

Feliks Prusak

Normatywne i pragmatyczne czynniki określające zakres udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym

Palestra 17/6(186), 34-47

1973

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Normatywne i pragmatyczne czynniki określające zakres udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym

Przedmiotem opracowania jest ustalenie, jakie czynniki określają zakres udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym, przy czym akcent jest postawiony na potrzebie rozszerzenia i aktywizacji tego udziału. W kwestii ustalenia momentu procesowego, od którego udział obrońcy jest możliwy w postępowaniu przygotowawczym, przyjęto, że wprawdzie dopuszczalność obrońcy istnieje już od chwili przedstawienia zarzutów, jednakże istnieją powody, które uzasadniają dopuszczenie obrońcy do wcześniejszych czynności niepowtarzalnych.

I. Problematyka udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym jest obszerna, wielostronna i praktycznie bardzo doniosła. Ranga tej problematyki nie tylko się ujawnia w realizacji konstytucyjnego prawa oskarżonego do obrony i korzystania z pomocy obrońcy, ale jest ona również wykładnikiem rozwiązania kolizji istniejących między potrzebami ścigania a interesem oskarżonego. W postępowaniu przygotowawczym bowiem występują silne kolizje interesów, z których każdy zasługuje na ochronę, musi być zatem w odpowiednim stopniu uwzględniony. Dla ochrony praw obywatela zostały ustalone gwarancje procesowe, które w pewnym stopniu stanowią barierę dla organów ścigania. Nie bez słuszności więc podnosi się w tym względzie społeczną i prawną niezbędność udziału obrońcy w procesie karnym.

Problematyka udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym była wielokrotnie podejmowana w literaturze procesowej.¹ Przedmiotem rozważań doktryny były niemal wszystkie zagadnienia szczegółowe. Przede wszystkim jednak omawiano takie zagadnienia, jak dopuszczalność udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym, zakres i formy udziału, sytuację prawnoprosesową, treść i zakres uprawnień obrońcy, dopuszczalność kontaktów z podejrzanym tymczasowo aresztowanym itp. Stosunkowo najmniej uwagi poświęcono m.in. problemowi momentu procesowego, od którego dopuszczalny jest udział obrońcy w postępowaniu przygotowawczym.

¹ Por. M. Cieślak: Polska procedura karna — Podstawowe założenia teoretyczne, Warszawa 1971, s. 313—314 (przedstawiono tam wykaz literatury przedmiotu).

Określając najogólniej przedmiot rozważań w niniejszym artykule, należy powiedzieć, że chodzi tu o ustalenie czynników określających zakres udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym oraz ustalenie momentu dopuszczalności podjęcia czynności obrończych w postępowaniu przygotowawczym. Przedstawiony problem jest niezwykle doniosły, zwłaszcza z praktycznego punktu widzenia. Celem niniejszego opracowania jest analiza problemu dopuszczalności podjęcia czynności obrończych przez obrońcę w postępowaniu przygotowawczym, i to zarówno z punktu widzenia stanu normatywnego, jak i w aspekcie praktycznej realizacji. Chodzi więc o zbadanie możliwości w tym zakresie — na gruncie obowiązującej ustawy i istniejących tendencji w praktyce. Wymagają zatem rozważenia następujące zagadnienia: geneza, racje merytoryczne i stanowisko ustawy w ogóle co do udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym oraz warianty dopuszczalnego występowania obrońcy, a właściwie — momentu wstąpienia obrońcy do procesu karnego w stadium przygotowawczym.

Należy przede wszystkim rozważyć normatywne i faktyczne implikacje problemu. Oczywiście przy tym jest stwierdzenie, że udział obrońcy w postępowaniu przygotowawczym jest daleko mniejszy aniżeli w postępowaniu przed sądem. Wynika to wszakże nie tylko z ujęcia normatywnego, ale również z tendencji praktyki, która na ogół niechętnie dopuszcza obrońcę do czynności śledczych (spojrzenie od strony organu ścigania) oraz niechętnie podejmuje się obrony w śledztwie czy dochodzeniu (spojrzenie od strony obrońcy podejrzanego). Rozwinięcie powyższej tezy wymaga uprzedniego poczynienia pewnych refleksji retrospekcyjnych.

Konstytucja PRL stanowi (art. 53 ust. 2), że oskarżonemu poręcza się prawo do obrony i że oskarżony może mieć obrońcę. Ranga konstytucyjna tego prawa stanowi nie tylko gwarancję prawno-polityczną obywatela, ale również wytycza kierunek interpretacji przepisów prawa karnego procesowego oraz linię praktyki, kształtowaną zarówno przez funkcjonariuszy dochodzeniowo-śledczych i prokuratorów, jak i przez adwokatów, od których zależy w niemałym stopniu włączenie się do czynności śledczych.

Dokonując ogólnej oceny ustawodawstwa karno-procesowego, można stwierdzić bez trudności, że zakres dopuszczalności obrońcy był różny, przy czym charakterystyczne jest to, że nowelizacje k.p.k. od 1949 roku wykazywały stałą tendencję do zwiększania uprawnień oskarżonego i do rozszerzania udziału obrońcy w śledztwie. Rola adwokata w postępowaniu przygotowawczym nabrała większego znaczenia po zmianach ustawodawczych w latach pięćdziesiątych, a zwłaszcza po noweli do k.p.k. z dnia 21.XII.1955 r. (Dz. U. Nr 46, poz. 76) oraz noweli do k.p.k. z dnia 28.III.1958 r. (Dz. U. Nr 18, poz. 76). W szczególności, w następstwie m.in. powyższych nowelizacji, ustalono możliwość dopuszczenia obrońcy do udziału przy czynnościach śledczych (za zgodą prowadzącego śledztwo) oraz uprawnienie do udziału obrońcy w czynnościach zaznajomienia podejrzanego z materiałami śledztwa i końcowym przesłuchaniu podejrzanego. W każdym razie dopuszczalność udziału stron i obrońcy w czynnościach postępowania przygotowawczego pozostawiono uznaniu organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze. Niemniej jednak intencją ustawodawcy było zwiększanie możliwości udziału obrońcy w śledztwie,

czego wyrazem może być również obowiązek wyznaczenia obrońcy w śledztwie w wypadkach obrony niezbędnej (art. 80 § 2 d. k.p.k.).

