z którym nakaz zachowania tajemnicy zawodowej przez radcę prawnego stanowi jego powinność zawodową i nie ma on prawa, bez zwolnienia od zachowania tej tajemnicy przez sąd, dysponować swoją wiedzą potrzebną organom procesowym⁸⁹.

W obliczu podniesionych wyżej uwag nie powinno być zgoła nic zaskakującego w stwierdzeniu, że zwolnienia radcy prawnego z obowiązku zachowania zawodowej dyskrecji i możliwości złożenia przez niego zeznań w charakterze świadka co do faktów objętych tajemnicą zawodową nie przynosi ewentualna zgoda klienta na ujawnienie przez niego takich faktów. Mając w pamięci uwypuklone na początku niniejszego opracowania wartości, których urzeczywistnieniu służy tajemnica radcowska, podkreślenia wymaga, że osoba korzystająca z pomocy prawnej nie jest dysponentem obowiązku zachowania zawodowej dyskrecji, wypływającego z relacji łączącej ją z radcą prawnym. Może sama ujawnić znane jej fakty objęte tajemnicą radcowską, ale nie ma prawa uchylić obowiązku zachowania takiej tajemnicy przez radcę prawnego. Prezentowane stanowisko znajduje silne oparcie w standardach etycznych i deontologicznych akcentujących niezależność radcy prawnego i przewidujących, że nie może on naruszać zasad etyki lub uchybiać spoczywającym na nim obowiązkom w celu spełnienia oczekiwań klienta (art. 7 ust. 3 KERP). Z poglądem tym koresponduje zapatrywanie najwyższej instancji sądowej, zgodnie z którym „obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej radcy prawnego został ustanowiony nie

⁸⁷ Zob. postanowienie SN z dnia 15 listopada 2012 r., sygn. akt SDI 32/12, <http://www.sn.pl> [data dostępu: 01.10.2018]; postanowienie SA w Krakowie z dnia 30 marca 2009 r., sygn. akt II AKz 110/09, KZS 2009, z. 4, poz. 36; E. Kruk, *op. cit.*, s. 32; M. Rusinek, *op. cit.*, s. 107; P.K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 156. Drugi z wymienionych Autorów poddaje jednak krytyce rozwiązanie prawne przewidziane w art. 180 § 2 k.p.k. – szerzej zob. M. Rusinek, *op. cit.*, s. 108-110.

⁸⁸ M. Rusinek, *op. cit.*, s. 107; P.K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 156. W odniesieniu do adwokatów zob. również E. Kruk, *op. cit.*, s. 32.

⁸⁹ Powołane wcześniej postanowienie SN z dnia 15 listopada 2012 r., sygn. akt SDI 32/12. Tak też powołane już postanowienie SA w Krakowie z dnia 30 marca 2009 r., sygn. akt II AKz 110/09.

tylko w interesie samego klienta, ale także w interesie samego zawodu radcy prawnego jako zawodu zaufania publicznego (...)”⁹⁰.

Biorąc pod uwagę ustalony krąg adresatów normy wyrażonej w art. 180 § 2 zd. 1 k.p.k., który tworzą organy procesowe, należy przyjąć, że na organach tych spoczywa zadanie czuwania nad przestrzeganiem w toku procesu karnego zakazu wynikającego z powołanego przepisu. Nie oznacza to jednak, aby organy procesowe były zobowiązane każdorazowo do wnikliwego analizowania, czy przedmiotem zeznań składanych przez radcę prawnego będą fakty objęte tajemnicą radcowską. Z zasady praworządności działania organów państwowych można natomiast wyprowadzić wnioski, że w razie powzięcia uzasadnionego przypuszczenia, że przesłuchanie radcy prawnego w charakterze świadka dotyczy lub ma dotyczyć faktów mieszczących się w zakresie przedmiotowym tajemnicy radcowskiej, organ procesowy powinien przerwać czynność przesłuchania celem zweryfikowania tego przypuszczenia i ewentualnego podjęcia decyzji w kwestii zwolnienia lub wystąpienia o zwolnienie radcy prawnego z obowiązku zachowania tajemnicy⁹¹. Uruchomienie trybu zwolnienia świadka z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej na podstawie art. 180 § 2 k.p.k. może nastąpić również bez uprzedniego przesłuchania radcy prawnego, jeżeli z okoliczności sprawy wynika, że czynność ta miałaby dotyczyć faktów objętych obowiązkiem zawodowej dyskrecji⁹².

W kontekście poczynionych spostrzeżeń nie może ująć uwadze, że powinnością radcy prawnego, świadomie przecież zakotwiczonego w płaszczyźnie ustrojowej obowiązku zachowania zawodowej dyskrecji, jest sygnalizowanie organowi procesowemu poufnego charakteru faktów, o które jest pytany. Do wywiązania się z tego zadania nie wystarczy oświadczenie w związku z wezwaniem na przesłuchanie lub samym przesłuchaniem, że na przykład oskarżony jest jego klientem od kilku lat⁹³. Powinien wyraźnie podnieść, że przedmiotem zeznań, których złożenia oczekuje od niego organ procesowy są fakty, o których dowiedział się, udzielając oskarżonemu pomocy prawnej.

Podjęcie decyzji w kwestii zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej, przybierające postać postanowienia o przesłuchaniu lub zezwoleniu na przesłuchanie radcy prawnego co do faktów objętych tajemnicą, należy do wyłącznej kompetencji sądu (art. 180 § 2 zd. 2

⁹⁰ Powołane wcześniej postanowienie SN z dnia 15 listopada 2012 r., sygn. akt SDI 32/12. Tak też powołane już postanowienie SA w Krakowie z dnia 30 marca 2009 r., sygn. akt II AKz 110/09.

⁹¹ W tym duchu także M. Rusinek, *op. cit.*, s. 110–111.

⁹² Tak trafnie L. Korczak, *op. cit.*, s. 140. Odmienne postanowienie SA w Krakowie z dnia 25 marca 2014 r., sygn. akt II AKa 68/14, KZS 2014, z. 4, poz. 48.

⁹³ Por. powołane już postanowienie SN z dnia 15 listopada 2012 r., sygn. akt SDI 32/12.

k.p.k.). Powierzenie tej roli sądowi jako organowi niezawisłemu świadczy o wadze, jaką ustawodawca przykłada do ochrony tajemnicy radcowskiej⁹⁴.

W postępowaniu jurysdykcyjnym regułą stanowi rozpatrywanie kwestii zwolnienia radcy prawnego z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej i jego przesłuchania w charakterze świadka na rozprawie w składzie rozpoznającym daną sprawę. Do zdecydowanie rzadszych w praktyce należą przypadki podejmowania decyzji we wskazanej kwestii na posiedzeniu, w składzie wynikającym z art. 30 lub art. 403 k.p.k. W omawianym stadium procesowym sąd orzeka w przedmiocie zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej z urzędu (art. 9 § 1 k.p.k.). Nie ma natomiast przeszkód, aby strona złożyła w tym względzie wnioski na podstawie art. 9 § 2 k.p.k.⁹⁵, pełniący rolę impulsu do wydania stosownego postanowienia przez sąd z urzędu.

W toku postępowania przygotowawczego, a nawet jeszcze przed jego zainaugurowaniem w zakresie dotyczącym przesłuchania radcy prawnego składającego zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa (art. 307 k.p.k.), sąd orzeka w przedmiocie przesłuchania lub zezwolenia na przesłuchanie radcy prawnego co do faktów objętych spoczywającym na nim obowiązkiem zachowania zawodowej dyskrecji wyłącznie na wniosek organu prokuratorskiego (art. 180 § 2 zd. 2 *in fine* k.p.k.). Wynika z tego jasno, że uprawnienie do zainicjowania czynności sądu w omawianym zakresie nie przysługuje ani nieprokuratorskim organom ścigania karnego, ani stronom postępowania przygotowawczego. Organ nieprokuratorski, dostrzegając potrzebę przesłuchania radcy prawnego co do faktów stanowiących przedmiot tajemnicy radcowskiej, musi zwrócić się do prokuratora sprawującego nadzór nad postępowaniem przygotowawczym, aby ten rozważył zasadność wniesienia do sądu wniosku przewidzianego w art. 180 § 2 k.p.k. Jeśli chodzi o strony procesowe, to wydaje się, że również w ramach pierwszego stadium procesowego nie można całkowicie wykluczyć złożenia wniosku na podstawie art. 9 § 2 k.p.k., który byłby dla prokuratora impulsem do wystąpienia do sądu na podstawie art. 180 § 2 k.p.k., na przykład jeżeli w trakcie przesłuchania radcy prawnego co do faktów niebędących przedmiotem tajemnicy zawodowej, przeprowadzanego przez organ ścigania karnego przy udziale strony procesowej, wyjdzie na jaw, że radcy prawnemu znane są okoliczności mające istotne znaczenie z punktu widzenia prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy, o których dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej.

⁹⁴ Zob. E. Kruk, *op. cit.*, s. 33–34.

⁹⁵ Szerzej w kwestii tych wniosków i ich rozpoznania zob. P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2006, s. 89 i n.

