

Cezary Kulesza

Postępowanie dowodowe przed sądem po nowelizacji Kodeksu postępowania karnego – perspektywa obrońcy

Przy analizie postępowania dowodowego przed sądem w znowelizowanym k.p.k. z 1997 r. należy uwzględnić zmiany wprowadzone ustawami:

- ustawą z dn. 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2013, poz. 1247), wchodzącą zasadniczo w życie z dniem 1 lipca 2015 r.,
- ustawą z dn. z 24 listopada 2014 r. o ochronie praw pokrzywdzonego i świadka (Dz.U. 2015, poz. 21), obowiązującą od 7 kwietnia 2015 r. – z wyjątkiem art. 66 i 66k oraz art. 613 § 1 k.p.k., które weszły w życie 11 stycznia 2015 r.,
- ustawą z dn. 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015, poz. 396), w odniesieniu do zmian k.p.k. wchodzącą w życie zasadniczo z dniem 1 lipca 2015 r., z wyjątkiem art. 12 tej ustawy, który wchodzi w życie w terminie 14 dni od jej ogłoszenia.

Odpowiedź na pytanie, jakie zalety i wady ma znowelizowana regulacja art. 167 § 1 k.p.k. (wraz z jej konsekwencjami w sferze postępowania dowodowego), zależy od spektrum oceny samej reformy. Można więc ją oceniać z punktu widzenia organów procesu karnego, jego uczestników (w szczególności stron procesowych) bądź też ogólnie rozumianego dobra wymiaru sprawiedliwości. Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy z dn. 27 września 2013 r. wprowadza ona zmiany, które powinny przeciwdziałać nadmiernej przewlekłości postępowań, a także nadmiernej długości stosowanego w Polsce tymczasowego aresztowania, co Trybunał

Praw Człowieka w Strasburgu sygnalizuje jako polski problem o charakterze strukturalnym (zob. rezolucję tymczasową CM/ResDH(2007)75)¹. Można więc stwierdzić, że reforma k.p.k. stawia na szybkość postępowania sądowego, która może leżeć zarówno w interesie organów procesowych (problem statystyczny), jak i w interesie stron procesowych (w szczególności oskarżonego i pokrzywdzonego). Nie należy zapominać, że zarówno organy procesowe, jak i uczestnicy procesu mogą mieć własne, partykularne interesy, niezależne od efektywności systemu wymiaru sprawiedliwości². Tak więc ustosunkowując się do podnoszonych w dyskusji głosów, że „strony przyzwyczajają się do reformy”, można zadać pytanie, czy chodzi o strony, które dość często mają do czynienia z wymiarem sprawiedliwości (np. osoby odpowiadające w warunkach art. 64 k.k.), czy raczej o profesjonalnych przedstawicieli procesowych stron. Wśród zalet nowelizacji można wyliczyć:

- 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 k.p.k.),
- zapewnienie bezstronności sędziego, który co do zasady będzie zwolniony z obowiązku prowadzenia postępowania dowodowego z urzędu,
- dość konsekwentne ograniczenie wpływu materiałów postępowania przygotowawczego na postępowanie jurysdykcyjne, co może przyczynić się do zmniejszenia dominacji prokuratury na głównym etapie procesu. W literaturze przedmiotu powstałej jeszcze pod rządami d.k.p.k. z 1969 r. w zasadzie jednolicie definiowano zasadę kontradiktoryjności postępowania karnego jako nieskodyfikowaną dyrektywę, zgodnie z którą proces jest prowadzony w formie sporu równouprawnionych stron przed bezstronnym sądem³.

¹ Uzasadnienie projektu ustawy z dn. 27 IX 2013 r., druk sejmowy nr 870, Sejm VII Kadencji, s. 1.

² Odnośnie wzajemnego stosunku efektywności obrony formalnej do efektywności systemu wymiaru sprawiedliwości zob. np. C. Kulesza, *Efektywność udziału obrońcy w procesie karnym w perspektywie prawnoporównawczej*, Kraków 2005, s. 40–53.

³ Zob. np. M. Cieślak, *Dzieła wybrane. Tom IV*, red. S. Waltoś, Kraków 2011, s. 54; A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1984, s. 161; J. Tylman, *Zasada kontradiktoryjności i zasada śledcza*, w: T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011, s. 123; B. Bieńkowska, *Zasady procesu karnego*, w: B. Bieńkowska, P. Kruszyński, C. Kulesza, P. Piszczek, S. Pawelec, *Wykład prawa karnego procesowego*, red. P. Kruszyński, Białystok 2012, s. 66.

Zauważano jednak, że:

Różne są realne możliwości dowodzenia swoich racji w procesie karnym. Ważne jest przeanalizowanie stosowania prawa w sytuacji sporu, a także możliwości prezentowania argumentów. W badaniach procesu stosowania w aspekcie korzystania z norm kompetencyjnych należy uwzględnić, że jednostka nie zawsze potrafi ocenić potrzebę szanse korzystania z nich w procesie. Zwykle też nie potrafi sama działać w procesie⁴.

Dlatego też kontradiktoryjny proces może być prowadzony tylko przez osoby dysponujące odpowiednim wykształceniem prawniczym i doświadczeniem procesowym⁵. Jednakże sam udział w rozprawie profesjonalnych reprezentantów procesowych stron (który po wejściu w życie nowelizacji powinien być ich obowiązkiem)⁶ nie zapewni im równej pozycji procesowej, jeśli nie będą one dysponowały podobnymi uprawnieniami („kopiami równej długości”).

