

Cezary Kulesza

EFEKTYWNA OBRONA I OCHRONA PRAW PODEJRZANEGO W POSTĘPOWANIU PRZYGOTOWAWCZYM W POLSCE

Efektywna obrona i ochrona praw oskarżonego są szczególnie ważne w postępowaniu przygotowawczym, co wynika z funkcji pełnionych przez ten wstępny etap procesu. W kontekście celu niniejszego opracowania wypada wyróżnić następujące funkcje:

- 1) **funkcję przygotowawczą** rozumianą jako gromadzenie i utrwalanie materiału dowodowego na użytek przyszłej rozprawy,
- 2) **funkcję gwarancyjną**, która nie jest funkcją specyficzną dla postępowania przygotowawczego, lecz ogólną funkcją procesu karnego.¹

Podstawową przesłanką do umieszczenia tej funkcji wśród funkcji postępowania przygotowawczego jest fakt, iż na tym etapie postępowania gwarancje praw jednostki mogą ulec szczególnemu zagrożeniu ze strony organów ścigania. W literaturze podnosi się, że dla wielu obywateli jasne jest, że rozprawa główna, bez względu na tradycje i odrębności danego systemu, stanowi *de facto continuum* wstępnego etapu procesu,

¹ S. Śliwiński określał ją jako: „Zabezpieczenie obywatela przed samowolą organów wymiaru sprawiedliwości i umożliwienie mu spokojnego życia w społeczeństwie drogą należytej ochrony jego praw przed niesłusznym ich pogwałceniem”. S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1947, s. 11.

a więc i na nim powinny być przestrzegane gwarancje rzetelnego procesu.²

Dotychczasowe doświadczenia polskie, jak i krajów zachodnich uzasadniają tezę, iż rola tej funkcji zależy przede wszystkim od zakresu sądowej kontroli postępowania przygotowawczego i nadzoru prokuratorskiego nad działalnością organów ścigania.

- 3) **funkcja prakseologiczna** polegająca na efektywnym wykorzystaniu ograniczonych możliwości organów państwa w dziedzinie ścigania przestępstw i karania ich sprawców,
- 4) **funkcja mediacyjno-konsensualna**, czyli dążenie do uzyskania wszelkich form porozumień pomiędzy podejrzanym a oskarżycielem publicznym, jak i mediację oraz porozumienia pomiędzy oskarżonym a pokrzywdzonym. Ma ona oczywisty związek z funkcją filtracyjną, gdyż odciąża sądy wyrokuje na rozprawie głównej od przeprowadzania przewodu sądowego, umożliwia stosowanie przez nie skróconych trybów postępowania, które w Polsce są stosowane w ponad połowie spraw kierowanych do sądu.³

Zgodnie z tematyką niniejszego opracowania skoncentrujemy się na funkcji przygotowawczej i gwarancyjnej obowiązującego polskiego modelu postępowania przygotowawczego, przy uwzględnieniu zmian przewidzianych przez projekt nowelizacji kodeksu postępowania karnego w wersji z 24 kwietnia 2013 r.

Polski kpk. z 1997 r. przewiduje dwie formy postępowania przygotowawczego:

- sformalizowane śledztwo prowadzone w sprawach o zbrodnie oraz poważne występki, a także w sprawach prowadzonych przeciwko niektórym kategoriom funkcjonariuszy publicznych (m.in. sędziów, prokuratorów, funkcjonariuszy Policji i służb

2 E. Cape, J. Hodgson, T. Prakken, T. Spronken, *Procedural Rights at the Investigative Stage: Towards a Real Commitment to Minimum Standards*, (w): E. Cape, J. Hodgson, T. Prakken, T. Spronken (red), *Suspects in Europe. Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union*, Antwerpen-Oxford 2007, s. 8-9.

3 W roku 2012 na 361 266 spraw wniesionych z aktem oskarżenia do sądu prokuratura w 195 212 sprawach (54%) wniosła o skazanie oskarżonego bez rozprawy, Zestawienie statystyczne do Sprawozdania Prokuratora Generalnego z rocznej działalności prokuratury za 2012 r., Warszawa 2013, s. 54.

specjalnych) (art. 309). Śledztwo prowadzi prokurator, jednakże może powierzyć Policji prowadzenie śledztwa w części lub w całości (ta ostatnia możliwość nie dotyczy śledztw przeciwko funkcjonariuszom wymienionym w art. 309 pkt 2 i 3) (art. 311 kpk.). W praktyce osobiste prowadzenie śledztw przez prokuratora jest rzadkością;⁴

- dochodzenie prowadzone przez Policję oraz inne organy ścigania w sprawach o występki wymienione w art. 325 b kpk. Uproszczenia w dochodzeniu polegają m.in. na tym, że przedstawienie zarzutów nie wymaga postanowienia i ma formę ustną, na ograniczonym zakresie postępowania dowodowego oraz możliwości protokołowania większości czynności w formie uproszczonej (art. 325 h kpk.).

Cechą charakterystyczną polskiego modelu postępowania przygotowawczego jest to, że zarówno protokoły śledztwa, jak i dochodzenia mają jednakową pełną moc dowodową na rozprawie głównej. Zgodnie bowiem z obecnym brzmieniem art. 297 § 1 pkt 4 i 5 kpk. z 1997 r. do celów postępowania przygotowawczego zalicza się m.in. wyjaśnienie okoliczności sprawy oraz zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrwalenie dowodów **dla sądu**. W przypadku polskiego procesu karnego można mówić o zjawisku deprecjacji rozprawy głównej na rzecz inkwizycyjnego postępowania przygotowawczego, przejawiającym się w dwóch aspektach: szerokich wyjątkach od zasady bezpośredniości postępowania dowodowego przed wyrokiem sądem oraz rezygnacją z głównego etapu procesu na rzecz stosowania trybów konsensualnych.⁵ W pierwszym przypadku należy także zauważyć, że w przeciwieństwie np. do procesu niemieckiego zgodnie z polskim kpk. możliwe jest odczytywanie przez sąd *meriti* bez zgody stron, w warunkach określonych w art. 389 i 391 wszelkich protokołów przesłuchania podejrzanego i świadków sporządzonych przez policję i prokuraturę, zaś

4 W roku 2012 na 768117 wszczętych postępowań przygotowawczych 641291 stanowiły dochodzenia, zaś śledztwa 126826, w tym śledztwa własne prokuratorów (prowadzone w całości osobiście) – 11568 (9,12% ogółu śledztw), *Zestawienie statystyczne...*, s. 46, 50.

