

Mateusz Kosmowski

Dobro małoletniego pokrzywdzonego a realizacja prawa do obrony – rozważania na kanwie sądowej praktyki ustanawiania obrońcy w fazie *in rem* w celu przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego

The well-being of the minor victim and the exercise of the right to defence – considerations on the basis of the judicial practice of appointing a defence lawyer in the in rem phase to interrogate the minor victim

Abstract

The article presents the practice, followed by common courts and noticed by the Supreme Court, of appointing a defence counsel at in rem proceedings for a person who is not yet charged and absent from criminal proceedings as well as for de facto suspect, ordered to allow such a counsel to participate in the interrogation of a minor victim in accordance to Article 185a of the Code of Criminal Procedure. The Polish Code of Criminal Procedure provides for the absence of a defence counsel during the first interrogation as one of the grounds for repeating the interrogation of a minor victim. The author analyses the practice described above in the context of the doctrinal construction of the defence counsel in Polish criminal procedural law, as well as the institution of a non-party's attorney and also tries to place it in the context of international regulations, including the standards of the right to defence arising from Directive 2013/48/UE and set out in the case law of the European Court of Human Rights.

Keywords: *criminal proceedings, minor victim, right to defence, defence counsel, preparatory proceedings in the case*

Mgr Mateusz Kosmowski, asesor sądowy, absolwent Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska, ORCID: 0000-0002-2267-4888, e-mail: mateusz.kosmowski@email.com
Data zgłoszenia tekstu przez autora: 21.08.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 10.02.2023 r.

Streszczenie

Artykuł przedstawia stosowaną przez sądy powszechne, a dostrzeżoną przez Sąd Najwyższy, praktykę ustanawiania obrońcy na etapie postępowania *in rem*, dla osoby jeszcze niebędącej oskarżonym i nieobecnej w postępowaniu karnym, jak również osoby podejrzanej, w celu umożliwienia takiemu obrońcy wzięcia udziału w przesłuchaniu małoletniego pokrzywdzonego w trybie art. 185a Kodeksu postępowania karnego. Polski Kodeks postępowania karnego jako jedną z przesłanek powtórzenia przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego przewiduje nieobecność obrońcy w trakcie pierwszego przesłuchania. Autor pochyla się nad opisaną wyżej praktyką w kontekście doktrynalnej konstrukcji obrońcy w polskim prawie karnym procesowym oraz instytucji pełnomocnika osoby niebędącej stroną, a także stara się usytuować ją w kontekście uregulowań międzynarodowych, w tym standardów prawa do ochrony wynikających z dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE oraz wyznaczonych w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Słowa kluczowe: postępowanie karne, małoletni pokrzywdzony, prawo do obrony, obrońca, postępowanie przygotowawcze *in rem*

1. Wprowadzenie

Realizacja celów postępowania karnego musi się odbywać przy poszanowaniu praw tak pokrzywdzonego (szczególnie, jeżeli jest on osobą małoletnią), jak i oskarżonego. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej¹ oraz Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności², której Rzeczpospolita Polska jest stroną, gwarantują wszystkim ludziom poszanowanie i ochronę godności. Standard konstytucyjny, w kontekście pokrzywdzonego, przywołany został na gruncie art. 2 § 1 pkt 3 Kodeksu postępowania karnego³, co podkreślać ma podmiotowość pokrzywdzonych przestępstwem na gruncie postępowania karnego, a co koresponduje jednocześnie z regulacjami prawa Unii Europejskiej⁴. Konstytucja RP w art. 72 ust. 1 przewiduje, że Rzeczpospolita Polska zapewnia ochronę praw dziecka, w tym ochronę przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem i demoralizacją.

Procesowym przejawem realizacji praw małoletniego pokrzywdzonego jest m.in. art. 185a k.p.k., wprowadzony do polskiego systemu prawnego ustawą nowelizującą z 10.01.2003 r.⁵, stanowiącą pierwszą szerszą modyfikację uchwalonego w 1997 r. Kodeksu postępowania karnego, która – w zamierzeniach twórców – miała dostosować karną ustawę procesową do ówczesnych realiów i otoczenia prawnego oraz uwzględnić standardy ochrony praw człowieka, wynikające z zawartych przez Rzeczpospolitą Polską umów międzynarodowych⁶. Zgodnie z przywołanym wyżej przepisem w brzmieniu obecnie obowiązującym „w sprawach o przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej lub określone w rozdziałach XXIII, XXV i XXVI Kodeksu karnego⁷ pokrzywdzonego, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, przesłuchuje się w charakterze świadka tylko wówczas, gdy jego zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, i tylko raz (...)”.

Wyjątkiem od zasady jednokrotnego przesłuchania małoletniego świadka jest sytuacja, gdy na jaw wyjdą istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

² Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.) – dalej Konwencja.

³ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1375 ze zm.) – dalej k.p.k.

⁴ Por. art. 18 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z 25.10.2012 r. ustanawiającej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępującą decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW (Dz.Urz. UE L 315 z 14.11.2012 r., s. 57).

⁵ Ustawa z 10.01.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2003 r. Nr 17, poz. 155 ze zm.).

⁶ Por. uzasadnienie przedstawionego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 182, Sejm IV kadencji, [https://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/\(\\$vAllByUnid\)/F9B7F06BBDEE80DEC1256B2F0044676D/\\$file/182.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/($vAllByUnid)/F9B7F06BBDEE80DEC1256B2F0044676D/$file/182.pdf) (dostęp: 11.05.2022 r.).

⁷ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.) – dalej k.k. Wymienione rozdziały dotyczą odpowiednio przestępstw przeciwko wolności, wolności seksualnej i obyczajności oraz rodzinie i opiece.

przesłuchania, jak również sytuacja, gdy ponownego przesłuchania żąda oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego. Możliwość żądania przez oskarżonego, by pokrzywdzony choć raz przesłuchany był w obecności jego obrońcy, stanowi przejaw realizacji prawa do obrony, które w świetle art. 42 ust. 2 Konstytucji RP rościć musi się na wszystkie stadia postępowania⁸. Co więcej, w orzecznictwie Sądu Najwyższego (dalej SN)⁹ – w ślad za doktryną¹⁰ – wskazuje się, że niektóre przejawy prawa do obrony, w tym zasada *nemo se ipsum accusare tenetur*, chronią potencjalnego podejrzanego jeszcze przed postawieniem mu jakiegokolwiek zarzutu, od momentu popełnienia czynu.

