

REFORMY PROCESU KARNEGO Z PERSPEKTYWY OBROŃCY

CEZARY KULESZA¹

I. Stanowisko prawne obrońcy

W polskiej literaturze procesu karnego istnieją dwa podstawowe poglądy na stanowisko prawne obrońcy wobec oskarżonego. Można tu wskazać na koncepcję pomocnika oskarżonego bądź na procesowego przedstawiciela lub reprezentanta oskarżonego. Zwolennicy pierwszej koncepcji, do których zalicza się m.in. S. Śliwiński, S. Kalinowski i P. Kruszyński,² podnosili argumenty powszechnie akceptowane w doktrynie niemieckiej.³

Z kolei S. Waltoś jest zwolennikiem koncepcji reprezentanta procesowego, określając tym mianem osobę działającą za stronę w jej imieniu na mocy odpowiedniego tytułu prawnego⁴, zaś T. Grzegorzczak posługuje się przy określaniu stanowiska prawnego obrońcy węższym pojęciem przedstawiciela procesowego.⁵

Moim zdaniem elementy stanowiące o istocie stosunku obrończego określone przede wszystkim w art. 86 kpk. bardziej odpowiadają koncepcji pomocnika procesowego niż *sui generis* przedstawiciela. Obrońca jest pomocnikiem oskarżonego, a nie jego ogólnopprocesowym substytutem. Obrońca może więc doradzać oskarżonemu w tych wszystkich kwestiach, które zależne są od woli oskarżonego oraz samemu dokonywać czynności procesowych na jego korzyść. Funkcja ta nie rozciąga się jednak na możliwość zastępowania oskarżonego tam, gdzie

1 Prof. dr hab. Cezary Kulesza, Kierownik Katedry Postępowania Karnego, Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, ORCID: 0000-0003-0509-327X.

2 Por. szerokie opisanie tej koncepcji z powołaniem się na literaturę polską i zagraniczną: P. Kruszyński, Stanowisko prawne obrońcy w procesie karnym, Białystok 1991, s. 13-37.

3 Zob. C. Kulesza, Efektywność udziału obrońcy w procesie karnym w perspektywie prawnoporównawczej, Kraków 2005, s. 66-73.

4 S. Waltoś, P. Hofmański, Proces karny, Zarys systemu, Warszawa 2016, s. 194-195.

5 T. Grzegorzczak, J. Tylman, Polskie postępowanie karne, Warszawa 2011, s. 370.

ustawodawca wprost wymaga, aby pewne czynności zostały dokonane bezpośrednio przez samego oskarżonego lub z udziałem samego oskarżonego – por. m.in. art. 74 § 2 kpk. (obowiązek poddania się przez oskarżonego określonym czynnościom) i art. 175 § 1 kpk. (składanie wyjaśnień albo ich odmowa), a także wyrażanie zgody na skazanie bez rozprawy (art. 335 kpk.) bądź na tzw. dobrowolne poddanie się odpowiedzialności karnej (art. 338 a i 387 kpk.).

W orzecznictwie sądowym dostrzega się trudności związane z oceną wywiązywania się obrońcy z obowiązku podejmowania czynności wyłącznie na korzyść oskarżonego, gdyż – jak zauważa SN – z praktyce rzadko zachodzi pewność, że dowody zgłoszone przez obrońcę oskarżonego będą świadczyły jedynie na jego korzyść. Zdaniem SN nawet przeprowadzenie dowodów na tzw. alibi może przynieść rezultaty odmienne od oczekiwanych (postanowienie SN z 07.01.2019 r. III KK 95/18, Legalis). Natomiast za bezskuteczne bądź uzasadniające przywrócenie terminu zawitego należy uznawać działania i zaniechania obiektywnie niekorzystne dla oskarżonego, takie jak zawinione uchybienie przez obrońcę terminowi do wniesienia środka odwoławczego czy też wniesienie go na niekorzyść oskarżonego (zob. postanowienia: SN z 18.04.2018, V KZ 13/18 i z 24.01.2018, II KS 6/17, Legalis).

Jednocześnie, jak wskazuje się w orzecznictwie ETPCz: „Państwo nie może ponosić odpowiedzialności za wszelkie niedociągnięcia ze strony adwokata wyznaczonego w ramach pomocy prawnej. Jak wynika z zasady niezależności zawodów prawniczych od Państwa, prowadzenie obrony jest zasadniczo sprawą pomiędzy oskarżonym a jego obrońcą, niezależnie od faktu ustanowienia obrońcy w ramach pomocy prawnej bądź finansowania ze środków prywatnych. Zgodnie z przepisem art. 6 ust. 3 lit. (c) Konwencji właściwe władze krajowe mają obowiązek interweniować wyłącznie w przypadku, gdy brak świadczenia przez wyznaczonego z urzędu obrońcę skutecznej pomocy prawnej jest oczywisty lub władze zostały powiadomione o tym fakcie w inny sposób” (wyrok ETPCz z dnia 12.02.2013 r. w sprawie *Jefimienko v. Rosja*, skarga nr 152/04, Legalis).

O tym, że obrońca nie jest pełnomocnikiem oskarżonego, stanowi orzecznictwo SN dotyczące spraw dyscyplinarnych wskazujące, że wobec reprezentanta podmiotu, którego status ocenia się według przepisów kodeksu postępowania karnego dotyczących oskarżonego, należy stosować przepisy dotyczące obrońcy, a nie pełnomocnika (postanowienie SN z 29 maja 2013 r., VI KZ 2/13, Lex nr 1317955). Jednakże analiza orzecznictwa Sądu Najwyższego zdaje się wykazywać, że Sąd ten niekiedy nie przywiązuje wagi do właściwego określania obrońcy w procesie karnym i określa go pełnomocnikiem oskarżonego (zob. np. postanowienie SN z dnia 9 lipca 2013 r., Lex nr 1331282).

Orzecznictwo SN wskazuje na niezależność działań obrońcy od oskarżonego, przy poszanowaniu nakazu, aby takie działania były podejmowane na korzyść mandanta: „Podporządkowanie się wyznaczonego obrońcy woli oskarżonego nie jest warunkiem prawidłowego wykonywania obrony z urzędu. Podnieść trzeba, że obrońca nie ma obowiązku realizować żądania osoby oskarżonej i postępować zgodnie z jej oczekiwaniami, ma natomiast obowiązek samodzielnie podejmować decyzje, za pomocą których dba o interes osoby, którą reprezentuje” (postanowienie SN z 12.12.2018 r. IV KK 589/18, Legalis). Samodzielność obrońcy wobec stanowiska oskarżonego dotyczy zarówno obrony z wyboru, jak i obrony z urzędu, gdyż jak zauważono w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2018 r. II KZ 20/18, Lex nr 2509611: „Niezgoda stanowiska przedstawionego przez wyznaczonego obrońcę z urzędu z oczekiwaniami” bądź poglądami wnioskodawcy nie może być podstawą wyznaczenia kolejnego obrońcy. Sąd nie może wyznaczać kolejnych obrońców z urzędu, aż do uzyskania przez wnioskodawcę oczekiwanego przez niego efektu” (zob. postanowienie Sądu Najwyższego: z dnia 27 kwietnia 2011 r., III KZ 20/11, Lex nr 811870, z dnia 14 lipca 2014 r., IV KZ 44/14, Lex nr 1483371).

Z kolei na aspekt samodzielności oskarżonego (który ma jedynie prawo, a nie obowiązek obrony) wobec jego obrońcy wskazał SN w postanowieniu z 18 kwietnia 2018 r. (V KZ 13/18, Legalis), stwierdzając: „Z przepisu art. 86 § 2 KPK wynika bowiem jedynie, że działania obrońcy nie wyłączają działań samego oskarżonego, nie zaś, że oskarżony jest zobligowany do działania zawsze samodzielnie i niezależnie od działań swego procesowego zastępcy” (zob. także wyrok SN z 18.03.2015 r., III KZ 31/15, Legalis).

Należy wskazać także, że zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa ETPCz prawo osoby oskarżonej o przestępstwo do skutecznej pomocy prawnej, gwarantowane w art. 6 ust. 3 lit. c) Konwencji, tak jak i prawo do uzyskania wystarczającego czasu i możliwości na przygotowanie swej obrony, gwarantowane w art. 6 ust. 3 lit. b) Konwencji, stanowią elementy koncepcji rzetelnego procesu (wyrok ETPCz z dnia 26 lipca 2018 r. w sprawie *Dridi v. Niemcy*, skarga nr 35778/11, Lex nr 2553418 i podane tam orzecznictwo ETPCz). Również w aktualnym orzecznictwie SN podkreśla się, że jednym z elementarnych standardów współczesnego procesu karnego jest prawo oskarżonego do uzyskania profesjonalnej pomocy ze strony fachowego podmiotu, jakim jest obrońca. Zdaniem SN możliwość prawidłowego korzystania z prawa do obrony zarówno w znaczeniu materialnym, jak i formalnym ma zasadnicze znaczenie z punktu widzenia realizacji postulatu rzetelnego procesu (wyrok SN z 2 grudnia 2015 r., III KK 309/15, Lex nr 1943849).

II. obrońca w postępowaniu przygotowawczym

1. Europejski standard udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym

Za przełomowy dla oceny rangi prawa podejrzanego do korzystania z pomocy obrońcy już w początkowym stadium procesu należy uznać wyrok Wielkiej Izby Trybunału z dnia 7 listopada 2008 roku w sprawie *Salduz v. Turcja* (skarga nr 36391/02).⁶ Trybunał w tej sprawie zauważył, iż podstawową przesłanką prawa do rzetelnego procesu w myśl art. 6 ust. 1 Konwencji jest rzeczywisty i efektywny dostęp do obrońcy przez cały okres postępowania, uwzględniając tu moment pierwszego przesłuchania. Pomoc adwokata musi zostać zatem zapewniona już przy pierwszym przesłuchaniu przez policję. Ewentualne odstępstwa od tej zasady mogą mieć jedynie miejsce w świetle wyjątkowych okoliczności danej sprawy, gdy zostanie wykazane występowanie nieodpartych argumentów na rzecz ograniczenia prawa do adwokata. Jednakże, zdaniem ETPCz, nawet gdy nieodparte argumenty mogą wyjątkowo usprawiedliwić odmowę dostępu do obrońcy, ograniczenie takie, jakiegokolwiek byłoby jego uzasadnienie, nie może bezpodstawnie naruszyć praw oskarżonego zagwarantowanych przez art. 6 Konwencji. W sprawie tej Trybunał w § 58 wyroku wyraźnie stwierdził, że niektóre ograniczenia prawa do korzystania z pomocy obrońcy w postępowaniu przygotowawczym nie mogą być konwalidowane w postępowaniu sądowym: „W rozpatrywanej sprawie niewątpliwie ograniczenia w prawie skarżącego do obrońcy wpłynęły negatywnie na jego sytuację, skoro wyjaśnienia złożone wobec funkcjonariuszy policji zostały użyte jako podstawa dla wyroku skazującego. Ani późniejsze zapewnienie skarżącemu pomocy obrońcy, ani też kontrydiktoryjny charakter postępowania sądowego nie mogły zniwelować uchybień, jakie zaistniały w czasie policyjnego zatrzymania”.