5 Zob. np. C. Kulesza, *Deprecjacja rozprawy głównej w procesie karnym z perspektywy obrońcy – uwagi na tle prawnoporównawczym*, (w:) *Ludicium et Scientia. Księga Jubileuszowa Profesora Romualda Kmiecika*, (red.) A. Przyborowska-Klimczak i A. Taracha, Warszawa 2011, s. 271-301.

jeśli strony temu się nie sprzeciwiają – odczytywanie także innych protokołów, jeśli sąd uzna, że ich bezpośrednie przeprowadzenie dowodów temu się nie sprzeciwia (art. 392) bądź też ujawnianie ich bez odczytywania (art. 394 § 2 kpk.). W procesie polskim sądowe czynności śledcze⁶ w sferze dowodowej ograniczają się jedynie do przesłuchania przez sąd na wniosek organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze świadka, jeśli zachodzi niebezpieczeństwo, że nie będzie można go przesłuchać na rozprawie (art. 316 § 3) oraz do przesłuchania pokrzywdzonego, który nie ukończył 15. roku życia w przypadku przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności oraz przeciwko rodzinie i opiece (rozdziały XXV i XXVI kk.) – art. 185 a oraz w przypadku przestępstw z rozdziału XXV kk. oraz przestępstw popełnionych z użyciem przemocy świadka, który nie ukończył 15 lat, jeśli jego zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 185 b kpk.). Poza tym protokoły z takich przesłuchań są ujawniane na rozprawie głównej na takich samych warunkach i mają taką samą moc dowodową jak protokoły niesądowe.

Zasadnicze znaczenie dla realizacji gwarancyjnej funkcji postępowania przygotowawczego ma prawo oskarżonego do obrony. W prawie polskim zasada prawa do obrony została podniesiona do rangi konstytucyjnej. Zgodnie z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP każdy, przeciwko komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może on w szczególności wybrać sobie obrońcę lub na zasadach określonych w ustawie korzystać z obrony z urzędu.

Tak więc prawo do obrony określone w art. 6 kpk. z 1997 r. obejmuje trzy aspekty⁷:

- 1) prawo do obrony materialnej, które oznacza uprawnienie oskarżonego do bronięcia się samemu i jest realizowane przede wszystkim dzięki możliwości aktywnego uczestnictwa w postępowaniu, co gwarantuje mu, niezależnie od art. 6 ust. 3 lit. c EKPCz, także lit. d tego przepisu;

6 Zob. w procesie niemieckim V. Erb, (w.) Löwe – Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Grosskommentar*, 26. neu bearbeitete Auflage, Fünfter Band, Berlin 2008, s. 544-572.

7 P. Hofmański, *Konwencja Europejska a prawo karne*, Toruń 1995, s. 260-262.

- 2) prawo do obrony formalnej, czyli korzystania z wybranego przez siebie obrońcy;
- 3) prawo do korzystania z nieodpłatnej pomocy obrońcy przysługującej wówczas, gdy spełnione są łącznie dwa warunki – oskarżony nie posiada środków na opłacenie obrony oraz udział obrońcy leży w interesie wymiaru sprawiedliwości.

W polskiej literaturze przedmiotu⁸ wskazuje się także na orzecznictwo Sądu Najwyższego eksponujące „rzeczywistość i skuteczność” prawa do obrony. Podkreśla się jednak, że „aspekt skuteczności” nie może być w żadnej mierze odnoszony do ostatecznego rezultatu procesu, a jedynie do pozostającej do dyspozycji oskarżonego i jego obrońcy możliwości podejmowania nieskrępowanych działań w ramach uprawnień ustawowych. Należy dodać, że oskarżonemu przysługuje wybór sposobu prowadzenia obrony: obrony aktywnej (czynnej) czy pasywnej (biernej), określanej także jako prawo oskarżonego do defensywy.⁹

Natomiast efektywna obrona formalna to skuteczne działanie obrońcy na korzyść oskarżonego. Ten kierunek działalności obrońcy jest ustawowo gwarantowany we wszystkich ustawodawstwach procesowych, a w prawie polskim jest statuowany przez art. 86 § 1 kpk. Skutkiem (efektem) działań obrońcy może być nie tylko obiektywna poprawa sytuacji procesowej oskarżonego, lecz także i inne niemierzalne korzyści, jak wzrost jego zaufania do obrońcy, zmniejszenie stresu psychicznego związanego z udziałem w procesie, pozyskanie wiedzy i informacji o rządzących nim regułach czy zwiększenie poczucia bezpieczeństwa. Za efektywnym udziałem obrońcy w procesie przemawia także racja stanu psychicznego – obrońca nie jest zaangażowany w obronę swojego interesu prawnego, jego stosunek jest więc znacznie mniej emocjonalny niż oskarżonego, potrafi trzeźwo ocenić fakty i prawo oraz wybrać odpowiednią taktykę obrony.¹⁰

8 Z. Gostyński, S. Zabłocki, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, K. A. Stefański, S. Zabłocki: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I, Warszawa 2003, s. 219 i podane tam orzecznictwo.

