

Sygn. akt I KZ 8/20

POSTANOWIENIE

Dnia 19 maja 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras

w sprawie **gen. bryg. T. P.**
oskarżonego o przestępstwo z art. 231 § 1 k.k. w zb. z art. 266 § 2 k.k.
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu
w dniu 19 maja 2020 r.,
zażalenia obrońcy oskarżonego
na postanowienie Wojskowego Sądu Okręgowego w W.
z dnia 5 lutego 2020 r., sygn. akt So (...),
o zwolnieniu świadków z zachowania tajemnicy dziennikarskiej

p o s t a n o w i ł

uchylić pkt I zaskarżonego postanowienia.

UZASADNIENIE

Wojskowy Sąd Okręgowy w W., postanowieniem z dnia 5 lutego 2020 r., w sprawie sygn. akt So (...), zwolnił od obowiązku zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu dziennikarza świadków: B. W., E. Ż., P. Ł. i M. W. w zakresie przebiegu spotkania w siedzibie Komendy Głównej Żandarmerii Wojskowej w W. w dniu 23 października 2017 r. z Komendantem Głównym Żandarmerii Wojskowej gen. bryg. T. P. i jego zastępcą gen. bryg. R. J., w zakresie poruszanych na nim kwestii i ewentualnie udostępnionych dokumentów dotyczących osoby mjr rez. R. P.

Zażalenie na to postanowienie wniósł jedynie obrońca oskarżonego, zarzucając mu rażące naruszenie:

- 1) art. 180 § 1 k.p.k. poprzez jego zastosowanie w sytuacji, gdy przyjęta przez Wojskowy Sąd Okręgowy podstawa prawna nie miała w ogóle zastosowania do zwolnienia z tajemnicy zawodowej dziennikarzy, co do których wyłączną

podstawą zwolnienia z tajemnicy zawodowej może być art. 180 § 2 k.p.k., który to przepis nie został zastosowany;

- 2) art. 180 § 2 k.p.k. poprzez jego niezastosowanie i niewykazanie żadnej z przesłanek zwolnienia dziennikarzy z tajemnicy dziennikarskiej, tj. niewykazanie istnienia przesłanki niezbędności dla dobra wymiaru sprawiedliwości ani przesłanki braku możliwości ustalenia okoliczności na podstawie innego dowodu;
- 3) art. 180 § 1 k.p.k. w zw. z art. 2 § 1 pkt 2 k.p.k. poprzez jego zastosowanie z uchybieniem celom procesu karnego, polegającym na nietrafnym doborze środków przewidzianych w prawie karnym, które to działanie Sądu osłabia poszanowanie prawa i zasad współżycia społecznego;
- 4) art. 180 § 3 k.p.k. poprzez jego niezastosowanie i wydanie postanowienia o zwolnieniu świadków z tajemnicy dziennikarskiej, w sytuacji, gdy bezwzględny zakaz zwolnienia dziennikarza od obowiązku zachowania tajemnicy nie może dotyczyć danych umożliwiających identyfikację osób udzielających informacji opublikowanych lub przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnienie powyższych danych;
- 5) art. 180 § 4 k.p.k. poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji pominięcie faktu, że wyłączenie bezwzględnego zakazu uchylenia tajemnicy dziennikarskiej dotyczy najcięższych przestępstw, określonych w art. 240 § 1 k.k., do których nie zalicza się czyn będący przedmiotem niniejszego postępowania.

Podnosząc powyższe zarzuty, obrońca oskarżonego wniósł o „uchylenie zaskarżonego postanowienia w pkt. 1 oraz o przekazanie sprawy do Sądu rozpoznającego celem kontynuowania postępowania” i o „zasądzenie na rzecz oskarżonego kosztów postępowania zażaleniowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych”.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Zażalenie jest zasadne i prowadziło do uchylenia zaskarżonego postanowienia, choć tylko jeden z podniesionych zarzutów okazał się trafny.

Pierwszy z podniesionych zarzutów prawidłowo identyfikuje naruszenie prawa procesowego – art. 180 § 1 k.p.k., albowiem przepis ten w tej sprawie, w

odniesieniu do świadków wskazanych w treści zaskarżonego postanowienia, nie miał zastosowania. Trafnie obrońca oskarżonego wywodzi, że w wypadku zwolnienia osoby od zachowania kwalifikowanej tajemnicy zawodowej, która wyszczególniona została przez ustawodawcę w art. 180 § 2 k.p.k., przepis art. 180 § 1 k.p.k. w ogóle nie może być stosowany. Tymczasem w treści wydanego na rozprawie głównej postanowienia wskazano na art. 180 § 1 k.p.k. jako jego podstawę. Naruszenie to jednak, choć miało miejsce, nie mogło mieć wpływu na treść zaskarżonego orzeczenia, jak tego wymaga art. 438 pkt 2 k.p.k., a w związku z tym nie mogło dawać podstawy do zmiany zaskarżonego postanowienia. W istocie bowiem w odniesieniu do dziennikarzy to przepis art. 180 § 2 k.p.k. określa podstawy zwolnienia ich od obowiązku zachowania tajemnicy dziennikarskiej. Wskazanie więc na przepis art. 180 § 1 k.p.k. nie mogło mieć znaczenia w formule kontroli zaskarżonego orzeczenia, choć wskazuje, niestety, że zaskarżone postanowienie zostało sporządzone w sposób dość niefrasobliwy, skoro nawet mylnie przywołano podstawę prawną w treści postanowienia, którym zwolniono dziennikarzy od obowiązku zachowania tajemnicy dziennikarskiej. Nie jest to jednak tylko jedyne i tylko formalne uchybienie. W istocie treść zaskarżonego postanowienia dowodzi, że rację ma skarżący, gdy podnosi zarzut naruszenia art. 180 § 2 k.p.k.