Idea rozszerzenia kontradyktoryjności procesu, zwłaszcza w postępowaniu przygotowawczym, legła również u podstaw nowej kodyfikacji prawa karnego procesowego.² Można stwierdzić, że ustawodawca sprzyjał postulatowi jak najwcześniejszego dopuszczenia obrońcy do czynności śledczych. Charakterystyczne mianowicie może być to, że odrzucono projektowany przepis art. 70 § 2 projektu k.p.k. z 1968 roku, w myśl którego obowiązek obrońcy w toku postępowania przygotowawczego miał się rozpoczynać dopiero od czynności końcowego zaznajomienia podejrzanego z materiałami sprawy. Nowy kodeks postępowania karnego z 1969 roku znacznie rozszerzył dopuszczalność udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym. W szczególności warto tutaj wspomnieć o prawie obrońcy do porozumiewania się z oskarżonym tymczasowo aresztowanym (art. 64 k.p.k.), o prawie obrońcy do przeglądania akt przed końcowym zapoznawaniem podejrzanego z materiałami sprawy (art. 277 § 1 k.p.k.), o prawie do udziału w czynnościach zmierzających do uzupełnienia postępowania przygotowawczego (art. 277 § 2 k.p.k.), o prawie obrońcy do udziału w czynnościach niepowtarzalnych (art. 272 § 1 k.p.k.) oraz w innych czynnościach (art. 273 § 1 k.p.k.), czy wreszcie o prawie obrońcy do wzięcia udziału w przesłuchaniu biegłego i zapoznaniu się z opinią pisemną (art. 274 k.p.k.). Rozwiązania te zmierzają niewątpliwie do rozszerzenia udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym i mają na celu stworzenie lepszych warunków ustalenia prawdy w procesie oraz prawidłowości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej i realizacji zasady trafnej represji (art. 2 § 1 k.p.k.).

Jeśli chodzi o udział obrońcy w postępowaniu przygotowawczym, to trzeba zwrócić uwagę na dwie kwestie. Mianowicie, z jednej strony uregulowanie normatywne nie jest w pełni zadowalające, zwłaszcza że ustawa nie wprowadza generalnego zalecenia czy konieczności udziału obrońcy w śledztwie (dochodzeniu), a ponadto zakres dopuszczalnego udziału nie jest w gruncie rzeczy szeroki, aczkolwiek stwarza zapewnienie niezbędnego minimum potrzeby tego udziału. Z drugiej strony, obserwacje dotychczasowej praktyki prowadzą do stwierdzenia, że obrońcy nieczęsto występują w toku postępowania przygotowawczego, nawet podczas dokonywania czynności niepowtarzalnych w śledztwie albo czynności końcowych, gdy materiał dowodowy został wystarczająco zebrany i zabezpieczony. Stwierdzenie powyższe rodzi z kolei potrzebę rozważenia najważniejszych argumentów przemawiających zarówno za zwiększeniem udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym jak i przeciwko dopuszczalności obrońcy do czynności śledczych.

W rozważaniach na temat potrzeby udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym należy eksponować argumenty płynące z publiczno-politycznego charakteru prawa obywatela do obrony i korzystania z pomocy obrońcy. Prawo to — jak już zaznaczono wyżej — zostało wyrażone przede wszystkim w Konstytucji PRL (art. 53 ust. 2). Ponadto trzeba dostrzegać, że nowe unormowanie prawne procedury karnej zostało

² Por. M. Mazur: Podstawowe założenia nowego kodeksu postępowania karnego, Warszawa 1969, s. 3, 5, 9, 17.

dokonane niewątpliwie z punktu widzenia postanowień obowiązujących aktów o charakterze międzynarodowym, a mianowicie Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z dnia 10.XII.1948 roku oraz Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 16.XII.1966 roku. Przepisy Konstytucji oraz powołanych aktów międzynarodowych wychodzą w tym względzie ze słusznego założenia, że żaden człowiek nie może być pozbawiony pomocy i porady prawnej ze strony adwokata w każdej sytuacji. Założenie to należy mieć na względzie również jako dyrektywę interpretacyjną przepisów obowiązującego k.p.k., który konkretyzuje postanowienia konstytucyjne. Przepisy Konstytucji oraz kodeksu postępowania karnego dają podstawę do stwierdzenia, że prawo oskarżonego do korzystania z pomocy obrońcy trwa w całym biegu procesu karnego, nie wyłączając przy tym postępowania przygotowawczego. Ustawa karno-procesowa sprzyja udziałowi obrońcy w śledztwie (dochodzeniu), a wielokrotnie wprost stanowi o udziale obrońcy „w toku postępowania przygotowawczego” (art. 64 § 2, 74 § 1, 75 § 2, 271 i in. k.p.k.).

Rozwiązania kodeksu postępowania karnego z 1969 roku w zakresie uregulowania udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym mają charakter nowatorski. Z badań i obserwacji praktyki wynika jednak, że rozszerzenie udziału obrońcy w śledztwie (dochodzeniu) ma najczęściej charakter deklaracji. W praktyce bowiem szanse te bywają zaprzeczane, a nowe możliwości w miarę szerokiego udziału obrońcy nie są wykorzystywane.³ Przyczyny takiego stanu rzeczy są niewątpliwie złożone i wielostronnie uwarunkowane. Być może, można się ich dopatrywać między innymi w konserwatywnym myślowym, jaki cechuje prawników, ale w większym stopniu idzie chyba o to, że nie wytworzyła się dotychczas szersza tradycja dokonywania czynności śledczo-dochodzeniowych z udziałem adwokata. Najbardziej paradoksalne jest to, że zarówno funkcjonariusze organów ścigania oraz prokuratorzy, jak i adwokaci wyrażają zgodną opinię, iż udział obrońcy w śledztwie (dochodzeniu) jest zbyt mały, tyle że motywacje tych opinii wychodzą z różnych pozycji. Rozważmy więc najważniejsze powody takiego stanu rzeczy.

Zauważyć trzeba, że istotnie jest wiele powodów przemawiających przeciwko zwiększeniu udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym. Przede wszystkim uwzględnić należy charakter i funkcje samego postępowania przygotowawczego.⁴ Mianowicie postępowanie przygotowawcze to przede wszystkim ściganie sprawcy przestępstwa, a jego najbardziej pożądanymi cechami musi być szybkość, tajność i sprawność; nadmierne wprowadzenie kontradyktoryjności mogłoby przekreślić sens śledztwa (dochodzenia) oraz ułatwiłoby zacieranie czy ukrywanie dowodów winy, porozumiewanie się osób zainteresowanych w nieujawnieniu prawdy itd. Niezbędny jest jednak pewien kompromis między inkwizycyjnością a kontradyktoryjnością postępowania przygotowawczego, z przewagą co prawda tej pierwszej zasady, ale przy respektowaniu zarazem potrzeb zasady drugiej. Dopuszczenie więc obrońcy do udziału w czynnościach śledczych należy traktować jako koncesję na rzecz zwięk-

³ Por. S. Podemski (oprac.): Obrona czy asysta, GSiP 1971, nr 17, str. 1, 4.