9 P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006, s. 272 i 296.

10 „Wer sich selbst verteidigt, hat einen Narren als Anwalt und einen Narren als Mandanten“, K. Volk, *Strafprozessrecht*, wyd 2, München 2001, s. 74.

Wprawdzie jakość obrony sprawowanej przez obrońcę należy uznać za jedną z gwarancji rzetelnego procesu,¹¹ jednakże wypada zauważyć także uwarunkowania efektywności obrony, które nie są zależne od działalności obrońcy.

Efektywność obrony warunkują:¹²

- 1) przyczyny o charakterze indywidualnym, związane z istotą stosunku obrończego obejmujące:
 - a) uwarunkowania subiektywne, zależne od jakości działań obrońcy oraz
 - b) unormowania prawne określające stosunek charakter stosunku obrończego (z wyboru czy z urzędu), moment jego powstania i wpływające na jego trwałość oraz bezpieczeństwo wzajemnej komunikacji obrońcy z oskarżonym (tajemnica obrończa),
- 2) przyczyny o charakterze obiektywnym, niezależne od obrońcy i charakteru stosunku obrończego.

Zasadą w polskim kpk. jest fakultatywne posiadanie przez oskarżonego obrońcy z wyboru (art. 83), natomiast udział obrońcy jest obowiązkowy w przypadkach związanych z osobą oskarżonego, gdy (art. 79 kpk.):

- oskarżony jest nieletni;
- oskarżony jest głuchy, niewidomy lub niemy;
- zachodzi uzasadniona wątpliwość co do jego poczytalności.

O wadze sprawy jako przesłance obligatoryjnego udziału obrońcy w sprawie świadczy, iż w postępowaniu sądowym przepis art. 80 kpk. ustanawia taki obowiązek w sprawach toczących się w pierwszej instancji przed sądem okręgowym wobec osób oskarżonych o zbrodnię bądź pozbawionych wolności.

Ponadto art. 79 § 2 kpk. przewiduje, że oskarżony musi mieć obrońcę, jeżeli sąd uzna to za niezbędne ze względu na okoliczności

11 Zob. np. C. Kulesza, Jakość obrony formalnej jako warunek rzetelnego procesu (refleksje prawnoporównawcze), (w:) Rzetelny proces karny: księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdwy pod red. Jerzego Skorupki, Warszawa 2009, s. 145-167.

12 Zob. C. Kulesza, Efektywność udziału obrońcy w procesie karnym w perspektywie prawnoporównawczej, Kraków 2005, s. 15-30.

utrudniające obronę. Tę ostatnią, oceną przesłankę trudno jednoznacznie odnosić do wagi sprawy lub do osoby oskarżonego. Nie wydaje się w tej mierze przekonujące postanowienie SN z 17 lutego 2004 r. (II KK 277/02, OSNKW 2004, nr 4, poz. 43) stwierdzające, że: „«Okoliczności utrudniające obronę» w rozumieniu art. 79 § 2 kpk., należy wiązać przede wszystkim z właściwościami osobistymi oskarżonego, które co prawda nie uniemożliwiają, ale w znaczący sposób utrudniają realizację prawa do obrony materialnej bezpośrednio przez samego oskarżonego. Fakt, że sprawa jest skomplikowana pod względem faktycznym lub nawet pod względem prawnym, sam przez się nie może zadecydować o przyjęciu przez organ procesowy istnienia przesłanki obrony obligatoryjnej, określonej w art. 79 § 2 kpk.”.

Jeśli chodzi o wyznaczenie obrońcy z urzędu, to poza sytuacją, kiedy oskarżony wykaże, że nie jest w stanie ponieść kosztów obrony bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny (art. 78 § 1), oskarżonemu wyznacza się takiego obrońcę, jeśli nie ma on obrońcy z wyboru, a zachodzą wskazane wcześniej przypadki obrony obligatoryjnej z art. 79 § 1 i 2 oraz art. 80 (art. 81 kpk.).¹³

Oskarżony może mieć najwyżej trzech obrońców – art. 77, natomiast jeden obrońca może bronić kilku oskarżonych, jeżeli ich interesy nie pozostają w sprzeczności – art. 85 § 1 kpk.

Linia orzecznictwa SN oraz komentarze do kpk. wyraźnie stwierdzają, że osoba podejrzana nie ma statusu podejrzanego i nie jest stroną procesową¹⁴ i w związku z tym nie przysługuje jej prawo do korzystania z pomocy obrońcy. W praktyce największe kłopoty z dostępem oskarżonych do pomocy prawnej występują na etapie postępowania przygotowawczego. W szczególności w przypadku korzystania z pomocy prawnej w trakcie zatrzymania i tuż po zatrzymaniu kontakt ten ma w praktyce charakter incydentalny, gdyż wymaga od zatrzymanego znajomości sposobu nawiązania kontaktu z prawnikiem. Dostęp do pomocy praw-

13 Odnośnie do obrony z urzędu zob. monografię: R. Rynkun-Werner, *Adwokat z urzędu. Podstawowe zagadnienia prawne*, Lexis Nexis, Warszawa 2011, s. 116-131.