Z przepisu art. 180 § 2 k.p.k. wynika, że do zwolnienia może dojść w sytuacji gdy spełnione są jednocześnie dwa warunki: gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a także gdy okoliczność ta nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Z uwagi na konstrukcję tego przepisu trafnie wskazuje się, że nie ma możliwości prowadzenia wykładni rozszerzającej co do warunków zezwolenia na zwolnienie od tajemnicy zawodowej (por. postanowienie SA w Szczecinie z dnia 29 października 2013 r., II AKz 330/13 i cyt. tam orzeczenia). Trzeba przy tym przypomnieć, że przepis ten jest efektem przyjęcia do ustawy procesowej rozwiązania wypracowanego w orzecznictwie Sądu Najwyższego na tle tajemnicy dziennikarskiej na gruncie Kodeksu postępowania karnego z 1969 r. (uchwała 7 sędziów z dnia 19 stycznia 1995 r., I KZP 15/94, OSNKW 1995, z. 1-2, poz. 1). Po tej normatywnej zmianie, konieczność jednoczesnego zaistnienia tych warunków jest w orzecznictwie postrzegana w sposób bezsporny (por. np.

postanowienia SN: z dnia 3 września 2008 r., WZ 52/08; z dnia 29 października 2014 r., SDI 28/14; z dnia 11 lipca 2019 r., I KZ 3/19). Dobro wymiaru sprawiedliwości w tym aspekcie postrzega się jako potrzebę ustalenia prawdy obiektywnej (por. np. postanowienie SN z dnia 15 grudnia 2004 r., III KK 278/04, OSNKW 2005, z. 3, poz. 28), a zatem, by orzeczenie zapadło po ustaleniu wszystkich okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia w określonej sprawie (por. np. postanowienie SA w Katowicach z dnia 8 lutego 2017 r., II AKz 66/17). Kluczowa staje się prawidłowa ocena istnienia drugiej przesłanki (drugiego warunku). Przesłanka ta uzasadnia zwolnienie od tajemnicy zawodowej, gdy okoliczność ta nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. W orzecznictwie postrzegana jest ona jako niemożliwość dokonania ustaleń za pomocą innych środków dowodowych przy jednoczesnym wyczerpaniu istniejących w danej sprawie źródeł dowodowych (por. uchwała SN z dnia 16 czerwca 1994 r., I KZP 5/94, OSNKW 1994, z. 7-8, poz. 4). Oznacza to, że należy starannie rozważyć okoliczności konkretnej sprawy i podejmować decyzje o zwolnieniu od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej tylko wtedy, gdy ujawnienie okoliczności objętych tą tajemnicą - i to właśnie przez osobę nią dysponującą - jest rzeczywiście nieodzowne dla zapewnienia prawidłowego wyrokowania, **bo brak jest w tym przedmiocie innych dowodów w sprawie** (postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 4 marca 2009 r., sygn. akt II AKz 151/09 1; uchwała SN z dnia 19 stycznia 1995 r., I KZP 15/94, OSNKW 1995, z. 1-2, poz. 1; postanowienie SA w Gdańsku z dnia 11 września 2019 r., II AKz 789/19). Wymóg ten określa się trafnie jako warunek subsydiarności. W zakresie warunku subsydiarności podnosi się, że nie jest on spełniony wtedy, gdy istnieją wprowadzić przeszkody w dotarciu do istniejącego źródła dowodowego ale są one możliwe do pokonania, albo z materiałów postępowania rysuje się możliwość ustalenia istnienia określonego źródła dowodowego ale nie zostały podjęte wszystkie konieczne czynności wykrywcze. Procesowym wymogiem jest zaś to, że gdy wniosek o zwolnienie w trybie art. 180 § 2 k.p.k. składa prokurator, wykazane winny być we wniosku pisemnym oba te warunki, przy czym szczególnie wnikliwie winno zostać wykazane spełnienie warunku subsydiarności. Uzasadnienie takiego wniosku musi być wnikliwie uargumentowane, z właściwym odniesieniem do materiału dowodowego

akt sprawy. Podkreśla się, że niewykazanie tej okoliczności powinno skutkować oddaleniem wniosku (por. postanowienie SA w Szczecinie z dnia 29 października 2013 r., II AKz 330/13). W tej sprawie postanowienie - oparte w istocie na podstawie art. 180 § 2 k.p.k. - zostało wydane przez Wojskowy Sąd Okręgowy w W. z urzędu (wniosek o przesłuchanie dziennikarzy został cofnięty). Nie zmienia to jednak konieczności wykazania w treści tego postanowienia obu wskazanych powyżej przesłanek zwolnienia dziennikarzy od tajemnicy zawodowej. W treści zaskarżonego postanowienia istnienia tego warunku w ogóle nie wykazano, a zważywszy na kierunek środka odwoławczego nie jest możliwe jego dookreślenie na podstawie okoliczności sprawy przez sąd *ad quem*. Sąd *meriti* przywołał jedynie to, że spotkanie dziennikarzy z kierownictwem Żandarmerii Wojskowej miało charakter *off the record*, co stanowiło podstawę powołania się dziennikarzy na odmowę złożenia zeznań z uwagi na tajemnicę dziennikarską, a także, iż źródło przedmiotowych informacji (udostępnienie informacji jest przedmiotem zarzutu w tej sprawie) jest sądowi znane, co oznacza, że nie ma zastosowania podstawa z art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe (Dz.U. z 2018 r., poz. 1914 – dalej: Prawo prasowe). Na tym praktycznie kończy się argumentacja sądu, który zwolnił czterech dziennikarzy od zachowania tajemnicy dziennikarskiej w zakresie przebiegu spotkania z dnia 23 października 2017 r. Widać zatem wyraźnie, że w sprawie tej nie tylko nie wykazano w sposób konkretny warunku dobra wymiaru sprawiedliwości, ale w ogóle nie wskazano aby zaistniała przesłanka subsydiarności, o jakiej mowa w końcowej części zdania pierwszego art. 180 § 2 k.p.k. Oznacza to, że w zaskarżonym postanowieniu nie wykazano, czy tylko droga zwolnienia dziennikarzy od obowiązku zachowania tajemnicy dziennikarskiej pozwoli na poczynienie prawidłowym ustaleń faktycznych.