W praktyce sądowej pojawiają się sytuacje, w których jednoczesne zapewnienie maksymalnej ochrony małoletniemu pokrzywdzonemu i pełna realizacja prawa do obrony podejrzanego są niezwykle trudne. Przykładem może być zgłoszenie przez oskarżonego, który nie miał obrońcy podczas pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego w trybie art. 185a k.p.k. (z uwagi na fakt, że postępowanie znajdowało się wówczas w fazie *in rem*), żądania ponownego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego w sytuacji, gdy ponowne przesłuchanie może nieść za sobą daleko idące negatywne skutki dla pokrzywdzonego lub gdy ponowne przesłuchanie wręcz nie jest możliwe z uwagi na dobro małoletniego¹¹. Choć żądanie ponownego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego nie rodzi po stronie organu procesowego obowiązku automatycznego uwzględnienia tego żądania, nawet jeżeli oskarżony istotnie w trakcie pierwszego przesłuchania nie miał obrońcy¹², to tworzy to płaszczyznę potencjalnych naruszeń praw oskarżonego. Rozwiązaniem, które przyjęło się w praktyce sądowej, a które zapobiegać ma powstaniu opisanej wyżej sytuacji, jest ustanawianie z urzędu obrońcy dla osoby nieznaney, tj. sprawcy, który nie został ustalony, bądź dla osoby podejrzaney, a następnie umożliwienie takiemu obrońcy wzięcia udziału w czynności przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego. Pomimo że w orzecznictwie Sądu Najwyższego¹³ przedmiotowe rozwiązanie zostało zaaprobowane, SN dotychczas uchylił się od pogłębionej jego analizy. Tymczasem rozwiązanie to

⁸ Również art. 6 ust. 3 Konwencji podejmuje kwestię prawa do obrony, wskazując, że oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma prawo co najmniej do bronięcia się osobiście (co na gruncie procedury przewidzianej w art. 185a k.p.k. nie jest możliwe, lecz pozostaje w zgodności z założeniami wynikającymi z art. 19 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z 25.10.2012 r. ustanawiającej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępującej decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW) lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę, jak również do przesłuchania lub spowodowania przesłuchania świadków oskarżenia oraz żądania obecności i przesłuchania świadków obrony na takich samych warunkach jak świadków oskarżenia.

⁹ Uchwała SN 20.09.2007 r., I KZP 26/07, OSNKW 2007/10, poz. 71, a także uchwała SN 9.11.2021 r., I KZP 5/21, OSNK 2022/1, poz. 1.

¹⁰ Z. Sobolewski, *Samooskarżenie w świetle prawa karnego (nemo ipsum accusare tenetur)*, Warszawa 1982, s. 11; P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006, s. 356.

¹¹ Zgodzić należy się z zapatrywaniem SN, że stwierdzenie tych okoliczności wymaga wiedzy specjalnej, co oznacza konieczność zasięgnięcia opinii biegłego psychologa, ewentualnie biegłych z innych dziedzin (por. wyrok SN z 27.02.2020 r., V KK 80/19, LEX nr 3123173 oraz postanowienie SN z 21.04.2021 r., V KK 40/20, LEX nr 3219865).

¹² Postanowienie SN z 21.04.2021 r., V KK 40/20, LEX nr 3219865.

¹³ Wyrok SN z 2.07.2020 r., V KK 84/19, LEX nr 3277300.

wymaga rozważenia nie tylko w kontekście realizacji prawa do obrony i ustanowionych jego standardów w orzecznictwie strasburskim, lecz także w prawie Unii Europejskiej. Ponadto konieczną wydaje się jego analiza z perspektywy systematyki podmiotów występujących w polskim postępowaniu karnym, ich uprawnień i konstrukcji teoretycznej. Choć sądy powszechne, a w ślad za nimi SN, przyjmują, że dla osoby nieznannej jeszcze i nieobecnej w postępowaniu karnym możliwe jest ustanowienie obrońcy, wątpliwość budzi, czy podmiot taki istotnie jest obrońcą, czy też bardziej zbliżony jest do pełnomocnika osoby niebędącej stroną.

2. Obrońca osoby nieznannej czy pełnomocnik osoby niebędącej stroną?

Kształtująca się w orzecznictwie praktyka, zgodnie z którą dla osoby niebędącej jeszcze oskarżonym, w celu jej uczestnictwa w przesłuchaniu małoletniego pokrzywdzonego w trybie art. 185a k.p.k., ustanowić należy obrońcę, nasuwa wątpliwości, wśród których wymienić trzeba samą dopuszczalność tego rozwiązania, jak i pytanie, czy praktyka ta nie jest *contra legem*. Powinno się również zwrócić uwagę, że nie każda sytuacja przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego, na etapie postępowania *in rem*, musi być identyczna. Zdarzyć się może, że sprawca nie jest organom postępowania w ogóle znany, a przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego ma doprowadzić do ustalenia jego osoby. Możliwa jest jednak również sytuacja, gdy w polu zainteresowania organów postępowania istnieje osoba podejrzana¹⁴. Na gruncie obowiązującego obecnie Kodeksu postępowania karnego obrońcę ustanowić można jedynie dla podejrzanego i oskarżonego¹⁵, choć Trybunał Konstytucyjny słusznie zauważył, że „nie formalne przedstawienie zarzutu popełnienia przestępstwa, lecz już pierwsza czynność organów procesowych skierowana na ściganie, czyni tę osobę podmiotem prawa do obrony”¹⁶. Strona postępowania inna niż oskarżony, jak również osoba niebędąca stroną postępowania karnego (jeżeli wymagają tego jej interesy w toczącym się postępowaniu), może ustanowić pełnomocnika¹⁷. Co istotne, pomiędzy statusem obrońcy a pełnomocnika istnieją znaczące różnice. Obrońca związany jest dyrektywą działania jedynie na korzyść oskarżonego¹⁸, podczas gdy

¹⁴ Uznać za prawidłową należy definicję „osoby podejrzanej” przytoczoną przez P. Wróbla (P. Wróbel, *Prawo do obrony osoby podejrzanej w polskim procesie karnym*, „Zeszyt Studencki Kół Naukowych Wydziału Prawa i Administracji UAM” 2017/7, s. 247-248), za: K. Dudką i H. Paluszkiewicz (K. Dudka i H. Paluszkiewicz, *Postępowanie karne*, Warszawa 2015, s. 103), a mianowicie: to osoba, która jest możliwym sprawcą przestępstwa i wobec której koncentrują się działania organów procesowych, mające na celu ściganie tej osoby, ale której nie przedstawiono jeszcze zarzutów. Nie należy jednocześnie przy odtwarzaniu pojęcia „osoby podejrzanej” pomijać regulacji kodeksowych, odwołujących się do tego terminu, tj. m.in. art. 74 § 3, art. 192a, art. 308 § 2 k.p.k.

¹⁵ Por. art. 83 § 1 *in principio* k.p.k. w zw. z art. 71 § 3 k.p.k.

¹⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego (dalej TK) z 20.05.2014 r., SK 13/13, OTK-A 2014/5, poz. 54.

¹⁷ Por. art. 87 § 1 i 2 k.p.k.