14 Por. J. Grajewski, (w:) J. Grajewki, L.K. Paprzyski, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, (red.) J. Grajewski, t. I. Komentarz do art. 1-424 kpk., 2. wyd., Warszawa 2010, s. 189; postanowienie SN z dnia 2 lipca 2003 r., II KK 268/03, Lex nr 80294; postanowienie SN z dnia 26 sierpnia 2010 r., I KZP 13/10, „Prokuratura i Prawo” – wkładka 2010, nr 11, poz. 5.

nej obrońcy w postępowaniu przygotowawczym w przypadku obrony obligatoryjnej uzależniony jest od tego, jak szybko prokurator skieruje stosowny wniosek do sądu o wyznaczenie obrońcy. Jeśli jest to obrona z urzędu, lecz fakultatywna, zależy od tego, czy do podejrzanego dotrze informacja o możliwości wnioskowania o ustanowienie adwokata z urzędu. Istotne znaczenie ma także, po jakim czasie nastąpi wyznaczenie obrońcy oraz kiedy podejmie on czynności zmierzające do uzyskania osobistego kontaktu z podejrzanym pozbawionym wolności.¹⁵

Za podstawowy przejaw sądowych czynności śledczych w polskim procesie karnym należy uznać stosowanie przez sąd środków przymusu, w tym najpoważniejszego – aresztu tymczasowego (art. 250 § 1 kpk.). Poza tym zgodnie z kpk. do wyłącznej kompetencji sądu należy podejmowanie decyzji: o obserwacji podejrzanego w zakładzie psychiatrycznym (art. 203), o kontroli i utrwalaniu rozmów (art. 237 § 1), o zgodzie następczej na wykorzystanie dowodu uzyskanego w wyniku takiej kontroli innych osób lub w związku z innym przestępstwem (art. 237 a), o przepadku przedmiotu bądź ściągnięciu sumy poręczenia (art. 270 § 1), o wydaniu „listu żelaznego” (art. 281 kpk.), o nakładaniu kar w postępowaniu przygotowawczym na obrońców i pełnomocników (art. 285 § 1a), o stosowaniu aresztu jako kary porządkowej (art. 290 § 1), orzekaniu o przepadku rzeczy tytułem środka zabezpieczającego po umorzeniu postępowania przygotowawczego (art. 323 § 3), umarzeniu postępowania w razie stwierdzenia niepoczytalności podejrzanego i stosowanie środków zabezpieczających (art. 324) i warunkowym umorzeniu postępowania karnego (art. 336). Sąd rozpoznaje zażalenia na następujące postanowienia: dotyczące przeszukania i zatrzymania rzeczy (art. 236), tymczasowe zarządzenie przez prokuratora kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych (art. 240), o zatrzymaniu osoby (art. 246), o stosowaniu nieizolacyjnych środków zapobiegawczych (art. 252 § 2 i 3), o zabezpieczeniu majątkowym (art. 293§2), o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego oraz jego umorzeniu (art. 306 kpk.).

Artykuł 249 określa tak zwaną **podstawę ogólną** stosowania wszystkich środków zapobiegawczych, jaką jest wykazanie przez dowody ze-

15 Ł. Bojarski, Dostępność nieodpłatnej pomocy prawnej. Raport z monitoringu, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2003, s. 130-138.

brane w sprawie dużego prawdopodobieństwa, iż oskarżony popełnił przestępstwo.

Natomiast podstawy szczególne stosowania tych środków określa art. 258 kpk., zgodnie z którym tymczasowe aresztowanie (bądź odpowiednio inny środek zapobiegawczy) można zastosować, jeżeli:

- 1) zachodzi uzasadniona obawa ucieczki lub ukrywania się oskarżonego, zwłaszcza wtedy, gdy nie można ustalić jego tożsamości, albo nie ma on w kraju stałego miejsca pobytu. Obawy muszą być realne, czyli wynikać z zebranych dowodów, nie wystarczy samo przypuszczenie takiego zachowania się oskarżonego (art. 258 § 1);
- 2) zachodzi uzasadniona obawa, że oskarżony będzie nakłaniał do składania fałszywych zeznań lub wyjaśnień, albo w inny bezprawny sposób utrudniał postępowanie karne (art. 258 § 1 pkt.);
- 3) w myśl art. 258 § 2 kpk., potrzeba zastosowania tymczasowego aresztowania w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania może być uzasadniona grożącą oskarżonemu surową karą, wówczas gdy oskarżonemu zarzuca się popełnienie zbrodni lub występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat lub sąd pierwszej instancji skazał oskarżonego na karę pozbawienia wolności nie niższą niż 3 lata;
- 4) zastosowanie tymczasowego aresztowania może uzasadnić ponadto istnienie obawy popełnienia przez oskarżonego przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu, albo bezpieczeństwu powszechnemu, a zwłaszcza gdy popełnieniem takiego przestępstwa groził (art. 258 § 3 kpk.).

Stosowanie tymczasowego aresztowania (i innych środków zapobiegawczych) wymaga łącznego występowania podstawy ogólnej i którejś z podstaw szczególnych.

W orzecznictwie sądowym nie budzi wątpliwości teza, że to na oskarżycielu publicznym jako *dominus litis* postępowania przygotowawczego spoczywa onus probandi wykazania zasadności wniosku

o tymczasowe aresztowanie (a więc i wysokiego prawdopodobieństwa popełnienia przez oskarżonego przestępstwa).¹⁶

Jednakże w tym kontekście nie sposób pominąć uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2012 r. (I KZP 18/11, OSNKW 2012, nr 1, poz. 1) stwierdzającej, że: „Podstawy stosowania tymczasowego aresztowania, określone w art. 258 § 2 kpk., przy spełnieniu przesłanek wskazanych w art. 249 § 1 kpk. i przy braku przesłanek negatywnych określonych w art. 259 § 1 i 2 kpk. stanowią samodzielne przesłanki szczególne stosowania tego środka zapobiegawczego”. Z uzasadnienia tej uchwały wynika, że ze względu na „ustawowe domniemanie matactwa” wynikającego z zagrożenia wysoką karą z art. 258 § 2 oskarżyciel publiczny nie jest już zobligowany koniecznością udowodnienia prawdopodobieństwa matactwa, a przynajmniej w takim stopniu jak wymaga tego art. 249 § 1 kpk. odnośnie do podstawy ogólnej stosowania wszystkich środków zapobiegawczych.¹⁷ Istotny jest wpływ psychologiczny aresztu na „gotowość współpracy” oskarżonego pozbawionego wolności z organami ścigania i prokuraturą i trudności w jego kontaktach z obrońcą, co prowadzi do problemu, rzadko dostrzeganego w komentarzach do kpk. i literaturze przedmiotu, tzw. „aresztu wydobywczego”.¹⁸ W dyskusjach nad reformą systemu środków zapobiegawczych w polskim procesie karnym zauważano, iż niekiedy jednym z powodów lub wręcz jedynym powodem stosowania aresztu tymczasowego jest stworzenie przesłanek do uzyskania od osadzonego informacji dotyczących popełnienia zarzuczonego mu czynu lub innych czynów, w stosunku do których prowadzone jest postępowanie przygotowawcze.

