

*Prof. dr hab. Piotr Kardas**

Kilka uwag o wykładniczych możliwościach zapobiegania przypadkom „naginania prawa” przez organy procesowe na przykładzie prawa do milczenia oraz kontaktu z obrońcą

Profesor Witold Kulesza należy do grona uczonych, którzy na prawo karne, w jego aspekcie materialnym i procesowym, spoglądają z perspektywy holistycznej. Istotna część twórczości naukowej Szanownego Jubilata obejmuje prace stanowiące wyraz refleksji nad modelem wykładni i stosowania prawa karnego służącym najpełniej realizacji obywatelskiego roszczenia do słuszności prawa i sprawiedliwości rozstrzygnięcia. Właściwe ujęcie regulacji prawnych na płaszczyźnie prawa pozytywnego, spełniające w najwyższym stopniu postulat materialnej i proceduralnej sprawiedliwości, a także umiejętne ich stosowanie, oparte na najlepszej wiedzy i woli sprawujących władzę sędziowską, stanowiły centrum badań i publikacji Jubilata w ciągu ostatnich lat. Nadużycie prawa przez osoby sprawujące wymiar sprawiedliwości to najcięższa zbrodnia, jakiej można dopuścić się przeciwko prawu¹. Historia dostarcza dostatecznej ilości przynębiających przykładów obrazu sprawiedliwości przez osoby powołane do jej sprawowania. Szczególnie znamieny był w tej kwestii XX wiek, w którym dwa totalitaryzmy były katalizatorem zbrodni obrazu sprawiedliwości realizowanych w „majestacie prawa”. Poszukiwania odpowiedzi na pytanie o przyczyny sprzeniewierzenia się prawników, w tym w szczególności sędziów, powołaniu zapełniają nieodmiennie karty opracowań filozofów prawa, teoretyków

207

* Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego.

¹ Zob. W. Kulesza, *Crimen laesae iustitiae. Odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów za zbrodnie sądowe według prawa norymberskiego, niemieckiego, austriackiego i polskiego*, Łódź 2013.

oraz dogmatyków prawa karnego. Opowieść o przejawach i formach zbrodni przeciw sprawiedliwości zawsze w jakimś stopniu odwołuje się do skrajnego pozytywizmu przeciwstawianego rozumnemu podejściu do prawa stanowionego, uwzględniającemu rudymen tarne przesłanki sprawiedliwości, zakorzenione w godności człowieka i powszechnie akceptowanej aksjologii². Tej tematyce Szanowny Jubilat poświęcił monografię, prezentując w niej nie tylko drobiazgową analizę przypadków zamachów przeciwko prawu, jakich dopuszczali się prawnicy funkcjonujący w systemach totalitarnych, ale także przedstawiając koncepcję podstaw odpowiedzialności prawników, w tym w szczególności działających w ramach władztwa publicznego, za sprzeniewierzenie się prawu³.

Przykłady naginania prawa, instrumentalnego podejścia skutkującego oczywistą niesprawiedliwością rozstrzygnięcia, zdarzały się zawsze. Zaden system prawny nie stanowi gwarancji immunizujących przed tego typu patologiami. Poszukując wskazówek dotyczących sposobów postępowania minimalizujących ryzyko tego typu nadużyć, trzeba pamiętać, że jednym z remediów jest takie ukształtowanie przepisów, które stwarzając określonego typu gwarancje, zarazem krępują sędziego lub inne podmioty stosujące prawo w sposób minimalizujący ich użycie godzące w elementarne poczucie sprawiedliwości. Właściwe ukształtowanie prawa pozytywnego zmniejsza bowiem ryzyko napięcia między interpretowanym w złej woli ustawowym bezprawiem a ponadustawowym prawem.

Ma to szczególne znaczenie w obszarze prawa karnego. *Ius puniendi* to bowiem instrument szczególny. Przysługujący wedle powszechnego przekonania wspólnocie zorganizowanej w państwo służyć ma wymierzaniu sprawiedliwości rozumianej jako adekwatna reakcja na popełnione przez sprawcę przestępstwo, oparta na właściwym odczytaniu prawa i zrealizowana wedle przewidzianej w nim procedury. Prawo karne postrzegane w perspektywie systemowej określa podstawy, zakres, konsekwencje i zasady karania. Jego stosowanie jest paradygmatycznym

² Zob. w tej kwestii m.in. G. Radbruch, *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, [w:] T. Gizbert-Studnicki, K. Pleszka, R. Sarkowicz, J. Stelmach (red.), *Współczesna teoria i filozofia prawa na zachodzie Europy*, Kraków 1985, s. 53 i n.; L. Morawski, *Pozytywizm „twardy”, pozytywizm „miękki” i pozytywizm martwy*, „*Ius et Lex*” 2003, nr 1, s. 319 i n.; M. Smolak, P. Kamela, *W sprawie inkluzywnego pozytywizmu prawniczego*, „*Państwo i Prawo*” 2010, nr 8, s. 107 i n.; A. Dyrda, *Spory prawnicze a pragmatyczność teorii prawa*, „*Principia*” 2015, t. LXI–LXII, s. 259 i n.; *idem*, *Pozytywizm pochowany żywcem? W obronie miękkiego pozytywizmu*, „*Studia Prawnicze*” 2010, nr 2, s. 5 i n.

³ W. Kulesza, *Crimen...*

przejawem wymierzania sprawiedliwości. Z istoty rzeczy przynależy w aspekcie ogólnym do wspólnoty zorganizowanej w państwo. W jego zaś ramach, przy poszanowaniu zasady podziału i równoważenia się władz, jako niekwestionowanego filaru współczesnych demokracji konstytucyjnych, do wyłącznych kompetencji sądów. Żadna inna władza publiczna ani żaden inny podmiot, w tym w szczególności sam pokrzywdzony przestępstwem, nie posiada uprawnień do stosowania *ius puniendi*⁴. Wymierzanie sprawiedliwości w sprawach karnych odbywa się w ramach sformalizowanej procedury, z zachowaniem zasad stanowiących o jej rzetelności. Postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności karnej, zarówno z uwagi na wyrządzone przez przestępstwo zło, jednostkową oraz społeczną krzywdę i szkodę, jak i ze względu na społeczne oczekiwania, musi być postępowaniem sprawiedliwym. Angielskie określenie *fair trial*, którego polskim odpowiednikiem jest zwrot „rzetelny proces”, zdecydowanie lepiej oddaje istotę rudymenarnych wymogów związanych z publicznym prawem karania. Proces, odpowiedzialność i kara muszą być uczciwe, a przez to sprawiedliwe. Realizacja *ius puniendi* ma prowadzić do sprawiedliwej reakcji na nieakceptowane przez prawo zachowania. Sprawiedliwość obejmuje w tym kontekście dwa odrębne aspekty: materialny – związany z charakterem i rodzajem reakcji, od podstawy przypisania po karę oraz jej rodzaj, oraz proceduralny – związany ze sposobem ustalenia podstaw, zakresu i charakteru odpowiedzialności. Są one ze sobą nierozzerwalnie związane, łącznie decydując o sprawiedliwości wyroku.

Paradoksalnie z perspektywy społecznej jako istotniejsze może być postrzegane to, co wiąże się z proceduralnym aspektem stosowania *ius puniendi*. Innymi słowy, jak zgrabnie ujął to niegdyś J. Skorupka, ze sprawiedliwością procesu karnego⁵. W warstwie komunikacyjnej to bowiem

⁴ Twierdzenia powyższego nie podważa istnienia w systemie prawa różnorodnych regulacji umożliwiających współdecydowanie przez pokrzywdzonego przestępstwem lub w innej perspektywie dysponenta chronionego dobra o zakresie i sposobach realizacji *ius puniendi*. Zawsze bowiem, jeśli istnieją podstawy do przypisania odpowiedzialności karnej, to działający w imieniu państwa sąd decyduje o sposobie reakcji w ramach publicznego *ius puniendi*. Tę zasadę można dostrzec, analizując funkcjonującą przez pewien czas w polskim systemie prawa karnego instytucję tzw. umorzenia kompensacyjnego przewidzianą w art. 59a k.k., która stwarzała możliwość zawarcia porozumienia między sprawcą a pokrzywdzonym i w konsekwencji odstąpienia od realizacji prawa karania. Ostateczna decyzja w tym zakresie należała jednak zawsze do sądu, który dysponował możliwością nieuwzględnienia zgodnego wniosku o umorzenie postępowania, jeśli w jego ocenie odstąpieniu od przewidzianej w przepisach prawa karnego reakcji sprzeciwiałyby się cele kary. Zob. szerzej P. Kardas, *Zarządzanie konfliktem. Dlaczego w prawie karnym potrzebna jest instytucja umorzenia kompensacyjnego*, Kraków 2019, *passim*.