¹⁸ Por. art. 86 § 1 k.p.k.

obowiązku takiego nie ma pełnomocnik¹⁹. Inaczej ukształtowana jest również kwestia tajemnicy zawodowej: w odniesieniu do obrońcy ustanowiony został bezwzględny zakaz dowodowy²⁰, natomiast pełnomocnik będący radcą prawnym czy adwokatem może zostać zwolniony z tajemnicy radcowskiej czy adwokackiej w postępowaniu karnym z wyłączeniem sytuacji, w której działał on na podstawie art. 245 § 1 k.p.k., tj. jako pełnomocnik osoby zatrzymanej, w zakresie faktów, o których dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę²¹. Mając na uwadze powyższe, aktualne pozostaje pytanie: czy w sytuacji, w której oskarżony nie jest jeszcze obecny w postępowaniu (bądź to z uwagi na fakt, że jest on dopiero osobą podejrzaną, bądź to z uwagi na fakt, że organy procesowe w ogóle nie znają osoby sprawcy), jak również wobec faktu, że dosłowne brzmienie art. 83 § 1 *in principio* k.p.k. nie przewiduje możliwości ustanowienia dla takiej osoby obrońcy, wystarczającym i możliwym do zapewnienia takiemu podmiotowi prawa do obrony jest ustanowienie dla niego pełnomocnika dla osoby niebędącej stroną?

Spośród podmiotów, niebędących stroną postępowania karnego, co do których przyjmuje się, że posiadają interes umożliwiający ustanowienie pełnomocnika, najbardziej charakterystyczny jest zatrzymany²². Z jednej strony zatrzymanie stanowi bowiem głęboką ingerencję w sferę autonomii jednostki, albowiem prowadzi do chwilowego pozbawienia wolności, z drugiej natomiast strony sam fakt zatrzymania osoby nie łączy się z uzyskaniem przez tę osobę statusu podejrzanego, wykluczającym tym samym – w myśl art. 83 § 1 k.p.k. – możliwość ustanowienia dla tej osoby obrońcy. Pomimo pewnej niespójności systemowej ustawodawca dostrzegł kwestię reprezentacji osoby zatrzymanej – o ile nie zdecydował się zmienić art. 83 § 1 k.p.k., rozszerzając go o możliwość ustanowienia obrońcy nie tylko przez oskarżonego, lecz także przez osobę zatrzymaną, o tyle w art. 245 § 1 k.p.k. przewidział możliwość nawiązania kontaktu osoby zatrzymanej z adwokatem i radcą prawnym, a w art. 178 pkt 1 k.p.k. rozszerzył tajemnicę obrończą na fakty, o których adwokat czy radca prawny działający na podstawie art. 245 § 1 k.p.k. dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę. Rozwiązanie to nie jest jednak doskonałe. Zarówno w dyskursie publicznym, jak i w procesie legislacyjnym pojawiają się propozycje modyfikacji przedmiotowych przepisów²³.

O ile kwestia reprezentacji osoby zatrzymanej została dostrzeżona i częściowo uregulowana przez ustawodawcę, o tyle stwierdzić należy, że obecny stan prawny w tym zakresie pozostaje niekompatybilny z rozwiązaniem przyjętym w art. 185a

¹⁹ K. Eichstaedt, *Komentarz do art. 86*, [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t 1, *Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, LEX/el. 2022, teza 4.

²⁰ Por. art. 178 pkt 1 k.p.k.

²¹ K. Kwapisz, *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, Warszawa 2011, komentarz do art. 3.

²² R.A. Stefański, *Komentarz do art. 87*, [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz do art. 1–166*, red. S. Zablocki, Warszawa 2017, teza 4.

²³ Postulaty takie zgłaszał Rzecznik Praw Obywatelskich (<https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-ms-odrebne-przestepstwo-tortur-obronca-od-zatrzymania>), natomiast w sierpniu 2021 r. do Marszałka Sejmu trafił poselski projekt zmiany Kodeksu postępowania karnego i Kodeksu postępowania w sprawach o wyrocznia, zawierający rozwiązania, mające pogłębić gwarancje w zakresie prawa dostępu do adwokata i radcy prawnego zatrzymanemu (druk sejmowy nr 1629, Sejm IX kadencji).

k.p.k. Z jednej bowiem strony dla osoby niebędącej podejrzanym czy oskarżonym nie można ustanowić obrońcy, z drugiej zaś strony przepis art. 185a § 2 k.p.k. przewiduje, że w posiedzeniu wziąć ma prawo jedynie prokurator, obrońca oraz pełnomocnik pokrzywdzonego, eliminując tym samym możliwość wzięcia udziału pełnomocnika osoby zatrzymanej, ale także osoby podejrzanej w przesłuchaniu.

Co więcej, w sytuacji gdy osoba będąca sprawcą nie jest organom postępowania przygotowawczego znana, powstaje pytanie, czy możliwe jest ustanowienie dla niej pełnomocnika na podstawie art. 87 § 2 k.p.k., który to przepis umożliwia ustanowienie pełnomocnika dla osoby niebędącej stroną postępowania, jednak jedynie wówczas, gdy wymagają tego jej interesy w toczącym się postępowaniu²⁴. Stwierdzić należy, że w sytuacji gdy osoba sprawcy nie jest znana, a przesłuchanie małoletniego w trybie art. 185a k.p.k. doprowadzić ma właśnie do ustalenia tejże osoby, logicznie sprzeczne byłoby ustanowienie pełnomocnika dla osoby, która w postępowaniu w żaden sposób nie jest obecna ani nawet ustalona. Brakuje bowiem możliwości stwierdzenia, jaki jest jej interes. Z drugiej strony wyobrazić można sobie pogląd, zgodny z którym, skoro dana osoba, choć jeszcze nieznaną organowi postępowania z imienia i nazwiska, znajduje się w kręgu podejrzeń, to automatycznie przypisać można jej interes, polegający na woli podjęcia działań realizujących prawo do obrony.

Niezależnie od powyższego, podkreślenia wymaga, że w nauce przyjmuje się jednolicie, iż stosunek łączący pełnomocnika z jego mocodawcą ma charakter przedstawicielski²⁵, czego przejawem jest choćby możliwość prostowania i odwoływania oświadczeń pełnomocnika na każdym etapie postępowania²⁶. W sytuacji, gdyby pełnomocnika na podstawie art. 87 § 2 k.p.k. sąd ustanowił dla potencjalnego, choć nieznanego jeszcze sprawcy, na potrzeby przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego w trybie art. 185a k.p.k., działanie pełnomocnika byłoby w pełni samodzielne – brak byłoby bowiem podmiotu, który mógłby ingerować w treść oświadczeń i czynności podejmowanych przez pełnomocnika. W świetle powyższego stwierdzić należy, że choć w tym kontekście możliwe byłoby ustanowienie pełnomocnika dla osoby podejrzanej, niemającej jeszcze statusu podejrzanego, to nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której sąd zdecydowałby się ustanowić takiego pełnomocnika dla osoby jeszcze nieznannej. Sytuacja taka byłaby sprzeczna z istotą pełnomocnictwa, które zasadzone jest na stosunku przedstawicielstwa, przez co funkcja pełnomocnika nie jest autonomiczna.

Inaczej rzecz ma się w przypadku obrońcy. W nauce polskiego procesu karnego istnieją zasadniczo dwa stanowiska co do jego pozycji prawnej²⁷. Zgodnie z pierwszym z nich obrońca jest pomocnikiem procesowym oskarżonego, a w stosunku obrończym brak jest elementu przedstawicielstwa²⁸. Wedle drugiego stanowiska obrońca

²⁴ R.A. Stefański, *Pełnomocnik w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2007/2, s. 46.