⁴ Por. S. Waltoś: Model postępowania przygotowawczego na tle prawnoporównawczym, Warszawa 1968, s. 98.

szczenia kontradiktoryjności postępowania przygotowawczego. Stwierdzenie to powinno stanowić czynnik aktywizujący udział obrońcy w śledztwie czy dochodzeniu.

Na tym tle nie można pomijać tego, że postępowanie przygotowawcze nie jest identyczne z postępowaniem sądowym. Ma ono przede wszystkim inne zadania i obowiązują w nim w zasadzie inne rygory. W szczególności zaś zadania postępowania przygotowawczego dotyczące wykrycia i ujęcia sprawy przestępstwa czy ustalenia i wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy oraz zabezpieczenia dla sądu (art. 261 k.p.k.) należy pojmować na tle obowiązującej zasady legalizmu (art. 5 k.p.k.). Zasada legalizmu jest z kolei dyrektywą postępowania nakazującą organowi procesowemu bezwzględnie wszczynanie i kontynuowanie ścigania każdego przestępstwa, jeżeli ściganie z urzędu jest prawnie dopuszczalne i faktycznie zasadne.⁵ Istotą ścigania jest przy tym działalność zmierzająca do wykrycia sprawy przestępstwa i doprowadzenia do ukarania osoby winnej popełnienia przestępstwa.⁶

Tak więc z ustawy wynika preponderancja funkcji ścigania w postępowaniu przygotowawczym. Konstatacja powyższa pozwala na dokonanie interpretacji przepisu art. 273 § 2 k.p.k. co do wyrażenia „interes śledztwa”. Mianowicie regułą procesową jest, że obrońcę należy dopuścić do udziału w postępowaniu przygotowawczym w czynnościach niepowtarzalnych na rozprawie (art. 272 § 1 k.p.k.), w czynności przesłuchania biegłych i zapoznania się z opinią zakładu naukowego lub biegłego (art. 274 k.p.k.) oraz w czynnościach końcowych śledztwa (art. 277 § 1 k.p.k.). Natomiast w innych czynnościach śledczych czy dochodzeniowych obrońca uczestniczy tylko w razie zgłoszenia stosownego żądania (art. 273 § 1 k.p.k.), jednakże prokurator może nie uwzględnić tego żądania właśnie „ze względu na interes śledztwa”. Można więc przyjąć, że interesem śledztwa będzie wszystko to, co sprzyja realizacji zadań postępowania przygotowawczego (art. 261 k.p.k.). Przyjmijmy również, że odmowa uwzględnienia wniosku obrońcy o dopuszczenie go do udziału w innych czynnościach śledztwa mogłaby mieć miejsce tylko wtedy, gdyby to utrudniało albo nawet mogło utrudnić osiągnięcie zadań postępowania przygotowawczego. Natomiast z drugiej strony względ na interes śledztwa wręcz nakazywałyby dopuszczenie — nawet wyjątkowo z inicjatywy samego organu ścigania — obrońcy do udziału w czynnościach śledczych, jeśli jego udział przyczyniłby się do realizacji zadań postępowania karnego (art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k.).

Czasami podnosi się, że odmowa dopuszczenia obrońcy do udziału w czynnościach śledczych ze względu na tzw. dobro śledztwa opiera się na supozycjach o możliwości negatywnego wpływu na osobę przesłuchiwaną w śledztwie albo o możliwości przeciągnięcia biegu i czasu postępowania przygotowawczego.⁷ Obawy tego rodzaju są niesłuszne. Nie da się bowiem zaprzeczyć, że osoba przesłuchiwana w śledztwie będzie ponownie przesłuchiwana na rozprawie, a w takiej sytuacji element skrepowania osoby przesłuchiwanej będzie większy aniżeli w śledztwie, podczas któ-

⁵ Por. J. Tylman: Zasada legalizmu w procesie karnym. Warszawa 1965, s. 126 i nast.

⁶ Por. M. Cieślak: Polska procedura karna, op. cit., s. 396.

⁷ Por. A. Gaberle: Uwagi o prawie do obrony w postępowaniu przygotowawczym. Pal. 1966, nr 10, s. 46—48.

rego przesłuchanie ma w gruncie rzeczy charakter kameralny. Ewentualność przedłużenia procesu jest tylko pozornie prawdziwa, ponieważ tempo śledztwa nie może być celem samym w sobie, zwłaszcza obok rezygnacji z potrzeb merytorycznego wyjaśnienia sprawy, a ponadto punkt ciężkości zagadnienia trzeba przesunąć na organizację pracy śledczej, jej metodykę i właściwą sprawność.

Przedstawione momenty tylko częściowo mogą tłumaczyć przyczyny niezadowolającego udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym. Najpoważniejszym chyba argumentem wyjaśniającym i zarazem usprawiedliwiającym absencję obrońcy w śledztwie (dochodzeniu) jest obowiązek bezwzględnego działania jedynie na korzyść oskarżonego (art. 77 § 1 k.p.k.). Argument ten jest poważny, ale jego działanie jest ograniczone. Zakaz działania obrońcy na niekorzyść oskarżonego w kontekście omawianego argumentu wiąże się przecież z tym, że adwokaci nie biorą udziału w śledztwie ze względu na nieznaną materię dowodową sprawy, artykuł zaś 77 § 1 k.p.k. wyłącza wszelką ich inicjatywę dowodową. Postawa taka jest słuszna, ponieważ brak lub niepełność informacji dowodowych stwarza w istocie rzeczy obawę działania w warunkach niedozwolonego ryzyka procesowego dla podejrzanego. Stwierdzenie to jest słuszne, ale tylko częściowo. Poważne racje bytu ma ono głównie w sprawach, w których zastosowano tymczasowe aresztowanie, zwłaszcza że kontakt obrońcy z podejrzanym jest wtedy utrudniony (art. 64 § 2 k.p.k.), także przeglądanie akt śledztwa wymaga zezwolenia organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze (art. 143 § 3 k.p.k.). Tymczasowe aresztowanie jest jednak stosowane jedynie w części spraw karnych, znakomita zaś ich większość odbywa się bez decyzji prokuratora o tymczasowym aresztowaniu podejrzanego. Wtedy kontakt obrońcy z podejrzanym nie jest niczym ograniczony, a podejrzany sam przedstawi obrońcy treść swych wyjaśnień złożonych w śledztwie, istnieje więc wtedy możliwość ustalenia linii obrony. Z obserwacji jednak praktyki wynika, że nawet w takich sytuacjach udział obrońcy w czynnościach śledczych nie ulega wyostrzeniu.