16 Postanowienie sądu apelacyjnego we Wrocławiu z 23.05.2007 r. II AKz 239/07, Lex nr 271951.

17 Jednakże, jak zauważa chociażby sędzia SN J. Matras: „Zaden z przepisów regulujących tymczasowe aresztowanie, a więc i art. 258 § 2 kpk., w którym zawarte jest domniemanie bezprawnego utrudniania postępowania z uwagi na grożącą surową karę, nie stanowi podstawy do ciągłego stosowania tego środka, a zatem, iż procesowe regulacje nie są sprzeczne z EKPC, a nadużywanie w praktyce orzeczniczej art. 258 § 2 kpk. trzeba ujmować w kategorii nieprawidłowości w stosowaniu prawa”. J. Matras, Tymczasowe aresztowanie w postępowaniu karnym, a standardy Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC), referat wygłoszony na zorganizowanym przez Sąd Najwyższy w dniach 11-12.10.2012 r. Otwartym Seminarium Sędziowskim „Prawo karne procesowe”, s. 49-50 (niepublikowany).

18 P. Kardas, Opinia Prof. UJ dr. hab. Piotra Kardasa – Uniwersytet Jagielloński, Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, Zeszyt 1/2010, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 2010, s. 207.

Te sytuacje określane są jako „areszt wydobywczy” i jednoznacznie kwalifikowane jako przypadki nadużycia prawa.¹⁹

W literaturze zwraca się uwagę na treść art. 249 § 5 kpk., zgodnie z którym prokurator oraz obrońca tymczasowo aresztowanego mają prawo do udziału w posiedzeniu sądu dotyczącego przedłużenia tymczasowego aresztowania oraz rozpoznania zażalenia na zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania; niestawiennictwo tychże nie tamuje rozpoznania sprawy, nawet jeśli było usprawiedliwione.²⁰ Jednakże regulacja ta nie nakłada obowiązku zawiadomienia o takich posiedzeniach tymczasowo aresztowanego, jeśli nie posiada on obrońcy. Dlatego też wskutek niezawiadomienia tymczasowo aresztowanego o takim posiedzeniu sądu, którego przedmiotem jest przedłużenie tymczasowego aresztowania lub rozpoznanie zażalenia na taką decyzję, formalna „równość broni” w porównaniu chociażby do pozycji oskarżycielskiej prokuratora jest niezachowana, co czyni takie postępowanie niespełniającym standard z art. 5 ust. 4 konwencji.²¹

W przypadku zażeń na postanowienia o zastosowaniu (przedłużeniu) aresztu tymczasowego zarówno w doktrynie polskiej, jak i niemieckiej dostrzega się lakoniczność i powierzchowność uzasadnień tych orzeczeń, która znacznie utrudnia polemikę obrony z argumentami sądu.²²

Na ograniczenia realizacji prawa do obrony w polskim procesie karnym w aspekcie kontaktu podejrzanego z obrońcą i udziału obrony w czynnościach postępowania przygotowawczego można spojrzeć nie tylko w aspekcie standardu strasburskiego, lecz i przez pryzmat regulacji projektu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady UE z 8 czerwca 2011 r. dotyczącej prawa dostępu do adwokata w postępowaniu kar-

- 19 Zob. także B. Niła, *Konstytucyjne znaczenie zasady nemo tenetur se ipsum accusare*, (w:) *Rzeczelný proces karný. Księga jubileuszowa profesor Zofii Świdry*, Warszawa 2009, s. 220 i nast.
- 20 P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, kpk. Komentarz, t. I, Warszawa 2011, s. 1389; L.K. Paprzycki, (w:) J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, kpk. Komentarz, t. I, Warszawa 2010, s. 819-820;
- 21 J. Matras, *Tymczasowe aresztowanie*, op. cit., s. 53-54 i podane tam orzecznictwo ETPCz.
- 22 *Ibidem*, s. 46 i podana tam literatura. Zob. także C. Kulesza, R. Starzyńska, *Obowiązek uzasadniania orzeczeń sądowych a prawo do obrony*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 5, s. 15-30.