„Silniejszego” impulsu, wymagającego każdorazowo procesowego rozstrzygnięcia organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze, dostarcza wniosek dowodowy strony o przesłuchanie radcy prawnego w charakterze świadka co do faktów należących do zakresu przedmiotowego obowiązku zachowania zawodowej dyskrecji. Złożenie takiego wniosku przez stronę nie przesądza jednak wystąpienia przez prokuratora do sądu z wnioskiem o zezwolenie na przesłuchanie radcy prawnego we wskazanym zakresie. Odmienne stanowisko w tej materii wydaje się nie do przyjęcia i to nie tylko dlatego, że oznaczałoby w istocie możliwość obejścia ustalonego wyżej podmiotowego ograniczenia legitymacji do złożenia wniosku w przedmiocie zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej poprzez złożenie przez stronę procesową wniosku dowodowego. Również dlatego, a być może przede wszystkim, że zgodnie z takim stanowiskiem prokurator byłby zmuszony do wystąpienia z wnioskiem przewidzianym w art. 180 § 2 k.p.k. nawet wbrew sobie, w sytuacjach, w których uznaje taki wniosek za bezzasadny, na przykład dostrzegając możliwość udowodnienia określonych okoliczności na podstawie innych dowodów niż dowód z przesłuchania radcy prawnego w zakresie objętym tajemnicą radcowską. Wpisane w zobrazowane sytuacje sprowadzenie roli prokuratora do funkcji przekaziciela woli strony składającej opisany wyżej wniosek dowodowy byłoby nie do pogodzenia z założeniem odpowiedzialności tego organu za treść wniosku składanego w trybie art. 180 § 2 k.p.k., stanowiącym oczywistą konsekwencję powierzenia mu wyłącznej kompetencji do jego wniesienia. Stawiałoby zarazem pod znakiem zapytania normatywny sens podmiotowego zawężenia tej kompetencji na gruncie powołanego przepisu, a także kierowniczą rolę prokuratora w postępowaniu przygotowawczym⁹⁶.

Podniesione wyżej uwagi dają podstawę do konstatacji, że w razie złożenia przez stronę procesową wniosku dowodowego dotyczącego przesłuchania radcy prawnego w charakterze świadka co do faktów objętych tajemnicą radcowską, w postępowaniu przygotowawczym do prokuratora prowadzącego lub nadzorującego to postępowanie należy rozważenie zasadności wystąpienia do sądu na podstawie art. 180 § 2 k.p.k. z wnioskiem o zwolnienie świadka z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej i zezwolenie na jego przesłuchanie. Na tym tle wymaga zaakcentowania, że organ prokuratorski nie może *a limine* oddalić wniosku dowodowego strony, powołując się na to, że radca prawny jest związany spoczywającym na nim obowiązkiem zachowania zawodowej dyskrecji⁹⁷. Oddalenie omawianego wniosku ze względu na niedopuszczalność dowodu podyktowa-

⁹⁶ Tak również M. Rusinek, *op. cit.*, s. 163. Odmienne P.K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 232.

⁹⁷ Tak trafnie M. Rusinek, *op. cit.*, s. 162.

ną zakazem przesłuchiwanie radcy prawnego w charakterze świadka co do faktów objętych tajemnicą radcowską (art. 170 § 1 pkt 1 w zw. z art. 180 § 2 zd. 1 k.p.k.) musi być poprzedzone zbadaniem przez prokuratora zasadności wystąpienia do sądu z wnioskiem przewidzianym w art. 180 § 2 zd. 1 k.p.k., opartym na weryfikacji warunków zwolnienia z obowiązku zachowania tej tajemnicy określonych w powołanym przepisie. Nie wydaje się zbędne podkreślenie, że w przypadku pozytywnego rezultatu takiej weryfikacji prokurator powinien skierować do sądu wnioski o zezwolenie na przesłuchanie radcy prawnego w charakterze świadka co do faktów, o których dowiedział się w związku ze świadczeniem pomocy prawnej, która nie miała charakteru obrończego. Pozwala to zauważyć, że w sytuacji, w której sąd przychylił się do wniosku prokuratora, organ ścigania karnego, wobec uchylecia przez sąd zakazu wynikającego z art. 180 § 2 zd. 1 k.p.k., jest zobowiązany do uwzględnienia wniosku dowodowego strony, który był impulsem do uruchomienia procedury przewidzianej w art. 180 § 2 zd. 2 k.p.k. i przesłuchania radcy prawnego w charakterze świadka co do wskazanych faktów, chyba że stwierdzi jedną z podstaw oddalenia wniosku dowodowego określonych w art. 170 § 1 k.p.k., inną naturalnie niż ta, której przyczynę stanowiłby analizowany zakaz⁹⁸. Warto podkreślić, że inaczej rzecz się będzie miała, gdy zezwolenie przez sąd na przesłuchanie radcy prawnego w charakterze świadka co do faktów objętych tajemnicą radcowską stanowi konsekwencję własnej inicjatywy organu ścigania karnego, w takim bowiem wypadku przyjąć należy, oddając pierwszeństwo ochronie tajemnicy zawodowej, wynikające *in genere* z wyjątkowości unormowania przewidzianego w art. 180 § 2 k.p.k., że mimo udzielonego zezwolenia, organ procesowy może zrezygnować z przeprowadzenia wskazanej czynności dowodowej, na przykład gdy dostrzeże możliwość udowodnienia określonych okoliczności za pomocą innych dowodów⁹⁹.

Przepis art. 180 § 2 k.p.k. nie określa formy wniosku prokuratora o zezwolenie na przesłuchanie osób wymienionych w tym przepisie, w tym radcy prawnego, co do faktów stanowiących przedmiot tajemnicy zawodowej. Można by więc pomyśleć, że jego złożenie może nastąpić zarówno w formie pisemnej, jak i ustnie (*arg. ex art. 116 k.p.k.*). W doktrynie procesu karnego przyjmuje się nawet możliwość wystąpienia z takim wnioskiem w drodze telefonicznej, przy jednoczesnym udokumentowaniu dokona-

⁹⁸ Na marginesie należy zaznaczyć, że ocena wniosku dowodowego strony przez pryzmat okoliczności wskazanych w art. 170 § 1 k.p.k. powinna w każdym wypadku poprzedzać ewentualne uruchomienie przez prokuratora procedury określonej w art. 180 § 2 zd. 2 k.p.k. Tak też M. Rusinek, *op. cit.*, s. 164.

⁹⁹ Zob. M. Rusinek, *op. cit.*, s. 164.

nej czynności w notatce urzędowej¹⁰⁰. Z praktycznego punktu widzenia, w szczególności w aspekcie skuteczności wniosku kierowanego do sądu w trybie art. 180 § 2 zd. 2 k.p.k., podstawowe znaczenie w omawianej materii zyskuje wymaganie wnikliwego wykazania przez prokuratora, że zachodzą warunki udzielenia zezwolenia na przesłuchanie radcy prawnego co do faktów objętych obowiązkiem zawodowej dyskrecji. Jego realizacja nie może być postrzegana w kategorii zwykłej formalności i sprowadzać się do powtórzenia zwrotów, którymi posłużył się ustawodawca dla sformułowania wskazanych warunków w płaszczyźnie normatywnej¹⁰¹. Na prokuratorze spoczywa w pierwszym rzędzie ciężar sprecyzowania zakresu zwolnienia z tajemnicy radcowskiej poprzez dokładne i niebudzące wątpliwości skonkretyzowanie okoliczności, co do których radca prawny ma być przesłuchany. Należy w związku tym wykluczyć ogólnikowe, pozbawione odniesienia do konkretnych okoliczności, określenie zakresu zwolnienia z obowiązku zachowania zawodowej dyskrecji, w świetle którego zwolnienie musiałoby w istocie stanowić *carte blanche* dla dowolnego korzystania z niego przez organy ścigania karnego. Warto zaznaczyć, że takie generalne zwolnienie radcy prawnego z tajemnicy radcowskiej w odniesieniu do całości przedmiotu śledztwa lub dochodzenia byłoby niezgodne z treścią art. 180 § 2 zd. 1 k.p.k., dopuszczającego możliwość zwolnienia tylko dla dobra wymiaru sprawiedliwości¹⁰². Sprecyzowaniu zakresu zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej musi towarzyszyć przekonujące uzasadnienie przez prokuratora, z właściwym odniesieniem do materiału dowodowego zawartego w aktach postępowania przygotowawczego, że w postulowanym zakresie zwolnienia aktualizują się w sposób łączny warunki zwolnienia określone w powołanym przepisie¹⁰³. Biorąc pod uwagę zarysowane, zasadnicze wymagania, jakie pod względem treściowym musi spełniać wniosek prokuratora kierowany do sądu w trybie art. 180 § 2 k.p.k., trudno uchylić się od konstatacji, że ich właściwą i zarazem optymalną realizację zapewnia forma pisemna tej czynności procesowej. Na tej podstawie można wyrazić przekonanie, że tej właśnie formie powinien odpowiadać analizowany wniosek organu prokuratorskiego¹⁰⁴. Zbyteczne być może jest podkreślenie waloru gwarancyjnego takiego roz-

¹⁰⁰ Por. R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 813.

¹⁰¹ Postanowienie SA w Katowicach z dnia 17 lutego 2016 r., sygn. akt II AKz 64/16, „Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Katowicach. Biuletyn” 2016, nr 1, s. 11-12.

¹⁰² Powołane wcześniej postanowienie SA w Krakowie z dnia 19 marca 2009 r., sygn. akt II AKz 64/2009.

¹⁰³ Zob. powołane wcześniej postanowienie SA w Katowicach z dnia 17 lutego 2016 r., sygn. akt II AKz 64/16, s. 11-12.

¹⁰⁴ Odchodzę tym samym od zapatrywania wyrażonego niegdyś w odniesieniu do zwolnienia doradcy podatkowego z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej – zob. J. Zagrodnik, *Tajemnica zawodowa...*, s. 5.

wiązania, wyrażającego się w możliwości dokładnego zaznajomienia się przez radcę prawnego, którego dotyczy wniosek prokuratora o zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej zarówno z określonym w nim zakresem zwolnienia, jak i argumentami przedstawionymi na rzecz jego uwzględnienia. Nie można wykluczyć, że na kanwie lektury wniosku prokuratora radca prawny zwróci się do sądu z pismem stanowiącym *sui generis* odpowiedź na ten wniosek.