⁵ Zob. J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013.

reguły proceduralne, wyznaczające sposób postępowania z domniemanym sprawcą przestępstwa, odgrywają niezwykle istotną rolę. Wynika to z wielu powodów, wśród których warto wskazać to, że odnoszą się one do sposobu działania organów wymiaru sprawiedliwości wobec domniemanego sprawcy na najwcześniejszym etapie, gdy z uwagi na różnorakie aspekty nie sposób rozstrzygać kwestii odpowiedzialności w ujęciu materialnoprawnym, zarazem istnieje społeczne oczekiwanie niezwłocznego represyjnego oddziaływania. Określając sposoby postępowania ze sprawcą, wyznaczają społeczną przestrzeń reakcji, stanowią podstawowy punkt odniesienia oraz formułowanych publicznie ocen. Są barierą zapobiegającą samosądom, a także wszelkim postaciom emocjonalnego, i przez to narażonego na ryzyko nieodwracalnych błędów, podejścia.

Tworzą jednocześnie, z uwagi na możliwość stosowania procesowych środków przymusu, podstawy ingerencji w sferę praw i wolności jednostki (traktowanej częstokroć w opinii społecznej jako antycypacja represji), uzasadnianej nie tyle sprawiedliwą reakcją na przestępstwo, ile potrzebą zabezpieczenia niezakłóconego toku postępowania mającego na celu rozstrzygnięcie kwestii odpowiedzialności karnej⁶.

Publiczne *ius puniendi* to szczególny rodzaj władztwa państwa nad jednostką. Oparty w każdym aspekcie na publicznym przymusie, immanentnie generujący dolegliwość. Z tych względów wymagający nad wyraz szczegółowej regulacji prawnej oraz rozbudowanych instrumentów kontroli. Określając granice i sposób prowadzenia postępowania, wykreślając aprobowane metody realizacji norm prawa materialnego, tworząc podstawy i przesłanki do stosowania instrumentalnych, gdyż ukierunkowanych na zapobieganie bezprawnemu wpływaniu na tok procesu, środków przymusu, przewidując nieprzekraczalne granice działania w ramach publicznego władztwa, są tym samym narażone

⁶ Wskazanie, że stosowanie środków przymusu procesowego stanowi formę antycypacji represji, nawiązuje do społecznego przekonania o funkcji, znaczeniu i konsekwencji stosowania środków przymusu procesowego, w tym w szczególności tymczasowego aresztowania. Areszt tymczasowy bywa bowiem społecznie postrzegany jako forma natychmiastowej represji wobec sprawcy, niestety także przez prokuratorów i sądy. Wskazanie na ten sposób postrzegania środków przymusu procesowego w żadnym zakresie nie oznacza akceptacji takiego podejścia. Wskazuje jedynie na swoiste napięcia między określoną przez prawo funkcją procesowych środków przymusu oraz ograniczeniami w ich stosowaniu a społecznymi oczekiwaniami oraz potrzebę szczególnej wnikliwości i roztropności w ich stosowaniu przez sądy. Decyzja o zastosowaniu środków przymusu procesowego, w szczególności zaś aresztu tymczasowego, jest zawsze oparta na rozwiązaniu, wedle zasad określonych przez przepisy prawa, konfliktu między społecznym oczekiwaniem niezwłocznej represji, czasami wręcz potrzebą zemsty, a racjonalnym, uwzględniającym standardy rzetelnego procesu, podejściem.

na niebezpieczeństwo nadużyć. Przestrzeganie zasad rzetelnego procesu zawsze w jakimś stopniu wpływa na jego efektywność, co najmniej w zakresie, w jakim normy proceduralne wykluczają niezwłoczne potępienie i represjonowanie domniemanego sprawcy⁷. W zakresie stosunku do domniemanego sprawcy oraz reguł dowodowych normy proceduralne wprowadzają szereg ograniczeń, wpływających na sposób ustalania prawdy materialnej.

Władza w zakresie *ius puniendi* stwarza, jak w żadnym innym przypadku, szczególnego typu pokusy i skorelowane z nimi zagrożenia. Szczególnie plastycznie ujawniają się w zakresie czynności dowodowych, gdzie dążenie do ustalenia prawdy, stworzenia podstaw do przypisania odpowiedzialności stanowi niezwykle silną pokusę do obchodzenia przez organy procesowe reguł ograniczających swobodę dokonywania ustaleń oraz utrudniających szybkie i efektywne osiągnięcie założonych celów. Zapobieganie przypadkom nadużycia prawa procesowego to kwestia nad wyraz skomplikowana. Chodzi bowiem o eliminację niewłaściwego, godzącego w podmiotowe prawa jednostki, wykorzystywania prawa przez podmioty kwalifikowane, sędziów, prokuratorów, adwokatów. Wypracowanie mechanizmów eliminujących lub co najmniej minimalizujących ryzyko nadużywania prawa procesowego uzależnione jest od szeregu założeń, w tym także związanych z filozoficznym i teoretycznoprawnym spojrzeniem na prawo.

W zależności od preferencji co do ujmowania istoty prawa przedstawiają się one inaczej dla zwolenników wszelkiej postaci klasycznego pozytywizmu⁸, inaczej dla adherentów podejścia prawnonaturalnego,

⁷ Widać to dobrze w kontekście prawa do milczenia jako jednego z elementów prawa do obrony, które jeśli korzysta z niego domniemany sprawca, bynajmniej nie ułatwia poczynienia ustaleń przez organy procesowe. Stanowisko takie prezentuje P.K. Sowiński, *Prawo oskarżonego do milczenia oraz reguła nemo se ipsum accusare tenetur na tle dążenia organów procesowych do poznania prawdy materialnej w procesie karnym*, [w:] Z. Sobolewski, G. Artymiak (red.), *Zasada prawdy materialnej*, Kraków 2006, s. 176. Zob. też w tej kwestii R. Kmiecik, *O zasadzie prawdy materialnej, konsensualizmie i gwarancjach procesowych osoby niewinnej*, [w:] Z. Sobolewski, G. Artymiak (red.), *Zasada prawdy materialnej*, Kraków 2006, s. 145 i n.; A. Sakowicz, *Prawo do milczenia w polskim procesie karnym*, Białystok 2019, s. 21 i n.

⁸ Posługując się sformułowaniem „klasyczny pozytywizm”, mam na myśli źródłowe ujęcie koncepcji pozytywizmu prawniczego, oparte na tezie o rozdziale prawa i moralności (braku koniecznych związków między prawem a moralnością) oraz społecznych (konwencjonalnych) źródłach prawa. Takie podejście stanowiło podstawę krytyki w okresie powojennym oraz wypracowania m.in. tzw. formuły Radbrucha. Z perspektywy prowadzonej w tym opracowaniu analizy ujęcie skrajnie pozytywistyczne stanowi podstawę do ograniczenia zakresu kompetencji interpretacyjnych sądów traktowanych co do zasady jako oświeceniowe „usta ustawy”. Alternatywą dla tego nurtu był szereg niepozytywistycznych koncepcji prawa. Zob. szerzej m.in. A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie*

postpozytywistycznego czy różnych odmian neokonstytucjonalizmu⁹. W przypadku klasycznie rozumianego pozytywizmu problemem jest postrzeganie sędziów jako bezwzględnie związanych postanowieniami ustawy, których idealne wyobrażenie dobrze oddał H. Kantorowicz, opisując sędziego jako

wyższego urzędnika państwowego z wykształceniem akademickim, siedzącego w swojej celi, uzbrojonego tylko i wyłącznie w swój aparat myślowy, zdolnego przy pomocy czysto logicznych operacji i tylko jemu zrozumiałej tajnej techniki, wskazać w kodeksie z absolutną dokładnością opracowane przez ustawodawcę rozwiązanie dowolnej, rzeczywistej lub zmyślonej sprawy¹⁰.