Wśród orzeczeń ETPCz zapadłych po wyroku *Salduz* warto wskazać na wyrok z dnia 31 marca 2009 r. w sprawie *Płonka v. Polska* (skarga nr 20310/02), gdzie Trybunał stwierdził naruszenie art. 6 ust. 1 w zw. z art. 6 ust. 3c Konwencji z powodu uznania za dowód w sprawie wyjaśnień oskarżonej złożonych w postępowaniu przygotowawczym pod nieobecność obrońcy.

Warte podkreślenia jest stanowisko ETPCz zajęte w wyroku z dnia 13 października 2009 w sprawie *Dayanan v. Turcja* (skarga nr 7377/03), gdzie Trybunał podkreślił, że możliwość korzystania przez podejrzanego z pomocy obrońcy już od momentu zatrzymania nie może ograniczać się do jego udziału w przesłuchaniach, lecz podejrzanym (oskarżonym) może liczyć na podjęcie przez obrońcę innych niezbędnych działań, takich jak dyskusja nad sprawą i linią obrony i zorganizowa-

6 Zob. C. Kulesza, P. Starzyński, Unia w obronie podejrzanego, Państwo i Prawo 2012, nr 8, s. 35.

nie obrony, przygotowanie do przesłuchań, wsparcie psychiczne oskarżonego oraz kontrola warunków przetrzymywania go w areszcie.

W kontekście prawa podejrzanego do korzystania z pomocy obrońcy w orzecznictwie ETPCz przyjmuje się, że oświadczenie o zrzeczeniu się prawa dostępu do adwokata (jak i prawa do milczenia) musi być wyraźne, jednoznaczne i niebudzące wątpliwości odnośnie do woli podejrzanego i okoliczności, w jakich została ona wyrażona, a także czy podejrzanym zrozumiał konsekwencje swojej decyzji.⁷

Za istotny dla określenia europejskich standardów prawa do obrony na wstępnym etapie procesu należy uznać także pogląd ETPCz wyrażony w wyroku Wielkiej Izby z dnia 13.09.2016 r. w sprawie *Ibrahim i inni v. Zjednoczone Królestwo* (skargi nr 50541/08, 50571/08, 50573/08 i 40351/09), gdzie w oparciu o dotychczasową linię orzecniczą zauważono, że gwarancje rzetelnego procesu z art. 6 EKPCz nie powinny być rozpatrywane pojedynczo i na poszczególnych etapach procesu, lecz przedmiotem badania powinno być całe postępowanie w celu dokonania oceny wpływu zaniedbań proceduralnych w trakcie postępowania przygotowawczego na całościową rzetelność postępowania karnego. Zdaniem Trybunału przy takiej ocenie należy wziąć pod uwagę następującą (niewyczerpującą) listę właściwych czynników:

- (a) „Czy skarżący był osobą podlegającą szczególnej ochronie ze względu na swój wiek bądź stan zdrowia psychicznego.
- (b) Ramy prawne regulujące postępowanie przygotowawcze oraz dopuszczalność dowodów, a także ich zgodność z tymi ramami; gdzie stosuje się regułę wyłączenia, szczególnie mało prawdopodobne jest, że postępowanie jako całość mogłoby zostać uznane za nierzetelne.
- (c) Czy skarżący miał szansę skonfrontowania autentyczności dowodów i sprzeciwienia się ich wykorzystaniu.
- (d) Jakość dowodów oraz czy okoliczności ich uzyskania wywołują wątpliwości co do ich rzetelności i trafności, biorąc pod uwagę stopień i naturę przymusu.
- (e) Jeżeli dowody zostały uzyskane w sposób bezprawny – jakiego charakteru jest to bezprawność, a gdy wynika z naruszenia innego przepisu Konwencji – charakter tego naruszenia.

⁷ Zob. A. Sakowicz, Prawo do milczenia w polskim procesie karnym, Białystok 2019, s. 214-216 oraz powołane tam wyroki: wyrok ETPCz z 24.01.2012 r. w sprawie *Nechto v. Rosja*, skarga nr 24893/05, § 104; wyrok ETPCz z 08.03.2018 r. w sprawie *Dimitir Mitev v. Bułgaria*, skarga nr 34779/09 § 60.

- (f) W przypadku zeznań (w polskim procesie karnym chodzi tu o wyjaśnienia – przyp. CK), ich natura oraz czy zostały niezwłocznie wycofane lub zmienione.
- (g) Wykorzystanie dowodów, a w szczególności czy stanowią integralną lub istotną część materiału dowodowego, na którym oparto skazanie, a także wartość innych dowodów w sprawie.
- (h) Czy ocena winy została dokonana przez profesjonalnych sędziów lub asesorów, a w innych przypadkach przez członków ławy przysięgłych.
- (i) Waga interesu bezpieczeństwa publicznego w trakcie śledztwa i kary za konkretne przestępstwo.
- (j) Inne właściwe gwarancje proceduralne przewidziane prawem krajowym i praktyką (§ 274 wyroku w sprawie *Ibrahim v. UK*)”.

W polskiej literaturze przedmiotu występują poglądy głoszące, że o ile wyrok z dnia 7 listopada 2008 roku w sprawie *Salduz* (skarga nr 36391/02) stanowił krok w kierunku wprowadzenia kategorycznej reguły, że niezapewnienie prawa do kontaktu z adwokatem we wstępnej fazie ścigania karnego prowadzi do naruszenia prawa do obrony, a w konsekwencji rzetelności proceduralnej z art. 6 ust. 1 EKPC, to wyrok w sprawie *Ibrahim*, choć nie wprost, przez wzgląd na konstrukcję testu rzetelności postępowania w sprawie, w której nie zapewniono dostępu do adwokata, osłabia wyraźnie standard wykreowany w wyroku *Salduz*⁸.

Potwierdzeniem tego poglądu może być wyrok z dnia 12 maja 2017 r. w sprawie *Simeonovi v. Bułgaria* (skarga nr 21980/04) w którym zastosowano standard prawa podejrzanego do korzystania z pomocy obrońcy w oparciu o test określony w sprawie *Ibrahim*. W wyroku tym ETPCz przyjął, że brak obrońcy przez okres 3 dni podczas zatrzymania skarżącego przez policję w żaden sposób nie wpłynął na jego prawo do niedostarczania dowodów na swoją niekorzyść. Trybunał wskazał także, że skarżący aktywnie uczestniczył we wszystkich etapach postępowania karnego: odwołał następnie swe pierwotne wyjaśnienia, przedstawiając inną wersję wydarzeń, a jego obrońcy uzyskali dowody jego niewinności i zakwestionowali dowody obciążające. ETPCz, oddalając skargę opartą o zarzut naruszenia art. 6 ust.1 i ust.3 c EKPCz, zauważył, że skazanie skarżącego nie opierało się wyłącznie na przyznaniu się do winy, które miało miejsce w obecności jego obrońcy z wyboru, lecz na całym korpusie innych spójnych dowodów, łącznie z zeznaniami dużej liczby świadków, opiniach biegłych, dowodach rzeczowych i dokumentach.

⁸ W. Jasiński, Dostęp osoby oskarżonej o popełnienie czynu zagrożonego karą do adwokata na wstępnym etapie ścigania karnego – standard strasburski, Europejski Przegląd Sądowy 2019, nr 1, s. 29-30.

W jednym z ostatnich wyroków Wielkiej Izby ETPCz z dnia 9 listopada 2018 r. w sprawie *Beuze v. Belgia* (7114/09) Trybunał, nawiązując do standardów w sprawach *Salduz i Ibrahim*, wskazał na różnice pomiędzy nimi: „Test *Salduz* (wprowadzający domniemanie, że art. 6 został naruszony, jeżeli do skazania zostanie użyte wyjaśnienie złożone przed policją przez oskarżonego niekorzystającego z pomocy adwokata), odnosi się do sytuacji, w której istnieje ogólne i obowiązkowe ustawowe ograniczenie prawa dostępu do adwokata (zob. paragrafy 8 i 15 powyżej), podczas gdy test *Ibrahima* (wymagający ogólnej oceny rzetelności postępowania przy bardzo ścisłej kontroli) odnosi się do sytuacji, w której nie ma takiego ogólnego i obowiązkowego ograniczenia ustawowego (zob. paragraf 17 powyżej). Zatem przypadki *Salduz i Ibrahim* należy postrzegać jako częściowo nakładające się i częściowo uzupełniające się”⁹. Dlatego też Trybunał uznał większością głosów, że stosowanie przewidzianego przez ustawodawstwo belgijskie generalnego ograniczenia dostępu do adwokata przed przesłuchaniem przez sędziego śledczego i podjęciem decyzji o tymczasowym aresztowaniu jako takie nie narusza EKPCz, o ile nie wpływa na rzetelność całego postępowania.

Niewątpliwie, jak wskazuje przytoczone wyżej orzecznictwo ETPCz, udział obrońcy w postępowaniu przedsądowym należy wiązać zarówno z funkcją gwarancyjną, funkcją przygotowawczą pełnioną przez wstępny etap procesu wobec rozprawy głównej oraz funkcją konsensualną.¹⁰

2. Obrońca jako gwarant praw oskarżonego w polskim postępowaniu przygotowawczym (uwagi na tle standardu europejskiego i orzecznictwa SN)

Jeśli chodzi o funkcję obrońcy jako gwaranta praw oskarżonego, to w tym miejscu pominiemy rozważania dotyczące wstąpienia obrońcy do procesu i związania stosunku obrończego jako będące przedmiotem rozważań innych opracowań, w tym zawartych w niniejszej monografii.¹¹ Uzasadnieniem tego zabiegu

9 *Beuz v. Belgium*, § 18.

10 Zob. C. Kulesza, Model postępowania przygotowawczego : perspektywa obrony, (w:) Proces karny w dobie przemian: przebieg postępowania, (red.) S. Steinborn i K. Woźniowski, Gdańsk 2018, s. 131-150.

11 Zob. ocenę polskich rozwiązań w zakresie dostępu do adwokata (obrońcy) w kontekście ochrony prawa do milczenia, (w:) A. Sakowicz, Prawo do milczenia, s. 325-332 oraz artykuły: P. Kardas, Gwarancje prawa do obrony oraz dostępu do obrońcy na wstępnym etapie postępowania karnego – kilka uwag w świetle doktryny *Salduz*, doktryny *Miranda* oraz dyrektywy w sprawie dostępu do adwokata, Europejski Przegląd Sądowy 2019, nr 1, s. 11-17; M. Wąsek-Wiaderek, Dostęp do adwokata na wczesnym etapie postępowania karnego w prawie Unii Europejskiej, Europejski Przegląd Sądowy 2019, nr 1, s. 17-24; W. Jasiński, Dostęp osoby oskarżonej o popełnienie czynu zagrożonego karą do adwokata na wstępnym etapie ścigania karnego – standard strasburski, EPS 2019, nr 1, s. 24-31; S. Steinborn, Dostęp do obrońcy na wczesnym etapie postępowania karnego. Uwagi de lege lata i de lege ferenda, Europejski Przegląd Sądowy 2019, nr 1, s. 38-47; A. Sakowicz, Zakaz dowodowego wykorzystania wyjaśnień podejrzanego występującego bez obrońcy bądź pod nieobecność obrońcy, Europejski Przegląd Sądowy 2019, nr 1, s. 47-53; C. Kulesza, Udział obrońcy w postępowaniu przygotowawczym, (w:) System Prawa Karnego Procesowego, t. 10, Postępowanie przygotowawcze, (red.) R.A. Stefański, Warszawa 2016, s. 940-957; a także zawarte w niniejszej monografii

jest również fakt podnoszony w powołanych wyżej publikacjach, że będące przedmiotem niniejszego artykułu reformy kpk. z lat 2013-2016 nie zrealizowały europejskich standardów w tej mierze. W związku z powyższym wypada jedynie wskazać na najważniejsze wnioski podnoszone w literaturze przedmiotu:

- aktualnie obowiązujące regulacje procesowe nie zawierają dostatecznie precyzyjnie określonych rozwiązań gwarantujących prawo dostępu do adwokata oraz skorzystania z pomocy obrońcy w związku z przesłuchaniem następującym po zatrzymaniu, jeśli nie łączy się ono z ogłoszeniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów¹².
- analiza treści normatywnej dyrektywy 2013/48/UE¹³ pozwala podać w wątpliwość zasadność założenia przyjętego przez ustawodawcę, że obecnie obowiązujący kodeks postępowania karnego ustanawia standard dostępu podejrzanego do adwokata zgodny z wymaganym przez dyrektywę. W szczególności w kpk. brakuje chociażby regulacji gwarantującej prawo do skonsultowania się osoby podejrzanego z adwokatem przed jej pierwszym przesłuchaniem w warunkach całkowitej poufności, jak tego wymaga dyrektywa¹⁴.