Już chociażby z tego powodu, zważywszy na kierunek środka odwoławczego, zaskarżone postanowienia nie mogło się ostać. Niezależnie od tego stwierdzenia trzeba poczynić kilka uwag.

Najistotniejsze jest to, że Wojskowy Sąd Okręgowy w W. dysponował możliwościami dowodowymi co do ustalenia przebiegu spotkania oskarżonego z dziennikarzami w dniu 23 października 2017 r., z których zresztą skorzystał (przede wszystkim przesłuchanie świadka R. J. – osoba ta brała udział w tym spotkaniu).

Skoro tak, to niedopuszczalne jest sięganie po źródła dowodowe, na które rozciąga się kwalifikowana tajemnica zawodowa tylko z tego powodu, że istnieje dodatkowa możliwość przeprowadzenia jakiegoś dowodu, a dotychczasowe postępowanie dowodowe nie dało np. oczekiwanych przez organ lub stronę rezultatów. Taki sposób postrzegania podstawy do zwolnienia z którejkolwiek z tajemnic zawodowych nie znajduje oparcia w treści art. 180 § 2 k.p.k. i mógłby prowadzić w praktyce do nadużywania tej szczególnej instytucji. Brak możliwości przesłuchania dziennikarzy nie kończy przy tym możliwości w prowadzeniu postępowania dowodowego zmierzającego do poczynienia istotnych w sprawie ustaleń faktycznych, a dotyczących tego, kto, kiedy i w jakim zakresie dysponował dokumentacją medyczną oskarżyciela posiłkowego i wiedzą na temat jego stanu zdrowia (nie wyłączając dowodzenia poszlakowego), co także powoduje niedopuszczalność zwolnienia świadków z tajemnicy dziennikarskiej.

Na tle tego, powyżej wskazanego, stwierdzenia, przypomnieć raz jeszcze wypada, że pod pojęciem niezbędności należy rozumieć niemożność dokonania ustaleń za pomocą innych środków dowodowych przy jednoczesnym wyczerpaniu, istniejących w danej sprawie, źródeł dowodowych (uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 1995 r., I KZP 15/94, OSNKW 1995, z. 1-2, poz. 1; postanowienia Sądu Apelacyjnego: w Białymstoku z dnia 19 września 2008 r., II AKz 286/08, OSAB 2008, nr 2–3, poz. 60; w Krakowie: z dnia 13 stycznia 2009 r., II AKz 651/08; z dnia 13 grudnia 2011 r., II AKz 477/11). Z kolei - w odniesieniu do pierwszej przesłanki z art. 180 § 2 k.p.k. - to pojęcie dobra wymiaru sprawiedliwości odnoszone jest do konieczności zapewnienia możliwości prawidłowego wyrokowania, a więc stworzenia takiego stanu w sprawie, aby ewentualne rozstrzygnięcie mogło być oparte na pełnej podstawie dowodowej dotyczącej wszystkich okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia, a zwolnienie z tajemnicy zawodowej doprowadzić będzie miało do wyjaśnienia istotnych okoliczności (postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 lutego 2017 r., II AKz 66/17). Chodzi więc o zapewnienie realizacji jednej z fundamentalnych dla procesu karnego zasad – zasady prawdy materialnej, która z kolei prowadzić ma do zapewnienia trafności orzekania w przedmiocie odpowiedzialności karnej – art. 2 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. (por. wyrok Sądu Najwyższego

z dnia 11 stycznia 2017 r., IV KK 277/16, J. Sobczak, *Granice prawne tajemnicy dziennikarskiej*, Ius Novum 2007, nr 1, s. 53). Zgadzając się z powyższymi poglądami trzeba uczynić jedno istotne zastrzeżenie, zwłaszcza w zakresie, w jakim doktryna i orzecznictwo, wykładając pojęcie niezbędności dla dobra wymiaru sprawiedliwości, odwołują się do uchwały składu siedmiu sędziów z 1995 r. (I KZP 15/94) oraz poglądów powielających takie stanowisko. Otóż, nie można zapominać, że wskazana uchwała została podjęta w zupełnie innym stanie prawnym, niż obowiązujący obecnie – nie chodzi przy tym o to, że obowiązywała inna kodyfikacja karnoprosowa (Kodeks postępowania karnego z 1969 r.), ale o to, że przepis przewidujący możliwość zwolnienia świadka przez sąd albo prokuratora od zachowania tajemnicy zawodowej nie zawierał jakiejkolwiek przesłanki, która miała stanowić podstawę decyzji o zwolnieniu (por. art. 163 d.k.p.k.). Dopiero w drodze orzecznictwa sądowego przyjęto, że zwolnienie z tajemnicy dziennikarskiej *„może nastąpić tylko wtedy, gdy przesłuchanie dziennikarza w charakterze świadka ma dotyczyć objętych tajemnicą okoliczności niezbędnych dla rozstrzygnięcia danej sprawy. Decydując się na skorzystanie z takiej możliwości, sąd lub prokurator musi ustalić niezbędność tego dowodu dla rozstrzygnięcia kwestii winy, nie pomijając okoliczności, że tajemnica dziennikarska chroni także określone prawnie uznane wartości społeczne. Niezbędność ta oznacza niemożliwość dokonania ustaleń o powyższym charakterze przy pomocy innych środków dowodowych, przy jednoczesnym wyczerpaniu istniejących w danej sprawie źródeł dowodowych”* (cyt. z powołanej wyżej uchwały Sądu Najwyższego). To w następstwie utrwalenia się w praktyce orzecniczej tego stanowiska przyjęto w uchwalonym w 1997 r. Kodeksie postępowania karnego, aczkolwiek jedynie w odniesieniu do kwalifikowanych tajemnic zawodowych (tych, do których odsyła art. 180 § 2 k.p.k.), przesłankę niezbędności dla dobra wymiaru sprawiedliwości, przy zastrzeżeniu, że „okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu”. Już w warstwie językowej widać, że ustawodawca, transponując myśl wyrażoną w uchwale powiększonego składu Sądu Najwyższego z 1995 r., niezbędność, jaką przyjął ten Sąd, ujął w dwa oddzielne elementy: jako niezbędność dla dobra wymiaru sprawiedliwości i jako *ultima ratio* sięgania po zwolnienie z tajemnicy zawodowej. Od 1 września 1998 r., daty wejścia w życie obowiązującego Kodeksu