²⁵ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. P. Hofmański, Warszawa 1998, s. 410–411.

²⁶ C. Kulesza, *Radca prawny jako pełnomocnik w postępowaniu karnym skarbowym*, „Radca Prawny” 2001/3, s. 21.

²⁷ J. Zagrodnik, *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym i karnym skarbowym*, Warszawa 2020, s. 30.

²⁸ S. Śliwiński, *Proces karny. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 379; P. Kruszyński, *Stanowisko prawne obrońcy w procesie karnym*, Białystok 1991, s. 13 i n.

to przedstawiciel procesowy oskarżonego, co wynika z możliwości dokonywania przez obrońcę czynności w imieniu i na rzecz swego mandanta²⁹.

Przyjęcie słuszności pierwszego stanowiska pozostawiałoby otwarte pytanie o dopuszczalność ustanowienia obrońcy dla nieznanego jeszcze w fazie *in rem* oskarżonego. Jeżeli bowiem założyć, że obrońca nie reprezentuje oskarżonego, a jego rolą jest pomoc oskarżonemu w uwolnieniu się od zarzutów bądź złagodzeniu potencjalnej represji karnej, to konsekwencją powyższego powinno być przyjęcie, iż pełnienie funkcji obrońcy w procesie karnym oderwane jest od osoby oskarżonego, co oznacza, że obrońca pełni funkcję samodzielną i autonomiczną. Natomiast uznanie za prawidłowe drugiego stanowiska wyłącza możliwość ustanowienia obrońcy dla oskarżonego, który nie jest jeszcze znany. Przyjęcie, że obrońca jest reprezentantem oskarżonego, niesie za sobą brak możliwości ustanowienia obrońcy na gruncie postępowania karnego, gdy nie ma podmiotu, który ów obrońca mógłby reprezentować. Stanowisko drugie zakłada bowiem, że rola obrońcy nie ma charakteru samodzielnego, co nakazuje traktować obronę jako zjawisko skonkretyzowane, odnoszące się do danego oskarżonego, a co wyłącza możliwość reprezentacji osoby nieznannej, nieobecnej jeszcze w procesie karnym jako jego strona. Na potrzeby dalszego wyводу założyć należy słuszność stanowiska, zgodnie z którym w stosunku obrończym brak jest elementu przedstawicielstwa³⁰. Przyjęcie stanowiska alternatywnego prowadziło do konieczności jednoznacznego stwierdzenia, że ustanowienie obrońcy w fazie *in rem* postępowania przygotowawczego nie jest dopuszczalne – brak jest możliwości ustanowienia przedstawiciela dla strony, której w danym momencie w postępowaniu nie ma. Brak nadto podstawy prawnej, która przewidywałaby dopuszczalność takiego wyjątku.

Uznanie, że obrońca nie jest przedstawicielem oskarżonego, ale podmiotem działającym samodzielnie i obok oskarżonego, nie rozwiewa wszelkich wątpliwości. Nie sposób bowiem abstrahować od wątków podmiotowych stosunku obrończego, które swe odbicie znajdują w treści art. 86 § 1 k.p.k., zgodnie z którym „obrońca może przedsięwziąć czynności procesowe jedynie na korzyść oskarżonego”. W doktrynie wskazuje się, że czynność podjęta z naruszeniem wyżej wymienionego zakazu musi być uznana za bezskuteczną³¹. W doktrynie sporne jednak pozostaje, wedle jakich kryteriów dokonywać oceny tego, czy dana czynność jest korzystna dla oskarżonego,

²⁹ M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Warszawa 1974, s. 44; T. Grzegorzczak, *Obrońca w postępowaniu przygotowawczym*, Łódź 1988; J. Zagrodnik, [w:] *Proces karny*, red. K. Marszał, J. Zagrodnik, Warszawa 2019, s. 259.

³⁰ Znaczący należy, że stanowisko to wydaje się w polskiej nauce mniejszościowym, zaś za poglądy posiadający mocniejsze uzasadnienie aksjologiczne uznaje się ten, zgodnie z którym obrońca jest reprezentantem oskarżonego. Jako argument za przedstawicielskim charakterem obrońcy przywołuje się treść art. 86 § 2 k.p.k. Por. wyrok SN z 18.09.1973 r., V KRN 355/73, OSNKW 1974/1, poz. 17, z uwagami aprobującymi M. Cieślaka, Z. Dody, *Przegląd orzecnictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego (I półrocze 1974 r.)*, „Palestra” 1975/3, s. 46.

³¹ Tak: C. Kulesza, *Skutki nieefektywnej reprezentacji procesowej oskarżonego w postępowaniu karnym – standard europejski i prawo polskie*, [w:] *Skutki czynności procesowych w świetle standardów europejskich*, red. D. Gil, Lublin 2014, s. 85. Jednocześnie za słuszne uznać należy stanowisko SN, zgodnie z którym „konsekwencje procesowe czynności podejmowanych przez obrońcę oskarżonego z naruszeniem zakazu wynikającego *a contrario* z art. 77 § 1 d.k.p.k. (obecnie art. 86 § 1 k.p.k.), muszą być oceniane z uwzględnieniem układu procesowego, w jakim zostały podjęte” (wyrok SN z 19.03.1997 r., IV KKN 326/96, OSNKW 1997/7-8, poz. 64).

czy też nie. Zgodnie ze stanowiskiem reprezentowanym przez Mariana Cieślaka ocena powinna być dokonywana przy uwzględnieniu intencji obrońcy, nie zaś ostatecznego rezultatu³². Wedle poglądu, którego reprezentantem był Tomasz Grzegorzcyk, o tym, czy czynność podjęta przez obrońcę jest dla oskarżonego korzystna, czy też nie, decyduje wyłącznie kryterium przedmiotowe, a zatem sam charakter czynności, bez badania intencji obrońcy lub jej rezultatu, przy czym czynność obrońcy musi być oceniana *ex ante*, nawet jeśli jej negatywne skutki z reguły ujawniają się *ex post*³³.

Jeżeli przyjmie się stanowisko zakładające wyłącznie ważność kryterium przedmiotowego, rozpatrywanego w oderwaniu od sytuacji faktycznej i procesowej oskarżonego, to fakt, że obrońca nie zna osoby oskarżonego, nie jest istotny. Według tego poglądu bowiem czynności procesowe z góry da się podzielić na te, które korzystne są dla oskarżonego, i te, które korzystne nie są.

Przyjmując słuszność poglądu, zgodnie z którym to, czy czynność dokonana została na korzyść oskarżonego, czy też nie, zależy od intencji obrońcy, dojść należy do wniosku, że nie jest możliwe zastosowanie tego kryterium w sytuacji, kiedy oskarżony nie jest obrońcy znany. Czynność ostatecznie może się okazać niekorzystna dla oskarżonego, choć obrońca podejmował ją w dobrej wierze, licząc, że ukierunkowana będzie ona na korzyść oskarżonego. Może również dojść do sytuacji, gdy obrońca podejmował czynność w złej wierze, chcąc zaszkodzić oskarżonemu, jednak efekt czynności był dla oskarżonego pozytywny. Pogląd M. Cieślaka zakłada co prawda, że nie jest istotny ostateczny rezultat podjętej czynności, ale sama intencja, jednak stwierdzić należy, iż nie da się ocenić intencji obrońcy, gdy ten nie posiada o oskarżonym żadnych informacji – obrońca podejmuje bowiem wówczas decyzje „w ciemno”, z pominięciem kontekstu podmiotowego danej czynności.

