



Warszawa, 13-12-2022 r.

RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Marcin Wiącek

II.5150.2.2022.MH

Pan Senator

Krzysztof Kwiatkowski

Przewodniczący

Komisji Ustawodawczej

Senatu Rzeczypospolitej Polskiej

Szanowny Panie Przewodniczący,

w odpowiedzi na pismo z dnia 28 listopada 2022 r. w sprawie opinii dot. senackiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego (druk senacki nr 875) pragnę uprzejmie podziękować za podniesienie niezwykle ważnego i aktualnego tematu, jakim jest dostęp do adwokata i obrońcy (w tym obrońcy z urzędu) w postępowaniu karnym. Z przykrością zauważam, że od szeregu lat przepisy polskiego prawa nie realizują europejskich standardów w tym zakresie, w szczególności tych wynikających z *dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z dnia 22 października 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*

wolności¹ (dalej: dyrektywa 2013/48) oraz *dyrektywy 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 wnioski w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania*² (dalej: dyrektywa 2016/1919). Przedstawiony pod drukiem senackim nr 875 projekt stanowi istotny krok w stronę pełniejszej realizacji na gruncie krajowym praw przysługujących podejrzany i oskarżonym, zaznaczyć należy jednak, że poza jego zakresem pozostaje szereg istotnych, wciąż nieuregulowanych, kwestii.

Jednoznacznie pozytywnie oceniam wynikającą z projektowanych przepisów zasadę, iż kontakt z adwokatem³ powinien nastąpić jeszcze przed pierwszym przesłuchaniem osoby podejrzanej w postępowaniu karnym. Zasada ta aktualizuje się także, gdy osoba podejrzana nie ma adwokata z wyboru i żąda wyznaczenia jej adwokata z urzędu. Umożliwienie kontaktu osoby podejrzanej z adwokatem, w tym zagwarantowanie odpowiedniego czasu na przygotowanie obrony, właśnie przed pierwszym przesłuchaniem stanowi rdzeń zasad wprowadzonych ww. dyrektywami i absolutnie minimalny standard realizacji prawa do obrony w państwach członkowskich Unii Europejskiej.

Zaproponowane rozwiązania wymagają jednak pewnego rozwinięcia i uzupełnienia tak, aby kompleksowo realizowały wiążące wymogi wypływające z dyrektywy 2013/48 oraz dyrektywy 2016/1919. Przypomnieć należy, że implementacja przepisów dyrektyw do krajowego porządku prawnego stanowi

¹ Dz. Urz. UE z 6 listopada 2013 r., Seria L, Nr 294, s. 1.

² Dz. Urz. UE z 4 listopada 2016 r., Seria L, Nr 297, s. 1.

³ Dla jasności wyводу w niniejszym piśmie posługuję się terminem „adwokat” w znaczeniu szerokim, podobnie jak dyrektywy 2013/48 i 2016/1919. W polskich warunkach obejmować on będzie oczywiście także radcę prawnego uprawnionego do świadczenia pomocy prawnej w postępowaniu karnym.

prawny obowiązek prawodawcy, zaś termin transpozycji obu ww. dyrektyw upłynął już kilka lat temu⁴.

Po pierwsze zauważyć wypada, że projektowane przepisy art. 245 § 5 k.p.k. oraz art. 301 k.p.k. przewidują możliwość odstąpienia od zapewnienia prawa do kontaktu z adwokatem lub obrońcą przed przesłuchaniem oraz do obecności obrońcy podczas przesłuchania „w wypadku zagrożenia zdrowia, życia, wolności lub nietykalności zatrzymanego lub innej osoby albo w przypadku poważnego zagrożenia dobra postępowania karnego”.

Wprowadzenie w takich sytuacjach czasowych odstępstw od prawa dostępu do adwokata i prawa do obrony przewiduje zarówno dyrektywa 2013/48 (art. 3 ust. 6), jak i dyrektywa 2016/1919 (motyw 9). Zastosowanie czasowego odstępstwa od prawa do adwokata oznacza niezapewnienie dostępu do adwokata nawet w przypadku pozbawienia wolności osoby podejrzanej, pozwala także na jej przesłuchanie pod nieobecność adwokata (motywy 31 i 32 dyrektywy 2013/48). Zastosowanie takiego odstępstwa stanowi zatem istotny wyłom w ogólnych zasadach stanowiących, jak już wspomniano, trzon regulacji obu dyrektyw. Dlatego też przyczyny i sposób zastosowania czasowego odstępstwa, a także jego zakres zostały szczegółowo uregulowane w dyrektywie 2013/48 (te same zasady znajdują zastosowanie w przypadku obrony z urzędu – art. 2 ust. 1 oraz motyw 9 dyrektywy 2016/1919).