postępowania karnego, nie można więc tłumaczyć pojęcia niezbędności dla dobra wymiaru sprawiedliwości także tym, że okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Od tej daty przesłanki te stanowią bowiem dwa oddzielne, choć ujęte koniunkcyjnie, warunki. Jest to istotne także dlatego, że od dnia 18 lipca 2013 r. przepis art. 180 § 1 k.p.k., przewidujący m.in. możliwość zwolnienia od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, jako przesłankę decyzji w tym przedmiocie przyjmuje, by zwolnienie takie następowało „dla dobra wymiaru sprawiedliwości”, choć bez takiego zastrzeżenia, jakie uczyniono w końcowej części zdania pierwszego art. 180 § 2 k.p.k. Nie jest więc możliwe traktowanie jako wymogu składającego się na warunek niezbędności dla dobra wymiaru sprawiedliwości tego, ażeby zachodziła niemożność dokonania ustalenia na podstawie innych dowodów. Oznaczałoby to bowiem zrównanie przesłanek zwolnienia z tajemnicy zawodowej określonych w art. 180 § 1 i 2 k.p.k., pomimo tego, że ustawodawca tylko dla kwalifikowanych tajemnic zawodowych wprowadza warunek subsydiarności. Jedynie w wypadku tajemnicy określonych w § 2 art. 180 k.p.k. jest więc wymagane ustalenie, że okoliczności, która ma być dowiedziona dowodem przeprowadzonym w warunkach zwolnienia z tajemnicy zawodowej nie może być ustalona na podstawie innego dowodu.

W tym kontekście jest więc oczywistej, że badanie przesłanki niezbędności dla dobra wymiaru sprawiedliwości nie może być sprowadzone jedynie do ustalenia, czy okoliczność, na jaką miałby być przeprowadzony dowód, wymagający uprzedniego zwolnienia od zachowania tajemnicy zawodowej, ma (jakikolwiek) znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. W wypadku każdej sprawy dobro wymiaru sprawiedliwości wymaga przecież, aby zapadające rozstrzygnięcie oparte było na pełnej podstawie dowodowej i dotyczy to w zasadzie każdej okoliczności mającej znaczenie dla rozstrzygnięcia w sprawie karnej (L. K. Paprzycki (w:) L. K. Paprzycki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 615). Gdyby określona okoliczność nie miałyby znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, to wówczas nie byłoby w ogóle podstaw do przeprowadzenia dowodu (*arg. ex art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k.*). Nie można więc przyjmować, że jeżeli tylko okoliczność, która ma być ustalona w drodze przeprowadzenia dowodu, po uprzednim zwolnieniu od zachowania tajemnicy

służbowej lub zawodowej (art. 180 § 1 i 2 k.p.k.), ma znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, to w każdej takiej sytuacji spełniona będzie przesłanka niezbędności dla dobra wymiaru sprawiedliwości. Wówczas doszłoby do nieuprawnionego zrównania przesłanki warunkującej zwolnienie z tajemnicy, z przesłanką dopuszczalności przeprowadzenia dowodu i w efekcie do uznania, że przesłanka ta w art. 180 § 1 i 2 k.p.k. jest w istocie zbędna (na zbędność tej przesłanki z tego właśnie powodu zwraca uwagę R. Koper, *Granice ochrony tajemnicy dziennikarskiej w procesie karnym*, RPEiS 2012, nr 2, s. 89), czemu stoi także na przeszkodzie zakaz wykładni *per non est*. Wobec powyższego, niezbędność dla dobra wymiaru sprawiedliwości musi zakładać coś więcej. Organ procesowy podejmujący decyzję w przedmiocie zwolnienia z zachowania tajemnicy zawodowej, zwłaszcza sąd co do kwalifikowanych tajemnic zawodowych, powinien w pierwszej kolejności rozważyć doniosłość danej okoliczności, co do której miałyby nastąpić przesłuchanie, dla poczynienia prawdziwych ustaleń faktycznych oraz znaczenia tych ustaleń dla prawidłowego rozstrzygnięcia (postanowienia Sądu Apelacyjnego: w Gdańsku z dnia 11 września 2019 r., II AKz 789/19; w Katowicach z dnia 8 lutego 2017 r., II AKz 66/17) – dobro wymiaru sprawiedliwości nie wymaga więc uchylecia tajemnicy, gdy dotyczy to nie tyle drugorzędnej, co nawet trzeciorzędnej okoliczności o niewielkim znaczeniu dla rozstrzygnięcia w sprawie (L.K. Paprzycki [w:] *Kodeks...*, t. 1, red. L.K. Paprzycki, 2012, s. 615). Ponadto, z uwagi na to, że w wypadku określonym w art. 180 § 2 k.p.k. mamy do czynienia ze szczególnymi rodzajami tajemnic zawodowych, obejmującymi różne sfery życia osobistego jednostki lub życia społecznego, u podstaw których leżą często wartości konstytucyjnie chronione, tajemnice te muszą być w sposób szczególny chronione. Trafnie podkreśla się więc w literaturze przedmiotu, że ocena niezbędności dla dobra wymiaru sprawiedliwości musi także obejmować uwzględnienie wagi sprawy, w której zwolnienie ma ewentualnie nastąpić (C. P. Kłak, *Ochrona tajemnicy notarialnej w polskim procesie karnym*, Prok. i Pr. 2013, nr 1, s. 36) oraz funkcji i rodzaju tajemnicy (postanowienie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 29 października 2013 r., II AKz 330/13). W powołanym orzeczeniu Sąd ten trafnie wskazał, odnosząc te uwagi do istotnej z punktu widzenia rozpoznawanej ówczesnie sprawy tajemnicy adwokackiej, że „*Uchylenie tajemnicy adwokackiej,*