Uczestnictwo obrońcy, ustanowionego dla osoby nieznannej lub osoby podejrzanej (niebędącej jednak podejrzanym), w przesłuchaniu małoletniego pokrzywdzonego nie eliminuje wszystkich ewentualnych ujemnych konsekwencji dla późniejszego oskarżonego. Obrońca, nie znając osoby oskarżonego ani jego sytuacji, nie ma możliwości stwierdzenia, jakie pytania istotne są dla interesu procesowego oskarżonego, a jakich pytań – z uwagi na możliwe pogorszenie sytuacji oskarżonego – zadawać małoletniemu pokrzywdzonemu nie powinien. Obrońca znajdujący się w opisywanej sytuacji jest w niewątpliwie trudniejszym położeniu niż obrońca, który zna oskarżonego i który jest w stanie ważyć, co jest dla jego mandanta korzystne. Stwierdzić należy zatem, że obrońca ustanowiony dla nieznanego jeszcze oskarżonego, nieobecnego na etapie postępowania przygotowawczego *in rem*, nie zawsze będzie w stanie stwierdzić jednoznacznie, czy dana czynność procesowa, a także czynność faktyczna, odniesie korzystne skutki dla oskarżonego. Realizacja dyrektywy wynikającej z art. 86 § 1 k.p.k. nie zawsze okaże się w takiej sytuacji możliwa.

Zestawiając wyżej zaprezentowaną charakterystykę pełnomocnika dla osoby niebędącej stroną i obrońcy, wydaje się, że – choć brak ku temu jednoznacznej podstawy

³² M. Cieślak, *Sytuacja prawna obrońcy w świetle nowego ustawodawstwa polskiego*, „Palestra” 1969/8, s. 38.

³³ T. Grzegorzcyk, *Pozycja obrońcy w procesie karnym*, „Palestra” 1979/4.

prawnej – jeżeli sądy decydują, że osoba nieznaną organom postępowania bądź osoba podejrzana ma być reprezentowana w toku postępowania, o którym mowa w art. 185a k.p.k., to zasadnym jest ustanowienie dla niej obrońcy. Przemawia za tym w pierwszej kolejności teoretyczna konstrukcja obu podmiotów – obrońca wyróżnia się samodzielnością, której brak pełnomocnikowi, z uwagi na *stricte* przedstawicielski charakter jego funkcji. Po wtóre, obrońca korzysta z dobrodziejstwa tajemnicy obrończej, która na gruncie Kodeksu postępowania karnego przybiera postać bezwzględniego zakazu dowodowego, o którym mowa w art. 178 k.p.k.³⁴ Po trzecie, zwrócić należy uwagę, że przepis art. 185a § 2 k.p.k. zawiera zamknięty katalog podmiotów mogących wziąć udział w posiedzeniu, na którym przesłuchiwany jest małoletni pokrzywdzony. Wymienia tu prokuratora, obrońcę oraz pełnomocnika pokrzywdzonego. Biorąc pod uwagę treść art. 96 § 1 k.p.k., nie można uznać, by w drodze wykładni rozszerzającej możliwe było dopuszczenie do tej czynności pełnomocnika osoby niebędącej stroną. W końcu stwierdzić należy, że zasada działania jedynie na korzyść oskarżonego, wynikająca z art. 86 § 1 k.p.k. tyczy się jedynie obrońcy i nie obejmuje pełnomocnika osoby niebędącej stroną. Brak możliwości uznania przez organ procesowy danej czynności za bezskuteczną, wobec uznania jej za sprzeczną z interesami oskarżonego, stanowiłoby wypaczenie prawa do obrony i czyniłoby je iluzorycznym³⁵.

3. Prawo do obrony w kontekście przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego na tle dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE³⁶ oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka³⁷

W polskiej nauce prawa karnego procesowego dostrzegana jest kwestia wyposażenia osoby podejrzanej w prawo do obrony, w związku z czym wyłoniły się dwie koncepcje³⁸. Pierwsza zakłada, że koniecznym jest wprowadzenie ustawowej definicji osoby podejrzanej³⁹, druga – że status osoby podejrzanej w postępowaniu aktualizuje się wobec ziszczenia się przesłanek materialnych: pojawienia się

³⁴ Bezwzględny zakaz dowodowy, o którym mowa w art. 178 k.p.k., obejmuje także adwokata lub radcę prawnego, działającego na podstawie art. 245 § 1 k.p.k., co do faktów, o których dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę. Jest to jednak wyjątek.

³⁵ Zastrzec należy po raz wtóry, że w przypadku działania obrońcy osoby nieznannej na danym etapie postępowania, realizacja dyrektywy działania wyłącznie na korzyść może być utrudniona, o czym wyżej.

³⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z 22.10.2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności (Dz.Urz. UE L 294 z 6.11.2013 r., s. 1) – dalej dyrektywa 2013/48/UE.

³⁷ Dalej ETPC.

³⁸ P. Wróbel, *Prawo...*, s. 246.

³⁹ A. Baj, *Czy osoba podejrzana jest stroną postępowania przygotowawczego?*, „Prokuratura i Prawo” 2016/10, s. 94; R.A. Stefański, *Prawo do obrony osoby podejrzanej*, [w:] *Z problematyki funkcji procesu karnego*, red. T. Grzegorzczak, J. Izydorczyk, R. Olszewski, Warszawa, 2013, s. 301; A. Tęcza-Paciorek, *Pojęcie osoby podejrzanej i jej uprawnienia*, „Prokuratura i Prawo” 2011/11, s. 77.

uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa przez osobę oraz podjęcia czynności procesowej skierowanej na ściganie tej osoby⁴⁰. W świetle art. 2 ust. 3 dyrektywy 2013/48/UE, która stanowi część obowiązującego w Polsce porządku prawnego⁴¹, stwierdzić należy, że słuszna jest koncepcja zakładająca, iż prawo do obrony przysługuje nie od momentu formalnego uzyskania statusu podejrzanego, ale już od momentu, kiedy dany podmiot staje się osobą podejrzaną, tj. wobec której podjęto czynności mające na celu jej ściganie, co pozostaje zresztą w zgodzie z linią orzecniczą TK⁴². Należy zatem uznać, że skoro osobie podejrzananej przysługuje prawo do obrony, a elementem składowym tegoż prawa jest możliwość posiadania obrońcy, to wskazanym jest, by oskarżony mógł posiadać obrońcę w toku przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego w trybie art. 185a k.p.k., nawet wówczas gdy prowadzone jest ono na etapie postępowania *in rem*. Podobnie dzieje się w sytuacji, gdy celem przesłuchania jest ustalenie sprawcy – pojawienie się danej osoby w kręgu osób faktycznie powiązanych ze sprawą, wobec której (choć jeszcze niebezpośrednio) podejmowane są działania przez organy procesowe, powoduje, że zyskuje ona status osoby podejrzananej, co automatycznie aktualizuje jego uprawnienia w zakresie prawa do obrony.