Unormowanie zawarte w art. 8 ust. 1 dyrektywy 2013/48 wskazuje wymogi, jakie musi spełniać decyzja o zastosowaniu czasowego odstępstwa. Oprócz ogólnej proporcjonalności i konieczności zagwarantowania rzetelności postępowania, musi ona być ściśle ograniczona w czasie (a zatem już stosując odstępstwo organ musi

⁴ Dla dyrektywy 2013/48 w dniu 27 listopada 2016 r., zaś dla dyrektywy 2016/1919 – w dniu 5 maja 2019 r. (zob. sprostowanie do dyrektywy 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 wnioski w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania, Dz. Urz. UE z 4 listopada 2016 r., Seria L, Nr 297, s. 40).

określić dokładny okres, w którym będzie ono stosowane) oraz nie może opierać się wyłącznie na rodzaju lub wadze zarzucanego przestępstwa. Nadto, przesłuchanie w warunkach czasowego odstępstwa może być prowadzone wyłącznie w celu i w stopniu koniecznym do uzyskania informacji niezbędnych dla zapobieżenia poważnym negatywnym konsekwencjom dla życia, wolności lub nietykalności cielesnej osoby albo zapobieżenia narażeniu postępowania karnego na znaczący uszczerbek (motywy 31 i 32). Prawnie wyłączone powinno zatem być prowadzenie przesłuchania w kierunku innych okoliczności. Wreszcie, motyw 38 wymaga od państw członkowskich określenia w swoim prawie wewnętrznym szczegółowych warunków i okoliczności, w których można stosować czasowe odstępstwa.

Co jednak najistotniejsze, zgodnie z art. 8 ust. 2 dyrektywy 2013/48, **zastosowanie czasowego odstępstwa nastąpić może jedynie na podstawie indywidualnej, sformalizowanej, uzasadnionej i zaprotokołowanej decyzji procesowej**. Decyzja taka może zostać wydana przez sąd, a jeśli jest wydawana przez inny organ – **musi istnieć droga jej sądowej kontroli**.

Przenosząc te wymogi na grunt prawa polskiego podniesienia wymaga, iż projektowane rozwiązania nie realizują w tym zakresie standardów prawa UE. Nie przewidują bowiem żadnej specjalnej formy decyzji o zastosowaniu odstępstwa, nie wymagają uzasadnienia, odnotowania jej w protokole, określenia okresu obowiązywania czy możliwości jej zaskarżenia. Nie wskazują też zakresu możliwego do przeprowadzenia w warunkach takiego odstępstwa przesłuchania. W istocie, zgodnie z projektowanymi przepisami, zastosowanie odstępstwa stanowiłoby działanie faktyczne organu prowadzącego przesłuchanie, stosowane na całkowicie uznaniowych podstawach, bez ram czasowych i bez drogi odwoławczej.

Nieodzowne zatem jest uzupełnienie projektowanych przepisów tak, aby uwzględniały powyższe wymogi dyrektywy 2013/48. Zastosowanie czasowego odstępstwa od dostępu do adwokata z uwagi na zagrożenia zdrowia, życia, wolności lub nietykalności

podejrzanego lub innej osoby albo w przypadku poważnego zagrożenia dobra postępowania przygotowawczego, zarówno w przypadku zatrzymania (art. 245 k.p.k.), jak i każdego przesłuchania (art. 301 k.p.k.) **powinno zatem następować w formie postanowienia. Postanowienie to powinno zawierać uzasadnienie, być doręczane lub ogłaszane osobie podejrzanej (lub podejrzanemu) i podlegać zaskarżeniu.** Przepisy powinny wymagać, aby organ stosujący czasowe odstępstwo w postanowieniu tym określił okres jego obowiązywania. Wreszcie przepisy powinny precyzować konkretne okoliczności, w jakich można zastosować czasowe odstępstwo (do okoliczności tych nie może należeć charakter ani waga zarzucanego czynu) oraz wskazać zakres możliwego do przeprowadzenia w takich warunkach przesłuchania.

Zaznaczyć także należy, że projektowana teść art. 245 § 5 k.p.k. odnosi się szeroko do wszelkich „czynności procesowych lub dowodowych z udziałem zatrzymanego”.