Powiedzmy wyraźnie, że niezależnie od wniosków dowodowych czy innych form udziału w śledztwie (np. w drodze osobistego uczestniczenia podczas dokonywania czynności śledczych) istnieje szereg możliwości działania obrońcy w śledztwie na korzyść podejrzanego, nawet przy założeniu nieznaną materię akt postępowania przygotowawczego. Ustawa przewiduje przecież szereg sytuacji, kiedy sama inicjatywa obrońcy jest potrzebna. W praktyce bowiem obrońcy na ogół nie dostrzegają tego rodzaju możliwości, jak złożenie wniosku o warunkowe umorzenie postępowania karnego czy wystąpienie z wnioskiem o przyjęcie poręczenia kolektywu lub organizacji społecznej, której członkiem jest podejrzany, jako środka zapobiegawczego.

Osobną i bardzo szeroką sferę możliwości działania obrońcy oskarżonego na jego korzyść stwarza inicjatywa dowodowa oparta na przepisie art. 8 § 1 k.p.k. Tak więc z omawianego punktu widzenia niezwykle istotny i korzystny będzie wkład obrońcy przez zebranie pozytywnych danych tzw. osobopoznawczych, np. co do stosunków rodzinnych i majątkowych, sposobu życia, warunków osobistych, a zwłaszcza przez przedstawienie opinii o podejrzanym czy zaświadczeń, które dotychczas są

przedstawiane na ogół dopiero na rozprawie przed sądem. Tego rodzaju współpraca w prowadzeniu postępowania przygotowawczego ułatwi prawidłowość decyzji co do biegu i zakończenia śledztwa, a także co do decyzji o stosowaniu środków zapobiegawczych lub o warunkowym umorzeniu postępowania. Niestety, w praktyce udział obrońcy w śledztwie ogranicza się najczęściej do stereotypowych czynności w postaci złożenia upoważnienia do obrony, wniosku o udzielenie widzenia z podejrzanym, wniosku o uchylenie tymczasowego aresztowania i ogólnego żądania o dopuszczenie do końcowych czynności śledczych. Jak wynika z obserwacji praktyki, obrońcy na ogół nie korzystają nawet z wypadków obligatoryjności ich udziału w śledztwie (np. kiedy chodzi o zapoznanie się z ekspertyzą biegłych bądź o uczestniczenie przy przesłuchaniu biegłego albo przy dokonywaniu oględzin miejsca wypadku, przy eksperymencie lub sekcji zwłok).

Wydaje się, że sedno problemu nieznacznego udziału obrońcy w czynnościach postępowania przygotowawczego tkwi w tym, co można by określić mianem względów taktycznych. Chodzi tu mianowicie o względy taktyki procesowej, których wytyczną jest dyrektywa skuteczności działania, albowiem taktykę procesową uzasadniają racje prakseologiczne. Proces karny jest przecież walką (sporem) stron procesowych, a więc skuteczność walki jest funkcją sprawności własnej i niesprawności przeciwnika.⁸ Nie leży przeto w interesie obrońcy, aby postępowanie przygotowawcze zostało przeprowadzone jak najlepiej, a poza tym ważne z taktycznego punktu widzenia jest to, aby użycie własnych środków nastąpiło w najodpowiedniejszej chwili, a — jak wiadomo — śledztwo (dochodzenie) nie zawsze będzie najodpowiedniejszym momentem do ujawnienia środków obrony. Wydaje się, że obrońca niechętnie przejawia aktywność w postępowaniu przygotowawczym, obawiając się ujawnienia własnych atutów i dania szansy przeciwdziałania ze strony przeciwnika procesowego. Prokurator prowadzący albo nadzorujący śledztwo (dochodzenie) jest zarazem przyszłym oskarżycielem, co mimo wszystko utrudnia ustalenie równowagi procesowej w tym stadium. Dodać jednak trzeba, że idzie tu o taktykę procesową, która jest zgodna z przepisami prawa i zasadami etyki. Wtedy bowiem dopiero taktyka jest naturalnym wyrazem procesowego antagonizmu stron. W tym względzie wyrazić trzeba pogląd, że mimo wszystko podejrzanemu, który jest niewinny, nie będzie bynajmniej zależeć na doprowadzeniu do wniesienia aktu oskarżenia, bo właśnie w jego interesie leży położenie kresu procesowi jeszcze w stadium przygotowawczym.

Istnieje wiele powodów uzasadniających postulat intensyfikacji udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym. Ogólnie można je sprowadzić do dwóch grup: z jednej strony leży to w interesie dobrze rozumianych zadań procesu karnego, a z drugiej strony idzie również o interes podejrzanego. Zadaniem jednak obrońcy jest zredukowanie do minimum możliwości pomyłek na niekorzyść podejrzanego (oskarżonego), jakkolwiek obrona nie może być pojmowana w kategoriach uwolnienia od odpowiedzialności karnej rzeczywistego sprawcy przestępstwa.

Potrzeba należytego przygotowania sprawy, wszechstronnego wyjaś-

⁸ Por. M. Cieślak: Udział adwokata w postępowaniu przygotowawczym, *Pal.* 1958, nr 9, s. 28.

nienia okoliczności sprawy jeszcze w toku postępowania przygotowawczego stanowi czynnik stymulujący udział obrońcy w śledztwie (dochodzeniu). Odnosi się to zarówno do organów ścigania, dla których czynnik ten powinien stanowić zachętę do dopuszczania obrońcy do czynności śledczo-dochodzeniowych, jak i do adwokatów, którzy rezygnując z udziału w śledztwie (dochodzeniu), nierzadko przecież mogą pozbawić siebie w ogóle możliwości udziału w procesie karnym, który może właśnie zakończyć się już w stadium przygotowawczym. Dyrektywa wykrycia prawdy w procesie karnym jest obejmowana przy tym wspólnym interesem organów ścigania i adwokata. Niezaprzeczalną wartością procesową będzie udział obrońcy przy tego rodzaju czynnościach, jak oględziny czy przesłuchanie biegłego w skomplikowanych sprawach o charakterze gospodarczym lub w razie wypadków komunikacyjnych, kiedy to dokonywanie czynności tego rodzaju w warunkach zbliżonych do kontryktoryjności rozprawy ułatwia wszechstronne wyświetlenie sprawy, a przez to ułatwia też ustalenie prawdy w procesie.