przy zastosowaniu rozwiązań przewidzianych w art. 180 § 2 k.p.k. w zw. z art. 226 k.p.k., winno być stosowane, z uwagi na funkcje i znaczenie tej tajemnicy, jedynie incydentalnie, po starannym rozważeniu okoliczności konkretnej sprawy i przy obligatoryjnym wypełnieniu ustawowych przesłanek. W szczególności zaś możliwość przeprowadzenia dowodu w oparciu o informacje objęte tajemnicą adwokacką musi być zawsze poprzedzona wnikliwą analizą tego, czy in concreto interesy wymiaru sprawiedliwości, w drodze wyjątku uzasadniają naruszenie chronionego przez nią interesu publicznego i prywatnego. Sąd, jako organ stojący na straży praworządności w demokratycznym państwie prawa, bacząc na okoliczność, że tajemnica ta stanowi istotę i esencję wykonywanego zawodu adwokata, musi być w takim wypadku gwarantem zachowania zarówno właściwej formuły procedowania, jak i merytorycznej zasadności wniosku prokuratora, zaś podjęta decyzja procesowa, zmierzająca do wyjątkowego wzruszenia zakazu dowodowego w imię dobra wymiaru sprawiedliwości, musi w swej logice uwzględniać istotę praw i wolności obywatelskich zawarowanych w Konstytucji”.

Odnosząc się raz jeszcze do drugiej przesłanki z art. 180 § 2 k.p.k., tj. „braku możliwości ustalenia danej okoliczności na podstawie innego dowodu”, to przypomnieć należy, że przesłanka ta zachodzi wtedy, gdy brak jest jakichkolwiek innych dowodów, na podstawie których można by ustalić istotne dla sprawy okoliczności, przy zastrzeżeniu, iż organ procesowy wyczerpał już istniejące w sprawie źródła dowodowe i pomimo tego nie był w stanie ustalić określonej okoliczności. Chodzi przy tym o obiektywną niemożliwość, co oznacza faktyczne nieistnienie takiego źródła dowodowego, które mogłoby dostarczyć informacji na dany temat. Nie wystarcza zatem ani istnienie możliwych do pokonania przeszkód w dotarciu do istniejącego źródła dowodowego, ani też nieustalenie istnienia tego źródła, wynikające z niepodjęcia wszystkich koniecznych w danym momencie czynności wykrywczych (por. powołana już wyżej uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 1995 r., postanowienia Sądu Apelacyjnego: w Krakowie z dnia 1 grudnia 2015 r., II AKz 452/15; z dnia 12 października 2011 r., II AKz 664/11). Jak trafnie podkreśla się w orzecznictwie, przesłanka ta jest spełniona w sytuacji, gdy brak jest innych dowodów w sprawie (postanowienia Sądu Apelacyjnego: w Katowicach z dnia 4 marca 2009 r., II AKz 151/09; w Szczecinie z

dnia 29 października 2013 r., II AKz 330/13; w Łodzi z dnia 6 maja 2015 r., II AKz 225/15).

W niniejszej sprawie nie zostało wykazane aby spełniona została przesłanka subsydiarności, o jakiej mowa w końcowej części zdania pierwszego art. 180 § 2 k.p.k., co powoduje, że nie było potrzeby ważenia czy zwolnienie świadków z tajemnicy dziennikarskiej było niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości w tej sprawie.

Już z tego powodu zażalenie okazało się zasadne. Na zakończenie trzeba jednak ustosunkować się do innych zarzutów zażalenia.

Zarzuty naruszenia art. 180 § 3 i 4 k.p.k. są niezasadne. Tajemnica związana z tzw. prawem anonimatów i wiążący się z nią w istocie bezwzględny (poza wypadkami określonymi w art. 180 § 4 k.p.k., z których żaden nie zachodzi w tej sprawie) zakaz dowodowy aktualizuje się dopiero wtedy, gdy ustali się, że osoba przekazująca dziennikarzowi materiał prasowy zastrzegła nieujawnianie jej tożsamości (art. 180 § 3 *in fine* k.p.k., art. 15 ust. 2 pkt 1 Prawa prasowego). W niniejszej sprawie sposób procedowania Sądu pierwszej instancji pozostawia pewne wątpliwości w tej mierze. Zamiast odbierać od świadków-dziennikarzy kolejne oświadczenia o podstawie prawnej odmowy złożenia zeznań albo odpowiedzi na pytania, także po okazaniu im tekstu ustawy Prawo prasowe, Sąd powinien był wprost zapytać, czy osoba, względnie osoby przekazujące dziennikarzom informacje, które zostały opublikowane albo przekazane do opublikowania zastrzegła (-y) nieujawnianie danych umożliwiających identyfikację takiej osoby (takich osób) i w zależności od odpowiedzi, ocenić czy świadkowie powołują się na prawo anonimatów, czy też nie. Wobec tego wskazać należy, że świadek E. Ż. co prawda powołała się na treść art. 15 ust. 2 pkt 1 Prawa prasowego (k. 492, tom III akt sądowych), jednak z dalszych wypowiedzi świadka Sąd wywiódł, że w istocie świadkowi nie chodziło o prawo anonimatów, a o okoliczności objęte tajemnicą dziennikarską określone w art. 15 ust. 2 pkt 2 Prawa prasowego, czemu nikt z obecnych, w tym także świadek, nie zaproponował (k. 492, tom III akt sądowych). Świadek M. W. w złożonym oświadczeniu powołał się na wszystkie ustępy art. 15 Prawa prasowego (k. 493, tom III akt sądowych), zaś P. Ł. – na art. 15 ust. 2 pkt 1 i 2 tej ustawy (k. 495-496, tom III akt sądowych). Przesłuchiwany jako