nym oraz prawa do powiadomienia osoby trzeciej o zatrzymaniu, KOM (2011) 326.²³

Analiza polskich regulacji wskazuje, że proponowany standard w art. 3 ust. 1 lit. a i b nie jest do końca przez polskiego ustawodawcę spełniony, gdyż przepisy kpk. nie przewidują prawa osoby podejrzanej do korzystania z pomocy obrońcy i do udziału w czynnościach procesowych. Natomiast czynności, w których może brać udział podejrzany, dotyczą czynności wnioskowanych przez obronę (art. 315 § 2 kpk.), czynności niepowtarzalnych (art. 316 § 1 kpk.), jak też wszystkich pozostałych czynności postępowania przygotowawczego (art. 317 § 1 kpk.). Dyspozycja art. 317 § 1 kpk. normuje udział stron w czynnościach postępowania przygotowawczego, które nie mają charakteru niepowtarzalnych (art. 316 kpk.), ani też nie są prowadzone na ich wniosek (art. 315 § 2 kpk.) i nie dotyczą dowodu z opinii biegłego (art. 318 kpk.). Zważyć w tym miejscu należy, że przestrzeganie proponowanego standardu europejskiego wymaga zmiany praktyki informowania stron, jak i osoby podejrzanej o czynnościach procesowych, w których zamierzają wziąć udział. obrońca, pełnomocnik i strony postępowania oraz osoba podejrzana bowiem, co oczywiste, nie posiadają wiedzy o planowanych bądź podejmowanych *ad hoc* czynnościach procesowych. Z tego względu, w oparciu o dyrektywę lojalności procesowej, o której mowa w art. 16 § 2 kpk., zasadnym jest udzielanie informacji niezbędnych do skutecznego wykorzystywania uprawnień przewidzianych w art. 316 i 317 kpk., a zatem udziału w czynnościach niewioskowanych, bowiem o udziale w czynnościach wnioskowanych traktuje art. 315 kpk. Wskazane podmioty mają prawo być każdorazowo informowane o podejmowanych czynnościach w sposób umożliwiający udział w nich, jak również, w odniesieniu do projektowanego zapisu, kontaktu podejrzanego i osoby podejrzanej z obrońcą.

Ostatni z proponowanych przypadków, w których osobie podejrzanej należy umożliwić kontakt z obrońcą, jest przez krajowego prawodawcę już uwzględniony, o czym stanowi art. 245 § 1 kpk., albowiem zapewnia osobie pozbawionej wolności prawo do korzystania z pomocy

23 Zob. C. Kulesza, P. Starzyński, Unia Europejska w obronie podejrzanego, „Państwo i Prawo” 2012, nr 8, s. 33-47; H. Dahs, *Handbuch des Strafverteidigers*, 7 Auflage, Köln 2005, s. 238-245.

adwokata, aczkolwiek jego poufność może być ograniczona przez obecność zatrzymującego funkcjonariusza.²⁴

Krajowe regulacje gwarantują podejrzanemu oraz zatrzymanemu wymóg prawa do widzenia się z reprezentującym go prawnikiem (art. 4 ust. 1 dyrektywy)

Dyrektywa nie ogranicza prawa udziału adwokata w postępowaniu przygotowawczym i sądowym tylko do przesłuchania osoby podejranej, podejrzanego, oskarżonego, ale dotyczy wszelkich osobowych źródeł dowodowych. Reguły określone w art. 315-317 kpk., które odnoszą się tylko do podejrzanego, a już nie do osoby podejranej, nie spełniają założeń prawodawcy europejskiego. obrońca, zgodnie z przepisem art. 4 ust. 2 dyrektywy, powinien mieć zapewnione prawo zadawania pytań, żądania wyjaśnień i składania oświadczeń, które powinny być utrwalone zgodnie z krajowym ustawodawstwem. Prawo to jest w polskim kpk. zapewnione, albowiem zgodnie z art. 171 § 1 i 2 obrońca może zadawać pytania zmierzające do uzupełnienia, wyjaśnienia lub kontroli wypowiedzi. Dyspozycja art. 171 § 1 kpk. *in fine* nie jest adresowana li tylko do organu procesowego. Pewnym ograniczeniem może być możliwość uchylania pytań oraz zadawania ich za pośrednictwem organu przesłuchującego. Na mocy art. 148 § 1 pkt 2 kpk. osoby biorące udział w czynnościach mogą z kolei składać oświadczenia do protokołu.

Natomiast zgodnie z dyspozycją art. 317 § 2 kpk. prokurator jest legitymowany w szczególnie uzasadnionym wypadku do orzeczenia o odmowie dopuszczenia do udziału w czynności ze względu na ważny interes śledztwa albo o odmowie sprowadzenia oskarżonego pozbawionego wolności, gdy spowodowałyby to poważne trudności, a zatem przepis ten nie spełnia założeń dyrektywy, gdyż nadmiernie ogranicza prawo do obrony.

Polski kpk. w mniejszym stopniu niż art. 7 projektu dyrektywy zapewnia poufność kontaktów pomiędzy podejrzanym, oskarżonym i osoby podejranej pozbawionej wolności z obrońcą. Zgodnie z dyspozycją art. 73 § 1 kpk. podejrany i oskarżony tymczasowo aresztowany

24 Przepis ten przez to, że nie wskazuje przesłanki, której zaistnienie uprawnia zatrzymującego do obecności przy rozmowie zatrzymanego z adwokatem, został uznany wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 11.12.2012 r. (K. 37/2011, OTK ZU 2012, nr 11A, poz. 133) za niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

może porozumiewać się ze swym obrońcą podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie, przy czym w postępowaniu przygotowawczym prokurator, na mocy art. 73 § 2 kpk. udzielając zezwolenia na porozumiewanie się, może w szczególnie uzasadnionym wypadku zastrzec, że będzie przy tym obecny sam lub osoba przez niego upoważniona. Prokurator może również zastrzec kontrolę korespondencji podejznanego z obrońcą – art. 73 § 3 kpk. Zastrzeżenia określone w § 2 i 3 nie mogą być utrzymywane ani dokonane po upływie 14 dni od dnia tymczasowego aresztowania podejznanego. Z kolei poufność kontaktu z adwokatem osoby zatrzymanej może być ograniczona, jak wskazano wcześniej, na mocy art. 245 § 1 zd. 2 kpk.

Projekt dyrektywy w art. 8 przewiduje możliwość wprowadzenia odstępstw od praw określonych w art. 3 (prawo dostępu do obrońcy w postępowaniu karnym) oraz reguł stanowiących treść tego prawa zawartych w art. 4 ust. 1 do 3 oraz art. 5 i 6 dyrektywy. Co istotne, dyrektywa wprost stanowi, że każde odstępstwo może zostać wprowadzone jedynie w wyjątkowych wypadkach, przy czym cechy tej wyjątkowości dyrektywa precyzuje poprzez wskazanie 5 okoliczności, które mogą znamionować wyjątkowy charakter odstępstw od gwarantowanych praw. Polskie regulacje legitymujące do ograniczenia prawa do obrony, jak wskazano przy analizie praw z art. 3 oraz 4 ust. 1 do 3, zdają się nie spełniać standardu wyjątku z art. 8 dyrektywy.