Zmieniona rola postępowania przygotowawczego sprawia, że postępowanie to jest pełnowartościową częścią procesu karnego, a czynności procesowe dokonane w tym stadium mają pełne walory dowodowe. Przyjęty u nas model postępowania przygotowawczego ma szereg zalet, między innymi pozwala na dokładne zbadanie, czy sprawa nadaje się do skierowania do sądu, a także chroni wymiar sprawiedliwości przed nadmierną ilością bezpodstawnych oskarżeń⁹. Kodyfikacja prawa karnego z 1969 roku wprowadziła wiele nowych rozwiązań. W szczególności wyposażono prokuratora w prawo merytorycznego zakończenia procesu przez tzw. warunkowe umorzenie postępowania karnego, przy czym dotychczas praktyka taka jest na ogół bardzo szeroka. Możliwość więc zakończenia postępowania w postaci orzeczenia o przedmiocie procesu jeszcze w postępowaniu przygotowawczym sprawia, że obywatel może być pozbawiony prawa do korzystania z pomocy obrońcy. Nie wolno przy tym pomijać, że w postępowaniu przygotowawczym załatwia się niemalże jedną trzecią część wszystkich spraw karnych. Obciążone tradycjonalizmem jest mniemanie, jakoby obrońca powinien występować dopiero w postępowaniu przed sądem. Przecież oczywiste jest, że każdy obywatel pociągnięty do odpowiedzialności karnej w drodze podjęcia przeciwko niemu aktów ścigania ma prawo do korzystania z pomocy obrońcy już od pierwszego momentu. Żaden człowiek nie może być pozbawiony pomocy prawnej w każdej sytuacji procesowej i w związku z tym istnieje społeczna niezbędność udziału obrońcy w procesie karnym. Obrońca działa w interesie podejrzanego, kiedy w śledztwie składa wnioski dowodowe bądź bierze udział w poszczególnych czynnościach śledczych, mając na względzie dobro podejrzanego. Pomoc zaś obrońcy może przybrać postać również informacji prawnej na rzecz podejrzanego, który na ogół nie jest zorientowany w istniejącej sytuacji, bo przecież działanie art. 10 k.p.k. jest w gruncie rzeczy ograniczone.

Udział obrońcy w postępowaniu przygotowawczym ma jeszcze inne walory. Wzmacnia więc on wartość procesową i dowodową dokonanych

⁹ Por. A. Murzynowski: Uwagi na temat modelu postępowania przygotowawczego, PiP 1968, nr 7, s. 99 i nast.

czynności śledczo-dochodzeniowych. Nie da się zaprzeczyć, że udział obrońcy w przesłuchaniu świadków czy podejrzanego nadaje tym czynnościom walory zbliżone do kontradiktoryjnego rozprawiania przed sądem. Słusznie zatem w przekonaniu praktyków, prokuratorów i obrońców udział tego ostatniego w postępowaniu przygotowawczym wzmacnia wartość dowodową dokonanych w tym stadium czynności śledczo-dochodzeniowych¹⁰.

W konsekwencji tych rozważań możemy więc przyjąć, że istnieje potrzeba takiej interpretacji przepisów ustawy oraz takiego ukształtowania praktyki, aby umożliwić i rozszerzyć udział obrońcy w postępowaniu przygotowawczym. Zagadnienia tego nie można w każdym razie sprowadzać jedynie do deklaracji dobrych intencji. Chodzi o realizację praktyczną dyspozycji ustawowych, bo tylko wtedy zostanie spełniony cel rozszerzenia udziału obrońcy w śledztwie (dochodzeniu) przez podniesienie rangi postępowania przygotowawczego, wyświetlenie sprawy już w tym stadium oraz zwiększenie mocy dowodowej czynności dokonanych w tej fazie procesu.

II. Ustalenie potrzeby udziału obrońcy w czynnościach postępowania przygotowawczego wymaga nadto wyjaśnienia momentu procesowego, od którego udział ten jest możliwy. W kwestii określenia momentu procesowego, od którego jest dopuszczalny udział obrońcy w postępowaniu przygotowawczym, należy rozważyć kilka możliwości, z którymi ten moment się wiąże, a mianowicie:

- 1) czynności końcowe zaznajomienia podejrzanego z materiałami postępowania przygotowawczego (art. 277 § 1 k.p.k.),
- 2) przedstawienie zarzutów (art. 269 § 1 k.p.k.),
- 3) czynności faktycznego wszczęcia ścigania osoby podejrzanej,
- 4) dokonanie czynu przestępnego.

Rozważania w tym przedmiocie wypadają rozszerzyć na spostrzeżenia natury prawnoporównawczej. Otóż jeśli chodzi o ustawodawstwo karno-procesowe krajów zachodnich, to charakterystyczne jest, że obrońcę dopuszcza się do udziału w procesie karnym jeszcze przed pierwszym przesłuchaniem podejrzanego. W systemie romańskim (np. francuski k.p.k. — art. 114, 117) istnieje obowiązek pouczenia podejrzanego o prawie przybrania obrońcy jeszcze przed pierwszym przesłuchaniem, z którym to obrońcą podejrzany aresztowany może się swobodnie kontaktować natychmiast po pierwszym przesłuchaniu. W systemie anglosaskim przyznaje się podejrzanemu prawo do zasięgnięcia porady adwokata przed złożeniem oświadczenia w procesie i przed pierwszym przesłuchaniem¹¹. W Stanach Zjednoczonych, na podstawie słynnego precedensu Escobedo, utrwaliła się praktyka dopuszczania obrońcy przed pierwszym przesłuchaniem, a prawo do porady adwokata zostało ustalone w tzw. Szóstej Po-

¹⁰ Por. E. Szejn: *Processualnaja diejatelnost' zaszcitnika na priedwaritielnom sledstwie*, „Sow. Justicyja” 1963, nr 3, s. 11—13.