Przy takim podejściu regulacje prawne, właściwie skonstruowane i maksymalnie precyzyjne, stanowią jedyną barierę przed zdarzeniami przyjmującymi postać nadużycia czy też sprzeniewierzenia się prawu. W niewielkim stopniu opierając się na klasycznej wersji pozytywizmu, można korygować prawo na etapie jego wykładni, odwołując się do systemowych zależności, nadrzędności reguł i zasad konstytucyjnych, wyrażanej przez ustawę zasadniczą aksjologii, wprowadzanej do systemu prawa w jednostkowych wypadkach w oparciu o argumentacyjne podejście wykładnicze. Zarazem to właśnie prawo o określonym kształcie i treści może stanowić najpoważniejsze zagrożenie dla realizacji idei sprawiedliwości w sensie materialnym i formalnym. W przypadku klasycznego pozytywistycznego podejścia sposób stosowania prawa determinuje kształt obowiązujących regulacji, co sprawia, iż przedstawiciele władzy publicznej, dysponując mocą zmieniania prawa, mogą za pomocą określonych rozwiązań wprowadzanych do systemu, osiągać zamierzone cele. Prawnicy, w tym sędziowie, o ile postrzegają swoją rolę jako „usta ustawy”, stają się bezradni w wypadkach, gdy prawo stanowione nie w pełni odpowiada czemuś, co może być uznane za „prawo prawe”¹¹. Z tej perspektywy klasyczne podejście pozytywistyczne, w tym

obowiązki prawa stanowionego. *Krytyka niepozytywistycznych koncepcji prawa*, Kraków 2009, s. 13 i n. oraz powołana tam obszerna literatura przedmiotu.

⁹ Zob. w szczególności interesujące rozważania L. Morawskiego, *Pozytywizm...*, s. 319 i n.; M. Smolaka, P. Kameli, *W sprawie...*, s. 107 i n.; A. Dyrdy, *Spory...*, s. 259 i n.; idem, *Pozytywizm...*, s. 5 i n.; A. Grabowskiego, *Prawnicze...*, s. 13 i n.

¹⁰ H. Kantorowicz (pod pseudonimem Gnaeus Flavius), *Walka o naukę prawa*, [w:] J. Zajadło, H. Kantorowicz, Sopot 2019, s. 13. Zob. też J. Zajadło, *Hermann Kantorowicz i jego manifest wolnego prawa*, [w:] J. Zajadło, H. Kantorowicz, Sopot 2019, s. 59 i n.

¹¹ Nawiązuję w ten sposób do przedstawionej przed laty przez A. Zolla koncepcji nasączania prawa elementami powszechnie aprobowanej aksjologii odczytywanej z wzorców konstytucyjnych. Zob. A. Zoll, *Idea „prawa prawnego” a prawo karne*, „Przegląd Sądowy” 1992, nr 4, s. 3 i n.

w szczególności immunizowanie prawa od moralności, generuje specyficzne ryzyka w czasach, gdy kompetencje do stanowienia prawa leżą po stronie polityków skłonnych do daleko idącej instrumentalizacji prawa, w tym realizacji postulatów wynikających z penalnego populizmu.

Dla zwolenników miękkiego (inkluzyjnego) pozytywizmu, iusnaturalizmu, postpozytywizmu czy neokonstytucjonalizmu aksjologiczne podstawy systemu prawa, nasączenie go podstawowymi elementami powszechnie akceptowanej moralności stanowią mechanizm zapobiegający wynaturzeniom. Prawnicy odgrywają w tym podejściu szczególną rolę społeczną, są gwarantem takiego odczytywania i stosowania prawa, które zapewnia przestrzeganie podstawowych wartości, w tym w szczególności zachowanie podstawowych praw podmiotowych jednostki. Realizacji tych celów służą m.in. koncepcje bezpośredniego stosowania Konstytucji przez sądy powiązane z zasadą jej nadrzędności, idea rozproszonej, dokonywanej w jednostkowych aktach stosowania prawa przez sądy kontroli jego konstytucyjności, zasada pierwszeństwa stosowania rozwiązań o charakterze gwarancyjnym zawartych w aktach prawa międzynarodowego oraz prawie Unii Europejskiej, służąca do zapewniania zgodności prawa wewnętrznego z określonymi w aktach wyższego rzędu standardami gwarancyjnymi w procesie jego wykładni i stosowania przez sądy¹².

213

Mimo wyraźnego wzrostu znaczenia Konstytucji w procesie wykładni i stosowania prawa, multicentryczności współczesnych systemów prawa, różnorodnych mechanizmów kontrolnych i korygujących podstawową rolę w codziennej praktyce odgrywają zapisy prawa pozytywnego. Treść poszczególnych regulacji ustawowych, stanowiąca podstawę rekonstrukcji norm wykorzystywanych jako wzorzec rozstrzygania jednostkowych przypadków, zasadniczo jest odczytywana w praktyce bez uwzględnienia rozwiązań zawartych w Konstytucji lub aktach prawa ponadnarodowego. Wykorzystywanie wykładni odwołującej się do treści reguł i zasad konstytucyjnych, uwzględniającej standardy gwarancyjne wynikające z regulacji konwencyjnych i prawa UE, stanowi mechanizm wyjątkowy, stosowany z dystansem w wypadkach, gdy określony sposób interpretacji prawa oparty jest na dominującym stanowisku doktryny i orzecznictwa. Przełamanie ukształtowanego przez lata praktyki podejścia wymaga nadzwyczajnych zabiegów, dużej otwartości i wyczulenia na kwestie gwarancyjne po stronie sądów.

¹² Szerzej o tych kwestiach zob. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, *passim*.

Obserwacja praktyki stosowania prawa wskazuje, że niezależnie od deklaracji na rzecz argumentacyjnego podejścia, odwoływania się do koncepcji wspólnoty interpretacyjnej prawników, akcentującej szczególną społeczną rolę tej grupy zawodowej, funkcji i znaczenia Konstytucji w procesie wykładni i stosowania prawa, a także potrzeby uwzględniania w każdym przypadku minimalnych standardów określanych przez akty prawa międzynarodowego, spory toczony w ramach procesu karnego ogniskują się wokół sposobu rozumienia i stosowania konkretnych przepisów zawartych w ustawach karnych. Znaczenie regulacji ustawowych dostrzec można także, obserwując proces zmian legislacyjnych. Zwłaszcza w ciągu ostatnich lat modyfikacje wprowadzane do systemu prawa karnego miały na celu zwiększenie zakresu możliwości władczego oddziaływania organów procesowych, uzasadnianego potrzebą zwiększenia efektywności procesu. Ilustracją tej tendencji mogą być w szczególności zmiany wprowadzane w zakresie regulacji odnoszących się do zakazów dowodowych, możliwości wykorzystywania w procesie dowodów uzyskiwanych z naruszeniem prawa, pozycji prokuratora w ramach postępowania przed sądem, stosowania środków przymusu procesowego etc.¹³ Wszystkie te rozwiązania zwiększają zakres dyskrecjonalnej władzy sądu i prokuratora, umożliwiając stosowanie różnej formy dolegliwości, represji lub innego typu ingerencji w sferę praw i wolności jednostki w sposób naruszający standardy rzetelnego procesu. W kontekście związanej z populistycznym podejściem tendencji do wsłuchiwanie się w formułowanie niejednokrotnie bez głębszej refleksji społeczne oczekiwania surowego traktowania sprawców przestępstw, będącego wyrazem penalnego populizmu, tworzącego swoistą presję na sądy, a także nad wyraz punitwnego podejścia do polityki kryminalnej ustawodawcy oraz organów stosujących prawo, łatwo dostrzec potrzebę poszukiwania instrumentów służących do zrównoważenia pozycji osoby, wobec której prowadzone są czynności procesowe, względem dysponujących całym zestawem instrumentów opartych na władztwie organów publicznych.