Rozpoznanie wniosku prokuratora o zezwolenie na przesłuchanie radcy prawnego co do faktów objętych tajemnicą radcowską należy do właściwości funkcjonalnej sądu rejonowego, który orzeka w tym przedmiocie w składzie jednoosobowym na posiedzeniu bez udziału stron (art. 329 § 1 i art. 180 § 2 zd. 2 k.p.k.). Sąd powinien rozpoznać taki wniosek w terminie 7 dni od doręczenia mu postanowienia prokuratora. Termin ten ma charakter instrukcyjny, co oznacza, że uchybienie temu terminowi nie pociąga za sobą negatywnych skutków procesowych. Służy on usprawnieniu procedowania w przedmiocie zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w trybie art. 180 § 2 zd. 2 k.p.k.¹⁰⁵

Jak już wyżej zaznaczono, sąd orzeka o zwolnieniu z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej i przesłuchuje lub udziela zezwolenia na przesłuchanie radcy prawnego co do faktów objętych tą tajemnicą, jeżeli stwierdzi zachodzące koniunkcyjnie warunki takiego orzeczenia określone w art. 180 § 2 k.p.k., mianowicie niezbędną zeznań radcy prawnego co do wskazanych faktów dla dobra wymiaru sprawiedliwości oraz niemożność ustalenia danej okoliczności za pomocą innego dowodu¹⁰⁶. Mając stale w pamięci zaprezentowane w początkowym fragmencie tej części pracy zapatrywanie co do generalnego prymatu ochrony tajemnicy radcowskiej przed ochroną dobra wymiaru sprawiedliwości w polskim porządku prawnym, znajdujące oparcie w rozwiązaniu prawnym przewidzianym w powołanym przepisie, w kontekście normatywnym wynikającym z płaszczyzny ustrojowej (art. 3 ust. 3 i 5 u.r.p.), należy w tym miejscu przyjąć, że zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej powinno być w praktyce rozpatrywane w kategoriach ostateczności¹⁰⁷. Takie podejście dominuje współcześnie w judykaturze, w której panuje pogląd, że uchylenie tajemnicy zawodowej na podstawie art. 180 § 2 k.p.k. „powinno być stosowane jedynie incydentalnie, po starannym rozważeniu okoliczności konkretnej sprawy, obligatoryjnym wypełnieniu ustawowych przesłanek oraz po przeprowadzeniu wnikliwej analizy tego, czy *in concreto* interesy wymiaru sprawiedliwości uzasadniają naruszenie

¹⁰⁵ Tak też: M. Rusinek, *op. cit.*, s. 166; P.K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 232.

¹⁰⁶ Zob. powołane wcześniej postanowienie SA w Krakowie z dnia 19 marca 2009 r., sygn. akt II AKz 64/2009.

¹⁰⁷ Zob. M. Rusinek, *op. cit.*, s. 148.

chronionego przez nią interesu publicznego i prywatnego¹⁰⁸. Akcentując rolę sądu, jako organu stojącego na straży praworządności w demokratycznym państwie prawa, respektującego doniosłość tajemnicy radcowskiej, przyjmuje się, że decyzja sądu w przedmiocie zwolnienia z tajemnicy w trybie art. 180 § 2 k.p.k., „zmierająca do wyjątkowego wzruszenia zakazu dowodowego w imię dobra wymiaru sprawiedliwości, musi w swej logice uwzględniać istotę praw i wolności obywatelskich zawarowanych w Konstytucji RP¹⁰⁹. Znajdujący uwypuklenie na gruncie przyjętego stanowiska i przytoczonych poglądów judykatury wyjątkowy charakter zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej, wynikający z treści art. 180 § 2 k.p.k., przesądza o tym, że ustawowe warunki, od których spełnienia jest ono uzależnione muszą być – zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt excendendae* – rozumiane ściśle i nie podlegają jakiegokolwiek wykładni rozszerzającej¹¹⁰.

Zdając sobie sprawę z tego, że w kwestii rozumienia warunków zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej określonych w art. 180 § 2 k.p.k. nie ma w piśmiennictwie pełnej jednomyślności, należy zaznaczyć, że szczegółowe zobrazowanie poszczególnych poglądów i stanowisk interpretacyjnych w podniesionej kwestii nie wydaje się w niniejszym opracowaniu możliwe, gdyż wykraczałoby wyraźnie poza jego ograniczone ramy, a nie jest to konieczne na użytek dalszych ustaleń. Pozwala to poprzestać w tym miejscu na odesłaniu do publikacji, w których wspomniane poglądy i stanowiska zostały przybliżone i poddane analizie wraz z towarzyszącymi im niekiedy propozycjami w zakresie normatywnego ukształtowania *de lege ferenda* warunków uchylenia rodzajowych odmian tajemnicy zawodowej wyróżnionych w powołanym przepisie¹¹¹.

Przechodząc tymczasem do wyjaśnienia warunku zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej odwołującego się do dobra wymiaru sprawiedliwości, można od razu zauważyć, że z samego faktu opar-

¹⁰⁸ Powołane wcześniej postanowienie SA w Szczecinie z dnia 29 października 2013 r., sygn. akt II AKz 330/13, s. 37; postanowienie SA w Łodzi z dnia 6 maja 2015 r., sygn. akt II AKz 225/15, „Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Łodzi” 2015, nr 1, s. 94.

¹⁰⁹ Stanowisko takie zostało wyrażone wprawdzie w odniesieniu do tajemnicy adwokackiej, ale nie powinno nasuwać niczyich wątpliwości, że znajduje ono pełne odniesienie do tajemnicy radcowskiej. Zob. powołane wcześniej postanowienie SA w Szczecinie z dnia 29 października 2013 r., sygn. akt II AKz 330/13, s. 37 i n.

¹¹⁰ Tak też powołane wcześniej: wyrok TK z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03 oraz postanowienie SA w Szczecinie z dnia 29 października 2013 r., sygn. akt II AKz 330/13. Analogiczne stanowisko prezentują również m.in.: E. Kruk, *op. cit.*, s. 37; T. Razowski, *Zwolnienie świadka z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w procesie karnym*, Prok. i Pr. 2010, nr 7–8, s. 144.

¹¹¹ Przede wszystkim zob. M. Rusinek, *op. cit.*, s. 144–154. Por. także P.K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 212–217; E. Kruk, *op. cit.*, s. 34–38.

cia jego konstrukcji na klauzuli generalnej wynika to, że ma on charakter ogólny i niejednoznaczny. Jego dookreślenie wymaga przede wszystkim przybliżenia pojęcia wymiaru sprawiedliwości. W ujęciu abstrakcyjnym, oderwanym od specyfiki poszczególnych dziedzin prawa, pojęcie to odnosi się do działalności polegającej na wiążącym rozstrzygnięciu w drodze zastosowania prawa sporów prawnych, w ramach których przynajmniej jedną ze stron jest jednostka lub inny podobny podmiot¹¹². W aspekcie karnoprosesowym, w kontekście normatywnym wynikającym z treści art. 180 § 2 k.p.k., należy przyjąć, identyfikując przedmiot sporu prawnego z głównym przedmiotem procesu, że pod pojęciem wymiaru sprawiedliwości kryje się wiążące rozstrzygnięcie przy zastosowaniu prawa kwestii odpowiedzialności karnej określonej osoby ściganej za zarzucany jej czyn¹¹³. Dobro tak rozumianego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych należy wiązać z rozstrzygnięciem wskazanej kwestii przez sąd zgodnie z postulatem materialnej sprawiedliwości¹¹⁴, której wyrazem jest zasada trafnej reakcji karnej, zgodnie z którą „każdy ten, i tylko ten, kto jest winien popełnienia przestępstwa, powinien za to ponieść odpowiedzialność taką i tylko taką, na jaką wedle prawa [karnego – *przyp.* J.Z.] zasłużył”¹¹⁵.

Nie kwestionując bynajmniej tego, że optymalną drogę do osiągnięcia skonkretyzowanego powyżej „materialnego” celu procesu karnego stanowi procedura podporządkowana urzeczywistnieniu dyrektywy stanowiącej treść zasady prawdy, w aspekcie prowadzonych rozważań wymaga zwrócenia uwagi, że realizacja tej zasady nie jest ani absolutną determinantą ani bezwzględnie koniecznym warunkiem osiągnięcia sprawiedliwości materialnej. Najlepiej zresztą świadczy o tym analizowana wycinkowo w niniejszej pracy konstrukcja zakazów dowodowych, zasadzająca się na założeniu ograniczenia możliwości dotarcia do prawdy w procesie karnym, a więc dokonania ustaleń faktycznych zgodnych z prawdą, ze względu na potrzebę ochrony istotnych interesów państwa, społecznych lub indywidualnych¹¹⁶. Do miana oczywistych może pretendować spostrzeżenie, że wprowadzenie takich zakazów do systemu prawa karnego procesowego, oznaczające niewątpliwie relatywizację kategorycznego postulatu poznania prawdy, nie przekreśla samo przez się osiągnięcia „materialnego” celu procesu karnego, a więc rozstrzygnięcia kwestii odpowie-

¹¹² Szerzej zob. J. Zagrodnik, *Model interakcji postępowania przygotowawczego i postępowania głównego w procesie karnym*, Warszawa 2013, s. 100–103 oraz powołana tam literatura.

¹¹³ *Ibidem*, s. 103. Zob. też J. Zagrodnik [w:] *Proces karny*, pod red. K. Marszała, J. Zagrodnika, Warszawa 2017, s. 61.