Rozważenia, jak się wydaje wymaga, czy aż tak szeroki zakres tego przepisu jest uzasadniony. O ile konieczność zapewnienia udziału adwokata (w tym z urzędu) przed przesłuchaniem i w takich czynnościach jak okazanie, konfrontacja czy eksperyment procesowy jest oczywista (art. 3 ust. 3 lit c dyrektywy 2013/48, art. 2 ust. 1 lit. c dyrektywy 2016/1919) wydaje się, iż niektóre czynności procesowe mogą być przeprowadzone nawet pod nieobecność adwokata, jeśli przemawiają za tym istotne względy. Do czynności takich należeć będzie np. przeszukanie osoby zatrzymanej w celu sprawdzenia, czy nie ma ona przy sobie przedmiotów lub materiałów niebezpiecznych. Zwłoka w przeprowadzeniu takiego sprawdzenia może bowiem potencjalnie narazić na zagrożenie zarówno samego zatrzymanego, jak i przedstawicieli organu prowadzącego postępowanie. Zarówno dyrektywa 2013/48 (motyw 20), jak i dyrektywa 2016/1919 (motyw 15) wskazują na szereg czynności procesowych, które mogą być dokonane pod nieobecność adwokata; należą do nich m.in. sprawdzenie tożsamości, przeszukanie w kierunku posiadania broni lub podobne kwestie bezpieczeństwa, badanie na obecność alkoholu w organizmie czy wykonanie fotografii. Wspólną cechą tych dozwolonych czynności jest to, że nie

wymagają one aktywnej partycypacji osoby podejrzanej, a raczej wykonywane są niejako wobec niej.

Rozważenia zatem wymaga ograniczenie zakresu projektowanego art. 245 § 5 k.p.k. do przesłuchania i innych czynności dowodowych, o których wspominają ww. dyrektywy lub alternatywnie, wprowadzenia wyłączenia dla czynności przeszukania w poszukiwaniu broni lub innych przedmiotów niebezpiecznych.

Kolejną kwestią, która wymaga ustawowego uregulowania w związku z implementacją dyrektyw 2013/48 i 2016/1919 jest poufność kontaktów osoby podejrzanej i podejrzanego z adwokatem. Dyrektywy są w tym zakresie jednoznaczne – **poufność takich kontaktów, jako podstawa prawa do obrony, powinna być bezwzględnie („bez jakichkolwiek odstępstw”) przestrzegana** (art. 4, motyw 33 dyrektywy 2013/48). Na organach państwa ciąży nie tylko zakaz ingerowania w treść korespondencji czy rozmowy lub zapoznawania się z nią, lecz także pozytywny obowiązek zapewnienia, by poufność takiej korespondencji lub rozmowy była chroniona, w tym przed ingerencją osób trzecich (motyw 33).

Obecnie obowiązujące przepisy k.p.k. nie tylko nie realizują tych wymogów, lecz mają wręcz odwrotny skutek, wprost dając podstawę organom ścigania do naruszania takiej poufności. Organ prowadzący postępowanie może bowiem otwierać i kontrolować korespondencję podejrzanego z obrońcą, a nawet zastrzec swoją obecność podczas ich bezpośredniej rozmowy.

Dla właściwej realizacji wymogów ww. dyrektyw i zapewnienia rzetelności postępowania karnego **niezbędne jest zatem także uchylene art. 73 § 2-4 k.p.k. oraz art. 245 § 1 k.p.k. w zakresie obejmującym słowa „w wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, zatrzymujący może zastrzec, że będzie przy niej obecny”.**

Szczególnej uwagi wymagają rozwiązania wprowadzone przez dyrektywy 2013/48 i 2016/1919 w zakresie postępowania dotyczącego europejskiego nakazu aresztowania (ENA). Dyrektywy te wprowadzają bowiem zasadę tzw. „podwójnej obrony”, tj. przewidują, że osoba poszukiwana może korzystać z pomocy adwokata (w tym adwokata z urzędu) zarówno w państwie wykonującym, jak i wydającym ENA (art. 10 dyrektywy 2013/48 oraz art. 5 dyrektywy 2016/1919).

W przypadku sytuacji, w której Polska jest państwem wykonującym ENA, tj., kiedy osoba poszukiwana znajduje się na terytorium RP, nie jest co do zasady konieczne przyjmowanie dodatkowych regulacji, wystarczające będzie bowiem zastosowanie przepisów ogólnych dotyczących dostępu do adwokata (w tym adwokata z urzędu). Zasadne wydaje się jedynie znowelizowanie przepisu art. 607l § 4 k.p.k. tak, aby wymagał on, aby pouczenie dla osoby poszukiwanej zawierało też informację o możliwości ustanowienia adwokata w państwie wydającym ENA oraz o prawie do żądania adwokata z urzędu w tym państwie.

Istotnej interwencji ustawodawcy wymaga natomiast sytuacja, w której Polska jest państwem wydającym ENA. Obowiązujące przepisy k.p.k. w żaden sposób nie regulują sytuacji, w której osoba poszukiwana ENA chciałby wówczas skorzystać z pomocy adwokata, czy to wyznaczonego z wyboru, czy też z urzędu. **Konieczne jest wprowadzenie przepisów, które umożliwiłyby w takiej sytuacji dostęp do adwokata.** Szczególnie precyzyjnej regulacji wymagać będzie wyznaczenie adwokata z urzędu, bowiem konieczne będzie określenie, w jaki sposób osoba poszukiwana (przebywająca wszak w innym państwie) miałaby wykazać okoliczności, o których mowa w art. 78 § 1 k.p.k.