Zawsze wtedy, gdy w sferze publicznej zyskują na popularności koncepcje poszerzania zakresu uprawnień państwa, swoistego paterナルizmu władzy publicznej w odniesieniu do wszystkich, plastycznie uwypukla się funkcja niezależnych prawników jako strażników rzetelnego procesu. Możliwość skorzystania z profesjonalnego wsparcia

¹³ O kwestii zgodności tych rozwiązań ze standardami konstytucyjnymi oraz możliwości ich korekty lub kwestionowania w oparciu o wykładnię prokonstytucyjną, wykładnię w zgodzie z Konstytucją lub w wyjątkowych wypadkach odwołanie się do mechanizmu rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa nieco szerzej pisaliśmy w pracy M. Gutowskiego i P. Kardasa, *Wykładnia...*, s. 705 i n.

niezależnego prawnika, kontrolującego sposób wykładni i stosowania prawa przez przedstawicieli władzy publicznej, w tym także sędziów, jest niezwykle istotną gwarancją ochrony praw i wolności obywatelskich. W tej perspektywie ustawowe regulacje odnoszące się do sfery gwarancji udziału profesjonalnego prawnika (obrońcy) w czynnościach procesowych podejmowanych w ramach postępowania karnego mają szczególne znaczenie. Słusznie podkreśla się w piśmiennictwie, że udział obrońcy w czynnościach procesowych jest jedną z podstawowych gwarancji respektowania prawa do obrony, w tym prawa do nieobciążania się przez osoby, wobec których realizowane są określone czynności, a także zachowania na niezbędnym poziomie zasady równości broni. Ma to szczególne znaczenie na najwcześniejszych etapach postępowania, gdy niezwykle łatwo o zdarzenia, które nie mieszczą się w sferze reguł rzetelnego procesu. Właściwie ukształtowane prawo do korzystania z pomocy profesjonalnego obrońcy jest elementem sprawiedliwości proceduralnej wpisanej w istotę państwa prawnego¹⁴. Trafnie wskazuje się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, że podstawowym zadaniem obrońcy jest

ochrona oskarżonego w taki sposób, by cel procesu karnego osiągnięty został z zagwarantowaniem prawa do obrony. Charakter działań obrońcy determinowany jest interesem prawnym oskarżonego, dla którego ochrony przepisy procedury karnej przewidują szereg koniecznych uprawnień. [...] Uprawnienia obrońcy to nie tylko możliwość przeglądania akt postępowania karnego – zapoznawania się z materiałem dowodowym, ale przede wszystkim kontakt z jego mocodawcą. To na podstawie osobistego kontaktu, obrońca pozyskuje faktyczną wiedzę o czynie sprawcy oraz okolicznościach zdarzenia będącego przedmiotem postępowania, buduje strategię obrony, zgłasza wnioski dowodowe i współdziała z innymi obrońcami występującymi w procesie¹⁵.

215

Prawo do korzystania z pomocy obrońcy ma szczególne znaczenie w kontekście dwóch możliwych sytuacji procesowych. Po pierwsze, gdy pojawia się zagrożenie pozbawienia wolności osoby, wobec której wykonywane są określone czynności procesowe, a więc w sytuacji, gdy układ okoliczności procesowych wskazuje, iż celem organów prowadzących jest doprowadzenie do zastosowania wobec konkretnej osoby izolacyjnego środka przymusu (zatrzymanie lub tymczasowe aresztowanie)¹⁶.

¹⁴ Zob. szerzej A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 322 i n.; M. Wąsek-Wiaderek, *Prawo oskarżonego do posiadania obrońcy w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „*Studia i Analizy Sądu Najwyższego*” 2012, t. VI, s. 559 i n.

¹⁵ Wyrok TK z dnia 17 lutego 2004 r., SK 39/02, OTK-A 2004, nr 2, poz. 7. Zob. też A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 325 i n.

¹⁶ Szerzej o tym aspekcie zob. P. Kardas, *Gwarancje prawa do obrony oraz dostępu do obrońcy na wstępnym etapie postępowania karnego – kilka uwag w świetle doktryny Salduz*,

Po wtóre, w kontekście potrzeby zagwarantowania możliwości skorzystania przez osobę, wobec której lub przy udziale której prowadzone są czynności procesowe z przysługujących jej uprawnień, w tym w szczególności prawa do milczenia, uniknięcia sytuacji samooskarżenia oraz świadomego korzystania z różnorodnych instytucji procesowych, z którymi powiązana jest konieczność złożenia określonych oświadczeń w ramach prowadzonego postępowania.

W obu wskazanych wyżej obszarach przepisy obowiązującego prawa wywołują od dłuższego czasu poważne wątpliwości i zastrzeżenia przedstawicieli nauki prawa związane z dostrzeganymi rozbieżnościami między treścią prawa wewnętrznego a regulacjami z obszaru prawa Unii Europejskiej oraz postanowieniami EKPC¹⁷. Na poziomie konwencyjnym oraz prawa Unii Europejskiej wypracowano w tym zakresie szereg standardów wyznaczających minimalne gwarancje rzetelności postępowania. W sferze związanej ze stosowaniem izolacyjnych środków przymusu procesowego (zatrzymania lub tymczasowego aresztowania), a także w zakresie realizacji prawa do milczenia jako elementu prawa do obrony ponadnarodowe standardy gwarancyjne wyznaczają z jednej strony orzecznictwo ETPC, z drugiej zaś akty prawa Unii Europejskiej. W zakresie orzecznictwa ETPC w sferze stanowiącej przedmiot prowadzonej w tym opracowaniu analizy podstawowe znaczenia ma stanowisko ETPC stanowiące podstawę tzw. doktryny Salduz, wyrażone w wyroku ETPC (Wielkiej Izby) z dnia 27 listopada 2008 r. w sprawie *Salduz v. Turcja*¹⁸. W zakresie prawa Unii Europejskiej w sferze dostępu do adwokata na najwcześniejszym etapie postępowania w celu zapewnienia możliwości realnego korzystania z prawa do obrony, w tym podejmowania przez osobę, której dotyczy postępowanie, decyzji co do skorzystania z prawa do milczenia, regulacje zawarte są w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z dnia 22 października 2013 r. w sprawie dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu

doktryny Miranda oraz dyrektywy w sprawie dostępu do adwokata, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 1, s. 4 i n.

¹⁷ Zob. w tej kwestii w szczególności: *ibidem*, s. 4 i n.; A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 324 i n.

¹⁸ Wyrok ETPC (Wielka Izba) z dnia 27 listopada 2008 r., w sprawie *Salduz v. Turcja*, skarga nr 36391/02, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89893> (dostęp: 21.03.2020). Zob. w tej kwestii szerzej: T.A.H.M. van de Laar, R.L. de Graaff, *Salduz and Miranda: Is the US Supreme Court Pointing the Way?*, „European Human Rights Law Review” 2011, t. 3, s. 304 i n.; D. Giannouloupoloulos, *Strasbourg Jurisprudence, Law Reform and Comparative Law: A Tale to Custodial Legal Assistance in Five Countries*, „Human Rights Law Review” 2016, t. 16, s. 103 i n.; P. Kardas, *Gwarancje...*, s. 4 i n.; A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 324 i n.

wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności¹⁹. W tej też perspektywie należy dokonywać analizy obowiązujących w Polsce przepisów, zarówno w kontekście możliwych sposobów ich wykładni, mających na celu zagwarantowanie zgodności polskiego prawa ze standardem konwencyjnym i unijnym, jak i w sferze potencjalnych postulatów *de lege ferenda*. Pierwsza ze wskazanych płaszczyzn ściśle wiąże się z podejściem opartym na koncepcji miękkiego pozytywizmu, iusnaturalizmu, postpozytywizmu czy neokonstytucjonalizmu, umożliwiającą adaptacyjną i korygującą wykładnię przepisów obowiązującego prawa w sposób zapewniający zgodność rekonstruowanych norm ze standardem gwarancyjnym. Druga stanowi podstawę niezbędnych modyfikacji obowiązujących przepisów prawa w kierunku gwarantującym ich zgodność ze standardem konwencyjnym i unijnym w razie wykorzystywania podejścia pozytywistycznego w praktyce stosowania prawa klasycznego.

Jednym z filarów rzetelnego procesu, jako formy realizacji przez organy władzy publicznej norm prawa karnego materialnego, jest zapewnienie każdemu, wobec kogo toczy się postępowanie, gwarancji niezmuszania do samooskarżenia. Zasada *nemo se ipsum accusare tenetur* uznawana jest za niezbywalny element regulacji procesowych w państwie opartym na zasadzie rządów prawa²⁰. Jej podstawową funkcją jest zapewnienie takiego sposobu przeprowadzania czynności procesowych, poczynając od najwcześniejszego etapu, by wyeliminować ryzyko bezpośredniego lub pośredniego „przymuszania” lub też niedozwolonego „skłaniania” osoby, wobec której lub przeciwko której realizowane są czynności procesowe, do „przyznania się do popełnienia przestępstwa”²¹. Jednym z elementów tej zasady jest stanowiące część prawa do obrony uprawnienie do milczenia jako formy reagowania na określonego rodzaju zdarzenia procesowe. Prawo do milczenia jest wyrazem autonomii osoby, wobec której dokonywane są czynności procesowe (zasadniczo ukierunkowane na ustalenie jej sprawstwa i pociągnięcie do odpowiedzialności karnej), w zakresie wyboru sposobu postępowania. W literaturze karnoprosesowej wskazuje się, że jest to „uprawnienie wynikające z prawa wyboru zachowania się oskarżonego, stanowiące

¹⁹ Dz.Urz. UE L 294, s. 1.