Także w uzasadnieniu projektu ustawy z dn. 27 września 2013 r. stwierdzano:

Jest jednak oczywiste, że takiej pełnej równości pomiędzy oskarżycielem i oskarżonym nie da się w postępowaniu sądowym osiągnąć. Z jednej strony jest tak dlatego, że oskarżony jest w pozycji uprzywilejowanej, ponieważ chroni go domniemanie niewinności, dzięki któremu jego racje sąd przyjąć musi bez dowodu, chyba że dowiedziono racji przeciwnych. Z drugiej jednak strony, to oskarżony znajduje się na pozycji słabszej z uwagi na to, że ma niepomnie mniejsze możliwości przygotowania się do sporu w fazie poprzedzającej wniesienie aktu oskarżenia. Nie ma i nie może bowiem mieć możliwości prowadzenia sformalizowanego postępowania przygotowawczego⁷.

Dlatego też słusznie stwierdza się w doktrynie przedmiotu (odnoszącej się do nowelizacji z 2013 r.), że nowy kontradiktoryjny model rozprawy głównej, przy zasadniczo niezmienionym modelu postępowania przygotowawczego, stawia w nowym świetle pytanie o dopuszczalność pozapro-

⁴ Z. Świda, *Realizacja praw człowieka w kontradiktoryjnym procesie karnym*, Wrocław 1994, s. 8.

⁵ Zob. np. C. Kulesza, *Jakość obrony formalnej jako warunek rzetelnego procesu (refleksje prawnoporównawcze)*, w: *Rzetelny proces karny: księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdy*, red. J. Skorupka, Warszawa 2009, s. 145–167.

⁶ Zob. np. C. Kulesza, *Udział obrońcy i pełnomocnika w rozprawie – obowiązek czy uprawnienie, po 1 lipca 2015 r.*, w: *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r.*, red. P. Wiliński, Warszawa 2015.

⁷ Uzasadnienie projektu ustawy z dn. 27 IX 2013 r., druk sejmowy nr 870, Sejm VII Kadencji, s. 8.

cesowej działalności obrońcy, w szczególności w dziedzinie gromadzenia „dowodów prywatnych”:

By sensownie prowadzić obronę, a tym samym pełnić konstytutywną w modelu kontryktoryjnym funkcję, bez której ta forma procesu traci jakikolwiek sens, obrońca jest zobligowany do podejmowania czynności mających na celu wyszukiwanie i zbieranie informacji o dowodach, zabezpieczanie, a w niezbędnym zakresie także utrwalanie dowodów. Bez ich przeprowadzenia obrońca nie jest zdolny do wykonywania powierzonej mu funkcji w zakresie postępowania dowodowego w stadium jurysdykcyjnym⁸.

Podnieść należy, wbrew optymistycznym poglądom twórców nowelizacji, że zmiana regulacji art. 393 § 3 k.p.k. prowadzi do „wyrównania szans” pomiędzy oskarżeniem i obroną⁹, że nowa treść tej regulacji *eo ipso* nie jest wystarczająca dla wprowadzenia przez obronę dowodów prywatnych do procesu karnego, gdyż nowelizacja z 2013 r. nie zawiera szczegółowych kwestii związanych z poszukiwaniem dowodów, uzyskaniem informacji o dowodach, gromadzeniem ich czy ewentualnym zabezpieczeniem ich, aby potem obrońca mógł przedstawić wniosek o ich dopuszczenie i wprowadzenie do podstawy dowodowej orzeczenia¹⁰. W tym kontekście za korzystną zmianę dokonaną przez ustawę z dn. 20 lutego 2015 r. w dziedzinie możliwości prywatnego gromadzenia dowodów przez strony należy uznać nowy przepis art. 367a k.p.k. przewidujący w § 1, że oskarżony, jego obrońca, oskarżyciel posiłkowy, oskarżyciel prywatny lub ich pełnomocnicy mogą wystąpić z wnioskiem do sądu o zarządzenie przez sąd dostarczenia poprzez odpowiedni organ dokumentów, których strona sama nie może uzyskać, albo o zwolnienie lub o wystąpienie o zwolnienie określonej osoby od zachowania tajemnicy dla potrzeb złożenia wniosku dowodowego. Przepis art. 170 § 1 stosuje się odpowiednio. Wniosek taki, w tym również złożony przed rozprawą, sąd może rozpoznać na posiedzeniu (art. 367a § 2 k.p.k.). Wprawdzie zmiana ta nie równoważy oczywiście dominacji (a w zasadzie monopolu) organów ścigania w gromadzeniu i utrwalaniu dowodów w postępowaniu przygotowawczym (z urzędu bądź na wniosek stron), przy niezmiennych zasadach udziału stron w czynnościach dowodowych postępowania przygotowawczego (*vide* art. 315–318 k.p.k.), jednak można uznać ją za

⁸ P. Kardas, *Pozaprocesowe czynności obrońcy a tzw. dowody prywatne w świetle nowelizacji procedury karnej*, „Palestra” 2014, nr 9, s. 105.