W konsekwencji konstatuje się, że polskie rozwiązania proceduralne z uwagi na niezgodność z określonym w dyrektywie oraz orzecznictwie ETPCz standardem gwarancyjnym w zakresie dostępu do adwokata wymagają wprowadzenia stosownych zmian dostosowawczych¹⁵.

- za wadę polskiego kpk. w świetle standardu prawa do obrony wyznaczonego przez orzecznictwo strasburskie uznaje się brak jakiegokolwiek ukonkretnienia statuowanego w art. 301 kpk. prawa do przesłuchania z udziałem obrońcy, jak również brak uregulowania kwestii zrzeczenia się przez podejrzanego prawa do udziału w przesłuchaniu obrońcy¹⁶. Takie zaniechanie ustawodawcy utrudnia w praktyce ocenę milczenia podejrzanego, który w związku z przesłuchaniem nie domagał się uzyskania dostępu do obrońcy. W podsumowaniu powyższych uwag krytycznych zauważa się, że zapewnienie dostępu do pomocy obrońcy na wczesnym etapie postępowania karnego wymaga nie tylko implementowania w kodeksie postępowania karnego standardu konstytucyjnego i europejskiego, lecz także odpowiednio szczegółowej regulacji¹⁷.

opracowania: D. Szumiło-Kulczycka, Obrońca – czyli kto?; M. Żukowska, Prawo do obrony wczoraj i dziś – charakterystyka nowelizacji wybranych przepisów kpk.; B. Boch, Prawo tymczasowo aresztowanego do bezpośredniego kontaktu z obrońcą.

12 P. Kardas, Gwarancje prawa do obrony, s. 10.

13 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z 22.10.2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności (Dz.Urz. UE L 294, s. 1).

14 M. Wąsek-Wiaderek, Dostęp do adwokata, s. 22.

15 P. Kardas, Gwarancje prawa do obrony, s. 10.

16 S. Steinborn, Dostęp do obrońcy na wczesnym etapie postępowania karnego, s. 42.

17 *Ibidem*, s. 45.

- z drugiej jednak strony zauważa się, że dyrektywa 2013/48/UE nie kreuje konkretnego środka prawnego, na który podejrzanym mógłby bezpośrednio i skutecznie powołać się przed sądem krajowym w celu zniwelowania skutków naruszenia jego prawa dostępu do adwokata. Podkreśla się także, że także w późniejszej dyrektywie 2016/1919 w sprawie pomocy prawnej z urzędu¹⁸ również nie wskazano takich środków, poprzestając na ogólnym nakazie zapewnienia prawa do skutecznego środka naprawczego (art. 8). Przyczyn tego zjawiska upatruje się w fakcie, że na poziomie unijnym nie jest obecnie możliwe uzyskanie zgody państw na wprowadzenie obowiązku wyłączenia dopuszczalności dowodowego wykorzystania wyjaśnień podejrzanego lub innych dowodów objętych dyrektywą 2013/48/UE użytych z naruszeniem jej postanowień.¹⁹

W tym kontekście wart odnotowania jest pogląd formułowany na tle ustawodawstwa polskiego, że w sytuacji gdy osoba, której przedstawiono zarzuty, (art. 313 § 1 kpk.) albo którą poinformowano o treści zarzutu (art. 308 § 2 *in fine* oraz art. 325g § 2 kpk.), wystąpi przed przesłuchaniem z żądaniem, o którym mowa w przepisie art. 301 kpk., to należy umożliwić jej ustanowienie obrońcy i zawiadomienie go o miejscu i terminie przesłuchania. W przypadku niespełnienia tego żądania wysnuwa się dość kategoryczny wniosek, że przesłuchanie podejrzanego pod nieobecność żadanego obrońcy skutkuje niedopuszczalnością dowodu z wyjaśnień złożonych w takich okolicznościach, zaś podstaw takiej decyzji upatruje się w art. 170 § 1 pkt 1 kpk. w zw. z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 3 lit. c EKPCz²⁰.

Pogląd ten, sformułowany *de lege lata*, należy uznać za zbyt daleko idący, gdyż jak zauważa sam autor: „*De lege lata* system krajowy nie daje klarownych rozwiązań w zakresie eliminacji dowodów pozyskanych w trakcie postępowania przygotowawczego pod nieobecność obrońcy”²¹. Trudno także wyprowadzać taki zakaz dowodowy nie tylko przez prokonstytucyjną wykładnię obecnego brzmienia art. 168a kpk., ale też z obowiązywania podstawowego aktu prawnego, czyli § 168 ust. 2 Regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury²², który uszczegóławia jedynie obowiązki prokuratorów przy wnioskowaniu do prezesa sądu o powołanie podejrzanemu obrońcy z urzędu. Ponadto, jak zauważa się w powołanej literaturze, nie jest możliwe zapewnienie nieograniczonego dostępu do obrońcy, zwłaszcza w najwcześniejszej fazie postępowania przygotowawczego, choćby z uwagi na konieczność do-

18 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1919 z dnia 26 października 2016 r. w sprawie pomocy prawnej z urzędu dla podejrzanych i oskarżonych w postępowaniu karnym oraz dla osób, których dotyczy wniosek w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania (Dz. Urz. UE L 297/1).

19 M. Wąsek-Wiaderek, Dostęp do adwokata, s. 23.

20 A. Sakowicz, Zakaz dowodowego wykorzystania, s. 52-53.

21 *Ibidem*, s. 53.

22 Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 7.04.2016 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz.U. z 2017 r. poz. 1206 ze zm.).

chowania krótkich terminów zatrzymania (wskazując jednocześnie, że wyjątki od tego uprawnienia podejrzanego do korzystania z pomocy adwokata powinny być jednak ograniczone czasowo tylko do pierwszego przesłuchania podejrzanego i nie powinny polegać na całkowitym pozbawieniu podejrzanego dostępu do obrońcy)²³. Wreszcie należy przypomnieć przytaczany wcześniej argument, że ani dyrektywa 2013/48/UE, ani dyrektywa 2016/1919 w sprawie pomocy prawnej z urzędu nie kreują konkretnego środka prawnego, na który podejrzany mógłby bezpośrednio i skutecznie powołać się przed sądem krajowym w celu zniwelowania skutków naruszenia jego prawa dostępu do adwokata.

W opozycji do kategorycznego stanowiska A. Sakowicza stoi również pogląd SN przyjmujący, że: „Obciążające wyjaśnienia złożone w postępowaniu przygotowawczym pod nieobecność obrońcy, które następnie były podstawą skazania, mogą, ale nie muszą naruszać art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284), bo wszystko uzależnione jest od okoliczności konkretnej sprawy. W konsekwencji nie można *a priori* odrzucać tak przeprowadzonego dowodu z wyjaśnień oskarżonego. Powinien on, tak jak inne dowody, podlegać swobodnej ocenie z uwzględnieniem całokształtu innych okoliczności danej sprawy. Nie można bowiem wyprowadzać w drodze wykładni prawa zakazu dowodowego w postaci braku możliwości wykorzystania pierwszych wyjaśnień podejrzanego złożonych pod nieobecność obrońcy” (postanowienie SN z dnia 27.06.2017 r. II KK 82/17, Legalis).

Powyższe uwagi mogą stanowić tło dla rozważań dotyczących nowelizacji kpk. z lat 2013-2016, a przede wszystkim „wielkiej reformy” z 1 lipca 2015 r.²⁴ oraz w znacznie części odwracającej jej skutki „kontreformy” z 15 kwietnia 2016 r.²⁵ w zakresie prawa do obrony formalnej. Na wstępie należy poczynić dość oczywistą uwagę, że podstawową zasadą w polskim procesie karnym był i jest fakultatywny udział obrońcy w procesie.

Po nowelizacji kpk. z lipca 2015 r. obrona obowiązkowa dotyczy pewnych kategorii podejrzanów (oskarżonych), które można wiązać pojęciem szczególnie narażonych na pokrzywdzenie (*vulnerable suspects*). Dotyczy ona więc przypadków, kiedy oskarżony (art. 79 § 1 kpk.):

- 1) nie ukończył 18 lat,
- 2) jest głuchy, niemy lub niewidomy,

23 S. Steinborn, Dostęp do obrońcy na wczesnym etapie postępowania karnego, s. 43.

24 Dokonana ustawą z dnia 27 września 2013 r. (Dz.U. poz. 1247) i ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, (Dz.U. poz. 396).

25 Wprowadzonej ustawą z dnia 11 marca 2016 r. (Dz.U. poz. 437).

- 3) zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy jego zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swoim postępowaniem nie była w czasie popełnienia tego czynu wyłączona lub w znacznym stopniu ograniczona,
- 4) zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy stan jego zdrowia psychicznego pozwala na udział w postępowaniu lub prowadzenie obrony w sposób samodzielny oraz rozsądny.

Wypada więc wskazać, że nowelizacja rozdzieliła dotychczasową przesłankę obrony obligatoryjnej ze względu na ułomności psychiczne na wskazane wyżej dwie przesłanki oraz sprecyzowała ogólne odwołanie się do pojęcia niepoczytalności.²⁶ W komentarzach do regulacji art. 79 § 1 kpk. podkreślano, nawiązując do uzasadnienia projektu ustawy z 23 września 2013 r., że posłużenie się przez ustawodawcę przesłankami „samodzielnosci” i „rozsądnego prowadzenia obrony” miało na celu wskazanie na kryteria zobiektywizowane, jednocześnie odwołując się do pewnego wzorca przeciętnego zachowania, w którym istnieje faktyczna możliwość oceny własnego zachowania i realizacji przyznanych uprawnień.²⁷

O tym, że katalog przyczyn obowiązkowego udziału obrońcy w postępowaniu nie jest zamknięty, świadczy regulacja z art. 79 § 2 kpk. przewidująca, że oskarżony musi mieć obrońcę, jeżeli sąd uzna to za niezbędne ze względu na inne (podkr. C.K.) okoliczności utrudniające obronę. Tę ostatnią, ocenną przesłankę trudno jednoznacznie odnosić do wagi sprawy lub do osoby oskarżonego. Dodanie przez nowelizację z 1 lipca 2015 r. słowa „inne” powoduje, że nie ma obecnie wątpliwości, że chodzi tu o okoliczności utrudniające obronę inne niż określone w art. 79 § 1 kpk. Jednocześnie orzecznictwo sądowe wskazuje na dyskrecjonalną władzę sądu przy ocenie tej przesłanki, wskazując, że 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. (wyrok SA w Lublinie z 17.12.2017 r. II AKa 173/17, Legalis).