²⁰ Zob. w szczególności Z. Sobolewski, *Zasada „nemo se ipsum accusare tenetur” w polskim procesie karnym*, Lublin 1979, *passim*; *idem*, *Samooskarżenie w świetle prawa karnego (nemo se ipsum accusare tenetur)*, Warszawa 1982, *passim*.

²¹ Zob. szerzej A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 23 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu.

wyraz jego biernej obrony”²². Prawo do milczenia, podobnie jak prawo do niedostarczania dowodów przeciwko sobie oraz gwarancja wolności od zmuszenia do samooskarżenia, stanowiąc formę biernej obrony, wymaga dysponowania przez korzystającą z niego osobę odpowiednim zasobem informacji, dotyczących nie tylko samego uprawnienia do powstrzymania się od prezentowania wypowiedzi w ramach procesu karnego, ale także wszelkich konsekwencji wynikających zarówno z faktu skorzystania z tego uprawnienia, jak i dobrowolnej z niego rezygnacji oraz w konsekwencji przedstawienia określonych twierdzeń w toku prowadzonego postępowania²³. Współczesny proces karny jest bowiem nad wyraz skomplikowany, zaś z uwagi na szereg rozwiązań materialnoprawnych lub procesowych – w tym zwłaszcza instytucje konsensualne, korzyści związane z ujawnieniem informacji dotyczących innych osób wynikające z różnorodnych form i postaci współdziałania w organami procesowymi (konstrukcji stanowiących odpowiedniki instytucji tzw. świadka koronnego), klauzule czynnego żalu oraz innego typu rozwiązania odnoszące się do podstaw i zakresu odpowiedzialności karnej lub wymiaru kary – powoduje, iż osoba korzystająca z prawa do milczenia znajduje się w sytuacji kolizji i napięcia między skorzystaniem z tego uprawnienia a czynnym udziałem w postępowaniu w zamian za określonego rodzaju korzyści.

Sensowne i świadome skorzystanie z prawa do milczenia jako formy realizacji prawa do obrony wymaga obok odpowiedniego kwantum informacji także zagwarantowania swobody decyzyjnej, a więc wolności od jakiegokolwiek wpływu na sposób postępowania przez organy procesowe²⁴. Prawo do milczenia jest gwarancją możliwości podejmowania autonomicznej decyzji co do sposobu zachowania w toku procesu, formą realizacji przysługującego każdemu prawa do obrony. Oba elementy ściśle wiążą się ze standardem gwarancyjnym rekonstruowanym na podstawie wyroku ETPC w sprawie *Saldut v. Turcja* oraz dyrektywy Parlamentu

²² P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Warszawa 2006, s. 350; A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 26 i n.

²³ Trafnie wskazuje się w piśmiennictwie, że warto rozważyć wprowadzenie do regulacji proceduralnych dodatkowego pouczenia o tym, że złożone przez stronę postępowania karnego wyjaśnienia mogą zostać wykorzystane przeciwko niej. W ten sposób uczestnik postępowania uzyskałby większą wiedzę na temat możliwych konsekwencji wyboru formy obrony. O różnorodnych konsekwencjach wynikających z prawa do milczenia interesująco, zwłaszcza w aspekcie prawnoporównawczym, pisze A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 231 i n. oraz s. 305 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

²⁴ Ten element stanowił podstawową przesłankę wypracowania w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA tzw. doktryny Miranda. Zob. szerzej w tej kwestii P. Kardas, *Gwarancje...*, s. 4 i n.

Europejskiego i Rady 2013/48/UE w zakresie dostępu do adwokata oraz gwarancji poufności kontaktów.

Rezygnacja z prawa do milczenia może wynikać z wielopłaszczyznowej, skomplikowanej oceny sytuacji procesowej oraz wyboru rozwiązania najkorzystniejszego w konkretnym układzie procesowym. Dla realizacji tego uprawnienia konieczne jest zatem nie tylko dysponowanie przez uprawnionego określoną wiedzą dotyczącą tego prawa, ale także szeregiem dodatkowych informacji związanych z różnorodnymi instytucjami procesowymi i materialnoprawnymi, z których skorzystanie łączy się w sposób konieczny z przedstawieniem określonych informacji organom procesowym lub które traktowane są jako ograniczenia prawa do milczenia²⁵. W tej perspektywie trudno przyjąć, że postawiony w sytuacji konieczności dokonania wyboru co do sposobu zachowania obywatel, nie dysponując szeroką wiedzą prawniczą, będzie miał możliwość podjęcia swobodnej i świadomej, także w odniesieniu do wszelkich przyszłych konsekwencji, decyzji. Dodatkowe komplikacje w tym zakresie związane są z samą istotą procesu karnego, który w sposób naturalny generuje różnego rodzaju napięcia oraz zagrożenia ingerencją w sferę praw i wolności jednostki²⁶.

W tym kontekście prawo do milczenia należy rozumieć jako formę realizacji konstytucyjnie zakorzenionego prawa do obrony, gwarantującego „prawo do ochrony jednostki przed wszelkimi ingerencjami w sferę wolności i praw, jakim zagraża bądź ze swej istoty powoduje proces karny”²⁷. Trzeba z naciskiem podkreślić, że na płaszczyźnie konstytucyjnej, konwencyjnej oraz prawa UE prawo do milczenia jest sposobem ochrony praw i wolności jednostki przed zagrożeniami, które generuje proces karny. Istota tego prawa związana jest z ochroną praw i wolności obywatelskich przed działaniami organów władzy publicznej, dysponujących publicznym władztwem oraz możliwością stosowania instytucjonalnego przymusu. Jest to prawo służące do ochrony jednostki, nie zaś konstrukcja służąca do ochrony roli czy też formalnego statusu jednostki w procesie karnym²⁸. Te elementy współwyznaczają podmiotowy i przedmiotowy zakres prawa do milczenia oraz skorelowane z nim uprawnienie do kontaktów z obrońcą.

Jednocześnie prawo do milczenia ma charakter szczególny. Jest bowiem nierozzerwalnie związane z prawem do obrony, co sprawia, iż aktualizacja tego uprawnienia immanentnie wiąże się z aktualizacją prawa

²⁵ Zob. szerzej w tej kwestii A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 370 i n.

²⁶ Interesująco pisze o tym A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 231 i n.

²⁷ D. Dudek, *Konstytucyjna wolność człowieka a tymczasowe aresztowanie*, Lublin 1999, s. 202.

²⁸ *Ibidem*.

do obrony. W tym zakresie można łatwo dostrzec rozbieżność między regulacjami konstytucyjnymi, konwencyjnymi i rozwiązaniami z zakresu prawa UE a postanowieniami polskiej ustawy procesowej.

W perspektywie regulacji zawartej w Kodeksie postępowania karnego prawo do obrony, a tym samym prawo do milczenia, jest ściśle powiązane ze statusem i rolą w procesie, przysługuje bowiem formalnie jedynie stronie postępowania, jaką jest podejrzany lub oskarżony. Wynika to jednoznacznie z treści stosownych przepisów, w tym w szczególności art. 175 § 1 k.p.k., statuującego to uprawnienie w odniesieniu do oskarżonego, oraz art. 71 § 3 k.p.k., rozciągającego te uprawnienia na podejrzanego. To sprawia, iż na płaszczyźnie obowiązujących rozwiązań proceduralnych prawo do milczenia powiązane jest z uprawnieniem do składania lub odmowy składania wyjaśnień, jako szczególnego środka dowodowego, przysługującego stronie postępowania karnego, tj. oskarżonemu lub podejrzanemu²⁹. Z perspektywy ustawowej jest związane z formalnym statusem, wynikającym z przeprowadzenia przez organ procesowy określonego typu czynności konwencjonalnej. To sprawia, iż prawo do milczenia na płaszczyźnie ustawowej związane jest z rolą i statusem jednostki w ramach procesu karnego, nie zaś z charakterem wykonywanych czynności procesowych, w tym w szczególności ich celem oraz towarzyszącym mu przekonaniem organów procesowych.

W świetle regulacji konstytucyjnych, konwencyjnych i prawa UE przysługuje natomiast każdemu, przeciwko komu prowadzone jest postępowanie karne, niezależnie od jego roli i statusu w ramach tego postępowania³⁰. Słusznie przeto podkreśla się w piśmiennictwie, że niezależnie od wprowadzonych do systemu zmian umożliwiających uznanie osoby, wobec której nie doszło do ogłoszenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów za

²⁹ Tak w szczególności P. Wiliński, *Zasada...*, s. 256 i n.; M. Klejnowska, *Osoba podejrzana w procesie karnym*, „Prokurator” 2003, nr 2, s. 38 i n.; A. Baj, *Czy osoba podejrzana jest stroną postępowania przygotowawczego?*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 10, s. 83 i n.