⁹ Zob. Uzasadnienie projektu ustawy z dn. 27 IX 2013 r., druk sejmowy nr 870, Sejm VII Kadencji, s. 8.

¹⁰ Zob. P. Kardas, *Pozaprocesowe...*, *op. cit.*, s. 105 (i podana tam literatura).

krok w kierunku uznawania przez organy procesowe niezbędności tzw. śledztw obrońców.

W kontekście wpływu zwolnienia sądu z obowiązku przeprowadzania postępowania dowodowego z urzędu na ich bezstronność należy wskazać na przepis art. 167 § 1 k.p.k., który w ostatecznym brzmieniu nadanym przez ustawę z dnia 20 lutego 2015 r. stanowi: „W postępowaniu przed sądem, które zostało wszczęte z inicjatywy strony, dowody przeprowadzane są przez strony, po ich dopuszczeniu przez przewodniczącego lub sąd. W razie niestawiennictwa strony, na której wniosek dowód został dopuszczony, a także w wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych przypadkach dowód przeprowadza sąd w granicach tezy dowodowej. W wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych przypadkach, sąd może dopuścić i przeprowadzić dowód z urzędu”. W uzasadnieniu projektu ustawy z dn. 27 września 2013 r. odnoszącym się do § 1 art. 167 k.p.k. stwierdzono, że z jednej strony zwalnia ona sąd z aktywności dowodowej na 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 materialnym”¹¹.

Konsekwentnie nowelizacja zwolniła w nowym brzmieniu § 1 art. 366 k.p.k. przewodniczącego sądu z obowiązku wyjaśniania wszystkich istotnych okoliczności sprawy (a w miarę możliwości także sprzyjających popełnieniu przestępstwa), pozostawiając mu kierowanie rozprawą i czuwanie nad jej prawidłowym przebiegiem. Jak wskazuje się w komentarzach do tego przepisu, czuwanie nad prawidłowym przebiegiem rozprawy nadal jednak oznacza dbałość przewodniczącego o osiągnięcie celów procesu określonych w art. 2 k.p.k. Dlatego też regulacja ta oznacza jedynie zasadnicze ograniczenie możliwości działania przez sąd z urzędu, jednakże nie stwarza zagrożeń dla wykrycia prawdy obiektywnej (art. 2 § 2 k.p.k.)¹². Bez zmian pozostało jedynie zobowiązanie go do dążenia, aby rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło na pierwszym terminie (art. 366 § 2 k.p.k.).

W literaturze przedmiotu powstałej już po uchwaleniu ustawy z dn. 27 września 2013 r. występuje spór, stosując jakie kryteria sąd na rozprawie będzie korzystał z możliwości dopuszczania i przeprowadzenia dowodów z urzędu w oparciu o „podwójną kwantyfikację interwencji” określoną

¹¹ Uzasadnienie projektu ustawy z dn. 27 IX 2013 r., druk sejmowy nr 870, Sejm VII Kadencji, s. 10.

¹² Zob. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, Warszawa 2014, s. 1252.

w art. 167 § 1 zd. 3 k.p.k.¹³ P. Hofmański nie zajmuje stanowczego stanowiska odnośnie możliwych interpretacji tego unormowania w przyszłym orzecznictwie sądowym, stwierdzając jedynie: „Praktyka przyniesie odpowiedź, w jaki sposób te kwantyfikatory będą ograniczały inicjatywę dowodową sądu”¹⁴. Inni przedstawiciele doktryny uważają – w oparciu zarówno o językową, jak i funkcjonalną analizę tej regulacji – że sąd powinien przejawiać inicjatywę dowodową z urzędu, gdy istnieje duże prawdopodobieństwo, że nieprzeprowadzenie określonego dowodu doprowadzi do ustaleń niezgodnych z prawdą¹⁵, a tym samym do wydania niesprawiedliwego wyroku¹⁶. Ponadto jedną z przyczyn sięgania przez sąd do takiej możliwości może stanowić nieporadność oskarżonego, która może utrudniać mu wnioskowanie dowodu i jego przeprowadzenie¹⁷.

W literaturze wskazuje się jednocześnie na niejasność i nieostrość użytego w art. 167 § 1 pojęcia „w wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnie okolicznościami sprawy”, co ze względu na ocenny charakter zawartych w nim kwantyfikatorów może prowadzić do sytuacji, gdy tylko od sędziego będzie zależało, czy za taki „wyjątkowy wypadek” uzna każdą sytuację, w której będzie subiektywnie przekonany, że zebrany materiał dowodowy nie odpowiada w pełni prawdzie. W rezultacie taki charakter wskazanej regulacji może rodzić istotne rozbieżności orzecznictwa sądowego w jego interpretacji¹⁸. Za dość jednolite można uznać w doktrynie stanowisko, iż sąd będzie musiał przejawiać inicjatywę dowodową z urzędu w sytuacjach, kiedy przeprowadzenie dowodu jest obowiązkowe.

¹³ Zob. szerzej: C. Kulesza, *Udział...*, *op. cit.* (i podana tam literatura).

¹⁴ P. Hofmański, *Gwarancje prawa do obrony w świetle zmian Kodeksu postępowania karnego zawartych w ustawie z dnia 27 września 2013 r.*, w: *Prawo do obrony w postępowaniu penalnym. Wybrane aspekty*, red. M. Kolendowska-Matejczuk, K. Szwarz, Warszawa 2014, s. 9.