¹¹ Por. C.D. Robinson, E. Eser: *Le droit du prévenu au silence et son droit á être assisté par un defensor au cours de la phase préjudiciaire en Allemagne et aux Etats-Unis d'Amerique*, „Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé” 1967, nr 3, s. 567—618.

prawce do Konstytucji¹². W Wielkiej Brytanii na podstawie Reguł Sędziowskich z 1964 roku każda osoba podejrzana ma prawo kontaktu z adwokatem w celu uzyskania porady prawnej już od pierwszej chwili wszczęcia ścigania karnego. Jeśli zaś chodzi o ustawodawstwo procesowe państw wspólnoty socjalistycznej, to np. Podstawy postępowania karnego ZSRR gwarantują podejrzanemu prawo do obrony (art. 13) i prawo do korzystania z pomocy obrońcy (art. 21). Wprawdzie udział obrońcy w postępowaniu karnym zaczyna się w zasadzie z chwilą zakończenia śledztwa i zapoznania podejrzanego z materiałami sprawy, jednakże w sprawach przeciwko nieletnim oraz w sprawach osób dotkniętych ułomnościami fizycznymi lub psychicznymi obrońcę dopuszcza się do udziału w sprawie z chwilą przedstawienia zarzutów (art. 22). W szeregu innych ustaw karno-procesowych, np. w k.p.k. węgierskim lub niemieckim (NRD), ogólnie statuuje się prawo oskarżonego do korzystania z pomocy obrońcy w trakcie całego przebiegu postępowania karnego (nie wyłączając postępowania przygotowawczego) włącznie z wszczęciem ścigania karnego (np. § 7 k.p.k. Węgierskiej Republiki Ludowej)¹³. W czechosłowackim procesie karnym obrońca bierze udział od momentu przedstawienia zarzutów, gdy sprawa jest prowadzona w trybie śledztwa, natomiast w dochodzeniu możliwość ta otwiera się od momentu zapoznania podejrzanego z materiałami sprawy.

Jak więc z powyższego przeglądu wynika, kwestia ustalenia momentu, od którego jest dopuszczalny udział obrońcy w śledztwie (dochodzeniu), nie jest jednolicie w ustawodawstwach uregulowana. Charakterystyczna wszakże jest tendencja do stosunkowo najwcześniejszego dopuszczenia obrońcy do udziału w procesie karnym.

W przepisach polskiego procesu karnego zawarta jest idea korzystania z prawa do pomocy obrońcy w toku całego postępowania karnego, a więc również w toku postępowania przygotowawczego (np. art. 9, 64, 70, 75, 271 i in. k.p.k.). Rozważając zaś kwestię ustalenia momentu, od którego udział obrońcy jest dopuszczalny, odrzucić musimy tezę, że stosowne uprawnienie przysługuje sprawcy przestępstwa od chwili dokonania czynu. Przypomnijmy więc, że A. Dąb oraz K. Cincio¹⁴, w trosce o maksymalne zabezpieczenie prawa oskarżonego do obrony, wysunęli tezę, iż prawo do pomocy ze strony obrońcy przysługuje sprawcy już od chwili popełnienia czynu. Z tezą tą nie można się zgodzić z kilku powodów. Przede wszystkim nie ma ona właściwego oparcia normatywnego, zarówno bowiem Konstytucja jak i kodeks postępowania karnego traktują o prawie do obrony, które przysługuje oskarżonemu (z uwzględnieniem art. 61 § 2 k.p.k.), a nie sprawcy przestępstwa, który przecież nie jest jeszcze podmiotem procesu karnego. Ponadto obrona w sensie prawnoprocessowym jest działalnością procesową mającą na celu ochronę in-

¹² Por. E.F. Toro, L.P. McGovern: The right to counsel in criminal proceedings, „Rhode Island Bar Annual” 1965, nr 2, s. 6—27; E.T. Haggins: Right to counsel in criminal cases, „Cleveland and Marshal Law Review” 1966, nr 15, s. 152—161; S.H. Kadish, M.G. Paulsen: Criminal law and its processes, Boston-Toronto 1969, s. 907—946.

¹³ Por. Tibor Kirai: Zaszczitnik w wiengierskom ugotownom procesie, „Obzor Wieng. Prawa” 1963, nr 2, s. 5—12.

¹⁴ Por. A. Dąb, K. Cincio: Prawo do obrony (w pracy: Zagadnienia prawne Konstytucji PRL — Materiały w sesji naukowej, Warszawa 1954, t. III, s. 249); Podobnie E. Merz: Semel defensor, semper defensor, Pal. 1967, nr 1, s. 88.

teresów oskarżonego w trakcie procesu, zwłaszcza w drodze czynności zmierzających do obalenia zarzutu albo złagodzenia zakresu odpowiedzialności karnej. Możliwość zaś korzystania z porady prawnej adwokata po dokonaniu przestępstwa, ale przed wszczęciem procesu karnego, nie oznacza bynajmniej prawa do korzystania z pomocy obrońcy, bo są to różne kwestie. Adwokat udzielający porady prawnej nie jest jeszcze obrońcą w procesie karnym, bo procesu po prostu jeszcze nie wszczęto, a ścigania nie skierowano przeciwko konkretnej osobie, która miałaby prawo przybrać pozycję obrońcą przed stawianym jej zarzutem. Szczególną kwestią jest tutaj również to, że adwokat nie może udzielać wskazówek ułatwiających sprawcy przestępstwa uniknięcie odpowiedzialności karnej.

Nie do przyjęcia jest również teza, że udział obrońcy w śledztwie jest dopuszczalny dopiero w ramach czynności końcowego zapoznania podejrzanego z materiałami postępowania przygotowawczego. W takiej sytuacji bowiem udział obrońcy byłby w rzeczy samej sprowadzony do formalnej asysty podczas końcowych czynności śledztwa, gdy tymczasem chodzi o aktywizację tego udziału w trakcie samego postępowania przygotowawczego. Z przepisu art. 277 § 1 k.p.k. wynika zresztą, że obrońca ma prawo przeglądania akt sprawy w ciągu 7 dni przed datą końcowego zaznajomienia podejrzanego z materiałami postępowania; nie oznacza to zapewne samego uprawnienia do lektury akt, bo założeniem ustawy jest przygotowanie obrony i stosowne włączenie się do czynności procesowych. W każdym razie trzeba stwierdzić, że nie jest wystarczające, aby opowiedzieć się za sprowadzeniem udziału obrońcy jedynie do końcowych czynności śledztwa, bo intencją ustawy — a taka jest w ogóle tendencja rozwojowa — jest rozszerzenie możliwości udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym.