¹¹⁴ Szerzej w kwestii pojęcia sprawiedliwości materialnej zob. J. Zagrodnik, *Model interakcji...*, s. 64–65 oraz powołana tam literatura.

¹¹⁵ M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Warszawa 1974, s. 221.

¹¹⁶ Zob. Z. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 56–59.

działności karnej określonej osoby w sposób odpowiadający postulatowi sprawiedliwości materialnej – zgodnie z zasadą trafnej reakcji karnej. Dlatego wydaje się, że nie ma dostatecznych podstaw do tego, aby w kontekście normatywnym wynikającym z art. 180 § 2 k.p.k. dobro wymiaru sprawiedliwości utożsamiać (identyfikować wyłącznie) z realizacją zasadą prawdy materialnej¹¹⁷.

Zdając sobie sprawę, że ustalone rozumienie pojęcia „dobro wymiaru sprawiedliwości” nie przynosi konkretyzacji omawianego warunku zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej, która uwalniałaby go od znamienia ogólności, wymaga zaakcentowania, że prawdziwie limitującą rolę nadaje mu w istocie dopiero znaczenie, jakie w kontekście wskazanego dobra ma przesłuchanie radcy prawnego w charakterze świadka co do faktów objętych tajemnicą radcowską, dla którego kwalifikacji ustawodawca stosuje na gruncie art. 180 § 2 k.p.k. kryterium „niezbędności”. Odwołując się do tego kryterium, można stwierdzić, że zwolnienie radcy prawnego z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej na podstawie powołanego przepisu może mieć miejsce, jeżeli bez jego zeznań co do wskazanych faktów nie jest możliwe rozstrzygnięcie kwestii odpowiedzialności karnej określonej osoby w sposób zgodny z postulatem materialnej sprawiedliwości, urzeczywistniający zasadę trafnej reakcji karnej. Dodatkowo, nie tracąc z pola widzenia dotychczasowych spostrzeżeń, należy podkreślić, że dla uznania analizowanego warunku przesłuchania radcy prawnego w charakterze świadka co do faktów objętych tajemnicą radcowską za spełniony nie wystarczy ustalenie, że zwolnienie go z tej tajemnicy jest niezbędne dla realizacji dyrektywy stanowiącej treść zasady prawdy materialnej. Konieczne jest stwierdzenie, że odchylenie od bezwzględnego przeprowadzenia wymienionej zasady w procesie karnym, przyjmujące postać zakazu dowodowego znajdującego zakotwiczenie w art. 180 § 2 k.p.k., stoi na przeszkodzie rozstrzygnięciu o przedmiocie procesu zgodnie ze standardem sprawiedliwości materialnej. Nie może ująć uwadze, że zaprezentowane stanowisko pozwala wykluczyć zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej na podstawie wymienionego przepisu w tych przypadkach, w których byłoby to wprawdzie niezbędne dla dokonania zgodnych z prawdą ustaleń faktycznych, ale w odniesieniu do okoliczności niemających istotnego znaczenia z perspektywy urzeczywistnienia sprawiedliwości materialnej (zasady trafnej reakcji karnej) w warunkach procesu karnego¹¹⁸.

¹¹⁷ Odmienny punkt widzenia zdaje się reprezentować M. Rusinek, *op. cit.*, s. 148. Podobnie można odczytywać stanowisko TK prezentowane w powoływanym już wyroku z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03.

¹¹⁸ Por. postanowienie SA w Katowicach z dnia 8 lutego 2017 r., sygn. akt II AKz 66/17, „Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Katowicach. Biuletyn” 2017, nr 1, s. 11.

W porównaniu z poddanym już analizie warunkiem zwolnienia radcy prawnego z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej drugi z warunków określonych w art. 180 § 2 k.p.k., mianowicie niemożność ustalenia określonej okoliczności za pomocą innego dowodu, stanowi niewątpliwie bardziej wymierne i sprawdzalne kryterium podejmowania decyzji w przedmiocie zwolnienia ze wskazanej tajemnicy¹¹⁹. Należy w nim widzieć konkretyzację, a w pewnym sensie również dopełnienie warunku odwołującego się do niezbędności uchylenia zakazu dowodowego wynikającego z powołanego przepisu dla dobra wymiaru sprawiedliwości¹²⁰. Niezbędność w tym kontekście normatywnym oznacza właśnie niemożliwość dokonania ustaleń istotnych dla sprawiedliwego materialnie rozstrzygnięcia o przedmiocie procesu za pomocą innych dowodów niż dowód z zeznań radcy prawnego, przy założeniu wyczerpania istniejących w danej sprawie źródeł dowodowych¹²¹. Analizowany warunek należy uznać za spełniony, przy przyjęciu wskazanego założenia, jeżeli brak dowodu innego niż zeznania radcy prawnego, który umożliwiałby ustalenie określonej okoliczności, mającej znaczenie dla rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności karnej w sposób zgodny z postulatem materialnej sprawiedliwości. W aspekcie niemożności ustalenia określonej okoliczności za pomocą innego dowodu pojęcie braku dowodu wymaga odniesienia zarówno do dowodu w znaczeniu źródła dowodowego, jak i w znaczeniu środka dowodowego. Daje to podstawę do konstatacji, że w kategorii braku dowodu podlegającego ocenie sądu pod kątem realizacji warunków zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w trybie art. 180 § 2 k.p.k. należy kwalifikować zarówno stan faktycznego nieistnienia źródła dowodowego w zakresie dotyczącym ustalenia określonej okoliczności¹²², jak i stan, w którym źródło dowodowe, obiektywnie rzecz biorąc, istnieje, ale nie wynika z tego realna dostępność środków dowodowych pozwalających na ustalenie określonej okoliczności ze względu na przykład na odnoszący się do tego źródła bezwzględny zakaz dowodowy (art. 178

Por. także L.K. Paprzycki [w:] J. Grajewski, L.K. Paprzycki, M. Płachta, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Kraków 2003, s. 446.

¹¹⁹ Tak powołany wcześniej wyrok TK z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03.

¹²⁰ W kwestii wzajemnej relacji obu warunków określonych w art. 180 § 2 k.p.k. oraz ich krytycznej oceny szerzej zob. M. Rusinek, *op. cit.*, s. 153–154.

¹²¹ W tym tonie wypowiedział się SA w Szczecinie w powołanym już postanowieniu z dnia 29 października 2013 r., sygn. akt II AKz 330/13, s. 55.

¹²² Do takich sytuacji zawęził rozumienie braku dowodu SA w Katowicach w postanowieniu z dnia 12 października 2012 r., sygn. akt II AKz 664/11, LEX nr 1102940. Zob. też postanowienie SA w Katowicach z dnia 4 marca 2009 r., sygn. akt II AKz 151/09, „Biuletyn Sądu Apelacyjnego w Katowicach i sądów okręgowych apelacji katowickiej” 2009, nr 2, poz. 3, s. 9–10.

k.p.k.)¹²³ lub skorzystanie przez uprawnioną osobę z prawa odmowy zeznań (art. 182 k.p.k.) albo z prawa odmowy wyjaśnień (art. 175 § 1 k.p.k.)¹²⁴. Na tym tle konieczne staje się podkreślenie, że zwolnienie z tajemnicy radcowskiej na podstawie art. 180 § 2 k.p.k. nie może służyć do potwierdzenia lub konfrontacji zgromadzonych dowodów. W judykaturze trafnie przyjmuje się, że dokonanie analizy i oceny zebranych dowodów stanowi zadanie organu procesowego, które podlega realizacji w ramach swobodnej oceny dowodów na podstawie art. 7 k.p.k.¹²⁵ To, że przesłuchanie radcy prawnego co do faktów objętych tajemnicą radcowską byłoby pomocne w realizacji tego zadania i służyło poczynieniu prawdziwych ustaleń faktycznych pozostaje bez znaczenia w aspekcie zwolnienia z obowiązku zachowania tej tajemnicy, ponieważ wygoda czy ułatwienie pracy organom procesowym, np. realizacji przyjętej strategii śledztwa, nie stanowią warunków podejmowanej w tym przedmiocie decyzji¹²⁶. Nie zmieniając w zasadzie optyki, należy wyrazić aprobatę dla zapatrywania, że dla przyjęcia niemożności ustalenia określonej okoliczności (istotnej dla rozstrzygnięcia o przedmiocie procesu zgodnie z postulatem sprawiedliwości materialnej) w inny sposób niż przez „przełamanie” tajemnicy radcowskiej nie wystarcza „ani istnienie pewnych, możliwych do pokonania przeszkód w dotarciu do istniejącego źródła dowodowego, ani też nieustalenie istnienia takiego źródła, wynikające z niepodjęcia wszystkich koniecznych w danym momencie czynności wykrywczych”¹²⁷.

W świetle całości dotychczasowych wywodów przeprowadzonych w niniejszej części pracy, zwłaszcza ustaleń dotyczących wyjątkowego charakteru zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej w trybie art. 180 § 2 k.p.k., niczyich zastrzeżeń nie powinno nasuwać stwierdzenie, że postanowienie sądu o przesłuchaniu lub zezwoleniu na przesłuchanie radcy prawnego co do faktów objętych wspomnianym obowiązkiem nie może być traktowane jako formalność. Takiego podejścia, pozbawiającego wskazaną decyzję realnego znaczenia, nie dałoby się pogodzić z niekwestionowaną doniosłością społeczną zawodów wyszczególnionych w powo-

¹²³ Tak M. Rusinek, *op. cit.*, s. 150, przypis 442.