¹⁵ Zob. T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 567.

¹⁶ Zob. R.A. Stefański, *Inicjatywa dowodowa w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego*, w: *Polski proces karny i materialne prawo karne w świetle nowelizacji z 2013 r. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Tylmanowi z okazji jego 90. urodzin*, red. T. Grzegorzczak, Warszawa 2014, s. 178–180 (i podana tam literatura).

¹⁷ Zob. np. M. Błoński, B. Najman, *Inicjatywa dowodowa przed sądem pierwszej instancji w świetle zasady kontradyktoryjności i szybkości postępowania. Zagadnienia wybrane*, w: *ibid.*, s. 194–195.

¹⁸ Zob. Ł. Chojniak, W. Jasiński, *Opinia prawna dotycząca projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw* (sprawozdanie podkomisji stałej do spraw nowelizacji prawa karnego, druki sejmowe nr 870, 945 oraz 378) z dn. 1 VII 2013, s. 38–40.

Pogląd taki znajduje oparcie w uzasadnieniu projektu nowelizacji, gdzie wskazano, że:

Oczywiście, nowa reguła podlegać musi innym jeszcze ograniczeniom wynikającym z tego, że przeprowadzenie niektórych dowodów jest obligatoryjne (np. dowód z opinii biegłych psychiatrów w sytuacji zaistnienia wątpliwości co do poczytalności oskarżonego, czy dowód z karty karnej co do uprzedniej karalności). W takich sytuacjach sąd nie może być pozbawiony możliwości przeprowadzenia dowodu w sytuacji pasywności stron. Zakłada się jednak, że w takich sytuacjach sąd będzie mógł uznać, że zachodzi wyjątkowy i szczególnie uzasadniony wypadek¹⁹.

Oceniając powyższe poglądy doktryny odnoszące się do interpretacji art. 167 § 1 zd. 3 k.p.k. po nowelizacji, można poczynić uwagę, że sprowadzanie takiego wyjątku reguły pasywności dowodowej sądu na rozprawie do wszystkich sytuacji, gdzie istnieją zagrożenia dla wykrycia prawdy obiektywnej (*vide* art. 2 § 2 k.p.k.), wydaje się perspektywą zbyt szeroką. Zasada ta stanowi wprawdzie, że podstawę wszelkich rozstrzygnięć mają stanowić prawdziwe okoliczności faktyczne, lecz niewątpliwie powinny mieć one znaczenie dla wydania orzeczenia. Ponadto nie można utożsamiać sprawiedliwości orzeczenia z oparciem go o prawdziwe ustalenia faktyczne, jeśli wziąć pod uwagę, że obecnie w doktrynie procesu karnego dostrzega się nie tylko aspekt materialny sprawiedliwości, lecz i proceduralny²⁰.

Z perspektywy obrońcy oskarżonego wypada zauważyć, że powoływana przez uczestników dyskusji „elastyczność” rozwiązania przyjętego w art. 167 § 1 zd. 3 k.p.k. (której nie tylko zalety, lecz i wady, wszyscy dyskutanci zdają się dostrzegać) może oznaczać także chwiejność całej konstrukcji kontradiktoryjnego procesu sądowego, postrzeganego w szczególny sposób z perspektywy obrony. Może się bowiem zdarzyć, że efektywny obrońca, prowadząc spór na rozprawie np. z niezbyt zaangażowanym oskarżycielem publicznym (który np. nie prowadził w danej sprawie bądź nie nadzorował postępowania przygotowawczego), niejako wygrywa pojedynek procesowy, w związku zaś z ustawą zasadniczo bierny sąd zgodnie z nowym brzmieniem art. 2 § 1 pkt 1 (zasada trafnej reakcji) i art. 5 § 2 (reguła *in dubio pro reo*) powinien oskarżonego uniewinnić, przejawia jednak inicjatywę dowodową, wspiera stronę oskarżenia, aby doprowadzić do skazania mimo pasywności prokuratora i luk w przedstawionym przez niego materiale dowodowym.

¹⁹ Uzasadnienie projektu ustawy z dn. 27 IX 2013 r., druk sejmowy nr 870, Sejm VII Kadencji, s. 6.

²⁰ Zob. monografię J. Skorupki, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013.

Oczywiście takich ewentualnych zaburzeń konstrukcji kontradiktoryjnego procesu można upatrywać także w sytuacji bezradności oskarżonego bądź ewentualnej niekompetencji jego obrońcy, lecz w tym przypadku uzasadnienia dla aktywności dowodowej sądu można szukać chociażby w tradycyjnych gwarancjach zasady domniemania niewinności czy prawa do obrony.