Przy ocenie uchybienia przez sąd powinnościami wynikającym z art. 79 § 1 i 2 (podobnie jak obrony obligatoryjnej z art. 80 kpk.) należy mieć także na uwadze orzecznictwo SN przyjmujące, że o zaistnieniu przesłanki z art. 439 § 1 pkt 10 można mówić również wtedy, gdy jeden obrońca (w przypadku obrony obowiązkowej) broni kilku oskarżonych, mimo że ich interesy są sprzeczne (postanowienie SN z 5.12.2017 r., II Ko 53/17, Legalis). Wypada jednak podkreślić fakt, że zgodnie z art. 439 § 1 pkt 10 kpk. bezwzględną przyczynę odwoławczą stanowi

26 O znaczeniu tej zmiany zob. np. W. Posnow, (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz (red.) J. Skorupka, Warszawa 2015, s. 271.

27 *Ibidem*.

brak obrońcy w sytuacjach określonych w art. 79 § 1 i 2 oraz art. 80 bądź niebranie udziału oskarżonego w czynnościach, w których jego udział był obowiązkowy jedynie w postępowaniu sądowym, a więc uchybienie to nie dotyczy postępowania przygotowawczego.

W najnowszym orzecznictwie SN słusznie dostrzega się gwarancyjny charakter art. 79 § 4 kpk., wskazując, że po nowelizacji z 1 lipca 2015 r. to nie treść opinii biegłych lekarzy psychiatrów opiniujących co do stanu psychicznego oskarżonego w zakresie wymienionym w art. 79 § 1 pkt 3 i 4 kpk. stanowi o istnieniu lub braku obligatoryjności obrony oskarżonego na rozprawie (art. 79 § 3 kpk.), ale decyduje postanowienie sądu wydane po tym, jak opinia biegłych lekarzy psychiatrów zostanie złożona do akt sprawy (wyrok SN z dnia 16 stycznia 2018 r. V KK 450/17, Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa 2018, nr 4, poz. 33).

Jeśli chodzi o możliwość korzystania przez oskarżonego z pomocy obrońcy z urzędu, to należy zauważyć, że nowelizacja z 1 lipca 2015 r., zastępując w art. 78 § 1 słowo „oskarżony” słowem „podejrzany”, spowodowała tym samym ograniczenie wymogów wykazania (w formie oświadczenia o stanie majątkowym) niemożności poniesienia kosztów obrony bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny do podejrzanego, a więc „prawo ubogich” obowiązywało jedynie w postępowaniu przygotowawczym. Nowelizacja ta wprowadziła jednocześnie nowe uregulowanie art. 80a § 1 kpk. przewidujące, że w postępowaniu sądowym każdy oskarżony ma prawo do korzystania z pomocy obrońcy z urzędu, bez względu na sytuację materialną jego i jego rodziny. Rozciągnięcie prawa wszystkich oskarżonych (bez względu na ich sytuację majątkową) do korzystania z obrońcy z urzędu na całe postępowanie sądowe (z możliwością ograniczenia go do poszczególnych czynności procesowych – art. 80a § 2 kpk.) należało uznać za słuszne w świetle generalnych założeń reformy, nakładających ciężar dowodu na oskarżonego i przerzucających na obronę odpowiedzialność za wynik procesu²⁸.

Z kolei nowelizacja kpk. dokonana ustawą z dnia 12 czerwca 2015 r.²⁹ zmieniła treść art. 78 § 2 kpk., dodając do niego zdanie drugie, stanowiące, że na postanowienie o cofnięciu wyznaczenia obrońcy przysługuje zażalenie do innego równorzędnego składu sądu. Ponadto ustawą z 12 czerwca 2015 r. dodano do art. 81 nowe § 1a i 1b. Pierwsza z tych regulacji przewiduje, że na zarządzenie prezesa sądu o odmowie wyznaczenia obrońcy przysługuje zażalenie do sądu właściwego do rozpoznania sprawy, a na postanowienie sądu o odmowie wyznaczenia obrońcy – zażalenie do innego równorzędnego składu tego sądu. Z kolei w § 1b doda-

28 P. Wiliński, *Materiały ciężar dowodu winy oskarżonego – przyczynek do rozważań*, (w:) *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. II, Warszawa 2012, s. 1841-1856

29 Dz.U. poz. 1186 – ustawa weszła w życie z dniem 15 września 2015 r.

no regulację przewidującą, że ponowny wniosek o wyznaczenie obrońcy, oparty na tych samych okolicznościach, pozostawia się bez rozpoznania. Warto dodać, że w przypadku, gdy odmowa wyznaczenia obrońcy z urzędu na podstawie art. 81 § 1a nastąpiła na mocy zarządzenia referendarza, wówczas przysługuje od niego sprzeciw na podstawie art. 93a § 3 składany w terminie 7 dni.³⁰ Natomiast w sytuacji, gdy oskarżony złoży wniosek o wyznaczenie obrońcy z urzędu dopiero w stadium postępowania międzyinstancyjnego (np. w celu sporządzenia kasacji), wówczas zażalenie na zarządzenie prezesa sądu o odmowie wyznaczenia obrońcy z urzędu będzie przysługiwało do sądu, którego prezes wydał odmowną decyzję (zob. postanowienie SN z 14.06.2018 r. V KZ 16/18, Legalis).

Jak wskazuje się w komentarzach i orzecznictwie sądowym, zarówno w przypadku obrony z wyboru, jak i obrony z urzędu podstawą należytego wykonywania funkcji obrony i podstawą stosunku obrończego powinno być wzajemne zaufanie obrońcy i jego mandanta³¹.

Wypada zauważyć, że w komentarzach do przepisu art. 78 jeszcze przed jego nowelizacją wskazywano, że stanowi on urzeczywistnienie międzynarodowych standardów rzetelnego procesu, a także konstytucyjnie gwarantowanego prawa do obrony formalnej.³² Potwierdzenia zasadności tego poglądu można upatrywać także w najnowszym orzecznictwie ETPCz, a mianowicie wyroku z dnia 22.11.2018 r. w sprawie *D.L. vs. Niemcy* (skarga nr 18297/13, Legalis) stwierdzającego, że „Prawo do bezpłatnego korzystania z pomocy prawnej, wyrażone w art. 6 ust. 3 lit. (c) Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności podlega dwóm warunkom. Po pierwsze, oskarżony występujący z wnioskiem nie może dysponować wystarczającymi środkami finansowymi na opłacenie pomocy prawnej. Po drugie, «interes wymiaru sprawiedliwości» musi wymagać udzielenia pomocy prawnej. W celu ustalenia, czy interes wymiaru sprawiedliwości wymaga udzielenia pomocy prawnej w postępowaniu przed sądem, Trybunał bierze pod uwagę kilka czynników – stan faktyczny sprawy, wagę przestępstwa, dotkliwość ewentualnego wyroku, złożoność sprawy i sytuację osobistą osoby występującej z wnioskiem. Zasada równości stron w postępowaniu wymaga, aby każda ze stron miała możliwość przedstawienia swojego stanowiska w warunkach, które nie powodują znacznego pogorszenia jej sytuacji procesowej w stosunku do przeciwnika procesowego oraz że ma możliwość odniesienia się do twierdzeń i dowodów przedstawionych przez drugą stronę, w celu wywarcia wpływu na decyzję sądu”.

30 K.T. Boratyńska, (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz, 6 wyd. (red.) A. Sakowicz, Warszawa 2015, s. 221.

31 R.A. Stefański, Obrona obligatoryjna w polskim procesie karnym, Warszawa 2012, s. 281-282; K.T. Boratyńska, s. 220.

32 W. Posnow, (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz (red.) J. Skorupka, Warszawa 2015, s. 264.

Warto też dostrzec najnowsze orzecznictwo SN słusznie przyjmujące, że pozbawienie oskarżonego uzasadnionego prawa do pomocy obrońcy, także przez odmowę wyznaczenia go na podstawie art. 78 § 1 kpk., z zasady może mieć wpływ na treść wyroku (wyrok SN z 27.06.2018 r. III KK 448/17, Legalis).

Jednakże należy zauważyć, że celem dyrektywy 2016/1919 w sprawie pomocy prawnej z urzędu jest zapewnienie skuteczności prawa dostępu do adwokata zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE poprzez umożliwienie podejrzanym i oskarżonym w postępowaniu karnym oraz osobom, których dotyczy wnioski w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania korzystania z pomocy adwokata finansowanej przez państwa członkowskie. W związku z tym przy ocenie zgodności polskiego ustawodawstwa w zakresie pomocy prawnej z urzędu z dyrektywą 2016/1919 należy mieć na uwadze wszystkie przywołane wcześniej uwagi krytyczne dotyczące niedostatków uregulowania w polskim kpk. dostępu do adwokata na wczesnym etapie postępowania karnego w kontekście wymogów prawa Unii Europejskiej i standardu strasburskiego.

W tym kontekście należy jednak dostrzec § 3 art. 81a kpk., który stanowi, że jeżeli okoliczności wskazują na konieczność natychmiastowego podjęcia obrony, wówczas prezes sądu, sąd lub referendarz sądowy powiadamia oskarżonego oraz obrońcę o wyznaczeniu obrońcy z urzędu, w sposób wskazany w art. 137 (a więc telefonicznie albo w inny sposób stosownie do okoliczności, np. faksem czy pocztą elektroniczną, pozostawiając w aktach odpis nadanego komunikatu z podpisem osoby nadającej).

Przejawem gwarancyjnej funkcji postępowania przygotowawczego jest możliwość zapoznawania się przez obronę z aktami tego postępowania. Należy więc zauważyć, że nowelizacja, która weszła w życie z dniem 2 czerwca 2014 r.,³³ dokonała zmiany § 5 art. 156 przez wprowadzenie zapisu, że „jeżeli nie zachodzi potrzeba zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania lub ważnego interesu państwa [...] udostępnia się akta”, co wskazywać może na zerwanie z zasadą zgody prokuratora na udostępnienie akt, która musi być wydana, gdy nie zachodzą okoliczności wskazane w tej regulacji³⁴.

Zauważano jednocześnie, że nowelizacja z 27 września 2013 r., zmieniając przepis art. 156 § 5a statuowała prawo obrony do wolnego od ograniczeń ze strony prokuratora (składającego wniosek o areszt) zapoznawania się z aktami sprawy aresztowej w części zawierającej treść dowodów wskazanych we wniosku. Jednakże sporną pozostawała kwestia, czy sąd może udostępnić akta w całości, czy też w wybranej przez siebie części, co jest szczególnie istotne w świetle konstatacji

33 Ustawa z dnia 27 września 2013 r., Dz.U. poz. 1247 – weszła w życie z dniem 2 czerwca 2014 r.

34 M. Kurowski, (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I, (red.) D. Świecki, Warszawa 2013, s. 515.

cji, że sąd nie ma uprawnienia do samodzielnego rozporządzania aktami sprawy na etapie postępowania przygotowawczego.