Jeśli chodzi o regulacje polskiego projektu nowelizacji kpk. (w wersji z 24.04.2013 r.) odnoszące się do postępowania przygotowawczego, to Komisja Kodyfikacyjna zdecydowała się odstąpić od dokonania modelowych zmian tego wstępnego etapu procesu, przyjmując założenie, że losy postępowania będą się rozstrzygać dopiero na kontradiktoryjnej rozprawie głównej. Takie założenie Projektodawców, przy niezmiennym pozycji obrony w postępowaniu przygotowawczym wydaje się wątpliwe przynajmniej z przytoczonych niżej względów.

Przede wszystkim projekt zmian kpk. pozostawia w zasadzie niezmiennym kształcie inkwizycyjny charakter postępowania przygotowawczego utrzymując dotychczasowe ograniczenia prawa do obrony, w tym m.in. w zakresie zapoznania się z aktami postępowania przygotowawczego, w warunkach określonych w art. 156 § 5 kpk., oddalenia wniosków dowodowych na mocy art. 170 § 1 i art. 170 § 1a oraz

udziału w czynnościach procesowych, o których mowa w art. 315-317 kpk.²⁵ W rezultacie możliwe jest oparcie wyroku na materiale dowodowym utrwalonym w postępowaniu przygotowawczym bez zachowania wymogu kontradiktoryjności (bez udziału i kontroli obrońcy). Projekt w sposób jakościowy zmienia zadania postępowania przygotowawczego, gdyż zgodnie z nowym brzmieniem art. 297 § 1 pkt 5 celem tego stadium procesu ma być: „zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów w zakresie niezbędnym do stwierdzenia zasadności wniesienia aktu oskarżenia albo innego zakończenia postępowania, jak również do przedstawienia wniosku o dopuszczenie tych dowodów i przeprowadzenie ich przed sądem”. Jednakże projektowane wyjątki od zasady bezpośredniości pozwalają na odczytywanie na wniosek bądź w sytuacji określonej w art. 167 § 1 zd. 3 i art. 167 § 2 także z urzędu (bez zgody stron) protokołów wyjaśnień oskarżonego (art. 389 kpk.), a jeśli strony temu się nie sprzeciwią – protokołów wymienionych w art. 392 i innych dokumentów (art. 393) oraz ujawnianie ich bez odczytywania (art. 394 kpk.) i to nawet w szerszym zakresie, niż obecnie. Należy bowiem zauważyć, że ze względu na fakt, że oskarżony nie będzie musiał (co do zasady) uczestniczyć w rozprawie, regułą będzie odczytywanie jego wyjaśnień, zaś nowe brzmienie art. 393 § 3 kpk. będzie zezwalało na odczytywanie na rozprawie wszelkich dokumentów prywatnych powstałych poza postępowaniem karnym, z wyjątkiem dowodów nielegalnych (nowy art. 168 a kpk.) Natomiast istotnie zmieniony został art. 391 kpk. regulujący odczytywanie na rozprawie głównej protokołów zeznań świadków. Jeśli zajdą wskazane w nim przesłanki, protokoły takie będzie odczytywać **strona procesowa**, zaś sąd jedynie w „wyjątkowej, szczególnie uzasadnionej sytuacji, o której mowa w art. 370 § 2, jeżeli okoliczność będąca przedmiotem przesłuchania nie może być ustalona w inny sposób” bądź jako wyjątek od zasady kontradiktoryjności w przypadku określonym w art. 167 § 1 zdanie drugie i trzecie lub art. 167 § 2 (art. 391 § 1 c i 1 d projektu).

Za nie do końca zrozumiałą można uznać natomiast nową regulację art. 311 kpk. w zakresie regulującym utrwalanie przesłuchań świadka

25 Zob. C. Kulesza, *Od obrony formalnej do obrony realnej?: nowa rola obrońcy w projekcie reformy procedury karnej (w): Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej: Księga jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego*, red. nauk. Anna Błachnio-Parzych [et al.], Warszawa 2013.

w śledztwie. Projekt zakłada „upolicynienie” śledztwa, stanowiąc, że prowadzi je Policja (a nie jak obecnie prokurator), chyba że prowadzi je prokurator (art. 311 § 1). Taki wyjątek przewiduje w § 3 art. 311 stanowiąc, że prokurator prowadzi śledztwo w sprawach o zbrodnie, w wypadkach określonych w art. 309 pkt 2 i 3 oraz w sprawach, które przejmie do prowadzenia. Natomiast zgodnie z § 4 art. 311 prokurator może powierzyć Policji przeprowadzenie śledztwa w całości lub w określonym zakresie albo dokonanie poszczególnych czynności śledczych, jednakże w wypadkach określonych w art. 309 pkt 2 i 3 nie może powierzyć Policji prowadzenia śledztwa w całości. W sytuacji, o której mowa w § 3, Policja może dokonać innych czynności, jeżeli wyłoni się taka potrzeba (§ 5 art. 311 kpk.). Jednakże w takiej sytuacji Policja utrwała wypowiedzi świadka w formie notatki urzędowej, natomiast protokół sporządza jedynie w wypadkach niecierpiących zwłoki (art. 311 § 6 kpk.). Niejasność regulacji art. 311 § 6 kpk. wynika z wątpliwości, czy odnosi się on do śledztwa powierzonego Policji przez prokuratora w całości (co byłoby nielogiczne), w określonym zakresie czy też do dokonania poszczególnych czynności śledztwa. Poza tym nie wiadomo, czym kierował się projektodawca, ustanawiając wyjątek od ogólnego z art. 174 kpk. zakazu zastępowania protokołów z wyjaśnień oskarżonego i zeznań świadka treścią pism, zapisków lub notatek urzędowych. Zgodnie bowiem z treścią art. 391 na rozprawie mogą być ujawniane tylko **protokoły** z zeznań świadków, zaś art. 393 § 1 w zdaniu drugim ustanawia wyraźny zakaz odczytywania na rozprawie notatek dotyczących czynności, z których wymagane jest sporządzenie protokołu, a także notatek, o których mowa w art. 311 § 6 kpk.