³⁰ Odnoszący się do prawa do obrony art. 42 ust. 2 Konstytucji RP nie uzależnia możliwości skorzystania z tego prawa od określonego formalnego statusu, w tym w szczególności nie wiąże go z pozycją podejrzanego lub oskarżonego. Przepis konstytucyjny wskazuje jedynie, że prawo do obrony przysługuje każdemu „przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne”. Pozwala to twierdzić, że konstytucyjne prawo do obrony przysługuje sprawcy od momentu popełnienia czynu zabronionego, zaś osobie, która takiego czynu się nie dopuściła, od momentu podjęcia przez organy procesowe zewnętrznych działań ukierunkowanych na ściganie. Zob. w tej kwestii także rozważania A. Sakowicza, *Prawo...*, s. 240 i n. Por. też W. Wróbel, *Konstytucyjne prawo do obrony w perspektywie prawa karnego materialnego*, [w:] V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz (red.), *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, Warszawa 2010, s. 225 i n.

podejrzanego, jeśli została przesłuchana w takim charakterze po zawiadomieniu o treści zarzutów (art. 308 § 2, art. 325g § 2 oraz art. 517c § 1 k.p.k.), w dalszym ciągu zachowują aktualność wątpliwości co do kręgu podmiotów uprawnionych do korzystania z prawa do milczenia związane przede wszystkim z osobami, wobec których organy ścigania podejmują czynności będące wyrazem podejrzenia popełnienia przez tę osobę przestępstwa, któremu nie towarzyszy ogłoszenie postanowienia o przedstawieniu zarzutów ani nie dochodzi do przesłuchania po poinformowaniu o ich treści. W piśmiennictwie i orzecznictwie dominuje przekonanie, że taka osoba, określana mianem „osoby podejrzanej”³¹, nie korzysta z uprawnień przysługujących podejrzanemu, a przysługują jej jedynie takie, jakie wiążą się z charakterem wykonywanych wobec niej czynności procesowych³². Z reguły są to czynności przesłuchania w charakterze świadka, co sprawia, iż wezwany w tym charakterze ma obowiązek złożenia zeznań, nie ma zarazem możliwości zachowania milczenia. Z uwagi na status świadka zasadniczo nie ma także możliwości korzystania z pomocy obrońcy, choć świadek dysponuje miękkim uprawnieniem do skorzystania, w razie zgody organu procesowego, z pomocy pełnomocnika świadka³³.

W świetle przedstawionych wyżej uwag z jednej strony można dostrzec relacje i związki prawa do milczenia oraz związanego z nim prawa do korzystania z pomocy obrońcy ze statusem procesowym podejrzanego lub oskarżonego, z drugiej zaś – złożone relacje tego prawa do obowiązku złożenia zeznań odnoszącego się do świadka. W zależności od roli i statusu procesowego oraz charakteru wykonywanej czynności procesowej danej osobie, jeśli jest przesłuchiwana w charakterze podejrzanego lub oskarżonego, przysługuje prawo do milczenia w postaci uprawnienia do odmowy składania wyjaśnień lub udzielania odpowiedzi na pytania oraz korzystania z pomocy obrońcy³⁴, jeśli jest natomiast przesłuchiwana w charakterze

³¹ Co do pojęcia „osoba podejrzana” oraz jej ustawowych i doktrynalnych konotacji zob. szerzej S. Steinborn, *Status osoby podejrzanej w procesie karnym z perspektywy Konstytucji RP (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, [w:] P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla. Tom II*, Warszawa 2012, s. 1781 i n.

³² A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 237 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

³³ O wadliwościach tego podejścia w kontekście konstytucyjnego, konwencyjnego oraz wynikającego z prawa UE uprawnienia do obrony oraz iluzoryczności ochrony związanej z konstrukcją art. 183 k.p.k. umożliwiającą odmowę udzielenia odpowiedzi na pytanie, jeśli mogłoby to narazić osobę przesłuchiwaną lub osobę dla niej najbliższą na odpowiedzialność karną lub karną-skarbową, interesująco pisze A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 239 i n.

³⁴ Z uwagi na zakres opracowania pomijam w tym miejscu przedstawianie analizy różnorodnego rodzaju wątpliwości ujawniających się na gruncie obowiązujących regulacji procesowych w sferze realnego zagwarantowania prawa podejrzanego do korzystania z pomocy obrońcy. Zob. w tej kwestii szerzej A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 324 i n.

świadka, ciąży na niej – wedle dominującego w polskim piśmiennictwie i orzecznictwie podejścia – obowiązek złożenia zeznań, obłożony sankcją karną za zatajenie prawdy lub podanie nieprawdy. Dochodzi zatem do rozdzwień między prawem do milczenia jako emanacją prawa do obrony w sensie konstytucyjnym, konwencyjnym i wynikającym z prawa UE a prawem do milczenia jako emanacją prawa do obrony w sensie ustawowym³⁵. Z perspektywy konstytucyjnej prawo do milczenia jest związane z ochroną praw i wolności jednostki przed zagrożeniami, jakie generuje proces karny, bez względu na jej status i rolę w tym procesie, z kolei z perspektywy Kodeksu postępowania karnego prawo do milczenia stanowi specyficzne uprawnienie proceduralne powiązane immanentnie ze statusem i rolą jednostki w procesie.

Istniejący stan rozbieżności między regulacją zawartą w Kodeksie postępowania karnego w zakresie prawa do milczenia oraz kontaktu z obrońcą a rozwiązaniami zawartymi w art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, postanowieniach dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE oraz stanowiska ETPC wyrażonego w wyroku *Salduz v. Turcja* w zakresie prawa do milczenia oraz kontaktu z obrońcą wymaga z całą pewnością szybkiego uporządkowania i ujednolicenia. Regulacja zawarta w Kodeksie postępowania karnego powiązana z dominującym w polskim piśmiennictwie i orzecznictwie stanowiskiem o ograniczeniu tych uprawnień w procesie karnym wyłącznie do osoby podejrzanego lub oskarżonego stwarza ryzyko wykorzystywania prawa procesowego do uzyskiwania, pod przymusem związanym z odpowiedzialnością karną za składanie fałszywych zeznań, informacji o charakterze autodenuncyjnym od osoby, przeciwko której prowadzone są rzeczywiście czynności procesowe ukierunkowane na jej ściganie, przesłuchiwanej jednak formalnie w charakterze świadka³⁶. Generuje tym samym stosunkowo szerokie możliwości nadużywania prawa przez organy procesowe w sposób godzący w zasadę prawa do obrony, stanowiące jej uszczegółowienie prawo do milczenia oraz kontaktu z obrońcą³⁷.

³⁵ Na tę kwestię od dawna wskazuje się w literaturze przedmiotu. Zob. m.in. S. Steinborn, *Status...*, s. 1781 i n.; A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 238 i n.

³⁶ Zob. stanowisko J. Skorupki, *Zatrzymanie procesowe osoby podejrzanej*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 11, s. 26 i n.

³⁷ Trzeba podkreślić, że organy procesowe skrzętnie wykorzystują aktualny stan normatywny, dokonując czynności przesłuchania w charakterze świadków osób, wobec których rzeczywiście prowadzone jest postępowanie karne. Praktyce tej sprzyja niestety niezbyt roztropna postawa większości przedstawicieli polskiej doktryny prawa karnego procesowego, w stosunku do której trafnie wskazuje A. Sakowicz, że „dominuje przekonanie, że osoba podejrzana nie korzysta z uprawnień przysługujących podejrzanemu,

Przeciwdziałanie tego typu praktykom możliwe jest w oparciu o dwa podejścia. Pierwsze, bliższe klasycznemu pozytywizmowi, sprowadza się do postulatu wprowadzenia niezbędnych zmian do polskiego systemu prawa karnego procesowego, stwarzających podstawy do korzystania z pełni prawa do obrony także przez osoby niemające statusu podejrzanego lub oskarżonego, wobec których jednak prowadzone są przez organy procesowe czynności mające na celu ustalenie sprawstwa i pociągnięcie do odpowiedzialności karnej (ukierunkowane na ściganie lub pozbawienie wolności). Postulaty w tym zakresie zostały przedstawione w publicznej debacie jakiś czas temu³⁸. Choć odpowiadają w pełni standardowi konstytucyjnemu, konwencyjnemu oraz regulacjom gwarancyjnym prawa UE, nie spotkały się jednak z przychylnym przyjęciem lub chociażby nieco tylko poważniejszym zainteresowaniem polskiego prawodawcy. Paradoksalnie w odniesieniu do postulatów implementacji postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE w sprawie dostępu do adwokata przedstawiciele Ministerstwa Sprawiedliwości wskazali, że obowiązujące rozwiązania nie pozostają w sprzeczności z postanowieniami dyrektywy i nie wymagają w tym kontekście jakichkolwiek modyfikacji³⁹.