Z kolei na tle znowelizowanego z dniem 15.04.2016 r. art. 249a kpk. wyłączonego na wniosek prokuratora z zakresu akt udostępnionych obronie protokołów przesłuchań zeznań świadków w sytuacji gdy ich ujawnienie mogłoby spowodować zagrożenie dla ich życia i zdrowia (art. 250b kpk.), za trafny należy uznać pogląd uznający, że stanowi on nieproporcjonalne ograniczenie zasady prawa do obrony oraz zasady równości broni, zaś okoliczność, iż utajnione przez prokuratora zeznania świadków znane są sądowi orzekającemu, w procedurze *habeas* nie czyni zadość wymogom rzetelnego procesu³⁵. W literaturze zauważa się także, że ochrona świadków przewidziana przez art. 250b jest nawet dalej idąca niż ochrona świadka anonimowego.³⁶ W aktualnych komentarzach do tych regulacji zauważa się, że decyzja prokuratora wydana na podstawie art. 250 § 2b kpk. jest poddana kontroli w tym sensie, iż w sytuacji gdy sąd uzna, że w realiach danej sprawy nie zachodziły podstawy utajnienia zeznań świadka z uwagi na uzasadnioną obawę niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia albo wolności świadka lub osoby dla niego najbliższej, dowód z zeznań tego świadka będzie mógł stanowić podstawę wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania tylko wówczas, gdy zostanie ujawniony podejrzanemu i jego obrońcy.³⁷

Ponadto należy wskazać na praktyczne trudności związane z zaznajomieniem się obrońcy z aktami sprawy aresztowej. Wynikają one z faktu, że wnioski o zastosowanie tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym mogą wpływać po godzinach urzędowania sądu i w dniach wolnych od pracy, przyjmuje sędzia lub asesor sądowy lub, na ich zarządzenie, upoważniony pracownik w siedzibie właściwego wydziału sądu (§ 294 reg. sąd.). Bezpośrednio po wpłynięciu wniosku o zastosowanie środka zapobiegawczego sędzia lub asesor sądowy wydaje zarządzenie o wyznaczeniu posiedzenia (§ 295 reg. sąd.). Zgodnie z art. 2 § 1 p.u.s.p. jedynie w stadium postępowania sądowego asesor sądowy nie jest uprawniony do stosowania tymczasowego aresztowania³⁸.

Biorąc pod uwagę krótki okres 24 godzin, w trakcie którego sąd decyduje w przedmiocie wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania, oczywistym jest fakt trudności, jakie napotyka obrońca, który chce zapoznać się z aktami sprawy aresztowej poza godzinami urzędowania sądu i przygotować się do efektyw-

35 W. Hermeliński, B. Nita-Światłowska, Kilka uwag o prawie do obrony w związku z nowelizacją Kodeksu postępowania karnego z 2016 roku, *Palestra* 2016, nr 9, s. 12-25.

36 M. Prusek Michał, Utajnienie zeznań świadka w procesie karnym a realizacja konstytucyjnej zasady proporcjonalności, *Palestra* 2017 nr 7-8, s. 29-36.

37 D. Świecki, (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. t. I (red.) D. Świecki, Warszawa 2018, s. 898.

38 *Ibidem*, s. 898.

nej obrony zgodnie z wymogami art. 6 ust. 3 b EKPCz³⁹ (zob. np. powołany wcześniej wyrok ETPCz z dnia 26 lipca 2018 r. w sprawie *Dridi v. Niemcy*, skarga nr 35778/11, Lex nr 2553418).

Natomiast niewątpliwie wzmocnieniu prawa do obrony w trakcie posiedzeń aresztowych służyć ma wprowadzenie z dniem 1 lipca 2015 r. do art. 249 § 5 zapisu, że na żądanie oskarżonego, który nie ma obrońcy, wyznacza się do tej czynności obrońcę z urzędu. Dotychczasowe nowelizacje z lat 2013-2016 nie zmieniły jednak zgodnie ze standardem europejskim brzmienia art. 249 § 3 kpk., który nadal przewiduje, że do udziału w przesłuchaniu przed zastosowaniem aresztu należy dopuścić jedynie ustanowionego obrońcę (i to jeżeli się stawi). Natomiast zawiadomienie obrońcy o terminie przesłuchania nie jest obowiązkowe, chyba że oskarżony o to wnosi, a nie utrudni to przeprowadzenia czynności. Jak wskazuje się w orzecznictwie sądowym, jedynie rozpoznanie sprawy w przedmiocie stosowania środka zapobiegawczego pod nieobecność oskarżonego, tj. bez obowiązkowego przesłuchania oskarżonego, stanowi uchybienie o charakterze bezwzględnym, o którym mowa w art. 439 § 1 pkt 11 kpk. (postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 07.03.2018 r., II AKz 142/18, Legalis). Natomiast orzekając o przedłużeniu tymczasowego aresztowania, sąd nie ma obowiązku przesłuchania oskarżonego ani nawet zawiadomienia go o posiedzeniu. W takiej sytuacji wystarczające jest zawiadomienie jego obrońcy (art. 249 § 5 kpk.) (postanowienie SA w Gdańsku z 02.03.2018 r., II AKz 100/18, Legalis).

Jeśli chodzi o pełnienie w postępowaniu przygotowawczym przez obrońcę funkcji gwaranta praw oskarżonego, to należy także wspomnieć o wprowadzeniu nowelizacją z 27.01.2014 r.⁴⁰ odrębnej podstawy wyznaczenia przez sąd obrońcy z urzędu w trakcie wyznaczonego w trybie art. 185a kpk. przesłuchania przez sąd na posiedzeniu małoletniego pokrzywdzonego (poniżej 15. roku życia) (art. 185a § 2 kpk.). Taka regulacja służy nie tylko zapewnieniu oskarżonemu prawa do obrony, ale także zapobiegając powtórnemu przesłuchaniu małoletniego, chroni go jednocześnie przed wtórną wiktylizacją. W tej kwestii konfliktu pomiędzy prawami ochronnymi pokrzywdzonego a prawem oskarżonego do obrony formalnej należy zauważyć wyrok ETPCz z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie *Przydział v. Polska* (skarga nr 15487/08, Lex nr 2044148), gdzie Trybunał w sytuacji, gdy obrońca nie został powiadomiony o przesłuchaniu przez sąd małoletniego pokrzywdzonego w trybie art. 185a, uznał ostatecznie, że nie nastąpiło naruszenie prawa oskarżonego do rzetelnego procesu, gdyż skazanie skarżącego nie opierało

39 Zob. np. C. Kulesza, Rola obrońcy w czynnościach sądowych w postępowaniu przygotowawczym, (w:) Wybrane aspekty nowelizacji prawa karnego: zagadnienia penalizacji prania pieniędzy w świetle projektowanej nowelizacji: kognicja sądów w sprawach wpadkowych w postępowaniu karnym, (red.) M. Kolendowska-Matejczuk, K. Szwarc, Warszawa 2015, s. 87-100.

40 Ustawa z dnia 13 czerwca 2013 r. (Dz.U. poz. 849 – weszła w życie z dniem 27.01.2014 r.).

się wyłącznie na zeznaniach pokrzywdzonego, lecz zostało poparte innymi dowodami, których wiarygodność nie budziła wątpliwości.

3. Obrońca a funkcja przygotowawcza wstępnego etapu procesu

Przy ocenie z perspektywy obrońcy reform postępowania przygotowawczego dokonanych nowelizacjami z 1 lipca 2015 r. i 15 kwietnia 2016 r. należy uczynić kilka uwag o charakterze modelowym i zauważyć wzajemne sprzężenia pomiędzy wstępnym etapem procesu a rozprawą główną⁴¹. W tym kontekście należy zauważyć, że nowelizacja z 1 lipca 2015 r. ograniczyła funkcję przygotowawczą wstępnego etapu procesu (które miało służyć zebraniu dowodów nie dla sądu, lecz dla oskarżyciela publicznego) przez wyraźne wskazanie, że celem postępowania przygotowawczego jest „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” (art. 297 § 1 pkt 5 kpk.).

Jednakże wypada podkreślić, że Komisja Kodyfikacyjna przygotowująca nowelizację z 1 lipca 2015 r. zdecydowała się odstąpić od dokonania modelowych zmian tego wstępnego etapu procesu, przyjmując założenie, że losy postępowania będą rozstrzygać się dopiero na kontradiktoryjnej rozprawie głównej. Reforma lipcowa pozostawiła więc w zasadzie niezmiennym kształcie inkwizycyjny charakter postępowania przygotowawczego, utrzymując dotychczasowe ograniczenia prawa do obrony, w tym m.in. w zakresie udziału w czynnościach procesowych, o których mowa w art. 315-317 kpk.

Należy jednak zauważyć, że ustawodawca celem zmniejszenia wpływu na wyniki rozprawy głównej dokonał od 1 lipca 2015 r. m.in. zmian art. 311 kpk. mających odformalizować śledztwo przez wprowadzenie ograniczonego policyjnego protokołu przesłuchania świadka oraz umożliwienie utrwalania wypowiedzi świadka w formie notatki urzędowej⁴². Zwiększeniu rangi nowego modelu kontradiktoryjnej rozprawy głównej miało służyć także wprowadzenie instytucji selekcji akt postępowania przygotowawczego, które miały trafiać do sądu. Zgodnie ze znowelizowanym art. 334 § 1 kpk. wraz z aktem oskarżenia do sądu miały być przesyłane jedynie wskazane w tym przepisie materiały postępowania przygotowawczego związane z kwestią odpowiedzialności osób wskazanych w tym akcie za czyny w nim zarzucane. Natomiast zgodnie z 334 § 3 kpk. protokoły przesłu-

41 Zob. monografię J. Zagrodnik, *Model interakcji postępowania przygotowawczego oraz postępowania głównego w procesie karnym*, Warszawa 2013.

42 Zob. K. Kremens, *Śledztwo po 1 lipca 2015 r. z perspektywy obrońcy i pełnomocnika*, (w:) *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r.* (red.) P. Wiliński, Warszawa 2015, s. 80-84.

chania świadków, których wezwania na rozprawę żądał oskarżyciel, były przekazywane w wyodrębnionym zbiorze dokumentów⁴³.

W związku z powyższym wzrosła rola końcowego zapoznania się obrońcy i pełnomocnika z aktami sprawy, po którym strony procesowe i ich reprezentanci mogli oprócz wniosków dowodowych także wnioskować o dołączenia do akt przekazywanych do sądu także innych wskazanych przez nich dokumentów (art. 321 § 5 kpk. po nowelizacji z 1 lipca 2015 r.)⁴⁴.

Jednakże skutek wprowadzonych z dniem 15 kwietnia 2016 r. zmian procedury karnej przywracających zasadniczo poprzedni model postępowania przygotowawczego (sprzed 1 lipca 2015 r.) zrezygnowano z instytucji selekcji akt postępowania przygotowawczego (zmiana m.in. art. 334 kpk.), którego wyniki mają ponownie służyć sądowi (zmiana art. 297 § 1 pkt 5 kpk.) i w rezultacie dokonano w ostatecznym brzmieniu art. 321 deprecjacji znaczenia instytucji końcowego zapoznania się z aktami postępowania dla efektywnej obrony na rozprawie sądowej.

Reformy z 1. 07. 2015 r. i z 15.04.2016 r. nie przewidziały także żadnych regulacji prawnych upoważniających obrońców do prowadzenia własnych „śledztw adwokackich”, których wyniki mogłyby być wykorzystane jako dowód na rozprawie. W uzasadnieniu projektu ustawy z 27 września 2013 r. wprost stwierdzano: „Z drugiej jednak strony, to oskarżony znajduje się na pozycji słabszej z uwagi na to, że ma niepomierne mniejsze możliwości przygotowania się do sporu w fazie poprzedzającej wniesienie aktu oskarżenia. Nie ma i nie może bowiem mieć możliwości prowadzenia sformalizowanego postępowania przygotowawczego”⁴⁵.