W literaturze procesowej dominuje pogląd, że obrońca ma prawo włączenia się do procesu karnego od momentu przedstawienia zarzutów. W dotkrynie polskiego procesu karnego stanowisko takie zajmują w szczególności: M. Cieślak, S. Waltoś, A. Murzynowski, M. Lipczyńska, A. Kaftal¹⁵. Zdaniem M. Cieślaka, pole do działania obrońcy w procesie otwiera się od momentu przedstawienia zarzutów, kiedy w procesie pojawi się podejrzany, a następuje to — jak wiemy — z chwilą przesłuchania podejrzanego w trybie art. 269 albo art. 276 k.p.k. Z kolei A. Murzynowski i S. Waltoś dodają, że dopuszczenie obrońcy od tego momentu zaktywizuje obronę podejrzanego i nada wynikom postępowania przygotowawczego większych wartości. M. Lipczyńska postuluje ponadto, żeby organy MO informowały zatrzymanego o możliwości zgłoszenia wniosku o dopuszczenie obrońcy, jeśli tylko prokurator się temu nie sprzeciwi. Dodajmy jeszcze, że stanowisko sprzyjające dopuszczeniu obrońcy do czynności śledczych od momentu przedstawienia podejrzanemu zarzutów znajduje aprobatę także w judykaturze Sądu Najwyższego. Jak wynika bowiem z motywów uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego

¹⁵ Por. M. Cieślak: *Obronca w ujęciu projektu k.p.k. z 1967 roku*, Pał. 1967, nr 8, s. 20—21; S. Waltoś: *Model postępowania przygotowawczego na tle prawnoporównawczym*, Warszawa 1968, s. 289; A. Murzynowski: *Uwagi na temat modelu postępowania przygotowawczego*, PiP 1969, nr 7, s. 101; M. Lipczyńska: *Problematyka kontaktów obrońcy z oskarżonym aresztowanym w świetle nowego k.p.k. oraz k.k.w.*, Pał. 1970, nr 2, s. 67; A. Kaftal: *Podstawowe problemy kodyfikacji prawa karnego procesowego*, PiP 1968, nr 7, s. 85.

z dnia 9 czerwca 1967 r. (VI KZP 68/65)¹⁶ podejrzany może korzystać z pomocy obrońcy w postępowaniu przygotowawczym od momentu wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów, gdyż od tej chwili powstaje w ogóle możliwość działania obrońcy w procesie karnym. Podobnie w literaturze radzieckiej postuluje się zwiększenie uprawnień obrońcy do udziału w postępowaniu przygotowawczym przez przyjęcie jako zasady dopuszczenia obrońcy od momentu przedstawienia zarzutów. Pogląd taki reprezentują między innymi M.S. Strogowicz, J.O. Motowiłowkier, W.Z. Łukaszewicz, A. Bojkow i L. Karniejewa, G.M. Szafir, M. Kozin, J. Sklarski i inni¹⁷.

Niewątpliwie słuszny jest pogląd doktryny procesu karnego o potrzebie dopuszczenia obrońcy do udziału w czynnościach postępowania przygotowawczego od momentu przedstawienia zarzutów. Wydaje się jednak, że istnieją powody do postulowania rozszerzenia tego udziału na czynności wcześniejsze. Doświadczenia praktyki organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości uczą, że w wielu sytuacjach udział obrońcy w postępowaniu przygotowawczym powinien być wcześniejszy, co zresztą leży zarówno w interesie organów ścigania jak i samej obrony.

Ustawa sprzyja wczesnemu dopuszczeniu obrońcy do czynności śledczo-dochodzeniowych. Poważne znaczenie w tym względzie odgrywa przepis art. 73 k.p.k., który wprowadza możliwość tymczasowego umocowania (ustanowienia) obrońcy przez osobę najbliższą. Chodzi nie tylko o to, że w pewnych sytuacjach obrońca może działać nawet z upoważnienia osób najbliższych dla podejrzanego. Pełnomocnictwo tymczasowe upoważnia do podjęcia czynności obrończych nie cierpiących zwłoki z punktu widzenia interesu podejrzanego. Chodzi o ułatwienie obrońcy włączenia się do procesu bez oczekiwania na osobiste ustanowienie obrońcy przez podejrzanego, który jest pozbawiony wolności. W przepisie art. 73 § 1 k.p.k. jest zresztą mowa o „pozbawieniu wolności”, a nie wprost o tymczasowym aresztowaniu, co sprawia, że dopuszczalna jest interpretacja przez włączenie tu także osoby zatrzymanej. Tak więc tymczasowe umocowanie może się odnieść również do obrońcy osoby zatrzymanej.

Dezyderat stosunkowo najwcześniejszego dopuszczenia obrońcy do udziału w czynnościach śledczo-dochodzeniowych znajduje również wsparcie w przepisie art. 272 § 1 k.p.k. Przepis ten mianowicie wprowadza dyrektywę dopuszczenia obrońcy do udziału w czynności śledczej lub dochodzącej, jeżeli czynności tej nie będzie można powtórzyć na rozprawie. Pomijając z konieczności rzeczy obszerną problematykę udziału w ogóle stron w niepowtarzalnych czynnościach śledczych i dochodzeniowych¹⁸, ograniczymy się w tym miejscu jedynie do zasygnalizowania

¹⁶ OSPiKA 1967, nr 9, poz. 89; NP 1967, nr 11, s. 1551—1555.

¹⁷ Por. M. S. Strogowicz: Kurs sowieckiego ugołownego processa, Moskwa 1968, s. 347—348; J.O. Motowiłowkier: Woprosy dalniejszego sowierszenstwowanija ugołowno-processualnego zakonodatielstwa, Tomsk 1966, s. 36; W.Z. Łukaszewicz: Garantii praw obwiniajemoego w sowietskomy ugołownomy processie, Moskwa 1959, s. 80 i nast.; A. Bojkow, L. Karniejewa: Ob uczastii zaszcitnika na priedwaritielnom sledstwii, „Sow. Justicyja” 1970, nr 18, s. 19—20; G.M. Szafir: Prawo na zaszcitu w sowietskomy ugołownomy sudoproizwodstwie i wozmożnosti jego razzirienija, „Sow. Gos. i Prawo” 1967, nr 2, s. 47—54; M. Kozin, J. Sklarski: Adwokat na priedwaritielnom sledstwii, „Soc. Zak.” 1971, nr 3, s. 28—30.

¹⁸ Por. S. Waltoś: Istota i zakres uprawnień podejrzanego i pokrzywdzonego oraz ich zastępców w niepowtarzalnych czynnościach śledczych i dochodzących, Pal. 1969, nr 9, s. 10—21.

kilku tylko kwestii, niezbędnych z punktu widzenia głównego przedmiotu rozważań.