ostatni świadek B. W. stwierdził z kolei, po okazaniu mu tekstu aktu prawnego, że podstawą jego oświadczenia jest art. 14 ust. 5 i art. 15 ust. 2 pkt 2 Prawa prasowego (k. 513v, tom III akt sądowych). Z powyższego wynika, że co najmniej jeden ze świadków (B. W., a być może i świadek E. Ż.) nie powołał się na prawo anonimat i tajemnicę z niego wynikającą – przywołał jedynie zakaz opublikowania informacji, jeżeli osoba udzielająca jej zastrzegła to ze względu na tajemnicę zawodową i, jak należy sądzić, choć nie mogąc tej kwestii przesądzać, do opublikowania takich informacji nie doszło, w przeciwnym razie dziennikarz naruszyłby art. 14 ust. 5, a także na obowiązek zachowania wszelkich informacji, których ujawnienie mogłoby naruszać chronione prawem interesy osób trzecich, który nie stanowi przedmiotu tajemnicy związanej z prawem anonimat.

Nie można oczywiście nie zauważyć tego, że co najmniej dwóch dziennikarzy z czterech obecnych na spotkaniu powołało się na prawo anonimat, a co najmniej jeden z nich, jeżeli nie dwoje – nie. Wydaje się to dziwne, choć oczywiście nie niemożliwe, aby osoba udzielająca informacji w czasie rozmowy z czterema dziennikarzami miała zastrzec nieujawnianie danych jej dotyczących tylko wobec dwóch z nich. Wątpliwości te, na co już wyżej wskazano, można było w prosty sposób wyjaśnić, czego nie uczynił Wojskowy Sąd Okręgowy w W.

Niezależnie jednak od tego, należy wskazać, że treść postanowienia o zwolnieniu dziennikarzy z tajemnicy dziennikarskiej nie pozwala w żadnym stopniu uznać, ażeby Sąd chciał zwolnić dziennikarzy w zakresie, o jakim mowa w art. 180 § 3 k.p.k. – ani wprost, ani konkludentnie, co mogłoby nastąpić w sytuacji, gdyby dziennikarze spotkanie odbyli tylko z jedną osobą, co nie miało miejsca w tej sprawie. Z treści postanowienia wynika natomiast bezspornie, że celem zwolnienia jest ustalenie przebiegu spotkania w dniu 23 października 2017 r. „w zakresie poruszanych na nim kwestii i ewentualnie udostępnianych dokumentów dotyczących osoby mjr. rez. R. P.”. Na marginesie powyższych rozważań należy odnieść się do jeszcze jednej kwestii wynikającej z treści zażalenia obrońcy oskarżonego gen. bryg. T. P., a zawartej w podsumowaniu uzasadnienia środka odwoławczego (s. 11). Mianowicie skarżący wskazał, że oskarżony jest nieposzlakowanej opinii, a postępowanie przed Sądem pierwszej instancji zostało zainicjowane subsydiarnym aktem oskarżenia, a więc „*pochodzi od osoby*

prywatnej, nie zaś prokuratora, tym samym nie został zweryfikowany przed wniesieniem go do Sądu". Nadto zaznaczył, że „oskarżyciel subsydiarny (...) jest osobą niewiarygodną. Zaś z uwagi na jego stan zdrowia, wskazywane przez niego wnioski powinny być szczególnie ostrożnie rozpatrywane” (s. 11 zażalenia).

Wobec powyższego wskazać trzeba, że treści tego typu są zdecydowanie niestosowne i nie powinny być w ogóle znaleźć się w piśmie przygotowanym przez profesjonalnego przedstawiciela strony procesowej jakim jest adwokat. Wskazują one bowiem na to, że skarżący jest zdania, iż to kwestie pozamerytoryczne powinny decydować o kierunku rozstrzygnięcia przez Sąd Najwyższy, w tym takie, jak rzekoma nieposzlakowana opinia oskarżonego, rzekoma niewiarygodność oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego i jego stan zdrowia, a nawet brak weryfikacji oskarżenia przez prokuratora. Żadna z tych okoliczności, co trzeba zdecydowanie podkreślić, nie ma natomiast jakiegokolwiek znaczenia dla oceny, czy doszło do naruszenia art. 180 k.p.k. i czy są podstawy do zwolnienia określonych świadków z tajemnicy dziennikarskiej.

Po pierwsze, co powinno być obrońcy wiadome, na obecnym etapie postępowania, w ramach postępowania incydentalnego związanego z uchyleniem tajemnicy dziennikarskiej i w dodatku przy orzekaniu w postępowaniu zażaleniowym, nie da się rozstrzygać i przesądzać o tym, czy oskarżony jest nieposzlakowanej opinii, a oskarżyciel subsydiarny jest niewiarygodny, a także tego, iżby jego stan zdrowia miał wpływać na formułowane przez niego wnioski dowodowe.