Biorąc pod uwagę powyższe zastrzeżenia dotyczące regulacji art. 167 § 1 zd. 3 k.p.k., za trafniejsze od odwoływania się do prawdy materialnej należałoby uznać odwoływanie się przy rekonstrukcji wyjątków od zasady pasywności dowodowej sądu na rozprawie (art. 167 § 1 zd. 3 k.p.k.) przejawianie przez sędziego inicjatywy dowodowej w sytuacjach, gdy jej brak prowadzić mógłby do oczywistej niesprawiedliwości orzeczenia, w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez art. 440 k.p.k. Podobne stanowisko, polegające na odwołaniu się do oczywistej sprawiedliwości orzeczenia jako kryterium pasywności dowodowej sądu na rozprawie, zajął na III Krakowskim Forum Karnistycznym SSN Stanisław Zabłocki. Uzupełniając analizę poglądów doktryny odnoszących się do wyjątków od zasady wzmożonej kontradiktoryjności postępowania sądowego (art. 167 § 1 k.p.k.), należy dodać, że w przypadku nieobecności strony na rozprawie sąd będzie przeprowadzał dowód z urzędu w granicach tezy dowodowej jedynie w sytuacji nieuczestniczenia w niej także reprezentanta procesowego strony (art. 167 § 1 zd. 2 k.p.k.). Wątpliwym wydaje się jednak twierdzenie o możliwości modyfikacji przez sąd tezy dowodowej przedstawionej we wniosku strony pod jej nieobecność²¹, chociażby wobec wyraźnego brzmienia zd. 2 *in principio* § 1 art. 167 k.p.k. Nawiązując do trzeciej z wymienionych wyżej zalet nowelizacji k.p.k. wchodzącej w życie 1 lipca 2015 r., należy niewątpliwie wskazać na nowe brzmienie art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k., stwierdzającego, 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.

W znowelizowanym k.p.k. istotne znaczenie będzie mieć znowelizowany art. 334 k.p.k. przewidujący, że od 1 lipca 2015 r. sędowi przekazywane mają być jedynie materiały związane z kwestią odpowiedzialności osób skazanych w akcie oskarżenia za czyny im w nim zarzucane. Materiały te miałyby obejmować²²:

²¹ Zob. M. Błoński, B. Najman, *Inicjatywa...*, *op. cit.*, *passim*.

²² Zob. T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 1167.

- a) postanowienia i zarządzenia dotyczące tych osób wydane w toku postępowania (m.in. postanowienia o wszczęciu, o przedstawieniu i zmianie zarzutów, o częściowym umorzeniu postępowania, o zawieszeniu i podjęciu postępowania zawieszzonego, o stosowaniu środków zapobiegawczych, o ich zmianie lub uchyleniu, o uwzględnieniu lub oddaleniu wniosków dowodowych itd.);
- b) protokoły czynności dowodowych i załączniki do nich (np. rejestracje obrazu i dźwięku, stenogramy, wyjaśnienia pisemne), z tym jednak, że protokoły przesłuchania świadków, których wezwania na rozprawę żąda oskarżyciel, przekazywane byłyby w wyodrębnionym zbiorze dokumentów (art. 334 § 3 k.p.k.);
- c) opinie i dokumenty urzędowe i prywatne, uzyskane lub złożone do akt sprawy (np. dane z Krajowego Rejestru Karnego, opinie o oskarżonym, dokumenty lekarskie złożone przez strony, dokumenty będące przedmiotem przestępstwa, zajęte listy, przejęte grypsy itp.). W kontekście zbioru protokołów zeznań świadków (zawartych w odrębnym zbiorze dokumentów) pojawia się pytanie, czy powinien się z nimi zapoznawać sąd rozpoznający sprawę. Doświadczenia chociażby procesu włoskiego wskazują na to, że ze względu na kontradyktryjność rozprawy sąd takiej możliwości powinien być pozbawiony, takie dokumenty zaś powinny posiadać wyłącznie strony procesowe²³. Jednakże biorąc pod uwagę niezmienną zasadniczo kontrolę oskarżenia (art. 337–339 k.p.k.) oraz możliwości zakończenia postępowania na tym etapie (art. 338a, 340–343a k.p.k.), a także uprawnienia kontrolne sądu nad przeprowadzaniem dowodów przez strony na rozprawie, zaznajomienie się przez sąd z aktami postępowania przygotowawczego wydaje się nieuniknione.

Regulację art. 334 k.p.k. powinno się analizować w związku z art. 321 k.p.k. (dotyczącym końcowego zapoznawania się stron postępowania przygotowawczego i ich reprezentantów procesowych z aktami sprawy), który stanowi w § 5, że w terminie 3 dni od dnia zapoznania się z materiałami postępowania strony obrońcy lub pełnomocnicy mogą składać wnioski dowodowe, a także wnioski o uzupełnienie materiału dowodowego, który ma być przekazany sądowi wraz z aktem oskarżenia, o określone dokumenty zawarte w aktach sprawy. Z kolei art. 321 § 6 k.p.k. (w brzmieniu nadanym

²³ Zob. M. Warchoń, *Przygotowanie do rozprawy i rozprawa. Włoski proces karny*, w: *Proces karny. Rozwiązania modelowe w ujęciu prawnoporównawczym. System Prawa Karnego Procesowego. T. II*, red. P. Hofmański, Warszawa 2014, s. 618–622.

ustawą z dn. 20 lutego 2015 r.) przewiduje, że wnioski dowodowe, o których mowa w § 5, mogą pozostać nieuwzględnione przez prokuratora, jeżeli cele postępowania przygotowawczego, o których mowa w art. 297 § 1, zostały osiągnięte, a wnioski te nie mają wpływu na zakres ustaleń wskazanych w art. 297 § 1 pkt 5, chyba że chodzi o wniosek dotyczący dowodu, którego nieprzeprowadzenie grozi jego utratą lub zniekształceniem. Zgodnie z tą regulacją w razie nieuwzględnienia wniosku dowodowego strony prokurator przekazuje ten wniosek wraz z aktem oskarżenia sądowi, przewodniczący składu orzekającego lub sąd rozstrzyga zaś w przedmiocie wniosku przed rozprawą.