II. Obrońca a porozumienia procesowe

Po nowelizacji z 1 lipca 2015 r. zakres porozumień procesowych znacznie się zwiększył, a statystyczny wzrost zawieranych porozumień spowodował, że stały się one bardzo ważnym elementem polskiego wymiaru sprawiedliwości, co skłoniło niektórych autorów do uznania konsensualizmu za zasadę procesową⁴⁶.

Warto zauważyć, że znaczenie porozumień procesowych dostrzegła także Rada Europy, wydając w dniu 12.10.2018 r. rezolucję Zgromadzenia Parlamentar-

43 Zob. D. Kala, M. Klubińska, Akta postępowania przygotowawczego i akta sprawy sądowej w nowym modelu procesu karnego (zagadnienia wybrane), (w:) Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r., s. 214-224.

44 *Ibidem*, s. 515.

45 Uzasadnienie projektu, s. 8.

46 P. Wiliński, Zasada konsensualizmu w polskim procesie karnym, (w:) *Fiat iustitia pereat mundus: księga jubileuszowa poświęcona Sędziemu Sądu Najwyższego Stanisławowi Zabłockiemu z okazji 40-lecia pracy zawodowej*, red. P. Hofmański przy współpracy P. Kardasa i P. Wilińskiego, Warszawa 2014, s. 605-606.

nego nr 2245 (2018) „Zawieranie porozumień w procesie karnym: o potrzebie minimalnych standardów przy rezygnacji z rozprawy”⁴⁷.

Zgromadzenie, wskazując w rezolucji na szerokie rozpowszechnienie się w systemach europejskich porozumień karnoprosesowych, podkreśliło zarówno ich zalety dla efektywności wymiaru sprawiedliwości (pkt 4 rezolucji), jak i płynące z nich niebezpieczeństwa (m.in. możliwość ich nadużywania zarówno przez oskarżenie, jak i obronę, brak transparentności zmniejszający zaufanie społeczne do systemów wymiaru sprawiedliwości oraz wzrost ilości skazań prowadzący do „efektu poszerzenia sieci” – *net-widening effect* – pkt 5 rezolucji).

W związku z powyższym rezolucja, wskazując na kraje, gdzie warunkiem zawierania porozumień jest udział w nich obrońcy⁴⁸, zaleciło państwom członkowskim wprowadzenie jako warunku rzetelności porozumień procesowych m.in. obligatoryjnego udziału w nich obrońcy, wprowadzenie ścisłej kontroli sądowej głównych elementów porozumień, w szczególności wiarygodności i dobrowolności przyznania się oskarżonego do winy, ustanowienie zakazu zrzeczenia się apelacji od wyroków zapadłych w trybach konsensualnych (pkt 8 rezolucji)

W tym kontekście warto wskazać na orzecznictwo ETPCz dotyczące przestrzegania gwarancji rzetelnego procesu w postępowaniach karnych zakończonych w trybie porozumień procesowych⁴⁹. W swoim orzecznictwie Trybunał zauważał, że porozumienia procesowe nie są problematyczne z punktu widzenia Konwencji, gdyż ani treść art. 6 EKPC, ani cel tego przepisu nie wyłączają możliwości dobrowolnego zrzeczenia się przez oskarżonego wyrażonych w nim gwarancji⁵⁰.

W wyroku z 29 kwietnia 2014 r. w sprawie *Natsvlishvili i Togonidze v. Gruzja* (skarga nr 9043/05)⁵¹ Trybunał określił standardy, jakie muszą spełniać porozumienia procesowe, opierając się na następujących faktach:

- 1) oskarżony korzystał z pomocy prawnej dwóch obrońców, którzy przed zawarciem porozumienia procesowego skutkującego skazaniem na karę grzywny mieli możliwość zapoznania się z aktami sprawy;
- 2) do porozumienia procesowego doszło z inicjatywy oskarżonego, który zawarł je z prokuraturą dobrowolnie i z pełną świadomością wynikających z niego konsekwencji;

47 Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 2245 (2018): „Deal making in criminal proceedings: the need for minimum standards for trial waiver systems.

48 Są to Chorwacja, Estonia, Francja, Gruzja, Irlandia, Luxemburg, Macedonia i Szwajcaria.

49 Szerzej nt. gwarancji rzetelnego procesu w porozumieniach procesowych zob. C. Kulesza, Konsensualizm karnoprosesowy w świetle gwarancji rzetelnego procesu – perspektywa komparatystyczna, (w:) Komparatystyka w służbie jakości prawa (red.) A. Wudarski, Warszawa 2016, s. 26-32.

50 Wyrok ETPCz (Wielka Izba) z 17 września 2009 r., skarga nr 10249/03, *Scoppola v. Włochy*, § 135.

51 Orzeczenie ETPCz z 29 kwietnia 2014 r. *Natsvlishvili i Togonidze v. Gruzja* (skarga nr 9043/05), www.echr.coe.int. – dostęp z 25 kwietnia 2019 r.

- 3) zatwierdzeniu porozumienia nie sprzeciwiał się sąd, uznając na podstawie przedstawionego mu materiału dowodowego jego dobrowolność oraz zasadność, a także przyjmując, że wykonanie porozumienia nie zagraża interesowi publicznemu.

W tej sprawie Europejski Trybunał Praw Człowieka nie doszukał się także naruszenia art. 2 protokołu nr 7 do EKPCz, stwierdzając, że jeśli oskarżony w trybach konsensualnych ma prawo do rezygnacji ze swoich praw na kontrydiktoryjnej rozprawie sądowej, tym bardziej może zrezygnować z postępowania odwoławczego.

Tak więc z tego orzeczenia jasno wynika, że jednym z podstawowych standardów rzetelnego procesu, jakie muszą spełniać porozumienia procesowe, jest zapewnienie oskarżonemu prawa do obrony zarówno w aspekcie formalnym, jak i materialnym. Chodzi tu o efektywny udział obrońców, którzy mieli możliwość zapoznania się z aktami sprawy jeszcze przed przystąpieniem do zawarcia porozumienia i gwarantowali, że oskarżony zawrze je dobrowolnie i z pełną świadomością konsekwencji.

W kontekście roli obrońcy przy stosowaniu znowelizowanej regulacji art. 335 § 1 kpk. to niewątpliwie powinien on z dużą ostrożnością doradzać oskarżonemu przyznanie się do winy. Może tu wystąpić pogorszenie sytuacji oskarżonego, który w sposób wyraźny przyzna się do winy, a ze względu na brak innych przesłanek uwzględnienia przez sąd wniosku z art. 335 ostatecznie nie dojdzie (np. wskutek sprzeciwu pokrzywdzonego lub cofnięcia wniosku przez prokuratora przed wydaniem wyroku). W takiej sytuacji, gdy sprawa trafi w zwykłym trybie na rozprawę główną (art. 343 § 7 kpk.) bądź też sąd nie uwzględni na rozprawie wniosku o dobrowolne poddanie się karze (zob. wyrok SN z dnia 7 czerwca 2018 r. V KK 182/17, Lex nr 2509700), polskie prawo nie przewiduje zakazu wykorzystania jego wcześniejszego przyznania się do winy jako dowodu w sprawie (jak to jest np. w prawie niemieckim)⁵².

Ponadto wzrosła roli obrońcy w trybach konsensualnych wskutek przyznania pokrzywdzonemu prawa sprzeciwu do porozumień procesowych, co powinno skłaniać obrońcę do negocjowania ich warunków nie tylko z oskarżycielem publicznym, ale i pokrzywdzonym bądź jego pełnomocnikiem.

52 Zob. np. A. Sinn, Die Verständigung (§ 275c StPO) im deutschen Strafverfahren, (w:) Neue Tendenzen im Strafprozessrecht – Deutschland, Polen und Ukraine, Hrsg. F.-Ch. Schroeder, T. de Vries, Frankfurt a.M. 2015, s. 197-200. W polskiej literaturze przedmiotu jedynie postuluje się, że zasada rzetelnego procesu oraz wzgląd na lojalność procesową przemawiają za tym, aby uznać za niedopuszczalne dowodowe wykorzystanie przyznania się do winy oraz wyjaśnień złożonych przez podejrzanego w związku z zawarciem porozumienia w przedmiocie skazania bez rozprawy w trybie art. 335 § 1, jeżeli do skazania bez rozprawy nie dojdzie wyłącznie z przyczyn niezależnych od oskarżonego, S. Steinborn, (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów, komentarz do art. 335, teza 23, Lex/el. 2016.

Za słuszne, a z drugiej strony dość oczywiste w kontekście udziału w porozumieniach procesowych *vulnerable suspects* należy uznać stanowisko SN wskazujące, że nieprzeprowadzenie przez prokuratora dowodu z opinii biegłych psychiatrów i niekonwalidowanie tego uchybienia przez Sąd Rejonowy przed podjęciem decyzji odnośnie do wniosku prokuratora złożonego w trybie art. 335 kpk. co do wymierzenia oskarżonemu określonej kary za przedmiotowe czyny w sposób ewidentny naruszyło jego prawo do obrony (wyrok SN z dnia 27 czerwca 2018 r. III KK 448/17, Lex nr 2522964).

Reasumując, należy zauważyć, że polski kpk. po zmianach z 15.04.2016 r. jedynie w przypadku dobrowolnego poddania się karze z art. 387 kpk. przewiduje odrębną przesłankę ustanowienia oskarżonemu obrońcy z urzędu, nie przewidując wyraźnie takiej możliwości przy wniosku o skazanie bez rozprawy (art. 335 kpk.) ani też wniosku o dobrowolne poddanie się karze na posiedzeniu (art. 338a kpk.). Należy także zauważyć, że nowelizacja z 15.04.2016 r. wykreśliła z kk. art. 60a kk. przyznający możliwość przyznania oskarżonemu skazanemu w trybie porozumień procesowych korzyści w postaci nadzwyczajnego złagodzenia kary, co w wielu systemach prawnych stanowi zasadniczą przesłankę przystąpienia obrony do takich porozumień.

III. Rola obrońcy na rozprawie głównej

Przy analizie roli obrońcy w postępowaniu dowodowym na rozprawie głównej trzeba skrótowo wskazać na istotne zmiany modelu tej rozprawy wprowadzone nowelizacją z 1 lipca 2015 r. W literaturze wśród zalet nowelizacji z 1 lipca 2015 r. w odniesieniu do rozprawy wyliczono⁵³:

- zwiększenie realnych uprawnień stron do prowadzenia sporu przed sądem przez umożliwienie im w szerszym niż dotąd zakresie korzystania z pomocy prawnej z urzędu: obrońcy oskarżonego (art. 80a) i pełnomocnika szeroko rozumianego pokrzywdzonego (art. 87a kpk.);
- zapewnienie bezstronności sędziego, który co do zasady był zwolniony z obowiązku prowadzenia postępowania dowodowego z urzędu oraz
- dość konsekwentne ograniczenie wpływu materiałów postępowania przygotowawczego na postępowanie jurysdykcyjne, co miało przyczynić się do zmniejszenia dominacji prokuratury na głównym etapie procesu.