Po drugie, przypisywana przez obrońcę oskarżycielowi niewiarygodność oraz stan jego zdrowia i odwoływanie się do jego rzekomego wpływu na wszczęcie i przebieg postępowania karnego w tej sprawie nie pozostaje w jakimkolwiek związku rzeczowym z wniesionym zażaleniem i przedmiotem kontroli w zainicjowanym środkiem odwoławczym obrony postępowaniu zażaleniowym. Abstrahując od okoliczności tej sprawy i jej poszczególnych uczestników procesu, nawet jeżeli postępowanie karne zostałoby zainicjowane z niewłaściwych powodów i byłoby, w ocenie któregośkolwiek z jego uczestników, bezprzedmiotowe, to mogą oni, w sposób przewidziany przepisami Kodeksu postępowania karnego, to wykazywać, składając stosowne wnioski co do potrzeby przeprowadzenia przez

sąd kontroli takiego postępowania i wydania postanowienia kończącego postępowanie (o umorzeniu).

W niniejszej sprawie trudno oprzeć się wrażeniu, że ostatnia część uzasadnienia zażalenia obrońcy oskarżonego ma prowadzić jedynie do dezawuowania przeciwnika procesowego, a być może nawet poniżenia jego godności przez odwołanie się do stanu zdrowia i jego wpływu na zainicjowanie postępowania karnego, w sytuacji gdy okoliczności tego rodzaju, nawet gdyby okazały się prawdziwe, nie miały w jakimkolwiek zakresie i stopniu znaczenia dla oceny zasadności sformułowanych w zażaleniu zarzutów, a w konsekwencji – także dla rozstrzygnięcia o zaskarżonym postanowieniu. Jest to klasyczny przykład niedopuszczalnego sposobu argumentowania *ad personam*.

Przypomnieć w takiej sytuacji wypada, że adwokat w swojej pracy zawodowej nie powinien posługiwać się argumentacją *ad personam*, lecz tylko argumentacją *ad rem* (orzeczenie Wyższego Sądu Dyscyplinarnego z dnia 19 listopada 1983 r., WSD 15/83). Wolność słowa i pisma, jeden z zasadniczych czynników gwarantujących właściwe wykonywanie zawodu adwokata, zacieśnione jest granicami rzeczowej potrzeby działania (orzeczenie Wyższej Komisji Dyscyplinarnej z dnia 25 czerwca 1977 r., WKD 14/77). Immunitet obrończy adwokatury wkłada na jej członków szczególny obowiązek umiaru i oględności w korzystaniu z wolności słowa, aby nie przekształciła się ona w poniżenie godności poszczególnych osób biorących udział w sprawie (orzeczenie Wyższej Komisji Dyscyplinarnej z dnia 21 grudnia 1957 r., WKD 55/57). Zachowanie umiaru polega m. in. na tym, by nie używać publicznie zarzutów poniżających godność strony przeciwnej, baczyć by wolność słowa nie przekształciła się w poniżanie godności innych uczestników procesu, a także by nie stawiać zarzutów nie sprawdzonych. (orzeczenie Wyższego Sądu Dyscyplinarnego z dnia 21 maja 2011 r., WSD 120/10). Konieczność przestrzegania umiaru w swoich wypowiedziach dotyczy zwłaszcza wypowiedzi pisemnych, gdyż przy redagowaniu pism istnieją większe możliwości zastanowienia się, dokonania krytycznej oceny i ewentualnej korekty, niż w przypadku wypowiedzi ustnych, zwłaszcza w atmosferze napięcia rozprawy sądowej (orzeczenie Wyższego Sądu Dyscyplinarnego z dnia 11 grudnia 1999 r., WSD 18/99). O ile można zastanawiać się nad usprawiedliwieniem pewnych

lapsusów w toku przemówienia, to fakty takie nie powinny mieć miejsca w pismach redagowanych i podpisanych przez adwokata, który ma wszelkie możliwości spokojnego i właściwego zredagowania treści pisma (orzeczenie Wyższej Komisji Dyscyplinarnej z dnia 10 września 1960 r., WKD 73/60). Dopuszcza się możliwość nawet energicznego i ostrego przeciwstawiania się wnioskowi zgłoszonemu przez stronę przeciwną nie tylko poprzez wskazywanie na jego bezzasadność, ale i napiętnowanie jego demonstracyjnego charakteru, nie wykraczając wszakże poza ramy rzeczowości, bez użycia wyrażen obraźliwych, bez okazywania pogardy dla wnioskodawcy (orzeczenie Wyższej Komisji Dyscyplinarnej z dnia 22 października 1960 r., WKD 75/60).

Poza tym, odwoływanie się do kwestii stanu zdrowia oskarżyciela posiłkowego w kontekście postulowanej przez skarżącego szczególnej ostrożności przy rozpoznawaniu jego wniosków jest także niezasadne z innego powodu. Oskarżyciel posiłkowy subsydiarny, o ile początkowo wnosił o przesłuchanie w charakterze świadków dziennikarzy, to wniosek ten został przez niego skutecznie cofnięty (pismo procesowe z dnia 8 listopada 2019 r., k. 423v, por. także oświadczenie pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego na rozprawie głównej w dniu 18 listopada 2018 r., k. 434/434v, tom III akt sądowych), a jak już powyżej wskazano, dowód z przesłuchania tych świadków Sąd dopuścił z urzędu (postanowienie z dnia 18 listopada 2019 r., k. 435v), co najwyraźniej uszło uwadze obrońcy oskarżonego. To w takich okolicznościach procesowych doszło do przesłuchania tych świadków i wobec powołania się przez nich na tajemnicę dziennikarską – do wydania zaskarżonego obecnie postanowienia.