Europejski Trybunał Praw Człowieka w swym orzecznictwie od dawna dostrzega istnienie regulacji międzynarodowych, mających na celu ochronę interesów i praw dzieci, będących uczestnikami postępowania karnego, w szczególności ochronę małoletnich pokrzywdzonych, a także wypowiadał się w przedmiocie praktycznego ich stosowania⁴³. Jednocześnie ETPC znaczną część swego orzecznictwa poświęcał i poświęca kwestii realizacji przewidzianego w art. 6 Konwencji prawa do obrony, w szczególności w zakresie, w jakim dotyczy on prawa do uczciwego procesu. Naruszenie przez państwa – strony Konwencji jej art. 6 jest jednym z najczęściej formułowanych przez skarżących zarzutów, które stają się przedmiotem rozpoznania przez ETPC⁴⁴. Trybunał wielokrotnie podkreślał doniosłość kwestii dostępu do obrońcy na każdym etapie postępowania karnego, wskazując na nierozłączność poszczególnych jego części oraz na to, że ewentualne uchybienia powstałe z uwagi na brak dostępu do obrońcy w postępowaniu przygotowawczym rzutują na całość postępowania, w tym postępowanie sądowe i rzetelność wydanego w nim wyroku⁴⁵.

⁴⁰ R. Koper, *Prawo do obrony osoby podejrzananej*, „Prokuratura i Prawo” 2016/2, s. 34; S. Steinborn, M. Wąsek-Wiaderek, *Moment uzyskania statusu biernej strony postępowania karnego z perspektywy konstytucyjnej i międzynarodowej*, [w:] *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, red. M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, B. Bieńkowska, Warszawa 2015, s. 447.

⁴¹ Termin jej implementacji upłynął 27.11.2016 r.; por. Dz.Urz. UE L 294 z 6.11.2013 r., s. 1.

⁴² Por. wyrok TK z 20.05.2014 r., SK 13/13, OTK-A 2014/5, poz. 54 i przywołane w jego treści uzasadnienia orzecznictwo TK i SN.

⁴³ Por. wyroki ETPC: z 4.12.2003 r., M.C. przeciwko Bułgarii, skarga nr 39272/98; z 2.02.2021 r., X. i inni przeciwko Bułgarii, skarga nr 22457/16; z 2.06.2021 r., R.B. przeciwko Estonii, skarga nr 22597/16.

⁴⁴ *Annual Report 2019 of the European Court of Human Rights*, https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2019_ENG.pdf (dostęp: 11.05.2022 r.).

⁴⁵ Por. wyrok Wielkiej Izby ETPC z 9.11.2018 r., Beuze przeciwko Belgii, skarga nr 71409/10, a także przywołane w uzasadnieniu uprzednie orzeczenia ETPC dotyczące prawa do obrony w postępowaniu przygotowawczym i jego wpływu na dalsze procedowanie.

Niełatwym zadaniem jest wyważenie dwóch interesów, które stają naprzeciw siebie w procesie karnym – ochrony pokrzywdzonego i prawa osoby podejrzanej, a później podejrzanego i oskarżonego, do obrony. Już w latach 80. XX w. ETPC dostrzegł, że gdy wyrok skazujący opiera się w znacznym stopniu na zeznaniach świadka, w którego przesłuchaniu oskarżony nie mógł uczestniczyć, w tym zadawać mu pytań, dochodzi do tak istotnego ograniczenia praw oskarżonego, że uderza to w prawo do rzetelnego procesu⁴⁶. Jednocześnie ETPC, w szczególności w orzecznictwie dotyczącym przestępstw przeciwko wolności seksualnej, podkreślał, że prawo oskarżonego do przesłuchania świadków i zadawania im pytań nie jest absolutne i może zostać ograniczone, choć musi to znajdować uzasadnienie w stanie faktycznym. W sprawie Demski przeciwko Polsce⁴⁷ ETPC uznał, że doszło do naruszenia standardów wynikających z art. 6 Konwencji, jednak nie z uwagi na sam fakt, że pokrzywdzona nie została przesłuchana na rozprawie, ale ze względu na to, że odmowa przesłuchania jej stanowiła arbitralną decyzję sądu i nie była podparta choćby opinią biegłych, z której wynikałoby, iż taka czynność procesowa miałaby negatywny wpływ na stan psychiczny pokrzywdzonej.

Syntezę poglądów dotyczących spraw, w których zachodzi konieczność balansowania pomiędzy prawem do obrony a ochroną pokrzywdzonego, ETPC zaprezentował w decyzji z 31.08.2021 r., wydanej na kanwie polskiej sprawy, w której zastosowanie znalazł art. 185a k.p.k.⁴⁸ Małoletnia pokrzywdzona, po raz pierwszy i jedyny, przesłuchana została na etapie postępowania przygotowawczego w fazie *in rem*, kiedy to podejrzany, a późniejszy skazany, nie posiadał obrońcy i sam w nim nie uczestniczył. Trybunał zwrócił uwagę, że istotnie wyrok zapadły w sprawie opierał się w przeważającej mierze na zeznaniach małoletniej pokrzywdzonej, a jej ponowne przesłuchanie nie było możliwe z uwagi na jej dobro, przy czym stwierdzenie to oparte było na opinii biegłego. Ostatecznie ETPC stanął na stanowisku, że mimo braku obecności oskarżonego przy przesłuchaniu małoletniej (co wynika z samego zamysłu art. 185a k.p.k.), a także jego obrońcy, nie doszło do naruszenia praw zagwarantowanych na gruncie art. 6 ust. 1 i 3 lit. d Konwencji, argumentując to faktem, iż oskarżony i jego obrońca mieli dostęp do audiowizualnego zapisu przesłuchania, które kwestionować mogli przed sądem⁴⁹, natomiast samo przesłuchanie małoletniej było przedmiotem analizy dokonanej przez biegłą psycholog, która następnie przesłuchana została w toku rozprawy. Ponadto ETPC zwrócił uwagę na okoliczność istnienia dodatkowego materiału dowodowego, z którego płynęły wnioski tożsame jak z dowodu z przesłuchania małoletniej pokrzywdzonej.

Rozbudowany katalog elementów, których analiza pozwala stwierdzić, czy w danym procesie doszło do naruszenia standardów wynikających z art. 6 ust. 1 i 3 lit. d

⁴⁶ Wyrok ETPC z 24.04.1986 r., Unterperntinger przeciwko Austrii, skarga nr 9120/80.

⁴⁷ Wyrok ETPC z 4.11.2008 r., Demski przeciwko Polsce, skarga nr 22695/03.

⁴⁸ Decyzja ETPC z 31.08.2021 r., B.Ż. przeciwko Polsce, skarga nr 6386/17.