Podwaliny pod nowy, bardziej kontradyktoryjny model rozprawy głównej stworzył art. 167 § 1 kpk., gdyż jak stwierdzono w uzasadnieniu projektu ustawy z 27 września 2013 r., z jednej strony zwalniał on sąd z aktywności dowodowej na

53 C. Kulesza, Postępowanie dowodowe przed sądem po nowelizacji kodeksu postępowania karnego – perspektywa obrońcy, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2015, nr 2, s. 113-117.

rozprawie w sytuacji pasywności w tej mierze oskarżyciela, z drugiej zaś sąd ten „w mniejszym niż dotąd stopniu pełnił będzie rolę «gwaranta» wobec oskarżonego, którego – jako stronę procesową – obciążał będzie w większym niż dotąd stopniu ciężar dowodu w znaczeniu materialnym⁵⁴.”

Podnieść należy, wbrew optymistycznym poglądom twórców nowelizacji, że zmiana regulacji art. 393 § 3 kpk., dopuszczająca do wprowadzania do procesu dowodów prywatnych, prowadziła do „wyrównania szans” pomiędzy oskarżeniem i obroną, nowa treść tej regulacji *eo ipso* nie była wystarczająca dla wprowadzenia przez obronę dowodów prywatnych do procesu karnego, gdyż nowelizacja lipcowa nie regulowała szczegółowych kwestii związanych z poszukiwaniem dowodów, uzyskaniem informacji o dowodach, gromadzeniem ich czy ewentualnym ich zabezpieczaniem, aby potem obrońca mógł przedstawić wniosek o ich dopuszczenie i wprowadzenie do podstawy dowodowej orzeczenia⁵⁵. O ograniczonych możliwościach dopuszczania na rozprawie tzw. opinii prywatnej świadczy chociażby wyrok SA we Wrocławiu z dnia 31 sierpnia 2017 r., II AKa 22/17, Lex nr 2402355 przyjmujący, że „Mimo braku przeszkód do wydania przez sąd postanowienia o powołaniu w charakterze biegłego autora wykonanej na zlecenie strony i przedstawionej sądowi «prywatnej opinii», jego przesłuchania w charakterze biegłego i włączenia jego pisemnej opinii (po jej podtrzymaniu) do materiału dowodowego sprawy, praktyka taka powinna należeć do rzadkości i wchodzić w grę wtedy tylko, gdy sąd nie poweźmie żadnych wątpliwości co do rzetelności i obiektywizmu autora takiej opinii, jego doświadczenia i eksperckich umiejętności, a także przydatności jego wiedzy specjalnej do opiniowania w wymagającej rozstrzygnięcia konkretnej kwestii”.

Najważniejszy jednak powód udziału obrońcy oskarżonego w rozprawie wynika z powołanej wcześniej regulacji art. 167 § 1 kpk. i innych zmian przewidujących, że od 1 lipca 2015 r. dowody na rozprawie głównej były co do zasady przeprowadzane nie przez sąd, lecz przez strony procesowe (zmiana art. 370, 389 i 391 kpk.) Dlatego zasadniczym powodem udziału reprezentantów procesowych stron była ich rola we wnioskowaniu o przeprowadzenie dowodów i wprowadzania ich do podstawy dowodowej wyroku⁵⁶.

Mimo zasadniczego powrotu z dniem 15 kwietnia 2016 r. do modelu rozprawy głównej opartej na dominującej roli sądu i przewodniczącego składu (powrót do

54 Uzasadnienie projektu ustawy z 27 września 2013 r., Warszawa 2013, s. 10.

55 P. Kardas, Pozaprocessowe czynności obrońcy a tzw. dowody prywatne w świetle nowelizacji procedury karnej, *Palestra* 2014, nr 9, s. 105 oraz idem, Dowody publiczne (urzędowe) a dowody prywatne, (w:) *Obronca i pełnomocnik*, (red.) P. Wiliński, s. 348-356.

56 Zob. np. J. Skorupka, Wprowadzanie i przeprowadzanie dowodów na rozprawie głównej, (w:) *Obronca i pełnomocnik*, s. 310-323; C. Kulesza, Rola obrońcy w gromadzeniu dowodów i wprowadzaniu ich do podstawy dowodowej orzeczenia sądowego w znówelizowanym kpk., (w:) *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego: księga jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, (red.) M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, B.T. Bieńkowska, Warszawa 2015, s. 266-289.

brzmienia art. 366 kpk. sprzed nowelizacji z 1 lipca 2015 r.) w przeprowadzaniu dowodów i ponownym obarczeniem go za wynik procesu nie uległo deprecjacji znaczenie inicjatywy dowodowej obrońców przejawiającej się w składaniu wniosków dowodowych czy przesłuchaniu oskarżonych, świadków i biegłych na rozprawie (art. 370 kpk.). Jak wskazuje się w aktualnym orzecznictwie SN: „Aktywność dowodową obrońcy w perspektywie art. 167 § 1 kpk. uznać należy za jego obowiązek, co jest konsekwencją przyjęcia zasady inicjatywy dowodowej stron, która wymusza realizację zarówno wnioskowania o wprowadzenie dowodu do procesu, jak i jego przeprowadzenie” (postanowienie SN z dnia 4.04. 2018 r. V KK 94/18, Lex nr 2488729. Zob. także postanowienie SN z 18.12.2018 r., IV KK 665/18, Legalis, postanowienie SN z dnia 14 grudnia 2017 r., V KK 411/17, Lex nr 2417599; postanowienie SN z 17 stycznia 2017 r., WA 17/16, Lex nr 2200605).

Zdaniem SN przy braku aktywności strony wynikający z art. 167 kpk. obowiązek sądu do przeprowadzenia dowodów z urzędu powstaje tylko wtedy, gdy dokonanie prawidłowych ustaleń faktycznych uzależnione jest od przeprowadzenia dowodu, o którym Sąd powziął informację (postanowienie SN z 10.05.2018 r. III KK 178/18, Legalis, postanowienie SN z 07.02.2018 r., III KK 447/17, Legalis).

IV. Obrońca w postępowaniu odwoławczym

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, nowelizacja z 1 lipca 2015 r. wprowadziła odnośnie do apelacji zmiany, które można rozpatrywać na trzech płaszczyznach: porządkującej, modyfikującej i nowatorskiej. Z punktu widzenia obrońcy za najważniejszą należy uznać płaszczyznę: modyfikującą i nowatorską⁵⁷. Pierwsza z nich – modyfikowała domniemania odnoszące się do zakresu zaskarżenia (art. 447 § 3 kpk.), reguły *ne peius* (art. 454 kpk.) i postępowanie dowodowe w instancji odwoławczej (art. 452 kpk.). Natomiast w płaszczyźnie nowatorskiej nowelizacja wprowadzała rozwiązania, do których oprócz ograniczonej prekluzji dowodowej (art. 427 § 3 kpk.) można zaliczyć: obowiązek sformułowania zarzutu odwoławczego przez każdego odwołującego się (art. 427 § 1 kpk.), ograniczonego zakazu stawiania zarzutów odwoławczych o charakterze dowodowym (art. 427 § 4 kpk.). W tym ostatnim przypadku przewidziano sankcję za bierność strony na rozprawie głównej, gdyż stanowił on, że w środku odwoławczym nie można było podnosić zarzutu nieprzeprowadzenia przez sąd określonego dowodu, jeżeli strona nie składała w tym zakresie wniosku dowodowego, zarzutu przeprowadzenia dowodu pomimo braku wniosku strony w tym przedmiocie ani też zarzutu naruszenia przepisów dotyczących aktywności sądu przy przeprowadzaniu dowodów, w tym również przeprowadzenia dowodu poza zakresem tezy do-

57 Zob. D. Świecki, Apelacja obrońcy i pełnomocnika po zmianach, (w:) Obrońca i pełnomocnik, s. 436.

wodowej. Z kolei za obowiązkowym udziałem obrońcy w rozprawie odwoławczej przemawiał zwiększony zakres postępowania dowodowego, jaki był możliwy do przeprowadzenia przed sądem odwoławczym⁵⁸. Znaczenie miało też postawienie przez ustawodawcę na zasadę reformatoryjnego orzekania przez sąd odwoławczy i ograniczenie elementów kasatoryjności w postępowaniu odwoławczym (nowe brzmienie art. 437 § 2 zd. 2).

Nowelizacja z 15 kwietnia 2016 r. zasadniczo nie zmieniła zasadniczych założeń reformy z 1 lipca 2015 r. w dziedzinie postępowania odwoławczego, kładąc nacisk na jego reformatoryjny charakter i wprowadzając w art. 452 kpk. nową specyficzną podstawę oddalenia wniosku dowodowego, a mianowicie, że sąd odwoławczy może taki wniosek oddalić, jeżeli przeprowadzenie dowodu przez ten sąd byłoby niecelowe z przyczyn określonych w art. 437 § 2 zdanie drugie. Ta ostatnia regulacja stanowi, że uchylenie orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania może nastąpić wyłącznie w wypadkach wskazanych w art. 439 § 1, art. 454 lub jeżeli jest konieczne przeprowadzenie na nowo przewodu w całości. Wprawdzie w postępowaniu odwoławczym z dniem 15 kwietnia 2016 r. usunięto ograniczony zakaz stawiania zarzutów odwoławczych o charakterze dowodowym (skreślono art. 427 § 4 i 5 kpk.), to jednak utrzymano ograniczoną prekluzję dowodową określoną w art. 427 § 3 kpk. oraz wymóg sporządzania przez obrońców uzasadniania środka odwoławczego (art. 427 § 2 kpk.).

Nowelizacja z 15 kwietnia 2016 r. utrzymała również ograniczenia zaskarżalności wyroków zapadłych wskutek porozumień procesowych (art. 447 § 5 kpk.), wprowadzając jednocześnie obowiązek pouczenia oskarżonego o tym ograniczeniu zarówno przy zawieraniu tych porozumień (art. 335 § 2a kpk.), jak i przez sąd przed wydaniem uwzględnieniem wniosku o skazanie bez rozprawy (art. 343a § 5a kpk.) bądź o dobrowolne poddanie się karze (art. 387 § 1a kpk.).

Należy jednak dodać, że wyniki przeprowadzonych przez Katedrę Postępowania Karnego Uniwersytetu w Białymstoku w latach 2017-2019 badań aktowych apelacji od wyroków sądów okręgowych w apelacjach białostockiej, łódzkiej i warszawskiej wykazały wprawdzie, że to właśnie obrońcy najczęściej wnoszą apelacje od tych wyroków (ok. 73% obrońców), lecz te środki odwoławcze cechują się niską skutecznością (wynosi ona ok. 33%). Z badań tych wynika także – mimo zmiany brzmienia art. 452 kpk. – niska aktywność dowodowa stron w postępowaniu odwoławczym oraz że sądy apelacyjne przeprowadzają postępowanie odwoławcze (na wniosek stron bądź z urzędu) jedynie w wąskim zakresie⁵⁹. Wnioski te potwierdzają również przeprowadzone przez naszą Katedrę w 2019 r.

58 *Ibidem*, s. 436-441. A. Sakowicz, Postępowanie dowodowe w postępowaniu apelacyjnym. Zarys problematyki, (w:) *Obrońca i pełnomocnik*, (red.) P. Wiliński, 2015, s. 452-472.