Warto więc zastanowić się nad problemem transpozycji dowodów zebranych w postępowaniu przygotowawczym do podstawy wyroku²⁴. Na tle ustawy z dnia 27 września 2013 r. można by wysnuć zasadne twierdzenie, że z perspektywy obrony sytuacja wydawała się dość klarowna. Prokurator w postępowaniu przygotowawczym zbierałby dowody i je utrzymywał osobiście (co należy w obecnej praktyce procesowej do rzadkości) bądź przy pomocy podległych mu organów ścigania, dokonywałby ich selekcji w oparciu o art. 334 k.p.k., obrona miałaby zaś możliwość zapoznać się z nimi oraz wnosić o ich uzupełnienie na mocy art. 321 § 5 k.p.k., bądź też w trakcie przerwy zarządzonej na podstawie art. 401 § 1 k.p.k. Tak więc *forum manifestationis* sporu między obroną a oskarżeniem wydawało się dostatecznie petryfikowane, zgodnie z zasadą kontradiktoryjności postępowania dowodowego na rozprawie głównej.

Czystość i logika tej konstrukcji została zakłócona przez wprowadzenie (pod wpływem środowiska prokuratorskiego) przez nowelizację z 20 lutego 2015 r. nowej regulacji art. 404a k.p.k. stanowiącego, że w czasie przerwy albo odroczenia rozprawy oskarżyciel publiczny może dokonać niezbędnych czynności w celu przedstawienia dowodów przed sądem, chyba że określona czynność zastrzeżona jest do właściwości sądu. Prokurator może również zlecić dokonanie niezbędnych czynności przez Policję. Powstaje więc zasadnicze pytanie, co ustawodawca „miał na myśli”, używając określenia „chyba że określona czynność zastrzeżona jest do właściwości sądu”, gdyż w stanie prawnym obowiązującym do 1 lipca 2015 r. na etapie postępowania sądowego to sąd jest *dominus litis*, czyli jest jedynym organem uprawnionym do dokonywania czynności dowodowych. Po nowelizacji

²⁴ Zob. C. Kulesza, *Rola obrońcy w gromadzeniu dowodów i wprowadzaniu ich do podstawy dowodowej orzeczenia sądowego w znowelizowanym k.p.k.*, w: *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, red. M. Rzewnicka-Rogacka, H. Gajewska-Kraczkowska, B.T. Bieńkowska, Warszawa 2015, s. 267–287.

z 2013 r. skreślającej art. 345 i 397 k.p.k. nie istnieje już żadna możliwość zwrotu sprawy przez sąd prokuraturze do uzupełnienia postępowania przygotowawczego. Interpretując natomiast tę „nowalijkę ustawodawczą” literalnie (aczkolwiek systemowo *contra legem*), trzeba by było odnosić ją do wszystkich czynności dowodowych postępowania przygotowawczego, które nie zostały zastrzeżone do właściwości sądu (tzn. czynności przewidzianych w art. 185a–185d i 316 § 3 k.p.k.).

Jednakże regulacja art. 404a k.p.k. nie określa, w jakiej formie powinny być utrwalone takie czynności dowodowe (*vide* art. 311 k.p.k.) i czy ich wyniki byłyby udostępniane obronie. Natomiast sami prokuratorzy indagowani na okoliczność tej regulacji skłaniali się do poglądu, że protokolarne wyniki takich czynności dowodowych spoczywałyby w aktach podręcznych prokuratora, a wykorzystywane byłyby jedynie zgodnie z intencją oskarżania. Wyrażając stanowczy sprzeciw wobec sytuacji braku ustawowego obowiązku zawiadomiania obrony o fakcie przeprowadzenia takich dodatkowych czynności dowodowych, należałoby poza postulatem nałożenia takiego zobowiązania postulować, aby czynności takie w przypadku osobowych źródeł dowodowych były utrwalane dla potrzeb prokuratury w postaci notatek urzędowych, oskarżyciel publiczny wnosiłby zaś następnie o przesłuchanie rozpytanych osób jako świadków bezpośrednio przed sądem na rozprawie. Niewątpliwie jednak ślady dokonania takich czynności powinny znajdować się nie w aktach podręcznych prokuratury, lecz w aktach postępowania przygotowawczego, w ich części nieprzekazanej dotychczas sądowi, aczkolwiek na mocy art. 156 § 1a k.p.k. udostępnianej stronom procesowym.