¹²⁴ W tym duchu wypowiedział się SA w Szczecinie w powołanym wcześniej postanowieniu z dnia 29 października 2013 r., sygn. akt II AKz 330/13, s. 55. Analogiczną myśl można odnaleźć w postanowieniu SA w Krakowie z dnia 24 maja 2016 r., sygn. akt II AKz 159/16, KZS 2016, z. 6, poz. 52.

¹²⁵ Zob. postanowienie SO w Warszawie z dnia 30 maja 2017 r., sygn. akt XII Kp 450/17, <http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl> [data dostępu: 01.10.2018].

¹²⁶ Zob. powołane wcześniej postanowienia SA w Krakowie: z dnia 30 marca 2009 r., sygn. akt II AKz 110/2009 oraz z dnia 24 maja 2016 r., sygn. akt II AKz 159/16.

¹²⁷ Powołane wcześniej postanowienie SA w Szczecinie z dnia 29 października 2013 r., sygn. akt II AKz 330/13, s. 55. Tak też w odniesieniu do adwokatów E. Kruk, *op. cit.*, s. 36.

lanym przepisie¹²⁸. Zadaniem sądu jest wnikliwe rozważenie i osadzenie podejmowanej decyzji procesowej w realiach dowodowych sprawy, w której rozpatruje kwestię przesłuchania lub zezwolenia na przesłuchanie radcy prawnego co do faktów stanowiących przedmiot tajemnicy radcowskiej¹²⁹. Warto w tym miejscu przypomnieć to, co już zostało powiedziane nieco wyżej, mianowicie, że uchylenie tajemnicy radcowskiej musi być poprzedzone starannym rozpatrzeniem okoliczności konkretnej sprawy, ustaleniem, że są spełnione ustawowe warunki takiej decyzji określone w art. 180 § 2 k.p.k. oraz wnikliwą analizą tego, czy *in concreto* interesy wymiaru sprawiedliwości uzasadniają naruszenie chronionego przez tajemnicę interesu publicznego i prywatnego¹³⁰. Należy przy tym zaznaczyć, że zwolnienie z obowiązku zachowania tej tajemnicy nie może mieć charakteru blankietowego. Sąd powinien w postanowieniu dokładnie określić zakres zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej, na przykład poprzez wskazanie czynności radcowskich, osób, których zwolnienie dotyczy, dokumentów i dat¹³¹.

Postanowienie sądu w przedmiocie przesłuchania lub zezwolenia na przesłuchanie radcy prawnego co do faktów objętych tajemnicą radcowską jako decyzja podlegająca zaskarżeniu wymaga uzasadnienia (art. 98 § 3 w zw. z art. 180 § 2 zd. 2 k.p.k.). Jakkolwiek ustawa nie precyzuje składników treściowych uzasadnienia omawianego postanowienia, to za oczywiste można uznać, że powinno ono zawierać pełne wyjaśnienie podstawy prawnej i faktycznej rozstrzygnięcia¹³². W przypadku postanowienia zwalniającego z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej wyjaśnienie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia wymaga wykazania spełnienia warunków określonych w art. 180 § 2 k.p.k., przede wszystkim poprzez wskazanie, jakie fakty to uzasadniają i jakie z nich wynikają wnioski istotne dla podjętej decyzji¹³³. Z tej perspektywy wydaje się wprost oczywi-

¹²⁸ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt II AKz 285/12, KZS 2012, z. 7–8, poz. 55, Prok. i Pr. – wkładka 2013, nr 1, poz. 32; postanowienie SA w Katowicach z dnia 29 czerwca 2013 r., sygn. akt II AKz 303/13, „Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Katowicach. Biuletyn” 2013, nr 3, s. 17; powołane już postanowienie SA w Łodzi z dnia 6 maja 2015 r., sygn. akt II AKz 225/15, s. 94 i n.

¹²⁹ Powołane wcześniej postanowienie SA w Łodzi z dnia 6 maja 2015 r., sygn. akt II AKz 225/15, s. 94 i n.

¹³⁰ Powołane już postanowienia: SA w Szczecinie z dnia 29 października 2013 r., sygn. akt II AKz 330/13, s. 37 oraz SA w Łodzi z dnia 6 maja 2015 r., sygn. akt II AKz 225/15, s. 94.

¹³¹ Por. postanowienie SA w Krakowie z dnia 23 listopada 2016 r., sygn. akt II AKz 332/16, KZS 2016, z. 12, poz. 53.

¹³² Tak trafnie P.K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 226.

¹³³ Powołane wcześniej postanowienie SA w Łodzi z dnia 6 maja 2015 r., sygn. akt II AKz 225/15, s. 94 i n.

ste, że wyjaśnienie to nie może sprowadzać się do zacytowania czy odnotowania okoliczności ujętych w treści art. 180 § 2 k.p.k., stanowiących warunki przesłuchania radcy prawnego co do faktów objętych tajemnicą radcowską. Poprzestanie przez sąd na takim odwołaniu do tekstu ustawy należałoby uznać za równoznaczne z brakiem uzasadnienia postanowienia o zwolnieniu radcy prawnego z obowiązku zachowania zawodowej dyskrecji¹³⁴. Z perspektywy weryfikacji postanowienia udzielającego zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej w instancji odwoławczej trzeba stwierdzić, że w zasadzie wyklucza jej przeprowadzenie wyjaśnienie podstawy faktycznej pełne ogólnych stwierdzeń na temat konieczności zwolnienia lub arbitralnych ocen bez przytoczenia jakichkolwiek faktów, odnoszących się do realiów dowodowych konkretnej sprawy, w których te stwierdzenia bądź oceny znajdowałyby oparcie¹³⁵.

Postanowienie o przesłuchaniu lub zezwoleniu na przesłuchanie radcy prawnego co do faktów objętych tajemnicą zawodową pociąga za sobą obowiązek złożenia przez niego zeznań w określonym decyzją sądu zakresie, w którym został zwolniony z obowiązku zachowania zawodowej dyskrecji. W tym zakresie radca prawny nie może odmówić złożenia zeznań ze względu na tajemnicę radcowską. Taka odmowa musi być zatem kwalifikowana jako bezpodstawna i może prowadzić do przymusowego wyegzekwowania złożenia zeznań przy zastosowaniu sankcji wymuszających (art. 285 § 1 w zw. z art. 287 § 1 i 2 k.p.k.)¹³⁶. Naturalnie, radca prawny, który składa zeznania co do faktów objętych tajemnicą radcowską w oparciu o zwolnienie go przez sąd z obowiązku jej zachowania i w jego granicach nie może być z tego powodu pociągnięty ani do odpowiedzialności karnej, ani do odpowiedzialności dyscyplinarnej, ponieważ jego zachowanie nie nosi znamienia bezprawności; przeciwnie, mieści się ono w ramach wyraźnego przyzwolenia przepisu ustawy – art. 180 § 2 k.p.k.¹³⁷

Odmowa zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej nie stoi na przeszkodzie temu, aby w toku dalszego postępowania w danej sprawie kwestia zwolnienia była ponownie przedmiotem rozważań sądu, na przykład w razie złożenia przez prokuratora kolejnego wniosku o udzielenie takiego zwolnienia po przeprowadzeniu dalszych czynności dochodzeniowych lub śledczych, służących wyczerpaniu dostępnych źródeł dowodowych i wykazaniu w ten sposób zasadności przesłuchania

¹³⁴ Por. wyrok SN z dnia 22 lutego 2011 r., sygn. akt V KK 303/10, „Biuletyn Prawa Karnego” 2011, nr 5, s. 32. Zob. też powołane wcześniej postanowienie SA w Łodzi z dnia 6 maja 2015 r., sygn. akt II AKz 225/15, s. 94 i n.

¹³⁵ Por. powołane wcześniej postanowienie SA w Krakowie z dnia 19 marca 2009 r., sygn. akt II AKz 64/2009.

¹³⁶ M. Rusinek, *op. cit.*, s. 170.

¹³⁷ Zob.: E. Plebanek, M. Rusinek, *op. cit.*, s. 78; P.K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 158.

radcy prawnego co do faktów objętych obowiązkiem zachowania zawodowej dyskrecji¹³⁸.

W obliczu poczynionych wyżej uwag do miana oczywistych może pretendować stwierdzenie, że postanowienie w przedmiocie przesłuchania lub zezwolenia na przesłuchanie radcy prawnego w zakresie dotyczącym faktów objętych tajemnicą radcowską podlega zaskarżeniu. Dlatego wypada jedynie zauważyć, że w świetle aktualnego brzmienia art. 180 § 2 zd. 2 i 3 k.p.k. nie budzi wątpliwości, że zaskarżeniu podlega zarówno pozytywna decyzja sądu, mianowicie o przesłuchaniu lub zezwoleniu na przesłuchanie radcy prawnego w oznaczonym zakresie, jak i decyzja negatywna, odmawiająca w istocie takiego przesłuchania¹³⁹. Uprawnienie do wniesienia zażalenia na postanowienie w przedmiocie uchylecia obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej przysługuje stronom procesowym, a także osobom niebędącym stronami, których postanowienie to bezpośrednio dotyczy (art. 459 § 3 k.p.k.). W kręgu osób należących do wymienionej na końcu kategorii mieści się przede wszystkim sam radca prawny, który został zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej. Do tego kręgu należy również zaliczyć osobę, której dotyczą informacje objęte obowiązkiem zachowania zawodowej dyskrecji¹⁴⁰. Zażalenie podlega wniesieniu i rozpoznaniu na zasadach ogólnych, określonych w przepisach rozdziałów 48 i 50 Kodeksu postępowania karnego.