59 Zob. wyniki tych badań w zawartym w niniejszym zbiorze w opracowaniu A. Negierewicz, Efektywność reprezentacji procesowej stron postępowania na etapie postępowania odwoławczego w świetle wyników badań

ogólnopolskie badania ankietowe przeprowadzone wśród 146 sędziów wydziałów odwoławczych sądów okręgowych i apelacyjnych. Badania te wykazały, że 71,3% (102) sędziów uważa wprowadzone reformy postępowania odwoławczego za znaczące, przy czym 40,6% (58) z nich oceniło reformy pozytywnie, a 30,8% (44) negatywnie. Co ciekawe 69,9% (100) sędziów wskazało, że sądy odwoławcze wykorzystują swoje rozszerzone możliwości w prowadzeniu postępowania dowodowego, co stoi w sprzeczności z odpowiedziami na następne pytanie dotyczące częstotliwości korzystania przez ankietowanych sędziów z ich rozszerzonych kompetencji dowodowych. Większość sędziów (62,9% – 90) stwierdziło, że rzadko dopuszczają dowody z urzędu i podobna liczba sędziów (66,4% – 93) odpowiedziała, że rzadko w postępowaniu odwoławczym była przydatna inicjatywa dowodowa stron. Sędziowie co do zasady opowiadali się za określoną w art. 427 § 3 kpk. ograniczoną prekluzją dowodową w postępowaniu odwoławczym (85,7% – 120), pozytywnie oceniali ograniczenia możliwości zaskarżania wyroków konsensualnych przewidziane w art. 447 § 5 (92,1% – 129), nowe brzmienie zakazu *reformationis in peius* (86,4% – 121), regulację art. 451 dotyczącą sprowadzania oskarżonego na rozprawę odwoławczą (89,3% – 125) oraz obecne uregulowanie reguły *ne peius* z art. 454 kpk. (85% – 119). Ostatecznie 73,4% (105) respondentów wskazało, że ich zdaniem polski model postępowania odwoławczego jest rzetelny.

V. Wnioski końcowe

Przeprowadzona analiza reform postępowania karnego z lat 2013–2016 pozwala na wysunięcie wniosku, że aktualny kształt prawa oskarżonego do korzystania z pomocy obrońcy nie spełnia strasburskiego i europejskiego standardu przede wszystkim w postępowaniu przygotowawczym. Wypada więc zauważyć, że przez przywrócenie nowelizacją z 15.04.2016 r. pełnej mocy dowodowej wszystkich protokołów z postępowania przygotowawczego na rozprawie głównej powrócono do radzieckiego modelu postępowania przygotowawczego, z pewnymi modyfikacjami wynikającymi z sądowych czynności dowodowych (art. 185a–185d, 316 § 3 kpk.) dokonywanych jednak przy zasadniczo biernej asyście obrońców. Jest to stwierdzenie o tyle ważne, że nowelizacja kwietniowa zasadniczo utrzymała „zasięg rażenia” konsensualizmu procesowego przez akceptację znowelizowanych z dniem 1 lipca 2015 art. 335, 338a i 387 kpk. (przy – jak się wydaje – słusznym ograniczeniu tych dwóch ostatnich regulacji do przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności o granicy nieprzekraczającej 15 lat pozbawienia wolności). Tym samym ustawodawca, zwiększając ostatecznie z dniem 15 kwiet-

aktowych oraz I. Urbaniak-Mastalerz, Znaczenie zarzutów odwoławczych w procesie karnym po 15 kwietnia 2016 r. w świetle wyników badań aktowych.

nia 2016 r. odpowiedzialność obrońców za wynik procesu w trybach konsensualnych, nie zwiększył ich uprawnień i z wyjątkiem art. 387 nie przewidział także oddzielnej podstawy ustanowienia obrońcy z urzędu przy ich zawieraniu. Ponadto likwidując szcztątkowe korzyści dla oskarżonych zawierających takie porozumienia przez wykreślenie art. 60a kk. przewidującego do 15 kwietnia 2016 r. odrębną podstawę materialną nadzwyczajnego złagodzenia kary, utrzymał w mocy ograniczenia zaskarżania orzeczeń zapadłych w trybie porozumień karnoprocesowych określone w art. 447 § 5 kpk. Również, jak wynika z przytoczonego orzecznictwa SN, zmiana modelu rozprawy głównej i obarczenie sądu ciężarem dowodzenia nie przywróciła jednak „patriarchalnego” nastawienia sądów do oskarżonego i nie zdjęła z obrońców odpowiedzialności za wynik procesu. Deficytów prawa do obrony w postępowaniu przygotowawczym nie jest w stanie ostatecznie wyrównać także wykazana w badaniach aktowych aktywność obrońców w postępowaniu odwoławczym, gdyż jak wynika z tych badań (oraz badań ankietowych sędziów), dążeniom ustawodawcy do zwiększenia jego reformatoryjności nie towarzyszy realne, ilościowe i jakościowe rozszerzenie zakresu postępowania dowodowego na tym etapie procesu. Oceniając to ostatnie zjawisko, wypada wskazać, że jak wynika z orzecznictwa ETPCz, postępowanie dowodowe przed instancją odwoławczą jest immamentnym elementem rzetelności całego procesu karnego⁶⁰.

Literatura

- Grzegorzczak T., Tylman J., Polskie postępowanie karne, Warszawa 2011.
- Hermeliński W., Nita-Światłowska B., Kilka uwag o prawie do obrony w związku z nowelizacją Kodeksu postępowania karnego z 2016 roku, *Palestra* 2016, nr 9.
- Jasiński W., Dostęp osoby oskarżonej o popełnienie czynu zagrożonego karą do adwokata na wstępnym etapie ścigania karnego – standard strasburski, *Europejski Przegląd Sądowy* 2019, nr 1.
- Kardas P., Gwarancje prawa do obrony oraz dostępu do obrońcy na wstępnym etapie postępowania karnego – kilka uwag w świetle doktryny Salduz, doktryny Miranda oraz dyrektywy w sprawie dostępu do adwokata, *Europejski Przegląd Sądowy* 2019, nr 1.
- Kardas P., Pozaprocesowe czynności obrońcy a tzw. dowody prywatne w świetle nowelizacji procedury karnej, *Palestra* 2014, nr 9.
- Kodeks postępowania karnego. Komentarz (red.) J. Skorupka, Warszawa 2015.
- Kodeks postępowania karnego. Komentarz, (red.) A. Sakowicz, Warszawa 2015.

60 Zob. A. Lach, Rzetelne postępowanie dowodowe w sprawach karnych w świetle orzecznictwa strasburskiego, Warszawa 2018 i podane tam orzecznictwo: *Popa i Tănăsescu v. Rumunia*, wyrok ETPCz z 10.04.2012 r., skarga nr 19946/04, § 43-55; *Dondarini v. San Marino*, wyrok ETPCz z 6.07.2004 r., skarga nr 50545/99, § 27; *Coniac v. Rumunia*, wyrok ETPCz z 6.10.2015 r., skarga nr 4941/07, § 62; *Destrehem v. Francja*, wyrok ETPCz z 18.05.2004 r., skarga nr 56651/00, § 36-47; *Lazu v. Mołdawia*, wyrok ETPCz z 5.07.2016 r., skarga nr 46182/08, § 31-44; *Dan v. Mołdawia*, wyrok ETPCz z 5.07.2011 r., skarga nr 8999/07, § 33; *Lorefice v. Włochy* wyrok ETPCz z 29.06.2017 r., skarga nr 63446/13, § 36-47.

- Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I, (red.) D. Świecki, Warszawa 2013 i 2018.
- Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów, (red.) S. Steinborn, Lex/el. 2016.
- Kruszyński P., Stanowisko prawne obrońcy w procesie karnym, Białystok 1991.
- Kulesza C., Efektywność udziału obrońcy w procesie karnym w perspektywie prawnoporównawczej, Kraków 2005.
- Kulesza C., Konsensualizm karnoprocessowy w świetle gwarancji rzetelnego procesu – perspektywa komparatystyczna, (w:) Komparatystyka w służbie jakości prawa (red.) A. Wudarski, Warszawa 2016.
- Kulesza C., Model postępowania przygotowawczego: perspektywa obrony, (w:) Proces karny w dobie przemian: przebieg postępowania (red.) S. Steinborn i K. Woźniewski, Gdańsk 2018.
- Kulesza C., Postępowanie dowodowe przed sądem po nowelizacji kodeksu postępowania karnego – perspektywa obrońcy, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2015, nr 2.
- Kulesza C., Rola obrońcy w czynnościach sądowych w postępowaniu przygotowawczym, (w:) Wybrane aspekty nowelizacji prawa karnego: zagadnienia penalizacji prania pieniędzy w świetle projektowanej nowelizacji: kognicja sądów w sprawach wypadkowych w postępowaniu karnym (red.) M. Kolendowska-Matejczuk, K. Szwarz, Warszawa 2015.
- Kulesza C., Rola obrońcy w gromadzeniu dowodów i wprowadzaniu ich do podstawy dowodowej orzeczenia sądowego w znowelizowanym kpk., (w:) Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego: księga jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego (red.) M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, B.T. Bieńkowska, Warszawa 2015.
- Kulesza C., Udział obrońcy w postępowaniu przygotowawczym, (w:) System Prawa Karnego Procesowego, t. 10, Postępowanie przygotowawcze (red.) R.A. Stefański, Warszawa 2016.
- Kulesza C., Starzyński P., Unia w obronie podejrzanego, Państwo i Prawo 2012, nr 8.
- Lach A., Rzetelne postępowanie dowodowe w sprawach karnych w świetle orzecznictwa strasburskiego, Warszawa 2018.
- Obronca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r. (red.) P. Wiliński, Warszawa 2015.
- Prusek M., Utajnienie zeznań świadka w procesie karnym a realizacja konstytucyjnej zasady proporcjonalności, Palestra 2017, nr 7-8.
- Sakowicz A., Prawo do milczenia w polskim procesie karnym, Białystok 2019.
- Sakowicz A., Zakaz dowodowego wykorzystania wyjaśnień podejrzanego występującego bez obrońcy bądź pod nieobecność obrońcy, Europejski Przegląd Sądowy 2019, nr 1.
- Sinn A., Die Verständigung (§ 275c StPO) im deutschen Strafverfahren, (w:) Neue Tendenzen im Strafprozessrecht – Deutschland, Polen und Ukraine, Hrsg. F.-Ch. Schroeder, T. de Vries, Frankfurt a.M. 2015.
- Stefański R.A., Obrona obligatoryjna w polskim procesie karnym, Warszawa 2012.

- Steinborn S., Dostęp do obrońcy na wczesnym etapie postępowania karnego. Uwagi de lege lata i de lege ferenda, Europejski Przegląd Sądowy 2019, nr 1.
- Waltoś S., Hofmański P., Proces karny, Zarys systemu, Warszawa 2016.
- Wąsek-Wiaderek M., Dostęp do adwokata na wczesnym etapie postępowania karnego w prawie Unii Europejskiej, Europejski Przegląd Sądowy 2019, nr 1.
- Wiliński P., Materialny ciężar dowodu winy oskarżonego – przyczynek do rozważań, (w:) Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, t. II, Warszawa 2012.
- Wiliński P., Zasada konsensualizmu w polskim procesie karnym, (w:) Fiat iustitiae paret mundus: księga jubileuszowa poświęcona Sędziemu Sądu Najwyższego Stanisławowi Zabłockiemu z okazji 40-lecia pracy zawodowej, (red.) P. Hofmański przy współpracy P. Kardasa i P. Wilińskiego, Warszawa 2014.
- Zagrodnik J., Model interakcji postępowania przygotowawczego oraz postępowania głównego w procesie karnym, Warszawa 2013.