Co więcej, odwoływanie się do braku „weryfikacji oskarżenia przez prokuratora” jako argument, który ma prowadzić do podważenia zaskarżonego postanowienia polega na niezrozumieniu istoty postępowania sądowego i roli, jaką na tym etapie postępowania karnego pełni sąd, a jaką może – gdyż w tym postępowaniu nie występuje – prokurator. Organem postępowania karnego na tym jego etapie jest sąd i to ten podmiot prowadzi postępowanie oraz wydaje w jego toku rozstrzygnięcia, także związane z dopuszczalnością procesu karnego, jeżeli tylko postępowanie sądowe zostało zainicjowane skargą uprawnionego oskarżyciela (art. 14 § 1 k.p.k.). Brak enigmatycznie określonej weryfikacji

oskarżenia przez prokuratora pozostaje bez jakiegokolwiek znaczenia dla dopuszczalności wszczęcia i prowadzenia postępowania karnego inicjowanego subsydiarnym aktem oskarżenia, jeżeli tylko są spełnione warunki określone w art. 55 § 1 k.p.k. Ponadto, w wypadku zainicjowania postępowania sądowego aktem oskarżenia (w tym, jak w niniejszej sprawie, subsydiarnym aktem oskarżenia) sąd przeprowadza merytoryczną kontrolę oskarżenia, która obejmuje między innymi zagadnienia braku faktycznych podstaw oskarżenia i niewypełnienia przez czyn zarzucony znamion czynu zabronionego – art. 339 § 3 pkt. 1 i 2 k.p.k.).

W tej sprawie co prawda prokurator złożył wniosek o skierowanie sprawy na posiedzenie i umorzenie postępowania (na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., a więc nie z powodu braku podstaw faktycznych skargi oskarżycielskiej) (k. 26, tom I akt sądowych), ale w wyniku zapytania Sądu czy pismo to należy traktować jako wstąpienie do sprawy w związku z treścią art. 55 § 4 k.p.k. (k. 39, tom I akt sądowych), prokurator oświadczył, że nie wstępuje do tego postępowania jako oskarżyciel publiczny (k. 51, tom I akt sądowych). Analogiczny wniosek złożył w toku postępowania obrońca oskarżonego (k. 82-207 i k. 208-256, tom I i II akt sądowych oraz pismo popierające ten wniosek – k. 342-348, tom II akt sądowych), w którym wniósł o skierowanie sprawy na posiedzenie i umorzenie postępowania – na podstawie art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. (brak tożsamości czynu) albo art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. (brak danych dostatecznie uzasadniających popełnienie przestępstwa, nie dostrzegając przy okazji, że art. 339 § 3 pkt 2 k.p.k. zawęża tę możliwość jedynie do przypadku oczywistego braku faktycznych podstaw oskarżenia). Wniosek obrońcy został przez Wojskowy Sąd Okręgowy rozpoznany negatywnie (postanowienie z dnia 21 października 2019 r., k. 385v-386, tom II akt sądowych). Wniosek ten obrona ponowiła w toku przewodu sądowego (k. 460-468, tom III akt sądowych), nie dostrzegając ograniczeń, jakie wiążą się z rozpoczęciem tej fazy rozprawy głównej i możliwością merytorycznego orzekania (dla wydania wyroku uniewinniającego, a nie postanowienia umarzającego postępowanie z powodu negatywnej przesłanki procesowej – por. art. 414 § 1 k.p.k. – konieczne jest przeprowadzenie pełnego postępowania dowodowego w ramach przewodu sądowego). Wniosek ten nie został przez Wojskowy Sąd Okręgowy w W. uwzględniony (k. 457v, tom III akt sądowych).

Na zakończenie zwrócić należy uwagę skarżącego, w związku z jego wnioskiem o „zasądzenie na rzecz oskarżonego kosztów postępowania zażaleniowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych”, że w postępowaniu karnym uczestnikom postępowania w ramach postępowania wypadkowego, a z takim mamy do czynienia w tej sprawie, nie przysługuje prawo żądania zwrotu kosztów zastępstwa prawnego poniesionych przez tych uczestników w ramach postępowania incydentalnego, a tym bardziej – kosztów postępowania zażaleniowego (choć w uzasadnieniu zażalenia obrońca oskarżonego nie wykazał, o jakiego rodzaju koszty miałyby chodzić).

Pojęcie kosztów procesu obejmuje w szczególności uzasadnione wydatki stron, w tym z tytułu ustanowienia jednego obrońcy lub pełnomocnika (art. 616 § 1 k.p.k.), to – co do zasady – wydatki związane z ustanowieniem obrońcy lub pełnomocnikiem ponosi ta strona, która go ustanowiła (art. 620 k.p.k.). O tym natomiast, czy może ona żądać zwrotu poniesionych w tym zakresie wydatków rozstrzyga sąd w orzeczeniu kończącym postępowanie, ustalając, kto, w jakiej części i w jakim zakresie ponosi koszty procesu (art. 626 § 1 k.p.k.). Chodzi przy tym o orzeczenie kończące postępowanie w jego głównym przedmiocie, nie zaś o każde rozstrzygnięcie, które miałyby kończyć choćby postępowanie wypadkowe (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 września 2019 r., V KZ 21/19 (OSNK 2019, z. 10, poz. 61)).

Mając na uwadze powyższe, należało orzec, jak na wstępie. Przy tym, uchylenie pkt. 1 postanowienia nie uprawnia Sądu pierwszej instancji do ponownego orzekania w tej mierze, albowiem rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego, choć przybrało formułę uchylenia, jest w istocie postacią zmiany zaskarżonego orzeczenia. Gdyby orzekanie w tym przedmiocie następowało w związku z wnioskiem strony (co ostatecznie nie miało miejsca, wobec cofnięcia przez oskarżyciela posiłkowego wniosku o przesłuchanie w charakterze świadków dziennikarzy), treść postanowienia przybrałaby postać odmowy zwolnienia świadków z tajemnicy dziennikarskiej. Skutkiem uchylenia pkt. 1 zaskarżonego postanowienia jest także to, że upada jego pkt 2, który – jako rozstrzygnięcie o charakterze wyłącznie akcesoryjnym wobec tego, które jest przedmiotem

zaskarżenia – nie ma samodzielnego bytu i funkcjonować może w obrocie prawnym tak długo, jak długo funkcjonuje w nim rozstrzygnięcie główne.