⁴⁹ Por. art. 20 ust. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE z 13.12.2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępującej decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW (Dz.Urz. UE L 335 z 17.12.2011 r., s. 1).

Konwencji, w kontekście prawa do przesłuchania świadka oskarżenia, przedstawił sędzia ETPC Paulo Pinto de Albuquerque w zdaniu odrębnym, zgłoszonym do wyroku zapadłego w sprawie Matytsina przeciwko Rosji⁵⁰. Wyszedł on z założenia, że prawo do przesłuchania świadka jest mocno zakorzenione w zasadach kontradyktoryjności i bezpośredniości, przez co każda sytuacja, w której skazanie oparte ma być na dowodzie przeprowadzonym jedynie na etapie postępowania przygotowawczego, stanowić powinna wyjątek. W celu zbadania, czy zachodzi wyjątkowa sytuacja, należy – zdaniem sędziego P. Pinto de Albuquerque’a – rozważyć powody niemożności przesłuchania świadka na rozprawie, okoliczności związane z obecnością bądź nieobecnością obrońcy podczas składania depozycji przez świadka, możliwość zakwestionowania wiarygodności przesłuchania, w tym odczytania protokołu zeznań na rozprawie, a także to, przed jakim organem (sądowym czy pozasądowym) doszło do przesłuchania.

Procedura przewidziana na gruncie art. 185a k.p.k. zdaje się wpisywać w kryteria przyjęte w zdaniu odrębnym sędziego P. Pinto de Albuquerque’a: powodem przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego poza rozprawą i wyłącznie na niej jest jego ochrona; przesłuchanie rejestrowane jest w formie audiowizualnej, a jego nagranie odtwarzane jest w trakcie rozprawy; w czasie przesłuchania obecny jest psycholog, a prowadzącym przesłuchanie każdorazowo, nawet w postępowaniu przygotowawczym, jest sędzia. Trybunał, pomimo dostrzeżenia istotnej roli obrońcy na każdym etapie postępowania, nie wymaga jego obecności przy każdym przesłuchaniu. Ustawodawca polski, przewidując możliwość powtórzenia przesłuchania, gdy w trakcie pierwszego przesłuchania oskarżony nie miał obrońcy, zdecydował się podwyższyć przyjęty standard.

4. Podsumowanie

Powstałe w praktyce sądowej, a następnie dostrzeżone i zaaprobowane – choć bez pogłębionej analizy – przez SN rozwiązanie, polegające na ustanowieniu obrońcy dla osoby niebędącej jeszcze podejrzanym czy oskarżonym, lecz będącej osobą podejrzaną, jak również dla osoby zupełnie nieobecnej jeszcze w postępowaniu, nawet w charakterze osoby podejranej⁵¹, mające eliminować konieczność ponownego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego, wymaga dalszej debaty i analizy, zarówno na łamach piśmiennictwa prawniczego, jak i w orzecznictwie sądowym. Z jednej strony rozwiązanie takie bez wątplenia przyczynia się do ochrony małoletniego pokrzywdzonego – zapobiega ponownemu jego przesłuchaniu, uniemożliwiając oskarżonemu podniesienie zarzutu, że przy pierwszym przesłuchaniu nie miał on obrońcy, co stanowi ustawową przesłankę ponownego przesłuchania. Z drugiej strony jednak rozwiązanie to budzi wątpliwości w kontekście pozycji i konstrukcji obrońcy jako podmiotu w postępowaniu karnym, przyjętych w doktrynie, jak również

⁵⁰ Punkt 9 zdania odrębnego sędziego P. Pinto de Albuquerque’a do wyroku ETPC z 27.03.2014 r., Matytsina przeciwko Rosji, skarga nr 58428/10.

⁵¹ Wyrok SN z 2.07.2020 r., V KK 84/19, LEX nr 3277300.

nakazuje formułować uwagi dotyczące pokrywania się zakresu działania obrońcy osoby podejrzanej lub w ogóle nieznaney i pełnomocnika dla osoby niebędącej stroną. Rozwiązanie to stanowi pewne ograniczenie prawa do obrony, które jednak – co za ETPC podkreślał również polski SN – nie jest prawem absolutnym⁵².

Należy wskazać, że koncepcja obrońcy w fazie *in rem*, a zatem dla osoby, której jeszcze nie przedstawiono zarzutów, jest nie do pogodzenia z dominującą w nauce konstrukcją obrońcy jako reprezentanta oskarżonego w procesie, nie tylko jego pomocnika. Z tego też powodu (choć nie jedyne) odrzucić należy koncepcję, jakoby reprezentant nieznanego jeszcze na etapie postępowania *in rem* sprawcy bądź osoby podejrzanej był pełnomocnikiem osoby niebędącej stroną. Sprzeczne wewnętrznie byłoby bowiem przyjęcie, że obrońca (czy pełnomocnik) mógłby reprezentować podmiot, który na danym etapie postępowania jeszcze nie występuje. Trudności może powodować również realizacja dyrektywy działania przez obrońcę wyłącznie na korzyść oskarżonego, w zależności od przyjętego stanowiska co do sposobu oceny podejmowanych czynności procesowych. W końcu kłopotliwe dla obrońcy może być stworzenie linii obrony i jej realizacja w toku przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego, kiedy nie ma informacji o osobie oskarżonego. Wbrew twierdzeniom SN udział obrońcy osoby nieznaney w przesłuchaniu małoletniego pokrzywdzonego nie eliminuje wszystkich ujemnych konsekwencji dla późniejszego oskarżonego – o ile obrońca istotnie ma możliwość kierowania pytań do świadka, o tyle nie zawsze ma możliwość ważenia, czy pytania te są istotne dla interesu procesowego oskarżonego, czy wręcz mogą go pograżyć. Remedium na powyższe problemy, nasuwającym się w pierwszej kolejności, jest unikanie sytuacji, w których małoletniego pokrzywdzonego przesłuchuje się jeszcze na etapie postępowania *in rem*. Aprobując takie stanowisko co do zasady, stwierdzić należy, że nie zawsze jest to możliwe – niekiedy bowiem dopiero przesłuchanie samego pokrzywdzonego pozwala ustalić osobę potencjalnego sprawcy bądź potwierdzić jej personalia w sposób wystarczający, by postawić takiej osobie zarzuty, co powoduje zmianę statusu z osoby podejrzanej na podejrzanego.

Spoglądając na omawianą kwestię poprzez pryzmat orzecznictwa ETPC, stwierdzić należy, że choć w poszczególnych orzeczeniach równowagę ochrony małoletniego pokrzywdzonego i prawa oskarżonego do obrony ujmowane jest nieco inaczej⁵³, polska procedura obecna w art. 185a k.p.k. zdaje się pozostawać w zgodności ze standardami wypływającymi z art. 6 Konwencji. Co więcej, według ETPC nawet nieobecność oskarżonego i jego obrońcy przy jedynym przesłuchaniu małoletniego pokrzywdzonego nie zawsze oznaczać musi naruszenie prawa do obrony, szczególnie biorąc pod uwagę przewidziane przez polskiego ustawodawcę „zabezpieczenia” interesu oskarżonego w postaci obecności psychologa przy przesłuchaniu czy obowiązku uwiecznienia przesłuchania w postaci nagrania audiowizualnego⁵⁴. Niewątpliwie jednak z punktu widzenia realizacji prawa do obrony sytuacją pożądaną

⁵² Postanowienie SN z 30.11.2020 r., IV KK 485/20, LEX nr 3084206.