W tym kontekście na nowo pojawia się pytanie: czy w znowelizowanym k.p.k. prokurator nadal będzie związany zasadą obiektywizmu określoną w art. 4 k.p.k.?²⁵ Można zgodzić się z poglądem, że zasada uwzględniania okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego będzie wiązała prokuratora do momentu sporządzenia bądź wniesienia aktu oskarżenia (jak to powszechnie przyjmuje się w dyskusjach nad nowelizacją), jednakże należałoby postulować, aby zasada ta „odżywała” w trakcie czynności procesowych przeprowadzanych w trybie art. 404a k.p.k. Podstawowe znaczenie ma tu przeprowadzanie przez reprezentantów procesowych stron dowodów z osobowych źródeł dowodowych. W literaturze przedmiotu powstałej już po uchwaleniu noweli wrześnieowej zauważa się, że przy utrzymaniu formalizmu dowodzenia trudno dopuścić do przeprowa-

²⁵ Zob. np. C. Kulesza, *Rola prokuratora w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 4, s. 5–33.

dzenia dowodów stroną-laika, gdyż nawet w stanie obowiązującym przed nowelizacją, niekiedy mimo przeprowadzenia przesłuchania przez profesjonalny organ, nie udaje się osiągnąć jego celów, np. nadmierne pyta się o stronę przedmiotową czynu, a pomija stronę podmiotową, co wymaga ingerencji organu procesowego. Jednocześnie zauważa się, że znowelizowany k.p.k. nie przewiduje przymusu adwokacko-radcowskiego do czynności przeprowadzenia dowodów²⁶.

Obaw tych zdaje się nie podzielać prawodawca, gdyż w ustawie z dn. 27 września 2013 r. przewidziano wyraźnie dominującą rolę stron i ich reprezentantów w przesłuchiowaniu świadka i odczytywaniu protokołów jego zeznań (art. 391 k.p.k.), pozostawiając jednak pewne uprawnienia przewodniczącego składu w przypadku przesłuchania na rozprawie oskarżonego i odczytywania protokołów jego wyjaśnień (art. 389). Ostatecznie jednak ustawa z dn. 20 lutego 2015 r. określiła następujący kształt art. 389, przewidując w § 1, że jeżeli oskarżony odmawia wyjaśnień lub wyjaśnia odmiennie niż poprzednio albo oświadcza, że pewnych okoliczności nie pamięta, strona może na rozprawie odczytywać tylko w odpowiednim zakresie protokoły jego wyjaśnień złożonych poprzednio w charakterze oskarżonego w tej lub innej sprawie w postępowaniu przygotowawczym lub przed sądem albo w innym postępowaniu przewidzianym przez ustawę. Po odczytaniu odpowiedniego fragmentu protokołu strona umożliwia oskarżonemu wypowiedzenie się co do jego treści i wyjaśnienie zachodzących sprzeczności. Również § 2 tego przepisu stanowi, że to właśnie strona (a nie przewodniczący) może w przypadku nieobecności oskarżonego na rozprawie odczytywać, jedynie w niezbędnym zakresie, treść protokołów jego wyjaśnień złożonych poprzednio w charakterze oskarżonego w tej lub innej sprawie w postępowaniu przygotowawczym lub przed sądem albo w innym postępowaniu przewidzianym przez ustawę. Natomiast zgodnie z § 3 art. 389 k.p.k. w wyjątkowym wypadku, uzasadnionym szczególnymi okolicznościami sprawy, i jeśli okoliczność będąca przedmiotem przesłuchania nie może być ustalona w inny sposób, sąd, zadając pytanie, może odczytać protokół w zakresie, o którym mowa w § 1. Niewątpliwie więc przesłuchanie świadka pozostawiono stronie, a raczej ustawodawca liczy na to, że będzie jej dokonywał jej reprezentant procesowy.

²⁶ Zob. M. Klejnowska, *Przeprowadzanie dowodów w procesie karnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego z 27 września 2013 r.*, w: *Postępowanie dowodowe w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, red. A. Lach, Toruń 2014, s. 27–30.

W tym kontekście należy jednak zwrócić uwagę na treść nowego art. 148 § 2a, stwierdzającego, że w protokole zeznań świadka nie zamieszcza się danych dotyczących zamieszkania bądź miejsca pracy, samo przesłuchanie zaś nie może ujawniać tych danych (art. 191 § 1b k.p.k.). W protokole nie zamieszcza się danych dotyczących miejsca zamieszkania i miejsca pracy pokrzywdzonych i świadków uczestniczących w czynności. Dane te zamieszcza się w załączniku do protokołu. Zgodnie z § 2b art. 148 k.p.k., załącznik do protokołu, o którym mowa w § 2a, oraz inne dokumenty w całości lub w części, w jakiej zawierają dane dotyczące miejsca zamieszkania i miejsca pracy pokrzywdzonych i świadków, przechowuje się w odrębnym załączniku adresowym do akt sprawy, do wiadomości organu prowadzącego postępowanie. W przypadku przesłuchania świadka na rozprawie na nowo rozważona (bądź uregulowana w drodze ustawowej) powinna być kwestia wcześniejszych, pozaprocesowych kontaktów obrońców i pełnomocników z potencjalnymi świadkami, tak, aby reprezentanci stron procesowych mogli przynajmniej wstępnie ocenić, czy wezwanie i przesłuchanie tych świadków na rozprawę służyć będzie dobrze pojętym interesom procesowym ich mandatów. Oczywiście w świetle art. 174 k.p.k. trudno przyjąć, aby formalnie przesłuchiwali oni takich (potencjalnych) świadków w formie protokołarnej, ale szczególnie w przypadku obrońców nie powinna budzić wątpliwości dopuszczalność ewentualnego odbierania od nich oświadczeń i przedstawiania ich jako „zaczątku dowodu” przed sądem.