Zważywszy na wynikający z norm etycznych obowiązek podejmowania przez radcę prawnego wszelkich przewidzianych prawem środków dla uniknięcia lub ograniczenia zwolnienia go z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej (art. 19 KERP), można – jak się wydaje bez ryzyka popełnienia większego błędu – uznać, że wniesienie zażalenia na postanowienie o przesłuchaniu lub zezwoleniu na przesłuchanie co do faktów objętych tajemnicą radcowską stanowi zasadniczo jego powinność zawodową¹⁴¹. W kategorii oczywistego uchybienia tej powinności i zarazem naruszenia obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej należy kwalifikować zaniechanie wniesienia zażalenia w wypadkach, w których postanowienie o przesłuchaniu lub zezwoleniu na przesłuchanie co do faktów objętych tą tajemnicą ma na przykład charakter blankietowy, jego uzasadnienie sprowadza się do przytoczenia okoliczności ujętych w treści art. 180

¹³⁸ Zob. powołane wcześniej postanowienie SA w Krakowie z dnia 24 maja 2016 r., sygn. akt II AKz 159/16. Por. też M. Rusinek, *op. cit.*, s. 169.

¹³⁹ Tak m.in.: P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 756; D. Gruszecka [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, s. 399; Z. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 228; M. Rusinek, *op. cit.*, s. 170–171; P.K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 221–223; R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 807.

¹⁴⁰ M. Rusinek, *op. cit.*, s. 171. Odmienny punkt widzenia zdaje się reprezentować P.K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 220.

¹⁴¹ Por. L. Korczak, *op. cit.*, s. 138.

§ 2 k.p.k. lub jest całkowicie pozbawione odniesienia do realiów konkretnej sprawy, w konsekwencji czego ma charakter arbitralny.

Z gwarancyjnego punktu widzenia istotnym osłabieniem mechanizmu kontroli zażaleniowej postanowień zwalniających z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej jest zwiążanie wykonalności tych decyzji, zasadniczo, z chwilą ich wydania (zob. art. 462 k.p.k.). Powoduje to, że przeprowadzenie kontroli i ewentualne uchylene zaskarżonej decyzji będzie zazwyczaj spóźnione wobec uprzedniego przesłuchania radcy prawnego w charakterze świadka co do faktów objętych tajemnicą radcowską. Stawia to pod znakiem zapytania ochronę tajemnicy zawodowej w oparciu o wskazany mechanizm. Względ na jej urealnienie skłania do przyłączenia się do sformułowanego w piśmiennictwie postulatu, aby *de lege ferenda* wprowadzić możliwość przeprowadzenia przesłuchania osoby zwolnionej z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej na podstawie art. 180 § 2 k.p.k. dopiero z chwilą uprawomocnienia się postanowienia wydanego w tej kwestii¹⁴².

Na marginesie podniesionych wyżej uwag warto odnieść się do praktyki orzeczniczej i zauważyć, że w wymiarze abstrakcyjnym zażalenie na postanowienie sądu udzielające zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej pełni funkcję rzeczywistej korektywy sądowych decyzji w tej kwestii, przyczyniając się do zapobieżenia ich automatycznemu lub pochopnemu wydawaniu.

Ponieważ w kwestii konsekwencji naruszenia zakazu dowodowego wynikającego z art. 180 § 2 k.p.k. zachowują aktualność poczynione w poprzedniej części niniejszej pracy ustalenia w sprawie konsekwencji naruszenia zakazu przesłuchania radcy prawnego ze względu na tajemnicę obrończą, odsyłając do nich, można w tym miejscu poprzestać na stwierdzeniu, że w przypadku przesłuchania radcy prawnego co do faktów objętych tajemnicą radcowską bez uprzedniego wydania postanowienia o przesłuchaniu lub zezwoleniu na przesłuchanie na podstawie powołanego przepisu, złożone przez niego zeznania nie mogą stanowić podstawy ustalen faktycznych rozstrzygnięcia zapadającego w procesie karnym ani nie mogą być wykorzystane przy ocenie wiarygodności innych dowodów¹⁴³. Integralnie wpisujące się w zobrażowaną sytuację procesową samorzutne złamanie obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej przez radcę prawnego, polegające na złożeniu zeznań co do faktów objętych tą tajemnicą bez zwolnienia przez sąd z obowiązku jej zachowania w trybie art. 180 § 2 k.p.k., odpowiada bez wątpienia opisowi typu czynu zabro-

¹⁴² Szerzej zob.: M. Rusinek, *op. cit.*, s. 172; P.K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 224.

¹⁴³ Tak m.in.: R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 788; M. Rusinek, *op. cit.*, s. 237–238. Jak już zaznaczono odosobnione zapatrywanie w podniesionej kwestii wyraził Z. Sobolewski, *op. cit.*, s. 45.

nionego określonego w art. 266 § 1 k.k. oraz przewinienia dyscyplinarnego typizowanego w art. 64 ust. 1 u.r.p. Nie wynika z tego jeszcze, tak samo zresztą jak w przypadku samorzutnego zwolnienia się z tajemnicy obrończej, o którym była mowa wcześniej, że opisane zachowanie radcy prawnego spotka się koniecznie z pociągnięciem do odpowiedzialności karnej lub dyscyplinarnej. Nie można wykluczyć, że wypełnienie znamion typu czynu zabronionego określonego w art. 266 § 1 k.k. lub przewinienia dyscyplinarnego znajdzie usprawiedliwienie w ramach sytuacji „kontratypowej”, z którą wiąże się wyłącznie odpowiedzialności karnej lub dyscyplinarnej, mianowicie, gdy samorzutne ujawnienie tajemnicy radcowskiej nastąpi w warunkach stanu wyższej konieczności wyłączającego bezprawność (art. 26 § 1 k.k. w zw. z art. 74¹ pkt 2 u.r.p.)¹⁴⁴.

III. Problematyka obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej w kontekście składania wyjaśnień przez radcę prawnego

Rozważania przeprowadzone w dwóch poprzednich częściach niniejszego artykułu poświęcone były obowiązkowi zachowania tajemnicy radcowskiej oraz karnoprocesowym mechanizmom jej ochrony w związku z przesłuchiwaniami radcy prawnego w procesie karnym w charakterze świadka. Niniejsza część pracy koncentruje się na analizie obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej na gruncie zupełnie innego układu procesowego, mianowicie w razie występowania radcy prawnego w procesie karnym w charakterze oskarżonego (podejrzanego). Zasadniczy problem powstający na tym gruncie można przedstawić w formie pytania: czy prawo do obrony daje oskarżonemu radcy prawnemu możliwość uchylenia się od obowiązku zachowania zawodowej dyskrecji i złożenia wyjaśnień co do faktów mieszczących się w zakresie przedmiotowym tego obowiązku? Problem ten sprowadza się w istocie do ustalenia relacji zachodzącej między przysługującym oskarżonemu prawem do obrony oraz spoczywającym na nim obowiązkiem zachowania tajemnicy zawodowej. Nie wydaje się zbędne podkreślenie, że nie chodzi w tym przypadku o rozwiązanie kolizji obowiązków aktualizujących się jednocześnie w stosunku do radcy prawnego, jak to miało miejsce w omówionych w poprzednich punktach sytuacjach procesowych związanych z jego przesłuchiwaniami w procesie karnym w charakterze świadka, lecz o kolizję prawa do obrony oskarżonego w procesie karnym z wartościami stojącymi za obowiązkiem zachowa-

¹⁴⁴ Szerzej zob. E. Plebanek, M. Rusinek, *op. cit.*, s. 83–84. W podobnym duchu: P. Kardas, *op. cit.*, s. 45; J. Warylewski, *op. cit.*, s. 13.

nia tajemnicy zawodowej. Zagadnienie to było ongiś przedmiotem żywego sporu między luminarzami nauki prawa karnego procesowego w odniesieniu do sytuacji karnoprocesowej oskarżonego adwokata¹⁴⁵. Na jego tle wykrystalizowały się dwa zasadniczo odmienne poglądy w analizowanej kwestii, które z powodzeniem można odpowiednio odnieść do sytuacji karnoprocesowej oskarżonego radcy prawnego i w tym właśnie kontekście przedstawić.

W myśl jednego z tych poglądów, którego wyrazicielem był Alfred Kaftal, radca prawny nie może pod żadną postacią ani pod żadnym pozorem ujawnić tajemnicy zawodowej, bez względu na to, w jakim charakterze występuje on w procesie karnym¹⁴⁶. Zgodnie z tym zapatrywaniem radca prawny występujący w charakterze oskarżonego w procesie karnym (obwinionego w postępowaniu dyscyplinarnym) musi przestrzegać spoczywającego na nim obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej nawet z narażeniem się na poniesienie odpowiedzialności karnej (odpowiedzialności dyscyplinarnej). Stanowisko to bazuje w istocie niemal wyłącznie na analizie normatywnego ujęcia obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w płaszczyźnie ustrojowej (art. 3 ust. 3 i 5 u.r.p.)¹⁴⁷. Wzgląd na uregulowanie tego obowiązku w sposób stanowczy leży u podłoża stwierdzenia, że nie ma podstaw do tego, aby dopuścić jakiegokolwiek wyjątki od przestrzegania tajemnicy zawodowej¹⁴⁸. W tym ujęciu obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej przez radcę prawnego występującego w procesie karnym w roli oskarżonego nabiera bezwzględności charakteru.