⁵³ D. Vitkauskas, G. Dikov, *Ochrona prawa do rzetelnego procesu w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka*, Strasburg 2012, s. 93–104.

⁵⁴ Decyzja ETPC z 31.08.2021, B.Ż. przeciwko Polsce, skarga nr 6386/17.

jest, gdy przy przesłuchaniu małoletniego pokrzywdzonego obecny jest ktoś, kogo działania ukierunkowane są na ochronę interesów oskarżonego, nawet jeżeli jego osoba nie jest jeszcze znana na danym etapie postępowania bądź gdy nie posiada statutu podejrzanego, który formalnie pozwoliłby jej ustanowić obrońcę. Warto zatem, by na kanwie praktyki sądów powszechnych, której ocena pojawiła się w orzecznictwie SN⁵⁵, ustawodawca podjął refleksję na temat instytucji obrońcy nieznanego jeszcze oskarżonego na etapie postępowania przygotowawczego *in rem*. Być może zasadnym okazałoby się stworzenie instytucji obrońcy *sui generis*, którego zadaniem byłaby właśnie reprezentacja nieznanego jeszcze oskarżonego bądź też osoby podejrzanej w trakcie przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego, na etapie postępowania *in rem*, wówczas gdy przesłuchanie takie jest konieczne. Stworzenie tego rodzaju podmiotu rozwiałoby wątpliwości teoretycznoprawne i kreowało podstawę prawną dla działań sądów, a nadto połączone mogłoby być z dalszą regulacją statusu pełnomocnika osoby niebędącej stroną, w szczególności w odniesieniu do osób zatrzymanych. Obrońca osoby nieznannej, choć posiadałby pewne cechy wspólne z obrońcą uregulowanym w rozdziale 9 i pozostałych przepisach Kodeksu postępowania karnego, powinien zostać przez ustawodawcę odróżniony. Mając na uwadze, że każdy wyjątek od przesłuchania świadka oskarżenia na rozprawie powinien być regulowany i ściśle przestrzegany⁵⁶, stwierdzić należy, iż wykreowanie omawianej instytucji na poziomie ustawowym sprzyjałoby pogłębianiu zaufania obywateli do prawa, służyło jednolitości jego stosowania i składałoby się na wyższy standard realizacji prawa do obrony.

Mając na uwadze obecnie obowiązujący stan prawny, pomimo przedstawionych wyżej wątpliwości, opowiedzieć należy się za praktyką polegającą na ustanawianiu obrońcy dla osoby nieznannej, chociaż przepisy Kodeksu postępowania karnego nie przewidują wprost możliwości ustanowienia obrońcy. Rozwiązanie takie, acz niedoskonałe, zapewnia z jednej strony reprezentację dla przyszłego oskarżonego w kluczowej czynności postępowania przygotowawczego, z drugiej strony znacząco zmniejsza ryzyko narażenia pokrzywdzonego na konieczność ponownego przesłuchania, tj. przyczynia się do ograniczenia wtórnej wiktyimizacji.

Bibliografia

1. Baj A., *Czy osoba podejrzana jest stroną postępowania przygotowawczego?*, Prokuratura i Prawo 2016, nr 10.
2. Cieślak M., Doda Z., *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego (I półrocze 1974 r.)*, Palestra 1975, nr 3.
3. Cieślak M., *Polska procedura karna*, Warszawa 1974.
4. Cieślak M., *Sytuacja prawna obrońcy w świetle nowego ustawodawstwa polskiego*, Palestra 1969, nr 8.

⁵⁵ Wyrok SN z 2.07.2020 r., V KK 84/19, LEX nr 3277300.

⁵⁶ M. Kierska, *Prawo do przesłuchania świadków oskarżenia w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Palestra” 2017/6.

5. Eichstaedt K., [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, LEX/el. 2022.
6. Grzegorzczak T., *Obrońca w postępowaniu przygotowawczym*, Łódź 1988.
7. Grzegorzczak T., *Pozycja obrońcy w procesie karnym*, Palestra 1979, nr 4.
8. Hofmański P., Sadzik E., Zgryzek K., [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. P. Hofmański, Warszawa 1998.
9. Kierska M., *Prawo do przesłuchania świadków oskarżenia w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Palestra 2017, nr 6.
10. Koper R., *Prawo do obrony osoby podejrzanej*, Prokuratura i Prawo 2016, nr 2.
11. Kruszyński P., *Stanowisko prawne obrońcy w procesie karnym*, Białystok 1991.
12. Kulesza C., *Radca prawny jako pełnomocnik w postępowaniu karnym skarbowym*, Radca Prawny 2001, nr 3.
13. Kulesza C., *Skutki nieefektywnej reprezentacji procesowej oskarżonego w postępowaniu karnym – standard europejski i prawo polskie*, [w:] *Skutki czynności procesowych w świetle standardów europejskich*, red. D. Gil, Lublin 2014.
14. Kwapisz K., *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, Warszawa 2011.
15. Sobolewski Z., *Samooskarżenie w świetle prawa karnego (nemo ipsum accusare tenetur)*, Warszawa 1982.
16. Stefański R.A., *Komentarz do art. 87*, [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz do art. 1–166*, red. S. Zabłocki, Warszawa 2017.
17. Stefański R.A., *Pełnomocnik w procesie karnym*, Prokuratura i Prawo 2007, nr 2.
18. Stefański R.A., *Prawo do obrony osoby podejrzanej*, [w:] *Z problematyki funkcji procesu karnego*, red. T. Grzegorzczak, J. Izydorczyk, R. Olszewski, Warszawa 2013.
19. Steinborn S., Wąsek-Wiaderek M., *Moment uzyskania statusu biernej strony postępowania karnego z perspektywy konstytucyjnej i międzynarodowej*, [w:] *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, red. M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, B. Bieńkowska, Warszawa 2015.
20. Śliwiński S., *Proces karny. Zasady ogólne*, Warszawa 1948.
21. Tęcza-Paciorek A., *Pojęcie osoby podejrzanej i jej uprawnienia*, Prokuratura i Prawo 2011, nr 11.
22. Vitkauskas D., Dikov G., *Ochrona prawa do rzetelnego procesu w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka*, Strasburg 2012.
23. Wiliński P., *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006.
24. Wróbel P., *Prawo do obrony osoby podejrzanej w polskim procesie karnym*, Zeszyt Studencki Kół Naukowych Wydziału Prawa i Administracji UAM 2017, nr 7.
25. Zagrodnik J., [w:] *Proces karny*, red. K. Marszał, J. Zagrodnik, Warszawa 2019.
26. Zagrodnik J., *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym i karnym skarbowym*, Warszawa 2020.