Za obowiązkowym udziałem obrońców w postępowaniu sądowym przemawia *sui generis* prekluzja dowodowa w postępowaniu odwoławczym. Jej przejawem są przepisy art. 427 § 3 i 4, które w ostatecznym brzmieniu nadanym im przez ustawę z dn. 20 lutego 2015 r. przewidują odpowiednio: „§ 3. Odwołujący się może również wskazać nowe fakty lub dowody, jeżeli nie mógł powołać ich w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji. § 4. W postępowaniu przed sądem, które zostało wszczęte z inicjatywy strony, w środku odwoławczym nie można podnosić zarzutu przeprowadzenia 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 dowodowej”.

Z kolei za obowiązkowym udziałem obrońcy w rozprawie odwoławczej przemawia zwiększony zakres postępowania dowodowego, jaki jest możliwy do przeprowadzenia przed sądem odwoławczym (przez zniesienie zakazu przeprowadzania dowodów co do istoty sprawy – wykreślenie

art. 452 § 1 k.p.k.), stanowiąc jednocześnie w § 2 art. 452 (w brzmieniu nadanym ustawą z dn. 20 lutego 2015 r.), że sąd odwoławczy dopuszcza dowody na rozprawie, jeżeli nie jest konieczne przeprowadzenie na nowo przewodu w całości. Zgodnie z tą regulacją dowody można dopuścić również przed rozprawą. Znaczenie ma też postawienie przez ustawodawcę na zasadę reformatoryjnego orzekania przez sąd odwoławczy. Istotne znaczenie ma tu art. 437 § 2 k.p.k. (w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 20 lutego 2015 r.), którego celem jest ograniczenie możliwości kasatoryjnego orzekania przez sąd odwoławczy, stanowiąc, że „Sąd odwoławczy zmienia zaskarżone orzeczenie, orzekając odmiennie co do istoty, lub uchyla je i umarza postępowanie; w innych wypadkach uchyla orzeczenie i przekazuje sprawę sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. 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”.

Odnosząc się do obaw wyrażanych w doktrynie odnośnie zbyt szybkiego wprowadzania tak znaczących zmian w modelu postępowania sądowego w sprawach karnych, chciałbym wskazać na dwa przykłady z mojej praktyki adwokackiej, kiedy białostocka Temida wyprzedziła te zmiany. W pierwszym przypadku sąd okręgowy wezwał mnie do obowiązkowego udziału w posiedzeniu (w trybie obowiązującego w nowym brzmieniu od 1 lipca 2015 r. art. 349 k.p.k.) i przedstawienia stanowiska w sprawie, a w szczególności planowanych do przeprowadzenia dowodów. W drugiej zaś sprawie, gdzie występowałem jako pełnomocnik oskarżycielki posiłkowej, sąd przez godzinę wysłuchiwał (w przedłużonej, jak mi nie mam, fazie swobodnej wypowiedzi) świadka obrony opowiadającego o wszystkich okolicznościach niezwiązanych z *meritum* sprawy bez jakiegokolwiek reakcji, po czym, ze względu na reakcję zniecierpliwionych stron, zdziwiony przewodniczący składu zainterweniował i zapytał, o co chodzi, skoro świadek został wezwany na wniosek strony obrony i to ona powinna kontrolować przebieg przesłuchania.

W niniejszym opracowaniu jedynie zasygnalizowano bądź skrótowo przytoczono szereg argumentów natury prawnej i praktycznej przemawiających za tezą, że udział obrońców w rozprawie w znowelizowanym k.p.k. będzie od 1 lipca 2015 r. jednocześnie ich prawem, jak i obowiązkiem, wynikającym zarówno z przepisów prawa, jak i zasad etyki zawodowej adwokatów i radców prawnych.

Kończąc powyższe wywody, wypada odwołać się do fragmentu klasycznej powieści Franza Kafki *Proces*, dotyczącego specyficznej zależności oskar-

żonego od jego adwokata w konfrontacjach z systemem wymiaru sprawiedliwości: „Nie oskarżony odbiera im proces, to się naprawdę nigdy nie zdarza; oskarżony, który wziął już raz pewnego adwokata, musi przy nim pozostać, cokolwiek by się stało, jakże mógłby on jeszcze w ogóle stać o własnych nogach, skoro już raz skorzystał z pomocy”²⁷.

Evidentiary proceedings before court after the amendment of the Code of Criminal Procedure – defense counsel’s perspective

Summary

A thorough amendment of the Code of Criminal Procedure introduced by the Act from September 27th 2013 (Dz. U. 2013, item 1247, as amended) as amended by the Act from February 20th 2015 (Dz. U. 2015, item 396) included also the provision of art. 167 § 1 of Code of Criminal Procedure. The article is aimed at discussing problems with interpretation and practical issues associated with the entry into force of the amended art. 167 § 1 of Code of Criminal Procedure together with its implications in the field of evidentiary proceedings in criminal trial.

Keywords: evidentiary proceedings, amendment to the Code of Criminal Procedure

Cezary Kulesza – prof. zw. dr hab., Uniwersytet w Białymstoku, Katedra Postępowania Karnego

²⁷ F. Kafka, *Proces*, Kraków 2003, s. 101.