Jeśli idzie o drugi pogląd w podniesionej wyżej kwestii, to za reprezentatywne dlań należy uznać stanowisko wyrażone w piśmiennictwie przez Mariana Cieślaka, zgodnie z którym „wymaganie od oskarżonego, by pozwolił się skazać niewinnie dlatego tylko, że odpowiednie fakty świadczące na jego korzyść są z tych czy innych względów objęte tajemnicą, graniczyłoby wprost z niedorzecznością”¹⁴⁹. Opiera się ono na przekonaniu, że kolizja między prawem do obrony i tajemnicą zawodową oraz interesami, których zagwarantowaniu ona służy musi być rozstrzygnięta na korzyść

¹⁴⁵ Przede wszystkim zob.: A. Kaftal, M. Cieślak, S. Garlicki, *Trójgłos w sprawie tajemnicy zawodowej adwokata*, Pal. 1964, z. 3, s. 7 i n. oraz powołana tam literatura i orzecznictwo; M. Cieślak, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 1962 r., VI KO 61/62, PiP 1963, z. 7, s. 173; A. Kaftal, *O niektórych zagadnieniach przestrzegania tajemnicy zawodowej przez adwokata – podejrzanego w procesie karnym*, Pal. 1963, z. 7, s. 10 i n.; K. Buchała, *W sprawie sporu o tajemnicę adwokacką*, Pal. 1969, z. 2, s. 35; S. Garlicki, *W sprawie tajemnicy zawodowej*, Pal. 1969, nr 4, s. 13.

¹⁴⁶ Tak A. Kaftal, *O niektórych...*, s. 11.

¹⁴⁷ Zob. M. Cieślak [w:] A. Kaftal, M. Cieślak, S. Garlicki, *op. cit.*, s. 7–8.

¹⁴⁸ Por. A. Kaftal, *O niektórych...*, s. 11. Por. też A. Kaftal [w:] A. Kaftal, M. Cieślak, S. Garlicki, *op. cit.*, s. 1–6.

¹⁴⁹ M. Cieślak, *Glosa do uchwały...*, s. 173.

pierwszej z tych wartości i to nie tylko z tej racji, że wskazane prawo stanowi fundamentalne zabezpieczenie przed niesłusznym skazaniem, ale również dlatego, że jest jednym „z niebagatelnych środków mających na celu zapewnienie zaufania społeczeństwa do karnego wymiaru sprawiedliwości”¹⁵⁰. Zgodnie z prezentowanym poglądem normatywnym przejawem prymatu prawa do obrony nad ochroną tajemnicy zawodowej jest uregulowanie prawa do składania wyjaśnień (art. 175 § 1 k.p.k.), świadczące o braku ograniczeń w zakresie jego realizacji i stanowiące podstawę do nieskrępowanego powoływania na swą obronę, przez każdego bez wyjątku oskarżonego, wszelkich faktów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, bez względu na to, czy podlegają one szczególnej ochronie na podstawie odrębnych przepisów¹⁵¹. Wsparcia dla tego stanowiska upatruje się w treści przepisu przewidującego zwolnienie świadka z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, przyjmując w drodze wniosku *a minori ad maius*, że skoro ustawa przewiduje nawet zwolnienie świadka ze wskazanego obowiązku, to tym bardziej zwolnienie to powinno dotyczyć oskarżonego, zważywszy chociażby na znacznie szersze możliwości wypowiedzania się w procesie karnym, jakimi dysponuje oskarżony w porównaniu ze świadkami. Uwzględniając to, że zwolnienie takie jest wykluczone w odniesieniu do świadków w zakresie dotyczącym faktów objętych tajemnicą obrońcą, podkreśla się, że unormowanie bezwzględnego zakazu przesłuchiwania świadków co do tych faktów ma charakter wyjątkowy i nie może znajdować zastosowania w drodze analogii do sytuacji, które nie zostały w nim wprost przewidziane¹⁵².

Przedstawiona argumentacja, przemawiająca na rzecz drugiego z zaprezentowanych poglądów w kwestii relacji między prawem do obrony oskarżonego radcy prawnego i spoczywającym na nim obowiązkiem zachowania tajemnicy zawodowej, pozwala uzmysłowić sobie racje, dla których znajduje on współcześnie niemal powszechną aprobatę¹⁵³. Przyłączając się do zwolenników tego poglądu, warto dodatkowo wyeksponować, zwłaszcza w kontekście argumentacji wspierającej odmienny punkt widzenia, że jego podłoże stanowi przebijające się przez rozważania prowadzone

¹⁵⁰ M. Cieślak [w:] A. Kaftal, M. Cieślak, S. Garlicki, *op. cit.*, s. 10.

¹⁵¹ *Ibidem*; P.K. Sowiński, *Ujawnienie w wyjaśnieniach oskarżonego okoliczności stanowiących tajemnicę chronioną prawem* [w:] *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego*, pod red. Z. Cwiakalskiego, G. Artymiak, Warszawa 2009, s. 457.

¹⁵² M. Cieślak [w:] A. Kaftal, M. Cieślak, S. Garlicki, *op. cit.*, s. 9–10. Zob. też S. Garlicki [w:] A. Kaftal, M. Cieślak, S. Garlicki, *op. cit.*, s. 13.

¹⁵³ M. Rusinek, *op. cit.*, s. 229; D. Karczmarska, *Prawnokarna ochrona tajemnicy a dowód z zeznań i wyjaśnień – zagadnienia wybrane* [w:] *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego*, pod red. Z. Cwiakalskiego, G. Artymiak, Warszawa 2009, s. 435; E. Plebanek, M. Rusinek, *op. cit.*, s. 85–86; P.K. Sowiński, *Ujawnienie w wyjaśnieniach...*, s. 453 i n.

w poprzednich częściach pracy założenie, zgodnie z którym przepis ustrojowy statuujący obowiązek zachowania zawodowej dyskrecji obowiązuje i powinien być wykładany nie sam dla siebie, w izolacji i oderwaniu, lecz we wzajemnym powiązaniu i na tle całego systemu prawnego, tym samym przy uwzględnieniu przepisów ustawy karnoprocesowej, które przewidują obowiązek lub prawo składania oświadczeń dowodowych oraz zakreślają ich granice¹⁵⁴. Wychodząc z tego założenia, można skonstatować, że stanowczy sposób wyrażenia obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej w płaszczyźnie ustrojowej nie może stanowić podstawy do tego, aby w wymiarze zewnętrznym¹⁵⁵, poza układem relacji radca prawny-klient, wykluczyć przyjęcie wyjątków od tego obowiązku na podstawie innych przepisów, w obliczu których nabiera on względnego charakteru¹⁵⁶. Najlepszym tego dowodem jest poddane wcześniej analizie unormowanie względnego zakazu przesłuchiwania radcy prawnego w charakterze świadka co do faktów objętych tajemnicą radcowską. Jak już ustalono, unormowanie to stanowi *lex specialis* w stosunku do przepisu art. 3 ust. 3 u.r.p., nakazującego zachowanie zawodowej dyskrecji. Wydaje się, że w gruncie rzeczy nie inaczej, jak właśnie w kategorii wyjątku od obowiązku uregulowanego w powołanym przepisie ustawy ustrojowej należy rozpatrywać złożenie wyjaśnień co do faktów objętych tajemnicą zawodową przez radcę prawnego występującego w roli oskarżonego (obwinionego), przyjmując, jak już powiedziano wyżej, że jest ono wyrazem realizacji przysługującego każdemu oskarżonemu na podstawie art. 175 § 1 k.p.k. (w zw. z art. 6 k.p.k.) uprawnienia do nieskrępowanego składania wyjaśnień w granicach prawa do obrony. Przemawia za tym naturalnie przede wszystkim wzgląd na zagwarantowanie oskarżonemu radcy prawnemu optymalnych warunków do skutecznej obrony, któremu należy przyznać prymat nad względami związanymi z zachowaniem tajemnicy radcowskiej.

Rekapitulując, w nawiązaniu do pytania, które dało początek przeprowadzonym obserwacjom i poczynionym ustaleniom, z procesowego punktu widzenia należy przyjąć, że w granicach realizacji prawa do obrony radca prawny występujący w charakterze oskarżonego w procesie karnym (obwinionego w postępowaniu dyscyplinarnym) może złożyć wyjaśnienia co do faktów, o których dowiedział się, udzielając pomocy prawnej, w tym także świadcząc taką pomoc w charakterze obrońcy¹⁵⁷. Podkreślenia wyma-

¹⁵⁴ Dokładnie w tym tonie M. Cieślak [w:] A. Kaftal, M. Cieślak, S. Garlicki, *op. cit.*, s. 8.

¹⁵⁵ Wymiar ten został już przybliżony w pierwszej części niniejszej pracy.

¹⁵⁶ Zob. powołana wcześniej uchwała SN z dnia 16 czerwca 1994 r., sygn. akt I KZP 5/9. Por. też M. Rusinek, *op. cit.*, s. 229.

¹⁵⁷ M. Cieślak [w:] A. Kaftal, M. Cieślak, S. Garlicki, *op. cit.*, s. 7-8; D. Karczmarska, *op. cit.*, s. 435; E. Plebanek, M. Rusinek, *op. cit.*, s. 85-86; P.K. Sowiński, *Ujawnienie w wyjaśnieniach...*, s. 453 i n.

ga, że ujawnienie takich faktów mieści się w granicach prawa do obrony, jeżeli pozostają one w związku z postawionym radcy prawnemu zarzutem popełnienia przestępstwa, a ich podniesienie przez niego w składanych wyjaśnieniach może, obiektywnie rzecz biorąc, służyć obronie przed tym zarzutem¹⁵⁸.