Bezskuteczność postulatów zmiany prawa procesowego w kierunku zapewnienia jego zgodności z postanowieniami Konstytucji RP oraz konwencyjnymi i europejskimi standardami gwarancyjnymi powoduje, iż warto rozważyć interpretacyjną korektę rozwiązań zawartych w Kodeksie postępowania karnego opartą na bezpośrednim stosowaniu Konstytucji RP, wykorzystaniu koncepcji wykładni prokonstytucyjnej oraz zasady pierwszeństwa regulacji konwencyjnych i prawa UE w razie braku możliwości pogodzenia ich z postanowieniami ustawy. Rekonstrukcja standardu gwarancyjnego na podstawie wszystkich wskazanych powyżej źródeł wskazuje, że aktualizacja konstytucyjnego prawa do obrony następuje z chwilą podjęcia przez organy procesowe „faktycznych działań wobec zindywidualizowanego podmiotu będących przejawem ścigania”⁴⁰.

te zaś które posiada, immanentnie związane są z jej udziałem w czynnościach procesowych”. Zob. A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 238.

³⁸ Zob. m.in. S. Steinborn, *Status...*, s. 1790 i n.; S. Steinborn, M. Wąsek-Wiaderek, *Moment uzyskania statusu biernej strony postępowania karnego z perspektywy konstytucyjnej i międzynarodowej*, [w:] M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, B.T. Bienkowska (red.), *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, Warszawa 2015, s. 447 i n.; A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 247.

³⁹ Zob. w tej kwestii P. Kardas, *Gwarancje...*, s. 4 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo. Por. też A. Sakowicz, *Zakaz dowodowego wykorzystania wyjaśnień podejrzanego występującego bez obrońcy bądź pod nieobecność obrońcy*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 1, s. 47 i n.

⁴⁰ A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 242.

Innymi słowy, pozwala twierdzić, że o aktualizacji konstytucyjnego, konwencyjnego oraz statuowanego przez przepisy prawa UE uprawnienia do obrony przesądza nie tyle formalna czynność ogłoszenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów, ile cele i intencje towarzyszące organowi procesowemu podczas dokonywania określonych czynności procesowych, a w szczególności ich charakter, niezależnie od tego, czy odnoszą się one do osoby, wobec której wykonano określone czynności konwencjonalne zmieniające jej status procesowy, czy też nie⁴¹. Prawo do obrony aktualizuje się w szczególności wówczas, gdy osoba przesłuchiwana w charakterze świadka zaczyna w trakcie przesłuchania dostarczać informacji samoobciążających⁴². Trafnie podkreśla się w piśmiennictwie, że w tego typu sytuacjach występuje określone zagrożenie dla jednostki związane z procesem karnym, które uzasadnia aktualizację prawa do obrony. To ostatnie jest bowiem konsekwencją pojawienia się owych immanentnie związanych z procesem zagrożeń, jest wobec nich w pewnym sensie wtórne. W tym ujęciu prawo do obrony przysługuje każdemu, wobec kogo podejmowane są czynności mające na celu ściganie. Taki jest bowiem sens konstytucyjnego zwrotu „przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne” zawarty w art. 42 ust. 2 Konstytucji RP. Do identycznych wniosków prowadzi analiza treści postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE, w szczególności zaś zapisów zawartych w preambule, art. 2 ust. 1 i 3, oraz treść art. 6 ust. 3 lit. c EKPC, w szczególności w perspektywie stanowiska wyrażonego w wyroku w sprawie *Salduz v. Turcja*. Pozwala to konstatować, że prawo do obrony, w tym powiązane z nim prawo do milczenia oraz kontaktu z obrońcą, aktualizuje się w świetle przedstawionych wyżej regulacji w razie wystąpienia opisanych sytuacji procesowych, niezależnie od formalnego statusu osoby, której dotyczą ukierunkowane na ściganie czynności procesowe lub która w trakcie czynności procesowych zaczyna dostarczać organowi informacji autodenuncyjnych⁴³.

Odnosząc wynikające z powołanych wyżej regulacji przesłanki aktualizacji prawa do obrony, prawa do milczenia oraz kontaktu z obrońcą do regulacji zawartej w Kodeksie postępowania karnego oraz odwołując się do wykładni prokonstytucyjnej oraz wyrażonej w art. 91 ust. 2 i 3

⁴¹ P. Kardas, *Gwarancje...*, s. 6 i n.

⁴² Trafnie wskazuje A. Sakowicz, że „w tej sytuacji, zgodnie z punktem 21 preambuły, należy natychmiast przesłuchanie zawiesić, aby umożliwić osobie przesłuchiwanej skorzystanie z uprawnień przewidzianych w dyrektywie 2013/48/UE. Przepisy kodeksu postępowania karnego nie regulują tej kwestii, choć jest ona kluczowa w związku z prawem do obrony oraz prawem do milczenia”. Zob. A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 331.

⁴³ Tak też A. Sakowicz, *Prawo...*, s. 331.

Konstytucji RP zasady pierwszeństwa stosowania prawa międzynarodowego oraz prawa UE w sytuacji braku możliwości uzgodnienia zawartych w nich postanowień z regulacjami ustawowymi, można dokonać prokonstytucyjnej i prokonwencyjnej wykładniczej korekty rozwiązań zawartych w ustawie procesowej. Rekonstrukcja przesłanek aktualizujących prawo do obrony na podstawie art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, art. 2 ust. 1 i 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE oraz art. 6 ust. 3 lit. c EKPC oraz postanowień Kodeksu postępowania karnego, w tym w szczególności art. 16 i art. 71 § 3 k.p.k., prowadzi do wykładniczej modyfikacji zakresu znaczeniowego pojęcia „podejrzany” w sposób umożliwiający objęcie tym terminem także osoby podejrzanej, w stosunku do której podejmowane są przez organy procesowe czynności ukierunkowane na ściganie, pozbawienie wolności lub która niezależnie od charakteru realizowanych czynności procesowych zaczyna w trakcie przesłuchania lub innej czynności swoim autonomicznym zachowaniem dostarczać informacji obciążających. Prokonstytucyjna, prokonwencyjna i zgodna z celem oraz treścią prawa UE wykładnia przepisów Kodeksu postępowania karnego, w szczególności zaś art. 71 § 1 k.p.k., pozwala przyjąć szerokie rozumienie pojęcia podejrzanego, obejmujące także osobę, wobec której doszło do podjęcia czynności procesowej skierowanej na jej ściganie z uwagi na istniejące uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu zabronionego. Przeprowadzenie takiej wykładni opiera się na powszechnie aprobowanej w piśmiennictwie i orzecznictwie koncepcji wykładni prokonstytucyjnej, służącej do uzgodnienia w trakcie procesu interpretacji postanowień ustawy ze standardami (regułami i zasadami) konstytucyjnymi. Gwarantuje także w oparciu o wykładnię zgodną z celem i treścią prawa UE eliminację niezgodności postanowień ustawy procesowej z tymi regulacjami, a tym samym zapobiega konieczności odwoływania się przez sąd do reguł kolizyjnych wyrażających zasadę pierwszeństwa stosowania prawa międzynarodowego oraz prawa UE zawartych w art. 91 ust. 2 i 3 Konstytucji RP. Ostatecznie stanowiąca rezultat przeprowadzenia zarysowanego wyżej sposobu wykładni norma procesowa pozostaje w zgodzie z konstytucyjnym dla rzetelnego procesu standardem gwarancyjnym. Powyższe rozwiązanie, oparte na respektowaniu zasady pionowej spójności systemu prawa, nadrzędności i bezpośredniego stosowania Konstytucji RP oraz przestrzegania zasady wykładni zgodnej z celem i treścią prawa UE, służy również respektowaniu zasady równości⁴⁴.

⁴⁴ Zob. w tej kwestii szerzej P. Kardas, A. Kardas, *Zasada równości w prawie karnym. Zarys problematyki*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2019, nr 1, s. 5 i n.