Nasuwa się pytanie, o jakie to niepowtarzalne czynności śledczo-dochodzeniowe chodzi. Przyjmijmy najogólniej, że niepowtarzalnymi czynnościami śledczymi lub dochodzącymi będą te spośród czynności dowodowych dokonywanych w postępowaniu przygotowawczym, których nie będzie można powtórzyć w postępowaniu jurysdykcyjnym ze względu na niemożność wykonania (np. śmierć świadka wypadku drogowego) albo bezcelowość ich ponownego wykonania wobec przekształcenia samego źródła dowodowego¹⁹. Do czynności, których nie będzie można powtórzyć na rozprawie zalicza się w szczególności oględziny miejsca, osoby lub rzeczy (art. 185 k.p.k.) oraz przeszukiwanie pomieszczeń, osoby lub rzeczy (art. 190 k.p.k.)¹⁹. Zaliczyć tu można jeszcze takie czynności, jak eksperyment procesowy, pobranie krwi dla celów dowodowych, dokonanie konfrontacji oraz okazania, przesłuchanie obłożnie chorego świadka. Z istoty tych czynności niepowtarzalnych wynika, że są one dokonywane zazwyczaj w najwcześniejszym etapie postępowania przygotowawczego, nierzadko jeszcze przed wydaniem postanowienia o wszczęciu śledztwa (dochodzenia).

Problem powyższy występuje w praktyce szczególnie wyraźnie na tle spraw o przestępstwa kryminalne (np. o zabójstwa) oraz o przestępstwa komunikacyjne, kiedy nagłość sytuacji faktycznej determinuje podjęcie ścigania określonej osoby. Szczególna sytuacja występuje na tle unormowania prawnego tzw. dochodzenia w niezbędnym zakresie (art. 267 k.p.k.). Mianowicie w wypadkach nie cierpiących zwłoki i wyłącznie dla celów dowodowych milicja może jeszcze przed wydaniem postanowienia o wszczęciu postępowania przeprowadzić dochodzenie w niezbędnym zakresie, a w szczególności może dokonać oględzin, przeszukania oraz czynności skierowanych przeciwko osobie podejrzanej (art. 65 § 1 pkt 1 k.p.k.).

W kwestii, czy przepis art. 272 § 1 k.p.k. ma zastosowanie w dochodzeniu wstępnym w trybie art. 267 k.p.k., należy udzielić odpowiedzi pozytywnej. W doktrynie²⁰ podkreśla się w związku z tą kwestią, że zastosowanie tego przepisu jest wprawdzie ograniczone, ale nie można go eliminować, gdy osoby uprawnione do udziału w czynnościach są na miejscu albo gdy ich przybycie nie powoduje zwłoki. W trakcie tzw. dochodzenia w niezbędnym zakresie istnieje możliwość przesłuchania osoby podejrzanej w charakterze podejrzanego jeszcze przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów (art. 276 § 1 k.p.k.). Przesłuchany w tym trybie podejrzany ma prawo do korzystania z pomocy obrońcy, nawet jeśli nie wydano postanowienia o wszczęciu śledztwa (dochodzenia). Obrońca takiego podejrzanego ma prawo wziąć udział w czynnościach niepowtarzalnych właśnie w trybie art. 272 § 1 k.p.k.

Opowiadając się za dopuszczeniem obrońcy podejrzanego do udziału w czynnościach śledczo-dochodzeniowych prowadzonych w trybie art.

¹⁹ Por. J. Bafia, J. Bednarzak, M. Flemming, S. Kalinowski, H. Kempisty, M. Siewierski: Kodeks postępowania karnego — Komentarz, Warszawa 1971, s. 321—322.

²⁰ Por. J. Bafia, J. Bednarzak i inni: Kodeks postępowania karnego — Komentarz, jw., s. 322; S. Wyciszczak: Dochodzenie w niezbędnym zakresie jako integralna część postępowania przygotowawczego, PiP 1970, nr 12, s. 963.

267 k.p.k., należy jednocześnie zdawać sobie sprawę z tego, że udział ten będzie ograniczony z przyczyn faktycznych, zwłaszcza takich, jak pośpiech, nagłość sytuacji, trudności z przybyciem adwokata na miejsce przestępstwa, niemożność porozumienia się z podejrzanym, który jest zatrzymany albo tymczasowo aresztowany, itp. Względy natury faktycznej nie powinny jednak przysłaniać istoty samego uprawnienia udziału w czynnościach śledczo-dochodzeniowych. Przepis art. 272 § 1 k.p.k. zastrzega możliwość realizacji tego prawa przez obrońcę, „jeżeli jest już ustanowiony w sprawie”, do sfery „dopuszczenia do udziału w czynności”. Zastrzeżeń tych nie można traktować jako zachęty do rezygnacji z udziału obrońcy. Zastrzeżenie pierwsze jest oczywiste, ponieważ obrońca może wystąpić w procesie tylko w wyniku ustanowienia go przez podejrzanego (oskarżonego) lub przez osobę najbliższą dla oskarżonego albo w drodze wyznaczenia tegoż obrońcy z urzędu (art. 73, art. 75 k.p.k.). Zastrzeżenie zaś drugie odgrywa tę rolę, że wprowadza udział obrońcy w tych czynnościach jako regułę, a nadto że nie można nie uwzględnić wniosku o dopuszczenie do udziału w tych czynnościach (chyba że zachodzi niebezpieczeństwo utraty lub zniekształcenia dowodu w razie zwłoki) oraz że na organie ścigania ciąży obowiązek zawiadomienia uprawnionych uczestników o miejscu i czasie dokonania czynności niepowtarzalnych. Dodajmy jeszcze, że „udział w czynności” (art. 272 § 1 k.p.k.) nie oznacza bynajmniej biernej obecności (asysty), lecz czynne uczestnictwo w czynności.

W wyniku przeprowadzonych rozważań należy silnie eksponować potrzebę aktywizacji obrońcy w postępowaniu przygotowawczym. Jednocześnie trzeba się opowiadać za jak najwcześniejszym dopuszczeniem obrońcy do udziału w postępowaniu przygotowawczym. Wprawdzie powszechnie przyjmowany jest pogląd o dopuszczalności włączenia się obrońcy do procesu od momentu przedstawienia zarzutów, jednakże istnieją poważne powody uzasadniające dopuszczenie obrońcy do udziału w tych czynnościach faktycznego wszczęcia ścigania osoby podejrzaną, które mają charakter niepowtarzalny — o tyle zresztą, o ile podejrzany został przesłuchany w trybie art. 276 § 1 k.p.k.