Na tle dotychczasowych spostrzeżeń warto z nieco innej perspektywy zauważyć, że brak przeszkód dla przesłuchania depozytariusza tajemnicy radcowskiej w charakterze oskarżonego co do faktów objętych tą tajemnicą oraz dla dowodowego wykorzystania jego wyjaśnień w zakresie ustaleń faktycznych dokonywanych w toczącym się przeciwko niemu postępowaniu karnym (postępowaniu dyscyplinarnym) można stwierdzić w drodze wniosku *a contrario* na podstawie przepisów wykluczających przesłuchiwanie takiej osoby co do wskazanych faktów w charakterze świadka, w ogóle (art. 178 k.p.k.) lub bez spełnienia określonych w ustawie warunków (art. 180 § 1 i 2 k.p.k.)¹⁵⁹.

W związku z przyjętym stanowiskiem w kwestii dopuszczalności składania przez radcę prawnego wyjaśnień co do faktów objętych tajemnicą zawodową mogą nasuwać się obawy o ochronę interesów klienta, który powierzył radcy prawnemu informacje o charakterze poufnym, a patrząc szerzej, obawy o zaufanie społeczne do zawodu radcy prawnego. Nabierają one dodatkowego wyrazu w przypadku sytuacji procesowej, w której radca prawny występujący w charakterze oskarżonego składa wyjaśnienia dotyczące faktów, o których dowiedział się, udzielając pomocy prawnej w charakterze obrońcy, a więc gdy realizuje przysługujące mu prawo do obrony kosztem poświęcenia istotnej gwarancji prawa do obrony jego klienta, jaką stanowi – jak wcześniej ustalono – tajemnica obrończa. Zamierzając rozwiązać wskazane obawy, być może nie w pełnym zakresie, bo nie wydaje się to nawet możliwe w kontekście afirmowanego poglądu, ale z pewnością w przeważającym stopniu, pozwalającym istotnie zminimalizować ich realny wymiar, należy przede wszystkim zwrócić uwagę, że wyjaśnienia oskarżonego radcy prawnego co do faktów objętych tajemnicą zawodową nie mogą być w ogóle wykorzystane w postępowaniu karnym przeciwko jego klientowi, jeżeli dotyczą faktów objętych tajemnicą obrończą, a w innych wypadkach ich wykorzystanie w takim postępowaniu nie może wchodzić w rachubę bez uprzedniego zwolnienia przez sąd z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej (*arg. ex art. 178 pkt 1 i art. 180 § 2 w zw. z art. 391 § 1 i 2 k.p.k.*). Ponadto gwarancji ochrony interesów osób, które powierzyły radcy prawnemu poufne informacje należy upatrywać w wyłączeniu jawności rozprawy na czas odebrania od niego

¹⁵⁸ Podobnie S. Garlicki [w:] A. Kaftal, M. Cieślak, S. Garlicki, *op. cit.*, s. 13; P.K. Sowiński, *Ujawnienie w wyjaśnieniach...*, s. 456.

¹⁵⁹ Zob. D. Karczmarska, *op. cit.*, s. 435.

wyjaśnień dotyczących faktów objętych tajemnicą zawodową, przyjmując, że w omawianej konfiguracji procesowej znajduje ono zastosowanie *per analogiam* na podstawie przepisu art. 181 § 1 zd. 1 k.p.k.¹⁶⁰

Odrębnym zagadnieniem wyłaniającym się na tle dotychczasowych ustaleń jest kwestia odpowiedzialności karnej radcy prawnego, który występując w charakterze oskarżonego w procesie karnym (postępowaniu dyscyplinarnym), ujawnił fakty objęte tajemnicą zawodową. Nie powinno w zasadzie nasuwać niczych wątpliwości, że opisane zachowanie radcy prawnego, naruszając obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej wynikający z art. 3 ust. 3 u.r.p., stanowi przekroczenie normy sankcjonowanej przepisem art. 266 § 1 k.p.k., z całą pewnością w tym sensie, że mieści się w zakresie normowania tego przepisu¹⁶¹. Nasuwa się w związku z tym pytanie, czy sam procesowy status oskarżonego, który uzyskuje radca prawny w procesie karnym, implikujący realizację prawa do obrony, pozwala przyjąć, że ujawnienie faktów objętych tajemnicą zawodową przestaje być w jego wykonaniu bezprawne?

Udzielenie odpowiedzi przeczącej na postawione pytanie narzuca się w zasadzie samo przez się na tle przyjętego stanowiska w kwestii dopuszczalności złożenia przez radcę prawnego wyjaśnień co do faktów, o których dowiedział się, udzielając pomocy prawnej, zakładającego taką możliwość wyłącznie w granicach realizacji prawa do obrony. Nie wymaga wszak skomplikowanych obserwacji spostrzeżenie, że założenie to straciłoby sens, gdyby łączyć uchylenie bezprawności analizowanego zachowania radcy prawnego ze statusem procesowym oskarżonego, gdyż oznaczałoby to możliwość legalnego ujawnienia przez niego faktów objętych tajemnicą zawodową także w takich wypadkach, w których nie mieściłoby się to w granicach prawa do obrony, *eo ipso* naruszenie obowiązku zachowania zawodowej dyskrecji nie znajdowałoby oparcia w prymacie prawa do obrony względem tego obowiązku¹⁶².

W kontekście wyrażonego zapatrywania na aprobatę zasługuje pogląd, zgodnie z którym prawnokarna ocena zachowania radcy prawnego występującego w charakterze oskarżonego w procesie karnym (obwinionego

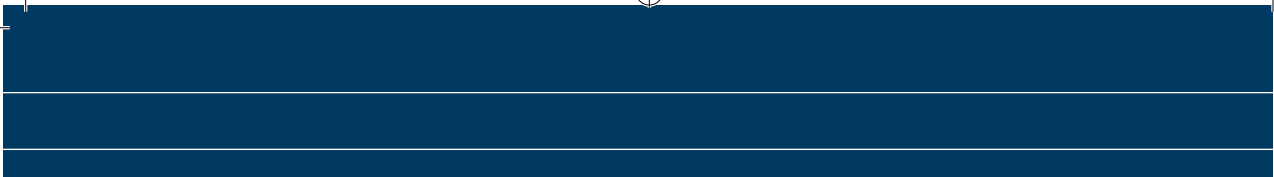
¹⁶⁰ Na marginesie jedynie można zaznaczyć, że w aktualnym stanie prawnym ustawa nie przewiduje już obligatoryjnego wyłączenia jawności rozprawy ze względu na potrzebę ochrony ważnego interesu prywatnego; wyłączenie ma w takich wypadkach charakter fakultatywny i dodatkowo jest uzależnione od braku sprzeciwu prokuratora (art. 360 § 1 i § 2 k.p.k.). Por. M. Cieślak [w:] A. Kaftal, M. Cieślak, S. Garlicki, *op. cit.*, s. 12.

¹⁶¹ W kwestii relacji między zakresem normowania i zakresem zastosowania normy sankcjonowanej w aspekcie wyłączenia bezprawności czynu zob. *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, pod red. T. Dukiet-Nagórskiej, Warszawa 2014, s. 141.

¹⁶² Szerzej zob. D. Karczmarzka, *op. cit.*, s. 436 i n.; E. Plebanek, M. Rusinek, *op. cit.*, s. 86-87.

w postępowaniu dyscyplinarnym), polegającego na złożeniu wyjaśnień co do faktów, które stały się mu znane w związku ze świadczeniem pomocy prawnej, powinna opierać się każdorazowo, a zatem przy uwzględnieniu realiów konkretnego przypadku, na analizie tego zachowania w kategoriach zachowania „kontratypowego”¹⁶³. Wychodząc z tego założenia, należy przyjąć wyłączenie bezprawności analizowanego zachowania radcy prawnego ze względu na kontratyp prawa do obrony (kontratyp szczególnych uprawnień), zakotwiczony w art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, jeżeli *in concreto* mieści się ono w granicach realizacji tego prawa w ustalonym nieco wcześniej znaczeniu. Zbędne być może jest podkreślenie, że stanowisko to gwarantuje wyłączenie odpowiedzialności karnej radcy prawnego za złożenie w procesie karnym wyjaśnień co do faktów objętych tajemnicą zawodową w tych tylko wypadkach, w których jego zachowanie, podpadające pod typ czynu zabronionego określonego w art. 266 § 1 k.p.k., jest rzeczywiście podyktowane realizacją prawa do obrony, usprawiedliwiająca i pozwalająca uznać za społecznie opłacalne poświęcenie dobra prawnego w postaci tajemnicy zawodowej.

¹⁶³ Zob. D. Karczmarska, *op. cit.*, s. 436 i n.; E. Plebanek, M. Rusinek, *op. cit.*, s. 87; J. Warylewski, *op. cit.*, s. 14.



Autorzy

Michał Bernaczyk – dr hab. nauk prawnych, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego; radca prawny (OIRP Wrocław)

Monika Całkiewicz – dr hab. nauk prawnych, profesor Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie; radca prawny (OIRP Warszawa)

Andrzej Gorgol – dr hab. nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Zielonogórskiego; radca prawny (OIRP Lublin)

Andrzej Kras – dr nauk prawnych; radca prawny (OIRP Wrocław)

Tomasz Niedziński – dr nauk prawnych, adiunkt w Instytucie Polityki Społecznej Wydziału Nauk Politycznych i Studiów Międzynarodowych Uniwersytetu Warszawskiego; radca prawny (OIRP Warszawa)

Sławomir Patyra – dr hab. nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie; radca prawny (OIRP Lublin)

Mirosław Pawełczyk – dr hab. nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach; radca prawny (OIRP Warszawa)

Dominik Seroka – Biuro Głównego Rzecznika Dyscyplinarnego Krajowej Izby Radców Prawnych; aplikant radcowski (OIRP Lublin)

Rafał Stankiewicz – dr hab. nauk prawnych, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego; radca prawny (OIRP Warszawa)

Jarosław Zagrodnik – dr hab. nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach; radca prawny (OIRP Katowice)