Jeśli chodzi o gwarancyjną funkcję postępowania przygotowawczego, to należy stwierdzić, że zaniechanie w nowelizacji jakościowego zwiększenia uprawnień obrońców i możliwości szerszego z nich korzystania przez podejrzanych („prawo ubogich” z art. 78 § 1 kpk.) zdaje się nie uwzględniać faktu, że już w postępowaniu przygotowawczym zapadają decyzje mające istotne znaczenie dla ich dalszych losów.

Można tu wskazać na decyzję o zastosowaniu środka zapobiegawczego, a w szczególności tymczasowego aresztowania, którego podstawy, wbrew opinii Twórców projektu, nie zostały „na nowo ukształtowane”, czyli w sposób istotny zmienione (zob. art. 249 § 1 oraz art. 258 pro-

jektu). Dostrzec należy jednak zmiany wprowadzające np. wymóg opierania orzeczenia o areszcie jedynie na dowodach jawnych oskarżonemu i obrońcy (art. 249a), określające przesłanki tzw. zatrzymania prokuratorskiego (art. 247), precyzujące wymogi stawiane uzasadnieniom wniosków o areszt (art. 250 § 2a) i postanowień o areszcie (art. 251 § 3) oraz ograniczające możliwość przedłużania aresztu ponad okresy względnie maksymalne (art. 263 § 4a). Istotną zmianą zmierzającą do pełniejszego zagwarantowania w kpk. uprawnień przewidzianych dla tymczasowo aresztowanego w art. 5 ust. 3 konwencji jest wprowadzenie nowego paragrafu 3 do art. 279 kpk. Przepis ten przewiduje obowiązek niezwłocznego doprowadzenia do sądu oskarżonego zatrzymanego na podstawie listu gończego, chyba że prokurator po przesłuchaniu zatrzymanego uchylił stosowanie tymczasowego aresztowania lub zmienił je na niezolacyjny środek zapobiegawczy.

Ponadto projektodawca przewidział możliwość wyznaczenia oskarżonemu obrońcy z urzędu celem udziału w posiedzeniu w przedmiocie przedłużenia aresztu tymczasowego bądź rozpoznania zażalenia na areszt (nowe brzmienie art. 249 § 5) oraz ograniczył możliwość obecności osób trzecich przy kontakcie adwokata z osobą zatrzymaną i tymczasowo aresztowaną do „wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych przypadków” (art. 73 § 2 i 245 § 1 kpk.).

Istotne znaczenie z ma nie tylko udział obrony (nadal ograniczony) w czynnościach postępowania przygotowawczego, lecz i udział w końcowym zaznajomieniu z aktami postępowania przygotowawczego, w trakcie którego dokonywana będzie selekcja materiału dowodowego, który prokurator zamierza przedstawić przed sądem (art. 321 § 3 i 5 kpk.)

Projektodawcy zdają się nie doceniać znaczenia świadomego wyrażania przez oskarżonego zgody na skazanie bez rozprawy w trybie art. 335 kpk., gdzie pomoc obrońcy jest nie tylko istotna, lecz także znacznie utrudniona, szczególnie w przypadku odmowy udostępnienia mu akt sprawy na mocy niezmienionej przez projekt regulacji art. 156 § 5, która ustanawia zasadę udostępniania akt sprawy jedynie za zgodą prowadzącego postępowanie przygotowawcze (z wyjątkiem określonym w § 5 a). Jest to szczególnie istotne w świetle jakościowego zwiększenia przez projekt zakresu porozumień procesowych oraz faktycznej niezaskarżalności wieńczących je wyroków. Poza praktycznym zniesie-

niem w postępowaniu odwoławczym zakazu *reformationis in peius* wobec osób skazanych w takich trybach (art. 343, art. 343a oraz art. 387 kpk.) nowelizacja przewiduje zakaz powoływania jako podstawy apelacji zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych i zarzutu rażącej niewspółmierności kary (art. 438 pkt 3 i 4), które związane są z treścią zawartego przez tę stronę porozumienia (nowe brzmienie art. 447 § 7 kpk.). Wypada jednak zauważyć szerokie obowiązki pouczenia podejrzanych o ich prawach zawarte w nowym art. 300, a w przypadku osób zatrzymanych w art. 245 § 5 kpk.

Końcowo należy stwierdzić, że projekt nie przewiduje tzw. śledztw własnych adwokatów, zaś możliwość korzystania przez oskarżonych z opinii prywatnych będzie zależała od ich zasobów finansowych. Nowelizacja nakłada nowe obowiązki na obronę, czyniąc ją realnie współodpowiedzialną za wynik procesu, jednakże nie zwiększając jej uprawnień w postępowaniu przygotowawczym. Ponadto nawet w kontekście nowego kształtu obrony z urzędu w postępowaniu sądowym (art. 80 i 80 a) wysuwane są obawy, czy względy finansowe związane z szerokim udziałem obrońców nie przekreślą idei szerokiego dostępu oskarżonych do pomocy prawnej. Jeśli obawy te ziszczą się, nadal będzie aktualna maksyma Anatola France'a: "Prawo, w majestatycznej swej równości zabrania zarówno biednym, jak i bogatym spać na ulicy, żebrać i kraść chleb".