Zarysowanemu wyżej modelowi prokonstytucyjnej wykładni towarzyszyć powinno odpowiednie zinterpretowanie zakazu dowodowego przewidzianego w art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. sprowadzające się do uznania, że czynność przesłuchania osoby podejrzanej bez poinformowania i honorowania przysługującego jej prawa do milczenia oraz bez umożliwienia skorzystania z kontaktu z obrońcą powinna być traktowana jako niedopuszczalna czynność dowodowa. W takim bowiem przypadku, z uwagi na sposób rekonstrukcji norm określających przesłanki aktualizacji prawa do obrony, w tym prawa do milczenia oraz kontaktu z obrońcą, stanowi naruszenie przepisu art. 42 ust. 2 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 3 lit. c EKPC. Pozwala to twierdzić, że niedopuszczalność czynności dowodowej, o której mowa w art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k., wynika także z treści art. 42 ust. 2 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 3 lit. c EKPC. Stwierdzenie wynikającej z naruszenia wskazanych wyżej regulacji niedopuszczalności przeprowadzenia dowodu pozwala pominąć przy ocenie treść regulacji zawartej w 168a k.p.k.⁴⁵ Konstrukcja zakazu dowodowego stanowi istotny czynnik wzmacniający stanowisko wskazujące na zasadność przedstawionej powyżej prokonstytucyjnej i prokonwencyjnej wykładni przepisów Kodeksu postępowania karnego w zakresie przesłanek aktualizacji prawa do milczenia oraz kontaktu z obrońcą.

226

Podsumowując przedstawione powyżej uwagi, można konstatować, że jakkolwiek żaden system prawa nie zawiera rozwiązań zapobiegających naginaniu prawa, to współcześnie organy stosujące prawo dysponują szerokim katalogiem możliwości zapobiegania w procesie wykładni i stosowania prawa przypadkom jego nadużycia w sposób godzący w elementarne poczucie sprawiedliwości. Dzięki zmianom w podejściu do określania istoty prawa, roli i funkcji Konstytucji w procesie wykładni i stosowania prawa, współczesnym koncepcjom wykładni, w szczególności zaś szerokiej akceptacji dla wykładni prokonstytucyjnej oraz możliwości dokonywania kontroli konstytucyjności prawa przez sądy, wprowadzeniu rozwiązań o charakterze gwarancyjnym na poziomie EKPC oraz prawa Unii Europejskiej prawnicy zostali wyposażeni w zestaw instrumentów umożliwiających wykładnicze zapobieganie sprzeniewierzeniu się istocie prawa, a w konsekwencji realizacji obywatelskiego roszczenia do słuszności prawa i sprawiedliwości rozstrzygnięcia. Zdecydowanemu ograniczeniu uległy zarazem związane z klasycznym pozytywistycznym podejściem możliwości „usprawiedliwiania” naginania prawa przez odwołanie się do jego literalnej treści. Ignorując nakaz prokonstytucyjnej

⁴⁵ Takie stanowisko prezentuje A. Sakowicz, *Zakaz...*, s. 47 i n. Zob. też oparte na tym sposobie rozumowania podejście wyrażone w wyroku SA we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2017 r., II AKa 213/16, <http://orzeczenia.ms.gov.pl> (dostęp: 21.03.2020).

wykładni oraz wykorzystania regulacji konwencyjnych i prawa UE, znacznie trudniej będzie powoływać się na znane z przeszłości tezy, iż co prawda wydawane rozstrzygnięcia nie były ani proceduralnie, ani materialnie sprawiedliwe, jednak odpowiadały treści odczytywanego wyłącznie na płaszczyźnie językowej prawa⁴⁶.

Literatura

- Baj A., *Czy osoba podejrzana jest stroną postępowania przygotowawczego?*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 10.
- Dudek D., *Konstytucyjna wolność człowieka a tymczasowe aresztowanie*, Lublin 1999.
- Dyrda A., *Pozytywizm pochowany żywcem? W obronie miękkiego pozytywizmu*, „Studia Prawnicze” 2010, nr 2.
- Dyrda A., *Spory prawnicze a pragmatyczność teorii prawa*, „Principia” 2015, t. LXI–LXII.
- Giannouloupoulos D., *Strasburg Jurisprudence, Law Reform and Comparative Law: A Tale to Custodial Legal Assistance in Five Countries*, „Human Rights Law Review” 2016, t. 16.
- Grabowski A., *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznych koncepcji prawa*, Kraków 2009.
- Gutowski M., Kardas P., *Wykładowia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017.
- Kantorowicz H. (pod pseudonimem Gnaeus Flavius), *Walka o naukę prawa*, [w:] J. Zajadło, H. Kantorowicz, Sopot 2019.
- 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., *Zarządzanie konfliktem. Dlaczego w prawie karnym potrzebna jest instytucja umorzenia kompensacyjnego*, Kraków 2019.
- Kardas P., Kardas A., *Zasada równości w prawie karnym. Zarys problematyki*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2019, nr 1.
- Klejnowska M., *Osoba podejrzana w procesie karnym*, „Prokurator” 2003, nr 2.
- Kmiecik R., *O zasadzie prawdy materialnej, konsensualizmie i gwarancjach procesowych osoby niewinnej*, [w:] Z. Sobolewski, G. Artymiak (red.), *Zasada prawdy materialnej*, Kraków 2006.
- Kulesza W., *Crimen laesae iustitiae. Odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów za zbrodnie sądowe według prawa norymberskiego, niemieckiego, austriackiego i polskiego*, Łódź 2013.
- van de Laar T.A.H.M., de Graaff R.L., *Salduz and Miranda: Is the US Supreme Court Pointing the Way?*, „European Human Rights Law Review” 2011, vol. 3.

⁴⁶ Przykłady odwoływania się do tego typu argumentacji przedstawia w swojej pracy W. Kulesza, *Crimen...*

- Morawski L., *Pozytywizm „twardy”, pozytywizm „miękki” i pozytywizm martwy, „Ius et Lex”* 2003, nr 1.
- Radbruch G., *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, [w:] T. Gizbert-Studnicki, K. Pleszka, R. Sarkowicz, J. Stelmach (red.), *Współczesna teoria i filozofia prawa na zachodzie Europy*, Kraków 1985.
- 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.
- Skorupka J., *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013.
- Skorupka J., *Zatrzymanie procesowe osoby podejrzanej, „Prokuratura i Prawo”* 2007, nr 11.
- Smolak M., Kamela P., *W sprawie inkluzywnego pozytywizmu prawniczego, „Państwo i Prawo”* 2010, nr 8.
- Sobolewski Z., *Samooskarżenie w świetle prawa karnego (nemo se ipsum accusare tenetur)*, Warszawa 1982.
- Sobolewski Z., *Zasada „nemo se ipsum accusare tenetur” w polskim procesie karnym*, Lublin 1979.
- Sowiński P.K., *Prawo oskarżonego do milczenia oraz reguła nemo se ipsum accusare tenetur na tle dążenia organów procesowych do poznania prawdy materialnej w procesie karnym*, [w:] Z. Sobolewski, G. Artymiak (red.), *Zasada prawdy materialnej*, Kraków 2006.
- Steinborn S., *Status osoby podejrzanej w procesie karnym z perspektywy Konstytucji RP (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, [w:] P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, Tom II*, Warszawa 2012.
- Steinborn S., Wąsek-Wiaderek M., *Moment uzyskania statusu biernej strony postępowania karnego z perspektywy konstytucyjnej i międzynarodowej*, [w:] M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, B.T. Bieńkowska (red.), *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, Warszawa 2015.
- Wąsek-Wiaderek M., *Prawo oskarżonego do posiadania obrońcy w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, „Studia i Analizy Sądu Najwyższego”* 2012, t. VI.
- Wiliński P., *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Warszawa 2006.
- Wróbel W., *Konstytucyjne prawo do obrony w perspektywie prawa karnego materialnego*, [w:] V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz (red.), *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, Warszawa 2010.
- Zajadło J., *Hermann Kantorowicz i jego manifest wolnego prawa*, [w:] J. Zajadło, H. Kantorowicz, Sopot 2019.
- Zoll A., *Idea „prawa prawnego” a prawo karne, „Przegląd Sądowy”* 1992, nr 4.

Orzecznictwo

Wyrok ETPC (Wielka Izba) z dnia 27 listopada 2008 r. w sprawie *Salduz v. Turcja*, skarga nr 36391/02, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89893> (dostęp: 21.03.2020).

Wyrok TK z dnia 17 lutego 2004 r., SK 39/02, OTK-A 2004, nr 2, poz. 7.

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2017 r., II AKa 213/16, <http://orzeczenia.ms.gov.pl> (dostęp: 21.03.2020).

Akty prawne

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z dnia 22 października 2013 r. w sprawie 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. U. UE L 294, s. 1).