Wskazać jednocześnie należy na istotny problem systemowy w obecnych przepisach regulujących postępowanie karne. Otóż nawet w przypadku pełnej i poprawnej implementacji dyrektyw 2013/48 i 2016/1919, prawa i gwarancje z nich wynikające będą w istocie iluzoryczne, dopóki obowiązuje przepis art. 168a k.p.k. Zgodnie z nim,

fakt dokonania czynności procesowej z naruszeniem przepisów prawa, a zatem także tych dotyczących prawa do adwokata i prawa do obrony, nie przesądza o niedopuszczalności uzyskanego w ten sposób dowodu. Organy ścigania mogą więc w drodze dyskrecjonalnych działań prowadzić postępowania z naruszeniem wszelkich gwarancji prawa do obrony, a później na podstawie tak zdobytego materiału dowodowego prowadzić oskarżenie.

Aby można było zatem mówić o właściwym wdrożeniu dyrektyw 2013/48 i 2016/1919 (czy też wszelkich innych praw procesowych, chociażby wynikających z innych dyrektyw, np. dyrektywy o domniemaniu niewinności⁵, czy prawie do tłumaczenia⁶) **konieczne jest także doprowadzenie do uchylecia art. 168a k.p.k.**

Na zakończenie warto odnieść się także do projektowanego art. 2 ustawy przewidującego przepis przejściowy. Wskazuje on, iż do postępowań wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, a także do czynności procesowych rozpoczętych i niedokonanych przed tym dniem stosuje się przepisy dotychczasowe. O ile nie budzi on zastrzeżeń w zakresie rozpoczętych i niezakończonych czynności procesowych, trudno znaleźć przekonywające przesłanki przemawiające za odstąpieniem od stosowania znowelizowanych przepisów we wszczętych, a niezakończonych postępowaniach.

Na podkreślenie zasługuje, iż przepisy dyrektyw 2013/48 i 2016/1919, pomimo braku implementacji, obowiązują bezpośrednio: organy ścigania powinny ich przestrzegać, zaś obywatele mogą się na nie powoływać wprost. Nawet zatem jeśli jakieś postępowania już się rozpoczęło w momencie wejścia w życie projektowanej ustawy, nowo obowiązujące przepisy nie będą wprowadzać zupełnie nowych zasad

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/343 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym (Dz. Urz. UE z 11 marca 2016 r., Seria L, Nr 65, s. 1).

⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/64/UE z dnia 20 października 2010 r. w sprawie prawa do tłumaczenia ustnego i tłumaczenia pisemnego w postępowaniu karnym (Dz. Urz. UE z 26 października 2010 r., Seria L, Nr 280, s. 1).

prowadzenia takiej sprawy, mogą co najwyżej je precyzować i uściślać⁷. Zasadne zatem jest, aby przepis ten miał brzmienie odnoszące się jedynie do rozpoczętych, a niezakończonych czynności procesowych.

Podsumowując, z dużą satysfakcją przyjąłem informację o przedstawieniu przez Senat RP inicjatywy ustawodawczej w omawianym zakresie, zważywszy, iż liczne wystąpienia Rzecznika Praw Obywatelskich⁸ dotyczące tej materii, nie spotkały się z oczekiwaną reakcją ze strony organów władzy wykonawczej.

Podnieść jednak jeszcze raz należy, iż przedstawiony projekt jest obecnie nazbyt wąski i nie w pełni realizuje wiążących Polskę wymogów wypływających z powołanych aktów prawa wtórnego UE. Zwracam się więc z uprzejmą prośbą o udostępnienie niniejszej opinii Paniom i Panom Senatorom zasiadającym w Komisji oraz o uwzględnienie postulatów w niej zawartych w toku dalszych prac legislacyjnych nad projektowaną ustawą.

Z wyrazami szacunku

Marcin Wiącek

Rzecznik Praw Obywatelskich

/-podpisano elektronicznie/

Do wiadomości:

Pan Senator

Aleksander Pociąg

Przewodniczący

Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji

Senatu Rzeczypospolitej Polskiej

⁷ Dodać można, iż z tego samego powodu w pełni uzasadniony jest, wskazany w art. 3 projektu, krótki, 14-dniowy okres *vacatio legis*.

⁸ Wystąpienia z dnia 29 kwietnia 2016 r. (II.5150.9.2014.MK), z dnia 25 stycznia 2017 r., z dnia 4 lipca 2018 r. i z dnia 8 października 2019 r. (II.5150.9.2014.MM), a także z dnia 27 września 2018 r. (KMP.570.3.2017.RK). Zob. też wystąpienie do Komisji Europejskiej z dnia 14 lipca 2021 r. (II.5150.2.2021.MH).